جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

عنوان الأطروحة

# أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشّخصية والالتزام بحُسن النيّة

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم

تخصص: القانون

من إعداد الطالب

عثماني بلال

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال

لجنة المناقشة

أ.د. سي يوسف كجار زاهية حورية، استاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو ..... رئيسة

أ.د. أيت منصور كمال، أستاذ، جامعة عبد الرّحمان ميرة بجاية ..... مشرفا ومقررا

أ.د. دلبيك فيليب، أستاذ، جامعة باريس 1 ..... مشرفا مساعدا

أ.د. خلفي عبد الرحمان، أستاذ، جامعة عبد الرّحمان ميرة بجاية ..... ممتحنا

د. باي صفية، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ..... ممتحنة

د. معيفي لعزيز، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرّحمان ميرة بجاية ..... ممتحنا

تاريخ المناقشة

2018/10/23

# شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم ، وأتقدّم بالشّكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل، وأخصّ بالذّكر في هذا المقام **الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال** الذي لم يبخل بأيّ جهد لتقديم إرشاداته ونصائحه القيّمة فله مني جزيل الشّكر والعرفان.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور فيليب دلبيك الذي لم يبخل بجهده ونصائحه من أجل مساعدتي على إتمام هذا العمل، والى جميع موظفي معهد البحث في الدراسات القانونية لجامعة السربون، الذين وفروا لي جميع الإمكانيات المتاحة لديهم لتسهيل إعداد هذه الأطروحة.

ولا يفوتني كذلك إلا التّعبير عن جزيل الشكر والامتنان لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة.

# الإهداء

اهدي ثمرة هذا العمل إلى:

إلى الوالدين الكريمين؛

إلى زوجتي وأبنائي؛

إلىكل أفراد العائلة الأعزاء؛

كل من علمني؛

إلى كل الزملاء والأصدقاء؛

بلال

*« Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale »*

DEMOGUE René, Traité des obligations en générale

*« ... Contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de 'faire ses affaires'. ».*

TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil (les obligations)

**أولا: باللغة العربية**

د.ج.: دينار جزائري.

د.د.ن : دون دار نشر.

د.س.ن.: دون سنة النشر.

ج. : جزء.

ج.ر.ج.ج.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ص ص.: من الصفحة إلى الصفحة.

**ثانيا: باللغة الفرنسية**

**A.J. Contrat** : Revue Actualité Juridique Contrat.

**A.J. Famille** : Revue Actualité Juridique Famille.

**A.J.D.I.** : Revue Actualité juridique Droit immobilier.

**Al**. : Autres.

**Arch. phil. Droit** : Revue Archives de la Philosophie du droit.

**Bull. Civ**. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles.

**Bull. Joly Soc**. : Bulletin Joly Sociétés.

**Bull**. : Bulletin.

**C.** : Contre.

**C.C.C.** : Revue Contrat, Concurrence et Consommation.

**Cass. Civ**. : Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation.

**Cass. Com**. : Arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

**Cass. Plen**. : Arrêt de la Cour de cassation en chambre plénière.

**Cass. Soc**. : Arrêt de la chambre Sociale de la Cour de cassation.

**Ch** : Chambre.

**Chr**. : Chronique.

**Civ**. : Civil.

**CJUE** : Cour de justice de l'Union Européenne.

**Com**. : Commercial.

**D.** : Recueil Dalloz.

**DEA** : Diplôme d'études Appliquées.

**Défrenois** : Revue répertoire du notariat Défrenois.

**Doctr**. : Doctrine.

**Dr**. Pat : Revue Droit et Patrimoine.

**éd**. : Edition.

**Fasc**. : Fascicule.

**Gaz**. Pal. : Revue Gazette du Palais.

**Ibid** : Même référence.

**In** : Dans. INC : Incorporation.

**J.C.P. E**. : Juris-Classeur périodique, édition entreprise.

**J.C.P. G.** : Juris-Classeur périodique, édition générale.

**J.Cl.** : Juris-Classeur.

**J.O.C.E** : Journal Officiel des Communautés Européenne.

**JORF** : Journal Officiel de la République Française.

**Juris**. : Jurisprudence.

**L.E.D.C**. : Revue L'Essentiel Droit des contrats.

**L.G.D.J.** : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

**L.P.A** : Les Petites Affiches.

**Obs**. : Observation.

**Op.cit.** : Référence précédemment citée.

**P.U.A.M.** : Presses Universitaires Aix-Marseille.

**pp**. : De la page a la page.

**PUF** : Presse Universitaire Française.

**R.A.R.J** : Revue Académique de la Recherche Juridique.

**R.D. banc. fin**. : Revue Droit bancaire et financier.

**R.D.A.** : Revue de droit d'Assas

**R.D.C** : Revue des Contrats.

**R.D.S**. : Revue de Droit Social.

**R.I.D.C.** : Revue Internationale de Droit Comparé.

**R.J. Com**. : Revue de Jurisprudence Commerciale.

**R.J.T.** : Revue Juridique Thémis.

**R.L.D.C**. : Revue Lamy Droit Civil.

**R.T.D.C**. : Revue Trimestrielle de Droit Civil.

**R.T.D.Com** : Revue Trimestrielle de Droit Commercial.

**Rep. Civ**. : Répertoire Dalloz de Droit Civil.

**S**. : Suite.

**S/D** : Sous la Direction.

**T.** : Tome.

**Trad**. : Traduction.

**V.** : Voir.

**Vol**. : Volume.

# مقدمة

يعتبر العقد الأداة القانونية التي يعتمد عليها الأفراد لتلبية مختلف حاجاتهم اليومية ورغم تعدّد العقود إلا أنّها تشترك في اعتبارها اتّفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني معيّن وهو ما تضمنته المادة 54 من التّقنين المدني الجزائري[1] التي تعتبر العقد " *اتّفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما*"، إذ يتجلّى دور الإرادة في العقد من خلال استعمال المشرّع لكلمة "اتّفاق" والتي تدلّ على تطابق إرادتي أطراف العقد على محل للالتزام.

تبدو العلاقة وطيدة بين إرادة المتعاقد من جهة باعتبارها مصدر للالتزامات التعاقدية والمصلحة الشّخصية للمتعاقد من جهة أخرى، إذ من الصعب في الواقع تصور قيام المتعاقد بإبرام عقد معين دون وجود دافع إلى التّعاقد، من هذه الزاوية تظهر أهمية الدافع إلى التعاقد باعتباره عنصر فعال في الإرادة، والدليل على ذلك هو اعتبار المشرّع السبب كركن في العقد في المادة 98 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: "*كل التزام مفترض أنّ له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك*".

تلعب المصلحة الشخصية دورا أساسيا في منح اتجاه معيّن لإرادة المتعاقد، والتي تعتبر آلية أساسية لضمان تحقيق مصلحة المتعاقد، غير أنّ ذلك لا يكفي لمنح ثّقة للمتعاقد من أجل إبرام العقد، بل يتطلب من المشرّع التدخّل من أجل ضمان حماية لاتفاق الطرفين والسعي للمحافظة على المصلحة التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها، لذلك تمّ الاعتراف بالقوّة الملزمة للعقد كوسيلة لحماية اتّفاق الأطراف، حيث تنص المادة 106 من التّقنين المدني على أنّه: " *العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون*".

تشكّل القوّة الملزمة للعقد آلية قانونية من أجل الاعتراف لهذا الأخير بكيان مستقل قائم بحد ذاته، لا يتأثر بتغيّر الظروف الخارجية المحيطة به، فهو الغلاف الذي يمنح لاتفاق الطّرفين الطابع الإلزامي يمكّن الدّائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته جبرا، من خلال الوسائل القانونية

[1] أمر رقم75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر1975، معدّل ومتمّم.

المعترف له بها، على غرار التّنفيذ العيني إن كان ذلك ممكنا وهو الأصل في تنفيذ الالتزامات وفقا لنص المادة 164 من التّقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنّه: " *يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا*"، أو المطالبة بالفسخ مع التّعويض على الأضرار، وهو الحق المكفول للدّائن في المادة 119 من التّقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنّه: " *في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أنّ يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن اقتضى الحال ذلك*".

يظهر جليا أنّ المهام المنوطة للقانون في ظل النّظرية التقليدية للعقد، هي الاعتراف بالقوّة الملزمة لاتفاق الطرفين وحماية مصالح كليهما، لذلك لا يعتبر القانون مصدرا لإلزامية العقد بل أنّ مصدرها هو تطابق إرادة الطّرفين، مثلما عبّر على ذلك أحد المفكرين في القرن 19 بقوله:

*«C'est que toute convention, animée qu'elle est de la volonté commune des contractants, a en elle-même une force obligatoire qui répond aux idées de liberté et de moralité humaines. Ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir. Alors la convention leur tient lieu de loi »*[2]

يتجلى بوضوح أنّ النّظرية التقليدية تعتبر العقد ملك للأطراف، قائم بإرادتهما من دون حاجة إلى اعتراف القانون به،إلا أنّ الحماية القانونية للعقد لا ترتّب أثرها إلا إذا تمّ إبرام هذا الأخير بالطريقة السّليمة، ولن يتم العقد بهذه الطريقة إلا إذا كانت أركانه وشروط صحته مطابقة للقانون والذي قد يتدخل من أجل رسم حدود لسلطة الأطراف في الاتّفاق حول طبيعة العقد ومضمونه، من هذه الزاوية يتضح أنّ القانون يضمن الحماية للعقد إذا كان هذا الأخير غير مخالف له.

تتعدد مظاهر تدخّل القانون لرسم حدود سلطة الأطراف في العقد ولعل أبرزها في الآونة الأخيرة الالتزام بحسن النيّة، ورغم اعتراف المشرّع الجزائري به في مرحلة تنفيذ العقد في المادة 107 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: " *يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن*

[2] LAROMBIERE Leobon, Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV livre III du code civil, T.7, A. DURANT et PEDONE-LAURIEL éditeurs, Paris, 1885, p. 390.

*نية*" ،إلا أنّ مفهوم هذا الالتزام عرف تبلورا حقيقيا، إذ وبعد تهميشه من طرف الفقه والقضاء لعقود من الزمن، أصبح اليوم ركيزة أساسية للبناء النظري للعقد ومبدأ توجيهيا للنظرية الحديثة، ضمن فلسفة حديثة بارزة تدعى بالفلسفة التضامنية في العقد.

ظهرت الفلسفة التضامنية في العقد (le solidarisme contractuel) بعد التأكّد من عجز الإرادة باعتبارها مصدرا للالتزام على ضمان أداء العقد لوظائفه المختلفة، بسبب التّطورات المتعددة للمجتمع الذي أصبحت الطبقية ميزته الأساسية، هذا التفاوت في مراكز الأطراف أدى إلى فرض سيطرة الطّرف الذي يتمتع بأفضلية سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية على حساب الطّرف الآخر، وهو ما يؤدي عادة إلى عدم توازن التزامات المتعاقدين.

يبدو أنّ الهدف من إدراج المشرّع أو الاجتهاد القضائي للالتزام بحسن النيّة في العقد هو ضبط العلاقة التعاقدية والعمل على أخلقة الرّوابط بين الأطراف، عن طريق فلسفة حديثة تسعى إلى إرساء أكثر تضامن بين المتعاقدين، انطلاقا من فكرة أنّ العقد ليس نقطة خلاف بل وسيلة للعمل على تحقيق المصلحة المشتركة، والعمل على ردع أيّ سلوك صادر عن المتعاقدين لغرض تحقيق مصلحة خاصة على حساب مصالح الطّرف الآخر.

تفتح الوظائف المختلفة لحسن النيّة المجال واسعا أمام القانون والقضاء للتدخّل في المضمون العقدي، سواء في المرحلة السّابقة على التعاقد أو عند تنفيذ العقد من أجل تحديد السّلوك الواجب إتّباعه من طرف الأفراد في جميع مراحل العقد، أو لغرض حماية فئة معيّنة من الأفراد بسبب وضعية التبعيّة التي يتواجدون فيها سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية والتي قد تحول دون تحقيق العقد لوظيفته الاجتماعية أو للفعالية الاقتصادية المنتظرة من ابرامه.

يعتبر الالتزام بحُسن النيّة من بين أهم الأوجه التي سعى من خلالها القانون لفرض أكثر تضامن بين المتعاقدين، من خلال إدراجه كعنصر أساسي في مرحلة تنفيذ العقد كخطوة أولى وهو ما تم تجسيده من خلال اعتراف المشرّع بنظرية الظّروف الطارئة في نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني، ثم في جميع مراحله في الوقت الراهن عن طريق فرض واجب التعاون، وقد نتج عن ذلك العديد من الالتزامات كالالتزام بالإعلام المكرس أساسا في المادة 17 من القانون

09-03[3] المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي تنص على أنّه: *"يجب على كل متدخّل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة."*.

استعان كذلك القانون والقضاء الفرنسي بالالتزام بحسن النيّة من أجل المحافظة على توازن العقد سواء في المرحلة السّابقة على التعاقد، وأحسن مثال على ذلك محاربة البنود التعسفية بمقتضى الماد 30 من القانون 04-02[4] الذي يحدد يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أو في مرحلة تنفيذ العقد في أمثلة متعددة ومنها المادة 184 فقرة 2 من التّقنين المدني والتي تفتح المجال للقاضي بناء على طلب المدين للتخفيض من قيمة الشرط الجزائي إذا رأى بأنّه مفرطا أو أنّ المدين قد نفّذ جزء من التزاماته.

يسعى المشرّع في حالات أخرى من خلال الالتزام بحُسن النيّة إلى حماية المدين من تعسف الدائن في استعمال حقه، على اعتبار أنّ العقلانية (le raisonnable) هو معيار أساسي في الفلسفة الحديثة للعقد، وهي الفكرة التي تمّ تكريسها في المادة 119 فقرة 2 والتي تنص على أنّه: *"ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات."*

لقي إدراج الالتزام بحُسن النيّة في جميع مراحل العقد استحسان جانب من الفقه الذي يرى فيه خطوة نحو غد أفضل بالنسبة للنظريّة، في حين يرى جانب آخر في إدراجه خطورة على كيان العقد بسبب التّعارض بينه وبين المبادئ التي تضمن المصلحة الشّخصية للمتعاقد كمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، وما يزيد من شدّة التخوّف هو عدم دقّة مضمون الالتزام بحُسن النيّة والذي قد يفتح المجال واسعا للقاضي للتّدخل من أجل تغيير ما تم الاتّفاق عليه، أو فرض التزامات

---

[3] قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج. عدد 15، مؤرخ في 08 مارس سنة 2009.

[4] قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ر. عدد 41، مؤرخ في 27 ابريل سنة 2004، معدل ومتمم بالقانون 10-06 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 46، مؤرخ في 18 غشت سنة 2010.

جديدة على الأطراف، لأن ذلك سيؤدي إلى فقدان الأفراد للثّقة في الحماية القانونية للعقد، بالنظر إلى إمكانية إلغاء أثره أو التعديل في مضمونه من طرفٍ أجنبي.

يظهر تخوّف جانب الفقه من إدراج حُسن النيّة في العقد مشروعا بالرجوع إلى التفسير الذي قد يمنحه القاضي لمفهومٍ غامض، تختلف شدّته بحسب التوجّهات الاقتصادية والاجتماعية للفرد وهو ما يمكن الوقوف عليه من خلال قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة بغرفها المختلفة التي تتراوح قراراتها بين التّقليص قدر المستطاع من مفعول الالتزام، وبين التّوسيع من مفهومه ليشمل أكبر عدد ممكن من العقود، هذا التذبذب في المواقف قد يؤدي إلى المساس بالأمن القانوني للمعاملات والتّشكيك في جدوى الفلسفة التضامنية في العقد.

يتجلى مما سبق أنّ النظرية الحديثة للعقد تسعى إلى ضمان تحقيق كلا المتعاقدين لمصلحته الشخصية، إلا أنّه تعارض هذه المصالح مع عدم تكافؤ المراكز القانونية للأطراف أدى إلى ضرورة التدخل القانوني والقضائي من أجل المحافظة على الفعالية الاقتصادية للعقد، على حساب المبادئ التقليدية خاصة الحريّة التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، في صورة معبّرة للتعارض بين المصلحة الشخصية للمتعاقد والتزامه بحُسن النيّة.

يبدو أنّ التّعايش السّلمي بين سلطان الإرادة والقوّة الملزمة للعقد مع حُسن النيّة يشكّل التحدّي الحالي والمستقبلي لنظريّة العقد، إذ يظهر جليا التّعارض بين المبادئ التي تضمن المصلحة الشخصية للمتعاقد من جهة وحسن النيّة باعتبارها صورة من صور الفلسفة الحديثة للنظريّة من جهة أخرى، ويقع على جميع المتدخلين في المجال القانوني من فقه وقضاء وتشريع المساهمة في وضع الحدود الجديدة لنظريّة تعرف أهم تطوراتها في الوقت الراهن.

**على ضوء ما تمّ بيانه، تتجلى إشكالية البحث حول دور النظرية الحديثة للعقد في ضبط العلاقة بين المصلحة الشخصية للمتعاقد والتزامه بحسن النية.**

للإجابة على الإشكالية المطروحة، تظهر ضرورة الاعتماد على المنهج الاستقرائي من خلال تحليل المبادئ التي تقوم عليها نظريّة العقد في القانون الجزائري مع الاستعانة من في بعض الحالات بالقانون الفرنسي الذي يُعتبر المرجع في مجال القانون المدني، بالإضافة إلى الاجتهاد

القضائي الفرنسي الذي كان له الفضل في إعطاء نفس جديد لمبادئ النّظرية، ما سيسمح بالاطلاع على أحدث التطوّرات الحاصلة في مجال البحث والاستفادة من التجربة الفرنسية من أجل تقديم اقتراحات تعديل القانون الجزائري كلما كان لذلك مقتضى.

يستوجب من أجل معالجة الموضوع التطرّق أولا إلى الإطار المفاهيمي لعناصر الموضوع وهي المصلحة الشخصية للمتعاقد والالتزام بحسن النيّة، مع بيان مواقع التعارض بين هذه المفاهيم من خلال التطرّق لأزمة النّظرية التقليدية للعقد التي تأخذ صور متعددة من بينها تراجع مبدأ سلطان الإرادة عن طريق تنظيم قانوني متزايد لبعض العقود من جهة، والخروج المتكرر من مبدأ القوة الملزمة للعقد من طرف الجهات القضائية من جهة أخرى (الباب الأول).

يتجلى بوضوح التعارض بين المصلحة الشخصية للمتعاقد والالتزام بحسن النيّة عند التطرّق لتكريس الالتزام بحّسن النيّة في مختلف مراحل العقد، بتفعيل واجب التعاون سواء في المرحلة السابقة على التعاقد عبر الالتزام بالإعلام بمختلف درجاته، أو في مرحلة تنفيذ العقد من خلال العديد من الواجبات التي استحدثها القضاء من أجل ضمان تنفيذ أمثل لالتزامات المتعاقدين، كما يُستعان بالالتزام بحسن النيّة من أجل ضمان التوازن الاقتصادي للعقد ولو كان ذلك على حساب المصلحة الشخصية للمتعاقد (الباب الثاني).

# الباب الأوّل

# تطوّر نظريّة العقد المدني تحت تأثير الالتزام بحُسن النيّة

يُعتبر العقد الأداة القانونية التي يُمكن من خلالها للمتعاقد تحقيق مصلحته الشّخصية سواء كانت هذه الأخيرة مادية أو معنوية، آنية أو مستقبليّة، إلا أنّ هذه الغاية مشتركة بين كلا طرفي العقد، بالتّالي قد تكون المصالح المتعارضة للأطراف مصدرا لتوتر في العلاقات التعاقدية، إذ يبحث كل طرف على مصلحته دون إيلاء أيّ اهتمام لمصلحة الطّرف الآخر، وهو تصرف مشروع إذا لم يصل حد الانحراف.

سادت لمدة زمنية طويلة فكرة أنّ كل متعاقد حر في إبرام العقد وقبول ما يحتويه من التزامات أو العكس رفض ذلك، على أساس أنّ المتعاقد هو أفضل مدافع عن حقوقه، وأنّ الإرادة الحرّة كفيلة لوحدها بفرض التزامات على الطرفين، وهو ما تمّ تكريسه من خلال نظريّة الحريّة التّعاقدية، والتي تَعتبِر أنّ تدخّل أجنبي عن المتعاقد هو تدخّل غير مشروع، يهدّد حق المتعاقد في تحقيق مصلحته الشّخصية من إبرام العقد.

تُعتبَر المصلحة الشّخصية للمتعاقد مصدر رغبته في إبرام العقد، غير أنّ عدم التحكّم فيها أفضى إلى العديد من الخُرقات التي صاحبت تطوّر المجتمع، وهو ما أدّى إلى ظهور حُسن النيّة في البداية كفكرة فلسفية قبل أنّ تصبح التزاما قانونيا بالمعنى الواسع[5] من أجل وضع حد للأنانية المفرطة التي يتميز بها المتعاقد، عن طريق فرض مناخ أكثر اعتدال واعتبار العقد وسيلة لتبادل المصالح وليس لتحقيق الثروة.

يبدو أنّ استيعاب نظريّة العقد بصورتها الحديثة يمر بالضرورة عبر دراسة الإطار المفاهيمي لبعض العناصر المكونّة لها، كالمصلحة الشّخصية للمتعاقد مع بيان الوسائل الكفيلة بتكريسها وحمايتها، وكذا الالتزام بحسن النيّة في العقد الذي يظهر كثقل معاكس لحرية التّعاقد وأداة لرسم حدودها (الفصل الأوّل).

يتبين من خلال اعتبار الالتزام بحسن النيّة أداة لرسم حدود لإرادة المتعاقد، التّعارض بينه وبين حريّة التّعاقد والقوّة الملزمة للعقد، باعتبار الأولى وسيلة لتحقيق هذه المصلحة والثانية ضامنة لفعاليتها، وهو أدخل العقد في أزمة مفاهيم من النّاحية القانونية، بين الرّغبة في المحافظة على

[5] LE TOURNEAU Philippe et POMAREDE Matthieu, « Bonne foi », Rep. Civ., janvier 2017, p. 9.

المبادئ التقليدية التي تحكم نظريّة العقد، وضرورة إعادة النّظر فيها من أجل تماشي النّصوص القانونية مع تطورات المجتمع (الفصل الثاني).

# الفصل الأول

# الإطار المفاهيمي للمصلحة الشّخصية وحسن النيّة في العقد المدني

يكتسي العقد من خلال مختلف الوظائف المعترف له بها أهمية بالغة في المجتمع ومن بينها الوظيفة الاقتصادية والتي تَعتبِر العقد أداة لتداول الثّروة بين الأفراد[6] هذه الوظيفة تستوجب استقرار المعاملات من أجل بعث الثّقة اللازمة لتطوير العقد وتحريره من القيود، بالتالي فتدخل عوامل أجنبية عن إرادة المتعاقدين قد يكون مصدرا لاضطرابات سواء في المرحلة السّابقة على إبرامه أو في مرحلة التنفيذ[7].

يظهر مما سبق، أنّ تحقيق الغاية الاقتصادية من العقد يمر عبر منح الأفراد حريّة في إبرامه وتحديد أثره دون تدخّل خارجي، للمحافظة على استقرار المعاملات والأمن القانوني للعقد[8] إذ أنّ هذه الحريّة هي التي تسمح للمتعاقد بتحقيق مصلحته الشّخصية على النحو الذي يريده، مع ضمان فعّالية العقد للتكريس الفعلي لهذه المصلحة (المبحث الأوّل).

غير أنّه أبدت حريّة التّعاقد حدودها بمجرد تطوّر المجتمع، الذي لم يبق بتلك البساطة المعهود له بها، في ظل عدم تكافؤ المراكز القانونية بين الأطراف نتيجة تطوّرات أدّت إلى عدم منح نفس الفرص لكلا الطّرفين من أجل الدّفاع عن مصالحه الشّخصية لذلك ظهر الالتزام بحُسن النيّة كوسيلة لمعالجة الإشكالات القانونية التي يثيرها اختلال توازن العقد (المبحث الثاني).

---

[6] CHAGNY Muriel, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, Paris, 2004, p. 270.

[7] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, La formation du contrat, T.1, Le contrat- le consentement-, 4eme éd., L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 215.

[8] MEHANNA Myriam, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de doctorat, université Paris II Panthéon Assas, 2014, p. 19.

## المبحث الأول

## العقد أداة لتحقيق المصلحة الشّخصية للمتعاقدين

تُعتبر المصلحة الشّخصية للمتعاقد أحد أهم عناصر العقد، بحيث أنّ زوالها قد يؤثر على صحة أو استمرارية العقد، وهو ما يمكن التأكّد منه من خلال ارتباط المصلحة الشّخصية للمتعاقد بركنين أساسيين في العقد وهما المحل والسّبب (المطلب الأوّل).

من جانب آخر، وفّرت نظريّة العقد الآليات القانونية اللازمة للمتعاقدين سواء من أجل تحقيق هذه المصلحة من خلال الاعتراف لكل طرف بحرية التعاقد وتحديد مضمون العقد في الحدود المكرسة قانونا، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح لكل متعاقد حريّة تقدير جدوى إبرام العقد من عدمه بحسب المصلحة التي يحققها هذا الأخير ومدى توافقها مع حاجياته الشخصية (المطلب الثاني).

إلا أنّ اتّفاق الأطراف على إبرام العقد وفقا لشروط معينة لن يكون له أية فعالية من دون عنصر الإلزام، وهو ما يضمنه مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ يتدخل القانون من أجل حماية التوقعات المشروعة لكلا الطرفين عن طريق فرض عنصر الإلزامية بالنسبة لما تم الاتّفاق عليه بين الأطراف تحت طائلة المسؤولية المدنية (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

### علاقة المصلحة الشّخصية للمتعاقدين بأركان العقد

ترتبط المصلحة الشّخصية للمتعاقدين بركنين أساسيين في العقد وهما المحل والسّبب ويختلف هذا الارتباط باختلاف المركز القانوني للمتعاقد باعتباره دائنا أو مدينا، إذ عادة ما يتم تكريس المصلحة الشّخصية للدّائن بركن المحل (الفرع الأوّل).

من جانب آخر، تتجلى المصلحة الشّخصية للمدين من خلال ركن السّبب إذ تبقى مصلحة المدين في تنفيذ التزاماته مكرسة سواء في سبب العقد أو سبب الالتزام وفي كلتا الحالتين فإن غياب ركن السبب قد ينجر عنه إعفاء المدين من تنفيذ التزاماته (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## ارتباط المصلحة الشّخصية للدّائن بركن المحل

تظهر مصلحة الدّائن في العقد من خلال الشّروط الواجب توفّرها في ركن المحل لصحة العقد (أولا) كما أنّ المحافظة على مصلحة أحد المتعاقدين تقتضي منع استئثار المتعاقد الآخر بحق تحديد محل العقد بصفة منفردة، خوفا من تعسفه في استعمال حقه للحصول على امتيازات غير مبررة قانونا (ثانيا).

### أولا: حماية المصلحة الشّخصية للدّائن عن طريق شروط المحل

تبدو العلاقة واضحة بين محل العقد والمصلحة الشخصية للدّائن، حيث أنّه سيتلقّى هذا الأخير من المدين المحل المتفق عليه سواء كان قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء ويمكن الوقوف على مظاهر حماية المصلحة الشّخصية للدّائن من خلال الشّروط الواجب توفّرها في المحل لصحة العقد.

#### 1- أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعين

تنص المادة 94 من التّقنين المدني الجزائري على أنّه: *" إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا".*

يظهر من خلال النّص أنّ المشرّع اشترط أن يكون محل الالتزام في العقد معيّنا أو قابلا للتّعيين، وهي أول صورة من صور حماية مصلحة الدّائن حسب ما ذهب إليه الباحثين[9] لأنّ عدم تعيين محل الالتزام أو ترك مجال واسع للمدين لتعيينه قد يؤدّي إلى عدم تحقّق المصلحة التي كان الدّائن ينتظرها من إبرام العقد.

[9] DO Van Dai, Le rôle de l'intérêt prive dans le contrat en droit français, P.U.A.M., Marseille, 2004, p. 59 et s.

يمكن التأكّد من صحة هذا الطّرح من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 94 من التّقنين المدني الجزائري[10]، والتي تُلزم المدين في حالة عدم الاتّفاق على نوعيّة محل العقد أن يسلّم شيئا من النوع المتوسط، حرصا من طرف المشرّع على مصلحة الدّائن من تعسّف المدين عند تنفيذ العقد.

### 2- أن يكون محل الالتزام موجود أو قابلا للوجود

يشترط المشرّع بالإضافة إلى كون المحل معينا أو قابلا للتّعيين، أن يكون موجودا أو على الأقل قابلا للوجود في المستقبل[11]، إذ تنص المادة 92 من التّقنين المدني على أنّه: *" يجوز أنّ يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"*[12]، كما تنص المادة 93 من التّقنين نفسه على أنّه: *" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ... كان باطلا بطلانا مطلقا"*.

تظهر صورة حماية المشرّع لمصلحة الدّائن، من خلال منع المتعاقدين من التّعامل في المحل المستقبلي إذا كان مستحيل الوجود في المستقبل لاعتبارات موضوعية[13] أو بسبب هلاكه قبل إبرام العقد[14]، حيث أنّه في كلتا الحالتين السابقتين فإنّ مصلحة الدّائن من إبرام العقد منعدمة في خُطوة تبيّن حرص المشرّع على أن تكون مصلحة للدّائن من إبرام العقد موجودة أو على الأقل ممكنة في المستقبل، وإلا فإنّ مصير العقد هو البطلان في ظل غياب أيّ دافع للتعاقد.

---

[10] أمر رقم 75-58 السّالف الذكر. تنص المادة 94 فقرة 2 من التّقنين المدني على أنّه: *" ويكفي أن يكون ... وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط"*.

[11] سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع (دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية)، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 87.

[12] استعمال المشرّع عبارة "ومحققا" في غير محله، بما أنّ اشتراط أن يكون المحل محققا في المستقبل يجعل من كل العقود الاحتمالية باطلة.

[13] فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 231.

[14] العوجي مصطفى، القانون المدني، الجزء الأوّل: العقد، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 305.

**ثانيا: منع استئثار المدين بتعيين محل العقد**

حَرَصَ المشرّع على حماية المصلحة الشّخصية للدّائن،بمنع استئثار المدين بصفة مطلقة بحريّة تحديد محل العقد، سواء كان ذلك في التّقنين المدني أو بمقتضى نصوص خاصة.

**1- رفض التّعاقد مع النّفس في التّقنين المدني**

تنص المادة 77 من التّقنين المدني على أنّه: *"لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التّعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل..."*.

يظهر جليا من النّص أنّ المشرّع منع على النّائب أن يتعاقد أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، لِما في ذلك من تهديد لمصالح الموكِّل، لأنّ ما يترتب عن التّعاقد مع النفس، هو ارتباط تنفيذ التصرّف القانوني محل الوكالة بمحض إرادة الوكيل، ما قد يؤثّر على مصالح الموكِّل.

**2- منع استئثار المهني بتحديد محل الالتزام**

أكد الباحثون[15] أنّ العقد الذي يُترك فيه للمدين الحريّة التامة في تحديد محله باطلا بطلان مطلق،ويمكن الاستدلال في هذا السياق بما تضمنته المادة 30 من القانون 04-02 [16] والتي تنص على أنّه: " تعتبر بنودا وشروطا تعسّفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشّروط التي تمنح هذا الأخير: ...

2_ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنّه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،...

7_ التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو تنفيذ خدمة ..."

[15] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil (les obligations), 11eme éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 304. *« ... en revanche, l'obligation est nulle lorsqu'elle abandonne la définition de son objet à la volonté discrétionnaire de l'une des parties ».*

[16] قانون رقم 04-02 السّالف الذكر.

يبدو واضحا حرص المشرّع على حماية مصالح المستهلك باعتباره دائنا، من خلال منع أيّ بند أو شرط يمنح للبائع سلطة ينفرد بها من أجل تحديد مضمون التزامه، متيقّنا بأنّ مصلحة الدّائن في العقد مرتبطة بهذا المحل، وأنّ أنانية المدين قد تؤدي به إلى العمل على تحقيق مصالحه دون أن يُولِ أيّ اهتمام لمصالح الدّائن.

## الفرع الثاني

## ارتباط المصلحة الشّخصية للمدين بركن السّبب

يرى الأستاذ دينيس مازو(Denis MAZEAUD)[17] أنّ ركن السّبب في العقد يجسّد في الواقع مصلحة المدين من إبرامه، فغياب المصلحة بالنّسبة للمدين قد يعدم ركن السّبب ويؤدي بالعقد إلى البطلان سواء تعلق الخلل بالسّبب الموضوعي (أولا) أو السّبب الشّخصي (ثانيا).

### أولا: حماية المصلحة الشّخصية للمدين من خلال السّبب الموضوعي

يلعب السّبب الموضوعي أو ما يسمى كذلك بسبب الالتزام دورا هاما في حماية مصلحة الدّائن، إذ تظهر جليا الأهمية التي حضي بها هذا الركن لدى المشرّع الذي علق في عديد الحالات صحة العقد على ضرورة تواجده، غير أنّ قبل توضيح ذلك يبدو ضروريا التعريف بالسبب الموضوعي باعتباره ركنا من أركان العقد.

#### 1- تعريف السّبب الموضوعي

يمكن تعريف السّبب الموضوعي بالسّبب الذي يبرر تنفيذ المدين لالتزاماته، فسبب التزام الدّائن هو التزام المدين والعكس صحيح[18] والملاحظ أنّ السّبب بهذا المفهوم لا يتغيّر مهما كان المتعاقدين[19]، ففي العقود الملزمة للجانبية مثلا، أكّدت محكمة النّقض الفرنسية أنّ سبب التزام أحد

[17] MAZEAUD Denis, La cause, *in* 1804-2004 le Code civil un passé un présent un futur, S/D LEQUETTE Yves et LEVENEUR Laurent, Dalloz, Paris, 2004, p. 460.

[18] حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 16.

[19] BENABENT Alain, Droit civil (les obligations), 12eme éd., Montchrestien, Paris, 2010, p.140.

المتعاقدين هو محل التزام المتعاقد الآخر[20]، ومن هذا المنطلق تظهر أهمية ركن السّبب باعتباره ضامنا لتوازن العقد[21]، فالغاية مِن تخلّي البائع عن ملكية الشيء المبيع هو الحصول على الثّمن وهذه المصلحة لا تتغيّر مهما كان البائع[22].

يجد السّبب الموضوعي تبريره في المضمون العقدي لا في شخص المتعاقد، لذلك وجّه المؤلفون[23] انتقادات لهذا المفهوم تتمحور أساسا حول عدم صحته في العقود الملزمة لجانب واحد[24]، كون أنّ التزام المدين في هذا النوع من العقود لا يوجد له أيّ سبب من النّاحية الواقعية رغم هذه الانتقادات استند المشرّع إلى سبب الالتزام في العديد من الحالات من أجل اعتبار العقد باطلا.

### 2- اعتماد المشرّع على السّبب الموضوعي

اعتمد المشرّع على السّبب الموضوعي في بعض النّصوص منها على سبيل المثال المادة 121 من التّقنين المدني[25] فيما يتعلق بالانفساخ، حين رتّب في العقود الملزمة للجانبين انحلال العقد إذا أصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلا، إذ يمكن تفسير موقف المشرّع في هذه الحالة باعتباره أنّ انقضاء التزامات أحد الطّرفين في العقد الملزم للجانبين يجعل من التزامات الطّرف الآخر من دون سبب.

---

[20] Cass. Soc., 18 mai 1999, N° 97-40.439, Bull. Civ. N°2, 1999, p. 163. *«Attendu ... que dans un contrat synallagmatique l'objet de l'obligation à la charge de l'un constitue la cause de l'obligation contractée par l'autre… ».*

[21] العشماوي أيمن إبراهيم، نظرية السّبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 101.

[22] BENABENT Alain, Op.cit., p. 140.

[23] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, Droit civil –Les obligations, 1. l'acte juridique, 16eme éd., Sirey, Paris, 2014, p. 266.

[24] من الصعب مثلا في الوكالة بدون أجر، تبرير أنّ سبب التزام الوكيل هو التزام الموكّل، على أساس أنّ هذا الأخير لا يلتزم في المقابل بأيّ أداء للوكيل.

[25] تنص المادة 121 من التّقنين المدني على أنه: " *في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بقوة القانون.".*

أخذ المشرّع موقف مشابه في المادة 369 من التّقنين نفسه[26]، لما أقر بسقوط البيع واسترداد المشتري للثّمن، في حالة هلاك الشيء المبيع قبل التسليم دون خطأ من البائع ويرجع هنا حق المشتري في استرداد الثّمن إلى انعدام سبب التزامه بمجرد زوال التزام البائع بتسليم الشيء المبيع الهالك.

**ثانيا: حماية المصلحة الشّخصية للمدين من خلال السّبب الشّخصي**

يُعتبر السّبب الشّخصي في العقد أو ما سُمي كذلك بالباعث أو الدّافع إلى التّعاقد[27] الغاية التي يريد المتعاقدان إدراكها من إبرام العقد، إذ ترتبط هذه الغاية بصفة مباشرة بالمصلحة الشّخصية للمتعاقدين، فسبب قيام البائع ببيع سيّارته القديمة هو شراء جديدة تتلاءم أكثر وحاجاته في فترة معيّنة من الزّمن، وتبدو هذه الغاية أو المصلحة الشّخصية الأصعب للمراقبة القضائية بالمقارنة مع السّبب الموضوعي، خاصة إذا لم يتصل السّبب الشخصي لعلم المتعاقد الآخر.

**1- اعتراف الفقه بدور السّبب الشّخصي في حماية مصلحة المدين**

يَعتبر المؤلفون[28] أنّ السّبب الشّخصي يساهم في حماية المصلحة الشّخصية للمتعاقد من خلال اعتبار العقد باطلا إذا كانت المصلحة التي يرمي المتعاقد إلى تحقيقها مستحيلة الوقوع، أو أصبحت كذلك بعد إبرام العقد ودون خطأ منه، إلا أنّه عدم تحقّق هذه المصلحة في المستقبل في ظل إمكانية وقوعها لا يؤدّي إلى بطلان العقد[29]، لأنّ هذا الأخير يَحْتَمِل في مضمونه نسبة من الغرر الذي يَتَحَمَّلُه كلا المتعاقدين، فعقد الرهان الذي يبرمه أحد المتعاقدين في سباق الخيل مثلا صحيح، وأن مصلحة المراهن قائمة وممكنة في المستقبل وهي الحصول على الجائزة المترتبة على صحة رهانه، إلا أنّ خسارة الخيل الذي راهن على فوزه لا تحول دون صحة العقد.

---

[26] تنص المادة 369 من التّقنين المدني على أنه: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثّمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع".

[27] أيت حمودي حليمة، نظريّة الباعث في الشّريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة، بيروت، 1986، ص 35.

[28] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 383. *« À moins d'altération grave de ses facultés mentales, toute personne, lorsqu'elle souscrit une obligation, .... En d'autres termes, l'article 1131 va permettre à celui qui s'est engagé de se délier de son obligation, s'il apparaît que le but qu'il poursuivait n'est pas réalisable. »*

[29] DO Van Dai, Op.cit., p. 61.

**2- اعتماد القضاء الفرنسي على السّبب الشّخصي لحماية مصلحة المدين**

اعتمد القضاء الفرنسي في بعض قراراته على السّبب الشّخصي من أجل القضاء ببطلان العقد، على سبيل المثال القرار الصّادر عن الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض الفرنسيّة بتاريخ 03 جويلية 1996، في قضية تتلخّص وقائعها أنّ زوجين أبرما عقد لاستئجار أفلام بغرض فتح محل تجاري لإعادة تأجيرها، إلا أنّ المشروع لم يكتمل بسبب قلة عدد السّكان في المكان الذي اختاره الزوجين لإقامته، فطلب الزوجين إبطال عقد إيجار الأفلام وكان لهما ذلك، حيث اعتبرت محكمة النّقض أنّ العقد باطلا لعدم إمكانية تحقق المصلحة المنتظرة من العقد، بالتّالي استحالة تنفيذ العقد وفقا للاقتصاد المنتظر من طرف المستأجر[30].

يظهر بالرجوع إلى القرار، أنّ القضاء الفرنسي تمادى في منح أهمية للمصلحة الشّخصية للمتعاقد وفقا لما كان يُنتظر تحقّقه من فائدة، دون أخذ بعين الاعتبار مصلحة الطّرف المؤجّر والذي نفّذ التزامه تنفيذا صحيحا لمّا وضع العين المؤجرة (الأفلام) تحت تصرف المستأجرين، إلا أنّه ولسبب لا يد له فيه، قضت محكمة النّقض ببطلان العقد علما أنّ السّبب الشّخصي مرتبط بالمتعاقدين لا بالعقد.

يتّضح أنّ الغرفة المدنيّة في قرارها جانبت الصواب، إذ كان من الضروري الوقوف على ما إذا كان العقد كان يمنح للمتعاقدين إمكانية الحصول على الفائدة المنتظرة من إبرامه دون البحث عما إذا كانت هذه الأخيرة تحققت فعلا بعد إبرام العقد[31]، فالمصلحة المنتظرة من العقد كانت ستتحقق بالنّسبة للزوجين، لو أحسنا اختيار المكان المناسب للمحل.

---

[30] Cass. Civ. 1ere, 03 juillet 1996, N° 94-14.800, Bull. Civ. N° 1, 1996, p. 200. *« Mais attendu..., l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Y... dans le cadre de la convention de création d'un " point club vidéo ».*

[31] DO Van Dai, Op.cit., p. 75.

## المطلب الثاني

## حرية التّعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة الشخصية

ترتبط حريّة التّعاقد بمبدأ سلطان الإرادة ارتباطا وثيقا، باعتبار المبدأ أداة لضمان حق المتعاقد في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه[32]، وتأكيد على أنّ إرادة المتعاقد هي الوحيدة التي يمكن أن تكون مصدرا للالتزامات[33]، وبقي المبدأ ملازما لنظريّة العقد منذ الخروج من مبدأ الشكلية الذي كان معروفا في القانون الروماني (الفرع الأوّل).

تتجلى أهمية مبدأ سلطان الإرادة من خلال المكانة مرموقة التي حضي بها باعتباره ركيزة أساسية في البناء الفلسفي لنظريّة العقد، إيمانا من طرف الفقه المساند للحرية التعاقدية أنّه الوسيلة الوحيدة التي تمكّن المتعاقد من تحقيق مصلحته الشّخصية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### ملازمة مبدأ سلطان الإرادة لنظريّة العقد

عرف مبدأ سلطان الإرادة تطوّر منذ القانون الروماني بصفة تدريجية، قبل أن يتم تكريسه بصفة واضحة في القانون المدني الفرنسي، والقانون الجزائري الذي تعدّدت مظاهر إعماله بالمبدأ في التّقنين المدني.

#### أولا: الاعتراف المتباين بمبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني

ميّز المختصّين[34] في دراسة القانون المدني الروماني من النّاحية التّاريخية بين المرحلة القديمة والمرحلة الكلاسيكية، فكانت العقود في مرحلة أولى تتسم بالشّكلية بتعليق صحّة العقد على

---

[32] مصطفى العوجي، المرجع السّابق، ص 110.

[33] نجيده علي حسين، "دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، عدد 1، 1985، ص 147.

[34] DEROUSSIN David, Histoire du droit des obligations, 2eme éd., Economica, Paris, 2012, p. 118 et s.

ضرورة القيام بمجموعة من الطقوس والنّطق ببعض الكلمات[35]، واعتبار هذه الشّكليات مصدرا للقوّة الملزمة للعقد[36].

أصبحت هذه الإجراءات الشّكلية بمرور الزّمن عائقا على سرعة المبادلات في ظل تطوّر الحياة وتزايد حاجيات أفراد المجتمع[37]، ما أدّى إلى هجر هذا النّمط لإبرام العقود والتوجّه نحو ما اصطلح على تسميته بعقود حسن النيّة (contrats de bonne foi)، وهي الخطوة الأولى التي أدّت لظهور العقود الرّضائية وبطريقة تبعية تكريس الإرادة كمصدر للالتزام، ثمّ بعد ذلك مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ تقوم عليه نظريّة العقد[38].

تقوم عقود حسن النيّة على تصرف مثالي لكلا طرفي العقد[39]، وقد كان للقضاء في العهد الروماني دور كبير في تطويرها تحت تأثير التّجارة الخارجية والقضاء الخاص بالأجانب، في فترة عرفت انفتاح الإمبراطورية الرومانية على الخارج، وإقامة عدّة علاقات تجارية بين الرومان والأجانب[40].

### ثانيا: مكانة مبدأ سلطان الإرادة في التّقنين المدني الفرنسي لسنة 1804

كان لمبدأ سلطان الإرادة صدى واسع بعد صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804[41] بالنّظر إلى الأفكار السائدة خلال تلك الفترة التي تلت الثّورة الفرنسيّة بما حملته من تقديس للحريّة

---

[35] أيت حمودي حليمة، المرجع السّابق، ص 29.

[36] بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التّعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص 21.

[37] حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنيّة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 21.

[38] LOIR Romain, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, mémoire de DEA en droit des contrats, école doctorale N° 74, université de Lille 2, 2002, p.28.

[39] LEFEBVRE Brigitte, La bonne foi dans la formation du contrat, Éditions Yvons BLAIS INC, Québec, 1988, p. 14.

[40] LOIR Romain, Op.cit., p. 27.

[41] عارض على هذه الفكرة جانب من الباحثين في الوقت الحالي، راجع في ذلك:

الفردية[42]، ورغم عدم استعمال المشرّع الفرنسي آنذاك عبارة "سلطان الإرادة"[43]، إلا أنّ أثر المبدأ بدا ظاهرا في بعض مواد التّقنين بصفة صريحة كنص المادة 1134 والتي كرست مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[44]، باعتباره الضامن الوحيد لمصلحة المتعاقدين في ظل بساطة العقود وتكافؤ المراكز القانونية للأطراف[45].

رغم الاعتراف بحريّة التّعاقد إلا أنّه اعتراف غير مطلق، إذ تمّ وضع بعض القيود كالنظام العام والآداب[46] التي أضحت قيودا تقليدية، إلا أنّ أثرها بات نسبيا خلال مرحلة تميّزت برفض كل القيود والحواجز التي تعيق حريّة الفرد، كما أنّ الطابع المتغيّر لفكرة النّظام العام والآداب كان عائقا من أجل رسم حدود ثابتة لمبدأ سلطان الإرادة.

**ثالثا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في التّقنين المدني الجزائري**

ينبغي لأسباب موضوعية الوقوف عند مكانة مبدأ سلطان الإرادة في التّقنين المدني الجزائري، والواضح أنّ العديد من النصوص كرست المبدأ سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة منها على سبيل المثال نص المادة 59 التي تضع مبدأ الرضائية كأصل في العقود دون الحاجة إلى شكل معيّن، حيث تنص على أنّه: *"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطّرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"*، أو المادة 106 من التّقنين نفسه التي أرست مبدأ سمو العقد بالنص على أنّه: *"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق*

---

JAMIN Christophe, La nouvelle crise du contrat, S/D MAZEAUD Denis et JAMIN Christophe, Dalloz, Paris, 2003, p. 8.

[42] CARBONNIER Jean, Droit civil – les biens, les obligations-, Vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 1945.

[43] RANOUIL Véronique, L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept, PUF, Paris, 1980, p. 76.

[44] كرّس المشرّع الفرنسي من خلال التّقنين المدني الصادر في 1804 مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في نص المادة 1134، غير أنّ هذه المادة أُلغيت بمقتضى الأمر 2016-131، وتم إعادة صياغة مضمون النّص في المادة 1193.

[45] LEVY Jean-Philippe, La révolution française et le droit civil, *in* 1804-2004 le Code civil un passé un présent un futur, S/D LEQUETTE Yves et LEVENEUR Laurent, Dalloz, Paris, 2004, p.93. / MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée, *in* http://www.crid.be/pdf/public/4563.pdf/, Consulté le 22/12/2016, p. 4.

[46] MAZEAUD Léon et Henri, MAZEAUD Jean, Leçon de droit civil, T.1, 5eme éd., Montchrestien, Paris, 1972, p. 298.

*الطّرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"*؛ واعتبار اتّفاق الأطراف هو القانون الذي يسري على المتعاقدين عند التّنفيذ[47]، في حين أكّدت المادة 111 في فقرتها الثانية على ضرورة البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين عند قيام القاضي بتفسير العبارات الغامضة[48]، ما يبيّن اعتماد المشرّع على سلطان الإرادة كمبدأ توجيهي في نظريّة العقد.

## الفرع الثاني

## مظاهر حماية المصلحة الشّخصية للمتعاقد

تظهر أهمية مبدأ سلطان الإرادة باعتباره ضامنا للمصلحة الشّخصية للمتعاقد من خلال مجموعة من القواعد التي تجعل المتعاقد هو الشّخص الوحيد المتحكّم في العقد، سواء من خلال حريته في اختيار إبرامه أو رفض ذلك، كما له حريّة اختيار المتعاقد الآخر دون أن يكون ملزما بتبرير اختياره، وأخيرا للمتعاقد الحريّة التامة في تحديد مضمون التزاماته في العقد دون أيّ تدخّل خارجي عن إرادته.

### أولا: حريّة المتعاقد في إبرام العقد

يحق للمتعاقد تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة إبرام العقد أو رفضه[49]، إذ له أن يزن مدى حاجته لذلك من أجل تحقيق مصالحه الشّخصية[50]، وهو ما تمّ تكريسه قضائيا سواء بتأكيد حريّة المتعاقد في إبرام العقد أو بالعكس التأكّيد على حريّته في رفض التّعاقد.

---

[47] غير أنه لا مجال للمساواة بين العقد والقانون مثلما ذهب إليه جانب من الفقه المقارن، لأن العقد يبقى تحت سلطة القانون مثلما سيتضح في العديد من الحالات، أولها نص المادة 106 المذكورة سابقا، والتي تضع حالتين لنقض أو تعديل العقد إما اتفاق الطّرفين أو نص القانون ولو لم يتفق الطّرفين على ذلك.

[48] تنص الفقرة الثانية من المادة 111 من التّقنين المدني على انه: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ ...".

[49] LATINA Mathias, « Contrat (Généralités) », Rep. Civ, décembre 2013 (actualisation : juin 2014), p. 31.

[50] أضحت الحريّة التّعاقدية ذات قيمة دستورية في العديد من الدول لا سيما في فرنسا، وهو ما تبيّنه العديد من الدراسات، راجع:

MAURIN Lucien, Contrat et droit fondamentaux, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2013, p.125.

### 1- حصرية حريّة المتعاقد بإبرام العقد

يُعتبر حق إبرام العقد حق حصري للمتعاقد إذ لا يمكن لأيّ شخص ولا حتى لجهة قضائية إجبار المتعاقد على السّعي لذلك، هذا ما يمكن استخلاصه من قرار للمحكمة العليا سنة 2010 في قضية تتلخّص وقائعها أنّ أحد الأشخاص طلب أمام القضاء بإلزام شخص ثاني للتوجّه لدى الموثّق لإبرام عقد بيع شقّة، وقد استجاب مجلس قضاء وهران لطلب المدعي، إلا أنّ المحكمة العليا نقضت القرار وأثارت من تلقاء نفسها دفعا بسوء تطبيق القانون، لما قضت بـ "*... حيث أن التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقا لاختياره الحر .... وحيث أن قضاة الموضوع لما ألزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع قد أخطأوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه، مما يعرض قضاءهم للنقض، ودون الحاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة*"[51].

يظهر من القرار، حرص المحكمة العليا على اعتبار حريّة إبرام العقد من عدمه مقترنة بإرادة المتعاقد تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، وأنّ المبدأ من النّظام العام، وهو ما يمكن استخلاصه من إثارة وجه الطعن تلقائيا من طرف المحكمة العليا دون أن تتمسك بذلك الطاعنة.

### 2- حريّة المتعاقد في رفض التّعاقد

أكد الباحثون[52] أنّه يحق للمتعاقد رفض التّعاقد دون أن يكون ملزما بتبرير قراره، وهو الموقف الذي عرف تكريس قضائي مستقر، يمكن الاستدلال على سبيل المثال بقرار لمحكمة النّقض الفرنسيّة سنة 2013، في قضية طفل كان متمدرس في مدرسة خاصة حين رفضت هذه الأخيرة إعادة تسجيله للسنة الدراسية الجديدة، وهو ما أثار استياء والدي الطفل اللذان قرّرا عرض

[51] المحكمة العليا، الغرفة المدنيّة، قرار بتاريخ 22 جويلية 2010، رقم 586766، مجلة المحكمة العليا، عدد الأوّل، 2011، ص 109.

[52] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 182.

النّزاع أمام القضاء حيث قضت محكمة النّقض بصحّة تصرّف المدرسة لما رفضت إعادة التّعاقد مع أولياء الطفل، معتبرة أنّ هذه الأخيرة مارست حريّة مكفولة لها قانونا[53].

يتّضح من القرار، أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة أرست مبدأ عاما وهو حريّة أيّ طرف في رفض إبرام العقد دون أن يكون ملزما بتبرير موقفه، حيث أشار والدي الطفل في أحد أوجه الطّعن إلى تعسّف المدرسة في قرارها بعدم تجديد العقد دور مبرر، إلا أنّ محكمة النّقض لم تر في ذلك أيّ خروج عن القانون، بل أكّدت في منطوق القرار أنّ رفض تجديد العقد قرار غير مشوب بأي تعسّف من طرف المدرسة.

**3- عدم افتراض نيّة إبرام العقد**

تأكّدت أهمية مبدأ سلطان الإرادة في حماية المصلحة الشّخصية للمتعاقد من خلال اشتراط أن يكون التّعبير عن الرغبة في إبرام العقد صريحا ولا يمكن استخلاص ذلك عبر قرائن توحي بذلك، وقد أكّدت محكمة النّقض الفرنسية على ذلك في قضية تتلخّص وقائعها أنّ سيّد يدعى دي ستيفانو DE STEPHANO تَصَاحَبَ مع السيّد سبينيلي SPINELLI بسيارة هذا الأخير إلى إيطاليا في سفر مهني، مع اتّفاق الطّرفين على اقتسام مصاريف السّفر بينهما وأثناء السّفر تعرّضا لحادث مرور بايطاليا وأصيب السيد دي ستيفانو بجروح طالب بالتعويض عنها، وعند عرض النّزاع على القضاء تمّ تحديد القانون الايطالي باعتباره القانون الواجب التطبيق على النّزاع، طبقا لمعاهدة لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة عن حادث مرور[54]، إلا أنّ الضحية طعن بالنّقض في القرار على أساس وجود عقد نقل بينه وبين سائق السيارة.

---

[53] Cass. Civ. 1ere, 11 septembre 2013, N° 12-20844, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027951671&fastReqId=1658779480&fastPos=1/Consulté le 15/02/2017.*«... ,de sorte que, la conclusion d'un nouveau contrat ressortant de la liberté contractuelle des parties et l'école privée n'ayant pas d'obligation légale de contracter, il n'y avait ni résiliation ni rupture abusive du contrat arrivé à terme, ni résiliation ou rupture du nouveau contrat qui n'avait pas été conclu… ».*

[54] اتفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على حوادث المرور، مبرمة يوم 04 ماي 1971، متوفرة على الموقع: https://assets.hcch.net/docs/784e623f-da59-4d64-99b7-65d70630770a.pdf/
تم الاطلاع عليها في 2018/02/17.

أيّدت محكمة النّقض الفرنسيّة قرار محكمة الاستئناف، مؤكّدة على عدم وجود عقد نقل بين الطّرفين، رغم اتّفاقهما على تقاسم نفقات السّفر، لأنّ هذا الاتّفاق غير كاف لاستخلاص تطابق إرادة الطّرفين على إبرام عقد نقل، بل يجب أن تكون إرادة المتعاقدين صريحة من أجل اعتبار العقد مبرما[55].

يبدو أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة أكّدت من خلال القرار أنّ نيّة إبرام العقد إمّا أن تكون صريحة وإما لا تكون، ولا يمكن استخلاص وجود عقد بين طرفين بناء على اتّفاقات هامشية تطبيقا لذلك على القضية السالفة الذكر، فإنّ الاتّفاق على تقسيم نفقات التنقّل لا يمكن اعتباره بدلا لعقد النّقل، بالتّالي في حالة وقوع حادث مرور تقوم على السّائق مسؤولية تقصيرية تخضع للقواعد العامة، ولا وجود لالتزام تعاقدي بضمان السّلامة يقع على عاتق سائق السيارة.

**ثانيا: حريّة المتعاقد في اختيار المتعاقد معه**

يترتب عن حريّة التّعاقد حق كل طرف في اختيار الطّرف المتعاقد معه بكل حريّة ضمانا لمصلحته الشّخصية وهو ما أكد عليه الباحثون[56]، وكرّسته محكمة النّقض الفرنسيّة على ذلك في قضية تتلخّص وقائعها أنّ صيدليتين في قرية تتقاسمان احتياجات جمعيتين في المجال الشّبه الطّبي، وخلال انتخابات جهويّة ثار خلاف بين رئيس البلديّة – والذي بدوره هو رئيس الجمعيتين– مع زوج صاحبة أحد الصّيدليّتين، تبعا لذلك قرّرت الجمعيتين التّعامل حصريّا مع الصّيدلية الأخرى دون تقديم أيّ مبرّر، ما جعل بصاحبة الصيدلية التي تمّ توقف العمل معها إلى عرض النزاع أمام القضاء للمطالبة بالتعويض.

---

تنص المادة 3 من الاتفاقية على أنّه: " القانون الواجب التطبيق هو القانون الداخلي للدولة التي وقع على إقليمها حادث المرور". (ترجمة شخصية لنص المادة بما أنّ الاتفاقية غير متوفرة باللّغة العربية).

[55] Cass. Civ. 1ere, 6 avril 1994, N° 91-21.047, Bull. Civ. N° 1, 1994, p.99. *« ... Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que l'existence d'un accord sur le partage des frais de voyage était insuffisant pour établir entre les parties un lien de nature à engendrer une responsabilité contractuelle liée à une obligation de sécurité à la charge du conducteur à l'égard de son passager... ».*

[56] خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1987، ص 29.

ألغت محكمة النّقض الفرنسيّة قرار محكمة الاستئناف أكس اون بوفونس–Aix–en) (Provence التي حملت الجمعيتين مسؤولية تجاه الصيدلية، حيث اعتبرت الغرفة التجارية أنّه يحق للجمعيتين على أساس الحريّة في اختيار الشّخص المتعاقد معه، وقف التعامل مع أحد الصيدليتين دون تبرير موقفها، ولا يترتب عن ذلك أيّة مسؤولية[57].

تظهر أهمية القرار من خلال تمسّك محكمة النقض الفرنسية بفكرة أنّه لكل متعاقد الحريّة التامة في اختيار المتعاقد الآخر، دون إنكار وجود اضطراب في العلاقة بين رئيس الجمعيتين والصيدلية التي تم الاستغناء عن خدماتها، وهو ما يبين أنّ حريّة التعاقد لا تتأثر بالظروف الخارجية التي تحيط بالتعبير عن الإرادة، مؤكدة على حق كل طرف في اختيار المتعاقد الآخر دون أنّ يكون ملزما بتبرير موقفه.

**ثالثا: حريّة المتعاقد في تحديد مضمون العقد**

يرى الباحثون[58] امتداد حريّة التّعاقد لتشمل أهم عنصر في العقد وهو تحديد التزامات المتعاقدين، مع ضرورة احترام النّظام العام والآداب، وما تدخّل المشرّع ببعض المواد لتنظيم مجال العقود الخاصة إلا اقتراحا منه يجوز للأطراف الأخذ بها أو التخلّي عنها بإيجاد حلا آخر يُرضي الطّرفين[59]، كما أنّه لا يمكن للقاضي التدخّل للخروج عما تمّ الاتّفاق عليه سواء من أجل تكملة العقد أو تفسير العبارات في حالة وضوحها.

أيّد الاجتهاد القضائي الفرنسي مبدأ حريّة المتعاقد في تحديد مضمون العقد في العديد من القرارات، ومنها على سبيل المثال قرار لمحكمة النّقض سنة 2006، في قضية تتلخّص وقائعها

---

[57] Cass. Com., 05 juillet 1994, N° 92-20.064, Bull. Civ. N° 2, 1994, p. 204. *«Une personne qui décide de cesser de s'approvisionner chez un commerçant, cette abstention fût-elle avec l'intention de nuire, ne fait qu'exercer la liberté fondamentale de s'approvisionner chez un commerçant et ne commet pas un abus de droit. »* .

في تعليق على القرار انظر:

MESTRE Jacques, « Les convictions du conjoint », R.T.D.C., N° 1, 1995, P.96.

[58] دبابش عبد الرؤوف و دغيش حملاوي، "مبدأ سلطان الإرادة في العقد بين الشريعة والقانون"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، عدد 44، سنة 2016، ص 259.

[59] BOYER Louis, « Contrats et conventions », Rep. Civ, Aout 2013 (actualisé Avril 2015), p. 6.

أنّه تمّ إبرام عقد إيجار لمدّة 9 سنوات، قابل للتّجديد مع إدراج بند إعادة التّفاوض لمراجعة بدل الإيجار، إلا أنّه عند حلول الأجل المتفق عليه لتجديد العقد رفض المستأجر إعادة التّفاوض فتمّ عرض النّزاع على القضاء، وقضت محكمة استئناف كولمار (Colmar) بتحديد بدل الإيجار الذي يسري عند تجديد العقد، إلا أنّ الغرفة المدنيّة الثالثة لمحكمة النّقض ألغت القرار باعتباره مخالف للقانون، إذ لا يجوز لقضاء الموضوع التدخّل من أجل تحديد بدل الإيجار، لأنّ ذلك يعتبر مساس بالحريّة التّعاقدية وبسمو العقد[60].

يُستخلص من خلال القرار حرص محكمة النّقض الفرنسيّة على رفض أيّ تدخّل للقاضي في مضمون العقد، ولا يمكن له التدخّل من أجل إحداث أيّ تغيير ولو طالب بذلك أحد الطّرفين مؤكدة أنّ تجديد العقد من عدمه أو تحديد بدل الإيجار الجديد من اختصاص الأطراف لا من اختصاص المحكمة، في قرار أكّد مرة أخرى سمو العقد بالنّسبة للقاضي.

## المطلب الثالث

## القوّة الملزمة للعقد ضمانة لفعالية العقد

اِستهلّ المشرّع الجزائري القسم المتعلق بآثار العقد بنص المادة 106 من التّقنين المدني السالفة الذكر، وذلك من أجل إجبار المتعاقدين علىتنفيذ العقد على النّحو الذي تمّ الاتّفاق عليه بين الطّرفين عند الإبرام[61]، حرصا على حماية المصلحة المنتظرة من العقد، لتظهر القوّة الملزمة للعقد كضرورة من أجل ضمان فعاليته (الفرع الأول).

اختلف الفقه في تحديد أساس القوّة الملزمة للعقد، ممن اعتبروا أنّ الإرادة هي الأساس المنطقي لها في حين أشار جانب آخر منهم إلى أسس أخرى لتبرير إلزامية العقد على

---

[60] Cass. Civ. 3eme, 8 février 2006, N° 05-10.724, Bull. Civ. N° 3, 2006, p. 21. *« Qu'en statuant ainsi, alors que le loyer n'était soumis à aucune réglementation légale et que les juges du fond ne pouvaient se substituer aux parties, en désaccord, pour fixer les modalités de sa révision, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

[61] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 485.

الأطراف مما يجعل من إشكالية أساس القوة الملزمة للعقد محل جدل فقهي ينبغي التطرّق إليه (الفرع الثاني).

أما من جانب الاجتهاد القضائي الفرنسي، فالواضح عبر بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية أنّ ثبات العقد عنصر أساسي لطالما ذكرت به مختلف غرفها في خطوة يُراد بها تذكير قضاة الموضوع أنّ ما تم الاتّفاق عليه من طرف المتعاقدين يبقى ملزما لهما كأصل (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

## أهمية القوة الملزمة للعقد لاستقرار المعاملات

تعتبر القوّة الملزمة للعقد ضرورة لحماية استقرار المعاملات، وذلك من خلال التطرّق للعقد من زاوية اجتماعية باعتباره "ظاهرة" حيوية بالنسبة للمجتمع يسعى كل فرد إلى تحقيق مصلحة شخصية معينة (أولا) أما من الناحية اقتصادية، يتّضح أنّ القوّة الملزمة للعقد أساسية لضمان استقرار المعاملات باعتبار العقد وسيلة لتبادل القيم (ثانيا).

### أولا- "ظاهرة" العقد من النّاحية الاجتماعية

يظهر من خلال مختلف الدراسات التي خُصصت للعقد من الزاوية الاجتماعية، أنّه لا يمكن تصوّر المصلحة الشّخصية للمتعاقد من دون القوّة الملزمة للعقد، باعتبار هذا الأخير وسيلة طبيعية لتحقيق مصالح مختلفة للفرد، فالقوّة الإلزامية من النّاحية الاجتماعية تبررها وظيفة العقد كآلية لإشباع حاجيات الأفراد في المجتمع[62].

[62] JUILLET-REGIS Helene, La force obligatoire du contrat (réflexion sur l'intérêt au contrat), Thèse de doctorat en droit privé, université de Paris II Panthéon Assas, 2015, p.25.

يري الفقه[63]عند دراسة "ظاهرة" العقد، أنّ هذا الأخير يستمد أساس قوته الإلزامية من تطابق إرادة الأفراد، وأنّ هذه القوّة تضمن نجاعة العقد بإلزام كلا المتعاقد بتنفيذ ما تمّ الاتّفاق عليه، فكيان المجتمع يقف على احترام التعهّدات فيما بين الأفراد، وأيّ خروج عن هذه القاعدة سيؤدي إلى إخلال اجتماعي، بالتّالي ينبغي على الدّولة باعتبارها صاحبة سلطة، أن تحرص عن طريق جهاز العدالة على احترام المضمون العقدي، من أجل ضمان المصلحة الاجتماعية للعقد[64].

نالت فكرة ضرورة القوّة الملزمة للعقد لتحقيق وظيفته الاجتماعية، شهرة كبيرة وسط المختصين في علم الاجتماع، غير أنّها لم تحض بإجماع الفقه القانوني، على أساس أنّه إذا كانت المصلحة الاجتماعية تبرر إبقاء العقد على ما تمّ الاتّفاق عليه بين الطّرفين، فإنّ المصلحة الاجتماعية نفسها قد تكون مبرّر التدخّل القاضي لتعديل العقد إذا كانت هذه المصلحة غير مضمونة عند إبرام العقد[65]،فأين المصلحة الاجتماعية للعقد إذا استغلّ أحد المتعاقدين ضُعف المتعاقد الآخر.

**ثانيا- العقد من زاوية علم الاقتصاد**

تعتبر القوّة الملزمة للعقد أساسية لضمان مصلحة المتعاقد من النّاحية الاقتصاديّة، لأنّ العقد هو وسيلة لانتقال الثّروة بين الأفراد[66]، فالاقتصاد اللّبرالي يقوم على فكرة أنّ كل الأفراد أحرار لإبرام ما يرونه مناسبا من العقود التي تكفل لهم تحقيق مصالح اقتصادية، ورفض أيّ تدخّل من القاضي أو من المشرّع لإعادة النّظر فيما تمّ الاتّفاق عليه، لأنّ ذلك سيُفقد العقد اقتصاده والتّوازن الذي أراده المتعاقدين[67].

---

[63] Pensée développée par DURKEIHM, citée par GRYNBAUM Luc, Le contrat contingent (l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur), Thèse de doctorat en droit, université Paris I Panthéon Sorbonne, 1998, p. 109.

[64] GRYNBAUM Luc, Op.cit., p. 109.

[65] GRYNBAUM Luc, Op.cit., p.110.

[66] يزيد أنيس نصير، "عدالة التعاقد: الغلط والتدليس دراسة مقارنة (القسم الأوّل)"، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، عدد 2، 2012، ص 308.

[67] GRYNBAUM Luc, Op.cit., p. 115.

يعتبر العقد من الزّاوية الاقتصادية أداة لتبادل القيم (échange de valeurs)، فلا يمكن لأي طرف خارجي عنه البحث عمّا إذا كان العقد أُبرم على نحو يضمن الرِّبح لكلا الطّرفين لأنّ هذه الغاية كامنة في نفس المتعاقد وتضمنها حريّة التّعاقد، وطالما أنّ إرادة الفرد اتجهت إلى التّعاقد على نحو معين، فإنّ المصلحة الاقتصادية للطّرفين تقتضي احترام ما تمّ الاتّفاق عليه[68].

تقوم النّظرة الاقتصادية للعقد على تكريس صريح لحرية التّعاقد كمصدر للقوّة الملزمة للعقد على اعتبار أنّ التّوازن الاقتصادي للعقد هو التّوازن الذي أراده كلا الطّرفين، إلا أنّ صحة هذا التوجّه منحصر في حالة تكافؤ المراكز القانونية لأطراف العقد، كشرط أساسي يكفل حريّة فعلية للمتعاقد في إبرام العقد وتحديد مضمونه، مما يجعل هذه النّظرية من دون أثر في جميع الحالات التي تكون فيها المراكز القانونية للمتعاقدين متباينة، من جانب آخر يبدو أنّ تبرير القوة الملزمة للعقد بسلطان الإرادة يفقد نجاعته في حالة اختلال توازن العقد بسبب تغيّر الظّروف، بحيث يصبح تدخّل القاضي لإعادة التّوازن الاقتصادي ضروري للمحافظة على مصلحة المدين.

## الفرع الثاني

## أساس القوّة الملزمة للعقد

يشير الأستاذ جاك جيستان (Jacques GHESTIN)[69] إلى أنّ جانب كبير من الفقه يعتبر القوّة الملزمة للعقد ضرورية لتحقيق الأمن القانوني (la sécurité juridique du contrat)، ولضمان استقرار المعاملات وإرساء ثقة بين المتعاقدين من أجل تحقيق المبتغى الأخير وهو حماية

[68] LEMENNICIER Bertrand, Économie du droit, Cujas éditions, Paris, 1991, p.75 et s. *« La vision classique du contrat est tout autre. Les promesses passées dans le cadre de l'échange volontaire ont une fonction essentielle dans la coordination des plans individuels ...elles servent aussi à protéger les parties des aléas ... dans la vision classique, on ne se préoccupe pas du contenu des promesses ou de savoir si ces promesses permettent de maximiser les gains a l'échange... ».*

[69] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 195.

المصلحة الشّخصية للمتعاقدين عبر احترام إرادتيهما المتبادلة[70]، ورغم تعدد الآراء الفقهية التي قيلت حول أساس القوة الملزمة للعقد[71] إلا أنّ الغالبية تميل إلى اعتبار الإرادة أساسا لها (أولا).

غير أنّ فكرة الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد ورغم شيوعها لم تحقق الإجماع، بل ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار أنّ أساس القوة الملزمة للعقد هي الثّقة التي وضعها كلا المتعاقدين في المتعاقد الآخر، بالتالي فإن احترام التوقعات المشروعة لكلا الطرفين تفرض عليهما تنفيذ ما تعهدا به (ثانيا).

**أولا: الإرادة مبرر للقوّة الملزمة للعقد**

يشير جانب من الباحثين[72] إلى تبرير القوّة الملزمة للعقد على أساس إرادة المتعاقدين باعتبار أنّ الإرادة الحرّة للفرد كفيلة بإنشاء التزامات على عاتقه، تصبح بمثابة "قانون" يجب تطبيقه من طرف المتعاقد،حيث ترتكز مختلف التشريعات التي اعترفت بالمبدأ على مُسلَّمة وهي أنّ العقد لن يكون عادلا إلا إذا مُنح للمتعاقدين الحريّة في تحديد مضمونه[73].

رغم الصدى الكبير الذي عرفه تبرير القوة الملزمة للعقد عن طريق الإرادة[74]، إلا أنّ هذه الفكرة تعرّضت إلى انتقادات عديدة لعل أهمها عدم صلاحيتها لتبرير القوّة الملزمة في العقود الشّكلية[75]، فلو كانت الإرادة فعلا هي مصدر القوّة الملزمة للعقد، لكانت العقود الشّكلية صحيحة

---

[70] DEROUSSIN David, Op.cit., p. 482.

[71] وليد صلاح مرسي رمضان، القوّة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 51.

[72] FABRE-MAGNAN Muriel, Droit des obligations -1 contrat et engagement unilatéral-, 4eme éd., PUF, Paris, 2016, p. 90 et s. / GOUNOT Emmanuel, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique), éditions Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 121. *« Les actes juridiques valables ... bien qu'issus de simples volontés individuelles, ils s'imposent dans l'ordre juridique avec la même autorité que les actes de la puissance publique… »*

[73] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p. 91.

[74] راجع: العشماوي أيمن ابراهيم، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 23/ علاق عبد القادر، أساس القوّة الملزمة للعقد وحدودها –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص 21.

DUPRE-DALLEMAGNE Anne-Sophie, La force contraignante de rapport d'obligation (recherche sur la notion d'obligation), P.U.A.M., Marseille, 2004, p. 44.

[75] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p. 91.

بمجرد تطابق إرادة المتعاقدين، ثمّ أنّ الإرادة التي أنشأت الالتزام تستطيع أيضا أن تفكّ نفسها منه بما أنّها أساس القوّة الملزمة، فمن غير المنطقي أن تكون الإرادة الماضية التي أنشأت العقد أقوى من الإرادة الحالية في حله[76]، كل هذه الانتقادات أثبتت أنّ الإرادة غير كافية لوحدها لتبرير القوّة الملزمة للعقد، إلا أنّها تُشكّل قاعدة صلبة يجب تثبيتها بمجموعة من العوامل الأخرى[77].

**ثانيا: الثّقة أساس القوّة الملزمة للعقد**

يمكن اقتراح أساس آخر للقوّة الملزمة للعقد وهي الثّقة التي وضعها الدّائن في المدين حيث لقي هذا الأساس صدا واسع لدى الفقه الأنجلوسكسوني بما اصطُلح على تسميته بعبارة « *reliance* »[78].

يشير الباحثون[79] إلى أنّ المصلحة المنتظرة من طرف الدّائن بعد تعبير المدين عن قبوله إبرام العقد هي أساس القوة الملزمة للعقد،على اعتبار هذا الأخير رابط الثّقة الشّرعية بين شخصين[80]، وجميع الآثار المترتّبة عنه تجد تبريرها في هذه الثّقة التي وضعها الدّائن في المدين أو المصلحة التي كان ينتظرها من إبرام العقد[81] من هذه الزاوية، تظهر علاقة القوّة الملزمة للعقد بمصلحة المتعاقد، لأنّ هذه الأخيرة تقتضي وفاء كل متعاقد بما وعد به.

يقترب هذا التوجّه من مفهوم حُسن النيّة في القانون الروماني وهو الثّقة التي يضعها كل متعاقد في الطّرف الآخر، وهو ما أدّى بالباحثين[82] إلى القول بأنّ القوة الملزمة للعقد هي في الواقع

---

[76] Ibid.

[77] DUPRE-DALLEMAGNE Anne-Sophie, Op.cit., p. 50.

[78] RASMUSEN Eric, « Agency law and contract formation », American Law and Economics Review, Vol. 6, 01 août 2004, p. 373.

[79] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p. 93.

[80] LEVY Emmanuel, « La confiance légitime », R.T.D.C., T9, 1910, p. 720. *« ... définition : 1° Le contrat est le rapport de confiance légitime que crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée ».*

[81] AUBRY Helene, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », R.I.D.C., N° 3, 2005, p. 646.

[82] JALUZOT Béatrice, La bonne foi dans les contrats (étude comparative de droit français, allemand et japonais), Dalloz, Paris, 2001, p. 20.

صورة من صور حُسن النيّة، بما أنّ تنفيذ المدين لالتزاماته وفقا لما تمّ الاتّفاق عليه هو وفاء بالثّقة التي وضعها فيه الدّائن.

انتقد جانب من الفقه[83] فكرة الثّقة والمصلحة المنتظرة من إبرام العقد كأساس للقوّة الملزمة للعقد، لأنّه يجعل النّقاش يدور في حلقة مفرغة، فالمشرّع يتدخّل من أجل حماية ما كان ينتظره الدّائن من مصلحة عند إبرام العقد على أساس أنّ هذا الأخير اعتقد بأنّ الالتزامات الناشئة عنه سيتمّ الوفاء بها، إلا أن هذا الاعتقاد لا ينشأ لدى الدّائن إلا إذا كان متيقّنا بأنّ هذه المصالح التي ينتظرها من العقد محمية قانونا، فالمشرّع ملزم بالتدخّل لحماية مصالح البائع بإجبار المشتري على دفع الثّمن ، بسبب أن البائع كان يعتقد عند إبرام العقد أنّ المشتري سيقوم بدفع الثّمن ، إلا أن البائع لن يعتقد بأن المشتري سيدفع الثّمن إلا إذا كان هذا الدّفع محمي قانونا.

**الفرع الثالث**

**صور تكريس القضاء الفرنسي للقوّة الملزمة للعقد**

أكّد القضاء الفرنسي على الدور الجوهري الذي يلعبه ثبات العقد بالنسبة للأطراف بدرجة أولى، إذ ينبغي الحرص على احترام ما تم الاتّفاق عليه ومنع أي تصرف يسعى من خلاله أحد الأطراف إلى التعدي على مبدأ سمو العقد بتعديل أو إلغاء أي بند منه دون رضا الطرف الآخر (أولا).

كما يخضع القاضي للقواعد نفسها التي يخضع لها الأطراف فيم يتعلق باحترام اتّفاق المتعاقدين، إذ يقع عليه التزام بضرورة احترام هذا الاتّفاق طالما أنّه لم يتجاوز الحدود القانونية لحرية التعاقد، حيث أكّدت محكمة النقض في العديد من القرارات إلى ضرورة امتثال القاضي لما تم الاتّفاق عليه تحت طائلة إلغاء الحكم (ثانيا).

[83] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p.93.

**أولا:أثر القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأطراف**

يأخذ ثبات العقد بين الأطراف العديد من الصور، فالغاية من العقد هو السعي لتحقيق المصلحة التي كان المتعاقد ينوي الوصول إليها من إبرامه، هذه الغاية تمرّ حتما عبر احترام دقيق للمضمون العقدي[84].

**1-استحالة تعديل العقد بالإرادة المنفرة لأحد الطّرفين**

أكد القضاء الفرنسي في العديد من القرارات على استحالة تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، ونذكر على سبيل المثال ما قضت به الغرفة الاجتماعية لمحكمة النّقض في قضية تتلخّص وقائعها أنّ عاملة في صيدلية اتّفقت عند إبرام العقد على ساعات عمل معينة، غير أنّه بعد مدة زمنية قرر رب العمل تغيير ساعات العمل مع الحفاظ على الحجم الساعي وأَخطَر العاملة بذلك، إلا أنّ هذه الأخيرة رفضت هذا التّغيير في بنود العقد وتمسّكت بما تمّ الاتّفاق عليه، وأدّى هذا الخلاف برب العمل إلى قطع علاقة العمل بصفة منفردة.

تمّ عرض النّزاع على القضاء، فقضت محكمة النّقض باعتبار تسريح العاملة تعسفيّا لأنّه جاء نتيجة رفضها للسّاعات الجديدة للعمل، رغم أنّ عدد السّاعات لم يتغيّر (أي 07 ساعات في اليوم)، وأنّ التّغيير في السّاعات المتّفق عليها مسبقا يشكّل تعديلا للعقد، والذي لا يمكن أن يحصل إلا باتّفاق الطّرفين، دون إمكانية إجبار المتعاقد الآخر على قبول التّعديل[85].

يبدو واضح من خلال القرار أنّ محكمة النّقض أكّدت على القوة الملزمة للعقد وفقا لما تمّ الاتّفاق عليه بين الطرفين، والجدير بالذّكر أنّ تغيير توزيع ساعات العمل رغم عدم تغيّر الحجم الساعي اليومي، أضر بالعاملة التي كانت ملزمة لظروف شخصية بالانتهاء من العمل مبكرا، مما يجعل من إمكانية تعسفها في استعمال حقها بطلب تنفيذ العقد وفقا لما تمّ الاتّفاق عليه غير وارد.

---

[84] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit.., p. 249.

[85] Cass. Soc., 03 novembre 2011, N° 10-30.033, Bull. Civ. N° 9, 2011, p. 277. *« ... Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle a constaté que l'employeur avait imposé à la salariée le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ; ».*

### 2- استحالة توقّف المدين عن تنفيذ التزاماته

يترتب عن القوّة الملزمة للعقد استحالة توقف المدين عن تنفيذ التزاماته بإرادته المنفردة في هذا الصّدد يمكن الإشارة إلى ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية تتلخّص وقائعها أنّ أحد الممونين لمادة الحديد توقّف عن تنفيذ التزاماته تجاه عملائه بسبب ارتفاع سعر المادة في السّوق العالمية، إلا أنّ أحد العملاء رفض هذا التوقف عن تنفيذ العقد وقام بعرض النّزاع أمام القضاء، حيث فصلت الغرفة المدنيّة لمحكمة استئناف باريس بإلزام الممون بالمواصلة في تنفيذ التزاماته تجاه العميل تحت غرامة تهديدية، تطبيقا لمبدأ القوّة الملزمة للعقد[86].

يظهر من خلال القرار أنّ محكمة الاستئناف ألزمت المدين بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم وجود اختلال في التّوازن بين التزامات الأطراف، بسبب ارتفاع سعر مادة الحديد في السوق العالمية، باعتبار أنّ العقد هو القانون الذي يحكم العلاقة بينه وبين دائنيه، وأنّ تقدير مدى قيام شروط الظّروف الطّارئة من سلطة القاضي وليس من سلطته كمدين.

### 3- استحالة إلغاء أيّ بند في العقد بالإرادة المنفردة

ينجر عن اتّفاق الأطراف على بنود العقد اعتبار هذه الأخيرة كلٌ لا يتجزأ، بحيث لا يمكن لأحد الطّرفين إلغاء أيّ بند من البنود دون موافقة الطّرف الآخر، وهو ما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة في قضيّة تتلخّص وقائعها في أنّ عامل ابرم عقد عمل وقد تضمّن العقد بند عدم

---

[86] C.A. Paris, 14e chambre, section A, 28 Janvier 2009, N° 08/17748, *in* https://www.lexis360.fr/Document/cour_dappel_Paris_14e_chambre_section_a_28_janvier_2009_n_0817748/CkV1sc0x3_OPKDcBiGZ7l_gsI4kL_6ddWL-rMQL5rsw1?data=c0luZGV4PTImckNvdW50PTExJg==&rndNum=1782253297&tsid=search2/_ *consulté le24/02/3017. « Considérant que NEW STEEL n'est pas fondée à solliciter la renégociation du contrat convenu entre les parties le 24 janvier 2008, au motif d'un bouleversement de l'économie du contrat, dès lors que la convention des parties a force de loi et qu'il lui incombe de supporter les conséquences de son imprévision -serait-elle le fruit d'un usage dans le secteur considéré- dans le choix, ou en l'occurrence l'absence, de modalités de révision du prix ».*

المنافسة[87]، مقابل قيام رب العمل بدفع أجر إضافي للعامل، إلا أنّه أثناء تنفيذ العقد ألغت الشّركة هذا البند بصفة منفردة وتبعا لذلك توقّفت عن دفع الأجر الإضافي الذي كان يُدفع له، فثار نزاع بين العامل والشّركة انتهى بقرار الغرفة الاجتماعية لمحكمة النّقض بمسؤولية الشّركة، معتبرة أنّ هذا التّصرف يشكّل تعدّي على القوّة الملزمة للعقد وبالتّالي غير مشروع[88].

**ثانيا: ثبات العقد بالنسبة للقاضي**

يسري أثر مبدأ القوّة الملزمة للعقد على القاضي حيث يُمنع عليه التدخّل في العقد لإعادة النّظر في بنوده، ويبقى العقد وفقا للعديد من قرارات الاجتهاد القضائي الفرنسي تحت السّلطة المطلقة للأطراف.

**1-منع القاضي من تغيير طبيعة العقد عن طريق التّفسير**

يصادف القاضي أثناء فصله في نزاعات بعض العقود التي تستوجب تفسير عباراتها للوصول إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين، إلا أنّ هذه السّلطة التي يتمتّع بها القاضي تكون في نطاق محدد، فلا يمكم للقاضي مثلا أن يقوم بتفسير عبارات عقد واضحة على نحو يَفقد العقد طبيعته أو مضمونه عن الذي أراده المتعاقدين، وهو ما كرسه المشرّع في نص المادة 111 فقرة 1 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

رغم تكريس هذا المبدأ في النّصوص القانونية، كان لمحكمة النّقض الفرنسيّة فرص عديدة لتذكير قضاة الموضوع به، ومثال ذلك قرار محكمة النّقض في قضية تتلخّص وقائعها أنّ أب نقل

---

[87] هو البند الذي يمنع على العامل منافسة رب العمل أثناء قيام علاقة العمل أو خلال مدة معيّنة من نهاية هذه الأخيرة، للتفصيل في الموضوع راجع: ديب محمد، الالتزام بعدم المنافسة في علاقة العمل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران 2، 2013، ص 73.

[88] Cass. Soc., 11 mars 2015, N° 13-22.257, Bull. Civ. N° 3, 2015, p. 51. *« Attendu cependant que la clause de non-concurrence, dont la validité est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière, est stipulée dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur ne peut, sauf stipulation contraire, renoncer unilatéralement à cette clause, au cours de l'exécution de cette convention ».*

إلى ابنه ملكية رقبة مجموعة من العقّارات، مشترطا منه التكفّل بصيانة هذه الأعيان، وبعد مدة زمنية طالب الأب من ابنه القيام ببعض الأشغال الهامة، إلا أنّ هذا الأخير رفض تنفيذ التزاماته.

ثار نزاع بين الطّرفين وقضت محكمة استئناف منبولييه (Montpellier) بأحقية الابن في رفضه القيام بالأشغال لعدم إمكانية إجباره قانونا على ذلك تطبيقا لنص المادة 605 من التّقنين المدني الفرنسي، غير أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة ألغت القرار، مستندة إلى أنّ اشتراط المنتفع على مالك الرّقبة أن يتحمّل جميع المصاريف المتعلّقة بصيانة الأعيان والمحافظة عليها اشتراط صريح لا يمكن لقضاة الموضوع مخالفته دون أن يعتبر ذلك مساسا بالقوّة الملزمة للعقد[89].

يظهر من القرار السّالف الذّكر أنّه رغم الاتّفاق الصريح بين المتعاقدين، إلا أنّ محكمة الاستئناف أرادت تطبيق نص قانوني على حساب هذا الاتّفاق، ما جعل من محكمة النّقض تلغي القرار على اعتبار أنّ التفسير الذي منحته محكمة الاستئناف، أدى إلى التغيير من طبيعة التزامات الأطراف، وتكون بذلك محكمة الاستئناف قد جانبت صواب القانون.

### 2- منع تعديل العقد في حالة تغير الظّروف

تكمن صعوبة التحكّم في العقود الزّمنية في كون أنّ الأوضاع التي أُبرم فيها العقد قد لا تكون نفسها التي يتم فيها تنفيذه، وقد يجد القاضي نفسه في حالة النّزاع في وضعية صعبة طالما أنّ تدخّله في مضمون العقد يشكّل خروج عن مبدأ القوّة الملزمة للعقد، في هذا الصّدد تجدر الإشارة إلى قرار محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شخص أجّر لسيدة شقّته ببدل إيجار يتكوّن من التزامين: التزام مالي يتمثّل في مبلغ من النقود منخفض بالمقارنة مع سعر السّوق، إلى جانب التزام بالقيام بعمل وهو عناية المستأجرة بالمؤجر في أشغاله اليومية.

---

[89] Cass. Civ. 1ere, 23 janvier 2007, N° 06-16.062, Bull. Civ. N° 1, 2007, p. 36. *« Qu'en se déterminant ainsi alors que l'acte de donation précisait que le donataire serait tenu de faire aux biens donnés toutes les réparations grosses ou menues qui deviendront nécessaires pendant la durée de l'usufruit" relevant ainsi l'existence d'une clause dérogatoire à l'article 605 du Code civil lequel n'autorise pas l'usufruitier à agir contre le nu-propriétaire, pour le contraindre à exécuter les grosses réparations nécessaires à la conservation de l'immeuble, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de cet acte et violé le texte susvisé ; ».*

بتاريخ 2002/02/06 توفّي المؤجّر مع بقاء المستأجرة في العين المؤجّرة، فقام مصفّي التّركة لمصلحة الورثة برفع دعوى قضائية من أجل إجبار المستأجرة على دفع بدل إيجار إضافي، لأنّ تنفيذ التزامها بعناية المؤجّر أصبح مستحيلا، فاستجابت محكمة استئناف اكس أون بروفونس (Aix–en–Provence) لطلب المصفي، واستبدلت التزام المستأجرة بدفع مبلغ نقدي، غير أنّ محكمة النّقض ألغت القرار معتبرة أنّ تدخّل القضاة في مضمون العقد يُعتبر خرق للقوّة الملزمة للعقد في ظل عدم اتّفاق الطّرفين على الحل المناسب في حالة وفاة المؤجر[90].

يتّضح من القرار أنّ محكمة النّقض غضّت البصر عن اختلال اقتصاد العقد الذي لم يصبح له نفس التّوازن الذي أراده المتعاقدين عند إبرامه ، مع العلم أنّ نظريّة الظّروف الطّارئة لا تنطبق على القضيّة السّالفة الذكر للعديد من الأسباب[91]؛ من جانب آخر، لم تبرر محكمة الاستئناف قرارها برفع بدل الإيجار تبريرا مقنعا، إذ كان يجب الاستناد إلى نظريّة السّبب لتعديل العقد فالمؤجّر تنازل عن جزء من بدل الإيجار بمقابل التزام المستأجرة بعمل معين، وعلى اعتبار أنّ هذا الالتزام الأخير أصبح مستحيلا، فإنّ التزام المؤجّر بتخفيض بدل الإيجار أصبح من دون سبب بالتّالي على المستأجرة العودة إلى طاولة المفاوضات من أجل الاتّفاق على بدل إيجار جديد مع ورثة المؤجّر، وفي حالة عدم الوصول إلى اتّفاق يمكن للقاضي الحكم ببطلان العقد لانعدام السّبب.

---

[90] Cass. Civ. 3eme, 18 mars 2009, N° 07-21.260, Bull. Civ. N° 3, 2009, p.56. *«En présence d'un bail stipulant un loyer mensuel d'un certain montant et précisant que le loyer appliqué tient compte de la participation du locataire à la surveillance du bailleur, viole l'article 1134 du Code civil une cour d'appel qui accueille la demande de conversion en équivalent financier de l'obligation de surveillance devenue impossible en raison du décès du bailleur, alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat ».*

[91] ينحصر أثر نظريّة الظّروف الطّارئة في حالة ما إذا كان تنفيذ التزام المدين وإن لم يكن مستحيلا، يعتبر معسرا إذ يهدّده بخسارة فادحة، غير أنّ في قضيّة الحال التزام المستأجرة ليس معسرا بل أنّه أصبح يسيرا بالمقارنة مع ما كان عليه قبل وفاة المؤجّر.

**3-رفض تدخّل القاضي لإلغاء اتّفاق الأطراف**

يترتب عن مبدأ ثبات العقد بالنّسبة للقاضي، امتناع هذا الأخير عن إلغاء أيّ بند من بنود العقد المتفق عليها، وهو ما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية بيع حصص في شركة حيث قرّر ثلاثة شركاء بيع حصصهم إلى الشّريك الرّابع، وهو في الوقت نفسه رئيس مجلس إدارة الشّركة، واشترط الشّركاء الثلاثة على الشّريك الرّابع دفع ثمن إضافي إذا تحقّقت بعض الشّروط، كما اشترط الشّريك الرّابع من البائعين ضمان أيّ مراجعة ضريبية عن السّنوات التي كانوا فيها شركاء في الشّركة.

تعرّضت الشّركة بعد بيع الحصص لمراجعة ضريبية، بالتّالي طلب المشتري من البائعين المساهمة في دفع هذا العبء كل بحسب نصيبه إلا أنّ هؤلاء رفضوا ذلك على أساس أنّ المشتري كان رئيس مجلس الإدارة وعالما منذ البداية بوجود اختلالات من الجانب الجبائي، وقد أيّدت محكمة استئناف باريس (Paris) موقف البائعين حين اعتبرت أنّ المشتري تصرف بسوء نية وكان عالما منذ إبرام العقد بتعرض الشّركة لمراجعة ضريبية، إلا أنّ محكمة النّقض ألغت القرار، معتبرة أنّه إذا كان للقاضي الحق في رقابة مدى تنفيذ التزامات الأطراف بحُسن نيّة، فليس له سلطة إلغاء بند تمّ الاتّفاق عليه صراحة بين الأطراف [92].

يتجلى بوضوح أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة حرصت على المحافظة على بنود العقد التي تمّ الاتّفاق عليها، من خلال منع قضاة الموضوع من إلغاء أيّ بند في العقد رغم اعترافها لهم بسلطة مراقبة مدى تنفيذ العقد بحُسن نيّة، غير أنّ هذا الوضع في الواقع يجعل من القاضي حبيسا للعقد، ويشلّ أيّة فعّالية لرقابة المحكمة حول تنفيذ العقد بحسن نيّة، فوقوف قضاة الموضوع على سوء نية الشريك الرابع كان من شانه منحهم سلطة إلغاء مفعول العقد.

---

[92] Cass. Com., 10 juillet 2007, N° 06-14.768, Bull. Civ. N° 7, 2007, p.217. *« Attendu qu'en statuant ainsi, ....., elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes; ».*

## المبحث الثاني

## الالتزام بحُسن النيّة في ظل النّظرية الحديثة للعقد

احتلّ الالتزام بحسن النيّة في العقد مكانة هامة في النّظرية الحديثة، تحت ضغط الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي، ذلك من أجل وضع حد للتعسّف النّاتج عن التطبيق المطلق للحريّة التّعاقدية أو تحمُّل النّتائج الوخيمة النّاتجة عن التّشديد في تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ فصحة فرضيّة أنّ أطراف العقد يتمتعون بمراكز قانونية متكافئة عند إبرامه، وأنّ الحريّة التّعاقدية تضمن لكل واحد منهما توازن موضوعي للعقد نسبيّة جدًا، وقد أثبت ذلك تطوّر المجتمع النّاتج عن الثّورة الصّناعية والتوجّه نحو الاقتصادي اللّبرالي، الذي ولّد مجتمع طبقي لدرجة أنّ تكافؤ المراكز القانونية بين الأطراف في الوقت الراهن أصبح صعب الحدوث.

يكمن دور حُسن النيّة في إرساء الوسطية (rôle modérateur) للعلاقة العقدية من أجل تكريس فعلي للعقد كوسيلة لتبادل المصالح، ولا يمكن تقديم تعريف دقيق لحُسن النيّة ولا حصر المفهوم في وعاء معيّن بسبب تشعُّبه[93] رغم العديد من المحاولات، إلا أنّه يمكن الإشارة إلى التّعريف المعتمد في أحد القواميس القانونية والتي تعرف حُسن النيّة على أنّها: " سلوك يترجم إرادة الشّخص في الامتثال للقانون من أجل تجنّب الجزاء"[94].

ينبغي لدراسة حُسن النيّة التطرّق إلى الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام، إذ يظهر من خلال الدراسة أنّ أول ما ظهر كان على أساس ديني أخلاقي ليتم بعد ذلك تكريسه كمبدأ قانوني ملزم على أطراف العقد (المطلب الأوّل).

تسمح دراسة أساس حُسن النيّة بفتح المجال للتطرق إلى مضمون الالتزام من خلال بيان مختلف الأوجه التي قد يظهر بها سواء تم اعتباره جهلا مشروعا أو كمنهج يجب إتباعه من طرف

---

[93] V. LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi, notion protéiforme », Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, N° 2, 1996, p. 323.

[94] CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 10eme éd. PUF, Paris, 2013, p.133. *« La bonne foi : attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi » .*

المتعاقدين طيلة فترات العقد، كما يجب تسليط الضوء على الوظائف المختلفة لحسن النيّة والتي تبرر الحلول التي قد يصل إليها القاضي سواء في المرحلة السّابقة على التعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد (المطلب الثّاني).

## المطلب الأوّل

## حسن النيّة من الأساس الديني الأخلاقي إلى الالتزام القانوني

يبدو من خلال مختلف الدراسات الفقهية أنّ مبدأ حُسن النيّة عُرف عند ظهوره على أساس ديني أخلاقي، حيث استمدّ منه لفترة زمنيّة طويلة قوّته تجاه الأفراد الذين كانوا يعتقدون أنّ الامتثال لهذه المبادئ ملزمة بالنسبة إليهم باعتبارها القانون الذي يسري عليه المجتمع (الفرع الأوّل).

غير أنّ بمرور الزمن، انخفض أثر هذا الأساس على الأفراد لأسباب متعددة، ما جعل من الإحساس بإلزامية هذا المبادئ يتراجع رغم أنّ هذا الإحساس ضروري لاستقرار المعاملات، بالتالي لم يصبح الاعتماد على الوازع الديني أو الأخلاقي للأفراد كافي لضمان مواصلة احترام هذا الالتزام الذي أصبح مكرس قانونا للحفاظ على إلزامية مضمونه (الفرع الثاني).

### الفرع الأوّل

### حُسن النيّة: مبدأ أخلاقي ديني

كشفت مختلف الدراسات[95] تأثّر مبدأ حُسن النيّة بالجانب المعنوي، باعتبار المبدأ منهجا واجب الإتّباع من طرف الأفراد يفرضه ضمير المتعاقد، ويظهر هذا التصوّر جليّا من خلال دراسة واقع المبدأ في المجتمع الرّوماني (أوّلا)، هذا الأساس الأخلاقي ذات الأصل الدّيني مكرس بقوة في مختلف الديانات السّماوية على غرار الشّريعة الإسلامية (ثانيا).

[95] CHARPENTIER Élise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, N° 2, Vol. 26, 1996, p. 302./ LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 13

### أوّلا: حسن النيّة في المجتمع الرّوماني

لم تعد الشّكلية في العقود تتناسب مع النمط المعيشي للمجتمع الروماني، بالتّالي استوجب الأمر تحرير العقد من القيود التي باتت تُعطّل مصالح الأفراد، نتيجة لذلك تمّ الاتجاه نحو الاعتراف بحسن النيّة *bona fides* كمصدر لبعض الالتزامات[96]، حيث كان للآلهة *fides*[97] الأثر الكبير على سلوك المجتمع الروماني، ليستند بعد ذلك القضاء بالمعاني المختلفة لـ *fides* لتطوير عقود حُسن النيّة.

#### 1- ارتباط حُسن النيّة بالآلهة *fides* في المجتمع الروماني

كان للآلهة*fides* الأثر الكبير على الفكر السائد لدى المجتمع الروماني، حيث مثّلت صورة لحُسن النيّة تفوق كل الاعتبارات الشّخصية في العلاقات العقدية،إذ باتت راسخة في جميع مجالات الحياة، وعادة ما تظهر هذه الآلهة في صورة مد اليّد اليمنى للمتعاقد الآخر كدليل على الاتّفاق تحت رعاية *fides*، التي كانت مناطا للثّقة المتبادلة بين الطّرفين، مثلما توضّحه الصورة التّالية[98].

[96] CHARPENTIER Élise, Op.cit., p. 302.

[97] وهي آلهة يعتقد المجتمع الروماني بوجودها، اسمها الحقيقي Fides populi romani والتي تعني حسن نية المجتمع الروماني،انظر http://fr.wikipedia.org/wiki/Fides_%28mythologie%29/ تم الاطلاع عليه يوم 2017/01/31

كما أن كلمة "fides" تتكون من شقين ذات أصول يونانية وهما «pisis » والتي تعني باللّغة العربية " الوفاء" وكلمة « pistis » والتي تعني "الإيمان"، فبالرجوع إلى الأصل اليوناني، فان كلمة « fides » تعني باللغة العربية "الإيمان بالوفاء"، راجع في هذا الشأن:

LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 13

[98] http://fides-global.co.uk/the-roman-concept-of-fides/ Consulté le 02/02/2017.

تظهر جليا الصّلة الوطيدة بين حُسن النيّة و*fides*، فمعاني هذه الأخيرة متعدّدة وكلها تقترب من مفهوم حُسن النيّة في النّظرية الحديثة للعقد، فسواء كان المعنى الممنوح لها هو الثّقة التّامة التي يضعها كل طرف في الطّرف الآخر[99]، أو الثّقة التي يتحصّل عليها من هذا الأخير، أو كان المعنى هو احترام الالتزامات التي تعهّد بها المتعاقد تجاه الطّرف الآخر، أو كذلك الحماية الواجبة للأقوياء تجاه الضعفاء[100]، فإنّ الهدف مشترك بين حُسن النيّة وكلمة *fides* وهو أخلقة الروابط القانونية.

**2- مساهمة الاجتهاد القضائي الروماني في تطوير عقود حُسن النيّة**

أشار الباحثون[101] إلى دور القضاء في العهد الرّوماني لتطوير عقود حسن النيّة، من خلال الاجتهاد لإيجاد الحل المناسب بالنّسبة للنّزاعات التي تحتوي على عنصر أجنبي دون اللّجوء إلى الدّعاوى المعروفة في القانون الرّوماني، فاتّخذ القاضي حسن النيّة بما تحتويه من ثقة متبادلة بين الأطراف، كمنهج من أجل الفصل في النّزاع وللاعتراف بالدّعاوى المطروحة عليه، فظهرت دعاوى حسن النيّة تعلّقت أساسا بعدد من العقود كالبيع الإيجار، الوكالة،...[102].

أدّى ظهور عقود حسن النيّة إلى فسح المجال للقاضي لاستحداث دعاوى جديدة تضمن أكثر إنصاف(équité) بين الأطراف ومنها دعوى التّدليس، ما أدّى بجانب من الباحثين[103] إلى اعتبار أنّ حسن النيّة والعدالة العقدية هما مفهومان متّصلان، ولم يعُد الدّور الذي كان يلعبه القاضي جامدا بل أصبح إنشائيا، بالبحث عمّا اتّجهت إليه نيّة الأطراف المتعاقدة وردع أيّسلوك يصدر من أحد المتعاقدين يخالف الثّقة المتبادلة والنّزاهة بين الطّرفين.

يولي القاضي عند الفصل في عقود حُسن النيّة اهتمام كبير لإرادة الأطراف لكن لا يتقيّد بها على وجه الإطلاق، لأنّ الإرادة المخالفة للنزاهة والثّقة غير جديرة أن تكون مصدرا للالتزام، وقد

---

[99] LOIR Romain, Op.cit., P 23./ LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., P 13
[100] JALUZOT Béatrice, Op.cit., p. 21
[101] LOIR Romain, Op.cit., p. 27.
[102] JALUZOT Beatrice, Op.cit., pp. 24et 25.
[103] LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 15

برّر جانب من البحثين[104]تخلّي القاضي عن الإرادة باعتبار طبيعة العقد هو المصدر الحقيقي للالتزامات، فالتزام البائع بتسليم المبيع في عقد البيع مصدره طبيعة العقد لا إرادة المتعاقدين.

**ثانيا: مساهمة الوازع الديني في فرض الالتزام بحُسن النيّة**

أكّد الباحثون[105] على اعتبار الوازع الديني من بين أهم الدّوافع التي أدّت إلى فرض الالتزام بحُسن النيّة بين المتعاقدين، ولم تخلُ الشّريعة الإسلامية من مظاهر هذا الالتزام والحث على التخلّي عن جميع أنواع الغش والخداع[106]، والواضح أنّ بعض الالتزامات المعروفة حاليا كالالتزام بالإعلام والنّصيحة كانت مكرسة في أحكام الشّريعة الإسلامية من عدة جوانب سواء في القرآن أو السنّة النّبوية[107].

**1- تكريس حُسن النيّة في القرآن الكريم**

ثبت في القرآن الكريم في العديد من الآيات معاني حُسن النيّة على الوجه المعروف حاليا في النّصوص القانونية[108]، ومن بينها قول الله تعالى: " ***يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...***"[109] وقد فسّر الإمام ابن كثير عبارة *"أوفوا بالعقود"* على وجوب احترام المتعاقدان لما تمّ الاتّفاق عليه وتنفيذ العقد[110]، كما يرى الإمام الطبري في تفسيره للآية ضرورة الوفاء بالعهود سواء مع الله عز وجل أو مع باقي أفراد المجتمع وعدم نقض العقود بعد توكيدها[111] من هذه الزاوية تظهر أحد

---

[104] JALUZOT Béatrice, Op.cit., p. 30

[105] LOIR Romain, Op.cit., p. 34/ JALUZOT Béatrice, Op.cit., p. 31/ CHARPENTIER Elise, Op.cit., p. 311.

[106] محمد محمد السوري، الغش في المعاملات المدنية دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 76.

[107] خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التّعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 21.

[108] للإطّلاع أكثر حول الموضوع راجع: لبان فريدة، حسن النيّة في الانعقاد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009، ص 2/ القوني عبد الحليم عبد اللطيف، حُسن النيّة وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص ص. 100-128.

[109] الآية الأولى من سورة المائدة.

[110] أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط 2، ج. 3 (المائدة- الأعراف)، دار طيبة ، الرياض، 1999، ص 7.

[111] أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آى القرآن، الجزء الثامن، دار الهجر، القاهرة، 2001،ص 5.

معاني الأساسية لحُسن النيّة وهو احترام الكلمة الممنوحة للغير بالنّظر إلى الثّقة التي وضعها المتعاقد في نظيره.

تجدر الإشارة كذلك إلى منع استعمال جميع طرق الخداع أو التدليس للتعدي على حقوق الغير، ففي الآية 29 من سورة النّساء يقول عز وجل :" ***يَا أَيّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...***" ،إذ يبدو واضحا أنّ الله عزّ وجل حرّم أكل أموال النّاس بعضهم بعضا بما حرّم الله من القمار والحِيل المختلفة[112].

يتجلى أهم معنى من معاني الالتزام بحُسن النيّة في الآية 9 من سورة الحشر بقوله تعالى:" ***وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ***"، وفي معنى الآية خاصيّة الإيثار(l'altruisme) ، أي بمعنى حب الشّخص الآخر كما تحب نفسك أو أكثر، حيث يُعتبر الإيثار مصدرا للعديد من الالتزامات التي تترتّب عن الالتزام بحُسن النيّة، كالالتزام بالتّحذير أو الالتزام بالنّصيحة.

### 2- مظاهر حُسن النيّة في الأحاديث النبوية

يتجلى من خلال دراسة الأحاديث النبوية حث الرسول صلى الله عليه وسلم على التّعامل بحُسن نية في العقود،فعَن أبي هريرة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ على صُبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال "ما هذا يا صاحب الطّعام؟" قال: أصابته السّماء يا رسول الله. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غشّ فليس مني"[113].

يظهر من خلال الحديث أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن استعمال الحيل من أجل الحصول على فائدة غير مستحقّة، وبالرجوع إلى المعنى القانوني لحسن النيّة يتبين أنّ

---

[112] أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط 2، ج. 2 (آل عمران- النساء)، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1999، ص 268.

[113] القوني عبد الحليم عبد اللطيف، المرجع السّابق، ص 149.

مضمون الحديث يكرّس ضرورة أخذ مصلحة المتعاقد الآخر محل اعتبار عند إبرام العقد، وهو أحد الأسس التي تقوم عليها النّظرية الحديثة للعقد.

كما روى البخاري عن حكيم بن حزام – رضي الله عنه – عن الرّسول صلى الله عليه وسلم أنّه قال: "البيِّعانِ بالخَيار ما لم يتفرَّقا، – أو قال حتى يتفرقا– فإن صدقا وبيَّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"[114].

يتجلّى في هذا الحديث نهي الرّسول صلى الله عليه وسلم عن أيّ كذب أو كتمان بين المتعاقدين، فإن صدقا كان بيعهما مباركا فيه، وإن كتما أو استعملا حيلا فيما بينهما، كان البيع ممحوقا أي فاسدا أو من دون فائدة؛ ومن المؤكّد أنّه في السّيرة النبوية أمثلة عديدة حول حسن النيّة في التعاملات بين أفراد المجتمع، ولا تعدو الأحاديث المذكورة سابقا إلا أمثلة مختصرة تبيّن أهمية النزاهة والصدق بين أفراد في تعاملاتهم اليومية.

## الفرع الثاني

## التّكريس القانوني لحُسن النيّة

عرف الالتزام بحّسن النيّة تكريسا واسعا في مختلف التّشريعات المقارنة على درجات مختلفة تختلف باختلاف النمط الاقتصادي الذي تعتمده مختلف الدول، مع تباين في التعامل بين القوانين اللاتينية والانجلوسكسونية.

### أولا: تكريس المشرّع لحسن النيّة في العقد

تعددت الحالات التي استند إليها المشرّع إلى حُسن النيّة في العقد سواء كان ذلك من أجل بيان السلوك الواجب إتباعه من طرف المتعاقدين، أو حماية أحد الطرفين بالنظر إلى الاعتقاد الخاطئ بمشروعية واقعة معينة، كما قد يكون الاعتماد على حُسن النيّة من أجل فرض تضامن بين الطرفين.

[114] أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، 2002، ص 501.

**1- حُسن النيّة أداة لفرض سلوك معين على الأطراف**

كرس المشرّع بصفة صريحة حُسن من أجل فرض سلوك معين على الطرفين ويمكن الإشارة لإبراز ذلك يمكن الإشارة إلى المادة 107 من التّقنين المدني فيما يتعلق بتنفيذ العقد والتي تنص على أنّه: "*يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية*".

يبدو واضحا من خلال النص السالف الذكر أنّ المشرّع يضع حُسن النيّة كمنهج يخضع له الطرفين عند تنفيذ العقد، وهو ما يفتح المجال أمام القضاء للاجتهاد من أجل تحديد السلوك الواجب إتباعه وفرض التزامات ثانوية على الأطراف لم يتم الاتّفاق عليها في المرحلة السابقة على التعاقد، ومن هنا يتجلى الدور الإنشائي للقاضي عند تطبيق النصوص القانونية.

**2-اتصال حُسن النيّة بعيوب الرضا**

تتصل حُسن النيّة بعيوب الإرادة اتصالا وثيقا وبصور مختلفة، وأحسن مثال على ذلك مضمون المادة 82 فقرة 2 من التّقنين المدني فيما يتعلق بالغلط، حيث تنص على أنّه: " *ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النيّة*"؛ وقد اعتبر أحد الباحثين أنّه " *لا يكفي إدعاء الشخص بوجود غلط وإثبات فوات الصفة الجوهرية التي يدعيها حتى يؤخذ بادعائه، بل يقع على عاتقه واجب إثبات فوات هذه الصفة في نظر المتعاقدين معا أو يجب اعتبارها كذلك نظرا للظروف التي أبرم فيها العقد ولحسن النية الذي ينبغي أن يسود التعامل*"[115].

**3-الاستناد إلى حسن النيّة لفرض تضامن بين المتعاقدين**

استند المشرع إلى حسن النيّة من أجل فرض تضامن بين المتعاقد في العديد من الحالات أبرزها المادة 107 فقرة 3 من التقنين المدني فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة والتي تنص على أنّه: "*غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن الالتزام التّعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز*

[115] دراح سعاد، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 31.

*للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطّرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".*

لا يمكن في الواقع حصر في هذا المقام الحالات التي اعتمد فيها المشرع سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة على حسن النيّة بمختلف مفاهيمها ووظائفها، حيث سيتم الإشارة إلى ذلك خلال الدراسة كلما اقتضى الأمر ذلك.

**ثانيا: حُسن النيّة في النّظام اللاتيني والانجلوسكسوني**

يبدو واضحا الاختلاف في التعامل بين النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني مع حُسن النيّة في العقد، فإذا كان اعتراف القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسي بحسن النيّة طبيعيا، فإنه تم التماس صعوبة تقبُّل المبدأ في الأنظمة الانجلوسكسونية.

**1- حُسن النيّة في النّظام القانوني اللاتيني : القانون الفرنسي نموذجا**

يعتبر القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 أكثر القوانين تأثيرا في النّظام اللاتيني حيث كان له الفضل في إرساء مجموعة من المبادئ والتي تمّ استقبالها من طرف العديد من القوانين المقارنة كالقانون المصري والجزائري، وقد كان للفقه الفرنسي أثر كبير في الاعتراف القانوني بالالتزام بحسن النيّة في تنفيذ العقد من خلال نص المادة 1134 فقرة 3 من التّقنين المدني الفرنسي.

**أ- اعتراف الفقه الفرنسي بأهمية حُسن النيّة في العقد**

كان للفقيهين جون دوما (Jean DOMAT) وروبير جوزيف بوتييه ( Robert Joseph POTHIER)، الفضل الكبير في وضع أسس التّقنين المدني الفرنسي، حيث تمّ اعتبار هذين الفقيهين "كأبويه الرّوحيين" مثلما أكّد على ذلك الباحثون[116]، إذ بدا تأثّر الفقيهين واضحا بالمعاني المختلفة لحسن النيّة.

**أ1- اعتراف الفقيه "دوما" بدور حُسن النيّة في العقد**

يقول الفقيه جون دومافي كتابه « traité des lois»، فيما يتعلق بالمنهج الواجب إتباعه من طرف المتعاقدين عند إبرام العقد أنّه : ***il faut rendre à chacun ce qui lui*** ... »

[116] MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, Op.cit., p.2.

***appartient**, et que toutes ces règles sont **essentielles à l'ordre de la société**.... »* [117]

وفي مقطع آخر من مؤلفه يرى الفقيه بأنّ: *«Qu'en toutes sorte d'engagements, soit volontaires ou involontaires, **il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi ou de tout autre manière de nuire ou de faire tort.** »*[118].

يتّضح من المقطع المذكور أوّلا بأنّ الفقيه "دوما" أرسى مجموعة من القواعد في التّعاملات بين الأفراد، والتي تُبيّن الأهميّة التي يمنحها للمبادئ المعنوية والأخلاقية، خاصة إذا علمنا أنه أدرج هذه العبارة كمدخل للجزء الحادي عشر من كتابه، الجزء الذي يحمل عنوان "في طبيعة وروح القوانين، وفي أنواعها المختلفة"، ما يبيّن أنّ المبادئ التي أرساها في المعاملات بين الأفراد مبادئ شاملة لكل القوانين دون استثناء.

كما أكّد الفقيه "دوما" في المقطع المذكور ثانيا على ضرورة احترام الطّرف الآخر في التعاملات، والامتناع عن القيام بأيّ تصرّف من شأنه إيقاعه في فخ الغش أو التدليس أو سوء نيّة أو إصابة الطّرف الآخر بأيّ أذى مهما كانت طبيعته، في إشارة واضحة إلى القيم التي تحكم الالتزام بحسن النيّة في النّظرية الحديثة للعقد.

### أ2- مساهمة فقه "بوتييه" في تطوير مفهوم حُسن النيّة

أشار الباحثون[119] إلى تأثّر الفقيه روبير جوزيف بوتييه (Robert Joseph POTHIER) بالفقيه دوما إلى حدّ كبير، معتبرين أنّ فقه بوتييه متمّم لفقه دوما، وهو ما يتجلّى بوضوح من خلال اعتراف الفقيه بوتييه بمجموعة من المبادئ التي يراها الفقيه دوما ضروريّة، على غرار الاعتراف بالجانب المعنوي عند إبرام العقد، وامتناع أيّ طرف من القيام بسلوك يضر بالطّرف الآخر[120]،غير أنّ الفقيه بوتييه لم يتأثّر بالوّازع الديني بدرجة الفقيه دوما، إنّما بنا نظريّة حسن

---

[117] DOMAT Jean, Traite des lois,(réédition), centre de philosophie politique et juridique, université de Caen, 1989, p. 36.

[118] Ibid, p. 17.

[119] LOIR Romain, Op.cit., p. 44

[120] Ibid., p. 45. *« Tous les devoirs réciproques de l'homme à l'égard de l'homme, se réduisent à ces deux grandes règles, ... la première, que je ne dois jamais faire aux autres ce que je ne*

النيّة في العقد على ضرورة أن تكون مصلحة الطّرف الآخر محل اعتبار، أي أنّه على المتعاقد عند إبرام العقد بالإضافة إلى مصلحته الشّخصية، أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطّرف الآخر وفي هذا الصّدد يقول الفقيه بوتييه:

*« ... **la seule dissimulation** sur ce qui concerne la chose qui fait objet du marché, et que **la partie avec qui je contracte auroit intérêt à savoir**, **est contraire a cette bonne foi** ; ... ».*[121]

يبدو واضحا من خلال فقه الأستاذين بوتييه ودوما السعي نحو أخلقة (moralisation) العلاقة التّعاقدية، وكبح أنانية المتعاقد، بجعل العقد يقوم على أسس التّوازن وتبادل المصالح وليس طغيان مصالح أحد المتعاقدين على مصالح الطّرف الآخر وقد كانت لأفكار الفقيهين أثر مباشر على التّقنين المدني الفرنسي.

**ب- اعتراف المشرّع الفرنسي بحسن النيّة في العقد**

أخذ المشرّع الفرنسي بحُسن النيّة في العقد منذ صدوره سنة 1804 بصور مختلفة سواء من خلال الاعتراف الصريح بالالتزام مثلما هو الحال في نص المادة 1134 في فقرتها الثالثة من التّقنين المدني (النص القديم) [122]، أو من خلال ردع التصرف المخالف للنّزاهة مثلما هو الحال بالنسبة لعيب التدليس في نص المادة 1116 من التّقنين نفسه (النص القديم)[123]، فرغم النّزعة الفردية التي وُصف بها التّقنين المدني الفرنسي، إلا أنّ المشرّع لم يتجاهل حسن النيّة بصفة مطلقة، رغم أنّ التوجّه نحو أخلقة الرّوابط العقدية بدا أكثر وضوحا في الآونة الأخيرة سواء في التّقنين المدني أو في نصوص خاصة.

---

*voudrais pas qu'ils fissent contre moi ; la seconde, que je dois pareillement agir pour leurs avantage, ainsi que je désire qu'ils agissent toujours pour le mien. »,*

[121] POTHIER Robert Joseph, Œuvre complète de POTHIER T. 1, traité des obligations, Thomine et Fortic librairies, Paris, 1821, p. 34.

[122] L'ancien article 1134 paragraphe 3 du Code civil français stipulait que : *«... Elles doivent être exécutées de bonne foi ».*

[123] L'ancien article 1116 du Code civil français stipulait que : *«Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. ».*

**ب1- الاعتراف بحسن النيّة في التّقنين المدني الفرنسي**

يتّضح من خلال تعديل التّقنين المدني الفرنسي سنة 2016، توجّه المشرّع نحو الاعتراف بنطاق أوسع للالتزام بحسن النيّة في العقد، بإدراج نص المادة1104 والتي تنص على أنّه: « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*. »، إذ أصبح الالتزام بحّسن النيّة يشمل جميع مراحل العقد من المفاوضات إلى التّنفيذ بعدما كان يشمل فقط مرحلة تنفيذ العقد.

كما أكّد المشرّع الفرنسي على التّوجه نحو أخلقة الروابط القانونية بفرض التزامات عامة على الأطراف، تجد مصدرها في الالتزام بحسن النيّة في العقد، وأحسن مثال على ذلك الالتزام العام بالإعلام المكرّس في المادة 1112 فقرة 1 من التّقنين المدني والتي تنص:

*« 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. ».*

**ب2- اعتراف المشرّع الفرنسي بحسن النيّة في نصوص خاصة**

اعتمد المشرّع الفرنسي على النّصوص الخاصة من أجل فرض الالتزام بحسن النيّة في مختلف مراحل العقد، بل اعتبر جانب من الباحثين[124] أنّ النّظرية الحديثة للعقد مكرسة بصفة واضحة في هذه النّصوص الخاصة كقانون حماية المستهلك، الذي يعتبر – بالنّظر إلى طبيعة العلاقة التي ينظّمها– منبعا للالتزام بحُسن النيّة في العقد، في هذا الصّدد تجدر الإشارة إلى نص المادة L.111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي[125] والتي تفرض على المهني التزاما بإعلام

[124] FILALI Ali, « Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats », Les Annales de l'Université d'Alger 1, N° 27, T II, juillet 2015, p. 7.

[125] Code français de la consommation, 22 éd., Dalloz, Paris, 2018. L'article L.111-1 du code français de la consommation stipule que *: « 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 :… ».*

المستهلك حول المنتجات والخدمات المعروضة عليه، قبل أن يتم تعميم هذا الالتزام في التّقنين المدني.

ينبغي كذلك الوقوف على ما تضمنه قانون العمل الفرنسي من إشارة إلى الالتزام بحسن النيّة في عقد العمل، كنص المادة L.1221-6[126] التي تُلزم المترشّح لمنصب عمل الإجابة وبحسن نيّة لأسئلة رب العمل، لجعل هذا الأخير على بصيرة من إمكانيات المترشّح ومدى ملائمة قدراته مع المنصب الذي سيوجه إليه.

**2- حسن النيّة في النّظام الانجلوسكسوني**

تتجلى أهميّة دراسة مكانة الالتزام بحسن النيّة في النّظام الانجلوسكسوني بالنّظر إلى النّزعة اللبرالية التي تمتاز بها الدول التي تبنت هذا النّظام، ما يجعلها تميل أكثر نحو الحريّة التّعاقدية ومبدأ القوّة الملزمة للعقد، وتجنّب أيّ تدخّل خارجي عن المتعاقدين من أجل ضمان استقرار المعاملات، إلا أنّ التمعّن في بعض قوانين هذه الدول يُظهر الاعتماد على حسن النيّة ولو بصفة غير مباشرة من أجل ضبط المعاملات بين الأفراد.

**أ- رفض النّظام الانجلوسكسوني للالتزام بحسن النيّة في العقد**

أكد الباحثون[127] على نفور النّظام الانجلوسكسوني من الالتزام بحُسن النيّة في العقد لتجنّب ما قد ينتُجه هذا الالتزام من اضطراب للعلاقة التّعاقدية، ومزاحمة لمبدأ الحريّة التّعاقدية الذي لا يمكن التفريط فيها بالنّظر إلى الاقتصادي اللّبرالي المعروف لدى بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، ففي بلد بنا اقتصاده على قاعدة دعه يعمل دعه يمر فإنّ تحقيق الثّقة والأمن الاقتصاديين يمر حتما عبر القوّة الملزمة للعقود، ورفض أيّ تغيير من طرف القاضي للعقد عما

---

[126] Code français du travail, 80eme éd., Dalloz, Paris, 2017-2018. L'article L.1221-6 paragraphe 3 stipule que : *« ... Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. ».*

[127] CALAMARI John D. et PERILLO Joseph M., The law of contracts, 3ed, West Publishing Co., Minnesota, United States of America, 1987, p.508. *« This approcah was solidified with de developement 'during the nineteeth century, of the pure theory of contract, characterized by notions of volition, laissez-faire, freedom of contract, judicial nonintervention, and bargained-for-exchange' »..*

تمّ الاتّفاق عليه بين المتعاقدين.

تكريسا لما سبق وتحديدا فيما يتعلّق بعقد العمل، يقول أحد الباحثين[128] وهو بصدد دراسة واجب التّفاوض بحسن نية في قانون العمل الأمريكي بأنّ:"*في الولايات المتّحدة الأمريكية، كل من العامل ورب العمل والنّقابات العمّالية، يرفضون كل نوع من " التّنظيم" لعلاقات العمل، مفضّلين خضوع علاقة العمل لسلطان إرادتهم دون تدخّل من الغير*".

أما فيما يتعلق بالقانون القانون الانجليزي، فالأمر لا يختلف كثيرا عما هو الحال عليه بالنّسبة للقانون الأمريكي، حيث أشار الباحثون[129] إلى أنّ القانون الانجليزي لم يعترف صراحة بالالتزام بحسن النيّة في العقود، في حين أكّد جانب آخر منهم[130] في صدد الحديث عن نظام Common Law على أنّه لا وجود لالتزام بحسن النيّة في العلاقات الاجتماعية.

يظهر أنّ خاصية القانون الانجليزي هو عدم الانحصار والغلق على النفس في "مبادئ عامة" غير جديرة بإيجاد حلول واقعية للنزاعات المعروضة، بل البحث عن مجموعة من الحلول التي قد تعالج إشكالية الثّقة أو المصلحة المنتظرة من العقد، وعليه فلا وجود لاعتراف صريح للالتزام بحُسن النيّة في المفاوضات في القانون الانجليزي[131].

صاحب رفض الفقه للالتزام بحسن النيّة في القانون الانجليزي اجتهاد قضائي سار على

---

[128] JAUFFRET-EPSTEIN Sophie, Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain, thèse de doctorat en droit, université Paris I, 1979, p.3.*« aux Etats-Unis, employeurs, travailleurs et syndicats ont toujours été réticents envers les organisations, préférant leur propre autonomie au contrôle de larges associations ».*

[129] DIMATTEO Larry A. et Al., Commercial Contract Law (transatlantic perspectives), Cambridge university press, United States of America, 2013, p. 206. *« as indicated in the begining of this chapiter english law has been reluctant to embrace the concept of good faith. aloof and suspicious of a general doctrine of good faith even an express duty of good faith has been held to be unenforceable ».*

[130] CALAMARI John D. et PERILLO Joseph M, Op.cit., p. 508. *« the common law has traditionally benn reluctant to reconize at least as overt doctrine any generalized duty to act in good faith toward others in social intercourse »*

[131] TISSEYRE Sandrine, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats (essaie d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen), P.U.A.M., Marseille, 2012, p. 49

النّهج نفسه، في هذا الصّدد تجدر الإشارة إلى قرار الغرفة العليا في برلمان المملكة المتحدة house of lords لما كانت هذه الأخيرة أعلى جهة قضائية في بريطانيا[132]، والتي رفضت الغرفة الأخذ بحُسن النيّة في المفاوضات في قضيّة بيع عقّار، حين أدرج الطّرفين بند lock-in agreement، والذي يَمنع على البائع التّفاوض مع طرف ثالث طيلة مرحلة المفاوضات بين الطّرفين، إلا أنّ البائع لم يحترم هذا البند وباع العقار إلى شخص ثالث تفاوض معه في نفس الوقت مع المتفاوض الأوّل، مما أدّى بهذا الأخير إلى عرض النّزاع أمام القضاء، مطالبا بالتّعويض لأنّ البائع مرتبط ببند ضرورة مواصلة المفاوضات بحسن نيّة، وأنّ دخوله في مفاوضات مع طرف آخر يعدّ خرقا لهذا البند[133].

رفضت الغرفة العليا للبرلمان البريطاني طلبات المشتري، وقضت بعدم مشروعية بند البقاء في التّفاوض وبحسن نيّة إذا لم يقترن بأجل معيّن، على اعتبار أنّه لا يمكن للبائع البقاء على طاولة المفاوضات للأبد[134].

---

[132] تمّ استحداث بمقتضى المحكمة العليا في بريطانيا بمقتضى المادة 23 من التعديل الدستوري البريطاني سنة 2005 والذي دخل حيز التّنفيذ في 2009، يمكن الاطلاع على التعديل الدستوري عبر الرابط التالي:
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf/Consulté le 27/02/2017

[133] بالنّسبة لسرد الوقائع تمّ الاعتماد على أنّه:
TISSEYRE Sandrine, Op.cit., p.48 .

[134] House of lords, walford and others v miles and another, 23 January 1992, *in* http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf/ Consulté le 24/02/2017.*« Held -- Although a lock-out agreement, whereby one party for good consideration agreed, for a specified period of time, not to negotiate with anyone except the other party in relation to the sale of his property, could constitute an enforceable agreement, an agreement to negotiate in good faith for an unspecified period was not enforceable and nor could a term to that effect be implied in a lock-out agreement for an unspecified period since the vendor was not obliged under such an agreement to conclude a contract with the purchaser and he would not know when he was entitled to withdraw from the negotiations and the court could not be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for termination of negotiations. It followed that the alleged collateral agreement was unenforceable and the appeal would therefore be dismissed ».* V. également DIMATTEO Larry A., Op.cit., p. 206.

**ب- بوادر الاعتراف القانوني بحسن النيّة في النّظام الانجلوسكسوني**

رغم ما سبق ذكره من قرائن تفيد رفض النّظام الانجلوسكسوني لحسن النيّة في العقد إلا أنّ هذا الرفض غير مطلق، ويظهر أنّه اعتمد على بعض المبادئ التي قد تؤدي الغرض نفسه، فقد اعتبرت المادة 1§304 من القانون التّجاري الموحّد للولايات المتّحدة الأمريكية[135]حُسن النيّة كشرط أساسي عند تنفيذ العقد لما نصّت على أنّه: *« Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an **obligation of good faith** in its performance and enforcement. »*

كما كرّس التعديل الثاني لقانون العقود الأمريكي[136]، حُسن النيّة عند تنفيذ العقد في المادة §205[137] والتي تنص على أنّه: *« Every contract imposes uponeach party **a duty** **of good faith** and fair dealing in its performance and its enforcement. »*

ظهرت كذلك في القانون الانجليزي العديد من المفاهيم المقاربة لحسن النيّة، تدخل في معظمها ضمن مفهوم شامل وهو *equity*، مثل عبارة *fiduciary relationship* والتي يمكن اعتبارها حسب بعض المؤلِفين[138] كالتزام بحسن النيّة والثّقة بين المتعاقدين، حيث تُستعمل هذه العبارة في العقود التي تكون الثّقة عنصر جوهري فيها، كالعقد الذي يربط المحامي بموكله أو البنك بزبونه.

يلعب مفهوم *equity* في القانون الانجليزي حاليا دور مقارب من الالتزام بحسن النيّة في

---

[135]Uniform Commercial Code of United states of America, *in* https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304/Consulté le 26/02/2017Traduction de l'article 304§1 via google translate: *« Tout contrat ou toute obligation relevant du Code de commerce uniforme impose une obligation de bonne foi dans son exécution et son exécution. »*

[136]لم يتم العثور على أيّ تعبير آخر انسب لما يسمى في الولايات المتحدة الأمريكية بـ : RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS

[137] RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS in United States of America, *in* http://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf/, Consulté la 27/02/2017 traduction de l'article 205 via google translate: « Chaque contrat impose à chaque partie un devoir de bonne foi et ses performances et son application. »

[138] MONTANIER Jean-Claude et SAMMUEL Geoffrey, Le contrat en droit anglais, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1999, p.21.

القوانين اللاتينية، خاصة من ناحية حماية طرف وتجنيبه خسارة ناتجة عن تحايل وسوء نيّة الطّرف الآخر أو إعفائه من أحد التزاماته[139]، إلا أنّ الباحثون[140] أكّدوا على أنّه لا مجال للمقارنة مع عيب التدليس الذي لا يُعرَف في القانون الانجليزي كمفهوم مستقل.

## المطلب الثاني

## الالتزام بحُسن النيّة عنصرًا إضافيًا في المعادلة التّعاقدية

أصبح الالتزام بحسن النيّة عنصرًا أساسيًا في النّظرية الحديثة للعقد، ينافس المفاهيم التقليدية ممثلة في حريّة التّعاقد والقوّة الملزمة للعقد، غير أنّه وقبل التطرّق إلى الموضوع بالتفصيل، وجب الوقوف على إشكالية الطبيعة القانونية لحسن النيّة والتي لا تزال إلى الوقت الراهن تشغل بال المختصين في المجال القانوني (الفرع الأول).

أما عن المفهوم القانوني لحُسن النيّة، يبدو جليا أنّه مزدوج الأوّل ذات مظهر شخصي يقوم على أساس الاعتقاد الخاطئ بصحة واقعة مادية أو قانونية معينة، والثاني ذات مظهر موضوعي يتصل بسلوك المتعاقد خلال فترات العقد المختلفة، إذ يجب أنّ يتحلى كل طرف بالنزاهة والوفاء تجاه الطرف الآخر (الفرع الثاني).

يتجلى من المفهوم المزدوج لحسن النيّة على النحو السالف بيانه مجموعة من الوظائف التي اجتهد الفقه في استخلاصها سواء من خلال اعتراف المشرّع بهذه الوظائف أو استنباطها من توجّه الاجتهاد القضائي الذي كان له الفضل الكبير في وضع ضوابط تسمح بتكريس واقعي للالتزام (الفرع الثالث).

### الفرع الأوّل

### الطبيعة القانونية لحسن النيّة

تُشكل حداثة مفهوم حُسن النيّة باعتباره معيار (standard) قانوني، عائق على تطوّره بالنّظر إلى العديد من الإشكالات المطروحة من طرف الفقه والقضاء لا سيما تلك المتعلقة بالطبيعة القانونية لحُسن النيّة، حيث اختلفت الآراء الفقهية في هذا المجال في ظل تردد القضاء

[139] MONTANIER Jean-Claude et SAMMUEL Geoffrey, Op.cit., p.70.
[140] Ibid., p.60.

في اتخاذ موقف صريح.

**أوّلا: إعتبار حُسن النيّة مبدأ قانوني**

استعمل جانب من الباحثين [141]كلمة "المبدأ" للتعبير عن حسن النيّة ( principe de bonne foi) لغرض منح صدى أوسع للمفهوم من ذلك الذي تمنحه بعض العبارات الأخرى كعبارة "الالتزام" مثلا، ويظهر أنّ هذا الجانب من الباحثين على صواب إلى حد ما، خاصة بالرجوع إلى التّشريعات المقارنة الحديثة التي تضع حسن النيّة ضمن القواعد العامة التي تحكم قوانينها، وهو حال المشرّع الفرنسي الذي أدرج حسن النيّة في المادة 1104 من التّقنين المدني في الباب "الأحكام الأولية"( dispositions liminaires)إلا أنّ طبيعة حُسن النيّة تتحدّد وبصفة أولية بحسب الجزاء المترتب عن الإخلال بها[142] ونظرا لصعوبة تحديد هذا الجزاء فيما يتعلق بخرق مبدأ معين، يتّضح أنّ استعمال عبارة "مبدأ حُسن النيّة" لا يساهم في منح صبغة قانونية لحسن النيّة من النّاحية العملية.

يبدو تردّد المشرّع الفرنسي واضحا في استعمال عبارة "مبدأ حُسن النيّة"، وهو ما استخلاصه باستقراء عرض أسباب تعديل التّقنين المدني، الذي يستعمل عبارة "المبدأ العام" للتعبير عن حسن النيّة في بداية الأمر[143]، ثم عبارة "واجب حُسن النيّة" في فقرات لاحقة[144]، لما أكّد على اعتبار "واجب حسن النيّة" على نفس درجة الحريّة العقدية والقوّة الملزمة للعقد، من هنا يمكن التساؤل عن مدى صحة عبارة "واجب حُسن النيّة" في نظريّة العقد.

---

[141] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p.9/ LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 53./JALUZOT Beatrice, Op.cit., p. 129.

[142] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 8.

[143] Exposé des motifs du Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JUSC1612295L), *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=13AAD4A8A6DD51D7468558FA11FCA2E3.tpdila15v_2?idDocument=JORFDOLE000032851308&type=expose&typeLoi=proj&legislature=14/ Consulté le 01/03/2017 *«... 1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ; »*

[144] Ibid, *« Le chapitre Ier, intitulé « Dispositions liminaires », après avoir donné une définition du contrat, rappelle les principes essentiels du droit des contrats que sont la liberté contractuelle, la force obligatoire des contrats et le devoir de bonne foi, avant de préciser les définitions des principales catégories de contrats. »*

**ثانيا: إعتبار حُسن النيّة واجب عام**

ذهب بعض الباحثين[145] إلى تفضيل استعمال عبارة "واجب حُسن النيّة" لاعتبارهم أنّ حُسن النيّة واجب عام يقع على المتعاقدين يترتب عنه التزامات أو سلوك معيّن على الأطراف[146] سواء في المرحلة السّابقة على التّعاقد أو أثناء تنفيذ العقد، ويمكن تأييد هذا الطرح بما ذهب إليه القانون المدني لمقاطعة الكبك في كندا، حيث تنص المادة 6 على ضرورة استعمال الأفراد للحقوق المدنيّة وفقا لمقتضيات حسن النيّة[147]؛ والملاحظ هو عدم انحصار حُسن النيّة في نظريّة العقد بل تشمل كل الحقوق المكفولة للفرد، والذي يجب أن يستعملها بحيطة وفقا لما تقتضيه النّزاهة، من هذا الجانب تظهر حُسن النيّة كمنهج حياة يومي بالنسبة للفرد.

استعمل القضاء الفرنسي من جانبه عبارة "واجب حُسن النيّة" في العديد من القرارات[148] في هذا الصدد يمكن الإشارة إلى القرار الصادر عن الغرفة المدنيّة الثالثة، والتي اعتبرت أنّ الطاعنة خالفت واجب حُسن النيّة لما طلبت من المطعون ضدهما دفع مبلغ 30000 يورو دفعة واحدة بعدما تمّ الاتّفاق في وقت سابق على تقسيط هذا المبلغ على دفعات شهرية[149].

يبدو أنّ اعتبار حُسن النيّة واجبا عاما يفرض على المتعاقدين سلوكا معينا أقنع جانب كبير

---

[145] MAINGUY Daniel, Le contractant, personne de bonne foi ?, *in* La réforme du droit des contrats et des obligations S/D C. ALBIGÈS et E. NÉGRON, Publications de la faculté de droit de Montpellier, Montpellier, 2015, p. 83

[146] STOFFEL-MUNCK Philippe, L'abus dans le contrat (essai d'une théorie), L.G.D.J., Paris, 2002, p.105.

[147] Code civil de la province du Québec, *in*http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991/ Consulté le 03/03/2017. L'article 6 stipule que : *« Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi. »*

[148] DESGEORGES Richard, La bonne foi dans le droit des contrats (rôle actuel et perspective), thèse de doctorat, université Paris II Panthéon Assas, 1992, P125.

[149] Cass. Civ. 3eme, 23 septembre 2014, N° 13-19957, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029513430&fastReqId=646818354&fastPos=1/*Consulté le 02/03/2017 « ... Alors que, d'autre part, tout jugement ou arrêt doit être motivé..., un accord verbal avait été conclu aux termes duquel la société CAZENAVE acceptait qu'ils s'acquittent du reliquat de leur dette par un paiement échelonné de 500 € par mois, de sorte qu'elle avait manqué à son devoir de bonne foi contractuelle en les ayant faits assigner en paiement de l'intégralité de la somme . »*

من الفقه، إلا أنّ حصر حُسن النيّة في سلوك مستقيم للمتعاقد غير صحيح، إذ يترتب عن حُسن النيّة التزامات بالمفهوم القانوني الضيق كالالتزام بالإعلام، حين يلتزم المدين بالإفصاح للمتعاقد الآخر عن معلومات مهمة تسمح لهذا الأخير بالتّعاقد وهو على بصيرة من أمره، فحسن النيّة غير منحصر في سلوك يمتنع فيه المتعاقد عن القيام بأي تصرّف يضر بالمتعاقد الآخر، بل قد يتجاوز إلى حد بذل جهد معيّن من أجل مساعدته طيلة فترات العقد.

**ثالثا: إضفاء وصف الالتزام على حُسن النيّة**

استعمل الباحثون[150] منذ مدة طويلة عبارة "التزام بحسن النيّة" ولا يزال كذلك في الوقت الرّاهن، وقد استند أحد الباحثين[151] إلى الجزاء المترتب عن الإخلال بحسن النيّة من أجل إقرار بأنّ الوصف الصحيح هو "الالتزام بحُسن النيّة"، إذا عادة ما يتضمن الحكم الصادر في حالة مخالفة أحد المتعاقدين هذا الالتزام القضاء لمصلحة الدّائن بالتّعويض مع فسخ العقد في بعض الحالات وهو الجزاء المترتب عن الإخلال بالتزام تعاقدي، وهو كذلك الموقف الذي اعتمده الأستاذ فيليب لوتورنو(Philippe LE TOURNEAU)،الذي يستعمل في كتابه مسؤولية البائعين والمنتجين عبارة "الالتزام بحسن النيّة" عند عرضه للالتزامات الحديثة للبائعين والمنتجين[152]، وهو الوصف الذي يعتبره الأصح بالنسبة لحُسن النيّة[153].

يتّضح من خلال الرجوع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي، استعمال محكمة النّقض الفرنسيّة بصفة مطلقة عبارة "التزام بحسن النيّة" لتوقيع الجزاء عن أيّ مخالفة للمتعاقد خلال الفترة السّابقة على التّعاقد، ومثال عن ذلك ما قضت به الغرفة المدنيّة التي اعتبرت بأنّ البنك الذي يخفي على الكفيل وضعية العُسر التي كان فيها المدين المكفول، قد أخلّ "بالالتزام بحسن النيّة" في إبرام

---

150 DESGEORGES Richard, Op.cit., p. 126.

151 ANCEL Pascal, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat (retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007) », *in* Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, mélange en l'honneur de Daniel TRICOT, Dalloz -LexiNexis-Litec, Paris, 2011, p. 68.

152 LE TOURNEAU Philippe, La responsabilité des vendeurs et des fabricants, 5eme éd., Dalloz, Paris, 2016, p.78.

153 LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 9.

العقد[154]، في حين تستعمل في بعض الحالات عبارة "التزام بحُسن النيّة" عند تنفيذ العقد، ومثال ذلك ما قضت به الغرفة الاجتماعية لما اعتبرت أنّ رب العمل مخل "بالتزامه بحُسن النيّة" عند تنفيذ العقد بسبب عدم تكييف ظروف عمل أحد العمال تبعا لإرشادات طبيب العمل[155].

رغم الانتقادات التي صاحبت استعمال عبارة "التزام بحسن النيّة"[156] ورغم صعوبة الفصل بين مصطلح "التزام" و "واجب" من النّاحية القانونية[157]، إلا أنّ وصف الالتزام هو الأنسب من أجل تجسيد فعلي للمعنى القانوني لحُسن النيّة، سواء في المرحلة السابقة على التّعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد، فإذا كانت كلمة "يجب" التي استهلّ بها المشرّع نص المادة 107 من التّقنين المدني تزيل الشّكوك حول اعتبار حسن النيّة التزاما حقيقيا في مرحلة التنفيذ، فإنّ المسؤولية التّقصيرية الناتجة عن انحراف المتعاقد عن السّلوك النّزيه في المرحلة السّابقة على التعاقد[158]، توحي بأنّ المسؤول قد أخلّ بالتزام قانوني، وهو الالتزام بحُسن النيّة.

---

154 Cass. Civ. 1ere, 14 mai 2009, N° 07-17568, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020621402&fastReqId=1454939282&fastPos=1/Consulté le 02/03/2017 *« Attendu que manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager ; »*

155 Cass. Soc., 17 février 2010, N° 08-45610, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021859736&fastReqId=629272496&fastPos=1/ Consulté le 02/03/2017. *« ... 1°) ALORS QU'il appartient au salarié demandeur à l'action en responsabilité contractuelle qui allègue un manquement de son employeur à son obligation de bonne foi d'en établir la réalité; qu'en affirmant que les documents produits aux débats par la société CASINO BARRIERE DE CARRY LE ROUET n'établissaient pas suffisamment qu'elle avait adapté le poste de Monsieur X... et exécuté ainsi son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du Code civil ; ... ».*

156 MAINGUY Daniel, Op.cit., p. 83.

157 ANCEL Pascal, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », R.J.T., N° 1, 2011, p. 96./ Lequette Yves, Préface HAGE-CHAHINE Najib, La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé, Université Panthéon-Assas éd , Paris, 2017, p. 11.

158 V. SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « La période précontractuelle en droit français », R.I.D.C., N°2,1990, p. 547.

## الفرع الثاني

## المفهوم المزدوج لحسن النيّة

أكّد الفقه عند التطرّق لمفهوم حسن النيّة على الطابع المزدوج لهذا الأخير، فجانب منه شخصي يتعلق بالحالة النّفسية للمتعاقد (un état d'esprit) وهو الاعتقاد الخاطئ بصحة واقعة معينة (أولا) وآخر موضوعي يرتبط أكثر بسلوك المتعاقد (règle de comportement) (ثانيا)[159].

### أولا: المظهر الشّخصي لحُسن النيّة

يعتبر حَسن النيّة، الشّخص الذي يعتقد خطأ بوجود حالة أو واقعة قانونية عادية ومشروعة في حين أنّ الواقع غير ذلك، فيتدخّل القانون لمساعدة هذا الشّخص رغم عدم مشروعيّة الحالة التي هو فيها[160]، وقد اعتمد التشريع والقضاء على حُسن النيّة باعتبارها اعتقاد خاطئ في العديد من الحالات.

#### 1- التكريس التشريعي للمظهر الشّخصي

اعتمد المشرّع على المظهر الشّخصي لحُسن النيّة من أجل حماية الشّخص الذي يجهل بحقيقة وضع معيّن، وأبرز الأمثلة عن ذلك حماية الحائز الذي يجهل أنّه يحوز ما لا يملكه، أو المشتري الذي يجهل بطلان سند البائع، أو المدين الذي يجهل أنّه يتلقى غير المستحق.

##### أ- حماية الحائز حَسن النيّة

استند المشرّع الجزائري في نص 824 من التّقنين المدني على حُسن النيّة لحماية الحائز، حيث تنص المادة على أنّه:" *يُفترض حسن النيّة*[161] *لمن يحوز حقا وهو يجهل أنّه يتعدّى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطئ جسيم*".

يتّضح من نص المادة 824 من التّقنين المدني، أنّ حُسن نيّة الحائز مقترنة باعتقاد خاطئ أنّه مالك للشيء غير أنّه لا يجوز أن يكون هذا الاعتقاد ناتجا عن خطئ جسيم، لأنّ الخطأ

---

[159] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p.96.

[160] درماش بن عزوز، التّوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعةتلمسان، 2014، ص 239.

[161] يستحسن إعادة صياغة النّص على النحو التالي: " تُفترض حُسن النيّة في من يحوز ...."

الجسيم يتنافى وحُسن النيّة[162]، فالجهل بالحقيقة لا يكون عذرا للشخص إلا إذا كان ممّا يمكن الوقوع فيه بحسب السّير العادي للأمور، بحيث يفقد الشّخص الحماية القانونية إذا كان بوسعه اكتشاف الحقيقة ببذل جهد معقول[163].

**ب- حماية الغير حَسن النيّة**

اعتمد المشرّع على حُسن النيّة لحماية الغير في بعض العقود، وأحسن مثال عن ذلك المشتري الذي اكتسب حقا عينيا على الشيء المبيع في بيع المريض مرض الموت، من خلال المادة 409 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه:" *لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النيّة إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع.*"

يُقصد بالغير حَسن النيّة في المادة 409 من التّقنين المدني، المتعاقد الذي يعتقد جزما بصحة سند سلفه واكتسب على الشيء حقا عينيا بمقابل سواء كان بيعا أو مقايضة أو أيّ عقد آخر، غير أنّه لا يمكن للغير التمسّك بجهله ببطلان سند سلفه إذا ارتكب خطأ جسيم أو كان بإمكانه العلم بعدم مشروعية هذا السند ببذل جهد معقول، لأنه في هذه الحالة سيفقد صفة المشروعية في الجهل[164].

**ت- حُسن النيّة في دفع غير المستحق**

استند المشرّع على حُسن النيّة لحماية المدين في شبه العقد من خلال المادة 147 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: " *إذا كان من تسلّم غير المستحق حسن النيّة فلا يلزم أن يرد إلا ما تسلّم.*"

يتّضح من خلال المادة 147 من التّقنين المدني، أنّ حُسن نية المدين في الدفع غير المستحق، أنّ المدين الذي يتلقى دفعا وهو يعتقد خطأ بأنّه يتسلم دفعا مستحقا، ملزم برد ما تسلمه

---

[162] لبان فريدة، المرجع السّابق، ص 13.

[163] LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p.74

[164] لبان فريدة، المرجع السّابق، ص 13.

فقط، ويتوقف وصف حُسن النيّة في المدين بمجرد علمه بأنّه تسلم غير مستحق، في حين أنّ المشرّع يُلزم المدين سيء النيّة في دفع غير المستحق بإرجاع ما تسلمه مع الأرباح التي جناها والتي قصر في جنيها وذلك من يوم الوفاء في حالة سوء نيته منذ تسلمه لغير المستحق، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النيّة إذا اكتشف أنّه تسلم غير المستحق بعد تلقيه المبلغ.

يتّضح من الأمثلة المقدمة أنّ المظهر الشّخصي لحسن النيّة يقترب من فكرة الغلط (erreur)، فالحائز حسن النيّة يعتقد خطأ أنّه مالك للشيء الذي يحوزه، والمشتري حسن النيّة يعتقد خطأ بأنّه اشتراه من مالكه، والأمثلة في هذا الصّدد متعددة، غير أنّ الباحثون[165] يشيرون إلى أنّ حُسن النيّة والغلط شيئين مختلفين، فإذا كانت نيّة الشّخص الذي يتمسّك بحسن نيّته هو الإبقاء على العقد، فإنّ الهدف من التمسّك بالغلط هو إبطاله.

**2- اعتماد محكمة النّقض الفرنسيّة على الاعتقاد الخاطئ**

استندت محكمة النّقض في العديد من قراراتها إلى المظهر الشّخصي لحسن النيّة واستخلصت النّتائج المترتبة عن ذلك.

**أ- عدم مسؤولية الوكيل في حالة الخروج عن حدود الوكالة**

من المستقر قانونا[166] أنّ الوكيل ملزم عند تنفيذ الوكالة بالحدود التي وضعها الموكِّل إلا أنّ تجاوز الوكيل حدود الوكالة مع اعتقاده أنّ هذا التّجاوز سيحقق فائدة مؤكدة للموكِّل تعفيه من المسؤولية في حالة عدم تحقّق هذه الفائدة، هذا ما يمكن استخلاصه من قرار لمحكمة النّقض الفرنسيّة في عقد وكالة بدون أجر، وتتلخّص وقائع القضية أنّ سيدة تلقت من مجموعة من الأشخاص وكالة بالمشاركة في رهان مع تحديد الأرقام بصفة مشتركة من طرف الموكِّلين، إلا أنّ الوكيلة غيرت في اللّحظة الأخيرة أحد الأرقام وفوّتت على الموكِّلين فرصة الفوز بقيمة مالية

---

[165] LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p.74.

[166] تنص المادة 74 من التّقنين المدني على أنّه: *" إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل."*

معتبرة، وهو ما أدّى بهؤلاء إلى رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض، إلا أنّ الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض أيّدت قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بعدم مسؤولية الوكيلة على اعتبار أنّ تصرفها كان على أساس اعتقاد خاطئ وهو أنّ تغيير الرقم في آخر لحظة كان سيؤدي إلى ربح مؤكد بالنّسبة للموكّلين[167].

يمكن استخلاص من القرار أنّ محكمة النّقض اعتمدت صراحة على معيار الاعتقاد الخاطئ من أجل حماية المطعون ضدها، حيث اعتبرت أنّ ما قامت به الوكيلة لا يمكن أن يشكل خطأ في حقها بما أنّ هذا التصرّف جاء عن حسن نية منها، وتجدر الإشارة إلى أنّ الحل الذي توصلت إليه الغرفة المدنيّة في القضية السّابقة لا يسري إلا إذا كانت الوكالة من دون أجر، لأنه في الحالة العكسية لا يستفد الوكيل من الليونة في التعامل.

**ب- الاحتفاظ بالثّمار في حالة البناء في ملك الغير**

أكّدت محكمة النّقض الفرنسيّة بأحقية الشّخص الذي بنا على ملك الغير بحسن نية في الاحتفاظ بالثمار التي جناها من هذا البناء، وهو الحل الذي اعتمدته الغرفة المدنيّة في قضية قام فيها أحد الأشخاص بالبناء على أرض الغير دون أن يكون عالما بذلك، ورفضت طلبات المالك الحقيقي الرّامية إلى تعويضه عن الثّمار التي جناها الباني على أرضه[168].

---

[167] Cass. Civ. 1ere, 16 mai 2006, N° 03-19.936, Bull. Civ. N° 5, 2006, p. 212. *«Attendu que, ... la cour d'appel, qui a souverainement relevé que les manquements reprochés avaient été commis de bonne foi dans l'intérêt du groupe avec la croyance erronée d'un succès plus probable du numéro substitué a pu décider que ces circonstances excluaient leur caractère fautif, que le moyen n'est pas fondé ; ».*

[168] Cass. Civ 3eme, 19 janvier 1983, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007072458&fastReqId=1474497554&fastPos=1/ Consulté le 04/03/2017. *« mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que le constructeur de bonne foi qui fait les fruits siens ne peut être condamne à payer une indemnité d'occupation au propriétaire ; ».*

يبدو أنّ الحل المكرّس في القرار يقوم على اعتقاد الشّخص الذي شيّد البناء بأنّه يبني على قطعة أرضيّة يملكها، وأنّ هذا الاعتقاد الخاطئ يمنح له حماية تجاه المالك الحقيقي إلا أنّ هذه الحماية تتوقف بمجرد علمه بحقيقة الوضع وهو ما أكدته محكمة النّقض الفرنسيّة في القرار التالي.

**ت- إسقاط الحماية القانونية على المدين بزوال الاعتقاد الخاطئ**

أكّد القضاء الفرنسي على أنّ الحماية المقررة للمدين الذي يعتقد خطأ بصحة وضع معيّن تسقط بمجرد عِلمه بحقيقة الوضع، ففي قضية تتلخّص وقائعها أنّ شخص اشترى سقيفة (hangar) من غير مالكها دون أن يكون عالما بذلك، واستمرّ في استغلال هذه السقيفة إلى أن قاضاه المالك الحقيقي، وطالبه باسترداد السقيفة وكافة الثّمار التي جناها من استغلالها، إلا أنّ محكمة النّقض أكّدت على أحقية المالك الحقيقي للسقيفة باسترجاعها وكذا الثّمار التي جناها المشتري من تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ شراء هذا الأخير للسقيفة لأنّه قبل رفع الدّعوى كان يعتقد خطأ بأنّه اشتراها من مالكها، وأنّ هذا الاعتقاد زال برفع دعوى الاسترداد[169].

**ثانيا: المظهر الموضوعي لحسن النيّة**

يظهر المظهر الموضوعي لحسن النيّة أكثر أهميّة بالنّسبة لقانون العقود عن المظهر الشّخصي[170]، لأنّه يمنح للقاضي سلطة توقيع جزاءات مختلفة على المتعاقد الذي خالف سلوكه النزاهة والثّقة الواجبة بين الأطراف، ولا يمكن فصل حسن النيّة عن ضدها أي سوء النيّة باعتبارها معيار لتقدير سلوك الفرد[171]، لذلك ميّز المشرّع في العديد من الحالات بين المتعاقد حَسن النيّة وسيئ النيّة بالنّظر إلى سلوكه.

---

[169] Cass. Civ. 3eme, 28 juin 1983, N°: 81-14.889, Bull. Civ. N°1, 1983, p.115. *« attendu que pour fixer à la date de l'arrêt ayant statue sur la revendication le point de départ de l'indemnité d'utilisation mise à la charge de m x.., l'arrêt retient que jusqu'a cette date, celui-ci a pu, de bonne foi, estimer que le hangar avait été adjuge en même temps que le terrain, en quoi la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».*

[170] FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p. 96.

[171] LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 77.

تجدر الإشارة لتوضيح ما سبق إلى مضمون المادة 373 من التّقنين المدني، والتي تنص على أنّه: *"أن الحق في الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نيّة بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدّعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل محله ...."*، حيث يتّضح أنّ المشرّع يعتمد لتقدير مدى حُسن نيّة المشتري عند تصالحه مع الغير الذي يدّعي حقا على الشّيء المبيع، على مدى استقامته ونزاهته في سلوكه مع الغير، إذ يكون المشتري حَسن النيّة إذا لم يرتكب أثناء تصالحه مع الغير أيّ غش أو انحراف في السّلوك، ودون ارتكاب أيّ خطأ جسيم.

أما عن سلوك المتعاقد الذي يؤدّي إلى اعتباره سيئ النيّة، فتجدر الإشارة للمادة 377فقرة أخيرة من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه:" *... ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمّد البائع إخفاء حق الغير."*، إذ يظهر أنّ المشرّع يتدخّل لإبطال بند في العقد متّفق عليه بين البائع والمشتري كجزاء للسّلوك غير النّزيه للبائع، الذي تعمّد إخفاء حق الغير على الشّيء المبيع رغم علمه به، وهو السلوك الذي يجعل من البائع سيء النيّة وبالتّالي غير جدير بالحماية القانونية؛ ويتّضح من خلال دراسة المظهر الموضوعي لحسن النيّة أنّ هذا الأخير يتشكّل من شقين متكاملين أحدهما نفسي والآخر موضوعي.

**1- المعيار النّفسي لمراقبة سلوك المتعاقد**

اقترن المعيار النّفسي لمراقبة سلوك المتعاقدين بكلمات معيّنة كالنّزاهة، الاستقامة الوفاء الشّفافية... والتي تبيّن السّلوك الواجب إتّباعه من كلا الطّرفين[172]، وهي الكلمات نفسها التي يستعملها عادة القضاء الفرنسي لمراقبة سلوك الأطراف المتنازعة وتقدير مدى مخالفة أحدها للالتزام بحسن النيّة في العقد[173].

---

[172] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., pp. 17-19.

[173] Cass. Soc., 12 octobre 2004, N° 03-43.465, Bull. Civ. N° 8, 2004, p. 227. *« Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la salariée avait, en cours de formation, sollicité un stage en entreprise auprès d'une société concurrente de son employeur, et qu'elle avait ainsi manqué à son obligation de loyauté, a légalement justifié sa décision ; ».*

اعتبرت مختلف التّشريعات حُسن النيّة قرينة في الفرد إلى غاية إثبات عكسها، غير أنّ الإشكال يَكمُن في صعوبة إثبات ما هو كامن في نفس المتعاقد مثلما أكّد على ذلك الباحثون[174] وما يمكن استخلاصه من قرار الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة، لما اعتبرت السّكوت عن تقديم المعلومة للمتعاقد الآخر غير كاف لوحده لإثبات الكتمان التّدليسي، بل يجب على الضّحية إثبات توجّه نيّة المتعاقد الآخر إلى تضليله[175].

يُفهم ممّا سبق أنّ الجانب النّفسي في حُسن النيّة باعتبارها أداة لمراقبة سلوك الأطراف تتعلق بقصد المتعاقد في إلحاق الضّرر بالغير، هذا المعنى نجده مكرّس بوضوح في عيب التّدليس في المادة 86 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: *" يجوز إبطال العقد للتّدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطّرف الثاني العقد"*، والتي تمنح للطرف الذي وقع ضحية له إمكانية المطالبة بإبطال العقد، إذ يظهر باستقراء نص المادة أنّ الجانب النّفسي لوحده غير كاف لتقرير سوء نيّة المتعاقد وتوقيع الجزاء عليه، وهو ما يتجلى من خلال استعمال المشرّع عبارة *" لولاها لما ابرم الطّرف الثاني العقد"* ؛بمفهوم المخالفة، إذا استعمل المتعاقد طرق احتيالية ولم تؤثر هذه الحيل على إرادة المتعاقد اعتبرت هذه الحيل غير مجدية في العقد مما يُسقِط حق المتعاقد في المطالبة بإبطال العقد.

تجدر الإشارة كذلك إلى أنّ المادة 86 من التّقنين المدني استعملت عبارة "*... من الجسامة*" وكأنّ المشرّع يعترف بوجود حيل على درجتين وهي الحيل "العادية أو البسيطة" والحيل "الجسيمة" التي ينتج عنها إبطال العقد، هذا الموقف الذي اتخذه المشرّع يمكن تبريره بوجود معيار موضوعي مكمّل للمعيار الشخصي.

---

[174] LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi, notion … », Op.cit., p.329.

[175] Cass. Com., 28 juin 2005, N° 03-16.794, Bull. Civ., N° 6, 2005, p. 151. *« Mais attendu que le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ; … ».*

**2- : المعيار الموضوعي في مراقبة سلوك المتعاقد**

اعتبر الباحثون[176] أنّ مجرد اتّجاه نيّة المتعاقد إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر غير كاف للإقرار بسوء نيّته، بل يجب أنّ ترتبط بعنصر آخر موضوعي وهو خروج السلوك عن العقلانية (déraisonnable) أو ميله إلى الإفراط (excessif)، هذا ما استخلاصه من استعمال المشرّع في نص المادة 86 عبارة"... *من الجسامة*".

تظهر أهمية العنصر الموضوعي من خلال النّتائج الوخيمة المترتبة عن الأخذ بالمعيار النفسي بصفة مطلقة، لأنّكل متعاقد يميل إلى الأنانية كلّما تعلّق الأمر بالمحافظة على مصالحه الشّخصية، فالبائع الذي يبيع سيارته بـ 102 مليون وهو يعلم أنّ سعرها في السوق لا يتجاوز 100 مليون يعتبر سيء النيّة لأنه اتجهت نيّته إلى الإضرار بالمشتري ولو تمّ الأخذ بالمعيار النّفسي بصفة مطلقة لكانت صحة العقد مهددة، إلا أنّه لا يمكن اعتبار العقد باطلا في هذا المثال لأنّ سوء نية البائع لم تبلغ درجة الإفراط، بالتّالي غياب المعيار الموضوعي المكمّل للمعيار النّفسي فكل طرف كفيل بحماية حقوقه على النّحو الذي يرغبه، وتوازن العقد ليس توازن في القيم إنّما هو التّوازن الذي أراده الأطراف.

يظهر جليا أنّ قصد إلحاق الضّرر بالغير لا يكفي لوحده من أجل توقيع الجزاء عن مخافة حُسن النيّة في العقد، لأن المعيار النّفسي مرتبط بمعيار موضوعي يتعلّق بالاعتدال في السّلوك، وقد لا يكون للمعيار النفسي أيّ دور في بعض الحالات، حيث يرتّب القانون الجزاء بمجرد الخروج عن الاعتدال دون البحث عمّا إذا اتجهت نيّة المتعاقد للإضرار بالغير أم لا، وأحسن مثال عن ذلك الشّرط الجزائي، إذ بالرجوع إلى الفقرة الثّانية من المادة 184 من التّقنين المدني[177] يجوز للقاضي التدخّل من أجل التّخفيض من قيمة الشّرط الجزائي إذا كان "مفرطا"، دون حاجة للبحث عمّا إذا كانت نيّة الدّائن اتّجهت إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر.

---

[176] LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi : notion … », Op.cit., p.333.

[177] تنص الفقرة الثانية من المادة 184 من التّقنين المدني على أنّه: " ويجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التّعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ..."

## الفرع الثالث

## الوظائف المختلفة لحسن النية

تتجلى أهمية حُسن النيّة في العقد من الجانب العملي من خلال مختلف الوظائف التي تؤديها سواء في المرحلة السّابقة على التّعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد، ويمكن حصر هذه الوظائف في الوظيفة التفسيرية (أولا)، الوظيفة التكميلية (ثانيا)، الوظيفة التّحديدية (ثالثا) والوظيفة التكيّفية (رابعا).

### أولا: الوظيفة التّفسيرية لحسن النيّة

اعترفت بعض التشريعات المقارنة صراحة بدور حُسن النيّة في تفسير العقد، ومنها المشرّع الألماني في نص المادة157 من التّقنين المدني[178]، إلا أنّ الوظيفة التفسيرية لحسن النيّة تبقى محل جدل فقهي، فقد ذهب جانب من الباحثين[179] إلى عدم الاعتراف بالوظيفة التّفسيرية لحسن النيّة لأنّ النّصوص القانونية المتعلقة بالتّفسير لم تذكر حسن النيّة كأسلوب لتفسير العقد، كما أنّ حسن النيّة في التّنفيذ تخاطب المتعاقدين لا القاضي، في حين أنّ الّتفسير يقوم به القاضي في حالة غموض العبارات[180].

غير أنّه مجرّد البحث في حالة غموض العبارات على النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند حرفية الكلمات، يكرّس في الحقيقة الوظيفة التّفسيرية لحسن النيّة، وهو ما أكّده الفقيه جون كاربونييه (Jean CARBONNIER) الذي يعتبر بأنّ حسن النيّة تمنع على أيّ طرف التعنّت في التّمسك بحرفية بنود العقد، بل يجب الوصول إلى روحه أو مغزاه النهائي[181]؛ فبالرجوع إلى النّصوص القانونية المتعلقة بالتّفسير، نجدها دائما تُرشد القاضي أوّلا في حالة غموض عبارات العقد، إلى البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على حرفية العبارات.

---

[178] LEGEAIS Raymond et Al., Code civil allemand (traduction commentée), Dalloz Juriscope, Paris, 2010, p.55, l'article 157 dispose que : *« les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard des usages admis en affaires »*

[179] JALUZOT Beatrice, Op.cit., p. 171.

[180] DESGEORGES Richard, Op.cit., p.32.

[181] CARBONNIER Jean, Droit civil (les obligations), T4, 21eme éd., PUF, Paris, 1998, p. 218.

أكّد المشرّع في مجال تفسير العقد على ضرورة البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين في الفقرة الثانية من نص المادة 111 من التّقنين المدني[182]، مبيّنا للقاضي الوسائل التي يمكن الاستناد إليها للوصول إلى هذا المبتغى من خلال الاستهداء بالأمانة وثقة بين المتعاقدين، وتُعتبر هاتين الميزتين (أي الأمانة والثقة) قِوام حُسن النيّة في العقد، من هذه الزاوية تظهر الوظيفة التفسيرية لحُسن النيّة.

امتد الجدل الفقهي حول الوظيفة التّفسيرية لحسن النيّة إلى كيفية إعمالها، فذهب جانب من الفقه[183] إلى حث القاضي على ضرورة التوصّل إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين وفقا لحسن النيّة المفترضة بينهما، لأنّ تنفيذ العقد يتم بالطّريقة التي أرادها المتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، في حين رأى جانب آخر[184] أنّ الوظيفة التّفسيرية لحسن النيّة، تسمح للقاضي بتحليل تصرّف المتعاقدين في مرحلة التّنفيذ، لمراقبة مدى تطابق هذا التصرُّف مع الهدف من إبرام العقد، حيث يتم هذا التّحليل بصفة موضوعيّة وفقا لمقتضيات حُسن النيّة لا بالنّظر إلى إرادة المتعاقدين[185].

يقتصر دور القاضي في حالة حصر الوظيفة التفسيرية لحسن النيّة في دراسة تصرف المتعاقدين بصفة موضوعية، في البحث عن الطريقة التي يجب بها تفسير العقد بحسب السّير العادي للأمور، فالمطلوب من القاضي هو تحليل تصرف الطّرفين والحرص على عدم الخروج عن مقتضيات حُسن النيّة[186]، وهو الموقف الذي تبناه المشرّع الألماني في نص المادة 157 من التّقنين المدني، حين ألزم القاضي بتفسير العقد وفقا لحسن النيّة وبحسب العرف في مجال

---

[182] تنص المادة 111 فقرة 2 من التّقنين المدني على أنّه:" *أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات*

[183] GREGOIRE Marie Annick, Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle, thèse de doctorat en droit civil, université Mc GILL, 2007, p. 296.

[184] LEFEBVRE Brigitte, La bonne foi dans la formation … Op.cit., p. 93

[185] هذا هو الموقف الذي تبناه الفقه والقضاء في ألمانيا، راجع في هذا الصّدد:

JALUZOT Beatrice, Op.cit., p.172.

[186] LEFEBVRE Brigitte, La bonne foi dans la formation …, Op.cit., p. 93.

الأعمال(usages ad0mis en affaires)، أيّ أنّ وظيفة القاضي عند تفسير العقد هي التركيز على العقد لا على المتعاقدين.

يُمكن تبرير موقف المشرّع الألماني في الخوف على الأمن القانوني للعقد، لأنّ التعنّت في البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين قد يُخرج العقد من سيطرة المتعاقدين، وهو ما حاول المشرّع الفرنسي تجنبه من خلال نص المادة 1188 من التّقنين المدني[187]، التي تُرشد القاضي في حالة عدم التوصّل إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين، إلى ضرورة تفسير العقد على النّحو الذي كان أيّشخص يتعاقد به لو كان طرفا فيه، وفي ذلك إشارة صريحة إلى المعيار الموضوعي في التّفسير.

**ثانيا: الوظيفة التّكميلية لحسن النية**

يُعترف لحُسن النيّة بوظيفة تكميلية في العقد، حيث تمنح هذه الوظيفة للقاضي سلطة تكملة البنود المتّفق عليها بين الطّرفين عن طريق التزامات وواجبات من أجل تنفيذ العقد على أكمل وجه[188]، وتثير هذا الوظيفة حافظة الفقه المعارض لحّسن النيّة لأنّها تسمح للقاضي بإضافة التزامات لم يتّفق عليها الأطراف عند إبرام العقد، مما قد يؤدّي إلى فقدان العقد لطبيعته (dénaturation du contrat)[189].

استأثر القضاء الفرنسي بالوظيفة التكميلية لحسن النيّة لفرض التزامات جديدة على أطراف العقد، وتعددت قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة في هذا الشأن، ومنها قرار الغرفة الاجتماعية التي فرضت على رب العمل التزام بأقلمة (obligation d'adaptation) منصب أحد العمّال، في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة قامت بتسريح عاملة بسبب إلغاء الوظيفة التي تقوم بها، إلا أنّه بعد مدة وجيزة قامت الشّركة بتوظيف عاملة أخرى للقيام بوظيفة الفوترة، وهي الوظيفة التي كان بإمكان العاملة المُسرّحة القيام بها بعد تكوين مهني وجيز حيث أيّدت محكمة النّقض قرار محكمة

[187] Article 1188 paragraphe 2 du Code civil français : *« Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placées dans la même situation »*

[188] LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi : notion …., Op.cit., p.344.

[189] Ibid.

استئناف لما قضت بمسؤولية الشّركة عن تسريح العاملة الأولى، على أساس أنّه يقع على رب العمل التزام بأقلمة منصب العمال تطبيقا للالتزام بحسن النيّة في تنفيذ العقد[190].

يتّضح من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة وفي ظل غياب النّص القانوني الصريح الذي يُلزم رب العمل بذلك، اشتقّت من الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية وإعمالا للوظيفة التكميلية لهذا الأخير، التزاما يقع على رب العمل بأقلمة منصب العمال لتفادي التّسريح معتبرة في القضية السابقة أنّه كان على رب العمل تكوين العاملة الأولى للقيام بوظيفة الفوترة التي كان بإمكانها القيام بها بالنّظر إلى مؤهلاتها، وهو ما اعتبره الفقه[191] اتساع أكبر لدائرة الالتزامات الناتجة عن حُسن النيّة في تنفيذ العقد.

**ثالثا: الوظيفة التّحديدية لحسن النيّة**

تهدف الوظيفة التّحديدية لحسن النيّة إلى وضع حد لأيّ تجاوز من طرف المتعاقد في استعمال حقّه على نحو يميل فيه نحو التعسف[192]، حيث تسعى هذه الوظيفة إلى إرساء نوع من الموازنة والوسطية في استعمال المتعاقد لحقوقه، وقد كرست بعض التّشريعات المقارنة هذه الوظيفة على غرار التّقنين المدني الكبكي[193] في المادة 7 التي تنص على أنّه: *« Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. ».*

يجب التّمييز في الوظيفة التّحديدية لحسن النيّة بين الحالة التي تتّجه فيها نيّة الشّخص مباشرة إلى الإضرار بالغير، في هذه الحالة سوء نيّة المتعسّف ثابتة بالنّظر إلى إرادته وهو ما كرسه المشرّع في المعيار الأوّل من معايير التعسّف في استعمال الحق من خلال نص المادة

---

[190] Cass. Soc. 25 février 1992, N° 89-41.634, Bull. Civ. N°2, 1992, p.74. *« Mais attendu que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois… »*

[191] Mestre Jacques, « Une bonne foi décidément très exigeante », R.T.D.C., N° 4, 1992, p. 761.

[192] LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi : notion… », Op.cit., p.346. / GREGOIRE Marie-Annick, Op.cit., p.344.

[193] Code civil de la province du Québec, Op.cit.

124 مكرر من التّقنين المدني[194]، والحالة التي لا تتّجه فيه نيّة الشّخص إلى الإضرار بالغير، ورغم ذلك فإنّ تصرفه يُعتبر تعسّفي بالنّظر إلى مخالفته لحسن النيّة حيث تتجلى أهمية الوظيفة التحديدية لحسن النيّة في هذه الحالة الثانية[195]، باعتبارها وسيلة لتوقيع الجزاء على أيّ خروج عن الاعتدال سواء كان عمديّا أو غير عمدي[196].

يتّضح ممّا سبق، أنّ العلاقة وطيدة بين حسن النيّة والتّعسف في استعمال الحق[197] خاصة في نظريّة العقد، ورغم الجدل الفقهي حول مدى إمكانية إعمال نظريّة التعسّف في المجال العقدي[198]، إلا أنّ الفقه الحديث[199] يشير إلى العديد من حالات التعسّف في العقد كالتّعسف في استعمال حق فسخ العقد في العقود ذات التّنفيذ المستمر وغير محددة المدّة والتي يكون فيها لأيّ طرف وفي أيّ وقت كان سلطة فسخ العقد، دون أنّ يتسم ذلك بالتعسّف وفي حدود الالتزام بحسن النيّة[200].

**رابعا: الوظيفة التكيُّفية**

يُقصد بالوظيفة التكيّفية لحسن النيّة تكييف العقد مع المتغيّرات التي قد تطرأ أثناء تنفيذه[201] وأفضل صورة لهذه الوظيفة نظريّة الظّروف الطّارئة المكرسة في المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: "*غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها*

---

[194] تنص المادة 124 مكرر من التّقنين المدني على أنّه: " يشكل الاستعمال التعسّفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير ..."

[195] LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi … », Op.cit., p. 347.

[196] GREGOIRE Marie-Annick, L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, université de Montréal, 2001, p.36.

[197] رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظّروف الاقتصادية على القوّة الملزمة للعقد، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 84.

[198] LEFEBVRE Brigitte, La bonne foi dans la formation …, Op.cit., p.102.

[199] STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p.77.

[200] يحيى أمين، القطع التعسّفي للعلاقات التّجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران 2، 2013، ص 49.

[201] LEFEBVRE Brigitte, La bonne foi dans la formation …, Op.cit., p.108.

*وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التّعاقدي، إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطّرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك* ".

يتّضح من خلال الوظيفة التكيّفية لحسن النيّة سعيها إلى إعادة التّوازن الاقتصادي للعقد، والمحافظة على المصلحة المنتظرة من إبرامه بالنّسبة للمدين، إلا أنّ إعمال هذه النّظرية يستوجب تدخّل القاضي في التزامات المتعاقدين، وهو ما قد يبرر تردّد في الاعتراف بالوظيفة التكيّفية لحسن النيّة من أجل المحافظة على الأمن القانوني للعقد واستقرار المعاملات.

# الفصل الثاني

# ضرورة إعادة النّظر في المبادئ التقليدية لنظريّة العقد

لعبت الإرادة دورا كبيرا من النّاحية الفلسفية من أجل تبرير القوّة الملزمة للعقد، واعتُبرت حجر الزاوية في حماية المصالح الشّخصية للمتعاقد، إلا أنّه تعرّض مبدأ سمو إرادة المتعاقد لانتقادات خاصة في بداية القرن العشرين، حيث لاحت في الأفق فلسفة جديدة للعقد تقوم على فكرة أنّ هذا الأخير ليس تعارض لمصالح متباينة، إنما وسيلة يسعى كل طرف إلى تحقيق مصالحه مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطّرف الآخر.

تأكّد من خلال دراسة الإطار المفاهيمي لحُسن النيّة تعارضه مع المبادئ السائدة في النّظرية التّقليدية للعقد، هذا التعارض ساهم بشكل كبير في ظهور بوادر نظريّة حديثة للعقد تقوم على أساس ضرورة أخلقة الروابط العقدية والخروج من فكرة التنافر التي كانت تسود في ظل النّظرية التقليدية (المبحث الأوّل).

أدى ظهور نظريّة حديثة للعقد إلى بروز مفاهيم جديدة كواجب التعاون والتضامن التعاقدي، غير أنّ الملاحظ هو تأثير هذه المفاهيم الحديثة على المبادئ التقليدية التي تحكم النّظرية والتي عرفت بدورها تبلور وإعادة رسم لحدود بدت في الوقت الراهن غير كفيلة لضمان استمرارية النّظرية من عديد الجوانب (المبحث الثاني).

## المبحث الأوّل

## بروز نظريّة حديثة للعقد

بدا جليا عند بداية القرن العشرين التباين بين المراكز القانونية للمتعاقدين، حيث لم تصبح الإرادة ضامنة لمصلحة المتعاقد، ما أدّى إلى ظهور تشققات في البناء التّقليدي لنظريّة العقد والتّفكير في توجّه جديد يتّسم بأكثر موضوعية بالمقارنة مع الشّخصية التي بُني عليها العقد.

لم يكن للقاضي في ظل استقلالية العقد عن العوامل المحيطة به سلطة في التدخّل لتعديله ولا تغيُّر الظّروف كانت تسمح بإجراء تعديلات على مضمونه، غير أنّ الوضع مختلف في ظل النّظرية الحديثة، حيث أصبح العقد أداة في يد الأفراد لتحقيق المصلحة الاجتماعية، يتأثر بالظّروف المحيطة به وهو ما قد يبرر تدخّل خارجي عن الأطراف من أجل تعديله وضمان فعاليته[202].

لخّص أحد الباحثين[203] فلسفة النّظرية الحديثة للعقد بقوله أنّ هدف هذه الأخيرة: "*هو محاربة التجاوزات العديدة والمختلفة للبرالية الاقتصادية ودكتاتورية السوق، بوضع حدود للأنانية العقدية لصالح التّعاون العقدي، أما عن الوسائل المستعملة لتحقيق الهدف فترتكز أوّلا وقبل كل شيء على تقنية حسن النّية، ومبدأ التّوازن العقدي والعمل على الاستمرارية العقدية وخاصة على التدخّل المتزايد للقاضي في العقد*" .

يتجلى من خلال الفكرة التي تقوم عليها الفلسفة الحديثة للعقد، أنّ تغيير النّظرة حول المعاملات التّعاقدية يشغل حيزا كبيرا في ذهن مساندي هذا التوجّه، من خلال أخلقة الروابط العقدية عبر طرق مختلفة تهدف إلى أخذ كل متعاقد لمصلحة المتعاقد الآخر محل اعتبار عند

---

[202] THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.C., N° 2, 1997, p. 359 et s.

[203] MEKKI Mustapha, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », R.D.C., N° 1, 2010, p. 388. *« En termes d'efficacité, l'adéquation des moyens aux fins dans la pensée solidariste donnerait l'équation suivante : la fin consisterait à lutter contre les excès du libéralisme et la dictature du marché en limitant les méfaits de l'égoïsme contractuel au profit d'une plus grande collaboration entre les parties ; quant aux moyens, ils reposent avant tout sur la technique de la bonne foi, sur le principe d'équilibre contractuel, sur la promotion de la pérennité contractuelle et, surtout, sur une immixtion plus importante du juge dans la sphère du contrat »*

إبرام وتنفيذ العقد والنظر إلى العقد كمشروع مشترك قبل أن يكون وسيلة لتحقيق المصلحة الشخصية (المطلب الأوّل).

كما تعتبر ضمان الفعالية الاقتصادية أحد الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها النّظرية الحديثة للعقد من خلال مراقبة توازن العقد رغم المعارضة الشديدة لجانب من الفقه على الاعتراف بهذا الدور للقاضي، وسواء كان مصدر عدم التّوازن هو داخلي كاستغلال الضعف الذي يعاني منه الطرف الآخر، أو خارجي عن العقد كحدوث ظروف استثنائية غير متوقعة أدت إلى اختلال توازن العقد، يبقى الالتزام بحسن النيّة في العديد من الحالات أساسا لتدخل القاضي في العقد (المطلب الثاني).

## المطلب الأوّل

## أخلقة الرّوابط العقدين بين الأطراف

يظهر العقد في ظل النّظرية الحديثة كوسيلة لاتّحاد مصالح الأطراف بعدما كان محل نزاع دائم بينهما في جميع مراحله[204]، هذه النّظرة الحديثة تسعى إلى حث المتعاقدين على إنجاح العقد باعتباره مشروع مشترك والتخلي عن الأنانية التي تميّز عادة سلوك الأطراف بفرض إحساس بالتّضامن في العقد (الفرع الأوّل).

إلا أنّ هذا التوجّه لم يحقق الإجماع وسط الفقه الذي يعتبر العقد مشروع شخصي يسعى كل طرف من خلاله إلى تحقيق مصلحته الشخصية، وأنّ تعارض المصالح من شأنه خلق توازن افتراضي بين التزامات المتعاقدين (الفرع الثاني).

### الفرع الأوّل

### قيام النّظرية الحديثة للعقد على فكرة التّضامن

تسعى النّظرية الحديثة للعقد إلى إرساء فلسفة التّضامن الاجتماعي الذي اعتُبر ليون بورجوا أحد روادها (أولا) حيث استقبل الفقه هذه الفلسفة وحاول تطبيقها على نظريّة العقد من خلال إرساء واجب عام بالتّعاون بين المتعاقدين (ثانيا) والذي يحضا بتكريس قضائي متزايد (ثالثا).

[204] MEKKI Mustapha, « Les doctrines sur…, Op.cit., p. 362.

**أولا: فلسفة التّضامن الاجتماعي أساس النّظرية الحديثة للعقد**

يعود الأصل الفلسفي للنّظرية الحديثة للعقد إلى فكرة التّضامن الاجتماعي، حيث عبّر ليون بورجوا (Léon BOURGEOIS) في كتابه "التّضامن"، على هذه الفكرة بالقول: « *L'homme ne devient pas seulement, au cours de sa vie, le débiteur de ses contemporains ; dès le jour même de sa naissance, il est un obligé.* ***L'homme naît débiteur de l'association humaine.*** »[205]

سرد ليون بورجوا هذه الفكرة في الباب المتعلق بـ " دين الفرد تُجاه المجتمع" ومضمونها هو أنّ الفرد باعتباره يعيش في مجتمع يتمتع بحرية في تصرفاته، هذه الحريّة هي التي تجعل من الفرد مدين للمجتمع[206]، بالتّالي على القانون السّهر من خلال قواعد آمرة على أن يقوم كل فرد بتسديد هذا الدّين نحو المجتمع[207].

تعتبر فكرة التّضامن على النحو السّالف الذكر محور التّفكير في النّظرية الحديثة للعقد[208] باعتبار كل متعاقد ملزم بدين نحو المجتمع الذي يعيش فيه؛ فحريّة المتعاقد في إبرام العقد يقابلها التزام هذا المتعاقد نحو المجتمع، بمراعاة مصالح المتعاقد الآخر باعتباره عنصرا في المجتمع الذي يدين له بالالتزام، تبعا لذلك تقع على المتعاقد مجموعة من الالتزامات أو الواجبات، انطلاقا من عدم الإضرار بالمتعاقد الآخر وصولا إلى التّعاون معه من أجل تحقيق الغاية من إبرام العقد.

صاحب تطوّر فكرة التّضامن العقدي انتقادات لمبدأ سلطان الإرادة، مفادها أنّ الإرادة ليست لوحدها مصدرا للقوّة الملزمة للعقد، بل أنّ القانون هو من منح القوّة الإلزامية للإرادة وبالتّالي للعقد[209] وأن هذا الأخير يفقد قوتّه الإلزامية إذا فقد المصلحة الاجتماعية من إبرامه فلا يصح

---

[205] BOURGEOIS Léon, Solidarité, Armant Colin, Paris, 1896, p. 116, *in* http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5533901g/f11.image/ Consulté le 15/03/2017.

[206] Ibid, p. 101. *« L'homme vivant' dans la société, et ne pouvant vivre sans elle, est à toute heure un débiteur envers elle. Là est la base de ses devoirs, la charge de sa liberté. ».*

[207] Ibidem, p. 148. *« Au reste, la seule proposition qu'il soit nécessaire d'établir est celle-ci : la loi positive peut assurer par des sanctions impératives l'acquittement de la dette sociale, l'exécution de l'obligation qui résulte pour chacun des hommes de son état de débiteur envers tous. ».*

[208] JAMIN Christophe, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in* Le contrat au début du XXIe siècle, Étude offerte à Jaques GHESTIN, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 446.

[209] JAMIN Christophe, Plaidoyer, Op.cit., p. 447.

القول بأنّ العقد متوازن بمجرد اتجاه الإرادة إلى إبرامه وفق شروط معيّنة، بل أنّ الإرادة اتجهت إلى إبرام العقد لأنّه متوازن [210]، أي أنّ افتراض توازن العقد بمجرد أنّ الإرادة اتجهت إلى إبرامه لم يعد مسلّم به، بل أنّ الإرادة تتّجه إلى إبرام العقد إذا كان متوازنا.

**ثانيا: دور الفقه في إرساء فكرة التضامن الاجتماعي**

تجسّدت الوجهة التضامنية للنّظرية الحديثة للعقد في الفقه على يد مجموعة من الفقهاء الفرنسيين على غرار ريمون ساليلاس (Raymond SALEILLES) اتيان لويس جوسران (Etienne Louis JOSSERAND) وروني ديموج (René DEMOGUE)، حيث ساهم هؤلاء الفقهاء بأفكارهم في تطوير نظريّة العقد، تقوم على أساس واجب عام بالتعاون بين المتعاقدين.

**1- استقبال الفقه لفكرة التّضامن الاجتماعي**

يعبّر الفقيه روني ديموج (René DEMOGUE) على فكرة التّضامن بين المتعاقدين بالقول أنّ العقد *"شركة مصغّرة يسعى كل شخص إلى تحقيق هدف مشترك، يتشكّل من مجموع الأهداف الفردية التي يهدف لتحقيقها كل طرف، تماما مثلما هو الحال في الشّركة المدنيّة أو التّجارية"* [211]؛ الملاحظ هو أنّ هذا التصوّر المثالي للعقد هو أسمى معاني التّضامن بين المتعاقدين، إذ يرى الفقيه ديموج العقد كمشروع مشترك رغم تعارض مصالح الطرفين، حيث تقترب هذه النّظرة للعقد من تلك التي تعتبِر جميع العقود هي عقود-تعاون- إلا أنّ الوصول إلى هذه الدّرجة من التّضامن عرّض فكرة الفقه ديموج إلى الانتقاد الشّديد من طرف جانب من الفقه[212].

---

[210] JAMIN Christophe, Plaidoyer, Op.cit., p. 448.

[211] DEMOGUE René, Traité des obligations en générale (effets des obligations), T6, librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932, p. 9. *« Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale ».*

[212] سيتم التطرّق إلى هذه الانتقادات عند دراسة الانتقادات الموجهة لفكرة التّضامن الاجتماعي في الفرع الثاني من هذا المطلب.

أما عن الفقيه ريموند ساليلاس (Raymond Saleilles) الذي يُعتبر من الفقهاء البارزين في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، فيرى ضرورة تفسير العقد بحسب هدفه الاجتماعي معتبرا إيّاه وسيلة **للتّضامن** القانوني[213]، من هذا الجانب، تظهر الأهمية التي يكتسيها العقد من خلال الغاية الاجتماعية التي يهدف إلى تحقيقها، هذه الغاية هي المبرّر الذي تقوم عليه النّظرية الحديثة للعقد للاعتراف بسلطة القاضي في التدخّل من أجل إعادة التّوازن للعقد.

تجدر الإشارة كذلك في صدد الحديث عن فكرة التّضامن في العقد إلى الفقيه لويس جوسران (Louis Josserand) الذي دافع عن أفكار ونظريات تقوم أساسا على التّضامن بين المتعاقدين[214] كنظريّة الظّروف الطّارئة، أو نظرة الميسرة، أو إلزام رب العمل بتبرير إنهاء علاقة العمل بصفة منفرد ...[215]، حيث يعتبر الفقيه جوسران العقد *"ظاهرة اجتماعية قبل أنّ يكون وسيلة في يد الفرد"* [216].

## 2- إرساء واجب التّعاون بين المتعاقدين

يظهر من خلال الآراء الفقهية السّابقة أنّ الفقه المعاصر يسعى إلى إرساء أكثر تضامن بين المتعاقدين، والذي سيفضي إلى الاعتراف بوجود واجب التّعاون يتجاوز مجرد الامتناع عن الإضرار بمصالح المتعاقد الآخر، بل يمتد إلى ضرورة العمل معه من أجل تحقيق هدف موحد[217]، وسط جدل فقهي حول الصّلة بين حسن النيّة وواجب التعاون.

---

[213] V.GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire…, Op.cit., p. 300. *« Saleilles, à la fin du XIX^e siècle préconise l'interprétation 'd'après le but social de ce procède de solidarité juridique' qu'est le contrat ».*

[214] V. FENOUILLET Dominique, « Etiene- Louis JOSSERAND (1868-1941) », Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, N° 17, 1996, p. 41.

[215]GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire…, Op.cit., p. 300.

[216] JOSSERAND Louis, Cours de droit civil positif français, T2, (Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés.), 3^eme éd., Recueil Sirey, Paris, 1939, p. 227. *« Que les pouvoirs publics se préoccupent d'organiser le contrat, phénomène social et non pas seulement individuel, rien de mieux; notamment, il est désirable que le juge et Je législateur s'efforcent de protéger le plus faible contre le plus fort et d'assurer, par des mesures préventives ou répressives, l'équilibre de l'opération »*

[217] في الواقع واجب التّعاون ليس غريب عن العقد في الواقع، فبالرجوع إلى أصل الكلمة باللغة الفرنسيّة نجدها تتشكل من كلمتين cum و trahere والتي تعني tirer avec، أيّ أنّ العقد هو "الجر مع" بمعنى وحدة القوى مع الطّرف الآخر للجر معه، راجع في هذا الصّدد :

**أ- اتصال واجب التّعاون بحسن النيّة**

أشار الباحثون[218] إلى أنّ واجب التّعاون هو أهم مظاهر حُسن النيّة، وقد أوضح الأستاذ جاك ماستر (Jacques MESTRE)أنّ هذا الواجب يظهر عبر جميع مراحل العقد سواء في المرحلة السّابقة على التّعاقد من خلال فرض بعض الالتزامات على الأطراف كالتزام المهني بإعلام المستهلك حول عدم جدوى إبرام العقد، أو في مرحلة تنفيذ العقد الذي يُعتبر واجب التّعاون أحد صور البارزة للالتزام بحسن النيّة [219].

يمكن كذلك لتبرير الصلة بين حُسن النيّة وواجب التّعاون، الاستناد إلى مبادئ القانون الأوروبي للعقود[220] والذي اعترف تحت عنوان نفسه "الواجبات العامة"، بواجب حُسن النيّة في المادة 1-201 [221] وواجب التّعاون في المادة202:1 [222]، وهو ما يؤكد الصّلة الوطيدة بين حسن النيّة وواجب التّعاون.

**ب: استقلالية واجب التّعاون عن حسن النيّة**

ذهب جانب آخر من الباحثين[223] إلى التّمييز بين واجب التّعاون وحسن النيّة، لأنّ حسن النيّة تفرض التزام سلبي على المتعاقد بالامتناع عن أيّ تصرّف يضر بالمتعاقد الآخر في جميع

---

DIESSE François, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Arch. phil. Droit, Association Française de Philosophie du Droit, T. 43, 1999, p. 262

[218] القوني عبد الحليم عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 427.

[219] MESTRE Jacques, « D'une exigence de bonne foi a un esprit de collaboration »,R.T.D.C. N° 1, 1986, p. 101. *« ... Et surtout, bien évidemment, au stade de l'exécution du contrat ... sans doute à cet instant, l'éventuel devoir de collaboration entre les contractants peut-il puiser quelques racines dans cette fameuse exigence de bonne foi que formule l'article 1134 alinéa 3 du code civil… ».*

[220] Principes de droit européen des contrats, *in* http://www.lexinter.net/JF/principes_europeens_des_contrats.htm Consulté le 18/03/2017/

[221] Article 1 :201 des principes de droit européen des contrats stipule que : *« (1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi …»,*

[222] Article 1 :202 des principes de droit européen des contrats stipule que *: « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet. ».*

[223] V. FABRE-MAGAN Muriel, Op.cit., p. 116 / LE BRUN Christine, Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat, Mémoire présenté à la Faculté des études

مراحل العقد، في حين أنّ واجب التّعاون يفرض سلوك إيجابي (القيام بعمل) نحو المتعاقد الآخر غير أنّ هذا التّبرير لتمييز واجب التّعاون عن حُسن النيّة غير منطقي بالنّظر إلى التّطور الحاصل في مفهوم حُسن النيّة، والذي أصبح يشمل بالإضافة إلى عدم الإضرار بالمتعاقد الآخر ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مصالحه، وهو ما يؤكّد الصلة بين المفهومين.

**ثالثا: التّكريس القضائي لواجب التّعاون**

استعان القضاء الفرنسي بصفة غير مباشرة بواجب التّعاون، وهو ما يمكن استخلاصه من بعض القرارات التي استندت فيها محكمة النّقض الفرنسية من أجل فرض هذا الواجب إلى التزام الأطراف بتنفيذ العقد بحسن نية أو الالتزام بالإعلام الملقى على الطرفين.

**1- فرض واجب التّعاون على أساس الالتزام بحسن النيّة**

اعتمدت محكمة النّقض الفرنسيّة على الالتزام بحسن النيّة لفرض واجب التّعاون على الطّرفين، وتجدر الإشارة في هذا الصّدد إلى قرار الغرفة التّجارية في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شخص قام بإيداع سيارته القديمة لدى مُصلح السيّارات، إلا أنّ تكلفة الأشغال بعد الانتهاء منها تجاوزت قيمة السّيارة بحد ذاتها، فرفض صاحب السيّارة دفع قيمة الإصلاحات مبررا ذلك بأنّ مُصلح السيارة لم يُخبره بعدم نجاعة الإصلاحات، واستجابت محكمة النّقض لطلبات المدين معتبرة بأنّ مُصلح السيّارة باعتباره تقني متخصص، مُلزَم بالإفضاء للمالك بعدم نجاعة إصلاحها بما أنّ تكلفة الإصلاحات تتجاوز قيمة السيّارة[224].

يتّضح من هذا القضية أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة حمّلت مُصلح السيّارة مسؤولية بسبب عدم تبصير المالك حول قيمة الأشغال، وعدم تنبيهه بعدم جدوى هذه الإصلاحات بما أنّ قيمة السيارة بعد إصلاحها أقل من قيمة تكلفة الإصلاح، من هذا الجانب يبدو أنّ محكمة النّقض حمّلت

---

supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, université de Montréal, 2011, p. 14.

[224] Cass. Com., 25 février 1981, N° 79-15.227, Bull. Civ., N° 2, 1981, p. 83. *« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'en sa qualité de technicien spécialiste de la mécanique automobile, blondelet avait l'obligation professionnelle d'éclairer son client incompétent sur l'opportunité de réparations que celui-ci pouvait croire à tort efficaces ou avantageuses, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »*

المهني المسؤولية بسبب عدم أخذه بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد الآخر ولو على حساب مصلحته الشّخصية تكريسا لواجب التعاون.

**2- فرض واجب التّعاون استنادا إلى الالتزام بالإعلام**

استندت محكمة النّقض الفرنسيّة في بعض قراراتها إلى عيب الكتمان التّدليسي لفرض واجب التّعاون على الأطراف، ومنها قرار للغرفة المدنية في قضيّة تتلخّص وقائعها أنّ سيّدة اشترت سيّارة اتضح بعد إبرام العقد أنها تعرضت لحادث مرور، فقامت بمقاضاة البائع (وهو مهني) بسبب عدم إعلامها بذلك، وقد قضت محكمة النّقض بمسؤولية البائع بسبب إخلاله بالتزامه بالإعلام ولو لم تثبت المشترية أنّ هذا الأخير قد تعمّد إخفاء العيب في الشيء المبيع[225].

يظهر من خلال القرار أنّ الغرفة المدنيّة الأولى لمحكمة النّقض الفرنسيّة ألزمت المهني بإعلام المتعاقد الآخر حول الشيء المبيع ومميزاته وكذا الكشف عن عيوبه، وهو في قضية الحال تعرض السيارة لحادث مرور، والملاحظ هو أنّ محكمة النّقض فرضت على المهني واجب مساعدة المتعاقد الآخر دون البحث عن مدى توجه نيّته إلى الإضرار بالمشترية، ما يثبت بأنّ واجب التّعاون لا يتوقف عند حد عدم الإضرار بالغير، بل يمتد إلى ضرورة بذل الجهد اللازم لمساعدة الطّرف الآخر، ولو كان ذلك على حساب المصلحة الشّخصية للمتعاقد.

يسمح القرار السّالف الذكر بالرّد على جانب الفقه الذي لا يعترف بوجود توجّه حديث لنظريّة العقد، معتبرين أنّ المبادئ التّقليدية للنظريّة كفيلة بحماية مصالح المتعاقد، حيث أكّدت محكمة النّقض أنّ المهني مسؤول عن صمته ولو لم يتمكّن المشتري من إثبات أنّ هذا الصّمت كان تدليسيا، وهنا إسقاط لشرط التزام المتعاقد بإثبات سوء نيّة الطّرف الآخر والتوجّه نحو أكثر موضوعية في النّظرية الحديثة للعقد.

---

[225] Cass. Civ. 1ere, 15 mai 2002, N° 99-21.521, Bull. Civ. N° 5, 2002, p. 101. *« Attendu que pour rejeter la demande, l'arrêt retient que Mme X... ne rapportait pas la preuve de cette dissimulation ; qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

## الفرع الثاني

## رفض الاعتراف بالنّظرية الحديثة للعقد

تعرّضت النّظرية الحديثة للعقد للعديد من الانتقادات، لأنّ الاعتراف بوجود واجب التّعاون بين طرفين مصالحهما متعارضة يدخل في درب الخيال والمثالية، وقد عبّر المؤلفون[226]عن رفضه لفكرة التّضامن في العقد بالقول: *« ... Contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité,* ***c'est essayer de 'faire ses affaires'.*** *».*

يظهر جليا انّه لا يمكن إنكار أيّ وجود لواجب التّعاون في العقد، بل أنّ هذا الواجب هي الميزة الأساسية في ما يسمى بـ "العقد–التنظيم"(le contrat-organisation) مثلما هو الحال في عقد الشّركة سواء كانت مدنية أو تجارية، حين يتفق الشّركاء عند إبرام العقد على العمل سويّا من أجل تحقيق هدف مشترك[227]، إلا أنّ رافضوا واجب التّعاون يرون صعوبة في فرض على الأطراف هذا الواجب في "العقد– تبادل"(le contrat-échange)، بحكم أنّ هذا النّوع من العقود يقوم على المنافسة بين الطّرفين بسبب تعارض المصالح التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها[228].

أبدى الفقه الرافض للنظريّة الحديثة للعقد تحفظات عديدة على الأسس التي تقوم عليها ومنها واجب التّعاون (أولا) مستندين في آرائهم إلى بعض قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة، التي فضّلت الأخذ بالمبادئ التّقليدية لنظريّة العقد على حساب التّضامن بين المتعاقدين (ثانيا).

### أولا: رفض إدراج واجب التّعاون في نظريّة العقد

وجّه الباحثون[229] انتقادات لفكرة التّضامن العقدي عامة ولواجب التّعاون على وجه الخصوص، من خلال اعتبار هذا الأخير من دون أساس قانوني، كما أنّه لا يوجد أيّ مبرر لوجود مثل هذا الواجب الذي قد يؤدّي إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد.

---

[226] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 47.

[227] DIDIER Paul, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in* L'avenir du droit, mélanges en hommage à François TERRÉ, PUF-Dalloz-éditions du juris-classeur, Paris, 1999, p. 637 et s.

[228] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 47.

[229] LEVENEUR Laurent, Le solidarisme contractuel : un mythe, *in* Le solidarisme contractuel, S/D GRYMBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004, p. 176

### 1- انعدام الأساس القانوني لواجب التعاون

يعتبر انعدام الأساس القانوني لواجب التّعاون أهم انتقاد تعرضت له فكرة التّضامن في العقد فالأُخوة بين أطراف العقد (la fraternité entre les contractants) التي ينبثق منها واجب التّعاون غير ملموسة في الواقع، بل أنّ الفكرة مستبعدة في مجال العقد في ظل التنافر الحاد بين المتعاقدين، وتبقى المسافة بعيدة بين ما يرغب به المثاليين وما هو موجود على أرض الواقع[230] كما أنّ القانون يتفادى الاعتراف بهذه الواجبات المعنوية، ولا يمكن له أن يفرض على المتعاقد أن يكون له إحساسا تجاه المتعاقد الآخر[231].

يشير الباحثون[232] إلى أنّ القانون لا يأخذ بعين الاعتبار الإحساس لا بالحب ولا بالكراهية طالما أنّ هذا الإحساس لا يأخذ وصف تصرف خارجي للمتعاقد، رغم ذلك فلا يمكن إنكار أنّ هذا الإحساس سيلعب دور لا يُستهان به عند تحليل سلوك الأطراف، وهو ما يمكن التأكّد منه بتحليل اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة، التي تفصِل في بعض النّزاعات بناء على سلوك أحد الطّرفين باعتباره مخالفا للالتزام بحسن النيّة، دون أن يستعمل طرق احتيالية أو مخالفة للقانون، بل لأنه تصرَّف بأنانية دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد الآخر[233]، ولا يمكن تجاهل دور محكمة النّقض الفرنسيّة في تطوير نظريّة العقد، وهو ما يجعل من إنكار أيّ دور لواجب التّعاون في نظريّة العقد أمر مستبعد.

### 2- انعدام المبرر القانوني لواجب التعاون

يعتبر غياب المبرّر القانوني لإدراج واجب التّعاون في العقد من أهم الانتقادات الموجهة للنظريّة الحديثة للعقد، فضمير المتعاقد كفيل بمنع أيّ استغلال لضعف الطّرف الآخر، في هذا

---

[230] LEVENEUR Laurent, Le solidarisme contractuel .., Op.cit., p. 176 . *« Que cette fraternité soit, dans l'idéal, souhaitable, c'est une chose. Qu'elle existe en réalité, et même qu'elle soit concevable, en pratique, c'en est une autre. ».*

[231] MEHANNA Myriam, Op.cit., p. 97. *« Le droit ne s'intéresse nullement ni aux pensées ni aux sentiments intimes qui par essence ne peuvent être généralisés ou décrétés. Le sentiment d'amour envers l'autre ne peut être institué. »*

[232] CORNU Gérard, L'art du droit en quête de sagesse, PUF, Paris, 1998, p. 72.

[233] V. JAMIN Christophe, Le procès du solidarisme contractuel : Brèves répliques, in Le solidarisme contractuel, S/D GRYMBAUM Luc et NICOD Marc, Op.cit., p. 168 et s.

الصّدد يرى الأستاذ جورج ريبر (Georges RIPERT) أنّ عيب الكتمان التدليسي سيلعب الدور نفسه الذي يلعبه واجب التّعاون بالقول: *« Chacun est le gardien de ses propres intérêts, et doit par conséquent se renseigner soi-même. Mais la solution change et la réticence devient coupable, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre… Quand le contrat suppose une confiance réciproque entre les parties, l'obligation de renseigner exactement le cocontractant devient une obligation juridique et la réticence une cause légale de nullité du contrat… »*[234].

يظهر جليا مما سبق أنّ رفض واجب التّعاون في نظريّة العقد يقوم أساسا على غياب أيّ مظهر موضوعي لهذا الواجب والذي يندرج ضمن المثالية المفرطة، وأنّ هذا النوع من الأفكار لا أساس لها من الصحّة في واقعٍ لا يعكس وجود واجب التّعاون، إلا أنّه بالرجوع إلى تبرير الأستاذ ريبر، نجده يعتمد على ضمير المتعاقد من أجل وضع حد لأنّانيته وفي ذلك تعارض في الأفكار فبعدما أكّد الأستاذ أنّ كل متعاقد كفيل بحماية مصالحه الشّخصية وهو اعتراف صريح بأنانية المتعاقدين، فهو يعتمد من جانب آخر على ضمير المتعاقد لوضع حد لهذه الأنانية، وهو أمر مستبعد لأنّ الضمير يرتبط بعنصر معنوي آخر هو الأخلاق، وأنّ الضّمير باعتباره وصف متغيّر من متعاقد لآخر لا يمكن أن يكون معيارا موضوعيا لتقدير صحة سلوك الأطراف.

### 3- خطورة واجب التعاون على استقرار المعاملات

أشار الباحثون[235] إلى الاضطرابات وعدم الاستقرار الذي سيخلقه واجب التعاون على العقد على اعتباره يبتعد كثيرا عن المعايير الموضوعية (standards normatifs) التي تضمن استقرار العقد، بالتّالي فإنّ إدراجه في النظريّة سيفتح المجال أمام نوع من الاحتمال النّاشئ عن تدخّل القاضي لمراقبة مدى احترام الأطراف لهذا الواجب، والذي سيؤدي لا محال إلى فقدان العقد للأمن القانوني الضّروري لاستقرار المعاملات وزوال الثّقة التي تمنحها القوّة الملزمة للعقد.

---

[234] RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, 4eme éd., L.G.D.J., Paris, 1949, p. 89

[235] MALAURIE Philippe, Op.cit., 2016, p. 253/ LEVENEUR Laurent, Op.cit., p. 186.

**ثانيا: رفض الاجتهاد القضائي الفرنسي لفكرة التّضامن الاجتماعي**

استند الفقه الرّافض للنظريّة الحديثة للعقد إلى مجموعة من قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة أكّدت من خلالها الثّبات على المبادئ التّقليدية للعقد خاصة مبدأ القوّة الملزمة للعقد، ولإبراز ذلك يجب الوقوف على قرارين أساسيين.

**1-قضية بنك BNP PARIBAS ضد السيدة هوتان (Hutin)**

يعتبر القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النّقض الفرنسية بين بنك "بي أن بي باريباس" والسيدة "هوتان" من بين أهم القرارات التي يعتمد عليها الفقه لتبرير رفض النّظرية الحديثة للعقد، وتتلخص وقائع القضية في أنّ سيّدة استأجرت من بنك BNP PARIBAS خزانتين حديديتين مقابل بدل إيجار يقدّر بـ 54000 فرنك فرنسي للسنة الواحدة، مع إمكانية تعديل قيمة بدل الإيجار من طرف البنك بصفة منفردة، وهو ما حصل فعلا سنة 1997 حيث حدّد البنك بدل الإيجار بـ 145000 فرنك فرنسي للخزانة الواحدة، وبعد معارضة المستأجرة تمّ تحديد بدل الإيجار بـ 200000 فرنك فرنسي للخزانتين، وتم تجديد عقد الإيجار بالتحفّظ من طرف المستأجرة.

رفعت المستأجرة دعوى قضائية بسبب تعسّف البنك في تحديد الثّمن بصفة منفردة، إلا أنّ محكمة النّقض رفضت طلباتها واعتبرت أنّ الخطأ غير ثابت في حق البنك، بما أنّ هذا الأخير أخطر المستأجرة مسبقا بستة أشهر برفع بدل الإيجار، وأنّ هذه الأخيرة لم تُجبَر على تجديد العقد كما أنّ مدة الإخطار المسبق كانت كافية للمستأجرة من أجل البحث عن بنك آخر تتعاقد معه[236].

[236] Cass Civ. 1ere, 30 juin 2004, N° 01-00.475, Bull. Civ. N° 6, 2004, p. 157. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que la banque était libre de fixer le prix qu'elle entendait pratiquer, alors, d'autre part, qu'il résultait de ses propres constatations que Mme X..., qui bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la BNP en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé le comportement fautif de la banque, a violé les textes susvisés ; ».*

علّق العديد من معارضوا النّظرية الحديثة للعقد على هذا القرار، معتبرين أنّه قدّم درسا جديدا في حريّة التّعاقد ورفض فكرة التّضامن الاجتماعي[237]، وأكّد أحد الباحثين[238] في تعليقه على القرار أنّ البنك حر بتحديد بدل الإيجار بينه وبين المستأجر، طالما أنّ هذا الأخير وافق على ذلك منذ البداية، ويقع عليه (أي المستأجر) إثبات أنّ البنك تعسّف في تحديد الثّمن بصفة منفردة، في حين اعتبر جانب آخر من الباحثين[239] أنّ هذا القرار جاء من أجل إعادة بعض قضاة الموضوع إلى السّكة بعد تطاولهم في تفسير النّصوص القانونية على نحو يحمي أحد الطّرفين على حساب الطّرف الآخر.

حضي القرار السّالف الذّكر باهتمام كبير من طرف الفقه المعارض للنظريّة الحديثة للعقد رغم أنّ القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة استئناف باريس أقرّ بمسؤولية البنك معتبرا بأنّه أخل بالتزامه بحسن النيّة من جوانب عديدة[240]، كما أنّه يمكن إثارة العديد من الملاحظات حول القرار، إذ يتّضح بأنّ الغرفة المدنيّة لم تول أيّ اهتمام لطلبات المدعية والتي كانت ترمي إلى مراقبة مدى تعسّف البنك في تحديد بدل الإيجار بصفة منفردة، في حين أنّ محكمة النّقض أسست قرارها على عدم ارتكاب البنك أيّ خطأ في الإجراءات بعد قيامه بإخطار المستأجرة في آجال كافية.

تجدر الإشارة كذلك إلى أنّ محكمة النّقض تجاهلت نسبة رفع بدل الإيجار حيث أصبح ضِعف المبلغ بين سنة 1996 وسنة 1997، وهو أمر غير عقلاني وغير معتدل خاصة وأنّ البنك لم يبرر بما يكفي سبب الرّفع من قيمة بدل الإيجار مثلما وقفت على ذلك محكمة استئناف باريس.

---

[237] LEVENEUR Laurent, « Une bonne leçon de liberté contractuelle … », C.C.C., N° 11, 2004, p. 17.
[238] CHAUVEL Patrick, « Abus dans la fixation du prix », Dr. Pat., N° 131, novembre 2004, p. 81.
[239] STOFFEL-MUNCK Philippe, « Révision unilatérale du prix », R.D.C., Avril 2005, p. 276.
[240] CA Paris, 15eme Ch. 24 octobre 2000, *in* D., N° 3, 2001, p. 302. *« L'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée a son partenaire… ».*

أكّد القرار على الحريّة التّامة للبنك في رفع قيمة بدل الإيجار بصفة منفردة دون أن يكون ملزَما بتبرير ذلك، وهو ما يعتبر غير منطقي بل كان على محكمة النّقض مراقبة مدى تعسّف البنك في استعمال سلطته في رفع بدل الإيجار، كما أنّ تبرير قرار البنك ضروري في حالة منازعة الطّرف الآخر حول مدى صحة تعديل العقد بصفة منفردة، وهو ما تمّ تكريسه بعد تعديل التّقنين المدني الفرنسي سنة 2016 من خلال نص المادة 1163[241] من هذا المنطلق، يبدو أنّ محكمة النّقض عكست عبء إثبات التعسّف، فبعدما كان على البنك إثبات أنّه لم يتعسّف في استعمال سلطته في تحديد الثّمن بصفة منفردة، تمّ تحميل المستأجرة عبء إثبات الخطأ في ذمة البنك من أجل اعتبار دعواها مؤسسة قانونا؛ تبعا لكل ما سلف، يبدو أنّ الانتقادات الموجهة لمحكمة النّقض تقلل من القيمة القانونية للقرار.

### 2-قضية شركة فيات (Fiat) ضد شركة سوفيسود (Sofisud)

يعتبر القرار الصادر في النزاع بين شركة فيات وشركة سوفيسود أهم قرار يَبرُز فيه رفض محكمة النّقض الفرنسيّة لواجب التّعاون بين المتعاقدين، وتتلخّص وقائع القضيّة أنّه في سنة 1995 قرّرت شركة فيات فسخ عقد الامتياز الذي يربطها بشركة سوفيسود بعد أكثر من 10 سنوات من بدايته، إلا أنّ هذه الأخيرة رفضت القرار معتبرة فسخ العقد تعسفيا بالإضافة إلى سوء نيّة شركة فيات التي لم تتصرف بنزاهة لما تعاقدت مع منافسين آخرين قبل فسخ العقد، غير أنّ الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض اعتبرت تصرف شركة فيات مشروع معتبرة بأنّها غير مدينة تجاه شركة سوفيسود بأيّ التزام بالمساعدة أو المرافقة في إطار تغيير نشاطها التّجاري[242] .

يتّضح من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة رفضت بصراحة الاعتراف بأهم واجب ناتج عن فكرة التّضامن الاجتماعي كواجب التّعاون، حيث أكّدت المحكمة على انعدام أيّ التزام من

---

[241] Article 1163 du Code civil français : *« Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation. »*

[242] Cass. Com., 06 mai 2002, N° 99-14.093, Bull. Civ. N° 5, 2002, p. 87. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; ».*

المتعاقد بمساعدة أو مرافقة المتعاقد الآخر، إلا أنّ صدى هذا القرار نسبي جدا لأنّ النّزاع يتعلّق بمعاملة تجاريّة بين مهنيين يسعى كل طرف منهما إلى المضاربة وتحقيق الربح، مما قد يبرّر رفض محكمة النّقض لواجب التّعاون في هذا النّزاع.

## المطلب الثاني

## المحافظة على الفعّالية الاقتصادية للعقد من خلال التّوازن الموضوعي

يُعتبر التّوازن الموضوعي أحد مواطن الخلاف الهامة بين النّظرية التّقليدية والحديثة للعقد، حيث رفضت النّظرية التقليدية أيّ تقدير موضوعي للتوازن العقدي على اعتبار أنّ هذا الأخير سيؤدي إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة، والتي تعتبر كفيلة من أجل ضمان توازن على النحو الذي يريده الأطراف (الفرع الأول).

إلا أنّ النظرية الحديثة وضعت التوازن الموضوعي للعقد في مركز محل اهتمامها، معتبرة أن الإرادة في ظل عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين لم تعد كفيلة لضمان مصالح الأطراف مما يبرر ضرورة تدخل القاضي من أجل حماية مصالح الطرف الضعيف في العقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### رفض النّظرية التقليدية للعقد لفكرة التّوازن الموضوعي

تقوم فكرة التّوازن الموضوعي على اعتبارات خارجة عن العقد والمتعاقدين، إذ يتم مقارنة الالتزامات الملقاة على كل طرف من حيث الكم والكيف من أجل القول ما إذا كان العقد متوازن[243]، هذا التوجّه يتعارض مع فكرة التّوازن المجرد الذي تبنته النّظرية التقليدية (أولا) ويشكل خطورة على المبادئ التي تقوم عليها هذه الأخيرة (ثانيا) وهو ما قد يفسّر رفض مختلف التشريعات للتوازن الموضوعي كقاعدة عامة في نظريّة العقد (ثالثا).

[243] عسالي عرعارة، التّوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 4.

**أولا: تعارض التّوازن الموضوعي مع توجه النّظرية التّقليدية للعقد**

تَعتبر النّظرية التقليدية إشكالية توازن العقد من دون أهمية كبيرة، لأنّ توازن العقد ينبثق من إرادة المتعاقدين لا من عوامل خارجية مثلما يسعى إليه التّوازن الموضوعي فتوازن العقد في ظل النّظرية التقليدية توازن مجرد متصل بإرادة المتعاقدين، وأي تدخّل خارجي سيتعارض بالضرورة مع مبدأ سلطان الإرادة.

**1- اعتماد النّظرية التقليدية للعقد على فكرة التّوازن المجرد**

يعتبر تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين مفترض في ظل النّظرية التقليدية، فيُنظر إلى الفرد بنظرة شاملة كعنصر في المجتمع دون الأخذ بعين الاعتبار الظّروف الشّخصية لكل فرد على حدا[244]، ومن هذا المنطلق وبناء على المساواة المفترضة لأطراف العقد[245]، فإن هذه المساواة كفيلة لتحقيق توازن التزامات المتعاقدين.

عبّر الفقيه ألفريد فوييه ( Alfred FOUILLÉE ) عن الفكرة السّالفة الذكر بالقول أنّ "من يقول عقد فيقول عدل"[246]، وهي عبارة يستعملها جل الباحثين الذين يساندون حريّة التّعاقد ويرفضون أيّ تدخّل من القاضي من أجل البحث عن توازن آخر للعقد عدى الذي أراده المتعاقدين، فالمتعاقد لن يقبل بإبرام العقد إلا إذا كانت مصلحته محققة[247].

---

[244] LEVY Florence, l'égalité contractuelle, mémoire déposé en vue de l'obtention du diplôme de maitrise en droit, institut de Droit comparé, université Mc GILL, Montréal, 1994, p6.

[245] V. FILLALI Ali, « Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats », Les Annales de l'Université d'Alger 1, N° 27, tome II, juillet 2015, p34.

[246] FOUILLEE Alfred, La science sociale contemporaine, 2eme éd., Librerie Hachette et Cte, Paris, 1885, p. 410. «*L'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité et qui dit contractuel dit juste »,* V. ROLLAND Louise*, « Qui dit contrat dit juste* » (fouillée) … en trois petits bonds a reculons », Revue de droit Mc GILL, N° 4, 2006, p. 767.

[247] الشوابكة حازم سالم محمد، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، 2009، ص 16.

يرى جانب من الباحثين[248] أنّ ما قصده الفقيه فوييه من خلال استعمال هذه العبارة هو أنّ العقد عادل منذ إبرامه، لأنّ حريّة التّعاقد تجعل بالضرورة من العقد متوازن، فالإرادة الحرة للأطراف تمنح للعقد توازن مجرد في ظل تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين، وهذا التّوازن مسألة شخصيّة لا يمكن لأيّ طرف خارجي عن المتعاقدان التدخّل فيها بأيّ وجه كان[249].

### 2- تعارض التّوازن الموضوعي للعقد مع مبدأ سلطان الإرادة

تجعل فكرة الفقيه فوييه مبدأ سلطان الإرادة في مركز اهتمامها، إذ يهدف المبدأ إلى تحرير العقد من أيّ تبعية وجعل المتعاقدين دون غيرهما من يتحكم في مضمونه[250] فسلطان الإرادة كان حاجزا منيعا أمام النّظريات التي تهدف إلى التّحكم في العقد باسم عدالة مثالية تتحقق خارج إرادة الأطراف، من هذا الجانب يظهر تعارض بين سلطان الإرادة والتّوازن الموضوعي، على اعتبار أنّ هذا الأخير يعتمد لتقدير توازن العقد على معايير موضوعية قد لا تتناسب مع ما أراده الأطراف[251].

يتعارض كذلك التّوازن الموضوعي للعقد مع النتائج المترتبة عن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ومن بينها أنّ العقد هو تطابق إرادتين، لأن تدخّل القاضي لتعديل العقد بحثا عن التّوازن الموضوعي، يؤدّي في الحقيقة إلى فرض عقد جديد على المتعاقدين لم يتفقا عليه ليصبح العقد لا يشكل تطابق إرادتي أطرافه.

تعرضت فكرة التّوازن المجرد للعقد لانتقادات كثيرة بسبب تأسيسها توازن العقد على مبدأ سلطان الإرادة، لأنّ هذا التبرير لن يكون صحيحا إلا في حالة تجسيد مطلق لحريّة المتعاقد عند التعبير عن إرادته، في ظل تكافؤ تام في المراكز القانونية للمتعاقدين عند إبرام العقد، وهذا الوضع

---

[248] V. HUYGENS Audrey, La violence économique, mémoire pour l'obtention du diplôme de DEA, école doctorale Lille 2, 2001, p. 13. *«... la liberté du vouloir faisait présumer de la justice du contrat... ».*

[249] ROLLAND Louise, Op.cit., p. 4.

[250] Ibid.

[251] FIN-LANGER Laurence, L'équilibre contractuel, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 36.

مستحيل الحدوث في الواقع بالنّظر إلى التّباين بين أفراد المجتمع باختلاف الطّبقات الاجتماعية التي ينتمون إليها، هذه الطبقية ستؤدي لا محال إلى تبعية بعض الأفراد للبعض الآخر[252].

**ثانيا: خطورة التّوازن الموضوعي للعقد على النّتائج المترتبة عن الحريّة التّعاقدية**

يشكل التّوازن الموضوعي للعقد خطرا على النتائج المترتبة عن الحريّة التّعاقدية وهي من جهة مبدأ الفردية (l'individualisme) والذي يَعتبِر الفرد هو مركز اهتمام القانون، ومن جهة أخرى اللبرالية وهي الحريّة التي تضمن للفرد الوصول إلى تحقيق مصالحه الشّخصية من إبرام العقد.

**1- خطورة التّوازن الموضوعي للعقد على المذهب الفردي**

يُعتبر المذهب الفردي عنصر أساسي في البناء الفكري التقليدي للعقد، الذي يعتبر الفرد المصدر الوحيد للحقوق والالتزامات من خلال تصرفاته القانونية، فالمذهب الفردي يجعل من الشّخص مركز الاهتمام باعتباره موضوع وغاية القانون، وفي آن واحد المصدر الوحيد لجميع الحقوق[253]، من هذا المنطلق، فإنّ الأخذ بالتّوازن موضوعي في العقد هو مزاحمة للفرد، لأن التّوازن الموضوعي يفترض تدخّل القاضي لإعادة التّوازن للعقد، بالتّالي يصبح للقاضي بالإضافة إلى سلطة إعادة النّظر فيما اتفق عليه الأطراف، سلطة فرض التزامات أو منح حقوق لطرفي العقد دون أنّ يتم الاتّفاق على ذلك مسبقا[254].

يشكّل التّوازن الموضوعي للعقد خطر كذلك على المذهب الفردي لأنه يعيد النّظر في المبادئ التي يقوم عليها هذا الأخير، فتدخّل القاضي للبحث عن التّوازن الموضوعي للعقد سيؤدي بالضرورة إلى حماية الطّرف الذي لا يستطيع الدفاع أو المحافظة على مصالحه بنفسه على حساب الطّرف الآخر، وهذا ما يتنافى مع التكافؤ بين الأفراد من حيث المراكز القانونية الذي يعتبر حجر الزّاوية في المذهب الفردي.

---

[252] ROLLAND Louise, Op.cit., p. 5.
[253] FIN-LANGER Laurence, Op.cit., p. 43.
[254] Ibid., p. 44.

### 2- خطورة التّوازن الموضوعي للعقد على مبدأ اللبرالية

تظهر خطورة التّوازن الموضوعي للعقد من هذا الجانب على الحريّة التّعاقدية والتي تضمن للمتعاقد فرصة الوصول إلى تحقيق مصالحه الشّخصية عبر إبرام العقد، إلا أنّ إدراج التّوازن الموضوعي كمبدأ يحكم نظريّة العقد سيؤدي بالضرورة إلى التّقليص من دور هذه الحريّة عن طريق فرض توازن مالي معين، فتدخّل المشرّع مثلا لتحديد أسعار بعض السلع أو من أجل التعديل من التزامات الأطراف في حالة اختلال التّوازن المالي للعقد يُعتبر مساس بحرية المتعاقد في تحديد المحل، وبالتّالي – حسب وجهة نظر أنصار اللبرالية – هو مساس بمصلحة المتعاقد[255].

## ثالثا: تردد التشريعات المقارنة في الاعتراف بالتوازن الموضوعي للعقد

يظهر تردد مختلف التشريعات المقارنة على تبني فكرة التّوازن الموضوعي في النّظرية العامة للعقد، بالرجوع لبعض النّصوص القانونية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

### 1- الرفض الصريح التشريعات المقارنة للتوازن الموضوعي للعقد

ظلت مختلف التشريعات ولمدة طويلة رافضة لإرساء قاعدة عامة تضمن تكافؤ التزامات المتعاقدين من النّاحية المالية، هذا ما يمكن استخلاصه مثلا من نص المادة 1168 من التّقنين المدني الفرنسي[256]، والتي لا تعترف بالتّوازن الموضوعي لالتزامات المتعاقدين كسبب لإبطال العقد[257]، كما يمكن كذلك الاستدلال بنص المادة 1112-1فقرة 2 [258] من التّقنين نفسه والتي تفرض على كل طرف التزام عام بالإعلام، إلا فيما يتعلق بقيمة السلعة أو الخدمة محل العقد، والتي يترك لكلا الطّرفين الحريّة المطلقة في الاتّفاق عليها.

---

[255] FIN-LANGER Laurence, Op.cit., p. 48.

[256] Article 1168 du Code civil français : *« Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. ».*

[257] LARROUMET Christian et BROS Sarah, Traité de droit civil T 3 les obligations –Le contrat-, 8eme éd., Economica, Paris, 2016, p. 389.

[258] Article 1112-1 paragraphe 2 du Code civil français *: « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. ».*

### 2- إبطال العقد بسبب الغبن والاستغلال

يظهر تقاعس المشرّع في الأخذ بالتوازن الموضوعي للعقد من خلال عيب الغبن والاستغلال ولكن بطريقة مختلفة، ففي عيب الاستغلال المنصوص عليه في المادة 90 من التّقنين المدني[259] اشترط المشرّع لإبطال العقد ضرورة توفّر عنصر معنوي وهو الطيش البين والهوى الجامح، فمجرد عدم التّوازن المالي للعقد ليس سببا لإبطال العقد طالما لم يرتب هذا الاختلال بالعنصر المعنوي.

تجدر الإشارة كذلك في موضوع الاستغلال إلى موقف المشرّع الكبكي[260]، الذي حصر إمكانية إعمال رفع الدعوى في فئة معيّنة فقط من المتعاقدين وهم القُصر والمحجور عليهم في نص المادة 1405 من التّقنين المدني[261]، مع افتراض استغلال المتعاقد للضعف الذي يعاني منه المتعاقد القاصر أو المحجور عليه بمجرد وجود اختلال التّوازن الواضح بين التزامات المتعاقدين[262] [263].

يظهر كذلك تردد المشرّع في الأخذ بالتوازن الموضوعي للعقد في عيب الغبن كسبب من أسباب تدخّل القاضي لإعادة توازن العقد، من خلال حصر هذا العيب في حالة واحدة وهو عقد

---

[259] تنص المادة 90 من التّقنين المدني على أنّه: *" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في بالنّسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أنّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد."*

[260] يستعمل المشرّع الكبكي عبارة غبن "lésion" إلا أنّ تحليل موقفه يبين أنّه بصدد التطرّق لعيب الاستغلال، من خلال كلمة "exploitation" التي يستعملها في نص المادة 1406 من التّقنين المدني.

[261] Article 1405 du Code civil du Québec *: « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. »*

[262] Article 1406 du Code civil du Québec *: « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. ».*

[263] هذا الموقف من المشرّع الكبكي كان ولا يزال محل انتقاد جانب من الفقه بسبب التضييق على الاستغلال كوسيلة قانونية لإعادة التّوازن الموضوعي للعقد، سيم أنّ الاستغلال تمّ إدراجه تحت عنوان عيوب الرضا، مما يفترض أنّ إرادة المتعاقد معيبة، وهو ما يسمح بتدخّل القاضي من أجل إعادة التّوازن. راجع في هذا الشأن:

GREGOIRE Marie Annik, « Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles à la suite de la codification du devoir de bonne foi », R.J.T., N° 44, 2010, p. 15.

بيع العقّار وفق النص المادة 358 من التّقنين المدني[264]، وقد حدد المشرّع الجزائري مقدار الغبن بخمس الثّمن عند تاريخ إبرام العقد، ويبدو أنّ حصر الغبن في عقد بيع العقّار وعدم تمديده إلى العقود الأخرى المتداولة يوميا بين الأفراد، دليل على رفض المشرّع التدخّل من أجل فرض قاعدة عامة لتكافؤ الالتزامات بين المتعاقدين، تاركا بذلك حريّة للأطراف لتحديد ما هو متوازن مما هو غير ذلك.

## الفرع الثاني

## تبني النّظرية الحديثة للعقد لفكرة التّوازن الموضوعي

تعرّضت الأفكار التي يقوم عليها المذهب الفردي إلى انتقادات عديدة بسبب عدم تناسبها مع الواقع، إذ أنّ التطورات الحديثة للمجتمع أظهرت عدم التكافؤ بين الأطراف من حيث القوّة الاقتصادية أو المعرفة التقنية في بعض الحالات[265]، ما يؤدّي إلى اختلال في المراكز القانونية للمتعاقدين (أولا)، هذا الواقع جعل من النّظرية الحديثة للعقد تضع فكرة التّوازن الموضوعي كأحد المحاور الهامة التي يجب التطرّق إليها، بالنظر إلى الاختلال المستمر والمتزايد بين التزامات المتعاقدين في ظل الحريّة التّعاقدية، وذلك عن طريق السّماح للمشرع أو القضاء بالتدخّل من أجل حماية الطّرف الذي يُعتبر العقد مضرا بمصالحه (ثانيا) إما عن طريق إلغاء مفعول القوة الملزمة للعقد أو تعديل التزامات المتعاقدين على نحو يحقق نوع من التّوازن الموضوعي بين الالتزامات[266].

### أولا: عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين

أضحى في الوقت الراهن عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين حقيقة يجب معالجتها من النّاحية القانونية، وقد تتعدّد أسباب هذا الاختلال الذي يشكل خطرا حقيقيا على مصالح الأطراف المتعاقدة.

---

[264] تنص المادة 358 من التّقنين المدني على : *" إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (5/1) الخمس، فللبائع الحق أنّ يطلب تكملة الثّمن إلى أربع (5/4) أخماس ثمن المثل".*

[265] CADIET Loic, Une justice contractuelle, l'autre, *in* Le contrat au début du XXI[e] siècle, Étude offerte à Jaques GHESTIN, L.G.D.J., Paris, 2015, p. 178.

[266] CARBONNIER Jean, Droit civil : les biens …, Op.cit., p. 2049.

**1- أسباب عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين**

قد تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين عند إبرام العقد، سواء نتج ذلك عن القوّة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد الطّرفين أو بسبب العجز المعرفي الذي يعاني منه المتعاقد.

**أ- اختلال التّوازن بين المراكز بسبب التبعيّة الاقتصادية**

تظهر التبعيّة الاقتصادية لأحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر بوضوح في بعض العقود على وجه الخصوص كعقد العمل[267]، في هذا الصّدد عبّر الأستاذ جيرارد كوتوريه (Gérard COUTURIER) عند الحديث على مركز الضعف الذي يكون فيه العامل في مرحلة مفاوضات إبرام العقد، عن الإكراه المعنوي الذي يكون فيه هذا الأخير والذي يؤدّي إلى المساس بحريته في التعبير عن قبوله أو رفضه ببعض الشّروط التي قد تجعل من العقد غير متوازن، فقبول العامل لشروط رب العمل في هذه الظّروف لا يمكن اعتبارها حريّة تعاقد، بما أنّ هذه الأخيرة تفترض إمكانية الاختيار بين أمرين القبول أو الرفض، غير أنّ العامل لا خيار له إلا القبول بالنظر إلى المركز الذي هو فيه[268].

كما يرى الأستاذ جاك جيستان (Jacques GHESTIN) أنّ مصدر الإكراه المعنوي الذي يعاني منه العامل في مرحلة المفاوضات هو الاختلال في المراكز القانونية للمتعاقدين والذي ينتج عنه تبعية اقتصادية للعامل تجاه رب العمل، إذ يخشى في حالة رفضه لشروط رب العمل أن يتم رفض ترشحه، والجميع يدرك وضعية "الخضوع الافتراضي" التي يكون فيها العامل في مرحلة المفاوضات، بالنظر إلى أزمة البطالة التي تعاني منها غالبية الدول[269].

---

[267] حليس لخضر، "مقتضيات حماية الطّرف الضعيف في عقد العمل (دراسة في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية)"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، عدد 1، 2016، ص 92.

[268] COUTURIER Gérard, Les relations entre employeurs et salariés en droit français, *in* la protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 148.

[269] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 277. *« L'inégalité de fait joue un rôle fondamental au moment de la conclusion du contrat, en*

**ب- عدم تكافؤ المراكز القانونية بسبب اختلال التّوازن المعرفي**

يُعتبر الجهل أو الاختلال في التّوازن المعرفي بين المتعاقدين أحد الأسباب التي تودي إلى عدم تكافؤ المراكز القانونية[270]، لأنّ التّحكم في المضمون العقدي من طرف أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر سيمنح له أفضلية سواء عند إبرام العقد أو عند تنفيذه، هذا هو الحال مثلا في العقد بين المستهلك والمهني أو المتدخّل[271]، بالتّالي فرغم حريّة المتعاقد الذي يعاني من هذا الجهل في التعبير عن إرادته، يبقى أنه في وضعية ضعف تجاه المتعاقد الآخر[272]، وقد تتعدّد مظاهر اختلال التّوازن المعرفي بين المتعاقدين، كالجهل بالظّروف المحيطة بالعقد أو بالقانون الواجب التطبيق في حالة النّزاع.

**ب1- الجهل بالظّروف المحيطة بالعقد**

يؤدي الجهل بظروف وملابسات العقد في العديد من الحالات إلى اختلال التّوازن المعرفي بين المتعاقدين، وأحسن مثال عن ذلك قيام عضو مجلس الإدارة في شركة بشراء أسهم من أحد الشركاء، وهو يعلم بأنّ الشّركة أبرمت صفقة ستؤدي إلى رفع من قيمة السّهم دون أن يخطر البائع بذلك[273]، في هذه الحالة يكون المشتري باعتباره عضوا في مجلس إدارة الشّركة على علم بملابسات يجهلها البائع، مما يمنحه أفضلية عند إبرام العقد بحيث لو كان البائع عالما بهذه الظّروف لما إبرام العقد أصلا أو على الأقل لقام برفع قيمة سعر السّهم عند إبرام العقد.

---

*raison de la dépendance économique du salarié qui redoute un refus d'embauche. Sa situation d'infériorité est telle que l'on a pu parler de subordination virtuelle»*

[270] درماش بن عزوز، المرجع السّابق، ص 206.

[271] FILALI Ali, Op.cit., p. 5. *« Le rapport de consommation est devenu une opération économique délicate mettant en relation deux parties inégales; une partie faible le consommateur et une partie forte le professionnel ou l'intervenant .Ce déséquilibre, d'ordre surtout informationnel, permet aux intervenants d'imposer leurs conditions aux consommateurs. »*

انظر كذلك: أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مضمون الالتزام العقدي، د.د.ن.، مصر، 1967، ص 14.

[272] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 285.

[273] Ibid.

يتّضح من خلال تطبيق معيار الجهل بالظّروف المحيطة بالعقد على عقد العمل، أنّ رب العمل أدرى بظروف العمل التي يقترحها على العامل، خاصة إذا كان هذا الأخير لا يتمتّع بخبرة مهنية كبيرة، بالتّالي قد يقبل العامل أجر معيّن اعتقادا منه بتوافر بعض الشّروط الأساسية، ليكتشف في الواقع أنّ هذه الأخيرة غير متوفّرة، وأنّه لم يكن ليقبل إبرام العقد لو كان عالما بها عند إبرام العقد[274]، هذا الجهل يجعل من مركز العامل أدنى من مركز رب العمل بسبب عدم التّوازن المعرفي بين الطّرفين، في حين أنّ التّعبير السّليم عن الإرادة يفترض العلم الكافي بمضمون العقد بكل وضوح، هذا الوضع أدّى إلى فرض التزام بالإعلام على رب العمل من أجل التصدّي لهذا العجز المعرفي الذي يعاني منه العامل[275]خاصة فيما يتعلق بخطورة النّشاط على صحته[276].

**ب2- عدم التحكّم في تفاصيل القانون الذي يحكم العقد**

يظهر جليا -خاصة في الدّول المعروفة بالتضخم القانوني- عدم التّوازن المعرفي في تفاصيل القانون الذي يحكم العقد بين المهني وغير المهني، حيث يكون للأول تحكّم أفضل في القانون الذي ينظّم النشاط الذي يمارسه بالمقارنة مع غير المهني الذي يعتبر أجنبي عنه، فقد يكون لهذا الأخير معلومات عامة حول القانون الواجب التطبيق في حالة النّزاع، إلا أنّ تحكّم المهني بدقة في القانون الذي يحكم علاقته مع غير المهني يمنح له أفضلية عند إبرام أو تنفيذ العقد[277].

**2- خطورة اختلال التّوازن بين مراكز المتعاقدين**

يشكّل اختلال التّوازن بين مراكز المتعاقدين عادة خطورة على المتعاقد المتواجد في وضعية ضعف، سواء من خلال المساس بحرياته الفردية أو من حيث رهن مصلحته الشّخصية عند تنفيذ العقد.

---

[274] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 278.

[275] COUTURIER Gérard, Op.cit., p. 149

[276] Article L. 4141-1 du Code français du travail : *« L'employeur organise et dispense une information des travailleurs sur les risques pour la santé et la sécurité et les mesures prises pour y remédier. »*

[277] MOLFESSIS Nicolas, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in* Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER, Dalloz-LexisNexis, Paris, 2012, p. 951. *« La complexité des mécanismes contractuels, dont ce joue précisément les grandes entreprises qui font la masse des actes juridiques, est une source de domination pour les uns et de sujétion pour les autres »*

**أ- خطورة اختلال التّوازن على الحريات الفردية للمتعاقد**

ينتج عن اختلال التّوازن بين مراكز المتعاقدين رضوخ الطّرف الضعيف لشروط الطّرف الآخر والتي قد تؤدي إلى المساس بحرياته الشّخصية أو الحياة الخاصة[278]، وأحسن مثال عن ذلك عقد العمل،حيث يستغل رب العمل وضعية التبعيّة التي يكون فيها العامل من أجل فرض بعض الالتزامات الماسة بحريته الفردية[279]، وقد أولى القضاء الفرنسي في العديد من قراراته اهتمام لمراقبة مدى احترام بنود العقد لحريات العامل.

تجدر الإشارة لتكريس حرص القضاء على حماية الحريّة الشخصية للمتعاقد إلى قرار محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة تملك العديد من العقّارات التي تقوم بتأجيرها للخواص، قامت بانتداب عمال من أجل السّهر على صيانة الشّقق والاتصال بمختلف المستأجرين مشترطة عليهم الإقامة وجوبا في العمارة التي هم بصدد التكفّل بها، إلا أنّه وبعد إبرام العقود عارض العمّال على هذا الشّرط، وطالبوا قضائيا بإلغائه بعدما اثبتوا إمكانية أداء عملهم على أكمل وجه ولو دون الإقامة في مكان عملهم، وقد استجابت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النّقض الفرنسيّة لطلبهم معتبرة البند محل النّزاع باطل، بما أنّ عدم تواجد العمال في مكان العمل لا يؤثر سلبا على تنفيذ عقد العمل[280].

يظهر من موقف محكمة النّقض أنّ عدم التّوازن في العقد لا يقصد به فقط عدم التّوازن المالي، بل يمتد كذلك إلى الظّروف التي يتم فيها تنفيذ التزامات الطّرفين، ففي المثال السّابق اعتبرت محكمة النّقض أنّ البند الذي يفرض على العامل الإقامة جبرا في مكان العمل ليس له أيّ مبرر ولا يؤثر على حسن تنفيذ العقد، بالإضافة إلى اعتباره مساس بحرية العامل في اختيار مكان

---

[278] لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بالاعتداءات المختلفة على الحياة الخاصة راجع: بشاتن صفية، الحماية القانونية للحياة الخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 207 وما يليها.

[279] بن عزوز بن صابر وبنود سعاد، "أي توازن بين سلطات صاحب العمل في إدارة المؤسسة وحماية الحياة الخاصة للعامل؟"، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، عدد 27، جوان 2017، ص 224.

[280] Cass. Soc. , 13 avril 2005, N° 03-42.965, Bull. Civ. N° 4, 2005, p.115. *« Mais attendu que, sans encourir les griefs du moyen, la cour d'appel, qui a constaté que les salariés pouvaient exécuter les tâches qui leur étaient confiées, tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail, a exactement décidé que la clause d'obligation de résidence était nulle ».*

إقامته، وقد يرى البعض أنّ العمّال لما قبلوا إبرام العقد رغم وجود هذا البند قد عبّروا عن إرادتهم بكل حرية، إلا أنّ محكمة النّقض ألغت هذا البند، ولا يمكن تبرير هذا التدخّل إلا بناء على عدم تكافؤ المراكز القانونية بين العمال ورب العمل في القضية السّابقة والذي لا يسمح باعتبار إرادة العمال حرة عند إبرام العقد.

**ب- اختلال التّوازن بين التزامات المتعاقدين**

يؤدي عدم التكافؤ المراكز بين المتعاقدين في العديد من الحالات إلى اختلال التّوازن بين الالتزامات المتبادلة[281]، فرغم علم المتعاقد الضعيف بعدم توازن العقد بمقارنة التزاماته مع التزامات الطّرف الآخر، إلا أن مركزه لا يسمح له بمناقشة بنود العقد[282]، وهو الحال بالنسبة للمتعاقد الذي يبرم عقد من أجل تلبية حاجة حيوية بسبب تواجده في وضعية معيّنة كرب العائلة الذي يقبل العمل بأجر يقلّ عن متوسط أجور باقي العمال بسبب وضعيته الشّخصية التي لا تسمح له رفض المنصب المقترح عليه، أو الشّخص الذي يقبل بشروط المتعاقد الآخر دون مناقشة بسبب وضعية الهيمنة التي يكون فيها هذا الأخير والتي تقلّص من فرص الاختيار[283].

**ثانيا: معالجة عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين**

قد يترتب عن عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين خلق عدم توازن ظاهر (déséquilibre significatif) في العقد، حيث تكون التزامات أحد الطّرفين متفاوتة مع التزامات الطرف الآخر، والواضح أنّ عدم التّوازن الظاهر لا ينصب على التّوازن المالي للعقد فحسب، بل يمتدّ كذلك إلى طبيعة الالتزامات الملقاة على كل طرف، وقد عرّف أحد المؤلفين عدم التّوازن الظاهر بأنّه: *« Le déséquilibre significatif suppose une absence de réciprocité, un défaut de contrepartie, voir une disproportion entre les droit et obligations des parties »*[284]

---

[281] محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التّوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 42.

[282] FILALI Ali, Op.cit., p. 29.

[283] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 286.

[284] VOGEL Louis et VOGEL Joseph, Le déséquilibre significatif, LawLex-Bruylant-AFJE, Bruxelles, 2016, p. 12.

يظهر جليا أنّ عدم التّوازن الظاهر يشكّل آفة يعاني منها العقد، يستوجب التدخّل من لإيجاد الحل المناسب لمعالجة عدم التّوازن دون المساس باستقرار المعاملات.

**1- تدخّل المشرّع لمعالجة عدم التّوازن الظاهر**

عالجت مختلف التشريعات إشكالية عدم التّوازن الظاهر بين حقوق والتزامات المتعاقدين سواء بنصوص عامة في التّقنين المدني أو عن طريق نصوص خاصة.

**أ- معالجة التّقنين المدني لإشكالية عدم التّوازن الظاهر**

تدخّل المشرّع الجزائري على غرار مختلف التّشريعات المقارنة من أجل وضع حد لعدم التّوازن الواضح بين حقوق والتزامات المتعاقدين، في حالات معيّنة معروفة كالغبن في بيع العقّار أو الاستغلال أو الشّروط التعسّفية في عقد الإذعان أو تعديل العقد بسبب الظّروف الطّارئة أو حتى إعادة النّظر في الشّرط الجزائي، إلا أنّ الملاحظ هو أنّ هذه الحالات واردة على سبيل الحصر لمعالجة حالات خاصة، على عكس المشرّع الفرنسي بعد تعديل 2016 والذي كرّس توازن العقد كأحد أهم محاور إصلاح قانون العقود.

استحدث المشرّع الفرنسي بعد بعديل التّقنين المدني في 2016 نص المادة 1169[285] والتي تجعل من عقد المعاوضة باطل إذا كان المقابل المالي ثمن بخص أو تافه، أو نص المادة 1170[286] من التّقنين نفسه والتي تجعل أيّ بند في العقد غير مكتوب إذا كان يرمي إلى إعدام التزام المدين من مضمونه، والواضح أنّ المشرّع الفرنسي عوض إلغاء ركن السّبب في العقد عن طريق هذين النّصين[287].

---

[285] Article 1169 du Code civil français : *« Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »*

[286] Article 1170 du Code civil français : *« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »*

[287] LEQUETTE Suzanne, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », D., N° 20, 02 juin 2016, p. 1152.

تدخّل المشرّع الفرنسي من أجل الحرص على توازن العقد في نصوص أكثر خصوصية مثل نص المادتين 1164 [288] و1165 [289] من التّقنين المدني فيما يتعلق في مراقبة الثّمن الذي يتم تحديده بصفة منفردة[290]، حيث يجوز للقاضي بحسب الحالات أن يحكم للمدعي بالتعويض أو فسخ العقد إذا تيقّن أنّ الثّمن الذي حدده الدّائن لا يتناسب مع طبيعة السلعة أو الخدمة التي قدمها للمدين.

**ب- معالجة المشرّع لعدم التّوازن الظاهر بمقتضى نصوص خاصة**

عالج المشرّع الجزائري عدم التّوازن الظاهر في التزامات وحقوق المتعاقدين في نصوص خاصة منها الشّروط التعسّفية في العقود بين المستهلك و"البائع"، والتي عرّفها القانون 04-02 في نص المادة 5-3 كما يلي:" ***شرط تعسفي:*** *كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه* ***<u>الإخلال الظاهر بالتوازن</u>*** *بين حقوق وواجبات أطراف العقد."*، وقد صدر تطبيقا لنص المادة 30 من القانون، المرسوم التنفيذي 06-306 [291] يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفيّة، والذي يحدد كيفية ممارسة لجنة البنود التعسّفية باعتبارها الجهاز المكلف بمحاربة هذه الآفة في العقد[292].

---

[288] Article 1164 du Code civil français : *« Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. »*

[289] Article 1165 du Code civil français:*« Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. »*

[290] رغم معارضة جانب من الفقه على إمكانية ترك مجال تحديد ثمن الخدمة لمقدمها بصفة حصرية، راجع في ذلك: جميعي حسن عبد الباسط، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 31.

[291] مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج. عدد 56، مؤرخ في 11 سبتمبر 2006.

[292] بغدادي مولود، حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 121.

### 2- التدخّل القضائي لمعالجة عدم التّوازن الظّاهر

كان للقضاء الفرنسي الأثر الواضح سواء على المشرّع أو الفقه من أجل إدراج إشكالية عدم التّوازن الظاهر في النّظرية الحديثة للعقد، من خلال العديد من القرارات والتي شملت عدد من العقود الخاصة كعقد العمل، عقد التأمين وعقود الاستهلاك.

#### أ- مراقبة توازن العقد في المعاملات التّجارية

استندت محكمة النّقض الفرنسيّة إلى نص المادة L.442-6 ثانيا من التّقنين التّجاري الفرنسي[293] من أجل منح تعويض للشّريك التّجاري في حالة وجود عدم توازن ظاهر في العقد الذي يربطه بالمنتج أو المصنِّع، وقد استعملت هذه المادة لردع أيّ استغلال في عقود التوزيع، على غرار ما قضت به الغرفة التّجارية في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة لوقاليك (Le Galec) فرضت على مموّنيها بمقتضى بنود خاصة الحصول على تخفيضات على الثّمن المتفق عليه مع هؤلاء إذا لم تحقق الشّركة رقم أعمال كاف وهو ما اعتبرته وزارة التجارة الفرنسيّة بندا يؤدّي إلى خلق عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، ورفعت دعوى قضائية ضد شركة لوقاليك من أجل إلغاء هذا البند، وهو ما حصل فعلا، حيث قضت الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض بأن البند محل النزاع ينشئ لمصلحة الموزع عدم توازن ظاهر في العقد[294].

---

[293] Code de commerce français, 112eme éd., Dalloz, Paris, 2017. *« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : ... 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; ».*

[294] Cass. com., 25 janvier 2017, N° 15-23547, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033944273&fastReqId=590696245&fastPos=1/. Consulté le 31/03/2017.*« Et attendu, en deuxième lieu, que..., la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; ».*

يتّضح من خلال القرار السّالف الذكر أن محكمة النّقض الفرنسيّة اعترفت بصفة غير مباشرة بالتبعية الاقتصادية للممونين تجاه الموزع الذي فرض عليهم شروطا اعتبرت تعسّفية إلا أنّ القرار استند إلى نص المادة L.442-6 من التّقنين التجاري بالنّظر إلى أطراف العلاقة التّعاقدية باعتبارهما تاجرين محترفين.

**ب- مراقبة توازن العقد من خلال سبب الالتزام**

يعتبر ركن السّبب من بين أهم أساليب مراقبة توازن العقد من طرف محكمة النّقض الفرنسيّة، والإشارة في هذا الصّدد تكون إلى القرار المعروف بقرار كرونوبوست chronopost[295] كنموذج عن لحماية توازن العقد عبر ركن السّبب، حيث اعتبرت الأستاذة فابر مانيان-(FABRE MAGNAN) أنّ تدخّل القضاء في هذه القضية من أجل مراقبة عدم المساس بالالتزامات الضرورية للمتعاقدين، هو في الحقيقة صورة لحماية العقد من عدم التّوازن الظّاهر الذي كان سيحدث لو تمّ إعمال بند التخفيف من المسؤولية الذي وضعته شركة كرونوبوست لمصلحتها، فلا يمكن للمدين إعفاء نفسه من مسؤوليته عن الإخلال بالتزاماته الضرورية، لأنّ ذلك سيجعل التزام المتعاقد الآخر من دون سبب، وهو ما يؤدّي إلى الإخلال بالتزامات وحقوق الطّرفين[296] .

**ت- ردع الشّروط التعسفية**

ظهرت فكرة الشّروط التعسّفية كاعتراف ضمني من مختلف التشريعات المقارنة بعدم توازن مراكز الأطراف المتعاقدة في العديد من الحالات[297]، نتيجة للتفوّق الاقتصادي والمعرفي لأحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر، وقد أورد المشرّع الجزائري تعريفا للشروط التعسّفية في

---

[295]Cass. Com., 22 octobre 1996, N° 93-18.632, Bull. Civ. N° 2, 1996, p. 223.

سيتم العودة إلى هذا القرار بالتفصيل عند التطرّق إلى التدخّل القضائي للتّخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد

[296]FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p. 449. *« Lorsqu'un débiteur vide une de ses obligations essentielles de tout contenu par la stipulation d'une clause exclusive ou limitative de responsabilité, il ne fournit en définitive aucune contrepartie sérieuse à l'obligation corrélative de son cocontractant. »*

[297] يتم التطرّق فقط للشروط التعسّفية في النّصوص الخاصة على غرار القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306، وذلك بسبب ما تحمله هذه النصوص من جِدّة بالمقارنة مع نص المادة 110 من التقنين المدني التي يعتبر نص عام مقترن بعقد الإذعان.

المادة 03 خامسا من القانون 04-02 بالنّص على أنّه: " *شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شانها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد*".

أما فقهيا، فلم يرد تعريفا موحدا بالنّظر إلى تعدّد الزوايا التي يمكن من خلالها النظر للشروط التعسفية، فقد ذكر أحد الباحثين[298] تعريفا للشرط التعسّفي باعتباره "شرط يفرضها لمهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي، بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة وبما يؤدّي إلى إحداث خلل في التّوازن العقدي من جراء هذا الشّرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني، ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثار من آثاره.".

يبدو أن أهمية موضوع الشّروط التعسّفية تظهر من خلال عنصرين أساسيين وهما الشّروط الواجب توفرها لقيام الشّرط التعسّفي من جهة، وكذا دور القاضي في التّصدي لهذا الشّرط من جهة أخرى.

### ت1- شروط قيام البنود التعسّفية

يستوجب لاعتبار أي شرط تعسّفيا تحقق شرطين أساسيين وهما وجود عقد بين العون الاقتصادي والمستهلك، وأن يولّد هذا العقد إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف.

#### ت-1-1: اشتراط وجود عقد بين العون الاقتصادي والمستهلك

يُشترط لمراقبة الشّروط التعسّفية أن تكون ضمن بنود عقد بين البائع والمستهلك وفق ما أقرته المادة 29 من القانون 04-02 السّالف الذكر، والتي تنص على أنّه:" *تعتبر بنودا وشروطا تعسّفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشّروط التي تمنح هذا الأخير: ....*"، ويتّضح أنّ

[298] بوعون زكرياء، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الطور الثالث ل.م.د.، جامعة قسنطينة، 2017، ص 138

المشرّع حصر العقود التي يمكن أن تتضمن شروطا تعسّفية في تلك التي تكون بين **بائع** ومستهلك، غير أنّه وبالرجوع إلى نص المادة 351 من التّقنين المدني، فالبائع هو من يلتزم في عقد البيع: *" بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".*

يظهر أنّ المشرّع لم يوفَّق في اختيار الألفاظ باستعماله كلمة "البائع"، فالبائع هو من ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر مثلما نصت عليه المادة 351 من التّقنين المدني، تبعا لذلك، فإن البنود أو الشّروط التعسّفية وفقا لنص المادة 29 من القانون 04-02 تنحصر في عقد البيع فقط وهذا غير صحيح، إذ أنّ البنود أو الشّروط التعسّفية قد يتضمنها عقد بيع أو إيجار أو مقاولة أو عقد تقديم خدمة ... الخ[299].

يمكن تقديم الملاحظة نفسها عن صياغة المادة 03 رابعا في فقرتها الثانية من القانون 04-02 في تعريف العقد، حيث نص المشرّع على أنّه:" *يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول وصل تسليم أو سند أو أيّ وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع المقررة سلفا."*

غير أنّ المرسوم التنفيذي 06-306 المذكور سابقا، والصادر تطبيقا لنص المادة 30 من القانون 04-02[300] تفادى الوقوع في هذا الخطأ، حيث نصت المادة الأولى من المرسوم التي تحدد نطاق تطبيقه على انّه: *" تطبيقا لأحكام المادة 30 من القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 ... يهدف هذا المرسوم إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية".*

بالرجوع إلى أحكام القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306، يمكن استخلاص العناصر الأساسية الواجب توافرها في العقد الذي يتضمن شروطا أو بنودا تعسّفية على النحو التالي:

---

[299] خاصة إذا علمنا أنّ المادة 29 من القانون رقم 04-02، لما سردت البنود التي يمكن تكييفها أنها تعسّفية تطرقت إلى العديد من العقود، حيث نصت المادة 29 ثالثا على أنّه: " امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلّم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك".

[300] تنص المادة 30 من القانون رقم 04-02، على انه: " *بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشّروط التي تعتبر تعسفية".*

**ت-1-1-1: أن يكون العقد مكتوبا**

يشترط ضمنيا من خلال تعريف العقد الوارد في نص المادة 03 رابعا من القانون 04-02 أن يكون العقد المبرم المستهلك والعون الاقتصادي مكتوبا[301]، حيث نصت المادة على أنه:" *كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا ...*"،حيث يُفهم من عبارة "حرر مسبقا" وجود عقد مكتوب.

رغم أنّ المشرّع لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية، في الفقرة الثانية من المادة 03 رابعا من القانون 04-02 السّالفة الذكر، إلا أن هذا الشّرط قد يعيق الحماية التي كان يرغب المشرّع في منحها للمستهلك، فغالبا ما تكون التّعاملات بين المستهلك والعون الاقتصادي شفوية، أو على الأكثر أن يحصل المستهلك على وصل دفع قيمة الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة، دون أن يتضمن الوصل أيّ إشارة إلى شروط وبنود العقد، بالتّالي يجب على المشرّع فتح مجال أكثر لحماية المستهلك، لتشمل الحماية على العقود المكتوبة وغير المكتوبة، وتبقى إشكالية إثبات وجود العقد من عدمه أو وجود شرط تعسفي من عدمه على عاتق المستهلك.

**ت-1-1-2: أن يتضمن العقد إذعان أحد الطّرفين للطرف الآخر**

حصر المشرّع الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان[302]، وهو ما يمكن استخلاصه من تعريف العقد الوارد في المادة 3 فقرة 4 من القانون 04-02 المذكور سابقا والتي تنص على أنّه:" *العقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتّفاق مع إذعان الطّرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.*"، وهو التّعريف نفسه الوارد في نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 06-306 لتؤكد السّلطة التنفيذية بعد السّلطة التشريعية أنّ مجال الشّروط التعسّفية هو عقود الإذعان.

---

[301] بن قري سفيان، ضبط الممارسات التّجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العام، جامعة بجاية، 2009، ص 56.

[302] مصطفاوي عايدة، "حماية المستهلك من الشّروط التعسفية"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، عدد 14، أفريل 2017، ص 13.

يبدو أنّ حصر القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306 الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان غير صائب، بالنّظر إلى العديد من الأسباب منها أنّ الاختلال الظاهر في التزامات الطّرفين لا تنحصر فقط في عقود الإذعان، بل يمكن أن يحدث هذا الاختلال في العقود التّفاوضية إذا كانت المراكز القانونية للمتعاقدين غير متكافئة[303]، وهو ما يمكن استخلاصه من فتح المشرّع الفرنسي المجال لمراقبة الشّروط التعسّفية بالنّسبة لجميع البنود سواء تمت مناقشتها أو تمّ فرضها من طرف المهني على غير المهني[304].

يتّضح كذلك أنّ حصر الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان يفقدها الفعّالية المنتظرة منها بالنّظر إلى أنّ المادة 110 من التّقنين المدني قد تطرقت إلى الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان بالنّص على أنّه: *" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل من هذه الشّروط أو أن يعفي الطّرف المُذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك*"، تبعا لذلك يمكن التساؤل عن جدوى الاعتراف بالشّروط التعسّفية في نصوص خاصة بما أنّه يمكن الاستناد إلى النّصوص العامة لمراقبة الشّروط التعسفية.

**ت-1-2: الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد المخالف لحسن النيّة**

يضاف إلى جانب ضرورة وجود عقد بين العون الاقتصادي والمستهلك، أن يشمل العقد في مضمونه على شرط أو بند تعسفي يؤدّي للإخلال الظّاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[305] على وجه يخالف مقتضيات حُسن النيّة، بحيث يمنح لأحد المتعاقدين ميزة مفرطة[306] وهو

---

[303] خليفة كرفة محمد، "ضرورة التخلي على ربط الشّروط التعسّفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، عدد 1، 2017، ص 61.

[304] Article L. 212-1 paragraphe 6 du Code de consommation français stipule que : *« Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. — [C. consom., art. L. 132-1, al. 1er à 5 et 7.] ».*

[305] بودالي محمد، الشّروط التعسّفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 92.

أكّد عليه الباحثون[307]وبعض النّصوص القانونية المقارنة[308] وقد يأخذ هذا الإخلال صور عديدة كالأحادية في الحقوق أو رفض حقوق مكرسة قانونا لمصلحة المستهلك أو تحميل هذا الأخير التزامات غير مبررة.

**ت-1-2-1: الأحادية مظهر لاختلال التوازن**

يأخذ مظهر الأحادية في الشّروط التعسّفية صورتين أساسيتين، الأولى هي منح أحد الأطراف سلطة أو حق لا يتمتع به الطّرف الآخر، في هذا الصّدد تأخذ الأحادية مظهر انعدام التبادل (non réciprocité)، أمّا الصّورة الثانية فهي وقف تحقق حق أو التزام معيّن على محض إرادة أحد الطّرفين.

**ت-1-2-1-1: أن يكون لأحد الأطراف سلطة أو حق غير مكفول للطرف الآخر**

يعتبر الشرط الذي يضمن للمتعامل الاقتصادي حقا حصريا غير مكفول للمستهلك شرطا تعسّفيا، لأنّه سيؤدّي إلى اختلال فادح وغير مبرر لمصلحة أحد الأطراف على حساب الطّرف الآخر[309]، وقد اعتمد المشرّع على وصف الأحادية للإقرار ببعض الشّروط التعسّفية سواء في نص المادة 29 من القانون 04-02[310] أو المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 [311].

---

[306] حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تلمسان، 2013، ص 102.

[307] SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha et Al., Les contrats de consommation (règles communes), L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 569.

[308] Directive Européenne N° 93/13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., N° L95, du 21 avril 1993. L'article 3 de la directive stipule que : *« Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. ».*

[309] DOUCHE DOYETTE Nathalie, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat en droit, université de lorraine, 2012, p. 177

[310] تنص المادة 29 من القانون 04-02 على انه: *" تعتبر بنودا وشروطا تعسّفية في العقود ...*

- *أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك....*
- *إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها....*
- *التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة."*

[311] تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنّه: *" تعتبر تعسفية، البنود ...*

أما من جانب القضاء الفرنسي، فقد أكّدت محكمة النّقض في قضية بين جمعية حماية المستهلكين وشركة اسلي 38 وهي ممثل (concessionnaire) شركة مرسديس الألمانية، أنّ إدراج ضمن عقود بيع السيارات بند يمنح للشركة الحق في الاحتفاظ بالأقساط التي تمّ دفعها من طرف المشتري في حالة تراجعه عن الشراء، في حين لم يُمنح للمشتري الحق في تعويض مماثل في حالة تراجع الشّركة عن البيع، شرطا تعسفيا بما أنّه يمنح للشركة حقوق لم تمنح للطرف الآخر[312].

يتضح من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة اعتبرت البند الذي يسمح للعون الاقتصادي بالاحتفاظ الكلي للتّسبيق الذي يدفعه المستهلك والمقدر بـ 10% من قيمة السيارة مع احتساب كافة الرسوم في حالة عدوله عن إتمام الصفقة، دون الاعتراف لهذا الأخير بالحق نفسه شرطا تعسفيا لأنه يمنح للمهني امتياز لم يُمنح مثله للمستهلك، وهو ما يؤدّي إلى خلق اختلال ظاهر بين التزامات وحقوق الطّرفين.

---

- *الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك...*
- *الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التّعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.*
- *تحديد مبلغ التّعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون ان يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته...*
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التّنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق "

[312] Cass. Civ., 14 novembre 2006, N° 04-15.646, Bull. Civ. N° 9, 2006, p. 420. *« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, ayant constaté, par ailleurs, que l'acheteur pouvait annuler sa commande et obtenir le remboursement de l'acompte versé, majoré des intérêts légaux, si, après mise en demeure, il n'était pas livré dans les sept jours suivant la date de livraison convenue, il en résultait que la clause litigieuse, ayant pour objet ou pour effet de permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour ce consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui y renonce, créant ainsi un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, comme l'a aussi énoncé la commission des clauses abusives dans ses recommandations n° 91-02 et 04-02, en ce qu'elle sanctionne plus lourdement l'inexécution du consommateur que celle du professionnel, devait être regardée comme abusive, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ; ».*

تجدر الإشارة إلى أنّ الدراسات الحديثة في مجال الشّروط التعسفية، تؤكد على إمكانية اعتبار بند يمنح لأحد الطّرفين حق لا يُمنح للطرف الآخر مشروع وغير تعسفي إن كان لهذا الأخير مبرر شرعي، بشرط أن يُذكر هذا الأخير صراحة في العقد ليتمكن القاضي الذي قد يُعرض عليه النّزاع من تقدير مدى مشروعية المبرر من عدمه، ومراقبة أنّ البند لا يشكل غبن للطرف الضعيف في العقد[313].

### ت-1-2-1-2: تعليق أثر العقد على محض إرادة أحد الأطراف

تعتبر هذه الحالة الصورة الثانية للأحادية، حيث يتم تعليق تنفيذ بعض الالتزامات على محض إرادة أحد الأطراف[314]، وقد أكّدت اللّجنة الفرنسيّة للشروط التعسّفية في العديد من التوصيات على حضر أيّ شرط يتوقف تحقيقه على محض إرادة أحد الطّرفين، ومثالها التوصية رقم 2012-01 حين اعتبرت اللّجنة تعسفيا: *"السماح للمهني من تعديل بصفة انفرادية مبلغ مقابل الخدمة خلال مرحلة تنفيذ العقد، عدا الحالات المنصوص عليها في المادة* ***R132-2-1IV*** *من قانون حماية المستهلك."*[315]، كما اعتمد المشرّع الجزائري في نص المادة 29 [316]من القانون 04-02 على تعليق تحقق الالتزامات والحقوق على محض إرادة أحد المتعاقدين لاعتبار بعض البنود تعسّفية.

---

[313] PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, université de Paris II Panthéon-Assas, 2013, p. 338.

[314] معوش رضا، حماية المستهلك من الشّروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 14.

[315] Recommandation n° 2012-01, publiée au Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation, de la Répression des Fraudes, N° 5, du 18/05/2012, *in*https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2012/12_05/recommandation2012_01_cca.pdf/Consulté le 02/04/2017.« …..2°) *D'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement le prix de la prestation de services, en cours d'exécution du contrat, en dehors des cas prévus par l'article R. 132-2-1, IV du code de la consommation ;* »

[316] تنص المادة 29 من القانون 04-02 على أنّه: *" تعتبر بنودا وشروطا تعسّفية في العقود ...*

- *فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.*
- *امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.*
- *التفرّد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرّد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التّجارية للشروط التّعاقدية."*

أما من جانب القضاء، فتجدر الإشارة إلى قرار محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شخص اشترى من شركة دياك (Diac) سيارة على شكل بيع إيجاري لمدة 36 شهر إلا انه تعرض المشتري لحادث مرور ولم يتحصّل المشتري على أيّ تعويض من طرف شركة التأمين، فقام بإرجاع السيارة إلى شركة دياك والتي قامت ببيعها للغير على حالتها دون أن يكون للمشتري حق التدخّل في عملية البيع تطبيقا لبند تمّ الاتّفاق عليه عند إبرام العقد، وطالبت شركة دياك من المشتري دفع ما بقي من الثّمن.

تدخّلت جمعية حماية المستهلكين في النّزاع وطالبت قضائيا بإلغاء البند الذي يمنح للشركة حصرية البحث عن مشتري للسيارة في حالة تعرضها لحادث مرور وبالشّروط التي تراها مناسبة وذلك لاعتبار البند تعسّفيا، وهو ما قضت به الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض التي اعتبرت أنّ البند المتنازع عليه يمنح لفائدة شركة دياك حقا حصريا متوقف على محض إرادتها دون إمكانية إشراك المتعاقد الآخر في البحث على مشتري للسيارة وأنّ هذه الحصريّة في التصرّف تمنح لشركة دياك ميزة مفرطة تؤدي إلى إخلال فادع في التّوازن بين حقوق والتزامات الأطراف [317].

يتّضح من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة اعتبرت البند المتنازع عليه تعسفيا بما أنّ حقوق والتزامات المستهلك مرتبطة بمحض إرادة شركة دياك، والتي تستأثر لنفسها حصريا حق التصرّف بالبيع في السيارة التي تعرضت للحادث، من خلال اختيار الشّخص المتعاقد معه والشّروط المتعلقة بإعادة البيع، إلا أنّ هذا الإجراء في الواقع هو الذي يحدد قيمة التزامات المشتري الأوّل.

### ت-1-2-2: رفض أحد المتعاقدين منح حق من الحقوق للمتعاقد الآخر

يظهر من خلال دراسة العقود التي تتضمن شروطا تعسّفية أنّ معظم هذه الأخيرة تسلب من المتعاقد حقوق سواء كان مصدرها النصوص الخاصة بحماية المستهلك أو القواعد العامة لنظريّة

[317] Cass. Civ. 1ere, 6 janvier 1994, N° 91-19.424, Bull. Civ. N° 1, 1994, p. 6. *« Mais attendu que la cour d'appel a justement considéré que la clause litigieuse conférait à la Diac un avantage excessif en privant le preneur, tenu de restituer d'abord le véhicule, de toute possibilité de rechercher lui-même un acquéreur ou d'exercer un contrôle sur les conditions de la revente ».*

العقد في القانون المدني، حيث يؤدّي نفي هذه الحقوق إلى خلق عدم توازن صريح بين والتزامات الأطراف[319][318]، وقد استند المشرّع إلى نفي الحقوق كمعيار لتقدير الشّروط التعسّفية سواء في القانون 04-02[320] أو المرسوم التنفيذي 06-306[321].

أما من جانب الاجتهاد القضائي، فقد أكّدت محكمة النّقض الفرنسيّة على عدم مشروعية البنود التي تنفي على المستهلك حقا من الحقوق واعتبارها تعسّفية في العديد من القرارات منها القرار الصادر عن الغرفة المدنيّة الأولى في قضية تتلخّص وقائعها أنّ جمعية حماية المستهلكين رفعت دعوى قضائية ضد شركة تويوتا (Toyota) ومجموعة من الوكلاء المعتمدين للعلامة، من أجل إلغاء بند يفرض على المستهلك القيام بإصلاح السيارة التي اشتراها حصريا لدى ورشاتها أو ورشات الوكلاء المعتمدين من أجل الاستفادة من ضمان صلاحية السيارة.

قضت الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض الفرنسيّة بإلغاء البند المتنازع عليه بسبب غموضه وإيهام المستهلك بضرورة إجراء جميع الإصلاحات لدى شركة تويوتا أو وكلائها المعتمدين ولو كان العطب لا علاقة له بالإصلاحات المشمولة بالضمان، وهو ما يمثل اعتداء على حق المستهلك في اختيار الشّخص الذي سيقوم بإصلاح سيارته في حالة العطب[322].

---

[318] PEGLION-ZIKA Claire-Marie, Op.cit., p. 365 et s.

[319] تجدر الإشارة إلى انه لا يجب التوسيع من مجال هذه الخاصية واعتبار أنّ كل نفي لحق من حقوق المستهلك يعتبر شرطا تعسفيا، بل يجب أن يؤدّي هذا النفي إلى إخلال بالتوازن الإجمالي للعقد بحيث يمنح لأحد الأطراف ميزة غير مبررة.

[320] تنص المادة 29 من القانون 04-02 على أنّه : *" تعتبر بنودا وشروطا تعسّفية في العقود ...*

- *رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته"*

[321] تنص المادة 5 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 على أنّه: *" تعتبر تعسفية، البنود ...*

- *عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.*
- *التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك في حالة عدم التّنفيذ الكلي أو الجزئي أو التّنفيذ غير الصحيح لواجباته.*

*– النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أيّ ة وسيلة طعن ضده."*

[322] Cass. Civ., 20 mars 2013, N°12-14.432, Bull. Civ. N° 3, 2013, p51. *« Qu'en statuant ainsi, alors que le caractère ambigu de la clause, né du rapprochement de l'intitulé de la rubrique sous laquelle elle figure et de sa propre teneur, a pour effet de laisser croire au*

**ت-1-2-3: تحميل المستهلك التزامات غير مبررة**

يتّضح بالرجوع إلى مختلف الشّروط التي تعتبر تعسّفية أنّ البعض منها يسعى إلى فرض التزامات غير مبررة على أحد أطراف العقد، حيث يستغل المهني قوته الاقتصادية أو وضعية التبعيّة التي يكون فيها المستهلك لفرض التزامات قد يكون هو المدين بها قانونا، في هذا الصّدد كرّست المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 [323] تعسف المهني في فرض التزامات غير مبررة على المستهلك باعتبارها شروطا تعسّفية.

تعرضت البنود التي تفرض التزامات غير مبررة على المستهلك لرقابة شديدة من طرف محكمة النّقض الفرنسيّة، والتي لم تتوان في إلغاء أو اعتبار غير مكتوب أيّ بند يفرض على المستهلك التزامات من شأنها خلق اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات الطّرفين، في هذا الصّدد تجدر الإشارة إلى قرار الغرفة المدنيّة الثالثة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة متخصصة في تأجير الشّقق، أدرجت في أحد عقود الإيجار بند يلزم المستأجر بتعويضها عن كل مصاريف صيانة العين المؤجرة مهما كانت طبيعتها، وهو البند الذي اعتبرته محكمة النّقض تعسّفيا، لأنّه يخلق عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد بتحميله المستأجر التزامات غير مبررة تقع أصلا على ذمة المؤجر [324].

---

*consommateur qu'il est tenu, pour bénéficier de la garantie conventionnelle, de faire effectuer par un concessionnaire ou agent Toyota toutes les interventions exécutées sur son véhicule, quand bien même la garantie sollicitée serait sans lien avec ces travaux, créant ainsi à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

[323] تنص المادة 5 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 على أنّه: *" تعتبر تعسفية، البنود ...*

*- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك...*

*- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."*

[324] Cass. Civ. 3eme, 17 décembre 2015, N°14-25.523, Bull. Civ. N 10, 2015, p. 130. « *Qu'en statuant ainsi, alors que la clause litigieuse qui fait peser sur le locataire la quasi-totalité des dépenses incombant normalement au bailleur et dispense sans contrepartie le bailleur de toute participation aux charges qui lui incombent normalement en sa qualité de propriétaire, a pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».*

### ت-2: دور القاضي للتصدي للبنود التعسفية

يقع على القاضي الذي يُعرض عليه النّزاع عبء التصدّي للبنود التعسّفية وإثارتها من تلقاء نفسه، وتوقيع الجزاء المترتب عن وجود مثل هذه الشّروط لحماية الطّرف المضرور من وجودها.

#### ت-2-1: تدخّل القاضي من تلقاء نفسه لإثارة وجود بنود تعسّفية

رغم غياب أي إشارة إلى دور القاضي من أجل التصدّي للبنود التعسّفية في النصوص الخاصة، إلا أنّ المادة 110 من التّقنين المدني تنص صراحة على جواز تدخّل القاضي في حالة وجود بنود تعسّفية في عقود الإذعان التدخّل من أجل معالجة هذه الآفة ويجوز للقاضي التدخّل من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بذلك الطّرف المذعَن[325]، وهو ما أكدته المحكمة القضائية للاتحاد الأوروبي في قرار لها سنة 2009، لما حثت قضاة الموضوع على البحث من تلقاء أنفسهم عن مدى وجود شروط تعسّفية في النزاعات المعروضة عليهم[326].

يترتب عما سبق أنّ النّصوص التي تتضمن قائمة للبنود التي تعتبر تعسّفية غير مقيِّدة للقاضي إنما واردة على سبيل الترشيد وفقط، وهو ما يمكن استنباطه من استعمال المشرّع في نص المادة 29 من القانون 04-02 عبارة " ... *لا سيما البنود والشروط التي* ..."، إذ يقع على القاضي تقدير مدى إخلال أي بند أو شرط بتوازن العقد، دون التقيّد بالنّص القانوني خاصة في ظل الشّلل الذي تعرفه لجنة البنود التعسّفية في الجزائر والتي من سلطاتها تحيين قائمة هذه البنود بصفة دورية.

---

[325] CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, Droit de la consommation, 9eme éd, Dalloz, Paris, 2015, p. 178.

[326] CJUE, 04 juin 2009, C-243/08, *in* http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-243/08&td=ALL/« ...

*2) Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale. ».*

**ت-2-2: توقيع الجزاء عن وجود بنود تعسّفية في العقد**

يستوجب على القاضي الذي يكتشف وجود بنود تعسّفية في العقد، التصدي لهذه الأخيرة، بتوقيع الجزاء القانوني المناسب والذي قد يختلف بحسب الدور الذي يلعبه الشّرط أو البند في العقد.

**ت-2-2-1: اعتبار البند التعسّفي غير مكتوب**

يترتب عن وجود بند تعسفي في العقد الحكم باعتباره غير مكتوب، كَحَلٍ مناسب يتفادى إبطال العقد بأكمله[327]، وهو ما تمّ تكريسه من طرف المشرّع الفرنسي في نص المادة L241-1 من تقنين الاستهلاك[328]، كما يمكن تقريب هذا الجزاء مما نص عليه التّقنين المدني في نص المادة 110 والتي تسمح للقاضي بـ " ... أن يعفي الطّرف المذعَن منها،..."، إذ أنّ إعفاء الطّرف المذعَن من الشّرط التعسّفي يعني إلغاء أثر الشّرط بالنسبة له، وهي النتيجة المترتبة كذلك عن اعتبار الشّرط التعسّفي غير مكتوب في عقد.

**ت-2-2-2: التعديل من الشّرط التعسفي**

يجوز للقاضي الاستناد إلى نص المادة 110 من التّقنين المدني من أجل التعديل من الشّرط التعسفي[329] لإعادة توازن العقد وفقا لما تقتضيه العدالة، غير أنّ هذه السّلطة المعترف بها للقاضي تسمح له بالتدخّل في المضمون العقدي من خلال تعديل التزامات المتعاقدين، وهو ما يُخشى معه زوال الأمن القانوني للعقد، لذلك وعلى عكس المشرّع الجزائري لم يعترف المشرّع الفرنسي بسلطة القاضي في تعديل الشّروط التعسّفية.

---

[327] قريمس عبد الحق، "مواجهة الشّروط التعسّفية في عقود الاستهلاك"، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول " أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، يومي 05و06 ديسمبر 2012، جامعة الشلف، ص 11. (غير منشور)

[328] Code français de la consommation, Op.cit.. Article L. 241-1 stipule que : *« Les clauses abusives sont réputées non écrites. »*

[329] قريمس عبد الحق، المرجع السابق، ص 6.

## المبحث الثاني

## أزمة النّظرية التّقليدية للعقد

لاحت في الأفق أزمة النظريّة التّقليدية للعقد، تتمثل أساسا في عدم قدرة النّظرية بمضمونها التقليدي على ضمان المصلحة الاجتماعية التي كان من المفروض أن يحققها العقد، إذ تحوّل هذا الأخير من وسيلة لتلبية الحاجات وتبادل المصالح بين أفراد المجتمع إلى وسيلة لكسب الثروة وتحقيق المصلحة الخاصة على حساب المصلحة الاجتماعية، ما جعل التدخّل من أجل إعادة الأمور إلى نصابها أكثر من ضروري[330]، في خطوة أعادة النّظر في مفهوم العقد.

تتجلى أزمة النّظرية التقليدية للعقد من خلال تبلور بعض المفاهيم الأساسية التي كانت قوام لها كمفهوم النّظام العام الذي عرف تطورا كبيرا يتمثل في ظهور مفاهيم جديدة تخرج عن مفهوم النّظام العام السياسي التقليدي، والتي سمحت للقاضي بتبرير تدخله في العقد (المطلب الأوّل).

بغض النظر عن تبلور المفاهيم التقليدية، أصبح في الوقت الراهن الخروج على المبادئ التوجيهية لنظريّة العقد أمر مقبول، في حين كان يعتبر ذلك مستبعد في ظل النّظرية التقليدية حيث استغل القضاء الفرنسي السلطة الممنوحة له بتفسير العقد من أجل فرض التزامات حديثة على المتعاقدين، كما أدى ظهور النّظام العام بمفهومه الجديد إلى تدخّل القاضي للحد من القوة الملزمة للعقد في بعض الحالات (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

### تبلور مفهوم النّظام العام

تزامن ظهور النّظرية الحديثة للعقد مع تبلور بعض مفاهيم النّظرية التقليدية ومنها مفهوم النّظام العام الذي بات من القيود الأولى التي وُضعت من طرف المشرّع للحد من حرية المتعاقدين في تنظيم العلاقة التّعاقدية (الفرع الأول).

إلا أنّ الآونة الأخيرة حملت العديد من التطورات الفقهية والقانونية للمفهوم، حيث لم يتوقف المدلول القانوني للنظام العام عن التبلور حتى في الزّمن المعاصر، أين أصبحت الاستعانة

[330] العشماوي أيمن إبراهيم، مفهوم العقد ...، المرجع السّابق، ص 155.

بالمفاهيم الحديثة للنظام العام لتبرير التدخّل القانوني والقضائي للتقليص من الحريّة التعاقدية أو الحد من القوة الملزمة للعقد مُشاع (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## النّظام العام قيد تقليدي على حريّة التّعاقد

يعتبر النّظام العام من بين أهم القيود التقليدية للحرية التّعاقدية، حيث اعترفت مختلف التشريعات بهذا القيد (أولا)، إلا أنّه لم يرد أيّ تعريف للنّظام العام في النّصوص القانونية (ثانيا) على اعتبار أنّ مهام وضع التعاريف من اختصاص الفقه وليس التشريع.

### أولا: اعتراف مختلف التشريعات بالنظّام العام والآداب العامة

اعترفت مختلف التشريعات المقارنة بالنظّام العام كقيد عن الحريّة التّعاقدية، فقد أكّدت المادة 93 من التّقنين المدني الجزائري[331] فيما يتعلق بركن المحل على قيد النّظام العام بالنّص على أنّه:" *إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلان مطلق*"، كما نص المشرّع الجزائري على القيد نفسه في ركن السّبب من خلال المادة 97 من التّقنين المدني[332] بالنّص على أنّه:" *إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنّظام العام أو للآداب كان العقد باطلا*".

يتّضح مما سبق أنّ المشرّع الجزائري اعترف بالنّظام العام كقيد عند تطرقه لنظريّة العقد، في حين نجد بعض التشريعات اعترفت بالنظّام العام والآداب العامة في مستهل قوانينها عند التطرّق إلى المبادئ العامة، هذا إن دلّ على شيء إنّما يدل على اعتبار هذه التشريعات النّظام العام والآداب من المبادئ التي تحكم ذات القانون بمجمله، في هذا الصّدد منع التّقنين المدني الفرنسي في المادة 6 [333] أيّ اتفاق بين الأفراد من شأنه المساس بالقواعد المتعلق بالنظّام العام والآداب

---

[331] وهي تقريبا نفس مضمون المادة 136 من التّقنين المدني المصري.

[332] وهي تقريبا نفس مضمون المادة 137 من التّقنين المدني المصري.

[333] Article 6 du Code civil français stipule que : *« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »*

كما اعتبرت بعض التشريعات النّظام العام والآداب العامة مبادئ لا يمكن خرقها ليس فقط في مجال العقد، بل وحتى في ممارسة الفرد لحقوقه أو التّنازل عليها، وهو حال المشرّع الكبكي في نص المادتين 8 [334] و 9 [335] من التّقنين المدني.

**ثانيا: تعدد محاولات تعريف النّظام العام**

ترك المشرّع مهمة تعريف النّظام العام للفقه، إلا أنّه من الصعب بما كان التحكّم في هذا المفهوم الزّلج، إذ من العسير إدخاله في وعاء ذو حدود معروفة[336]، فالبحث عن تعريف للنظام العام هو المغامرة في رمال متحركة مثلما أشار إلى ذلك أحد الباحثين[337]، غير أنّه رغم هذه الصّعوبة،يمكن الوقوف على العديد من التعاريف الفقهية للنّظام العام، فيرى أحد الباحثين[338] أنّه "مجموعة من المبادئ والأسس الضرورية لتعايش أفراد الجماعة فيما بينهم" فيما شبه الأستاذ Yves LEQUTTE النّظام العام بالصخرة التي يبنى عليها المجتمع [339].

كما عرّف الأستاذ هنري كابيتان(Henri CAPITANT) النّظام العام على أنّه "النّظام في الدّولة، أيّ تنظيم المؤسسات، تنظيم القواعد التي تعتبر أساسية لسير الدّولة"[340]، وهو تعريف

---

[334] Article 8 du Code civil québécois stipule que : *« On ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public. »*

[335] Article 9 du Code civil québécois énonce que : *« Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public. »*

[336] CARBONNIER Jean, Droit civil les biens …, Op.cit., p. 2037./ GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 380.

[337] MALAURIE Philippe, Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparée) – France, Angleterre, URSS-, thèse pour le doctorat, université de Paris, 1951, p. 2.*« Chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants… »*

[338]عيساوي عز الدّين، " البحث عن نظام عام للنظام العام"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، منشور فيالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص 2015، ص 375.

[339] LEQUETTE Yves, « ouverture »,*in* colloque sur « les mutations de l'ordre public contractuel », Paris, 9 mai 2011, R.D.C., N°1, 2012, p. 262.

[340] CAPITANT Henri, Introduction à l'étude du droit civil (notions générales), 5eme éd., A. PEDONE éditions, Paris, 1929, p. 61. *« L'ordre public est l'ordre dans l'état, c'est-à-dire,*

يقترب كثيرا من الذي اعتمده الأستاذ فيليب مالوري (MALAURIE Philippe) بالقول أنّ النّظام العام هو السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة[341].

سرد الأستاذ فيليب مالوري (Philippe MALAURIE) عند نهاية رسالته حوالي 21 تعريفا فقهيا وقضائيا للنظام العام، سواء من الفقه والقضاء الفرنسي أو المقارن [342]،ولا يمكن اعتبار هذه التعاريف حصرية لاستحالة الإلمام بجميعها، وهو ما يؤكد استحالة حصر مفهوم النّظام العام في وعاء معيّن.

## الفرع الثاني

## مساهمة النّظرية الحديثة للعقد في تبلور مفهوم النّظام العام

يُعتبر عجز القواعد التّقليدية لنظريّة العقد على حماية مصالح الأطراف السّبب الرئيسي في ظهور مفاهيم متعدّدة للنّظام العام، في ظل تطوّر المجتمع على نحو لم يعد تكافؤ المراكز القانونية للأطراف مفترض، ما أدّى إلى خلق نوع من التبعيّة لأحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر، هذا الوضع أدّى إلى استحداث مفاهيم جديدة للنظام العام (أولا)، بازدواجية من حيث المضمون (ثانيا).

### أولا: ظهور مفاهيم جديدة للنظام العام

أدّى عجز المبادئ التقليدية لنظريّة العقد على توفير الحماية اللازمة لمصالح الأطراف المتعاقدة إلى ظهور ما يسمى بالنظّام العام الاقتصادي، والذي يتميّز بخصائص غير تلك المعروفة في النّظام العام التقليدي.

#### 1- النّظام العام بأولويات جديدة

ظهرت فكرة النّظام العام الاقتصادي في ظل عجز المبادئ التقليدية لنظريّة العقد (سلطان الإرادة على وجه الخصوص) في حماية مصلحة بعض فئات المجتمع، فنشَأت فكرة تدخّل الدّولة

---

*l'arrangement des institutions, l'organisation des règles indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'état. »*

[341] MALAURIE Philippe, L'ordre public et le contrat (étude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.), Matot-Braine éd., Reims, 1953, p. 69.

[342]MALAURIE Philippe, Les contrats …, Op.cit., p. 445.

من أجل توجيه العقد على نحو يضمن الغاية الاجتماعية من إبرامه[343]، وتوفير الحماية اللازمة للمتعاقد الذي يتواجد في مركز ضعف بالنّظر إلى القوّة التي يتمتع بها الطّرف الآخر[344].

يقول الفقيه جورج ريبر (RIPERT Georges) بصدد الحديث عن النّظام العام الاقتصادي، أنّ: «Abstraite *et permanente, la règle légale ne peut que donner un type uniforme de contrat. C'est toujours par la même voie que devra être atteint le but auquel visent les contractants.* ***La route est tracée et il n'est point possible de s'en écarter. Un ordre naît de cette réglementation****, qui est bien un ordre public, mais de nature différente. »*[345]

يظهر من كلام الفقيه ريبر أنّ النّظام العام التقليدي ترك حريّة للأفراد في تحديد الالتزامات النّاشئة عن العقد الذي يرغبون في إبرامه من حيث الكم، لكن هذه الحريّة تترك مكانها لتنظيم قانوني مفصل يتكفّل ببيان كيفية الوصول إلى المبتغى من إبرام العقد، على نحو موحد لا يمكن للأفراد الانحراف عنه، بالتّالي ينشأ نظام عام بصيغة جديدة لإجبار المتعاقدين على التصرف بطريقة معيّنة من أجل تحقيق الهدف من إبرام العقد، فظهر نظام عام جديد آمر يختلف عن النّظام العام التقليدي المعروف بأنّه نظام عام ناهي.

يرى الفقيه جون كربونييه (Jean CARBONNIER) أنّ النّظام العام التقليدي كان يَعرف نوع من القواعد ذات الطابع الاقتصادي، غير أنّ هذه الأخيرة كانت تسعى للمحافظة على الحريّة التّعاقدية في ظل اللبرالية الاقتصادية بعيدا عن تدخّل الدّولة والمحافظة على المصلحة العامة،وقدم الفقيه كمثال ببعض المواد كالمادة 537 فقرة 1 من التّقنين المدني الفرنسي[346] أو المادة 686 من

---

[343] فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 21.

[344] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 427.

[345] RIPERT Georges, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, T2 (les sources générales des systèmes juridiques actuels), Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 348.

[346] Article 537-1 du Code civil français stipule que *: « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. ».*

التّقنين نفسه[347]، التي تمنح للمالك أو الحائز الحريّة التامة في التمتع بالملكية أو الحيازة على الوجه الذي يرغب به في ظل احترام القانون والنّظام العام[348].

**2- خصائص النّظام العام الاقتصادي**

يظهر التغيّر الحاصل في النّظام العام التّقليدي من خلال بعض الخصائص التي يتميز بها النّظام العام الاقتصادي ومنها خاصية عدم الاستقرار والصّبغة الآمرة التي يستقل بها عن النّظام العام التقليدي.

**أ- خاصية عدم استقرار النّظام العام الاقتصادي**

يتميّز النّظام العام الاقتصادي على خلاف النّظام العام التقليدي بسرعة التغيّر وعدم الاستقرار، حيث يشير أحد الباحثين[349] أنّ هذه الخاصية ناتجة عن اعتبار النّظام العام الاقتصادي وسيلة لتدخّل الدّولة في العقد، من أجل فرض نمط معيّن قد يختلف بحسب السياسة المنتهجة من طرفها، كما أنّ التحولات الاقتصادية في دولة معيّنة قد يجعلها تتبنى إستراتيجية مختلفة من زمن لآخر.

**ب- قيام النّظام العام الاقتصادي على أولويات جديدة**

يهدف النّظام العام الاقتصادي إلى حماية بعض الفئات التي يرى المشرّع أنّ حمايتها ضرورية[350] لجعل العقد أداة لتبادل المصالح قبل أن يكون أداة لتحقيق الثروة، على عكس النّظام

---

[347] Article 686 du Code civil français stipule que : *« Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. ».*

[348] CARBONNIER Jean, Droit civil, les biens …, Op.cit., p. 2039.

[349] RAYNAUD Pierre, Cours de droit civil (l'ordre public économique), les cours de droit, Paris, 1965, p. 85.

[350] بلميهوب عبد الناصر، "النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص 388.

العام التّقليدي الذي يرمي إلى حماية المبادئ التي يقوم عليها المجتمع بنوع من الشّمولية والعلو حيث كانت تنحصر في مجالات كالدّولة، العائلة، والإنسان[351].

**ت- النّظام العام الاقتصادي نظام عام آمر**

تعتبر هذه الخاصية ميزة أساسية في النّظام العام الاقتصادي، إذ وعلى خلاف النّظام العام التقليدي الذي ينهى الفرد عن بعض التصرفات التي تعتبر ضرورية لكيان المجتمع فإنّ النّظام العام الاقتصادي يفرض على الأطراف عادة تصرف معيّن يجب إتباعه تحت طائلة بطلان التصرف[352].

**ثانيا: ازدواجية مضمون النّظام العام الاقتصادي**

ميّز الفقيه كاربونييه بين نوعين من النّظام العام الاقتصادي، بحسب الغاية من إقراره في هذا الصّدد قد يكون الهدف من النّظام العام توجيه اقتصاد الدّولة نحو اتجاه معين، في هذه الحالة يسمى بالنظّام العام التوجيهي، في حين قد يهدف النّظام العام إلى حماية طائفة من الأفراد بحسب مراكزهم القانونية، فيسمى بالنظّام العام الحمائي[353]،وفي كلتا الحالتين يتدخّل المشرّع من أجل وضع حد للحرية التّعاقدية، وتظهر أهمية التمييز بين النظامين بالنّسبة للأثر المترتب عن الإخلال بكل واحد منهما.

**1- النّظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي**

يرى جانب من الباحثين[354] أنّ تدخّل المشرّع لوضع حد لسلطان الإرادة يرمي إلى توجيه اقتصاد الدّولة نحو اتجاه يختلف بحسب السياسة الاقتصادية المنتهجة، حيث تسعى الدّولة من

---

[351] CARBONNIER Jean, Droit civil, les biens …, Op.cit., pp. 2038-2039.

[352] Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Droit des obligations, 8emeed., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2016, p. 328.

[353] CARBONNIER Jean, Droit civil, les biens …, Op.cit., p. 2039.

[354] نساخ بولقان فاطمة، " مفهوم النّظام العام بين الشّريعة العامة والتّشريعات الخاصة"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص،

خلال هذا التدخّل إلى حماية المصلحة العامة، ولعل أحسن مثال عن النّظام العام التوجيهي هو تدخّل الدّولة من أجل ضبط أسعار بعض المواد على أساس أنّ ترك السوق يحدد سعر هذه السلع قد يؤدّي إلى الإخلال بالمصلحة العامة، حيث يعتبر التدخّل في هذا الصّدد كقيد على حريّة تحديد السّعر بين المتعاقدين.

يرى الفقه[355] أنّ النّظام العام الاقتصادي التوجيهي بلغ ذروته بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، معتبرا وأنّ دوره تقلص تحت ضغط النّظام الاقتصادي اللبرالي بما يحمله من سياسة تحرير الأسعار، لكن هذا لا يعني زوال هذا النّمط من التدخّل لأن الملاحظ هو استمرار الدّولة في التقييد من حريّة التّعاقد تنفيذا لسياسة اقتصادية معينة، تهدف من خلالها إلى توجيه الاقتصاد بحسب أولوياتها في زمن معين.

أما النّظام العام الحمائي فيُعرّف على أنّه مجموعة من النّصوص القانونية التي تهدف في مجملها إلى الحد من الحريّة التّعاقدية بهدف حماية الطّرف الضعيف في العقد[356]، وعليه فإنّ النّظام العام الحمائي ينطلق من فرضية عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين، من أجل تبرير تدخّل المشرّع أو القضاء لفرض حماية لأحد الأطراف على حساب الطّرف الآخر.

يبدو أنّ التمييز بين النّظام العام التوجيهي والحمائي واضح منذ الوهلة الأولى، إلا أنّ جانب من الباحثين[357] يشير إلى صعوبة التمييز بينهما في بعض الحالات بالنّظر إلى التّداخل بين الأهداف الاقتصادية والاجتماعية لأي سياسة تنتهجها الدّولة، فيمكن إدراج القواعد التي تحدد الأجر القاعدي المضمون في كلا النظامين، فهدف هذه القواعد هو توجيهي وهو المحافظة على

---

2015،ص 415./ نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشّخصي والموضوعي في الالتزام (نحو معيار مشترك يحكم دور الإرادة في تكوين الالتزام وتنفيذ آثاره "دراسة نظرية تطبيقية مقارنة")، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مارس–يونيو 1979، ص 128.

[355] CARBONNIER Jean, Droit civil, les biens …, Op.cit., p. 2040 / MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p.328.

[356] COUTURIER Gérard, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vielle notion neuve », *in* études offertes à Jacques FLOUR, Défrenois, Paris, 1979, p. 95.

[357] CUMYN Michelle, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », R.J.T., N° 1, 2007, p. 22/MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p. 329.

قدرة شرائية في مستوى معيّن، يقينا أنّ عنصر الاستهلاك عامل مميز في عجلة التنمية بالنّسبة للدول الرأسمالية، إلا أنّ هدفها كذلك حمائي وهو حماية العامل من استغلال رب العمل لوضعية التبعيّة التي يكون فيها لفرض أجر منخفض بكثير بالمقارنة مع العمل الذي يؤديه العامل.

كما أنّ البحث على حماية المصالح الشّخصية للمتعاقد الضعيف، ستؤدي في نهاية المطاف إلى حماية المصالح المشتركة والعامة للمجتمع، بالتّالي فالنظام العام الحمائي مآله الأخير هو حماية المصلحة العامة للمجتمع، عن طريق حماية المصالح الشّخصية للأفراد[358].

يظهر جليا أنّ ما يثير الجدل في تطوّر النّظام العام هو النّظام العام الحمائي، لأنّه هو الذي يبرز في الواقع الأزمة التي عاشها العقد في بداية القرن 20 والتي تستمر إلى الوقت الراهن جاعلا من الآراء الفقهية تتضارب بين المعارض والمؤيّد، كما كان النّظام العام الحمائي مبررا في العديد من الالتزامات النّاشئة عن حسن النيّة في العقد، كالالتزام بالإعلام في مجال عقود الاستهلاك بصفة عامة، أو الالتزام بالحماية الذي يقع على بعض الفئات من المجتمع كأرباب العامل مثلا، ومن هنا تظهر أهمية التطرّق إلى تطوّر مفهوم النّظام العام والعلاقة التي تربطه بالالتزام بحسن النيّة في العقد.

### 2- التّمييز بين النّظام العام الحمائي والتوجيهي من حيث درجة البطلان

ميز الفقه بين النّظام العام الحمائي والتوجيهي من جانبين أساسيين وهما طبيعة الجزاء المترتب عن الإخلال بقواعد النّظام العام الاقتصادي، ومدى إمكانية التنازل عن القواعد المتعلقة بهذا النّظام العام.

#### أ: طبيعة الجزاء المترتب عن الإخلال بالنظّام العام الاقتصادي

تظهر أهمية التمييز بين النّظام العام التوجيهي والحمائي في اختلاف درجة البطلان الناتج عن كل واحد منهما، بحيث يكون جزاء مخالفة قواعد النّظام العام التوجيهي هو البطلان المطلق

[358] CUMYN Michelle, Op.cit., p. 23.

بما يحمله من خصائص، بحيث لا يجوز للأطراف الاتّفاق على مخالفته[359] في حين أنّ مخالفة قواعد النّظام العام الاقتصادي الحمائي لا يترتب عنه إلا البطلان النّسبي[360].

غير أنّ القضاء الفرنسي يبدو متذبذبا في هذا الشأن، وأحسن مثال على ذلك موقفه من بند إنهاء علاقة العمل بمجرد بلوغ العامل سن معيّنة، أو ما يسمى بـ « La clause couperet » المنصوص عليها في المادة L.1237-4 في فقرتها الثانية من تقنين العمل الفرنسي[361] والتي أقرّت صراحة ببطلان هذا البند في العقد بالنّص على أنّه:

*« Sont nulles toutes stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail et d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse. »*

تجدر الإشارة في البداية إلى القرار الصادر عن محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ هيئة الضّمان الاجتماعي الفرنسي أحالت أحد موظفاتها على التقاعد ببلوغها سن 65 سنة مثلما تضمنته الاتّفاقية الجماعية لموظفي هيئة الضمان الاجتماعي الفرنسي في المادة 58، إلا أنّ الموظفة رفضت تطبيق هذا المادة من الاتّفاقية الجماعية لأنها مخالفة للمادة L122-14-12 من تقنين العمل الفرنسي[362]، والتي تُعتبر من النّظام العام، وقد استجابة الغرفة الاجتماعية لمحكمة النّقض الفرنسيّة لطلبات الموظفة معتبرة بأن أيّ مخالفة لنص المادةL122-14-12، يجعل من العقد أو الاتّفاق باطل *"بطلان من النّظام العام المطلق"*[363].

---

[359] MESTRE Jacques, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », R.T.D.C., N° 3, 1998, p. 670

[360] LUBY Monique, « À propos des sanctions de la violation de l'ordre public », C.C.C., N° 2, 2001, p. 4/ GHESTIN Jacques, La formation du contrat, T2 l'objet et la cause- les nullités, 4eme, LG.D.J.-Lextenso, Paris, 2013, p. 869 et 882./ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p. 329/ CARBONNIER Jean, Droit civil, les biens …, Op.cit., p. 2041.

[361] Code français du travail, 80eme éd., Dalloz, Pris, 2017-2018.

[362] وهو النّص القديم للمادة L1237-4 من التّقنين العمل الفرنسي الحالي.

[363] Cass. Soc., 15 mars 1995, N° : 90-46.098, Bull. Civ. , N° 2, 1995, p. 62. *« Mais attendu qu'en application de l'article L. 122-14-12, alinéa 2, du Code du travail, est entachée d'une nullité d'ordre public absolue,; qu'ayant exactement retenu que tel était le cas de l'article 58*

يتّضح من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة اعتبرت أنّ نص المادة 58 من الاتّفاقية الجماعية للموظفين المنتمين للضمان الاجتماعي الفرنسي والتي تنص على أنّ عقد العمل منتهي بقوة القانون بمجرد بلوغ الموظف سن معين، مخالف للمادة L.122-14-12 والتي تعتبر من النّظام العام المطلق، إذ لا يجوز للأطراف الاتّفاق على مخالفتها.

أما عن القرار الثاني الذي يجب الإشارة إليه، فهو نقيض القرار السّالف الذّكر رغم التشابه الكبير من حيث الوقائع، والتي تتلخّص في أنّ اتحاد تغطية اشتراكات الضمان الاجتماعي والمنح العائلية الفرنسي (URSSAF) أحال أحد موظفيه على التّقاعد ببلوغه سن 60 سنة في حين أنّ المادة 58 من الاتّفاقية الجماعية السّالفة الذكر حددت السن بـ 65 سنة، فقام برفع دعوى قضائية ضد الهيئة المستخدمة والتي تمسكت ببطلان المادة 58 من الاتّفاقية الجماعية بما أنّها مخالفة لنص قانوني من النّظام العام، إلا أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة بتشكيلة الغرف المجتمعة رفضت طلب الهيئة المستخدمة مؤكدة على أنّ المطالبة ببطلان المادة 58 من الاتّفاقية مقرر لمصلحة العامل فقط دون الهيئة المستخدمة[364].

الملاحظ من خلال هذا القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة غيّرت من موقفها فيما يتعلق بطبيعة الجزاء المترتب عن الإخلال بنص المادة L.122-14-12 من تقنين العمل، حيث اعتبر القرار المذكور أوّلا أنّ مخالفة هذا النّص يترتب عنه البطلان مطلق، في حين أقر القرار المذكور ثانيا بعكس ذلك لمّا حصر إمكانية المطالبة ببطلان المادة 58 من الاتّفاقية في العامل دون المؤسسة المستخدمة، وهو ما يُفهم منه ضمنيا أنّ المادة L.122-14-12 من تقنين العمل ليست من النّظام العام المطلق.

---

*de la convention collective du personnel des organismes de sécurité sociale qui prévoit que le contrat de travail prend fin de plein droit au 65e anniversaire de l'agent ... ».*

[364] Cass. Plen., 06 novembre 1998, N° 97-41.931, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 5. *« Mais attendu que les dispositions de l'article L. 122-14-12, alinéa 2, du Code du travail n'ont été édictées que dans un souci de protection du salarié ; que, dès lors, l'employeur est irrecevable à s'en prévaloir ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux de l'arrêt, celui-ci se trouve légalement justifié ; ».*

يعتبر القرارين السّالفي الذّكر صورة عن عدم استقرار القضاء الفرنسي في مسألة طبيعة البطلان الناتج عن مخالفة أحكام النّظام العام الاقتصادي، رغم أنّ الباحثون[365] يعتبرون بأنّ قضاء محكمة النّقض الفرنسيّة وبالخصوص غرفتها الاجتماعية يميل في الآونة الأخيرة إلى اعتبار أنّ مخالفة أحكام النّظام العام الحمائي يرتب بطلان نسبي للعقد، هذا ما يمكن استخلاصه من خلال فتح مجال التمسّك به بالنّسبة للطرف المُراد حمايته، دون الطّرف الآخر، كما لا يمكن للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه[366].

**ب: من حيث إمكانية التنازل عن أحكام النّظام العام الاقتصادي**

يشير غالبية الباحثين[367] إلى أنّ النّظام العام الاقتصادي التوجيهي هو نظام عام مطلق لا يمكن للأفراد التّنازل عنه، على أساس أنّ هذا الأخير لا يرمي إلى حماية مصلحة فرد معين، إنّما يهدف إلى حماية مصلحة عامة تفوق المصلحة الشّخصية للفرد، في حين أنّ الجدل يبقى قائما حول إمكانية التنازل على قواعد النّظام العام الحمائي، في هذا الصّدد يشير الفقه[368] إلى عدم إمكانية هذا التنازل في المرحلة السّابقة على التّعاقد، لأنّ المتعاقد لا يعلم قيمة ما يفقده من مزايا في هذه المرحلة المتقدمة من العقد، وهو ما أكّدته العديد من قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة.

تجدر الإشارة تأكيدا لما سلف إلى قرار محكمة النّقض في قضية تتلخص وقائعها أنّ سيدة أبرمت عقد قرض في اليوم التاسع الذي يلي تلقيها عرض من أحد البنوك، في حين أنّ نص المادة L.312-10 فقرة 2 من تقنين الاستهلاك الفرنسي منحها مهلة 10 أيّام عمل من أجل التعبير عن إرادتها، فقامت برفع دعوى قضائية من أجل إبطال عقد القرض، وهو ما عارض عليه البنك متمسكا بأنّ قيام المقترضة بإبرام العقد في اليوم التاسع الذي يلي تلقيها العرض هو تنازل ضمني

---

365 MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Variations autour de l'ordre public », R.T.D.C., N° 1, 2003, p. 86.

366 GOUTURIER Gérard, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de le Chambre sociale de la Cour de cassation », *in* Le contrat au début du XXIe siècle, études offertes à Jacques GHESTIN, LG.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2015, p. 284.

367 MESTRE Jacques, « De la renonciation … », Op.cit., p. 670.

368 CARBONNIER Jean, Droit civil, les biens …, Op.cit., p.2040.

عن المدّة المتبقية، غير أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة قضت بإبطال العقد على أساس أنّه لا يمكن للمقترض التنازل عن المدة المقررة في المادة السّالفة الذكر، باعتبار هذا الأخيرة من النّظام العام[369].

أكد أحد الباحثين[370] في تعليقه على القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة بررت موقفها بضرورة الاستمرار في حماية الطّرف الضعيف في العلاقة التّعاقدية، رغم تنازله في المرحلة السّابقة على التّعاقد عن حق مكفول له قانونا، وذلك باستعمال أداة النّظام العام الحمائي، ففي المثال السّابق يتّضح أنّ المقترضة بإبرامها العقد قبل نهاية المدّة المنصوص عليها قانونا قد تنازلت ضمنا بهذه الحماية قَبل إبرام العقد، وهو التصرّف الذي رفضته محكمة النّقض في قرارها.

غير أنّ تنازل المتعاقد عن حق مكرس بمقتضى النّظام العام الحمائي بعد الحصول على هذا الحق جائز، وهو ما يمكن استخلاصه من قرار لمحكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ زوجين قررا فسخ عقد يربطهما بمقاول كان من المقرر أن يقوم ببناء منزل لهما، ويرجع سبب الفسخ إلى رفض البنك منح قرض إلى الزوجين وهو ما يفتح لهما المجال قانونا بفسخ العقد الذي يربطهما بالمقاول تطبيقا لنص المادة L.312-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[371]، إلا أنّ هذا الأخير طالب الزوجين قضائيا بالتعويض عن فسخ العقد ورفض تطبيق مضمون المادة المذكورة أعلاه.

---

[369] Cass. Civ., 09 décembre 1997, N° 95-15.494, Bull. Civ. N° 1, 1997, p. 249. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'acceptation avait été donnée avant l'expiration du délai de dix jours suivant la réception de l'offre, et que la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 312-10 du Code de la consommation n'est pas possible, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; ».*

[370] FAGES Bertrand, « De la renonciation … », Op.cit., p. 671

[371] تحول مضمون المادة L.312-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي إلى المادة L.313-41 بعد تعديل تقنين الاستهلاك سنة 2016. تنص المادة L.313-41 فقرة 2 بعد التعديل على أنّه:

*« Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. ».*

أكدت الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض الفرنسيّة على أحقية المقاول في الحصول على تعويض بما أنّ الزوجين قد قاما بالتوقيع على رخصة البناء بعد تبليغهما من طرف البنك برفض منح القرض، معتبرة أنّ هذا الإجراء هو تنازل عن الحق المكرس في المادتين L.312-16 و L.312-17 من تقنين الاستهلاك، والتي يمكن للمتعاقد التنازل عن تطبيقهما بعد اكتساب الحق المتضمن فيهما[372].

يتّضح من القرار أنّ قواعد النّظام العام الحمائي ليست من النّظام العام المطلق، بل يمكن للطرف الذي اكتسب هذا الحق التنازل عنه لتحقيق مصلحة أخرى أو للتفاوض حول حق آخر يرى بأنّه أصلح بالنّسبة إليه من الحق المكفول له قانونا.

## المطلب الثاني

## الخروج المتكرّر عن المبادئ التقليدية لنظريّة العقد

بغض النّظر عن الانتقادات الموجّهة للمبادئ التي تقوم عليها حُسن النية، فإنّ الاعتقاد بأنّ الإرادة وحدها كفيلة على ضمان توازن مصالح المتعاقدين اعتقاد ساذج، لأنّه لا يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة إلا إذا كان أطراف العقد على نفس الدرجة من الذكاء وفي نفس المركز القانوني من حيث القوّة الاقتصادية مثلا، إلا أن هذه المساواة صعبة إن لم نقل مستحيلة التحقّق.

أدّى عجز النّظرية التقليدية للعقد على ضمان استمرارية هذا الأخير إلى تدخّل المشرّع في العديد من الحالات من أجل ضبط العلاقة التعاقدية، ما أدى إلى انفلات العقد من السلطة المطلقة لإرادة للأطراف، نحو تزايد للتدخل التشريعي والتنظيمي في المضمون العقدي (الفرع الأول).

---

[372] Cass. Civ., 17 mars 1998, N° 96-13.972, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 79. *« Mais attendu, d'abord, que s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel s'est prononcée comme elle a fait; qu'ensuite, ayant relevé qu'en dépit du refus que la banque sollicitée avait opposé à leur demande de crédit, les époux avaient néanmoins poursuivi l'exécution du contrat en signant des demandes de permis de construire et de démolir, sans même informer le constructeur de ce refus, et qu'enfin ils avaient abandonné leur projet de construction en invoquant le caractère tardif du permis de construire et le refus du permis de démolir, la cour d'appel a pu déduire de cet ensemble de circonstances que les époux X... avaient manifesté sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir du jeu de la condition suspensive ; ».*

من جانب آخر، وضعت النّظرية الحديثة للعقد العديد من الآليات من أجل التدخّل في مرحلة تنفيذ العقد وبالتالي التقليص من حدة قوته الملزمة، سواء كان ذلك لإعادة التّوازن الاقتصادي أو لحماية أحد الطرفين بالنظر إلى مركزه القانوني (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## الخروج المتكرر عن مبدأ سلطان الإرادة

تتعدد المصالح التي تحظى بالحماية القانونية على درجات متفاوتة، تجعل من البعض منها أجدر للحماية من البعض الآخر، لتشكّل هذه المصالح هرم قِمَّته المصلحة العامة للمجتمع والتي تعتبر أسمى المصالح الجديرة بالحماية، لذلك يتدخل القانون في العديد من الحالات من أجل الحد من حريّة التعاقد مراعاة لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع[373].

تزايدت مظاهر الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة بسبب تطوّر مفهوم النّظام العام الاقتصادي بنوعيه (التوجيهي والحمائي) حيث نتج عن ذلك التّقليص من الحريّة التّعاقدية للأفراد بطرق وأوصاف مختلفة[374]، سواء كان عن طريق إلزامية التّعاقد (أولا) أو التقليص من حريّة اختيار الشّخص المتعاقد معه (ثانيا) أو التدخّل في المضمون العقدي (ثالثا).

### أولا: إجبارية التّعاقد

تظهر إجبارية التّعاقد من بين القيود الحديثة الأكثر تأثيرا على الحريّة التّعاقدية[375]، حيث يتم إجبار الأفراد على إبرام عقد دون ترك أيّ مجال لإرادة المتعاقد في ذلك ولم يكن يُتصور في ظل النّظرية التقليدية للعقد وجود مثل هذا القيد، على اعتبار أنّ حريّة الفرد في التّعاقد من عدمه تكرّس مصلحته الشّخصية، إلا أنّ تطوّر الحياة الاجتماعية وخاصة زيادة المخاطر الصناعية أجبرت المشرّع على فرض بعض العقود.

---

[373] Mekki Mustapha, L'intérêt général et le contrat (contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, L.G.D.J., paris, 2004, p. 1. *« ... La hiérarchie sied bien la notion d'intérêt général conçu traditionnellement comme s'imposant, voir s'opposant aux intérêts particuliers » .*

[374] V. RAHAL Mohamed, Essaie sur les atteintes à la liberté contractuelle, thèse de doctorat en droit, université de Paris, 1951, PP. 35-37.

[375] حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السّابق، ص 77.

تجدر الإشارة في هذا المقام على سبيل المثال لا الحصر إلى ما نص عليه المشرّع الجزائري في القانون المتعلق بإلزامية التّأمين على السيارات، المكرس في المادة الأولى من الأمر 74-15[376] والتي تنص على أنّه: *"كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تامين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة وذلك قبل إطلاقها للسير"*.

كما انتهج المشرّع نفس الطريقة فيما يتعلّق بالتأمين على الكوارث الطبيعية، حيث تنص المادة الأولى من الأمر 03-12[377] على أنّه:*"يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر، شخصا طبيعيا كان أو معنويا ما عدى الدّولة أنّ يكتتب عقد تامين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية"*.

يتّضح جليا من خلال النصين السّابقين أنّ المشرّع لا يول أيّ اهتمام لإرادة مالك السيّارة أو مالك البناء في إبرام عقد التأمين من عدمه، بل يفرض ذلك باعتبار أنّ المصلحة التي يرمي المشرّع تحقيقها من خلال هذا الإجبار تتجاوز حد المصلحة الشّخصية للمالك إلى ضرورة تحقيق الصالح العام، بإعمال خاصية التّضامن لتغطية الإضرار التي قد تحصل نتيجة لتحقق الخطر المؤمَّن ضده.

يأخذ كذلك القيد الوارد على حريّة الفرد في التّعاقد وصف آخر هو الإدماج الحتمي أو الإجباري في نظام معيّن كما هو الحال في مجال التّأمينات الاجتماعية، حيث تنص المادة 6 من القانون 83-11[378] على أنه: *" ينطوي **وجوبا** تحت التأمينات الاجتماعية الأشخاص الذين يشتغلون في التراب الوطني أيّا كانت جنسيتهم سواء أكانوا يعملون بأية صفة من الصفات وحيثما*

---

[376] أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 يناير سنة 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التّعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج. عدد 15، مؤرخ في 19 فبراير سنة 1974، معدّل ومتمّم بمقتضى القانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 يوليو سنة 1988، ج.ر.ج.ج. عدد 29، مؤرخ في 20 يوليو سنة 1988.

[377] أمر رقم 03-12 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر.ج.ج. عدد 52، مؤرخ في 27 غشت سنة 2003.

[378] قانون رقم 83-11 مؤرخ في 02 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر.ج.ج. عدد 28، مؤرخ في 5 يوليو سنة 1983، معدّل ومتمّم.

*كان لصالح فرد أو جماعة من أصحاب العمل، ومهما كان مبلغ أو طبيعة أجرهم وشكل وطبيعة أو صلاحية عقد عملهم أو علاقتهم فيه".*

يبدو واضحا أنّ تعويض المتضرّرين عن حوادث السيارات أو الكوارث الطبيعية أو حوادث العمل ... الخ، لا يمكن أن يتحملها شخص واحد بمفرده، كما أنّه لا يمكن للدولة لوحدها تحمّل تبعات كل هذه الحوادث والكوارث، بالتّالي فرض المشرّع على الأفراد التّعاقد لمّا رآى بأنّ حماية المصلحة العليا للمجتمع ضرورية وأولى من المصلحة الشّخصية للفرد وأنّ الوسيلة الأمثل لذلك هي التّضامن.

**ثانيا: التقليص من حريّة اختيار الشّخص المتعاقد معه**

يعتبر الحق في اختيار المتعاقد الآخر من النتائج المترتبة عن حريّة التّعاقد، إلا أنّ النّظرية الحديثة قلصت من هذا الحق وهو ما يمكن الوقوف عليه من خلال بعض النصوص القانونية والاجتهاد القضائي.

**1- التكريس القانوني التقليص من حريّة المتعاقد في اختيار المتعاقد معه**

يبدو أنّ التوجّه الحالي لنظريّة العقد يميل إلى الحد من حريّة المتعاقد في اختيار الشّخص المتعاقد معه في بعض الحالات، وبعيدا عن القيود التّقليدية كرخصة الشفعة المنصوص عليها في المادة 794 من التّقنين المدني الجزائري[379]، فإنّ النّظرية الحديثة للعقد تضع حدا لهذه الحريّة مراعاة لمصلحة أجدر بالحماية من المصلحة الشّخصية للمتعاقد وتجدر الإشارة في هذا الصّدد إلى مضمون المادة 15 من القانون 04-02 والتي تنص على أنّه: *" يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت هذه الخدمة متوفّرة."*

يتّضح جليا من المادة أنّه يُمنع على التّاجر الذي يعرض سلعة أو خدمة للجمهور رفض بيعها أو أدائها لشخص من دون مبرر شرعي[380] رغم أنّ هذا الحكم يتعارض مع الحريّة التّعاقدية

---

[379] تنص المادة 794 من التّقنين المدني على أنّه: *" الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقّار ضمن الأحوال والشّروط المنصوص عليها في المواد التالية."*

[380] لطروش أمينة، رفض البيع ورفض أداء الخدمات (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران، 2012، ص 3.

والتي تضمن لكل طرف الحق في اختيار المتعاقد الآخر دون تبرير اختياره، والجدير بالذكر أنّ المشرّع ترك المجال واسعا للقضاء من أجل تقدير غياب المبرر الشرعي إذ يلعب الاجتهاد القضائي في مثل هذه الحالات دورا مكملا للقانون بوضع الضوابط التي تحكم تطبيق قاعدة قانونية معينة.

**2- التكريس القضائي للتقليص من حريّة المتعاقد في اختيار المتعاقد الآخر**

عرف التكريس القضائي للتقليص من حريّة المتعاقد في اختيار المتعاقد الآخر صورتين أساسيتين وهما منع المهني من رفض التّعاقد دون مبرر شرعي، والاعتراف بإبرام العقد بمجرد تعبير المتعاقد عن قبوله في العروض المقدمة للجمهور.

**أ- منع المهني من رفض التّعاقد دون مبرر شرعي**

عرف منع المهني من رفض التعاقد دون مبرر شرعي تكريسا قضائيا واسعا من طرف محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات منها القرار الصادر سنة 2009 في قضية تتلخّص وقائعها أنّ زوجين استاجرا من شركة مكانا لرَكن "منزل متنقّل" (mobil home) لمدة سنة قابلة للتجديد ضمنيا، إلا أنّ الشّركة رفضت تجديد العقد وهو الأمر الذي عارض عليه الزوجين.

قضت الغرفة المدنيّة الثالثة لمحكمة النّقض أثناء النّظر في النّزاع بمسؤولية الشّركة عن رفض تجديد العقد، معتبرة أنّ العقد الذي يربط الزوجين بالشّركة هو عقد استهلاك بالتّالي فأيّ رفض للتعاقد يجب أن يكون مبررا وإلا كان المتعاقد مخطئا في رفض التّعاقد حيث أقرت محكمة النّقض بأنّ الشّركة المؤجِّرة للأمكنة لم تبرر بما فيه الكفاية قرار رفضها تجديد عقد الإيجار ما يجعلها ملزمة بتعويض الزوجين عن قرار عدم تجديد العقد[381].

---

[381] Cass. Civ. 3eme, 13 mai 2009, N° 07-12.478., Bull. Civ. N° 5, 2009, p. 97. *« Mais attendu, d'une part, que le refus de reconduire un contrat de location à durée déterminée entrant dans le champ d'application des dispositions visées à l'article L. 113-2 du code de la consommation constitue un refus de prestation de service au sens de l'article L. 122-1 du même code ; qu'ayant relevé, ... la décision de ne pas renouveler des contrats de location équivalait, à l'égard du consommateur, à un refus de prestation de service qui devait être justifié par un motif légitime,... que les locataires n'avaient pas été mis en demeure de se conformer, sur les points mentionnés dans la lettre de refus de renouvellement du 18 novembre 2003, au règlement intérieur du camping et que les reproches, dont les époux X...*

يتّضح من خلال القرار أنّ محكمة النّقض تعاملت مع النّزاع بطريقة متدرجة بالوقوف أوّلا على طبيعة العقد الذي يربط الشّركة بالزوجين والإقرار بأنّه عقد استهلاك لإبراز إلزامية الشّركة بتبرير رفضها تجديد العقد تطبيقا للمادة L.122-1 من تقنين الاستهلاك والتي تحولت بعد تعديل 2016 إلى المادة L.121-11 السّالفة الذكر.

تجدر الإشارة كذلك أنّ محكمة النّقض أكّدت على أنّ المادة المتعلقة برفض التّعاقد تسري سواء كان الأمر يتعلق بإبرام العقد أو بالنّسبة لتجديده على حد سواء، ما جعل المحكمة تشترط من أجل اعتبار رفض الشّركة لتجديد العقد صحيح أن يقوم على مبرر شرعي، وأنّ تقدير هذا الأخير يبقى من سلطة قاضي الموضوع، على أساس أنّ المشرّع لم يقدّم أيّ معيار لتقدير مدى شرعية المبرر.

**ب- اعتبار العقد صحيح بمجرد التعبير عن الإرادة**

اعتبرت محكمة النّقض الفرنسيّة أنّه في العروض الموجهة للجمهور، يعتبر العقد منعقدا وصحيحا بمجرد تعبير المتعاقد عن قبوله العرض ولا يمكن للموجب رفض التّعاقد في هذه الحالة وقد كرّست محكمة النّقض الفرنسيّة هذه القاعدة في قضيّة تتلخّص وقائعه أنّ بلدية منعزلة أرادت بيع قطعة أرضية صالحة للبناء، فقامت بإعلان ذلك للجمهور في جريدة، فقام زوجين قاطنين في البلدية بقبول جميع الشّروط التي وضعتها البلدية، إلا أنّ البلدية اختارت سيدة أخرى رغم أنّ قبول هذه الأخيرة جاء بعد قبول الزوجين.

عُرض النّزاع على الغرفة المدنيّة الثالثة من محكمة النّقض الفرنسيّة، والتي أكّدت أنّه وفي ظل غياب أيّ قيد أو شرط حول الأشخاص الذين لديهم الحق في شراء القطعة الأرضية، فلا يجوز للبلدية إزاحة أيّ عرض صادر من الجمهور إذا كان صحيحا، وذلك لمصلحة شخص آخر[382].

---

*contestaient le bien-fondé, n'étaient pas établis au jour du refus de la prestation de service, a pu en déduire qu'ils ne pouvaient constituer un motif légitime de refus de renouvellement des contrats de location ; »*

[382] Cass. Civ. 3eme, 01 juillet 1998, N° 96-20.605, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 101. *« Attendu que, pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que, si, en principe,*

تعليقا على هذا القرار يرى الأستاذ فيليب دلبيك (Philippe DELEBECQUE)، أنّه طالما أنّ البلدية لم تحدّد في إعلانها أيّ قيد أو وصف في الأشخاص الراغبين في الشراء فإنّ البلدية مقيّدة في حريتها في اختيار الشّخص المراد التّعاقد معه، إذ هي ملزمة بقبول أوّل رد صحيح يقبل بجميع الشّروط، وميّز في هذا الشأن الأستاذ دلبيك بين الإيجاب الموجه لشخص بحد ذاته أو الإيجاب الموجه للجمهور، على أساس أنّ حريّة الموجب مقيدة في حالة الإيجاب الموجه للجمهور، بضرورة إبرام العقد مع أوّل شخص يقبل بالشّروط[383].

**ثالثا: التدخّل في المضمون العقدي**

يعتبر التدخّل في المضمون العقدي أحد القيود الحديثة الأكثر انتشارا من الناحية العملية، حيث تعدّدت مظاهر تدخّل المشرّع أو السّلطة التنفيذية وحتى القاضي في المضمون العقدي، ما أدّى إلى إعادة النّظر في العديد من الأفكار السائدة في ظل النّظرية التقليدية[384]، ويبدو جليا أنّ تطوّر فكرة النّظام العام ساهم بشكل كبير في التضخيم من عدد التدخّلات التشريعية أو القضائية للتحكّم في المضمون العقدي.

بغض النّظر عن التدخّلات التقليدية للنصوص القانونية لتحديد مضمون العقد كالتدخّل في تحديد سعر المواد "ذات الاستهلاك الواسع"[385]، والتي يمكن تبريرها بضرورة حماية المصلحة

---

*l'acceptation de l'offre publique notifiée à la commune par les époux Y... suffisait à la formation du contrat de vente, en l'espèce, la commune avait loti et mis en vente dans le but de fixer sur son territoire de nouveaux habitants et que cette considération sur les qualités requises pour contracter étant connue des époux Y... leur était opposable ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'offre publique de vente ne comportait aucune restriction, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

[383] DELEBECQUE Philippe, «Les réserves d'une offre publique de contrat doivent être expresses », Défrenois, Vol. 2, 1998, p. 1406.

[384] جميعي حسن عبد الباسط، المرجع السّابق، ص 115.

[385] راجع على سبيل المثال مرسوم تنفيذي رقم 01-50، مؤرخ في 12 فبراير سنة 2001، يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضّب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر.ج.ج. عدد 11، مؤرخ في12 فبراير سنة 2001.أو مرسوم تنفيذي رقم 07-402، مؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2007، يحدد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه، ج.ر.ج.ج. عدد 80، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2007.

العامة، يتّضح أنّ العديد من النّصوص القانونية تسعى إلى حماية طرف على حساب طرف آخر يبقى أنّ تدخّل المشرّع لضبط بعض العقود نموذجا من بين نماذج التدخّل في المضمون العقدي ومنها "عقد" العمل[386] بناء على قواعد النّظام العام الاجتماعي، حيث تدخّلت السّلطة التنفيذية من أجل تحديد الأجر القاعدي المضمون[387] أو السّن الأدنى للعمل[388] أو كيفية حساب المقابل في الساعات الإضافية [389]، والذي لا يمكن أنّ يقل عن 50% من الأجر العادي للساعة.

يتّضح مما سبق أنّ حريّة العامل ورب العمل في تحديد مضمون العقد منحصر في مجال تمّ رسم حدوده من خلال العديد من النّصوص القانونية، إلا أنّ إمكانية اتّفاق الأطراف على مخالفة مضمون هذه النّصوص يبقى محل جدل، إذ يجب التّمييز بين ما هو من النّظام العام المطلق وما هو من النّظام العام الحمائي، حيث نص المشرّع صراحة في بعض المسائل على عدم إمكانية مخالفة بعض القواعد في قانون العمل كاحترام السن الأدنى للعمل والمحدد بسن 16 سنة، غير أنّ الطبيعة القانونية لبعض القواعد الأخرى تبقى مبهمة، حول ما إذا كان من الممكن الاتّفاق على مخالفتها أم لا[390].

---

[386] تمّ وضع كلمة "عقد" بين مزدوجين، لأنّ تنظيم المشرّع لهذا العقد بقواعد آمرة جعل جانب من الفقه ينفي وصف العقد على علاقة العامل برب العمل، ويفضل استعمال عبارة علاقة العمل بدلا من عقد العمل، كما أنّه بالرجوع إلى القانون 90-11، نجد المشرّع يستعمل عبارة علاقة العمل بدلا من عقد العمل.

[387] مرسوم رئاسي رقم 11-407، مؤرخ في 29 نوفمبر سنة 2011، يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج.ر.ج.ج. عدد 66، مؤرخ في 04 ديسمبر سنة 2011.

[388] قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 ابريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 17، مؤرخ في 25 ابريل سنة 1990، معدل ومتمم. تنص المادة 15 منه على أنّه: " لا يمكن في أيّ حال من الأحوال أنّ يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة (16) سنة ...".

[389] تنص المادة 32 من القانون 90-11 على أنّه: " يخول أداء ساعات إضافية الحق في زيادة لا تقل بأي حال من الأحوال عن 50% من الأجر العادي للساعة."

[390] YAKOUB Zina, « Ordre public social en droit algérien du travail entre protection des salariés et flexibilité des relations de travail », colloque international sur le thème « les mutations de l'ordre public : de l'ordre public aux ordres publics », organisé par la faculté de Droit et des sciences politiques de l'université de Bejaia, les 07 & 08 mai 2014, R.A.R.J., N° spécial 2015, p. 645.

تدخّل المشرّع كذلك بوضع حدود لحرية الأطراف في عقد التّأمين، من خلال منع اتّفاق الأطراف على خلاف بعض النّصوص القانونية ومنها منع المؤمِّن والمؤمَّن له من الاتّفاق على تقليص مدّة التقادم دعوى التّعويض المنصوص عليها في المادة 27 من الأمر 95-07 والمتعلق بالتأمينات[391] وهي 03 سنوات من تاريخ وقوع الحادث، وذلك بمقتضى المادة 28 التي تنص على أنّه: *" لا يمكن اختصار مدة التقادم باتفاق الطّرفين".*

وقد تتعدد أمثلة تدخّل المشرّع لضبط بعض العقود لتشمل تلك التي لا يعان فيها مبدئيا أي متعاقد من ضعف تجاه المتعاقد الآخر، ومثال ذلك تدخّل المشرّع الفرنسي لضبط أسعار بدل الإيجار في بعض المناطق التي تعرف أزمة السكن، إذ بالرجوع إلى القانون 2014-366[392] والذي يعدل القانون 89-462[393]، تمّ وضع بدل إيجار مرجعي بالنسبة للمناطق التي تواجد كم هائل من طلبات السكن، يتم تحديد قيمته بمقتضى قرار من الوالي (le préfet)[394]، وتبعا لذلك يُترك للمؤجر والمستأجر الحريّة التّامة في تحديد بدل الإيجار المناسب للعين المؤجرة، غير أنّه إذا تجاوز هذا الأخير بدل الإيجار المرجعي بـ 20% [395]، جاز للمستأجر مطالبة المؤجر بتخفيض بدل الإيجار المتفق عليه إلى الحد المنصوص عليه قانونا خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ إبرام العقد[396].

---

[391] أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج. عدد 13، مؤرخ في 08 مارس سنة 1995، معدّل ومتمّم.

[392] Loi 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF N°72, paru le 26 mars 2014.

[393] Loi 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000509310/ Consulté le 15/05/2017.

[394] Article 17 alinéa I. de la loi 89-462 après modification stipule que : *«...Dans ces zones, le représentant de l'État dans le département fixe chaque année, par arrêté, un loyer de référence, un loyer de référence majoré et un loyer de référence minoré, exprimés par un prix au mètre carré de surface habitable, par catégorie de logement et par secteur géographique. ».*

[395] Article 17 alinéa I. paragraphe 6 de la loi 89-462 stipule que : *« Le loyer de référence majoré est égal à un montant supérieur de 20 % au loyer de référence. ».*

[396] L'article 17 alinéa II -A de la loi 89-462 après modification stipule que : *« Dans les zones où s'applique l'arrêté mentionné au I, le loyer de base des logements mis en location est fixé*

يتّضح مما سبق أنّ مجال الحريّة التّعاقدية في إبرام عقد الإيجار، محصور في بدل إيجار مرجعي محدد من طرف الإدارة، إذ يمكن للمستأجر إذا تجاوز بدل الإيجار الحد المنصوص عليه بقرار من الوالي، المطالبة بتخفيضه بعدما أبدى صراحة قبوله عند إبرام العقد، ويبدو من الصعب تصور وجود هذا القانون في ظل النّظرية التقليدية للعقد، فتزايد التدخّلات الخارجية عن العقد والمتعاقدين أدخلت العقد في أزمة مفاهيم نتيجة ضعف مفعول المبادئ التقليدية.

أما من جهة القضاء، فقد تدخّل القضاء الفرنسي لفرض التزامات لم يتم الاتّفاق عليها عند إبرام العقد، وهذه الالتزامات في الحقيقة هي التي تمثّل مضمون حسن النيّة بمفهومها الحديث، كالالتزام بالإعلام أو الالتزام بالنّصيحة أو الالتزام بالتحذير...، والتي ترمي بصفة عامة إلى حماية أحد أطراف العقد[397].

## الفرع الثاني

## التخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد عند التنفيذ

يعتبر مبدأ القوّة الملزمة للعقد أساس الثّقة التي يضعها المتعاقد في العقد، غير أنّ النّظرية الحديثة للعقد برّرت العديد من حالات الخروج عن المبدأ بضرورة حماية مصلحة أحد الأطراف، إذ تدخّل المشرّع في بعض الحالات والقضاء في حالات أخرى للتخفيف من حدة القوّة الملزمة للعقد.

### أولا: تدخّل المشرّع للتّخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد

تدخّل المشرّع في العديد من الحالات للتخفيف من حدة مبدأ القوّة الملزمة للعقد، ولعل نظريّة الظّروف الطّارئة المعترف بها في التّقنين المدني في نص المادة 107 فقرة 3 أحد ابرز هذه الحالات[398]، إلا أنها ليس الوحيدة، إذ تجدر الإشارة في هذا المقام لفترة الميسرة والتعديل من الشّرط الجزائي كصور سعى من خلالها المشرّع إلى التعديل من مضمون العقد.

---

*librement entre les parties lors de la conclusion du contrat de bail, dans la limite du loyer de référence majoré. Une action en diminution de loyer peut être engagée si le loyer de base prévu dans le contrat de bail est supérieur au loyer de référence majoré en vigueur à la date de signature dudit contrat. »*

[397] سيتم التطرّق بالتفصيل إلى تدخّل القضاء لفرض التزامات حديثة على الأطراف في الباب الثاني من الأطروحة.

[398] سيتم التطرّق إلى نظريّة الظّروف الطّارئة في الباب الثاني من الأطروحة.

### 1- منح أجل إضافي للمدين لتنفيذ التزاماته

يتدخّل القاضي في بعض الحالات من أجل تعديل العقد رغبة منه في ضمان استمراريته، ومثال ذلك ما ورد في الفقرة الثّانية من المادة 119 من التّقنين المدني المذكورة سابقا، والتي تمنح للقاضي حسب الظّروف سلطة التدخّل من أجل منح أجل إضافي للمدين لتنفيذ العقد بدلا من الحكم بفسخه على مسؤوليته[399]، وهو ما يسمى بنظرة الميسرة التي تُعرف بأنها الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين حَسن النيّة من أجل تنفيذ التزاماته التّعاقدية مع مراعاة مصلحة الدّائن وتفادي فسخ العقد[400].

يظهر منذ البداية أنّ تدخّل القاضي لمنح أجل للمدين سيء الحظ يعتبر خرق للقوّة الملزمة للعقد ومساسا بالمصلحة الشّخصية للدّائن، غير أنّ القاضي يقوم في الواقع بالموازنة بين الحماية الضرورية للمدين باعتباره حَسن النيّة وبين حماية حق الدّائن في المطالبة بالتنفيذ في الأجل المتفق عليه، بحيث إذا رآى بأنّ مصلحة المدين حَسن النيّة أجدر بالحماية من حق الدّائن في تنفيذ العقد في الأجل المتفق عليه يحكم بمنح أجل للمدين، شرط ألا يترتب عن ذلك ضرر جسيم للدّائن.

كرّس المشرّع الفرنسي وبصفة واضحة في قانون الاستهلاك ما سبق بيانه لا سيما فيما يتعلق بالقرض الاستهلاكي أو القرض العقّاري من خلال المادة L.314-20[401]، والتي تمنح صراحة للقاضي سلطة التدخّل بمنح أجل للمدين من أجل تنفيذ التزاماته في حالات معيّنة

---

[399] بن شنيتي عبد الحميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص 158./العوجي مصطفى، المرجع السّابق، ص 730.

[400] طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 9.

[401] Article L.314-20 du Code de consommation français stipule que : *« L'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt. ».*

كالتّسريح من العمل مثلا، حيث تحيل المادة السّالفة الذكر إلى نص المادة 1343-5 من التّقنين المدني الفرنسي[402]، التي اعترفت بسلطة القاضي بمنح أجل للمدين عند تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من الأموال.

**2- التعديل من قيمة الشّرط الجزائي**

يعتبر التدخّل من أجل التخفيض من قيمة الشّرط الجزائي أحد أهم صور الخروج على مبدأ القوّة الملزمة للعقد، حيث تنص المادة 184 فقرة 2 من التّقنين المدني على أنّه: *" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التّعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه."*، إذ يجوز للقاضي بناء طلب المدين التدخّل من أجل التخفيض من قيمة الشّرط الجزائي إذا رأى أنّ هذا الأخير مبالغ فيه أو أنّ المدين نفّذ جزء من التزاماته.

تجدر الإشارة إلى أنّ سلطة القاضي الجزائري محصورة في التخفيض من قيمة الشّرط، في حين أنّ المشرّع الفرنسي يمنح للقاضي سلطة تخفيض أو رفع قيمة الشّرط الجزائي، ومن هنا تظهر خطورة تدخّل القاضي على اتّفاق الطّرفين، وهو ما يبرر رقابة محكمة النّقض على سلطة القاضي في التعديل من الشّرط الجزائي.

**أ: سلطة القاضي في تعديل الشّرط الجزائي**

أجاز المشرّع الجزائري للقاضي التدخّل من أجل التّخفيض من قيمة الشّرط الجزائي فقط، دون الأخذ بالحالة العكسية، وهي حالة إمكانية قيام القاضي بتعديل الشّرط الجزائي بالزيادة إذا ما رآى بأن المبلغ المتفق عليه بين المتعاقدين هو مبلغ تافه، على خلاف المشرّع الفرنسي الذي أخذ بالحالتين معا[403] وهو ما أكّدت عليه المادة1231-5 من التّقنين المدني في فقرتها الثانية، والتي تنص على أنّه: *« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou **augmenter** la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou **dérisoire**. »*

[402]Article 1343-5 du Code civil français stipule que : *« 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. ».*

[403] V. PIMONT Sébastien, « clause pénale », Rep. Civ., avril 2010 (actualisation juin 2017).

كرّس القضاء الفرنسي إمكانية الرفع من قيمة الشّرط الجزائي في عديد القرارات منها ذلك الصادر فصلا في قضية تتلخّص وقائعها أنّ عامل اتفق مع رب عمل على بند عدم المنافسة مع الاتّفاق على مبلغ شرط جزائي قدره 11347,41 فرنك فرنسي في حالة إخلال العامل بهذا الالتزام، إلا أنّ العامل أخل به وثار نزاع بينهما انتهى بتأييد محكمة النّقض لقرار محكمة استئناف قضت بمسؤولية العامل ورفع قيمة الشّرط الجزائي إلى 150.000 فرنك فرنسي، معتبرة أنّ المبلغ المتفق عليه بين الطّرفين عند إبرام العقد تافه، وأنّ محكمة الاستئناف مارست السّلطة المخولة لها قانونا برفع قيمة الشّرط الجزائي إن كان لذلك مقتضى[404].

**ب: رقابة محكمة النّقض على سلطة القاضي في تعديل الشّرط الجزائي**

نتج عن خطورة تدخّل القاضي في العقد من أجل تعديل الشّرط الجزائي، ضرورة فرض رقابة محكمة النّقض على هذه السّلطة، وهو ما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ مقاول اتّفق مع زوجين على بناء منزل لهما خلال مدة زمنية معيّنة مع اتّفاق الطّرفين على دفع المقاول مبلغ 500 فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير، وهو ما حصل فعلا حيث تجاوز المقاول المدة المتفق عليها وثار نزاع بينه وبين الزوجين، إذ طالب المقاول قضائيا بتخفيض من قيمة الشّرط وقد نال طلبه استجابة من طرف محكمة استئناف اكس أون بروفونس(Aix-en-Provence) التي قضت بتخفيض قيمة الشّرط الجزائي إلى 125 فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير.

طعن الزوجين بالنّقض في قرار محكمة الاستئناف والتي نقضت القرار على أساس أنّ قضاة الموضوع لو يبرروا تدخّلهم بتخفيض مبلغ الشّرط الجزائي، حيث لم يبينوا الأسس التي اعتمدوا عليها لتقدير أنّ قيمة الشّرط المتفق بين الطّرفين كانت مفرطة، مؤكدة أنّ سلطة قضاة الموضوع في تعديل من قيمة الشّرط الجزائي غير مطلقة[405].

---

[404] Cass. Soc., 5 juin 1996, N° 92-42.298, Bull. Civ. N°6, 1996, p. 159. *« Attendu, ensuite, que l'indemnité prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence étant une clause pénale, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé, répondant ainsi aux conclusions invoquées, qu'elle pouvait user de la faculté reconnue au juge par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, d'en augmenter le montant si elle l'estimait dérisoire ; »*

[405] Cass. Civ.3eme, 12 janvier 2011, N°09-70.262, Bull. Civ. N° 1, 2011, p.3. *« Qu'en statuant ainsi, sans préciser en quoi le montant des indemnités de retard résultant de la clause pénale, était manifestement excessif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».*

يتّضح من القرار أنّ محكمة النّقض تفرض رقابة شديدة على تدخّل القاضي لتعديل قيمة الشّرط الجزائي، مراعاة لعدم استغلال قضاء الموضوع للسلطة المعترف لهم بها بالتدخّل في مضمون العقد للتعدّي على إرادة الأطراف، مشترطة في حالة التعديل من قيمة الشّرط الجزائي تقديم الأسس الموضوعية التي تمّ الاعتماد عليها لتقدير عنصر الإفراط الذي يسمح بعد ذلك للقاضي من التدخّل في العقد.

**ثانيا: التدخّل القضائي للتخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد**

بالإضافة إلى التدخّل التشريعي على النحو السّالف الذكر، فإنّ ما زاد من الأمر تعقيدا هو التوجّه العام للاجتهاد القضائي (الفرنسي على وجه الخصوص) إلى الزيادة من التدخّل في العقد إلى درجة أنّ هذا الأخير أصبح اليوم يتسم بنوع من عدم الاستقرار.

**1-تدخّل القاضي للخفيف من القوّة الملزمة لعقد العمل**

يعتبر عقد العمل من بين العقود التي يكثر فيها التدخّل القضائي للتخفيف من القوّة الملزمة للعقد، لاعتباره عقد يربط بين طرفين ذات مراكز قانونية متباينة، وهو ما يفتح المجال إلى ظهور التزامات متفاوتة تستوجب تدخّل القاضي لحماية الطّرف الضعيف في العلاقة التّعاقدية كلما اقتضى الأمر ذلك.

يمكن في هذا الصّدد الإشارة إلى ما قضت به محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ عامل اتفق مع رب العمل على تغيير العامل مكان إقامته رفقة عائلته في حالة التّغيير الجغرافي لمنطقة عمله، خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بمكان عمله الجديد، وهو ما حصل فعلا بعد مدة زمنية، حيث تمّ تحويل العامل من منصبه بباريس إلى منصب آخر في مدينة منبلييه (Montpellier)، فطالبت الشّركة المستخدمة من العامل تغيير مسكنه العائلي إلى مكان عمله الجديد، إلا أنّ هذا الأخير رفض ذلك معتبرا أنّ نقل مكان إقامة عائلته غير مبرر، وانه مستعد للإقامة في مونبلييه لكن دون ضرورة تغيير إقامة العائلة بأكملها، وهو ما أدّى إلى تسريحه من طرف الشّركة، والذي اعتبرته محكمة استئناف فرساي (Versailles) تسريح قانوني نتيجة عدم تنفيذ بنود العقد المتفق عليه.

نقضت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النّقض الفرنسيّة قرار محكمة الاستئناف مبررة موقفها بعدم مشروعية البند الذي يفرض على العامل نقل مكان إقامة عائلته إلى مكان عمله الجديد معتبرة أنّ هذا البند غير مبرر بالنّظر إلى طبيعة وظيفة العامل التي لا تشترط أصلا أن يكون متواجدا على الدوام في مكان عمله الجديد، كما أنّ البند المتنازع عليه يشكل تعدي على حريّة الفرد في اختيار مكان إقامته[406].

يتّضح من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة ألغت مفعول بند تمّ الاتّفاق عليه بين العامل والشّركة، على أساس أنّه لا يجوز لرب العمل التقليص من الحريّات الشخصية للعامل إلا إذا كان ذلك مبررا بوجود مصلحة من ذلك لرب العمل، وأنّ الحد من هذه الحريّة يمنح للعامل الحق في الحصول على تعويض.

**2- تدخّل القاضي للتخفيف من حدة القوّة الملزمة للعقد في عقود الخدمات**

تعتبر عقود الخدمات من بين العقود التي يكثر فيها النّزاع بالنّظر إلى البنود التي قد تتضمنها هذه العقود، والتي قد تكون مجحفة غي حق الدّائن بالخدمة، حيث تركّز محكمة النّقض رقابتها على البنود التي تُعفي المدين بالخدمة من مسؤوليته، أو البنود التي تحدد المقابل المالي للخدمة.

**أ- الرقابة القضائية على بنود الإعفاء من المسؤولية**

شنّت محكمة النّقض الفرنسيّة حربا على البنود التي تُعفي المدين بالخدمة من مسؤوليته في بعض الحالات، ولعل أهم قرار يبرز رقابة محكمة النّقض على هذا البنود القرار الشهير "كرونوبوست" (arrêt Chronopost)، حيث تتلخّص وقائع القضية أنّ شركة بونشرو (Banchereau) قامت بإرسال عرض للمشاركة في مناقصة عن طريق شركة "كرونوبوست" المعروفة في مجال البريد، مشترطة على هذه الأخيرة أن يصل العرض إلى المكان

[406] Cass. Soc, 12 janvier 1999, N° 96-40.755, Bull. Civ. N° 1, 1999, p.4. *« Qu'en statuant par ces seuls motifs ... qu'elle n'explique pas en quoi les attributions de M. X... exigeaient une présence permanente à Montpellier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;».*

المتفق عليه قبل يوم الغد على الساعة 12 زوالا، وهو ما قبلت به شركة "كرونوبوست" إلا أن البريد الذي يتضمن العرض لم يصل في الوقت المحدد، مما جعل شركة "بونشرو" مقصاة من المشاركة في المناقصة.

ثار نزاع بين الشّركتين حيث تمسكت شركة "كرونوبوست" بإعمال بند تحديد المسؤولية (clause limitative de responsabilité) المتفق عليه في العقد، وهو ما استجابت له محكمة استئناف "رين" (Rennes) بتحديد مسؤولية شركة "كرونوبوست"، إلا أن مجلس النّقض الفرنسي قضى بإلغاء قرار محكمة الاستئناف، واعتبر البند المتنازع عليه غير مكتوب لأنّه يمس بالالتزامات الأساسية للمتعاقد (les obligations essentielles du contractant) حيث قضت الغرفة التّجارية بتاريخ 22 أكتوبر 1996 بـ : *« ... Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et* ***qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite,*** *la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*[407]

أثار القرار السّالف الذكر جدلا فقهيا كبيرا في فرنسا[408]بين المعارضين[409]الذين يعتبرون تسبيب القرار غير صحيح[410]، في حين استقبل البعض الآخر القرار بنوع من الارتياح، واعتبار القرار يسير نحو ضرورة إعادة النّظر في المبادئ التقليدية لنظريّة العقد لا سيما مبدأ القوّة الملزمة[411].

---

[407] Cass. Com., 22 octobre 1996, N° 93-18.632, Bull. Civ. N° 8, 1996, p. 223.

[408] MAZEAUD Denis, obs. arrêt N° 93-18.632, Défrenois, N°1, 1997, p. 333/ DELEBECQUE Philippe, « La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat », D., N° 22, 19 juin 1997, p.175/ SÉRIAUX Alain, « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », D., N° 10, 06 mars 1997, p.121.

[409]LARROUMET Christian, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D., N° 19, 08 mai 1997, p. 145.

[410] Ibid./ SÉRIAUX Alain, Op.cit., p 122.

[411] MAZEAUD Denis, « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche... », D., N° 33, 05 octobre 2006, p. 2288.

**ب- مراقبة التناسب بين الخدمة والمقابل المالي**

سبقتْ الإشارة إلى أنّ التّوازن الموضوعي للعقد من بين المحاور التي تلتفّ حولها النّظرية الحديثة للعقد، وقد استغل القضاء هذا التوجّه من أجل التدخّل للتخفيف من القوّة الملزمة للعقد في العديد من القرارات، لمراقبة مدى التناسب بين الخدمة المقدمة والمقابل المالي المطلوب لأدائها.

تجدر الإشارة لتكريس ما سبق إلى قرار محكمة النّقض في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة أبرمت مع مكتب محاماة عقد بمقتضاه يلتزم هذا الأخير بتمثيل الشّركة أمام القضاء في حالة النّزاع، مقابل مبلغ جزافي يقدر بـ 135.000 فرنك فرنسي يضاف إليه مبلغ أتعاب يتم تحديده بحسب عدد القضايا وطبيعتها، إلا أنّه بتاريخ 30 سبتمبر 1993، راسلت الشّركة مكتب المحاماة لإعلامه بفسخ العقد الذي يربطهما، ما أدّى بمكتب المحاماة إلى مطالبة الشّركة بالمبلغ الجزافي بالنّسبة للثلاث أشهر المتبقية لسنة 1993، بالإضافة إلى دفع أتعاب بالنّسبة للقضايا التي قام مكتب المحاماة بتمثيل الشّركة فيها بالنّسبة للأشهر الأولى من سنة 1993، في حين طلبت الشّركة بالتخفيض من المبلغ المتفق عليه بسبب تجاوزه الحد المعقول، إلا أنّ محكمة استئناف باريس قضت لمصلحة مكتب المحاماة وألزمت الشّركة بالتعويض.

قضت الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض بإلغاء القرار، معتبرة بأنّ فسخ العقد من طرف الشّركة لا يمنح لمكتب المحاماة الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه بالنّسبة للثلاث أشهر المتبقية، كما أنّه يجوز للمحكمة إذا طُلب منها إعادة النّظر في المبلغ المتفق عليه القيام بتعديله إذا رأت أنّ المبلغ المتفق عليه مبالغ فيه[412].

---

[412] Cass. Civ. 1ere, 03 mars 1998, N° 95-15.799, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 57. *« Attendu qu'en se déterminant .... d'où il résultait que l'avocat, dessaisi des dossiers, n'était plus en droit de prétendre, compte tenu des stipulations du contrat, à un honoraire mensuel pour le dernier trimestre 1993 ; que la cour d'appel a ainsi violé le texte susvisé ;*

*... Attendu que le second de ces textes ne saurait faire obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu ; ».*

يرى المحامي العام لدى محكمة النّقض الفرنسيّة SAITE ROSE Jerry في تعليقه على القرار، أنّ محكمة النّقض أكّدت على صلاحية المحاكم في مراجعة الأتعاب المتفق عليها بين المحامي وموكله بصفة صريحة[413]، والشيء اللافت للانتباه في قرار الغرفة المدنية هو رفضها حصول مكتب المحاماة على مستحقات الأشهر المتبقية من العقد.

يثير القرار تساؤل حول رفض محكمة النّقض تقديم تعويض عن فسخ العقد من جانب واحد ودون مبرر شرعي، علما أنّ العقد الذي كان يربط المتعاقدين غير محدد المدّة، بدليل أنّ العلاقة بين الشّركة ومكتب المحاماة كانت تسري منذ أكثر من عشرين سنة، ما يؤدّي إلى القول بأنّ القرار يشكّل خروجا عن مبدأ القوّة الملزمة للعقد من ناحيتين، الأولى لما أقر بصحة الفسخ الذي حصل من طرف الشّركة دون تعويض للطرف الآخر، والثاني لما أكّد على صلاحية قضاة الموضوع بإعادة النّظر في قيمة الأتعاب المتفق عليها مسبقا بين الشّركة ومكتب المحاماة.

[413] SAINTE ROSE Jerry, obs Cass. Civ. 1ere chambre, 03 mars 1998, N° 95-15.799, J.C.P. G., II, 10115, p. 1282.

# الباب الثاني

# تعارض الالتزام بحسن النيّة مع المصلحة الشّخصية للمدين

يظهر مما سبق الأزمة التي يعيشها العقد في ظل التطورات الحديثة، والذي عرف تشكيك في قدرة المبادئ التقليدية للنظريّة في ضمان استمرارية العقد، في ظل التحديات التي يفرضها التطور السريع للمجتمع، والواقع هو أنّه لا يمكن تصوّر العقد في الوقت الراهن من دون الأفكار الحديثة للنظريّة والتي تسعى إلى أخلقة الروابط العقدية والمحافظة على مختلف وظائفه.

يعتبر الالتزام بحُسن النيّة الوسيلة التي تتجسد بها الأفكار الحديثة للعقد، رغم محاولة التقليل من أهمية هذا الالتزام من خلال فصله عن بعض المفاهيم المشابهة له[414]، لكن الواقع يعكس بوضوح أنّ جميع الأفكار الحديثة في العقد كالتوازن الموضوعي أو الالتزام بالنزاهة في المعاملات أو حتى بعض الواجبات كواجب التعاون[415] تنشق من الالتزام بحسن النيّة[416].

أصبح الالتزام بحسن النيّة حجر الزّاوية في النّظرية الحديثة للعقد، وقد امتد أثره إلى جميع مراحله سواء السّابقة عن الإبرام أو مرحلة التنفيذ، حيث يسعى الالتزام بحُسن النيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد إلى معالجة التباين في مراكز القوى بين المتعاقدين سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية (الفصل الأوّل).

في حين يهدف الالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد إلى حماية التوقعات المشروعة المنتظرة من إبرام العقد، والعمل على ضمان أكبر فعّالية للعقد بالنّسبة للطرفين، لأنّ العقد المتوازن عند إبرامه قد يصبح غير ذلك عند تنفيذه سواء بسوء نية المدين الذي سيعمل على تنفيذ العقد بأقل تكلفة ممكنة، أو بسبب أجنبي عن المتعاقدين مثلما يحصل في حالة نظريّة الظّروف الطارئة (الفصل الثاني).

---

[414] COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie, Le solidarisme contractuel, Litec, Paris, 2006, p. 289.

[415] حاول جانب من الفقه التمييز بين واجب التّعاون والالتزام بحسن النيّة، راجع في هذا التوجه الفقهي:

FABRE-MAGAN Muriel, Op.cit., p. 116 / LE BRUN Christine, Op.cit., p. 14.

[416] V. LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 25 s.

# الفصل الأوّل

# الالتزام بحُسن النيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد

أضحت المرحلة السّابقة على التّعاقد ذات أهمية بالغة خاصة في حالة عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين، سواء بسبب التفوق الاقتصادي، التفاوت المعرفي أو وضعية التبعيّة التي يكون فيها أحد الطّرفين تجاه الآخر، إذ عادت ما تشكّل هذه الوضعية عائقا على المتفاوض الذي يجد نفسه في وضعية ضعف لا تسمح له بالدفاع عن حقوقه.

يقع على كلا الطّرفين التزام بحُسن النيّة في المرحلة السّابقة على التعاقد[417] والذي يلعب دور الضابط للعلاقة بين المتفاوضين، من خلال إرساء العديد من القواعد والتي ترمي إلى معالجة عدم التكافؤ في المراكز القانونية للأطراف ولو كان ذلك على حساب مصالحهم الشّخصية، فيكون للقاضي سلطة مراقبة سلوك الأطراف خلال هذا المرحلة الحساسة التي تؤثر بصفة مباشرة على المصلحة المنتظرة من إبرام العقد بالنّسبة للطرفين.

تعددت مظاهر تدخّل حُسن النيّة في مرحلة المفاوضات من خلال فرض سلوك متجانس على الطّرفين ومنع أيّ تصرّف يضر بالطّرف الآخر، في خطوة يسعى من خلال القانون إلى بسط سلطته على مرحلة ستحدد لا محال مصير المصلحة الاقتصادية للأطراف من إبرامه في مرحلة التنفيذ (المبحث الأوّل).

لتكريس ما سبق ذكره، يتطلب الرجوع إلى أهم التزام قانوني في هذه المرحلة وهو الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي لاعتبارات متعددة منها اعتراف المشرّع صراحة بهذا الالتزام وكذا إدراجه كالتزام عام يشمل جميع العقود مهما كانت صفة الأطراف، هذا التعميم الذي تم تكريسه في التّقنين المدني الفرنسي دون التّقنين المدني الجزائري سيفتح آفاق لدراسة أثر هذه الخطوة القانونية بالنسبة للمشرع الجزائري (المبحث الثاني).

[417] أبو زيد محمد، "المفاوضات في الإطار التعاقدي (صورها–احكامها)"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، عدد 1، 2005، ص 158.

## المبحث الأوّل

## مظاهر تدخّل حُسن النيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد

تسود في مرحلة المفاوضات قاعدة حريّة التّعاقد سواء عند الدخول فيها أو طريقة سيرها أو وضع حد لها دون أنّ يترتب عن ذلك أيّة مسؤولية[418]، إلا أنّ هذه الحريّة قد تؤدي إلى العديد من التجاوزات والتي من شأنها عرقلة السير العادي للمفاوضات، لذلك يتدخّل القاضي بناء على الالتزام بحُسن النيّة من أجل ردع أيّ تصرُف مخالف للنّزاهة والاستقامة المفروضة على الطّرفين.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري خصص بعض النصوص القانونية المتعلقة بالمرحلة السابقة على التعاقد كنص المادتين 71 و72 من التّقنين المدني فيما يتعلق بالوعد بالتعاقد أو المادة 72 مكرر من التّقنين نفسه فيما يتعلق بالبيع بالعربون، أو المواد المتعلقة بعيوب الإرادة بوجه عام، إلا أنّه يجب في ظل التطورات الحديثة في نظريّة العقد التطرّق وبالجدية اللازمة لمرحلة المفاوضات، إذ بينت الممارسة أنّ العديد من التصرفات جاءت مناقضة للالتزام بحسن النيّة في المرحلة السّابقة على التعاقد، وقد ذهب جانب من الباحثين[419] إلى اعتبار أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرق لمرحلة المفاوضات رغم حداثة تعديل التّقنين المدني، مما يحيل إلى ضرورة دراسة الإطار القانوني لهذا المرحلة في القانون المقارن، والكشف عن أحدث ما توصّل إليه القضاء من نتائج في هذا المجال.

تفطن المشرّع الفرنسي للخلل الذي ترتب عن عدم تحديد الإطار القانوني لمرحلة المفاوضات، فتدخّل في تعديل التّقنين المدني لسنة 2016 من أجل تنظيمها، رضوخا للضغط الذي مارسه الاجتهاد القضائي والذي عرف مساندة من طرف الفقه الفرنسي المعاصر، مما يجعل من دراسة ما توصّل إليه القانون وبدرجة أكبر الاجتهاد القضائي الفرنسي من حلول قانونية أكثر

---

[418] براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التّعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 47.

[419] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التّعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 9.

من ضروري من أجل رسم آفاق التوجهات المستقبلية للمشرع الجزائري في ظل التأثير الكبير الذي يمارسه التّقنين المدني الفرنسي على مختلف القوانين المقارنة عامة وعلى المشرّع الجزائري على وجه الخصوص.

يبدو منذ الوهلة الأولى أنّ التّقنين المدني الفرنسي على عكس المشرّع الجزائري وضع الالتزام بحسن النيّة كمنهج يجب إتباعه طيلة فترة المفاوضات، غير أنّه لم يدقق في الآثار المترتبة عن ذلك تاركا للاجتهاد القضائي والباحثين عناية بيان آليات تطبيق النصوص القانونية في جميع مراحل المفاوضات بما في ذلك مراقبة تصرف الأطراف عند الدخول في المفاوضات (المطلب الأول)

كما يسري الالتزام بحسن النيّة خلال سير المفاوضات بشكل واضح حتى في المرحلة التي سبقت التنظيم القانوني لهذه المرحلة، حيث اجتهد القضاء الفرنسي في إطار السلطة الممنوحة له بتفسير النصوص القانونية من أجل ضبط سلوك الأطراف وردع أي خروج عن النزاهة والوفاء الذي يقع على كلا الطرفين (المطلب الثاني)

يمتد كذلك أثر الالتزام بحسن النيّة في مرحلة المفاوضات إلى غاية الخروج من هذه الأخيرة إذ تشتد رقابة الاجتهاد القضائي للتصدي لحالات القطع التعسفي للمفاوضات التي تحضا في الوقت الراهن باهتمام كبير للباحثين في قانون العقود (المطلب الثالث)

## المطلب الأول

## حُسن النيّة شرط أساسي للدخول في المفاوضات

يُعتبر الدّخول في المفاوضات أوّل مرحلة يتدخّل فيها القاضي من أجل مراقبة سلوك الأطراف، إذ تتعدد مظاهر مخالفة هؤلاء للالتزام بحسن النيّة كالدخول في مفاوضات دون أنّ تكون للطرف النيّة في إبرام العقد، وقد يبدو غريبا تصور هذه الحالة في الواقع، إلا أنّ الممارسة أبدت مظاهر عديدة لها (الفرع الأوّل).

من جانب آخر طفت إلى السطح إشكالية الدخول في مفاوضات آنية مع عديد الأطراف، دون إخطارهم بذلك وهو تصرف مشروع قانونا، إلا أنّ بعض الحالات قد تجبر المتفاوض على إعلام المتفاوض الآخر بوجود مفاوضات آنية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## الدخول في المفاوضات بنيّة إبرام العقد

لا يمكن للمتفاوض الدخول في مفاوضات مع الطّرف الآخر إذا لم تكن له نية صريحة منذ البداية في إبرام العقد، حيث يُعتبر ذلك من مظاهر مخالفة الالتزام بحسن النيّة بما أنّه يؤدّي إلى إيهام الطّرف الآخر بإمكانية إبرام العقد دون أن يكون ذلك صحيحا، ويمكن الإشارة إلى العديد من الأسباب التي قد تجعل من المتفاوض يدخل في مفاوضات دون نيّة في إبرام العقد، ما جعل محكمة النقض الفرنسية تكثّف من الرّقابة على مدى توافر هذا الشّرط لدى الأطراف.

### أولا: أسباب التّفاوض في ظل انعدام نيّة إبرام العقد

كشف الباحثون[420]عن أسباب عديدة قد تدفع أحد الأطراف إلى الدخول في مفاوضات مع الطّرف الآخر دون أن يكون الهدف هو إبرام العقد، في صورة تتعارض مع الالتزام بحسن النيّة، بالنّظر إلى الوقت الذي قد تستغرقه وكذلك النفقات التي قد تترتب عنها.

#### 1- الدخول في مفاوضات للحصول على معلومات سريّة

أشار جانب من الباحثين[421] أنّ دخول أحد الأطراف في مفاوضات مع الطّرف الآخر من أجل الحصول على معلومات سريّة مخالف للالتزام بحسن النيّة، خاصة إذا كان الطّرفين شركات تجارية متنافسة، وقد حاول المشرّع الفرنسي حسب أحد الباحثين[422] التصدّي لهذه الحيلة التي قد

---

[420] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 12 / DEFOSSEZ Michel, « La bonne foi au cœur de la négociation », A.J.Contrat., N° 7, 20 juillet 2016, p. 328/ LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi dans la formation du contrat », Revue de droit Mc GILL, Vol. 37, N° 4, 1992, p. 1060.

[421] DEFOSSEZ Michel, Op.cit., p. 328.

[422] Ibid.

يستعملها المتفاوض، من خلال نص المادة 1112-2 من التّقنين المدني[423] والتي تمنع على المتفاوض استعمال أو نشر معلومات سريّة تحصّل عليها أثناء المفاوضات تحت طائلة تحمّل مسؤولية ذلك وفقا للقواعد العامة، إلا أنّ هذه المادة تبقى من دون فعّالية بما أنّ مجرد الكشف عن أسرار تتعلق بطريقة عمل أحد المتفاوضين، يكفي للتقليل من قدرته التنافسية تجاه المتفاوض الآخر ولو لم يستعمل هذا الأخير هذه المعلومات.

كما أنّه يمكن للمتفاوض الذي حصل على هذه المعلومات استعمالها بطريقة غير مباشرة على نحو لا يمكن إثبات عنصر الخطأ في حقه، بالتّالي يبقى المتفاوض المتضرّر من دون تعويض، أضف إلى ذلك أنّه وفي حالة إثبات الخطأ، فلا يمكن تحديد بدقة قيمة الأضرار التي تكبّدها المتفاوض المتضرّر، مع العلم أنّ هذه الأضرار قد تمتد لفترة طويلة من الزّمن في المستقبل.

### 2- الدخول في مفاوضات بنيّة الإضرار بالمتفاوض الآخر

يعتبر الدخول في المفاوضات من أجل الإضرار بطرف آخر من أهم الحيل المستعملة من طرف المتفاوض، وأحسن مثال عن ذلك دخول أحد الأطراف في مفاوضات مع طرف ثالث من أجل إيهام المتفاوض الأوّل بإمكانية إبرام العقد مع الغير، والضغط عليه من أجل تقديم عرض أفضل إذا أراد إبرام العقد.

يبدو واضحا في الحالة السّابقة أنّ تصرف المتفاوض يتعارض مع الالتزام بحسن النيّة تجاه الطّرفين، حيث يوهم الطّرف الثاني بإمكانية إبرام العقد وهو غير صحيح، وقد يؤدّي هذا السلوك إلى تفويت فرص تعاقد هذا المتفاوض مع آخرين، كما يوهم الطّرف الأوّل بوجود منافسين له يمكن التّعاقد معهم وهذا غير صحيح بما أنّ نية المتفاوض الذي صدر منه هذا السلوك لم تتجه إلى إبرام العقد مع الغير.

---

[423] Article 1112-2 du Code civil français stipule que : *« Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun. »* .

**ثانيا: الرقابة القضائية على وجود نية إبرام العقد**

اهتم القضاء الفرنسي بالمرحلة السابقة على التّعاقد منذ مدة طويلة، بل كان له الفضل حسب بعض المؤلفين[424] في الاجتهاد من أجل الوصول إلى حلول للقضايا التي تخص هذه المرحلة في ظل الفراغات القانونية المتعدّدة، وذلك للتصدّي للسلوك المنافي للالتزام بحسن النيّة، حيث راقبت محكمة النقض الفرنسية بصفة أوّلية مدى وجود نية صادقة للمتفاوض عند الدخول في المفاوضات باعتبارها شرط أساسي لصحة المفاوضات.

يمكن الإشارة لتأكيد ما سبق إلى قرار لمحكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ أحد البلديات دخلت في مفاوضات من أجل بيع قطعة أرضية مع شركة مدنية عقّارية، وقد اشترطت منذ بداية المفاوضات مبلغ 250 فرنك للمتر المربع، وهو الثّمن الذي اعتبرته الشّركة مبالغ فيه وقد أدّى تعنت البلدية في رفض تخفيض الثّمن إلى فشل المفاوضات، غير أنّه وبعد فترة زمنية وجيزة قامت البلدية ببيع القطعة الأرضية لشخص ثاني بثمن 120 فرنك للمتر المربع وهو ما أدّى بالشّركة إلى رفع دعوى قضائية معتبرة أنّ البلدية لم يكن لها نيّة إبرام العقد عند دخولها في مفاوضات معها.

استجابت محكمة النّقض الفرنسيّة لطلبات الشّركة، حيث اعتبرت أنّه في ظل تعنت البلدية باشتراط مبلغ 250 فرنك للشركة في حين تفاوضت مع أطراف أخرى وأبرمت العقد مع أحدهم بثمن 120 فرنك، كان من الواجب على محكمة الاستئناف البحث فيما إذا كانت للبلدية نيّة صريحة في إفشال المفاوضات منذ البداية[425].

---

[424] LARROUMET Christian et BROS Sarah, Op.cit., p. 206.

[425] Cass. Civ. 2, 04 juin 1997, N° 95-10574, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007338911&fastReqId=1045487635&fastPos=1/Consulté le 18/05/2017.*« ...Qu'en se déterminant ainsi, sans répondre aux conclusions de la SCI qui demandait de rechercher si la commune, en continuant de mener ces pourparlers sur la base d'un prix manifestement surévalué, tout en proposant dans le même temps à un tiers un prix de 120 francs, n'avait pas agi dans le seul but de faire échouer les négociations menées avec la SCI, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ; » .*

يتّضح من خلال القرار أنّ محكمة النّقض ألغت قرار محكمة استئناف شومبيري (Chambery) والذي رفض طلبات الشّركة المدّعية على أساس حريّة المفاوضات، مؤكدة أنّه إذا كان فعلا الدّخول في المفاوضات تخضع لحرية المتعاقد، فإنّه يجب على القاضي في حالة ما إذا كان موضوع النّزاع يتعلّق بمدى استجابة تصرف أحد المتفاوضين لمقتضيات الالتزام بحسن النيّة، تحليل تصرف الأطراف المتفاوضة بكل موضوعية من أجل التأكد من مطابقة سلوك المتعاقد لهذا الالتزام، وعدم الاكتفاء بعُذر حريّة الأطراف أثناء المفاوضات لعدم الكشف عن التصرفات المخالفة للنزاهة، فإذا كانت حريّة المفاوضات مضمونة فان العمل على فشلها مخالف لحسن النيّة[426].

## الفرع الثاني

## الالتزام بالإفضاء بوجود مفاوضات آنية

يُعتبر الدخول في المفاوضات مع عديد الأطراف في آن واحد أحد النّقاط التي تثير جدلا في الفقه والقضاء، إذ يبدو أنّه وفي ظل غياب شرط حصرية في المفاوضات (d'exclusivité clause) يجوز لأي طرف الدّخول في مفاوضات آنية مع العديد من الأطراف (أولا)، إلا أنّ الإشكال يبقى مطروح حول مدى إلزامية إعلام الطّرف الآخر بوجود هذه المفاوضات الآنية (ثانيا).

### أولا: حريّة الدخول في مفاوضات آنية مع أطراف متعددة

أكد الباحثون[427] أنّ مجرد الدخول في مفاوضات مع العديد من الأطراف لا يشكّل في حد ذاته خرقا للالتزام بحسن النيّة، وهو ما أكّد عليه القضاء في فرنسا في العديد من القرارات من بينها القرار الصادر عن محكمة النّقض في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة متخصصة في صناعة السّيارات دخلت في مفاوضات مع شركة ثانية من أجل إعداد وتصنيع أحد الأجهزة التي تدخّل في تركيب السيارات، إلا أنّه بعد مدة زمنية قامت الشّركة الأولى بقطع مفاوضاتها مع الشّركة الثانية

[426] MESTRE jacques, « Rupture de pourparlers : un défaut de réponse à conclusions qui conduit à s'interroger », R.T.D.C., N° 4, 1997, p. 921.
[427] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 13.

على أساس أنها اختارت تجهيز السيارات بطريقة أخرى بعدما اتفقت مع شركة ثالثة، وهو ما أثار استياء الشّركة الثانية التي رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض بسبب عدم نزاهة الشّركة الأولى.

قضت الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض بعدم أحقية الشّركة الثانية في ادعاءاتها، مبرزة حق الشّركة الأولى في الدخول في مفاوضات آنية مع العديد من الأطراف في ظل غياب بند الحصرية في المفاوضات وعدم استخلاص أيّ انحراف في السلوك[428].

**ثانيا: ضرورة الإفضاء بوجود مفاوضات آنية في حالات معيّنة**

أشار الباحثون[429] إلى ضرورة الإفضاء بين المتفاوضين بوجود مفاوضات آنية مع أطراف أخرى إذا كان ذلك سيؤثر على إرادة المتفاوض، معتبرين أنّ ارتباط التّفاوض مع العديد من الأطراف ببعض العوامل المحيطة بالعقد تجعل من الإفضاء بوجود هذه المفاوضات الآنية التزام تفرضه النزاهة الواجبة بين الأطراف.

كرّس القضاء الفرنسي ضرورة الإفضاء بوجود مفاوضات آنية في قرار للغرفة التّجارية لمحكمة النّقض بتاريخ 12 ماي 2004، حيث تتلخّص وقائع القضية أنّ مدير مجلس إدارة شركة (أ) طلب من باقي الشركاء تنازلهم عن أسهمهم لمصلحة شركة (ب) والتي يترأس كذلك مجلس إدارتها، وهذا ما تمّ فعلا حيث باع شركاء الشّركة (أ) أسهمهم للشركة (ب) بمبلغ 1800 فرنك للسهم، ثم بعد ذلك قام مدير الشّركة (ب) ببيع جميع الأسهم إلى الشّركة (ج) بثمن 4022 فرنك للسهم الواحد، ليتّضح بعد ذلك أنّ مدير الشّركة (ب) قد دخل في مفاوضات مع الشّركة (ج) قبل التّفاوض مع المساهمين في الشّركة (أ) والذين لم يكونوا على علم بهذه المفاوضات، ما أدّى بهم إلى مطالبة مدير الشّركة (ب) والشّركة (ج) بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم.

---

[428] Cass com., 13 novembre 2013, N°12-25043, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028209437&fastReqId=718651943&fastPos=1/ Consulté le19/05/2017. *« Mais attendu, en premier lieu, qu'en relevant que rien n'interdisait à la société TRW de rechercher d'autres collaborations en l'absence de promesse d'exclusivité faite à la société ZAD et en retenant, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que les faits en cause n'établissent pas la preuve d'une déloyauté, d'un abus ou d'un détournement de savoir-faire, ..... a écarté le caractère déloyal du comportement dénoncé par les deuxième et troisième branches ;* »

[429] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 12.

أكدت محكمة النّقض الفرنسيّة عند نظرها في النّزاع على عدم نزاهة مسير الشّركة (أ) تجاه باقي الشركاء، إذ كان عليه الإفضاء بوجود مفاوضات آنية مع الشّركة (ج) من أجل شراء أسهم الشّركة (ب)[430].

يتبيّن من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة أكّدت أنّ الدخول في مفاوضات مع العديد من الأطراف لا يشكّل خطأ بالنّسبة للمتفاوض، إلا أنّه إذا كان معرفة أحد الأطراف أنّ المتفاوض الآخر دخل في مفاوضات آنية مع أطراف أخرى، وأنّ هذه المعلومة من شأنها التّأثير على إرادته أثناء المفاوضات، وجب على المتفاوض الذي يُجري مفاوضات مع العديد من الأطراف إخطارهم بذلك، لتتم هذه الأخيرة بنفس المعلومات التي يحوز عليها جميع المتفاوضين.

## المطلب الثاني

## الالتزام بحسن النيّة أثناء سير المفاوضات

تتجلى أهمية حسن النيّة أكثر أثناء سير المفاوضات، عن طريق مراقبة سلوك المتفاوضين وردع أيّ سلوك يتنافى مع النزاهة والثّقة اللازمة خلال هذه المرحلة[431]، حيث يظهر في هذه المرحلة الصراع بين حسن النيّة التي تلزم المتفاوض بمراعاة مصالح الطّرف الآخر، والأنانية الأطراف المتفاوضة التي تميل حصريا إلى مراعاة مصالحهم الشّخصية وهو ما قد ينتج عنه اختلال في التّوازن الاقتصادي للعقد.

يظهر الالتزام بحسن النيّة في ظل الصراع بين مصلحة المتعاقد الشّخصية وضرورة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر كمعيار لضبط تصرف المتفاوضين، بمنع أيّ انحراف في السلوك يلحق ضرر بالطّرف الآخر، حيث يضع القاضي سلوك المتفاوض تحت مجهر حسن النيّة للكشف عن

---

[430] Cass. Com., 12 mai 2004, N° 00-15.618, Bull. Civ. N° 5, 2004, p. 97. *« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle constatait que M. Samuel X..., dirigeant et actionnaire des sociétés X... et Financière X..., avait été à l'initiative de la cession des actions de la première au bénéfice de la seconde et sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, s'il n'avait pas caché l'existence des négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport de ces mêmes actions, et ainsi manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influer sur leur consentement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».*

[431] محمد محمد السوري، المرجع السّابق، ص 87.

الخُرقات التي قد تعيق السّير العادي للمفاوضات، ومن بينها بعض التصرفات التي أعطى لها المشرّع وصف عيب الإرادة (الفرع الأول).

غير أنّ السّلوك المنحرف للمتفاوض لا يدخل بصفة آلية في الحقل القانوني لهذه العيوب بالنظر إلى الشروط العديدة الواجب توفرها لحماية الطرف الذي وقع ضحية للإكراه أو التدليس بالتّالي يتدخّل القاضي لردعها ليس باعتبارها عيوبا للإرادة بل باعتبارها منافية للالتزام بحُسن النيّة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## ارتباط حسن النيّة بعيوب الرضا

أضحى الالتزام بحسن النيّة أساس لردع السلوك غير النزيه للمتفاوض عن طريق عيوب الرضا[432]، فالتدليس مثلا يعد خرقا لحسن نية المتفاوض الذي يستعمل طرق احتيالية من أجل إيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة[433]،والاستغلال هو تكريس لسوء نيّة المتفاوض الذي يستغل مركز الضعف الذي يكون فيه المتفاوض الآخر من أجل الحصول على فائدة غير متناسبة مع ما يلتزم به تجاه هذا الأخير، غير أنّ التركيز في هذا المقام سيكون على العيوب الحديثة التي تثير إشكالات قانونية عديدة في الفقه والاجتهاد القضائي وهي عيب الكتمان التدليسي من جهة(أولا) وعيب التعسّف في استغلال وضعية التبعيّة من جهة أخرى(ثانيا).

### أولا: عيب الكتمان التدليسي

اعترف المشرّع الجزائري بالكتمان التدليسي[434] كعيب من عيوب الرضا في نص المادة 86 فقرة 2 من التّقنيني المدني والتي تنص على أنّه: *" ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".*

---

[432] MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes, La responsabilité précontractuelle : étude comparative des régimes colombien et français, thèse de Doctorat en droit, université Paris II Panthéon Assas, 2013, p. 180.

[433] ابراهيم سيد أحمد، فكرة حُسن النيّة في المعاملات المدنية فقها وقضاءا، منشاة المعارف، الإسكندرية،2015، ص 52.

[434] على عكس المشرّع الفرنسي الذي لم يعترف صراحة بهذا العيب إلا بعد تعديل التّقنين المدني في سنة 2016 من خلال المادة 1137 فقرة 2 التي تنص على أنّه:

أشار الباحثون[435] عند التطرّق لموضوع الكتمان التدليسي إلى بعض الشّروط الواجب توفّرها من أجل قيام هذا العيب، إلا أنّ العديد من الإشكالات القانونية ثارت حول كيفية إعمال هذه الشّروط، في ظل اجتهاد قضائي كان له الدور الكبير في الكشف عن هذه الإشكالات، وتقديم حلول لم تحقق الإجماع وسط الفقه.

**1- الإشكالات القانونية المتعلقة بالمعلومات الواجب الإفضاء بها**

تعددت الإشكالات القانونية التي تم أثارتها أمام الجهات القضائية، إلا أنّ معظمهما تتمحور حول طبيعة المعلومات التي يؤدّي السكوت عنها إلى اعتبار المتفاوض مرتكب لكتمان تدليسي وقد تعددت ملاحظات محكمة النّقض الفرنسيّة في هذا الشأن.

**أ: حول حصرية المعلومات**

أكدت العديد من قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة على أنّه لا يمكن اعتبار المتعاقد مرتكبا لكتمان تدليسي، إلا إذا كان من غير الممكن للمتفاوض الآخر الحصول على المعلومة محل الكتمان، وتجدر الإشارة في هذا الصّدد إلى قرار الغرفة المدنيّة الثالثة في قضية تتلخّص وقائعها في أنّ شخص اشترى منزل بجانبه قطعة أرضية غابية، كان يعلم المشتري قبل إبرام العقد بوجود مشروع قرار بلدي يهدف إلى جعل القطعية الأرضية الغابية قابلة للبناء، وهي المعلومة التي لم يكن البائع عالم بها فطالب قضائيا بإبطال العقد بسبب ارتكاب المشتري لكتمان تدليسي.

أيدت محكمة النّقض الفرنسيّة قرار محكمة استئناف غرونوبل (Grenoble) لما رفضت دعوى البائع (وهي شركة مدنية عقارية)، على أساس أنّها لم تقدم الدّليل على حصرية المعلومات التي يحوز عليها المشتري والتي لم يكن بوسعها الحصول عليها[436].

---

*« 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. »*

[435] راجع أبو هيبة نجوى، الكتمان التدليسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 85 وما بعدها.

[436] Cass. Civ. 3eme, 16 septembre 2015, N° 14-11912, *in*https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031188996&fastReqId=1556209385&fastPos=1/ Consulté le 22/05/2017*« Mais attendu ... qu'il n'était pas démontré que M. X..., ...disposait d'informations que la SCI n'était pas en mesure d'obtenir ... que la demande de nullité de la vente ne pouvait être accueillie ; »*

انتقد أحد الباحثين[437] هذا القرار على اعتبار أنّه مخالف لاجتهاد مستقر لمحكمة النّقض، والذي يعتبر أنّ كتمان أيّ معلومة حاسمة من طرف أحد المتعاقدين، يجعل من خطأ المتعاقد الآخر النّاتج عن إخفاء هذه المعلومة من دون أثر[438]، أي أنّ مجرد إخفاء المشتري للمعلومة ينتج عنه إعفاء البائع من مسؤوليته عن عدم الاستعلام عن الوضعية القانونية للشيء المبيع.

يمكن كذلك توجيه ملاحظة ثانية للقرار السّالف الذكر وهو أنّه لم يول اهتمام للطريقة التي تحصّل بها المشتري على المعلومة محل النّزاع، إذ بالرجوع إلى تفاصيل القضية يتّضح أنّ المشتري هو مهندس معماري، تحصّل على معلومات من طرف البلدية خلال الفترة التي كُلف فيها من طرف البائع بإعادة تخطيط المنزل المبيع، بالتّالي فإن المشتري بالنّظر إلى مهنته تحصل على معلومة لم يكن بوسع البائع الحصول عليها، علما أنّه عند إبرام الوعد بالبيع لم تقم البلدية بترسيم مشروع تحويل القطعة الأرضية الغابية إلى قطعة قابلة للبناء مما يجعل كلا من البائع والمشتري في مراكز قانونية غير متكافئة، مع عدم منح نفس الفرص لكليهما من أجل الحصول على هذه المعلومة الحاسمة.

**ب: الإفضاء بالقيمة الحقيقية لمحل العقد**

كرّس المشرّع الفرنسي بعد تعديل التّقنين المدني سنة 2016 حق المتعاقد بعدم الإفضاء بالقيمة الحقيقية للشيء المبيع، إذ استثنت الفقرة 2 من المادة 1112-1 من التّقنين[439] المعلومات حول قيمة محل العقد من حقل الالتزام بالإعلام، كما قدّم المجلس الوطني الفرنسي اقتراح تعديل

---

[437] LATINA Mathias, « La preuve de la réticence dolosive de l'acheteur », L.E.D.C., N° 10, 06 novembre 2015, p.4.

[438] Ibid. *«L'arrêt illustre cependant, au détour d'une phrase, les désordres qui affectent la réticence dolosive en droit positif. La Cour de cassation reproche en effet au vendeur de n'avoir pas prouvé que l'acheteur disposait d'une information qu'il « n'était pas en mesure d'obtenir ». Autrement dit, un contractant qui retient sciemment une information ne se rend pas nécessairement coupable d'une réticence dolosive. Encore faut-il que l'autre partie ait pu légitimement ignorer l'information en question, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas violé son devoir de se renseigner.*

*Pourtant, la haute juridiction estime également que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur de la victime. La jurisprudence est donc incohérente… ».*

[439] Article 1112-1 du Code civil français stipule que : « *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.* ».

نص المادة 1137 من التّقنين المدني والمتعلقة بالكتمان التدليسي بإضافة فقرة ثالثة تنص على أنّه: « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »[440]

يبدو واضحا تأثر المشرّع الفرنسي بما استقر عليه قضاء محكمة النّقض الفرنسيّة على استثناء قيمة محل العقد من نطاق المعلومات الواجب الإفضاء بها للطرف الآخر، وأحسن مثال على ذلك قرار صادر عن الغرفة المدنيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شخص اشترى صور فوتوغرافية لمصور مشهور عالميا بقية 1000 فرنك فرنسي، وهو يعلم يقينا أنّ قيمة الصور تفوق بكثير هذا الثّمن ، إلا أنّ البائعة تفطّنت للغلط الذي وقعت فيه واكتشفت أنّ المشترى كان يعلم بالقيمة الحقيقية للصور وكتم عنها هذه المعلومة، فقامت برفع دعوى قضائية من أجل الحصول على ثمن إضافي، غير أنّ محكمة النّقض رفضت طلباتها اعتبارا أنّ المشتري لم يكن ملزما بإعلام البائعة حول القيمة الحقيقية للشيء المبيع[441].

علّق الأستاذ فليب دلبيك (Philippe DELEBECQUE) على القرار معتبرا أنّ محكمة النّقض أصابت فيما قضت به، لأنّ البحث في مدى وجود إخلال للمشتري بالتزامه بالإعلام أو

---

[440] Texte numéro 46, du 11 décembre 2017, Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et *de* la preuve des obligations, *in* http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp/ Consulté le 25/01/2018.

[441] Cass. Civ. 1ere, 03 mai 2000, N° 98-11.381, Bull. Civ. N° 5, 2000, p. 88. *« Attendu que pour condamner M. Z... à payer à Mme Y... la somme de 1 915 000 francs représentant la restitution en valeur des photographies vendues lors des ventes de gré à gré de 1989, après déduction du prix de vente de 85 000 francs encaissé par Mme Y..., l'arrêt attaqué, après avoir relevé qu'avant de conclure avec Mme Y... les ventes de 1989, M. Z... avait déjà vendu des photographies de X... qu'il avait achetées aux enchères publiques à des prix sans rapport avec leur prix d'achat, retient qu'il savait donc qu'en achetant de nouvelles photographies au prix de 1 000 francs l'unité, il contractait à un prix dérisoire par rapport à la valeur des clichés sur le marché de l'art, manquant ainsi à l'obligation de contracter de bonne foi qui pèse sur tout contractant et que, par sa réticence à lui faire connaître la valeur exacte des photographies, M. Z... a incité Mme Y... à conclure une vente qu'elle n'aurait pas envisagée dans ces conditions .*

*Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».*

البائعة بالتزامها بالاستعلام، قد يُدخل القضاء في دوامة لا نهاية لها بسبب الغموض الذي يحوم حول حدود كلا هذين الالتزامين[442]، في حين أثار ذات القرار استياء الأستاذ دوني مازو ( Denis MAZEAUD) لما اعتبر أنّ "الخداع أصبح مشرع لمن أراد ذلك"، حيث يرى بأنّ السّماح للمشتري من اقتناء صور بثمن بخس باسم الأمن التّعاقدي غير معقول تماما بالنظر للالتزام بحسن النيّة في العقد[443].

**2- عن عمدية إخفاء المعلومات**

يثير تعمّد أحد الطّرفين إخفاء المعلومة على الطّرف الآخر العديد من الإشكالات القانونية من أهمها تلك المتعلقة بإثبات وجود نيّة الكتمان، لذلك أقرت محكمة النّقض بإمكانية التغاضي عن هذا الشّرط إذا اتضح أنّ المعلومة تبلغ من الأهمية درجة لا تستدعي البحث عن شرط العمد، وهو ما يمكن استخلاصه من قرار الغرفة المدنيّة الثّالثة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ مدير شركة متخصصة في تربية السمك (piscicultures) قام ببيعها إلى مشتري دون إعلامه بوجود طعن ضد ترخيص الاستغلال، وهو ما اعتبره المشتري كتمانا تدليسيا يفتح له المجال للمطالبة بإبطال العقد، وهو ما قضت به محكمة النّقض التي اعتبرت أنّ هذه المعلومة التي لا يمكن للمشتري حسب السّير العادي للأمور العلم بها، تبلغ درجة من الأهمية تجعل من البحث عما إذا كان صمت البائع عمدي أو غير عمدي عديم الفعّالية [444].

---

[442] DELEBECQUE Philippe, obs. Cass. Civ. 1ere, 03 mai 2000, N° 98-11381, Défrenois, N° 19, 15 octobre 2000, p. 1114. *« ... Sans doute. Mais, et pour rester pour l'instant sur le terrain de la seule technique juridique, aller dans ce sens conduit à mettre à la charge de l'acheteur une obligation d'information. Or, les contours d'une telle obligation sont bien incertains.....Félicitons donc la Cour de cassation d'avoir tranché et d'avoir su le faire on ne peut plus clairement et sans aucun détour : « aucune obligation d'information ne pèse sur l'acheteur».*

[443] MAZEAUD Denis, « En contrat, trompe qui peu ! », Défrenois, N° 19, 15 octobre 2000, p. 1110. *« Mais qu'au nom de cette même sécurité juridique, on permette à l'acquéreur, qui garde un silence coupable sur la valeur de la chose vendue, de contracter à un « prix dérisoire », ainsi que l'avaient souverainement apprécié les juges du fond, cela nous paraît proprement inadmissible et jurer avec l'exigence la plus élémentaire de bonne foi qui s'impose lors de la formation du contrat ».*

[444] Cass. Civ. 3eme, 11 mai 2005, N° 03-17.682, Bull. Civ. N° 5, 2005, p. 94. *« Mais attendu qu'ayant relevé que la connaissance de l'existence du recours formé contre la décision autorisant la poursuite*

أثار القرار السّالف الذكر ردود فعل كثيرة، حيث اعتبر جانب من الباحثين[445]أنّ القرار غير منطقي بما أنّه سلك طريق الالتزام بالإعلام في العديد من الجوانب من بينها الإثبات إلا أنّه في نهاية المطاف رتب الجزاء المترتب عن الكتمان التدليسي وهو القضاء ببطلان العقد، في حين رآى جانب آخر من الباحثين[446] أنّ محكمة النّقض أحدثت تقارب كبير بين الكتمان التدليسي والالتزام بالإعلام في المرحلة السّابقة عن التّعاقد، والذي قد يؤدّي إلى تداخل في المفاهيم رغم تباينها مشيرا إلى أنّ وصف "عديم الفعّالية " الذي استعملته محكمة النّقض يوحي إلى عدم أهمية البحث في مدى تعمد المتعاقد إخفاء المعلومات على الطّرف الآخر طالما أنّ هذه المعلومات بلغت درجة كبيرة من الأهمية يترتب عن السّكوت عنها مسؤولية صاحب الكتمان.

**ثانيا: عيب الاستغلال**

اعترف المشرّع في نص المادة 90 من التّقنين المدني بعيب الاستغلال، حيث تنص المادة على أنّه: *" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أنّ يبطل العقد أو أنّ ينقص التزامات هذا المتعاقد."*

---

*de l'activité des pisciculture litigieuses était pour l'acquéreur un élément déterminant de son consentement, qu'en application de l'obligation d'information et de loyauté qui pesait sur les vendeurs quant aux conditions essentielles de la vente, les époux X... devaient faire connaître à l'acquéreur l'existence du recours dont ils ne rapportaient pas la preuve qu'il en avait ou pouvait en avoir personnellement connaissance, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a pu retenir l'existence d'une réticence dolosive imputable aux époux X... ; ».*

445 MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Quand réticence dolosive, obligation d'information et obligation de bonne foi se conjuguent pour conduire à l'annulation d'une révocation mutuelle et à la décharge d'une caution», R.T.D.C., Chr., N° 3, 2005, p. 590. *« Il s'ensuit un certain brouillage entre les notions : l'obligation d'information impose son régime à la réticence dolosive (le renversement de la charge de la preuve et l'indifférence du caractère intentionnel), mais elle lui en emprunte les habits et, avec eux, la conséquence juridique (la nullité du contrat) ».*

446 AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, « Du manquement au devoir précontractuel d'information à la réticence dolosive, quelle distance ? », Dr. Pat., Chr., N° 141, octobre 2005, p. 91 .

تقترب المادة 90 المذكورة سابقا من نص المادة 1143[447] من التّقنين المدني الفرنسي بعد التعديل، والتي اعتبرت "كذلك إكراه" تعسف أحد الأطراف في استغلال وضعية التبعيّة التي قد يكون فيها الطّرف الآخر، من أجل إجباره على إبرام عقد لم يرد إبرامه أصلا أو كان بإمكان إبرامه بشروط مغايرة لولا وضعية التبعيّة التي كان فيها، إلا أنّ الواضح هو أنّ المشرّع الفرنسي استحدث عيب جديد من عيوب الرضا يختلف عن عيب الاستغلال المعروف به في القانون الجزائري.

**1- المقاربة بين عيب الاستغلال وعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية**

يظهر منذ الوهلة الأولى التقارب الواضح بين عيب الاستغلال الوارد في نص المادة 90 من التّقنين المدني وعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية الوارد في نص المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي.

تتجلى مظاهر التقارب بين عيب الاستغلال وعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية في مظهرين أساسيين وهما: اعتراف المشرّع بعدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين من جهة، واختلال التّوازن الاقتصادي للعقد من جهة أخرى.

**أ: عدم تكافؤ المراكز القانونية لأطرف العقد**

ينطلق كلا من عيب الاستغلال وعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية من نفس المعاينة وهي أنّ أحد المتعاقدين يوجد في مركز ضعف بالمقارنة مع المتعاقد الآخر، ما يمنح لهذا الأخير أفضلية عند سير المفاوضات.

**ب: اختلال التّوازن الاقتصادي للعقد نتيجة لعدم تكافؤ المراكز القانونية**

يظهر جليا من نص المادة 90 من التّقنين المدني ونص المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي، أنّ كليهما يصل إلى النتيجة نفسها وهي اختلال التّوازن الاقتصادي للعقد بسبب عدم تكافؤ المراكز القانونية، والواقع أنّ عدم توازن العقد هو مصدر تدخّل القاضي.

---

[447] Article 1143 du Code civil français : *« Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. ».*

**2-ضرورة مواكبة عيب الاستغلال للتطورات الحديثة لنظريّة العقد**

رغم التقارب بين عيب الاستغلال وعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية، تتجلى اختلافات جوهرية بين موقف التّقنين المدني الجزائري والفرنسي، إذ يبدو واضحا وبالنظر إلى موقف هذا الأخير ضرورة بلورة عيب الاستغلال من أجل التّماشي مع التطورات الحديثة لنظريّة العقد.

**أ:ظروف اعتراف المشرّع الفرنسي لعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية**

يرجع أصل اعتراف المشرّع الفرنسي لعيب التعسّف في استغلال وضعية التبعيّة إلى مشروع تعديل التّقنين المدني للأستاذ بيير كاتالا (Pierre CATALA) من خلال نص المادة 1114-3 من المشروع[448]، والذي استخلص من اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة وجود هذا العيب الذي يتصل بعيب الإكراه لا بعيب الغبن وهو ما أكّدت عليه المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي.

اعترفت الغرفة المدنيّة الأولى لمحكمة النّقض الفرنسيّة بعيب التعسّف في استغلال وضعية التبعيّة في العديد من القرارات أبرزها ذلك الصادر فصلا في قضية تتلخّص وقائعها أنّه بعد نشوب حريق في مرأب أحد الأشخاص وتنفيذا لعقد تأمين، تمّ إبرام اتفاق بين المؤمِّن والمؤمَّن له على أن تقوم شركة التّأمين بدفع مبلغ 667.382 فرنك فرنسي كتعويض، غير أنّه وبعد مدّة من إبرام الاتّفاق طالب المؤمَّن له قضائيا بإبطال الاتّفاق وبرفع مبلغ التّعويض إلى حوالي 1.000.000 فرنك فرنسي على أساس أنّه وبالنّظر إلى الوضعية المالية التي كان يعاني منها عند إبرام اتفاق التعويض، فقد قبل الاتّفاق بصفة مستعجلة دون تقدير مناسب للضرر.

---

[448] Projet de réforme de droit des obligations (projet CATALA 2005) *in* http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf/ Consulté le 14/06/2017.L'article 1114-3 du projet stipule que : « *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif.*
*La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique.* » .

رفضت كل الجهات القضائية التي عُرض عليها النّزاع طلبات المؤمَّن له، آخرها محكمة استئناف باريس التي أسست قرارها على عدم توافر شروط الغبن من أجل قبول طلب إبطال الاتّفاق بين الطّرفين، غير أنّ محكمة النّقض ألغت القرار واعتبرت أنّ الإكراه الاقتصادي الذي تعرّض له المؤمَّن له لا يمكن إدراجه ضمن عيب الغبن بل ضمن عيب الإكراه[449].

يبدو من خلال هذا القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة أخذت بعين الاعتبار وضعيّة المؤمَّن له عند إبرام الاتّفاق محل الخلاف إلى جانب اختلال التّوازن المالي للاتفاق، إذ اعتبرت أنّ شركة التأمين استغلت العجز المالي للمؤمَّن له بعد وقوع الحادث، من أجل التّفاوض والحصول على اتفاق خلق لمصلحتها عدم توازن اقتصادي واضح على حساب المؤمَّن له[450].

ندد جانب من الباحثين[451] بالموقف الذي اتخذته محكمة النّقض حول الإكراه الاقتصادي معتبرين أنّ هذا الأخير يخرج أصلا عن دائرة عيوب الإرادة، كما أنّ إدراج الإكراه الاقتصادي ضمن صور عيب الإكراه غير صحيح، لأنّ هذا الأخير يفترض تدخّل المتعاقد بفعل إيجابي لانتزاع (extorquer) قبول الطّرف الآخر، في حين أنّ الإكراه الاقتصادي عادة ما يكون نتيجة ظروف خارجية لا تقتضي تدخّل المتعاقد "المكرِه"[452].

---

[449] Cass. Civ. 1ere, 30 mai 2000, N° 98-15.242, Bull. Civ. N° 5, 2000, p. 109. *« Attendu que, pour rejeter la demande d'annulation de l'acte du 10 septembre 1991, l'arrêt attaqué retient que, la transaction ne pouvant être attaquée pour cause de lésion, la contrainte économique dont fait état M. X... ne saurait entraîner la nullité de l'accord ;*
*Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »*

[450] CHAZAL Jean-Pascal, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », D., N°43, 14 décembre 2000, p. 879.

[451] BELMONTE Loetitia, « La contrainte économique dans le giron de la violence ? », L.P.A., N° 72, 11 avril 2001, p. 18.

[452] Ibid. « En effet, l'extorsion suppose que la violence ait entraîné la manifestation d'un consentement et « il est impossible de dire qu'une contrainte qui résulte d'une causalité naturelle puisse avoir cet objet » ».

**ب: شروط عيب التعسّف في استغلال وضعية التبعيّة**

كان لاجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة أثر كبير في تحديد شروط عيب التعسّف في استغلال وضعية التبعية، لا سيما قرار الغرفة المدنيّة الأولى بتاريخ 03 أفريل 2002[453] كما يمكن الاستناد إلى مضمون المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي للوقوف على هذه الشروط التي يمكن حصرها في: وجود أحد الطّرفين في وضعية تبعية تجاه الطّرف الآخر وتعسف الطّرف القوي في استغلال هذه الوضعية، وأخيرا حصول المتفاوض على فائدة مفرطة.

**ب1: وجود أحد المتفاوضين في وضعية تبعية**

تعتبر تبعية أحد الأطراف للطرف الآخر شرطا أساسيا في عيب التعسّف في استغلال وضعية التبعية، وعلى عكس المشرّع الجزائري الذي حصر مصدر وضعية التبعية في عاملي الطيش البيّن والهوى الجامح، فإن المشرّع الفرنسي ترك المجال واسعا للقاضي من أجل تقدير مدى وجود وضعية تبعية بين المتعاقدين، أكثر من ذلك، فإن نص المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي لم يحصر مصدر التبعية في التبعيّة الاقتصادية، بل شملت المادة أيّ وضعية تبعية مهما كانت طبيعتها[454]، وهو ما يمكن التأكّد منه بالرّجوع إلى تقرير وزارة العدل الفرنسيّة إلى رئيس

---

[453] Cass. Civ. 1ere, 03 avril 2002, N° 00-12.932, Bull. Civ. N° 4, 2002, p. 84. *« Attendu, cependant, que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans constater, que lors de la cession, Mme X... était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».*

[454] رغم أنّ مجلس الأمة الفرنسي اقترح تعديل نص المادة 1143 وحصر عيب التعسّف في استغلال وضعية التبعيّة في التبعيّة الاقتصادية فقط،إلا أنّه ولغاية تحرير هذه الأطروحة لم تتم مصادقة البرلمان الفرنسي على الأمر المتضمن تعديل التّقنين المدني، بالتّالي يجب ترك المجال مفتوحا ليشمل جميع الحالات التي يكون فيها أحد المتعاقدين في وضعية تبعية تجاه الطّرف الآخر مهما كان مصدرها.راجع:

Projet de loi portant *ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant* réforme *du* droit *des* contrats, *du* régime général *et de la* preuve *des* obligations, *in* http://www.senat.fr/leg/tas17-005.pdf. 02/01/2018/ L'article 5 stipule que*: «*... 2° À l'article 1143, après le mot : « dépendance », il est inséré le mot : « économique ». ».

الجمهورية[455] والذي صاحب صدور الأمر 2016-131 المتضمن تعديل التّقنين المدني، إذ يُمكن استخلاص أنّ كل وضعيات التبعيّة مهما كان مصدرها تدخّل ضمن نص المادة 1143، لتسمح بذلك حماية أكبر لأطراف العقد دون الانحصار في الإكراه الاقتصادي فقط[456].

أشار جانب من الباحثين[457] عند التعليق على نص المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي، أنّ المشرّع لم يحتفظ بالنّص الأصلي للمشروع الأوّلي المتعلّق بتعديل قانون الالتزامات التي أفصحت عنه وزارة العدل[458]، بإسقاط بعض العبارات منها "وضعية الحاجة" أو عبارة "حالة الضعف" المذكورة في نص المادة 50 من المشروع[459]، محتفظا فقط بعبارة "وضعية التبعية"[460] وقد تمّ تبرير هذا الموقف بعدم دقّة العبارات المحذوفة والتي قد تفتح المجال واسعا لتدخّل القاضي ما قد يؤدّي إلى المساس بالأمن القانوني للعقد[461]، كما أنّ صياغة المادة تفترض وجود وضعية

---

[455] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF N° 32, du 11 février 2016.

[456] Ibid., p. 25. *« L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143). En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles. ».*

[457] CHENEDE François, Le nouveau droit des obligations et des contrats (consolidations-innovations-perspectives), Dalloz, Paris, 2016, p. 73./DESHAYES Olivier, «La formation des contrats », R.D.C., hors-série, 2016, p. 27.

[458] Avant-projet de réforme du droit des obligations, ministère de la justice, 23 octobre 2013, *in* https://mfmblog.files.wordpress.com/2014/09/avant-projet-de-rc3a9forme-octobre-2013.pdf / consulté le 15/05/2017.

[459] Avant-projet de réforme du droit des obligations, ministère de la justice, 23 octobre 2013, Op.cit., p. 13. Article 50 du projet de réforme du droit des obligations : *« Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. ».*

[460] Article 1143 du Code civil français : *« Il y a également violence …, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant,… ».*

[461] CHENEDE François, Op.cit., p. 73.

تبعية حقيقية بين الطّرفين، بالتّالي مجرد الضعف النفسي للمتفاوض غير كاف من أجل إبطال العقد لعيب التعسّف في استغلال وضعية التبعية[462].

**ب2: تعسّف الطّرف القوي في استغلال وضعية التبعية**

يشترط إلى جانب وجود وضعية التبعية تعسّف الطّرف القوي في المفاوضات لوضعيته وهو ما يمنح وصف عدم المشروعية لتصرّف المتفاوض، وتمّ وضع هذا الشّرط للرد على الانتقاد الموجه لعيب الإكراه الاقتصادي، إذ يؤكد المشرّع الفرنسي أنّ المعاقب في حالة وضعية التبعيّة هو تعسف الطّرف القوي في استغلال هذه الوضعية وليست وضعية التبعيّة بحد ذاتها[463]، على عكس المشرّع الجزائري الذي اكتفى باستعمال كلمة "استغلال" وهو الخطأ الذي يجب السعي إلى تصحيحه.

أكّد الباحثون[464] تعليقا على قرار محكمة النّقض الفرنسيّة الصادر في 03 أفريل 2002[465] السّالف الذكر، أنّ هذا الأخير كرّس بصفة صريحة ضرورة وجود تصرف معاقب عليه قانونا من طرف المتفاوض للمطالبة بإبطال العقد، أيّ أنّ مجرد وجود وضعية تبعية لأحد الطّرفين تجاه الطّرف الآخر غير كافية لافتراض قيام العيب.

تجدر الإشارة إلى ضرورة أن يكون تصرف الطّرف القوي في التّفاوض حاسما (intervention déterminante) من أجل طلب إبطال العقد بسبب عيب التعسّف في استغلال وضعية التبعية، والمقصود بذلك أن يكون تصرف الطّرف القوي في التّفاوض هو الذي دفع الطّرف الآخر إلى إبرام العقد أو قبول إبرامه بتلك الشّروط[466].

---

462 DESHAYES Olivier, Op.cit., p. 27.

463 LOISEAU Grégoire, « Les vices du consentement », C.C.C., N° 5, mai 2016, p. 19.

464 MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Violence morale et dépendance économique », Chr. R.T.D. C. , N° 3, 2002, p. 502. *« La première chambre civile entend ici mettre l'accent sur l'attitude nécessairement répréhensible de celui auquel on songe à imputer le vice de violence économique. »*

465 Cass. Civ. 1ere, 03 avril 2002, N° 00-12932, Op.cit.

466 MERVEILLEUX DU VIGNAUX Charles et D'ALES Thibaud, « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », J.C.P. E., N° 40, 06 octobre 2016, p. 30.

**ب3: أن ينجر عن العيب فائدة مفرطة لمصلحة الطّرف القوي**

ينتج عن تعسف أحد الأطراف في استغلال وضعية التبعيّة التي يكون فيها الطّرف الآخر أن يتحصل على فائدة مفرطة وظاهرة (manifestement excessive)، إلا أنّ هذه الصياغة المستعملة في نص المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي تعرضت للانتقاد لأنّ استعمال المشرّع لعبارة "التعسّف" من شأنه إسقاط وصف "ظاهرة" (manifeste) والذي سيؤدي في الواقع إلى التشديد من شروط هذا العيب إلى درجة لا تتحقق الفعّالية المنتظرة منه[467]، على عكس المشرّع الجزائري الذي تفادى الوقوع في هذا الخطأ لما أشار إلى وجود غبن ناتج عن الاستغلال دون الإشارة إلى نسبة هذا الغبن، تاركا للقاضي سلطة تقديرية من أجل التصدي لعدد أكبر من الحالات.

أرجع الباحثون[468] تضييق المشرّع الفرنسي من اللجوء إلى عيب التعسّف في استغلال وضعية التبعيّة عن طريق فرض شرط الحصول على "فائدة مفرطة وظاهرة"، إلى ضرورة منح ثقة للمتدخّلين الاقتصاديين بضمان استقرار نسبي للمعاملات وتأطير إجراء اللجوء لهذا العيب، وهو ما يمكن استخلاصه من تقرير وزارة العدل الفرنسيّة لرئيس الجمهورية الذي صاحب صدور الأمر 2016-131، حيث بيّن التقرير أنّه ولغرض التجاوب مع تخوفات المؤسسات حول زعزعة استقرار المعاملات عن طريق اللجوء الآلي إلى هذا العيب من أجل المطالبة بإبطال العقد، تمّ إدراج شرط الحصول على فائدة مفرطة وظاهرة لمنح نوع من الموضوعية ولتأطير تطبيق المادة 1143 من التّقنين المدني الفرنسي[469].

---

[467] LOISEAU Grégoire, Op.cit., p. 19.

[468] MERVEILLEUX DU VIGNAUX Charles et D'ALES Thibaud, Op.cit., p. 31.

[469] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Op.cit., p. 24. *« Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant, ce qui permet d'encadrer l'application de ce texte ».*

## الفرع الثاني

## محاربة السّلوك المنافي لحسن النيّة عند سير المفاوضات

تخرج بعض تصرفات الأطراف خلال سير المفاوضات عن مجال عيوب الإرادة غير أنّها لا تخرج من دائرة الرقابة القضائية، إلا أنّ استحالة حصر هذه التصرفات[470]، تبرر ضرورة التركيز على ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين حديثا في هذا المجال، في ظل إغفال المشرّع الجزائري تنظيم مرحلة المفاوضات.

### أولا: مراعاة سريّة المعلومات خلال مرحلة المفاوضات

استحدث المشرّع الفرنسي بعد تعديل 2016 نص جديد يتعلق بالمحافظة على المعلومات التي يحصل عليها المتفاوض، وهو نص المادة 1112-2 والذي يقضي بـ: *« Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun. »*[471]

تبدو الصلة واضحة بين المحافظة على سريّة المعلومات والالتزام بحسن النيّة، من خلال فرض على المتفاوض عدم إفشاء المعلومات السريّة التي يحصل عليها في مرحلة المفاوضات[472]، كما لا يمكن له استغلال هذه المعلومات لغرض آخر غير الذي تمّ الكشف له عنها.

#### 1- منع إفشاء المعلومات المتحصّل عليها خلال مرحلة المفاوضات

منعت المادة 1112-2 من التّقنين المدني الفرنسي على أيّ طرف إفشاء أسرار تحصّل عليها خلال مرحلة المفاوضات، واعتبر الباحثون أنّ هذا الواجب الجديد الذي استحدثه المشرّع

---

[470] لمزيد من المعلومات في هذا الصّدد راجع:

LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit, p. 13.

[471] المادة 1112-2 من التّقنين المدني الفرنسي مستوحاة من نص المادة 2:302 من قانون مبادئ القانون الأوروبي للعقود والتي تنص على أنّه:

*« Lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations, l'autre est tenue de ne pas la divulguer ni de l'utiliser à ses propres fins, qu'il y ait ou non conclusion du contrat. Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre. » in* http://www.lexinter.net/JF/formation1.htm/ Consulté le 20/06/2017

[472] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 75.

الفرنسي، يندرج ضمن الالتزام بحسن النيّة الذي يقع على المتفاوضين في المرحلة السّابقة عن التّعاقد[473].

**2- منع استغلال المعلومات المتحصل عليها لأغراض غير مرتبطة بالعقد**

تمنع المادة 1112-2 من التّقنين المدني الفرنسي، استعمال المعلومات المحصل عليها خلال مرحلة المفاوضات للأغراض الشّخصية للمتفاوض، فالالتزام بالإعلام في المرحلة قبل التّعاقدية يفرض على كلا الطّرفين الإفضاء ببعض المعلومات ذات الطابع السّري، إلا أنّ الالتزام بحسن النيّة يفرض على كل طرف عدم استغلال هذه المعلومات لأغراض غير تلك التي تمّ الإدلاء بها من أجلها[474].

من جانب القضاء، كرست محكمة النّقض الفرنسيّة في العديد من القرارات عدم مشروعية استغلال المعلومات المتحصل عليها في فترة المفاوضات لأغراض شخصية، ومن أبرزها ذلك الصادر عن الغرفة المدنيّة الأولى لمحكمة النّقض في قضية تتلخّص وقائعها أنّ مقاول دخل في مفاوضات متقدمة مع أحد المهندسين المعماريين لإعداد مخطط بناء مسكن وقد تبادل الأطراف الاقتراحات، إلا أنّ العقد لم يتم بين المقاول والمهندس المعماري، غير أنّه وبعد مدة زمنية اكتشف هذا الأخير أنّ المقاول استعمل المخططات التي قدمها له أثناء المفاوضات، وقام بتشييد مباني مطابقة لها، فقام برفع دعوى قضائية ضد لمطالبة المقاول بالتعويض.

قضت محكمة النّقض بمسؤولية المقاول واعتبرت منافي لحسن النيّة استغلال مخططات المهندس المعماري التي تحصل عليها أثناء المفاوضات لأغراضه الشّخصية ومخالف للولاء (Loyauté) الواجب التحلي به بين الأطراف[475].

---

[473] عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007، ص 48.

[474] MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes, Op.cit., p. 252.

[475] Cass. Civ. 1ere, 05 juillet 2006, N° 05-12.193, Bull. Civ. N° 7, 2006, p. 309. *« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la société Karelis avait utilisé le projet et les plans de la société Cuny, remis par M. Y... pour réaliser, au profit de ce dernier, la construction d'un bâtiment identique, ce qui faisait nécessairement ressortir qu'en s'appropriant le travail d'autrui elle avait réalisé une économie et détourné, par des procédés déloyaux, le client de sa concurrente, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ; ».*

**ثانيا: حُسن النيّة وواجب التناسق في السلوك**

ظهر في الآونة الأخيرة ما يسمى بواجب التناسق (devoir de cohérence) تكريسا للالتزام بحسن النيّة[476]، وهو مبدأ يقترب كثيرا مما يعرف في القانون الانجليزي بـ (estoppel) والذي يمنع على المتفاوض التغيير من موقفه إضرارا بالمتفاوض الآخر[477] فمرحلة المفاوضات التي قد تطول أو تقصر بحسب طبيعة العقد، قد تجبر الأطراف على بذل جهد مالي معتبر من خلال إجراء خبرات ودراسات ميدانية، مما يبعث في نفس المتفاوض إحساس بوجود إمكانية حقيقية لإبرام العقد مع الطّرف الآخر، من هذا المنطلق يقع على المتفاوض الآخر واجب في التناسق وعدم التغيير في السلوك بصفة مفاجئة أو بمفهوم آخر الاستمرارية على نفس الوتر خلال المفاوضات، وقد اعتبر الأستاذ دوني مازو(Denis MAZEAUD) احترام هذا الواجب أساسيا خلال مرحلة المفاوضات وأحد الحالات التي تقوم فيها مسؤولية الأطراف عن القطع التعسّفي للمفاوضات[478].

**1- عدم جواز التعارض في السلوك للإضرار بالمتفاوض الآخر**

يقع على المتفاوض تكريسا لواجب التناسق عدم القيام بأي سلوك يتعارض مع مواقف اتخذها سابقا أثناء سير المفاوضات لحماية الثّقة المشروعة للمتفاوض الآخر[479]،لأنّ طريقة التّفاوض أو مدى تقدّم المفاوضات قد تمنح للطرف الآخر مؤشرات معينة، والتي قد يبني عليها أمل إبرام العقد أو تجديده، بالتّالي فلا يمكن للمتفاوض اتخاذ موقف يتعارض مع سلوك سابق له.

---

[476] تمّ إدراج هذا الواجب ضمن واجب التّعاون في بعض الأحيان، راجع في هذا الصّدد:

LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit, p. 31.

[477] CORNU Gérard, Vocabulaire, Op.cit., p. 418. Estoppel : « Notion empruntée au droit anglo-américain, souvent analysée comme une exception procédurale, destinée à sanctionner au nom de la bonne foi, les contradictions dans les comportements d'un État (ou d'une personne), celui-ci étant considéré comme lié par son comportement antérieur et, dès lors, *estoppel* à faire valoir une prétention nouvelle. »

[478] MAZEAUD Denis, « l'exigence de cohérence contractuelle lors de l'expiration du contrat », D. (sommaire commentés), N° 12, 25 mars 1999, p. 114

[479] MAZEAUD Denis, « La confiance légitime et *l'estoppel* », R.I.D.C., N° 2, 2006, pp. 364et 367.

يبدو أنّ تكريس واجب عدم التعارض في السلوك في الاجتهاد القضائي موضوع شائك مثلما أشار إليه أحد الباحثين[480]، إلا أنّ بعض قرارات محكمة النّقض جسّدت ولو بطريقة غير مباشرة هذا الواجب، وأبرزها ذلك الصادر عن الغرفة المدنيّة الأولى بتاريخ 14 نوفمبر 2001، حيث قامت سيدة بإبرام عقد قرض بنكي لشراء سيارة، وصرحت المشترية قبل إبرام العقد بأنّها تسلمت السيارة من البائع، بالتّالي قام البنك بدفع الثّمن لهذا الأخير، إلا أنّه بعد مدّة زمنية توقفت المشترية عن دفع أقساط القرض، ونشأ نزاع بين البنك والمقترضة والتي تمسكت بأنّها لم تتسلم السيارة من البائعة، إلا أنّ محكمة النّقض رفضت دفوعها وألزمتها بإتمام دفع مبلغ القرض، على أساس أنّه سبق لها وأن صرحت بتسلُّمها السيارة ولا يمكن لها بعد ذلك اتخاذ موقف مخالف لما تمّ التصريح به سابقا من أجل تبرير رفض دفع أقساط القرض[481] .

رغم أنّ القرار السّالف الذكر لا يتعلق بمرحلة المفاوضات بل بمرحلة تنفيذ العقد، إلا أنّ موقف محكمة النّقض يبيّن الأهمية التي توليها لضرورة عدم التعارض في السلوك والمواقف، ففي النّزاع السّابق، يتّضح أنّ تصريح المشترية بأنّها تسلمت محل البيع رتّب أثر قانوني بالنّسبة للبك وهو دفع مبلغ القرض إلى البائعة، بالتّالي فلا يمكن بعد حدوث ذات الأثر رجوع المشترية عن تصريحاتها على نحو يضر بمصالح البنك.

### 2- ضرورة الانسجام في مرحلة المفاوضات

ينبغي على المتفاوض خلال فترة المفاوضات أن يكون له سلوك منسجم ومنطقي تجاه المتفاوض الآخر[482]، وقد قدمت محكمة النّقض الفرنسيّة العديد من الأمثلة في هذا الصدد إذ غالبا ما تُقر بمسؤولية المتفاوض الذي لا يراع في سلوكه الانسجام والمنطق مثل تراجع الموجب

---

[480] GENICON Thomas, « Contrat et protection de la confiance », R.D.C., N° 1, 2013, p. 342.

[481] Cass. Civ. 1ere, 14 novembre 2001, N° 99-15.690, Bull. Civ. N° 9, 2001, p. 178. *« Attendu que l'emprunteur, qui détermine l'établissement de crédit à verser les fonds au vendeur au vu de la signature par lui du certificat de livraison du bien, n'est pas recevable à soutenir ensuite, au détriment du prêteur, que le bien ne lui avait pas été livré ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ; ».*

[482] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit, p. 31.

عن إيجابه مباشرة بعد صدوره، لأنّ واجب الانسجام يفرض على الموجب البقاء على إيجابه خلال مدة معقولة تسمح لمن وجّه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله[483]، وهو ما قضت به الغرفة المدنية التي ألزمت البائع بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لحصول المشتري على قبول شراء العقّار محل البيع[484].

## المطلب الثالث

## حسن النيّة وإشكالية القطع التعسّفي للمفاوضات

تعتبر النّزاعات المتعلقة بقطع المفاوضات من بين أهم القضايا المعروضة أمام القضاء والمتعلقة بالمرحلة السّابقة عن التّعاقد، وقد سبق الحديث عن حريّة الأطراف للدخول في مفاوضات من عدمه، كما يحتفظ المتفاوض بحقه في الخروج منها دون أن يترتب عن ذلك أيّة مسؤولية[485] وهو ما أكّد عليه القضاء الفرنسي في العديد من القرارات آخرها سنة 2016[486]، غير أنّ هذه الحريّة غير مطلقة بحيث إذا بدأ أحد الأطراف في التّفاوض يقع عليه التزام بحسن النيّة طيلة فترة المفاوضات إلى غاية إبرام العقد أو الوصول إلى طريق مسدود يتعذر معه الاتّفاق مع الطّرف الآخر[487].

---

[483] HOUTCIEFF Dimitri, Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse pour le doctorat en droit, faculté jean MONNET –Sceaux, université Paris XI, 2000, p. 493.

[484] Cass. Civ. 3, 25 mai 2005, N° 03-19.411, Bull. Civ. N° 5, 2005, p. 107. *« Attendu, d'autre part, ...la cour d'appel qui, ... en a déduit que l'offre avait été faite sans stipulation de terme et qu'elle devait être acceptée dans un délai raisonnable, et qui a souverainement retenu que compte tenu de la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition, le délai de cinq semaines dans lequel était intervenue l'acceptation de la société Les Ciseaux d'Argent n'était pas déraisonnable, a pu retenir qu'il y avait eu vente ; ».*

[485] TERRE François S/D, Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Paris, 2009, p. 133/ FAGES Bertrand, Droit des obligations, 6eme édition, LG.D.J.-Lextenso édition, Paris, 2016, p. 63.

[486] Cass. Com., 16 février 2016, N° 13-28448 *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032088638&fastReqId=434620913&fastPos=1/Consulté le 11/06/2017 *« ... qu'en relevant que, si des documents avaient été adressés à un notaire chargé de l'éventuelle rédaction des actes, il n'y avait cependant pas encore d'accord sur l'ensemble des éléments de la cession, notamment sur le prix, ce dont elle a déduit qu'aucun abus n'était démontré, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que les pourparlers n'étaient pas aussi avancés que la société BPA le prétendait, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

[487] LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., P 116.

يتجلى الالتزام بحسن النيّة بصفة واضحة عند قطع المفاوضات، إذ يُمنع على المتفاوض التعسّف في استعمال هذا الحق[488]على نحو يتعارض مع النزاهة التي يجب التحلي بها خلال هذه المرحلة (الفرع الأول).

ويترتب عن تعسف المتفاوض في قطع المفاوضات قيام مسؤوليته لتعويض الأضرار لمصلحة الطرف الآخر، إلا أنّ الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في هذه الحالة ضلت محل نقاش بين الباحثين رغم حسم الخلاف من طرف اجتهاد محكمة النقض الفرنسية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## الرقابة القضائية في حالة القطع التعسّفي للمفاوضات

يبدو من العسير بما كان وضع معالم محددة لحالات التعسّف في قطع المفاوضات إذ بالرجوع إلى اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة يتّضح أنّ هذه الحالات متعددة، غير أنّ قرار للغرفة التّجارية سنة 2011 لخّص في مضمونه مجموع الأسباب التي قد تؤدي إلى اعتبار قطع المفاوضات تعسفيا.

تتلخّص وقائع القضية أنّ شخص (أ) دخل في مفاوضات مع شخص (ب) من أجل شراء أسهم شركة، إذ تمّ إبرام وعد متبادل بالبيع والشراء معلق على شرط واقف بين الطّرفين إلا أنّه عند حلول الأجل المتفق عليه لم يتحقق الشّرط مما يجعل الاتّفاق من دون أثر، رغم ذلك واصل كلا الطّرفين المفاوضات إلى غاية 25 جويلية 2006 وهو تاريخ قطعها من طرف الشّخص (ب)، ليتّضح بعد ذلك أنّ هذا الأخير ابرم وعد بالبيع مع الشّخص (ج) في جوان 2006، وباع نهائيا الأسهم لهذا الأخير في 26 جويلية 2006 أيّ يوم واحد بعد قطع المفاوضات مع الشّخص (ب)، ما أدّى بهذا الأخير إلى طلب التّعويض من (أ) بسبب القطع التعسّفي للمفاوضات.

أيدت محكمة النّقض الفرنسيّة قرار محكمة استئناف رينس (Reims) والذي قضى بمسؤولية الشّخص (ب) عن الأضرار اللاحقة بالشخص (أ)، إلا أنّ ميزة القرار هي أنّه قام بسرد مجموعة

---

[488] بالنّسبة للجدل الفقهي حول مدى اعتبار قطع المفاوضات حق أو حرية، يمكن الرجوع إلى:
GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 556.

من الحالات التي يعتبر فيها الشّخص متعسفا في قطع المفاوضات، حيث قضت الغرفة التّجارية بأنّه:

*« Mais attendu, .... qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a retenu à bon droit que M. X..., qui avait rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés qu'il entretenait avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit, avait manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales et avait ainsi engagé sa responsabilité délictuelle envers M. Y... ; »* [489].

تظهر أهمية القرار في الطريقة التي تمّ بها تحرير منطوقه، حيث راعت الغرفة التّجارية طريقة أكاديمية غير معتادة لسرد الأسباب التي قد تؤدي إلى مسؤولية أحد الأطراف عن قطع المفاوضات بصفة تعسّفية.

**أولا: قطع المفاوضات بدون سبب جدّي**

يعتبر الباحثون[490] قطع المفاوضات من دون سبب جدّي أحد الأسباب التي تؤدي إلى اعتباره تعسفيا، كما أكّدت محكمة النّقض الفرنسيّة على ذلك في قضية تتلخّص وقائعه أنّ مهندسين معماريين ابرما اتفاق مبدئي على إنشاء شركة مهنية مدنية من أجل مزاولة المهنة في انتظار الاتّفاق على جميع المسائل التفصيلية، وقد سارت المفاوضات في الاتّجاه الصّحيح، والدّليل على ذلك بداية عمل الشراكة بين الطّرفين خلال مرحلة التّفاوض على هذه إلا أنّ أحد الطّرفين وبسبب عدم حصوله على بعض الامتيازات، قام بقطع المفاوضات والعمل مع الطّرف الآخر.

---

[489] Cass. Com., 18 janvier 2011, N° 09-14617, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023464963/ Consulté le 20/06/2017.

[490] ALBERTINI Marie et AMAR Éric, « La rupture abusive des pourparlers », L.P.A., N° 195, 30 septembre 2013, p. 7.

اعتبرت الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض أنّ قطع المفاوضات من طرف المتفاوض بسبب عدم حصوله على ضمانات ثانوية وذات أهمية ضئيلة، وفي ظل عدم إثبات وجود أيّ خطأ من الطّرف الآخر خلال سير المفاوضات، يجعله مسؤول بسبب التعسّف في قطع المفاوضات دون سبب جدّي[491].

**ثانيا: قطع المفاوضات بعد إيهام الطّرف الآخر بقرب إبرام العقد**

يعتبر إيهام أحد الطّرفين الطّرف الآخر بقرب الوصول إلى اتّفاق ثمّ قطع المفاوضات بعد ذلك، أحد أهم صور مخالفة المتفاوض للالتزام بحُسن النيّة[492]، وهو ما كرسته محكمة النّقض الفرنسيّة في القرار الشهير بقرار مانوكيان (Manoukian) في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة مانوكيان دخلت في مفاوضات مع شركة ستيك (Stuck) لشراء أسهم هذه الأخيرة،وقد توصّل الطّرفين بتاريخ 24 سبتمبر 1997 إلى اتفاق مبدئي معلّق التّنفيذ على مجموعة من الشّروط الواقفة يسري إلى غاية تاريخ 15 نوفمبر 1997،وبعد تحقّق هذه الشّروط أرسلت شركة مانوكيان بتاريخ 13 نوفمبر 1997 مشروع اتّفاق نهائي لدراسته من طرف شركة ستيك، غير أنّ هذه الأخيرة أعلمت شركة مانوكيان بأنّها أبرمت بتاريخ 10 نوفمبر 1997 وعد ببيع الأسهم لمصلحة شركة لي كومبليس (Les complices)، مما أدّى إلى نشوء نزاع بين الأطراف الثلاثة[493].

---

[491] Cass Com, 11 juillet 2000, N° 97-18275, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007414404&fastReqId=802892044&fastPos=1/ Consulté le 21/06/2017.*« Attendu qu'en statuant ainsi, alors…, que M. X... n'avait pas hésité à présenter M. Y... comme son associé et que celui-ci était considéré comme tel par les tiers, qu'il avait entretenu son confrère dans l'espoir d'une association à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer des manquements professionnels de celui-ci, mais guidé seulement par un "excès de prudence", la cour d'appel, qui avait fait ainsi ressortir que la rupture se trouvait dépourvue de motifs légitimes, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ;»*

[492] MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « De la rupture fautive des pourparlers »,. R.T.D.C., Chr., N° 1, 2000, p. 105.

[493] بالنّسبة لسرد الوقائع راجع:

CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves et CHENEDE François, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T2, 13 éd., Dalloz, Paris, 2015, p.1s.

بتاريخ 26 نوفمبر 2003، قضت الغرفة التّجارية بمسؤولية شركة "ستيك"، قبل التّعاقدية بسبب سوء نيتها وتصرف غير نزيه تجاه شركة "مانوكيان"، حيث أكّدت أنّه:

*« ... Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts X... étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que les consorts X... avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »*[494].

أشار الباحثون[495] عند التعليق على القرار أنّ شركة ستيك ارتكبت في الواقع خطأين خلال مرحلة المفاوضات، فمن جهة قامت بقطع المفاوضات وصلت إلى درجة متقدمة نتج عنها إبرام مشروع اتّفاق مبدئي حول أهم النّقاط، ما ولّدلدى شركة "مانوكيان" اعتقاد مشروع بقرب إبرام العقد النهائي، ومن جهة أخرى فإنّ دخول شركة "ستيك" في مفاوضات مع طرف ثالث والوصول إلى اتفاق مع هذا الأخير دون إعلام شركة "مانوكيان" بهذا الاتّفاق ومواصلة المفاوضات معه بشكل عادي، يشكّل إخلال واضح من طرف شركة "ستيك" بالالتزام بالنزاهة المفروض على الطّرفين خلال مرحلة المفاوضات، إذ كيّفت محكمة النّقض تصرفها بالمنافي لحسن النيّة.

**ثالثا: القطع الفجائي للمفاوضات**

يَعتبر الباحثون[496] أنّ عامل الفجائية من بين أهم العوامل التي تؤدي إلى اعتبار قطع المفاوضات تعسفيا، وهو ما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ

---

[494] Cass. Com., 26 novembre 2003, N° 00-10.243 00-10.949, Bull. Civ. N° 9, 2003, p. 206.

[495] MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Un grand arrêt relatif aux pourparlers », R.T.D.C., Chr., N° 1, 2004, p. 80.

[496] AMATO Cristina, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », R.D.C., N° 1, 2013, p. 362.

شركة متخصصة في عرض عمّال مؤقتين (société d'intérim) عرضت على شركة (Spie SCGPM) مجموعة من العمّال لأداء أشغال بناء في ورشة، وقد قبلت هذه الأخيرة ملفات العمّال في أول المطاف ولم يبق سوى التوقيع على العقد النهائي، إلا أنها غيّرت من رأيها واستعانت بخدمات شركة Mercury international وتم إبرام عقود مع عمّال تمّ عرضهم من طرف هذه الأخيرة.

أيّدت الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة قرار محكمة استئناف باريس، والتي قضت بمسؤولية شركة (SCGPM Spie) معتبرة أنّ درجة تقدّم المفاوضات وكذا فجائية قطع هذه الأخيرة يُشكّل قطع تعسفي للمفاوضات، تَلتزم بمقتضاه الشّركة بتعويض الضّحية عن الأضرار[497].

تجدر الإشارة إلى أنّ درجة تقدّم المفاوضات ليس معيار جازم لتقدير التعسّف في قطع المفاوضات، بل أنّ هذا المعيار مرتبط بارتكاب الطّرف الذي قطع المفاوضات لخطأ يخالف للالتزام بحسن النيّة الذي يقع على الطّرفين، في هذا الصّدد قضت محكمة النّقض الفرنسيّة أنّ قطع المفاوضات يبقى من حق المتعاقدين بكل حريّة رغم اتفاق المتعاقدين على غالبية الشّروط، فعدم اتفاق الأطراف على ثمن بيع محل تجاري يجعل من العقد غير مبرم، رغم تقدّم المفاوضات ويبقى لكل طرف الحق في وضع حد لها[498].

---

[497] Cass. Com, 6 septembre 2016, N° 14-29692 15-12603, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033112287&fastReqId=141481291&fastPos=18Consulté le 18/06/2017 *« Attendu,==... qu'il retient que les pourparlers étaient à un stade avancé et que la rupture a été brutale et imprévisible ; qu'en l'état de ces appréciations, dont elle a déduit le comportement fautif de la société Spie dans la rupture des pourparlers, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les conséquences légales de ses constatations et qui a procédé aux recherches prétendument omises, a légalement justifié sa décision ; »*

[498]Cass. Com., 16 février 2016, n° 13-28448 Op.cit.*« ... qu'en relevant que, si des documents avaient été adressés à un notaire chargé de l'éventuelle rédaction des actes, il n'y avait cependant pas encore d'accord sur l'ensemble des éléments de la cession, notamment sur le prix, ce dont elle a déduit qu'aucun abus n'était démontré, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que les pourparlers n'étaient pas aussi avancés que la société BPA le prétendait, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; »*/ V. aussi Cass. Civ. 1ere, 20 mars 2014, N° 12-28318 *in*

**رابعا: تأثير صفة المتفاوض على تقدير التعسّف في قطع المفاوضات**

اعتبر جانب من الباحثين[499] أنّ صفة المتفاوض قد يكون عامل من أجل تحديد مدى وجود تعسف في قطع المفاوضات من عدمه، أو على الأقل من أجل تحديد قيمة التّعويض الناتج عن هذا القطع، إذ تمّ ملاحظة تشدّد القضاء الفرنسي في تقرير المسؤولية في حالة ما إذا كانت للضّحية صفة المهني، والعكس صحيح توسيع إعمال المسؤولية إذا كانت الضّحية غير مهني وهو ما يمكن الوقوف عليه في قرار للغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة في قضية بين شركة طوطال (Total) وشركة سايتيك (Saitec).

تتلخّص وقائع القضية أنّ شركة "طوطال" دخلت في مفاوضات مع شركة "سايتيك" من أجل اقتناء من هذه الأخيرة بعض المواد المستعملة لمكافحة تلوث البحار، إذ لمّحت شركة طوطال لنظيرتها طيلة المفاوضات نيتها في شراء كمية معتبرة من هذه المواد، ما أدّى بشركة سايتيك إلى الزيادة في المنتوج وتخزينه، إلا أنّه في آخر المطاف لم تشتري شركة طوطال المواد، وهو ما وضع شركة "سايتيك" في وضعية اقتصادية كارثية ودخولها في تصفية قضائية، فقامت برفع دعوى قضائية للتعويض عن القطع التعسّفي للمفاوضات.

قضت محكمة النّقض بالطابع التعسّفي لقطع المفاوضات من شركة "طوطال" بسبب عدم تناسق سلوكها في التّفاوض، إلا أنّها حمّلت شركة "سايتيك" المسؤولية على اعتبار أنّ هذه الأخيرة ساهمت في الوضع الذي آلت إليه، إذ وباعتبارها مهني في مجال المحروقات كان عليها أخذ الحيطة اللازمة وعدم الانقياد وراء طلبات شركة "طوطال" بصفة تلقائية، ما يبرر تقسيم التّعويض عن الإضرار بين الشركتين[500].

---

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028761988&fastReqId=1019066532&fastPos=1/ Consulté le 22/06/2017.*« ... Mais attendu que la cour d'appel, procédant à la recherche invoquée, a estimé que la rupture des pourparlers litigieux, qui avait résulté non d'un manquement imputable à faute à M. X... mais d'une absence d'accord entre les parties, n'avait pas été brutale ; que le grief n'est pas fondé ; ».*

[499] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 14.

[500] Cass. Com, 15 octobre 2002, N° 00-13738, *in*https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITE

يتّضح من القرار السّالف الذكر أنّ محكمة النّقض اعترفت بالطابع التعسّفي لقطع المفاوضات من طرف شركة "طوطال"، إلا أنّها وبالمقابل عاتبت شركة "سايتيك" على تصرفها دون أخذ الحيطة اللازمة، إذ وباعتبارها مهني متخصّص كان عليها التيقّن من أنّ استثمار أموال طائلة خلال مرحلة المفاوضات سيؤدي لا محال إلى وضعية اقتصادية خطيرة في حالة عدم إتمام الصفقة، بالتّالي فتقسيم المسؤولية بين الضحية والمسؤول في هذه الحالة هو حل منطقي ومأخوذ من النّظرية العامة للمسؤولية المدنيّة مثلما ذهب إليه الباحثون عند التعليق على هذا القرار[501] غير أنّه لا يمكن تصور اتخاذ محكمة النّقض هذا القرار لو كان الضحية غير مهني، بالتّالي فقد تكون صفة المتفاوض عاملا في تقدير تعويض الأضرار الناتجة عن التعسّف في قطع المفاوضات[502].

## الفرع الثاني

## المسؤولية المترتبة عن القطع التعسّفي للمفاوضات

تبقى الإشكالات القانونية التي تثيرها المسؤولية المدنيّة عن القطع التعسّفي للمفاوضات موضوع نقاش حاد بين الفقه والقضاء، سواء تعلق الأمر بالطبيعة القانونية للمسؤولية (أولا) أو الأضرار الواجب التّعويض عنها (ثانيا).

---

XT000007443193&fastReqId=740518394&fastPos=1/ Consulté le 24/06/2017. *« Mais attendu que l'arrêt relève, d'un côté, que la société Total a encouragé, d'octobre 1990 à avril 1993, la société à développer considérablement sa production, ses investissements et stocks d'articles destinés à lutter contre la pollution, entretenant sa confiance par l'énoncé et le rappel de perspectives communes ambitieuses, par des commandes et des avances de fonds importantes, puis, à l'occasion d'un changement de politique commerciale, a cherché à se décharger, sans réel scrupule, des risques d'investissement en matière de lutte contre les marées noires par leur transfert sur son fournisseur, d'un autre côté, que la société a été imprudente en engageant sur les exhortations du seul client Total des investissements ne pouvant que la conduire au "dépôt de bilan" en cas de défaillance de celui-ci ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que la faute de la société ne constituait pas un cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider comme elle a fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; »*

[501]MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Rupture des pourparlers : pot-pourri de comportements fautifs»,. R.T.D.C., Chr, N° 2, 2003, p. 282.

[502]LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 14.

**أولا: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنيّة**

ساد نوع من الغموض في الفقه لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنيّة الناتجة عن القطع التعسّفي للمفاوضات، رغم أنّ اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة استقر على اعتبارها مسؤولية تقصيرية.

**1- الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للمسؤولية**

اتّجه رأي غالبية الباحثين[503]، إلى اعتبار المسؤولية النّاشئة عن القطع التعسّفي للمفاوضات هي مسؤولية تقصيرية، مبررين موقفهم بأنّه في المرحلة السّابقة على إبرام العقد فإنّ هذا الأخير منعدم الوجود علما أنّ وجود عقد صحيح من الشّروط الأساسية للمسؤولية العقدية.

غير أنّ هذا التوجّه لم يحض بالإجماع، إذ ذهب الفقيه فان اهرنج VON JHERING إلى اعتبار أنّ العقد يمر بالعديد من المراحل قبل إتمامه من بينها مرحلة المفاوضات والتي تعتبر كعقد أولي ضمني بين الطّرفين، وعليه فإن ارتكاب أحد المتعاقدين لخطأ أثناء هذه المرحلة يجعل منه مسؤول تعاقديا بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الغير جراء هذا الخطأ[504].

يبقى أنّ الرأي الفقهي الذي يعتبر أنّ المسؤولية عن القطع التعسّفي للمفاوضات هي مسؤولية عقدية منعزل، في ظل الانتقادات المتعدّدة الموجّهة لهذا الرأي والتي تنحصر أساسا في قيامه على افتراض وجود عقد ضمني في المرحلة السّابقة على التّعاقد[505]، في حين أنّ حجج

---

[503] GHESTIN Jacques, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », J.C.P.G., N° 20-21, 16 mai 2007, p.15. / SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « La période précontractuelle en droit français », R.I.D.C., N°2, 1990, p. 547./ DURRY Georges, « La responsabilité éventuellement encourue pour rupture des pourparlers, ou à l'occasion de la conclusion d'un contrat nul, ne saurait être que délictuelle », R.T.D.C., N°4, 1972, p.779./FAGES Bertrand, Droit des obligations, Op.cit., p. 64.

[504] VON JHERING Rudolf, Œuvres choisies tome II, trad. O. DE MEULENAERE, Ainé Chevalier-.Marescq éditions, Paris, 1928, p.23 *in* https://archive.org/details/uvreschoisiestr00meulgoog/ Consulté le 15/07/2017.

[505] محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة في القانونين المصري والفرنسي)،النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص 40 وما بعدها.

غالبية الفقه تقوم على أساس موضوعي وقانوني وهو غياب عقد صحيح بين الطّرفين بالتالي اتّجه غالبية الفقه إلى اعتبار المسؤولية الناشئة عن القطع التعسّفي للمفاوضات هي مسؤولية تقصيرية[506].

### 2- استقرار اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة حول الطبيعة القانونية للمسؤولية

استقر رأي محكمة النّقض الفرنسيّة حول الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن القطع التعسّفي للمفاوضات في اعتبارها مسؤولية تقصيرية، وأحسن مثال عن ذلك ما قضت به الغرفة التّجارية لما اعتبرت بأنّ الخطأ المرتكب من أحد الطّرفين في المرحلة السّابقة عن التّعاقد يولّد مسؤولية تقصيرية[507].

تجدر الإشارة إلى أنّ القرار السّالف الذكر عالج مسألة المسؤولية المدنيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد، وليس المسؤولية عن القطع التعسّفي على وجه الخصوص، إلا أنّ هذا الأخير (أي القطع التعسّفي للمفاوضات) هو صورة من صور الخطأ في المرحلة السّابقة على التّعاقد، كما أنّ القرار ورد بعبارات عامة تشمل المسؤولية قبل التّعاقدية مهما كان الخطأ الذي كان سببا في قيامها، بالتّالي يمكن اعتبار أنّ طبيعة المسؤولية النّاشئة عن القطع التعسّفي للمفاوضات، وفقا لما استقر عليه اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة هي مسؤولية تقصيرية.

---

[506] براهامي فايزة، المرجع السابق، ص 186.

[507] Cass. Com, 12 février 2002, N° 98-13778, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007451152&fastReqId=1563140071&fastPos=1 / Consulté le 18/06/2017.*« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la convention du 26 septembre 1991 avait été précédée de négociations entre les fondateurs de la future société S3I, la société S3I elle-même et la CGC en vue de la création de la société Ergonotour, d'où il résultait que la faute alléguée par la société S3I à l'encontre de la société CGC avait pu être commise au cours de la période précontractuelle et était de nature à engager sa responsabilité délictuelle, la cour d'appel a violé le texte susvisé; »*

**ثانيا: تعويض الأضرار النّاتجة عن القطع التعسّفي للمفاوضات**

تبقى إشكالية التّعويض عن الأضرار النّاتجة عن القطع التعسّفي للمفاوضات موضوع نقاش حاد، حيث استقر اجتهاد محكمة النّقض على عدم التّعويض عما فات المتفاوض من كسب لو تمّ إبرام العقد فعلا، وهو الموقف الذي تعرض للانتقاد من طرف جانب من الفقه.

**1- عدم تعويض المتفاوض عما فاته من كسب**

تمنح الطبيعة التّقصيرية للمسؤولية النّاشئة عن القطع التعسّفي للمفاوضات فرص تعويض أكبر للمضرور، إذ تفتح المجال أمام تعويض عن الضّرر المتوقّع وغير المتوقّع طالما أنّ الضّرر هو نتيجة طبيعية للخطأ[508]، غير أنّ العديد من طلبات التّعويض عما فات المتفاوض من كسب لو تمّ إبرام العقد بقيت من دون استجابة[509]، وهو ما أكّدت عليه الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة، حين نقضت قرار محكمة استئناف باريس الذي منح لشركة تعويض على أساس أنّ إبرام العقد مع الشركة المتفاوض معها، كان سيفتح لها المجال من أجل الاستفادة من العديد من العقود المغرية مع أطراف أخرى، مؤكدة مرّة أخرى على رفض تعويض الضّرر النّاتج عن تفويت فرص الكسب لو أُبرم العقد الذي تمّ قطع المفاوضات فيه بصفة تعسفية[510].

**2- الاختلاف الفقهي حول موقف محكمة النّقض**

رغم استقرار محكمة النّقض في موقفها على رفض التّعويض عما فات المتفاوض من كسب، إلا أنّ هذا الاستقرار لا يترجم في الواقع إجماع الفقه، فإذا ساند جانب من الباحثين[511] هذا

---

[508] وهي العبارة المستعملة من طرف المادة 182 من التّقنين المدني الجزائري.

[509] BLANC Valérie, Op.cit., p. 112.

[510] Cass. Com., 18 Septembre 2012, N° 11-19.629, Bull. Civ. N° 9, 2012, p. 183. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant retenu que la faute de la société Sagem consistait dans la rupture abusive de pourparlers au préjudice de la société Boyé, elle ne pouvait pas indemniser celle-ci de la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ».* V. aussi Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10243, Op.cit.

[511] STANCU Radu, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle (comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit

الاجتهاد، على أساس غياب العلاقة السّببية بين قطع المفاوضات وتضييع فرصة إبرام العقد، فإنّ جانب آخر[512] يرى في موقف محكمة النّقض إجحاف في حق الضّحية من التصرف غير النّزيه الصادر من الطّرف الآخر، على أساس أنه ولو كان من المُسلَّم عدم إمكانية التّعويض الكامل لتفويت فرصة تحقيق الرّبح بالنّسبة للضّحية، إلا أنّه كان من المنتظر من محكمة النّقض الفرنسيّة ولو تعويض جزئي، خاصة إذا أثبت الضّحية أن الربح الذي كان يُنتظر تحققه لو تمّ إبرام العقد مؤكّدا.

européen), thèse de doctorat, école doctorale droit, science politique et histoire, université de Strasbourg, 2015, p. 156.

[512] FAGES Bertrand, Op.cit., p.66.

## المبحث الثاني

## الالتزام بالإعلام نموذج لحسن النيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد

أشار الباحثون[513] إلى ظهور التزام بالإعلام في المرحلة السّابقة على التّعاقد على يد القضاء الفرنسي يقع على المتعاقد الذي يكون له معلومات لا يمكن للطرف الآخر الحصول عليها، والتي قد تؤثّر على إرادته في التّعاقد أو في تحديد شروط العقد[514].

يعتبر الالتزام بالإعلام في المرحلة السّابقة على التّعاقد أحد صور التدخّل الايجابي لحسن النيّة حسب رأي الباحثين[515]، ويحضا حاليا بمركز مهم في الإطار القانوني للمرحلة السّابقة على التّعاقد (المطلب الأوّل).

هذه الأهمية تفرض التطرّق إلى كيفية إعمال هذا الالتزام من خلال البحث في الإشكالات العملية التي يطرحها عند تنفيذه، في ظل تذبذب الاجتهاد القضائي الفرنسي واستغلال الفقه المعارض لهذا الالتزام عدم استقرار موقف محكمة النقض للتقليل من شأنه (المطلب الثاني).

### المطلب الأوّل

### أهمية الالتزام بالإعلام في المرحلة السّابقة على التّعاقد

بات الالتزام بالإعلام في الوقت الرّاهن محل اهتمام الفقه المتخصص في نظريّة العقد لما له من أهميّة، باعتباره أداة لمعالجة العجز المعرفي الذي يعاني منه أحد الطّرفين خاصة في المرحلة السّابقة على التّعاقد، هذا الاهتمام المتزايد يظهر من خلال تكريسه في مختلف التشريعات المقارنة (الفرع الأوّل).

---

[513] ABADI Laurent, « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in quel renouveau pour le droit des contrats ? Une reforme entre tradition et modernité, S/D virginie LARRIBAU-TERNEYRE et Sébastien PELLE, Presse de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Pau, 2016, p. 76.

[514] عثماني بلال، "القاضي طرف ثالث في العقد"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد 1، 2017، ص 432.

[515] لبان فريدة، المرجع السّابق، ص 77 وما بعدها.

فتح التكريس القانوني للالتزام بالإعلام المجال أمام الفقه للبحث حول كيفية إعمال الالتزام من خلال التطرّق إلى الشروط الواجبة لقيامه، غير أنّ الملاحظ هو مسايرة الفقه للاجتهاد القضائي الذي يعود إليه فضل في رسم شروط وكيفية إعمال الالتزام (الفرع الثاني).

## الفرع الأوّل

## التكريس القانوني الالتزام بالإعلام

بالرجوع إلى النّصوص القانونية، يتّضح أنّ الالتزام بالإعلام حضي بتكريس على مستويات متباينة سواء في التّقنين المدني باعتباره الشريعة العامة، أو بمقتضى نصوص خاصة والتي لا يقل دورها عن التّقنين المدني في الواقع العملي.

### أولا: تكريس الالتزام بالإعلام في التّقنين المدني

أصبح الالتزام بالإعلام معترف به في التّقنين المدني لمختلف التشريعات المقارنة سواء بطريقة صريحة مثلما هو الحال بالنّسبة للمشرّع الفرنسي، أو ضمنية مثل التّقنين المدني الجزائري.

#### 1- الاعتراف الضمني للالتزام بالإعلام في التّقنين المدني الجزائري

ذهب جانب من الباحثين[516] في الجزائر إلى اعتبار أنّ المشرّع الجزائري اعترف بالالتزام بالإعلام ضمنيا من خلال نص المادة 86 في فقرتها الثانية والمتعلقة بالكتمان التدليسي، باعتبار أنّ منع المتعاقد من السّكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة يفهم منه إلقاء المشرّع على عاتقه التزام بالإعلام، وهو الموقف نفسه الذي اعتمده جانب من الباحثين[517] في فرنسا بعد تعديل 2016، والذي يعترف بوجود التزام بالإعلام على درجتين: من جانب الالتزام العام بالإعلام ومن جانب آخر الكتمان التدليسي.

يظهر أنّ وجود الالتزام بالإعلام إلى جانب الكتمان التدليسي أمر ضروري للعديد من الأسباب منها الاختلاف الواضح بين المفهومين، حيث أنّ الكتمان التدليسي مقترن بظرف العمد،

---

[516] حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2009، ص 3.

[517] GRIMALDI Cyril, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D., N° 18, 19 mai 2016, p. 1009.

أي أنّ المتفاوض يتعمّد عدم الإفضاء بالمعلومة لأنّه يعلم بأنّ التصريح بها للطرف الآخر سيضر بمصالحه الشّخصية، في حين أنّ عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه بالإعلام لا يفترض بالضرورة العمد[518]، أي يمكن للمتعاقد الذي أخفى المعلومات التمسّك بعدم تعمّده لذلك من أجل التخفيف من التّعويض المستحق للمتعاقد الآخر.

من جانب آخر، ألحّت محكمة النّقض الفرنسيّة على ضرورة التّمييز بين الالتزام بالإعلام والكتمان التدليسي في العديد من القرارات، أشهرها قرار الغرفة التّجارية بتاريخ 28 جوان 2005 السالف الذكر[519]، لما اعتبرت أنّ إخلال المتعاقد بالتزامه بالإعلام قبل التّعاقدي غير كاف من أجل إثبات الكتمان التدليسي، طالما أنّ هذا الإخلال لم يرتبط بظرف العمد.

أخيرا، يعتبر الكتمان التدليسي عيب من عيوب الإرادة بالتّالي يسمح للطرف الذي وقع ضحية له بالمطالبة بإبطال العقد، في حين أنّ الإخلال بالالتزام بالإعلام لا يمنح للمتعاقد الحق في المطالبة بإبطال العقد، بل مجرد طلب التّعويض في حالة تضرر الدّائن من إخلال المدين.

ذهب كذلك جانب من الباحثين[520] إلى استخلاص اعتراف المشرّع بالالتزام بالإعلام من خلال المادة 352 من التّقنين المدني فيما يتعلّق بالعلم الكافي بالمبيع، إذ تنص المادة على أنّه: " *يجب أنّ يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويكون العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه*"؛ إلا أنّ هذا الرأي قد يتعرض للانتقاد من عديد الجوانب أهمها أنّ المادة لم تُلزم البائع بإعلام المشتري، بل أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، وهذا الأخير (أي العلم الكافي بالمبيع) قد يتحقق دون تدخّل من البائع، كرؤية المشتري للشيء المبيع وتفحصه، والذي يُسقط عنه الحق في المطالبة بإبطال العقد وفقا لمقتضيات المادة 352 من التّقنين المدني.

---

[518] CHAUVEL Patrick, « Dol », Rep. Civ., juin 2014 (actualisation : juin 2017), p. 12.

[519] Cass. Com., 28 juin 2005, N°. 03-16.794, Op.cit.

تمت الإشارة إلى هذا القرار في صدد الحديث عن المعيار النفسي لمراقبة سلوك المتعاقد في الباب الأوّل من الأطروحة في الصفحة 72.

[520] انظر شعباني نوال، التزام المتدخّل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 71 هامش 1/ حامق ذهبية، المرجع السّابق، ص 4.

### 2- الاعتراف الصريح بالتزام عام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي

اعترف المشرّع الفرنسي صراحة بوجود التزام عام بالإعلام بعد تعديل التّقنين المدني لسنة 2016 من خلال المادة 1112-1 التي تنص على أنّه: *«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 ».*

اعتبر الأستاذ برتراند فاج (Bertrand FAGES) أنّ اعتراف المشرّع الفرنسي بالتزام عام بالإعلام في التّقنين المدني هو تكريس لما ناد به جانب من الفقه منذ زمن، وفرضه القضاء على الأطراف دون تمييز بين المهني وغير المهني، إلا أنّ هذا التكريس جاء بحذر من أجل طمأنة مؤيدي الحريّة التّعاقدية وتحرير العقد من كل الشّكليات[521].

ركّز الباحثون في فرنسا[522] عند تحليلهم لنص المادة 1112-1 من التّقنين المدني الفرنسي على بعض التفاصيل التي قد تثير إشكالات قانونية، ومن بينها إمكانية الخلط بين الالتزام بالإعلام من جهة والكتمان التدليسي من جهة أخرى، فالكتمان التدليسي يفرض على المتعاقد ضمنيا التزام بالإعلام ونص المادة 1112-1 تفرض التزام عام بالإعلام، حيث تكمن خطورة الوضع في السّماح للدائن بالالتزام اختيار تأسيس دعواه على الالتزام العام بالإعلام أو الكتمان التدليسي إذا تمكّن من إثبات علم المدين بأنّ المعلومة حاسمة بالنّسبة له (أي بالنّسبة للدائن).

ردا على الانتقاد الموجّه من طرف الباحثين، يبدو أنّ الأمور ليست بهذه البساطة، فشروط الكتمان التدليسي أكثر صعوبة للإثبات عن نظيرتها للالتزام بالإعلام، فبالإضافة إلى إثبات علم

---

[521] FAGES Bertrand, Droit des obligations, Op.cit., p. 102.

[522] GRIMALDI Cyril, Op.cit., p.1010. *«... il conviendra désormais de distinguer deux hypothèses. Soit le détenteur de l'information ne savait pas le caractère déterminant de l'information non délivrée et la victime intentera son action sur le fondement de l'article 1112-1, dont le jeu est encadré. Soit le détenteur de l'information savait son caractère déterminant pour l'autre et la « victime » invoquera le rouleau compresseur de l'article 1137, alinéa 2. Inquiétudes, donc, à l'horizon... ».*

المدين بالمعلومات، وجب إثبات تعمّده كتمانها وعِلمه بأنّ هذه المعلومات حاسمة بالنّسبة للدّائن، ما يجعل من إعمال الكتمان التدليسي في الواقع صعب بالمقارنة مع دعوى التّعويض عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، التي يكفي فيها إثبات أنّ المدعي دائن بالمعلومات للمدين، ليقع على هذا الأخير عبء إثبات تنفيذ التزامه.

**ثانيا: الاعتراف بالالتزام بالإعلام في نصوص قانونية خاصة**

يظهر تكريس الالتزام بالإعلام في النّصوص الخاصة بأكثر وضوح، حيث فضّلت مختلف التشريعات فرض هذا الالتزام على أطراف العقد في العديد من العقود الخاصة، دون أن يُرقَّى إلى مصف الالتزامات العامة التي تقع على الأطراف في جميع العقود، وهو ما يُنقص في الحقيقة من قيمته، وسرد تقرير محكمة النّقض الفرنسيّة لسنة 2010[523] مجموعة من العقود التي فرض فيها المشرّع الفرنسي على أحد الأطراف التزاما صريحا بالإعلام، كما سار المشرّع الجزائري على النهج نفسه في بعض النصوص الخاصة.

**1- تكريس الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك وقمع الغش**

كرّست مختلف الدول في قوانين حماية المستهلك الالتزام بالإعلام بالنّظر إلى العجز المعرفي الذي يعاني منه المستهلك بالمقارنة مع المتدخّل ومحاولة جعل كلا الطّرفين على نفس مستوى المعلومات عن محل العقد في المرحلة السّابقة على التّعاقد[524]، فقد كرّست المادة 17 من القانون رقم 09-03 السّالف الذكر على أنّه: *"يجب على كل متدخّل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة."*

---

[523] Cour de cassation française, Rapport annuel 2010 intitulé « Le droit de savoir », p. 99 et s., *in* https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_annuel_CC_2010.pdf/ Consulté le 23/06/2017

[524] سي يوسف زاهية حورية، " التزام المنتج بإعلام المستهلك"، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة البليدة، عدد 2، 2012، ص 83./ يسعد فضيلة، المسؤولية المدنيّة للمنتج عن منتجاته الصناعية، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2017، ص 92.

ورد النّص السّالف الذكر لتكريس التزام بإعلام المستهلك حول المنتوج الذي هو بصدد اقتنائه مع ترك تحديد كيفيات تطبيق النّص للتنظيم، وهو ما تمّ تجسيده من خلال المرسوم التنفيذي رقم 13-378 [525]، الذي حدّد البيانات الإلزامية بحسب طبيعة محل العقد، حيث صنّف المنتجات التي قد يَعرضها المتدخّل للاستهلاك إلى ثلاث أنواع: المواد الغذائية في الفصل الثالث[526]، والمواد غير الغذائية في الفصل الرابع[527]، بالإضافة إلى الخدمات في الفصل الخامس[528].

تجدر الإشارة إلى أنّ المادة 17 من القانون 09-03، تشمل جميع العقود التي تربط المتدخّل بالمستهلك، بالتّالي وفي حالة غياب نص يفرض الالتزام بالإعلام في أحد النّصوص التي تنظم عقد معيّن من العقود بين المهني والمستهلك، يبقى لهذا الأخير الحق في مطالبة المتدخّل بتنفيذ التزامه بالإعلام تطبيقا لنص المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ولمقتضيات المرسوم التنفيذي 13-378 الذي يحدد الشّروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

**2- تكريس الالتزام بالإعلام في القانون المتعلق بالممارسات التّجارية**

تضمنت المادة 8 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التّجارية، التزاما بالإخبار حيث تنص على أنّه: *"يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التّعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".*

تجدر الإشارة إلى وجود العديد من النقائص التي تشوب النص السالف الذكر منها استعمال عبارة "اختتام عملية البيع" وهي عبارة غير صحيحة، وكان من الأجدر استعمال عبارة " إبرام عقد البيع"، كما أنّ استعمال عبارة "شروط البيع الممارس" للتعبير على "الشّروط المطبقة على عملية

---

[525] مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013، يحدد الشّروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر.ج.ج. عدد 58، مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 2013 .

[526] بالنّسبة للبيانات الإلزامية فيما يتعلق بالمواد الغذائية، راجع نص المادة 12 من مرسوم تنفيذي رقم 13-378.

[527] بالنّسبة للبيانات الإلزامية فيما يتعلق بالمواد غير الغذائية، راجع نص المادة 38 من مرسوم تنفيذي رقم 13-378.

[528] بالنّسبة للبيانات الإلزامية فيما يتعلق بالخدمات، راجع نص المادة 55 من مرسوم تنفيذي رقم 13-378.

البيع" غير صحيح، حيث ترجم المشرّع حرفيا كلمة (*appliquées*) المستعملة في النّص باللغة الفرنسيّة بكلمة " الممارس".

كما استعمل المشرّع في النّص عبارة "إخبار" (renseigner) وليس "إعلام" (informer)، وقد ثار جدل فقهي في فرنسا حول مدى صحة استعمال كلمة "إعلام" أو "إخبار"، حيث عرّف جانب منهم الالتزام بالإعلام باعتباره واجب قانوني[529]في حين اعتبر الالتزام بالإخبار كواجب قضائي[530]، غير أنّ الجانب الآخر من الباحثين الفرنسيين[531] لا يرون لهذا التّمييز أيّ سند موضوعي، أكثر من ذلك فإن الدراسات الأولى التي تطرقت للموضوع تلحق وصف الالتزام بالنّسبة للإخبار ووصف الواجب بالنّسبة للإعلام، ورغم محاولة الأستاذة فابر مانيان-(FABRE MAGNAN) التمييز بين "الإعلام" و"الإخبار" بالقول أنّ كلمة "الإعلام" اشمل من كلمة "الإخبار"، إلا أنّها تعترف بأنّ استعمال كلا العبارتين جائز وتؤدي الغرض نفسه[532]، وعليه فاستعمال عبارة "الإخبار" أو "الإعلام" لا يؤثر لا على طبيعة الالتزام ولا على نطاقه.

**3- الالتزام بالإعلام في المجال الطبي**

يشكّل كل من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[533]، والمرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدوّنة أخلاقيات الطب[534]، أهم نصّين يتعلقان بتنظيم مجال الصحة في

---

[529] CORNU Gérard, Vocabulaire.., Op.cit., p. 547. *« Obligation d'information : devoir imposé par la loi, not. A certains vendeurs professionnels ou à des sociétés, de fournir des indications sur l'objet du contrat ou de l'opération envisagée par les moyens adéquats (mentions informatives, publicité, etc) ».*

[530] Ibid., p. 896. *« Obligation de renseignement : devoir implicite, découvert par la jurisprudence dans certains contrats, en vertu duquel la partie la plus compétente ou la mieux informée est tenu de communiquer à l'autre les informations qu'elle détient relativement à l'objet du contrat. ».*

[531] FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, LG.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2015, p. 7.

[532] Ibid., p. 8. *« ... information et renseignement peuvent tous les deux avoir les mêmes origines et leur contenu ainsi que leur portée être identiques. Il s'agit, dans les deux cas, de communiquer à autrui un élément objectif, a l'état brut. ».*

[533] قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج. عدد 8، مؤرخ في 17 ابريل سنة 1985، معدّل ومتمّم.

الجزائر، وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى ضرورة التّمييز بين نوعين من الإعلام وهما: الإعلام الملقى على منتجي المواد الطّبية المستعملة في الطب البشري كالأدوية مثلا وبين الالتزام بالإعلام الملقى على الطبيب عند ممارسة مهامه.

**أ: الالتزام بالإعلام بشأن المواد الطبية المستعملة في الطب البشري**

تُلزم المادة 194 من القانون 85-05 بعد تعديله في 2008[535]، المنتج وكل متعامل آخر متخصص في التّرقية الطّبية، بالإعلام الطبي والعلمي بشأن المواد الطبية المستعملة في الطب البشري، حيث تنص على أنّه: *" الإعلام الطبي والعلمي بشأن المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري إلزامي. يجب أن يكون الإعلام دقيقا وقابلا للتحقق منه ومطابقا لأحدث المعطيات في البحث الطبي والعلمي حين نشره."*

يتّضح من النّص أنّ الهدف من الالتزام بالإعلام هو التعريف بمكونات المواد المستعملة في المجال الطبي[536]، باستعمال الوسائل المناسبة لتحقيق هذا الغرض كنشرة الدواء (la notice) التي تصاحب المنتوج أو عن طريق وضع وسم على المنتوج (étiquetage)[537]، إلا أنّه عادة ما يكون هذا الإعلام تقني وموجه لأهل الاختصاص بالتّالي يصعب على المريض الإلمام وفهم البيانات

---

[534] مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدوّنة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج. عدد 52، مؤرخ في 8 يوليو سنة 1992.

[535] قانون رقم 08-13، مؤرخ في 20 يوليو 2008، يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج. عدد 44، مؤرخ في 03 غشت سنة 2008.

[536] حديبي عبد الرحمان، المسؤولية المدنيّة عن تداول الأدوية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 33./البكباشي سحر، دور القاضي في تكميل العقد (دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 369.

[537] HAMADI Saliha, La responsabilité du fait des médicaments, Mémoire pour l'obtention du diplôme de magister en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques, université Tlemcen, 2012, p. 18.

على المواد أو المستلزمات الطبية الذي هو بصدد استعمالها، وهو ما يجعل من الالتزام بالإعلام ينتقل من منتج الدواء إلى الطبيب أو الصيدلي[538].

**ب: التزام الطبيب بإعلام المريض**

يقع على الطبيب الذي يتدخّل لمعالجة المريض وبالنظر إلى عدم التكافؤ بين المراكز القانونية من الناحية المعرفية بين الطرفين[539]، إعلامه بالمرض الذي يصيبه وبالعلاج المقترح عليه[540]، خاصة فيما يتعلق بالتدخّل الجراحي على اعتباره أهم تهديد للسلامة الجسدية للمريض[541]، حيث تنص المادة 43 من المرسوم التنفيذي 92-276 والمتعلق بمدونة أخلاقيات الطب على أنّه: *" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"، كما تنص المادة 44 من المرسوم نفسه على أنّه: " يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدّي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة* ***ومتبصرة*** *..."*؛ أشار الأستاذ (علي فيلالي) عند تحليله لهذه المادة، أنّ الموافقة المتبصرة للمريض لا يمكن أن

---

[538] لدغش رحيمة، " الالتزامات المنوطة بالصيادلة لضمان حماية المستهلك"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، عدد 14، أفريل 2017، ص 141.

[539] فيلالي علي، " ملاحظات حول المسؤولية الطبية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، عدد 7، 2015، ص 19.

[540] نجيدة علي، "التزام الطبيب بتبصير المريض"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، عدد 2، 1993، ص 238./أيت مولود ذهبية، "نطاق الالتزام بالتبصير عن مخاطر العمل الطبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2، 2017، ص 35.

SARGOS Pierre et VINEY Geneviève, « Le devoir d'information du médecin », R.D.C., N° 3, 2012, p. 1105.

[541] شيعاوي وفاء، "المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية"، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول "المسؤولية الطبية"، المنعقد يومي 23 و 24جانفي 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، ص 10. متوفر عبر الرابط التالي:

http://fdsp.ummto.dz/images/data/activites_scientifiques/collloques/Responsabilite%20medicale/Communication/communication%20chiaoui%20wafa%202.pdf/ Consulté le 15/07/2017.

انظر كذلك سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 171.

تحدث إلا بتدخّل الطبيب، لأنّ المريض عادة ما يجهل المرض الذي أصابه والعلاج اللازم للشفاء منه، وكذا مخاطر التدخّل الطبي على سلامته الجسدية[542].

أما عن مضمون التزام الطبيب بإعلام المريض، فقد سرد الباحثون[543] العديد من المعلومات التي قد يشملها هذا الالتزام، ومنها حالة المريض وتطوّرها المتوقّع، تشخيص المرض وطبيعة العلاج المقترح من أجل معالجته مع بيان النتائج المنتظرة من هذا العلاج كما يقع على الطبيب التزام بتحذير المريض من النتائج المترتبة عن رفض العلاج أو البقاء من دونه، ويبقى على عاتق الطبيب في حالة النزاع إثبات تنفيذه لالتزامه بالإعلام مثلما أشار إلى ذلك الباحثون[544].

تجدر الإشارة إلى أنّه لا يجوز للمريض في بعض الحالات، التّعبير عن رضاه بالعمل الطبي إلا بعد إخباره من طرف الطبيب بمخاطره[545]، هذا ما يمكن استخلاصه من نص المادة 162 فقرة 2[546] والمادة 166 فقرة 5[547] من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،

---

[542] فيلالي علي، "رضا المريض بالعمل الطبي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، عدد 3، 1998، ص 49./

SARGOS Pierre, « L'obligation d'informer le patient », L.P.A., N° 189, 22 septembre 1999, p. 10

[543] بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض (دراسة علمية تأصيلية مقارنة)"، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 4، 2010، ص 283 وما بعدها./

SARGOS Pierre, Op.cit., p. 10

[544] CHAIB Soraya, « La preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français », p. 3. Communication dans le cadre d'un colloque national sur « La responsabilité médicale », organisé par la faculté de droit et des sciences politique de l'université de Tizi-Ouzou, les 23 & 24 janvier 2008. *In* http://fdsp.ummto.dz/images/data/activites_scientifiques/collloques/Responsabilite%20medicale/Communication/communication%20Chaib%20Soraya.pdf Consulté le 16/07/2017.

[545] سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 19.

[546] تنص المادة 162 فقرة 2 على انه: " ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أيّ وقت كان أن يتراجع عن موافقته السّابقة."

[547] تنص المادة 166 فقرة 5 على أنّه: " لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشّخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السّابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك."

فيما يتعلق بنقل وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية، وما يزيد من الالتزام بالإعلام أهمية هو الطّابع المجاني بالنّسبة للمتبرع الذي يتحمل الكثير من المخاطر بدون مقابل مالي[548].

إلا أنّ الطبيب أو جراح الأسنان غير ملزم بإعلام المريض بكل تفاصيل التقنية للعلاج والتي لا يمكن للمريض استيعابها، كما أنّه قد يحدث أن يقوم الطبيب بكتم بعض المعلومات على المريض، إن كان الإفضاء بها من شأنه التّأثير سلبا على معنوياته[549]، وهذا ما أكّدت عليه المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب بالنّص على أنّه: *"يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق واخلاص، ..."*

**4- الالتزام بالإعلام في المجال المصرفي**

يعتبر المجال المصرفي أكثر المجالات التي يشتّد فيها عدم التّوازن المعرفي بين أطراف العقد، ولمعالجة هذا الاختلال ألزم المشرّع البنك بإعلام الزبون من خلال المادة 119 مكرر 1 فقرة 3 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[550] بعد تعديل 2010 بمقتضى القانون 10-04[551]، حيث تنص المادة على أنّه: *" يجب أن تستوفي عروض القروض مطلب الشفافية وتشير بوضوح لكل الشّروط المتعلقة بها"*، بالتّالي يكون المشرّع قد تدارك إغفاله عن إلزام البنوك بإعلام زبائنها حول العمليات المصرفية التي هُم بصدد القيام بها بعد التعديل[552].

---

[548] معاشو لخضر، النّظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية –دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2015، ص 183.

[549] عشوش كريم، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر1، 2001، ص99./ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 289.

[550] أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج. عدد 52، مؤرخ في 27غشت سنة 2003، معدّل ومتمّم.

[551] أمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج. عدد 50، مؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2010.

[552]تدريست كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، 2017، ص 244.

يمكن كذلك الإشارة في مجال الالتزام بالإعلام في المجال المصرفي إلى ما تضمنه نظام بنك الجزائر رقم 13-01 والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشّروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية[553]، حيث تنص المادة 05 منه على أنّه: *" يتعيّن على البنوك والمؤسسات المالية، أن تبلّغ زبائنها والجمهور عن طريق كل الوسائل، بالشّروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها.*

*وبهذه الصفة، يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تُطلع زبائنها على شروط استعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات المختلفة التي تسمح بها وكذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والزبون.*

*يجب أن يتم تحديد هذه الشّروط في عقد فتح الحساب أو في المستندات المرسلة لهذا الغرض."*

يظهر من نص المادة، أنّ بنك الجزائر ألزم البنوك بإعلام الزبون وباستعمال جميع الوسائل المتاحة، بالشّروط التي يمارسها في معاملاته المصرفية كالتعريفات أو المكافآت التي يمنحها لهذا الأخير، أو أسعار الخدمات المختلفة التي يلتزم الزبون بدفعها للبنك وتجدر الإشارة إلى أنّ المعلومات الواجب تقديمها للزبون مرتبطة بظرف زمني محدد، وهو قبل فتح الحساب أو في نفس وقت فتحه على أقصى تقدير، وهو ما يمكن استخلاصه من استعمال بنك الجزائر عبارة "***في عقد فتح الحساب أو في المستندات المرسلة لهذا الغرض***" إذ يعتبر تقديم البنك للمعلومات بعد فتح الحساب إخلالا بالتزامه بإعلام الزبون وفقا لنص المادة 05 من نظام بنك الجزائر رقم 13-01.

[553] نظام بنك الجزائر رقم 13-01، مؤرخ في 8 ابريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشّروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج.ر.ج.ج. عدد 29، مؤرخ في 02 يونيو سنة 2013.

## الفرع الثاني

## شروط الالتزام بالإعلام

أدّى تعدّد الطرق التي كرس بها المشرّع الالتزام بالإعلام على مستويات مختلفة إلى تباين بين الفقه حول الشّروط الواجب توفّرها لقيامه، غير أنّ التّركيز في هذا المقام سيكون على الشّروط الأساسية دون الشّروط الاستثنائية التي قد تلحق به في بعض النّصوص الخاصة، ويتّضح من خلال ما توصّل إليه الفقه والقضاء من تطوّر، أنّه يمكن حصر شروط قيام هذا الأخير في شرطين أساسيين هما علم أحد الطّرفين بمعلومات حاسمة (أولا) يجهلها الطّرف الآخر (ثانيا).

### أولا: أن يحوز المدين بالالتزام على معلومة حاسمة

يقوم الالتزام بالإعلام على شرط أساسي أوّلي هو حيازة المدين بالالتزام بالإعلام على معلومات حاسمة خلال مرحلة المفاوضات[554]، وقد أكّد المشرّع، الفقه والقضاء على هذا الشّرط من أجل إقرار مسؤولية للمدين على عدم الإفضاء بهذه المعلومات للطرف الآخر.

#### 1- تأكيد المشرّع على شرط العلم بالمعلومات

يتجلى هذا الشّرط بوضوح في نص المادة 15 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات، والتي تنص على أنّه: *" يلزم المؤمن له:... 1- بالتصريح عند اكتتاب العقد* ***بجميع البيانات والظّروف المعروفة لديه*** *ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها...."*

كما أكّد المشرّع الفرنسي في نص المادة 1112-1 من التّقنين المدني، على ضرورة أن يكون الطّرف "يحوز معلومة حاسمة" ليقع عليه التزام بالإفضاء بها للطرف الآخر، رغم أنّ مشروع التعديل كان يفرض على المتعاقد إعلام الطّرف الآخر بالمعلومات التي "يعلم بها أو التي كان من

---

[554] خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التّعاقد، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، ، جامعة اسيوط، 1996، ص 277.

المفروض أن يعلم بها"[555]، إلا أنّه تمّ حذف عبارة "أو كان من المفروض أن يعلم ..." في الصيغة النّهائية للنص خوفامن بعض التجاوزات في تفسير المادة من طرف القضاة، وقد ذهب الأستاذ فيليب لوتورنو (Philippe LE TOURNEAU) إلى اعتبار أنّ إلغاء هذه العبارة تُسقط على المهني مثلا الالتزام بالاستعلام حول محل العقد الذي يربطه بالمستهلك، معتبرا أنّ النّص ورد بعبارات عامة دون تحديد صفة أطراف العقد، بالتّالي يُطبّق على جميع العقود بما في ذلك العقود بين المهني وغير المهني أو المستهلك[556]، غير أنّ قاعدة النّص القانوني الخاص يقيّد العام، وكذا اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة قد يحول دون تطبيق المادة 1112-1 من التّقنين المدني على العقود بين المهني وغير المهني أو المستهلك.

### 2 – تأكيد الفقه والقضاء على شرط العلم بالمعلومات

يرى الباحثون[557] أنّ الالتزام بالإعلام يفترض علم أحد الطّرفين بمعلومات حاسمة حول مضمون العقد، إذ لا يمكن مطالبة المتعاقد بالإفضاء بمعلومات لا يعلمها هو بحد ذاته[558]كما جسّد القضاء الفرنسي هذا الشّرط في العديد من القرارات، آخرها سنة 2013 في قضية تتلخّص وقائعها أنّ سيّدة قامت ببيع منزها، وبعد مدّة قصيرة تمّ اكتشاف أنّ الجدار الفاصل بين المنزل ومنزل الجار فيه تسرُبات للمياه، ما أدّى بالمشترية إلى رفع دعوى إبطال العقد إلا أنّ الغرفة المدنيّة الثالثة لمحكمة النّقض أيّدت قرار محكمة الاستئناف التي رفضت طلب المشترية، مسببة قرارها بأنّه من غير الثّابت من خلال القضية أنّ البائعة كانت على علم بوجود هذه التسربات خاصة أنّ زوجها قام بإعادة تهيئة الجدار منذ فترة وجيزة من تاريخ إبرام الوعد بالبيع، وأنّه لم يمكن

---

[555]Article 1129 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations stipulait que : *« Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information… »,*
*in*http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf/Consulté le 28/06/2017

[556]LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 19.

[557] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 1110.

[558] إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التّوازن المعرفي في العقود (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 46.

للبائعة العلم بوجود هذه التسربات، بالتّالي فلا يمكن القول بأنّ البائعة أرادت كتم هذه المعلومة على المشترية[559].

**ثانيا: الجهل المشروع للدائن بالمعلومات**

يشير الباحثون[560] إلى ضرورة جهل الدّائن بالمعلومات التي يحوز عليها المدين كشرط أساسي في الالتزام بالإعلام، كما أشارت المادة 1112-1 من التّقنين المدني الفرنسي إلى الجهل المشروع للدّائن بالمعلومات[561]، وتبدو رغبة المشرّع الفرنسي واضحة في حث الدّائن على البحث عن المعلومات المتعلقة بالعقد، لأنّ إلقاء التزام على أحد الأطراف بالإعلام لا يعفي الطّرف الآخر من الاجتهاد للبحث عن المعلومات الخاصة بمحل العقد، مثلما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة في أحد قراراتها[562].

يمكن تبرير الجهل المشروع للدّائن بالمعلومات التي يحوز عليها المدين باستحالة علمه بالمعلومات التي يحوزها المدين بالالتزام بالإعلام، غير أنّه قد تتعدد الحالات التي يصبح فيها جهل الدّائن غير مبرر قانونا.

---

[559] Cass. Civ. 3eme, 28 mai 2013, N° 12-12054, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027490095&fastReqId=1561924081&fastPos=1 / Consulté le 26/06/2017.*« Attendu, d'autre part, qu'ayant souverainement retenu, sans modification de l'objet du litige, que Mme X...n'avait pas eu connaissance, lors de la vente, de la persistance des infiltrations nuisant à la pérennité du mur séparatif et compromettant la destination de l'immeuble vendu, malgré les travaux réalisés par son mari, et que Mme Y...ne pouvait opposer ce vice, dont elle avait ignoré l'existence, à Mme X...en raison de la clause de non garantie des vices cachés incluse dans l'acte authentique de vente, la cour d'appel en a exactement déduit que Mme Y...ne pouvait obtenir la résolution de la vente sur ce fondement ».*

[560] سي يوسف زاهية حورية، الواضح ...، المرجع السابق، ص 331.

[561] Article 1112-1 du Code civil français : *« ...dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».*

[562] Cass. Civ. 1ere, 25 mars 2003, N° 99-15198, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007453357&fastReqId=1409999823&fastPos=1/Consulté le 28/06/2017*« ... Attendu que le manquement du professionnel à son obligation de conseil et d'information ne dispense pas le client de tout devoir de prudence et de diligence ; ... »*

### 1- استحالة علم الدّائن بالمعلومة

قد تجد استحالة علم الدّائن بالمعلومات التي يحوز عليها المدين سببها في العديد من العوامل[563]، إلا أنّ الآراء الفقهية تُبرز سببين أساسيين وهما عدم حيازة الدّائن للشيء محل العقد، والثّقة المشروعة التي وضعها الدّائن في الشّخص المدين.

#### أ: عدم حيازة الدّائن لمحل العقد

تمنح حيازة الشيء محل العقد في المرحلة السّابقة عن إبرامه للمدين بالالتزام بالإعلام أسبقية واضحة، خاصة إذا طالة فترة هذه الحيازة والتي ستسمح له بمعرفة خصوصيات الشيء بدقة، هذه الميزة تمنح للبائع مثلا مركز قانوني أفضل من مركز المشتري والذي قد تكون له معلومات عامة حول الشيء المبيع، إلا أنّ عدم حيازته له خلال الفترة السّابقة عن التّعاقد تحول دون التدقيق في خصوصيته[564]، هذا الجهل الناتج عن عدم حيازة الدّائن بالالتزام بالإعلام للشيء المبيع يعتبر مشروعا بالنّظر لاستحالة إحاطته بالمعلومات المفصلة عن المبيع، ولمعالجة اختلال التّوازن المعرفي بين الأطراف وجب على المدين إعلام الطّرف الآخر بالمعلومات التي يحوزها وعدم استغلال المركز المتميّز الذي يوجد فيه.

#### ب:الثقة التي يضعها الدّائن في المدين

جسد المشرّع الفرنسي في نص المادة 1112-1 من التّقنين المدني، الثّقة التي يضعها الدّائن في المدين بالالتزام بالإعلام كسبب من أسباب مشروعية جهل الدّائن بالمعلومات بالنّص على أنّه: «... dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information **ou fait confiance à son cocontractant**... »

---

[563] سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفضاء في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 24.

[564] حامق ذهبية، المرجع السّابق، ص 87.

أشار الباحثون[565] إلى الثّقة التي يضعها الدّائن في المدين بالالتزام كسبب من أسباب الجهل المشروع بالمعلومات، إذ تعتبر الثّقة العنصر الأساسي في بعض العقود على نحو يُعفى الدّائن من التزامه بالاستعلام حول تفاصيل العقد كما قد تكون لصفة المتعاقد أثر بالنّسبة للثّقة التي يضعها في المتعاقد الآخر، مثلما هو الحال بالنّسبة للعقود المبرمة بين متعاقدين تربطهما روابط عائلية أو بالنّظر إلى المهنة التي يمارسها أحد أطراف العقد والتي تفرض ثقة الطّرف الآخر فيه، كالعقد الذي يربط الموثق بزبونه[566]، أو الطبيب بالمريض[567].

**2- الجهل غير المشروع للدّائن بالمعلومات**

يُشترط لقيام التزام بالإعلام أن يكون جهل الدّائن المعلومات التي يحوز عليها المدين مشروعا، هذا الشّرط يؤدّي إلى ضرورة البحث في الحالات التي يكون فيه جهل الدّائن بالالتزام غير مشروع، إذ يجب التمييز في هذا الشأن بين التزام الدّائن بالاستعلام من جهة وعدم حصرية المعلومات التي يحوز عليها المدين من جهة أخرى.

**أ- التزام الدّائن بالاستعلام**

لا يمكن للطرف الاعتماد على الطّرف الآخر كليا من أجل الإحاطة علما بمحل العقد إذ يُفترض عليه بذل جهد من أجل الاستعلام[568] في حدود معينة، وهو ما عبر عنه الباحثون[569] بواجب اليقظة.

**أ1- ظهور التزام الدّائن بالاستعلام**

ظهر التزام الدّائن بالاستعلام بظهور فكرة الخطأ غير المُغتفر[570]، حيث اعتُبر جهل المتعاقد بالمعلومات غير مشروع إذا كان بإمكانه الحصول عليها لو استعلم الطّرف الآخر حولها[571]، وقد

---

[565] خالد جمال أحمد، المرجع السّابق، ص 329.

[566] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 1428.

[567] علي فيلالي، "ملاحظات ...، المرجع السابق، ص 19.

[568] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السّابق، ص 19.

[569] السيد محمد بدوي، حول نظريّة عامة لمبدأ حُسن النيّة في المعاملات المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1989، ص 373.

[570] FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information…, Op.cit., p. 200.

أشار الباحثون[572] إلى أنّ المتعاقد الذي يغفل عن الاستعلام حول محل العقد يكون قد ارتكب خطأ لا يسمح له بالمطالبة بإبطال العقد[573] ولا حتى الحصول على تعويض كليا أو جزئيا عن الضّرر الناتج عن جهله بالمعلومات[574]، لا سيما في بعض العقود التي تستوجب التحلي بالحيطة والحذر كعقود بيع الأشياء المستعملة بصفة عامة وبيع السيارات المستعملة على وجه الخصوص[575].

أحال الأستاذ لوتورنو(LE TOURNEAU) إلى نظريّة العيوب الخفية لتقديم مثال عن الالتزام الدّائن بالاستعلام، حيث يُلزم التّقنين المدني المشتري بفحص المبيع فحصا دقيقا من أجل الاستعلام حول حالته قبل إبرام العقد، إذ وفي حالة وجود عيب فيه كان بإمكانه اكتشافه لو قام بالفحص الدّقيق للمبيع، سقط حقه في المطالبة بالتعويض أو إبطال العقد[576]، وهو ما أكّده مؤخرا القضاء الفرنسي[577]، وتمّ تكريسه في المادة 380 من التّقنين المدني الجزائري[578].

---

[571]سهير منتصر، المرجع السّابق، ص 53./إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السّابق، ص 53.

[572] JOURDIN Patrice, « Le devoir de « se » renseigner », D., Chro., N° 1, 1983, p. 139

[573] Ibid., p. 140. *« ... Aujourd'hui les tribunaux n'hésitent plus à refuser d'annuler un contrat lorsqu'il révèle une négligence ou une omission fautive de se renseigner ».*

[574] Ibidem. *« La jurisprudence n'a d'ailleurs pas hésité à sanctionner l'ignorance fautive de la victime en écartant, totalement ou partiellement, la responsabilité de fabricants ou distributeurs de produits dangereux ou inaptes à un usage normal ».*

[575] Ibidem, p. 143.

[576] LE TOURNEAU Philippe, « De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil », D., Chro., cahier N° 14, 1987, p. 102.

[577] Cass. Civ. 3eme, 28 mai 2013, N° 12-20105, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027490350&fastReqId=1460874633&fastPos=1/ .Consulté le 02/07/2017. *« Attendu qu'ayant retenu que les acheteurs avaient eu accès à la maison bien avant la signature de l'acte authentique et qu'ils avaient ainsi eu la possibilité de monter dans les combles avec une échelle et de constater la structure des murs pignons, la cour d'appel a pu déduire de ce seul motif, non critiqué par le moyen, que les acquéreurs devaient être déboutés de leur demande formée sur la garantie des vices cachés ; »*

[578] تنص المادة 380 من التّقنين المدني على أنّه: *" إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع."*

**أ2 – حدود التزام الدّائن بالاستعلام**

أورد أحد الباحثين[579] عند تطرقه إلى التزام الدّائن بالاستعلام العديد من الحدود، حيث لاحظ الأستاذ جيستان (GHESTIN) أنّ صفة المهني من العوامل التي تضاعف من شدّة الرقابة القضائية على الالتزام بالاستعلام، في حين أنّ القضاء يتعاطف مع المتعاقد من دون خبرة (profane)[580]، من جانب آخر، قد تحول بعض الظّروف المحيطة بالعقد دون فحص المتعاقد للمبيع، مثلما هو الحال في البيع بالجملة أين يصعب على المتعاقد الاستعلام وفحص كل السلعة محل العقد[581].

**ب: إمكانية حصول الدّائن على المعلومة**

يسقط عن المدين التزامه بالإعلام إذا اتضّح أنّ المعلومات التي يحوز عليها ظاهرة يمكن للدّائن الاطلاع عليها مباشرة كالارتفاقات الظاهرة في البيوع العقّارية، حيث أنّ ظهور هذه الارتفاقات تُعفي البائع بإعلام المشتري بوجودها بسبب عدم مشروعية جهل هذا الأخير بها[582]، كما يمكن أن تكون المعلومة ظاهرة من النّاحية القانونية، وهو الشّأن مثلا في الرّهون العقّارية، إذ يمكن للدّائن من خلال الاطلاع على الدفتر العقّاري معرفة ما إذا كان العقّار الذي هو بصدد شرائه مثقل برهن، دون انتظار إفضاء البائع بهذه المعلومة التي يجب على الدّائن السّعي للبحث عنها.

**ج– افتراض علم الدّائن بالمعلومات**

اعتبر القضاء الفرنسي أنّ جهل الدّائن بالمعلومات قد يكون غير مشروع إذا كان من المفترض أن يكون عالما بها، وتجدر الإشارة في هذا الصّدد إلى قرار الغرفة التّجارية لمحكمة

---

[579] JOURDIN Patrice, « Le devoir…, Op.cit., p. 142.

[580] GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 1416.

[581] JOURDIN Patrice, « Le devoir…, Op.cit., p. 143. *« Au nombre des circonstances qui restreignent la diligence due par le créancier figurent les conditions de l'agrément de la marchandise livrée. En matière commerciale, les usages autorisent en effet très souvent une vérification rapide et superficielle de la conformité du produit dont la nature interdit un examen approfondi »* .

[582] LE TOURNEAU Philippe, « De l'allégement…, Op.cit., p. 102.

النّقض الفرنسيّة في قضية بين شركة "أي بي ام" (IBM) المختصة في مجال الإعلام الآلي، وشركة "ماييف" (MAIF)المتخصصة في التّأمين، حيث طلبت شركة "مايف" من "أي بي ام" استحداث برنامج إعلام آلي (logiciel)وتثبيته في شبكة الإعلام الآلي الخاص بشركة "ماييف"، إلا أنّ شركة "أي بي ام" لم تتمكن من إنهاء العمل في الوقت المحدد، ما أدّى بشركة "ماييف" إلى فسخ بإرادة منفردة، مع المطالبة قضائيا بإبطال العقد لارتكاب شركة "أي بي ام" لكتمان تدليسي لأنها كانت على علم بالإشكالات العملية التي ستصادفها عند تنفيذ العقد ولم تفض بها.

قضت الغرفة التّجارية برفض طلب شركة "ماييف" بإبطال العقد، على اعتبار أنّ هذه الأخيرة لم تكن لتجهل صعوبات العملية والوقت اللازم من أجل تنفيذ العقد بصفتها مهني ذات خبرة، كما أنّه سبق لشركة "ماييف" التّعامل مع متعاقد آخر صادفته نفس الإشكالات العملية، بالتّالي لا يمكن لشركة "ماييف" جهل المعلومة التي كتمتها شركة " أي بي ام"[583].

## المطلب الثاني

## تنفيذ الالتزام بالإعلام

يبدو أنّ حداثة تكريس الالتزام بالإعلام والضغط الذي يمارسه الفقه المساند للنظريّة التقليدية للعقد أثر مباشرة على تحديد الأحكام القانونية المتعلقة بتنفيذه، حيث ساهمت الآراء الفقهية المتباينة وعدم استقرار اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة في خلق اضطرابات متعددة عند تحديد نطاق تنفيذ الالتزام بالإعلام (الفرع الأوّل).

---

583 Cass. Com, 04 juin 2013, N° 12-13002, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027526768&fastReqId=234046008&fastPos=1/ Consulté le 04/07/2017. *« Mais attendu que…, c'est la MAIF qui hors toute situation de concurrence a imposé le forfait, l'arrêt retient que cette dernière, qui ne conteste pas disposer d'une division informatique très étoffée, n'ignorait pas compte tenu de l'échec du projet préalablement confié à la société Siebel en 2002 les difficultés et les risques associés au projet d'autant qu'il ressort , …; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que la MAIF, professionnel averti, disposait de moyens d'information lui permettant d'apprécier les risques encourus, ce dont il résultait qu'elle ne pouvait soutenir avoir été trompée par la société IBM, la cour d'appel, …a légalement justifié sa décision .. »*

كما تواصلت الإشكالات في التراكم فيما يتعلق بالجزاء القانوني المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، حيث طفت إلى السطح إشكالية إثبات قيام مسؤولية المدين بالالتزام بالإضافة إلى الضرر الواجب التعويض عنه في هذه الحالة، في ظل معارضة جانب من الفقه عما توصل إليه الاجتهاد القضائي من حلول (الفرع الثاني).

## الفرع الأوّل

## الضوابط القانونية لتنفيذ الالتزام بالإعلام

يثير تنفيذ الالتزام بالإعلام العديد من الإشكالات في ظل غموض النّصوص القانونية وتزايد الاجتهاد القضائي، وهو ما أدّى بالفقه إلى التطرّق للموضوع بالتركيز أساسا على الدرجات المختلفة للالتزام بالإعلام وكذا المسائل المتعلقة بإثبات تنفيذه.

### أولا: تعدد درجات الالتزام بالإعلام

أشارت الأستاذة موريال فابر مانيان (Muriel FABRE-MAGNAN) في صدد الحديث عن درجات الالتزام بالإعلام، إلى أنّ هذا الأخير ينقسم بحسب شدته، فقد تكون المعلومات المقدمة للطرف الآخر تتسم بالعمومية تهدف أساسا للتعريف بالمنتوج أو الخدمة المقدمة وقد يتجاوز الإعلام مجرد تقديم المعلومات للطرف الآخر إلى ضرورة تقديم نصائح أو تحذيره من النتائج المترتبة عن إبرام العقد[584].

#### 1- الالتزام بالنّصيحة

ترى الأستاذة فابر مانيان (FABRE-MAGNAN ) أنّ الالتزام بالنّصيحة يفرض على المدين بذل الجهد المناسب من أجل بيان للطرف الآخر السلوك الواجب إتباعه من أجل ضمان فعّالية قصوى للعقد[585]، إذ يتجلى بوضوح من خلال الالتزام بالنّصيحة واجب التّعاون المفروض على كلا المتعاقدين، فلا يكف في بعض الحالات مجرد تقديم المعلومة للطرف الآخر، بل يجب

---

584 FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information…, Op.cit., p. 9.

585 Ibid. *« ... donner un conseil à quelqu'un consiste non seulement à lui donner un renseignement brut, mais également à lui montrer les déductions que l'on peut en tirer, l'attitude qui doit être adoptée dans de telle circonstance. »*

تبعا لوضعية هذا الأخير استخلاص النتائج المناسبة من المعلومات المقدمة[586]، ولو كان ذلك على حساب المصلحة الشّخصية للمدين بالالتزام بالنّصيحة، من خلال الحرص على النّزاهة في تقديم النّصيحة في ظل تعدد مظاهر تجسيد هذا الالتزام في مختلف العقود.

### أ- الحرص على النّزاهة في تقديم الالتزام بالنّصيحة

يفرض الالتزام بالنّصيحة باعتباره صورة من صور التدخّل الايجابي لحسن النيّة على كلا الطّرفين التحلي بالنزاهة عند تنفيذه، والتي تأخذ العديد من الصور من بينها إلزام المدين بالاستعلام قبل تقديم النّصيحة، أو إلزامه بمصارحة الدّائن حول مدى نجاعة إبرام العقد بالنّسبة للدّائن بالالتزام.

#### أ-1: ضرورة الاستعلام قبل تقديم النّصيحة

أصبح من الالتزام بالاستعلام حول حاجات المتعاقد الآخر ضروري في العقود بين المهني وغير المهني من أجل معرفة حاجات هذا الأخير، وبالتّالي تقديم نصائح حول كيفية استعمال الشيء أو الخدمة محل العقد[587]، وهو ما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة بصراحة لما أقرت الغرفة المدنيّة الأولى بمسؤولية البائع الذي لم يستعلم لدى المشتري حول حاجاته الخاصة، معتبرة أنّه قصّر في تنفيذ التزامه بالنّصيحة [588]، بل أبعد من ذلك، فقد ألزمت محكمة النّقض الفرنسيّة في قرار آخر البائع بالبحث والتحري حول الكيفية التي ينوي بها المشتري استعمال الشيء المبيع وتبعا لذلك تكييفه وفقا لهذا الاستعمال من أجل تحقيق فعّالية قصوى للعقد[589].

---

[586] GARDELLA Gérard, « Le devoir de conseil du banquier », Gaz. Pal., N° 340, 05 décembre 2000, p. 25.

[587] LE TOURNEAU Philippe, La responsabilité des vendeurs…, Op.cit., p. 91.

[588] Cass. Civ. 1ere, 30 mai 2006, N° 03-14.275, Bull. Civ. N° 5, 2006, p. 245. *« Qu'en statuant ainsi quand l'obligation de conseil à laquelle est tenu le vendeur lui impose de se renseigner sur les besoins de l'acheteur et de l'informer, fût-il accompagné de l'installateur lors de l'achat, de l'adéquation du matériel proposé à l'utilisation qui en est prévue, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »*

[589] Cass. Com, 08 juillet 2003, N° 01-10495, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007465361&fastReqId=1728907679&fastPos=1/Consulté le 07/07/2017. *« Mais attendu, en premier lieu, que l'obligation de conseil à laquelle est tenu un professionnel à l'égard de son client lui impose de s'informer des besoins de celui-ci et des conditions d'utilisation du produit et d'adapter ce produit à l'utilisation qui en est prévue… »*

**أ-2: تقدير مدى نجاعة إبرام العقد**

تفرض النزاهة في تقديم النّصيحة تقدير مدى نجاعة إبرام العقد بكل موضوعية وتبعا لذلك حث المتعاقد الآخر على التعاقد أو بالعكس على عدم إبرام العقد[590]، وقد أكّدت محكمة النّقض الفرنسيّة على ذلك في قضية تتلخّص وقائعها أنّ جمعية اشترت من أحد المهنيين نظام إعلام آلي (système informatique) إلا أنّ هذا الأخير لم يتم استغلاله من طرف المشترية بسبب عدم تطابقه مع التجهيزات التي تملكها، ما أدّى بها إلى رفض دفع الثّمن تبعا لذلك قام البائع برفع دعوى قضائية لإلزام المشترية بتنفيذ التزاماتها العقدية.

قضت الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض بمسؤولية البائع تجاه المشتري بسبب إخلاله بالتزامه بالإعلام والنّصيحة، لما كتم بأن تفعيل نظام الإعلام الآلي يستوجب إعادة التجهيزات التي تملكها المشترية وهو ما سيكلف مصاريف كبيرة، مما يجعل من العقد من دون فعّالية بالنّسبة لها[591].

تكمن أهمية القرار في تمييز محكمة النّقض بين التزام المهني بإعلام الطّرف الآخر بخصوصيات الشيء المبيع، والتزامه بالنّصيحة الذي يُلزمه بالاستعلام حول التجهيزات التي تملكها المشترية ودراسة مدى نجاعة إبرام العقد، إذ يظهر من خلال الوقائع أنّ المشترية لم تتمكن من استغلال الشيء المبيع مما لا يحقق الغاية من التّعاقد، وقد حمّلت محكمة النّقض المسؤولية للمهني بالنّظر إلى الخبرة التي يتمتع بها بالمقارنة مع العجز المعرفي الذي تعاني منه المشترية.

يبدو واضحا في القرار السّالف الذكر أنّه كان على المهني تقديم نصيحة للمشترية بعدم إبرام العقد بالنّظر إلى انعدام فعاليته، وذلك على عكس ما تفرضه عليه مصلحته الشّخصية، في صورة

---

590 LE TOURNEAU Philippe, La responsabilité des vendeurs…, Op.cit., p. 91.

591 Cass. Civ. 1ere, 03 juillet 2001, N° 99-15412, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007616835&fastReqId=335623619&fastPos=1/Consulté le 07/07/2017. *« Mais attendu que l'obligation de conseil du vendeur de matériels complexes s'étend à l'information de l'acheteur quant à la faisabilité des interventions nécessaires à leur mise en service et quant aux délais requis par elles ; que la cour d'appel, en relevant que le système informatique commandé par l'externat en juin 1993 pour être adapté au matériel préexistant chez lui en septembre 1991, n'avait jamais été rendu compatible, ni à l'époque convenue, ni plus tard, a légalement justifié sa décision ; »*

أخرى من صور التّعارض بين الحق في تحقيق المصلحة الشّخصية والالتزام بحسن النيّة في العقد.

**ب: مظاهر تكريس الالتزام بالنّصيحة**

كان للقضاء الفرنسي الأثر الكبير في ظهور الالتزام بالنّصيحة، وبالرجوع إلى قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة وبالتركيز على بعض العقود على وجه الخصوص، نجد حرصها على رقابة مدى تنفيذ هذا الالتزام لحماية الدّائن.

**ب-1: الالتزام بالنّصيحة في مجال العقود المصرفية**

يعتبر المجال المصرفي مجالا خصبا لإعمال الالتزام بالنّصيحة، ويعود ذلك إلى عدم التّوازن المعرفي بين البنك والزبون فيما يتعلق بتفاصيل العمليات المصرفية، بالإضافة إلى الخبرة التي يتمتع بها البنك بالمقارنة مع الزبون الذي عادة ما يكون مُبتدِئ (novice) وبالنّظر لخطورة العقود التي تربط بين البنك والزبون خاصة عقد القرض، فرض القضاء على البنك ضرورة مراعاة هذا الاختلال بفرض الالتزام بالنّصيحة لمواجهة العجز الذي يعاني منه الزبون من عديد الجوانب[592] غير أنّ هذا الالتزام غير معترف به بصفة آلية، إذ قد يحدث وأن يُعفي القضاء البنك هذا الالتزام بحسب الشّخص المتعاقد معه.

**ب-1-1: فرض الالتزام بالنّصيحة من طرف القضاء**

تعددت القرارات التي حمّلت البنك مسؤولية عن إخلاله بتنفيذ التزامه بالنّصيحة، ومن بينها القرار المبدئي لمحكمة النّقض الفرنسيّة سنة 1995 في قضية الزوجين قارسيا (époux GARCIA) ضد مجموعة من البنوك والمؤسسات المالية، في قضية تتلخّص وقائعها أنّه بتاريخ 29 فيفري 1988، أبرم الزوجين "قارسيا" مع شركة متخصصة في البناء عقد لتشييد مسكن مع الاتّفاق على أن يتم دفع مصاريف البناء بقرض لدى بنوك ومؤسسات مالية متعددة، بعد إبرام جميع العقود بين جميع الأطراف وعند تنفيذ ما تمّ الاتّفاق عليه اتّضح عجز الزوجين على الوفاء

[592] عثماني بلال، المرجع السّابق، ص 433.

بالدّين، ما أدّى بهما لرفع دعوى قضائية لإبطال العقود المبرمة بينهما وبين المقاول من جهة والبنوك من جهة أخرى.

أيّدت محكمة النّقض الفرنسيّة قرار محكمة استئناف ريوم (Riom) حيث قضت بـ:

*« Mais attendu que la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979* ***ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur****, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ; que le second arrêt attaqué a relevé que le taux d'endettement proposé par le projet de financement établi par la société Tradition et qualité et connu des établissements de crédit, était insupportable pour les époux X... qui ne disposaient que de faibles revenus; »*[593].

تظهر أهمية القرار من خلال التّمييز الواضح بين الالتزام بالإعلام من جهة والالتزام بالنّصيحة من جهة أخرى[594]، حيث أكّدت محكمة النّقض أنّ المعلومات التي قدمها الطاعنون بالنّقض لا تعدو أن تكون تنفيذ للالتزام بالإعلام وفقا لما نصت عليه المادة 5 من قانون 13 جويلية 1979[595]، إلا أنّ الالتزام بالنّصيحة يتجاوز مجرد تقديم المعلومات للطرف الآخر، بل يجب على المهني الاجتهاد من أجل البحث عن جدوى إبرام العقد، رغم مواصلة جانب من الباحثين[596] رفض الاعتراف بوجود هذا الالتزام، وقد تكون هذا الإنكار مبررا بالنّظر إلى موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي في بعض القرارات.

---

[593] Cass. Civ. 1ere, 27 juin 1995, N° 92-19.212, Bull. Civ. N° 1, 1995, p. 200.

[594] MAZEAUD Denis, Obs. Cass. Civ. 1ere, 27 juin 1995, N° 92-19212, Déferions, N° 22, 30 novembre 1995, p. 1417/ ROUTIER Richard, Obligations et responsabilités du banquier, 3eme éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 794.

[595] يشير القرار إلى نص المادة 05 من القانون 79-596 والمتعلق بإعلام وحماية المقترضين في المجال العقّاري والملغى سنة 1993، حيث تمّ دمج نصوص القانون في قانون حماية المستهلك.

[596] MARTIN R. Didier, « Pas d'obligation de Conseil (au conseil la banque n'est pas tenue) », D., N° 36, 24 octobre 2013, p. 2430.

### ب-1-2: حدود الالتزام بالنّصيحة في العقود المصرفية

أثار قرار صادر عن الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة سنة 2012، جدلا واسعا وسط الفقه حول مدى وجود التزام بالنّصيحة على عاتق البنك، في قضية تتلخّص وقائعها أنّ زوجين اقترضا من بنك مبلغ مالي من أجل تغطية ديون لهما مقابل تقديم المنزل الذي يملكانه كرهن للبنك، وبعد مدة عجز الزوجين على الوفاء بمبلغ القرض وفوائده، ما أدّى بالبنك إلى التّنفيذ على المنزل محل الرهن، إلا أنّ الزوجين رفعا دعوى قضائية على البنك والموثّق الذي حرر عقد القرض من أجل المطالبة بالتّعويض لإخلالهما بالالتزام بالنّصيحة.

ألغت محكمة النّقض قرار محكمة استئناف فرساي (Versailles) والذي قضى بمسؤولية الموثق والبنك، وقد برّرت الغرفة التّجارية موقفها بغياب أيّ التزام بالنّصيحة يقع على البنك أو الموثّق، طالما أنّ مبلغ القرض الذي منحه البنك للزوجين كان ملائما بالنّظر إلى ممتلكاتهما، وأنّه لا يمكن لهذا الأخير التدخّل في الحياة الخاصة للمقترضين[597].

رغم وضوح القرار إلا أنّه لا يمكن اعتباره قرار مبدئي يلغي اجتهاد سابق لمحكمة النّقض، هذا ما توصّل إليه أحد الباحثين لما لفت الانتباه إلى عدم نشر القرار في مجلة القرارات القضائية لمحكمة النّقض رغم أنّ القرار جاء بنقض قرار محكمة استئناف فرساي (Versailles)، إذ عادة ما يتم نشر القرارات التي تتضمن نقض قرار محاكم الاستئناف بصفة آلية[598].

من جانب آخر، يتّضح أنّ محكمة النّقض ألحّت على أنّ القرض الذي منحه البنك للزوجين كان ملائما بالنّظر إلى الثّروة التي يملكانها[599]، ما يُفهم بأنّ محكمة النّقض حمّلت الزوجين

---

[597] Cass. Com, 27 novembre 2012, N° 11-19311, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026712687&fastReqId=103049451&fastPos=1/ Consulté le 24/07/2017. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la banque, qui n'était pas tenue d'une obligation de conseil, n'avait pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».*

[598] HUET Jérôme, « L'existence d'un devoir de conseil du banquier », D., N° 44, 26 décembre 2013, p. 2921.

[599] Cass. Com, N° 11-19311, Op.cit. *« Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans répondre aux conclusions de la banque qui faisait valoir que le prêt accordé était adapté au patrimoine immobilier des emprunteurs, de sorte qu'elle n'aurait pas été tenue d'un devoir de mise en*

مسؤولية ما حصل لهما بسبب أخطاء ارتكباها في تسيير مبلغ القرض، والذي لم يكن ليؤدي للمديونية التي وصلا إليها بالنّظر إلى الثّروة التي كانا يملكانها، بالتّالي فإنّ هذا القرار لا يمكن تعميمه على جميع العقود المصرفية والتي يبقى الالتزام بالنّصيحة التزام أساسي للبنك تجاه الزبون.

### ب-2: الالتزام بالنّصيحة في عقود التّأمين

يعتبر عقد التّأمين من العقود الأكثر تعقيدا بالنّسبة للمستهلك بالنّظر إلى تنوّعه وإلى نقص خبرة المستهلك الذي عادة ما يجد نفسه في وضعية ضعف في مواجهة عقد أصبح محفوف بالبنود التي تمنح مزايا للمؤمِن على حساب المؤمن له، ليس هذا فحسب، بل أنّه بالرجوع إلى مختلف عقود التّأمين المعروضة على المستهلك، قد تختلط عليه الأمور في اختيار العقد المناسب له، ليظهر دور التزام المؤمِّن بالنّصيحة من بين أهم الالتزامات الحديثة، لضمان اختيار العقد الذي يتلاءم أكثر مع وضعية المؤمن له.

#### ب-2-1: التزام وسطاء التّأمين بالنّصيحة

يقع على وسطاء التّأمين[600] التزام بالنّصيحة تجاه المؤمِّن[601]،حيث يَعتبر الباحثون[602] هذا الالتزام من بين أهم الالتزامات المهنية التي تقع على وسطاء التّأمين، لأنّ العقد الذي يربط بين وسيط التّأمين والمستهلك يقوم أصلا على الثّقة التي يضعها هذا الأخير في خبرة الوسيط من أجل اختيار العقد الذي يناسب المؤمَّن له[603]، وقد يكون موضوع النّصيحة حول اختيار المؤمِّن أو حول العقد الأنسب لوضعية المؤمَّن له.

---

*garde, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;... ALORS QUE le banquier prêteur n'est pas tenu d'une obligation de conseil ou de mise en garde envers l'emprunteur qui dispose de ressources en patrimoine ou en revenus lui permettant de faire face à l'engagement qu'il souscrit ».*

[600] فيما يتعلق بوسطاء التأمين راجع المادة 252 وما يليها من الأمر رقم 95-07 السابق الذكر.

[601] بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، دار الفجر، القاهرة، 2005، ص 42.

[602] BEIGNER Bernard, Droit des assurances, 2eme éd., L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2015, p. 345.

[603] العامري خالد، الوساطة في التّأمين، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة قسنطينة، 2017، ص 80.

### ب-2-1-1:التزام وسيط التّأمين بالنّصيحة عند اختيار المؤمّن

يقع على سمسار التّأمين دون الوكيل العام[604] التزام بالنّصيحة من أجل اختيار المؤمِّن الذي يتناسب أكثر وحاجيات المؤمَّن له[605]، حيث تدخّل في عين الاعتبار العديد من المعايير من أجل حُسن اختيار المؤمِّن، منها درجة الضّمان أو سرعة معالجة النّزاعات بالإضافة إلى قسط التّأمين الذي يلتزم المؤمَّن له دفعه للمؤمِّن[606]، ورغم أنّ هذا المعيار الأخير هام بالنّسبة لسمسار التّأمين إلا أنّه ليس حاسما، كما أنّ الكلمة الأخيرة في اختيار المؤمِّن تعود للمؤمَّن له.

### ب-2-1-2: التزام وسيط التّأمين بالنّصيحة عند اختيار عقد التّأمين

يمتد الالتزام بالنصيحة إلى اختيار العقد الذي يناسب حاجات المؤمَّن له[607]، مما يستدعي كخطوة أولى التزام الوسيط بالاستعلام حول الخطر المُراد التّأمين ضدّه من أجل تنفيذ التزامه بالنّصيحة على أكمل وجه[608]، وباعتبار أنّ وسيط التّأمين مهني محترف ومتخصص في مجاله[609]، وجب عليه طرح الأسئلة المناسبة لتشخيص حاجات المؤمَّن له، ثم اقتراح العقد الذي يناسب مع تبرير ذلك وهو ما أكّدت عليه المادة L520-1-2° من قانون التّأمين الفرنسي[610].

---

[604] الوكيل العام هو ممثل لشركة تأمين بالتّالي لا يمكن أن يقع عليه التزام بالنّصيحة في اختيار شركة التامين المناسبة للمؤمن له، لان ذلك يتنافى مع المهام الموكلة إليه وهي جلب زبائن لشركة التامين التي يمثلها.

[605] FIL Patrice, L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance, P.U.A.M., Marseille, 1996, p. 75.

[606] Ibid.

[607] العامري خالد، المرجع السّابق، ص 81.

[608] LANGE Daniel, « Le devoir de conseil de l'intermédiaire en assurance après la loi du 15 décembre 2005 », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Jean BIGOT, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2010, p. 250.

[609] تجدر الإشارة في هذا الصّدد أنّ من شروط ممارسة مهنة وسيط التّأمين أن يثبت المترشّح عدد أدنى من السنوات خدمة فعلية في مجال التّأمين، راجع في هذا الصّدد المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 95-340، مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، يحدد شروط منح وسطاء التّأمين، الاعتماد والأهلية المهنيّة وسحبه منهم، ومكافأتهم، ومراقبتهم، ج.ر.ج.ج. عدد 65، مؤرخ في 31 أكتوبر 1995، معدلة ومتممة بمقتضى المادة 7 من مرسوم تنفيذي رقم 17-192، مؤرخ في 11 يونيو سنة 2017، ج.ر.ج.ج. عدد 36، مؤرخ في 14 يونيو سنة 2017.

[610] Code français des assurances, 23eme éd, Dalloz, Paris, 2017. Article L520-1: « II.-Avant la conclusion de tout contrat, l'intermédiaire doit : … 2° Préciser les exigences et les besoins du

**ب-2-2: التزام المؤمن بالنّصيحة**

يلتزم المؤمِّن بتقديم النّصيحة للمؤمَّن له عند إبرام عقد التّأمين من أجل اختيار العقد المناسب لحاجاته[611] ،ولا يقتصر التزام المؤمِّن بتقديم معلومات مهما كانت دقة هذه الأخيرة بل يمتد إلى تقدير مدى ملائمة العقد للغرض الذي يريد المؤمَّن له ضمانه، مثلما أكّدت على ذلك محكمة النّقض الفرنسيّة[612]، كما تجدر الإشارة إلى أنّ المؤمِّن مسؤول عن إخلال وسطاء التّأمين الذين يمثّلونه بالتزامهم بالنّصيحة [613].

**ب-3: التزام الموثق بالنّصيحة**

أضحى الالتزام بالنّصيحة ذات أهمية كبيرة في العقود التي تربط المتعاقد بأعوان القضاء عامة، وبالموثّق على وجه الخصوص[614]، في هذا الصدد تنص المادة 12 من القانون رقم 06-02[615]والذي يتضمن مهنة الموثّق على أنّه: " يجب على الموثّق أنّ يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف، قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها،

---

souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant à un produit d'assurance déterminé. Ces précisions, qui reposent en particulier sur les éléments d'information communiqués par le souscripteur éventuel, sont adaptées à la complexité du contrat d'assurance proposé. »

[611] ASSELAIN Maud, « Obligation d'information et de conseil », J.C.P. E., N° 20, 18 Mai 2017, p. 37.

[612] Cass. Civ. 2eme, 03 octobre 2013, N° 12-24957, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028041731&fastReqId=2124844888&fastPos=1/Consulté le 28/07/2017 .« Mais attendu que, … s'il est constant que Guy X... a reconnu, lors de la signature de la demande de souscription le 17 février 1998, avoir reçu un exemplaire des conditions générales valant note d'information … l'organisme Ecureuil Vie était tenu d'éclairer son client sur l'adéquation du produit en cause à sa situation personnelle de souscripteur et à ses objectifs de transmission de son capital ; que la seule remise d'une notice valant conditions générales dans lesquelles il n'était mentionné aucune information précise sur la fiscalité et sur les conditions de mise en œuvre des droits de mutation à prévoir ne suffisait pas; … ».

[613]ASSELAIN Maud, Op.cit., p. 1265.

[614] انظر بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة ...، المرجع السّابق، ص 38.

[615] قانون رقم 06-02، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج. عدد 14، مؤرخ في 08 مارس سنة 2006.

وتضمن تنفيذها."؛ وقد تزايد اهتمام د للفقه والقضاء للعلاقة التي تربط الموثق بزبونه من خلال تحديد نطاق التزام الموثّق بالنّصيحة.

**ب-3-1: نطاق التزام الموثّق بالنّصيحة**

اعتبر الباحثون[616] أنّ التزام الموثّق بالنّصيحة ثابت مهما كان درجة وعي الزبون ومهما كانت المعلومات التي يحوزها هذا الأخير، سواء تقدّم أمام الموثّق لوحده أو بمرافقة شخص آخر صاحِب اختصاص كمحامي أو موثّق آخر، باعتبار أنّ التزام الموثّق بالنّصيحة التزام مطلق.

شدّدت محكمة النّقض الفرنسيّة من الرّقابة على العقود بين الموثّق وزبونه للتأكّد من تنفيذ الموثّق التزامه بالنّصيحة، وقد أقرّت في العديد من قراراتها بمسؤوليته في حالة الإخلال بهذا الالتزام، آخرها سنة 2014 في قضية تتلخّص وقائعها أنّ بنك قدم قرض لمدين تحت كفالة شخصيّة لكفيل من جنسية هولندية ولا يتقن جيدا اللّغة الفرنسيّة، وتمّ ذلك أمام موثق بفرنسا، غير أنّ المدين لم يتمكّن من تسديد الدّين عند حلول الأجل، فطالب البنك من الكفيل تنفيذ التزامه بالضّمان، إلا أنّ الكفيل تمسّك بمسؤولية الموثّق الذي لم ينصحه بالاستعانة بمترجم من أجل فهم بنود العقد.

أيّدت محكمة النّقض قرار محكمة استئناف بو (Pau) والذي قضى بمسؤولية الموثّق بسبب إخلاله بالتزامه بالنّصيحة، إذ كان عليه نصح الكفيل الذي لا يتقن اللغة الفرنسيّة بالاستعانة بمترجم لفهم بنود عقد الكفالة الذي أبرمه مع الدّائن[617].

أشار أحد الباحثين[618] عند تعليقه على القرار إلى أنّ هذا الأخير كان قاسيا بالنّسبة للموثّق كون أنّ النّصيحة التي كان عليه تقديمها للكفيل كانت معروفة بالنّسبة له، بحيث كان يعلم منذ

---

[616] DAGORNE-LABBE Yannick, « L'étendue de l'obligation de conseil du notaire », Défrenois, N° 03, 15 février 2012, p. 146.

[617] Cass. Civ. 1ere, 13 mai 2014, N° 13-13.509, Bull. Civ. N° 5, 2014, p. 86. *« Mais attendu, d'abord, qu'ayant relevé que le notaire, tenu d'éclairer les parties sur la portée, les effets et les risques des actes auxquels il prête son concours, avait constaté la mauvaise connaissance de la langue française par son client, la cour d'appel a pu décider qu'en ne l'invitant pas à se faire assister par un interprète, l'intéressé avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité professionnelle ; »*

[618] CALLE Pierre, « Obligation de conseil du notaire en cas de mauvaise connaissance par son client de la langue française », Défrenois, N° 24, 30 décembre 2014, p. 1322 *« La solution peut paraître sévère*

البداية بالصّعوبات التي يعاني منها للحديث باللّغة الفرنسيّة، إلا أنّ القرار جاء مسايرا لقضاء مستقر يفرض على الموثّق التزام بالنّصيحة ذات طبيعة مطلقة.

**ب-3-2: حدود التزام الموثّق بالنّصيحة**

يمكن حصر التزام الموثّق بالنّصيحة في حدود تمّ رسمها بالرجوع إلى اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة التي أعفت الموثّق في بعض الحالات من هذا الالتزام.

**ب-3-2-1: اقتصار التزام الموثّق بالنّصيحة في المجال القانوني**

ينحصر التزام الموثّق بالنّصيحة في المجال القانوني فقط[619] دون الامتداد إلى تقديم نصائح حول الجانب الاقتصادي أو المالي للعقد المراد إبرامه أمامه، وقد أكّدت على ذلك محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية حاولت مشترية محل تجاري تحميل الموثّق الذي أُبرم العقد لديه مسؤولية بسبب إخلاله بالتزامه بالنّصيحة، بعدما تبين لها أنّ العقد سيؤدي إلى تواجدها في وضعية مالية معقدة، حيث ألحت محكمة النّقض على أنّ الموثّق غير ملزم قانونا بتقديم نصائح للأطراف حول جدوى أو مخاطر إبرام العقد من النّاحية الاقتصادية [620].

يتّضح جليا أنّ محكمة النّقض حصرت التزام الموثّق بتقديم نصائح للأطراف في المجال القانوني الذي هو متخصص فيه، مع العلم أنّ المشترية في القضية السّابقة تتمتع بصفة التاجر، ما يجعلها في رواق جيد لدراسة الأثر الاقتصادي للعقد دون تدخّل من طرف الموثّق.

**ب-3-2-2: استحالة حصول الموثّق على المعلومات**

أكدت محكمة النّقض الفرنسيّة في قرار لها سنة 2016 على إعفاء الموثّق من التزامه بالنّصيحة تجاه الأطراف إذا تعذّر عليه الحصول على المعلومات الضرورية لتنفيذ التزامه في قضية تتلخّص وقائعها أنّ أحد البنوك أقرضت لزبون مبلغ من الأموال تحت كفالة طرف ثالث،

---

*; elle est fidèle à la jurisprudence de la Cour suprême qui répète inlassablement que le devoir de conseil du notaire n'est pas relatif et ne dépend pas des connaissances et de la compétence du client ».*

[619]DAGORNE-LABBE Yannick, Op.cit., p. 147

[620]Cass. Civ. 1ere, 04 novembre 2011, N° 10-19.942, Bull. Civ. N° 9, 2011, p. 190. *« ...que, partant, le notaire n'étant, en principe, pas tenu à une obligation de conseil et de mise en garde en ce qui concerne l'opportunité économique de l'opération à laquelle il prête son concours,... »*

وبعد إفلاس المدين تمسك الكفيل ببطلان عقد الكفالة لغياب بعض الشّروط المذكورة في قرار لمحكمة النّقض الفرنسيّة، ما أدّى إلى اعتبار عقد الكفالة باطل.

نتج عن الحكم ببطلان عقد الكفالة قيام البنك برفع دعوى قضائية ضد الموثّق الذي حرر عقد القرض، بسبب إخلاله بالتزامه بالنّصيحة تجاه البنك، لما اغفل عن لفت انتباه هذا الأخير بإمكانية إبطال عقد الكفالة بسبب عدم توفّر بعض شروط صحته، إلا أنّ الغرفة المدنيّة لم تستجب لطلب البنك بسبب أنّ القرار الذي يحدّد شروط الكفالة لم يتم نشره في المجلة القضائية لمحكمة النّقض الفرنسيّة ولم يكن بوسع الموثّق الحصول على القرار في تاريخ إبرام عقد القرض[621].

اعتبرت محكمة النّقض في القرار السّالف الذكر أنّ الموثّق غير مسؤول تجاه البنك نتيجة عدم إمكانية عِلمه بالخلل الذي حصل في عقد الكفالة، وذلك راجع إلى أنّ تفسير نص المادة 1326 من التّقنين المدني بمضمونها السّابق جاء عبر قرار لمحكمة النّقض بتاريخ 31 ماي 1988، إلا أنّ القرار لم يتم نشره في المجلة القضائية لمحكمة النّقض مما يستحيل معه اطّلاع الموثّق عليه، وبالتّالي اكتشاف أنّ عقد الكفالة قابل للإبطال، هذه الاستحالة أعفت الموثّق من التزامه بالنّصيحة لعدم إمكانية حصوله على المعلومات الضرورية لتقديمها للأطراف[622].

تجدر الإشارة إلى أن الحالات المذكورة لتكريس حدود التزام الموثّق بالنّصيحة واردة على سبيل المثال لا الحصر، إذ أشار الباحثون[623]للعديد من الحالات التي يُعفى فيها الموثّق من المسؤولية منها حالة عدم تقديم نصائح عن تصرفات أُبرمت سابقا عن العقد المراد إبرامه أمامه،

---

[621]Cass. Civ. 1ere, 12 octobre 2016, N° 15-18659, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033267618&fastReqId=2092906864&fastPos=1 / Consulté le 02/08/2017. *« Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1988 avait fait l'objet, à la date de l'intervention du notaire, d'une publication ou de toute autre mesure d'information, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; »*

[622] SIZAIRE Christophe, « Responsabilité professionnelle du notaire - Devoir de conseil -», Construction – Urbanisme, N° 2, 01 février 2017, p. 31.

[623] BERGEL Jean-Louis etAl., Le Lamy droit immobilier T2 (transaction, gestion, fiscalité), WoltersKuuwer, Paris, 2017, pp 589et 590

أو عدم التحرّي والبحث حول الحالة المالية للزبون، أو البحث والتحري حول إمكانية انجاز الأشغال المشار إليها في العقد على العقّار المبيع، كما لا يمكن تحميل الموثّق المسؤولية عن عُسر المدين في عقد القرض.

**2- الالتزام بالتّحذير**

يعتبر الالتزام بالتّحذير أحد صور الالتزام بالإعلام، يهدف إلى لفت انتباه المتعاقد حول بعض الجوانب السّلبية سواء تعلقت بإبرام العقد أو بمحله[624]، إذ يتبيّن من خلال هذا الالتزام بصفة واضحة التّعارض بين المصلحة الشّخصية للمتعاقد والتزامه بحسن النيّة، حيث يجد المدين بالالتزام نفسه مضطرا لتحذير المتعاقد الآخر على حساب مصلحته الشّخصية، ورغم التّقارب الواضح بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتّحذير إلا أنّ هذا الأخير يتميز ببعض الخصوصية التي يجب تسليط الضوء عليها، مع إبراز مجال إعمال هذا الالتزام بالرجوع إلى اجتهاد محكمة النقض الفرنسية.

**أ: خصوصية الالتزام بالتحذير**

تتجلى خصوصية الالتزام بالتّحذير عند تمييزه عن الالتزام بالإعلام والالتزام بالنّصيحة والذي سيُظهر استقلالية الالتزام بالتّحذير عن باقي الالتزامات.

**أ-1: تمييز الالتزام بالتّحذير عن الالتزامات المشابهة له**

يختلف الالتزام بالتّحذير عن الالتزام بالنّصيحة أو الالتزام بالإعلام بالنّظر إلى شدته والشّروط التي تجب توفّرها من أجل قيامه.

**أ-1-1: تمييز الالتزام بالتّحذير عن الالتزام بالإعلام**

يتّضح من الوهلة الأولى أنّ الفرق بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتّحذير يكمن في شدّة كل واحد منهما، فإذا كان الالتزام بالإعلام يقتضي تقديم معلومات عامة حول العقد أو محله، فإنّ

624 منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، 2011، ص 71.

الالتزام بالتّحذير يهدف إلى إظهار مخاطر إبرام العقد أو خطورة استعمال محل العقد[625]، لا سيما في ظل التطورات العلمية الحديثة التي بقدر ما تساهم في تسهيل الحياة اليومية للفرد بقدر ما تعرّضه للخطر في بعض الحالات[626]، وتظهر أهمية التمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتّحذير عند تنفيذ هذا الأخير، إذ ينبغي على المدين أن يكون دقيقا ليتمكن الدّائن من التّقدير بنفسه مدى نجاعة إبرام العقد والخطورة التي تواجهه في حالة إبرامه[627].

**أ-1-2: تمييز الالتزام بالتّحذير عن الالتزام بالنّصيحة**

إذا كان التمييز بين الالتزام بالتّحذير والالتزام بالإعلام يظهر واضحا منذ الوهلة الأولى، فإنّ الفرق بينه وبين الالتزام بالنّصيحة يبدو أكثر تعقيدا بسبب التّقارب بين الالتزامين[628]، إذ عادت ما يتم استعمالهما سويا سواء من طرف الباحثين[629] أو القضاء[630] الفرنسيين، ذلك أنّ التّحذير يتضمّن كذلك تقديم نصيحة للمتعاقد حول السّلوك الواجب إتّباعه من أجل تفادي المخاطر المترتّبة عن إبرام العقد[631]، غير أنّ التّمييز بين الالتزامين تظهر له أهمية في التطبيق.

---

[625] عليان عدة، الالتزام بالتّحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية،جامعة الجزائر 1، 2009، ص 18.

[626] زروق يوسف وبن سالم المختار، " حماية المستهلك من المنتجات المعدلة وراثيا"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1،عدد 11، جوان 2017، ص 619.

[627] FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats…, Op.cit., p.382. *« Pour être efficace, la mise en garde doit le plus souvent préciser et détailler les risques encourus si son destinataire ne le respecte pas .... Si le débiteur n'est pas suffisamment explicite, son obligation de mise en garde sera considérée comme inexécutée… »*

[628] ميرقت ربيع عبد العال، الالتزام بالتّحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 13.

[629] LE TOURNEAU Philippe et Al., Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation S/D LE TOURNEAU Philippe, 11[eme]éd., Dalloz Action, Paris, 2018, p.1246.

[630] Cass. Civ. 1[ere], 18 février 2015,N° 14-11557, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030267000&fastReqId=1924807368&fastPos=1 /Consulté le 03/08/2017. *« Qu'en statuant ainsi, alors que le notaire, non soumis à une obligation de conseil et de mise en garde concernant … ».*

[631] FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats…, Op.cit., p. 390.

ذهب الباحثون[632] إلى القول بأنّ الالتزام بالتّحذير أقل شدّة من الالتزام بالنّصيحة، إذ لا يقتصر التزام المدين في الالتزام بالنّصيحة على تنبيه المتعاقد الآخر حول أخطار الشيء المبيع، بل يمتد إلى ضرورة تقديم نصائح أكثر دقّة وتفصيل حول السلوك الواجب إتباعه لمواجهة الخطر وقد يصل الأمر إلى حد تقديم نصيحة للدّائن بعدم إبرام العقد بالنّظر إلى العواقب المترتبة عن ذلك، ما يجعل الالتزام بالنّصيحة أشد صور الالتزام بالإعلام[633] .

**أ-2: استقلالية الالتزام بالتحذير**

يطرح أساس الالتزام بالتّحذير العديد من التساؤلات، ورغم إلحاق هذا الأخير بالتزامات أخرى كالالتزام بالتّسليم أو الالتزام بضمان العيوب الخفية[634]، إلا أنّ التوجه الحديث يرى استقلالية الالتزام بالتّحذير مع اعتبار حسن النيّة مصدرا له[635]، فالنّزاهة والصّدق الذي يجب على المتعاقد التحلّي بهما طوال مراحل العقد، يفرضان عليه مساعدة المتعاقد الآخر من أجل ضمان فعّالية العقد، وتجدر الإشارة في هذا الصّدد إلى واجب التّعاون الذي تمّ دراسته في الباب الأوّل من الأطروحة، على أساس أنّ الالتزام بالتّحذير هو الصورة الأكثر تعبيرا عن الالتزام بأخذ مصلحة المتعاقد الآخر محل اعتبار وهو قِوام واجب التعاون.

**ب: التكريس القضائي للالتزام بالتّحذير**

تعددت قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة في مجال الالتزام بالتّحذير في بعض العقود كعقد البيع[636] أو العقد بين الموثّق وزبونه[637]، غير أنّ تركيز الاجتهاد القضائي الفرنسي على العقود

---

[632] عليان عدة، المرجع السّابق، ص 20.

[633] أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التّعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 159.

[634] المرجع نفسه، ص 27 وما يليها.

[635] معاشو احمد، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 38.

[636] Cass. Civ. 1ere, 18 juin 2014, N° 13-16.585, Bull. Civ. N° 6, 2014, p. 120. *« Mais attendu que ... la cour d'appel, ... après avoir relevé le caractère dangereux de l'appareil, a estimé que par la seule remise de sa notice d'utilisation à l'acheteur, la société Etablissements François ne démontrait pas avoir effectivement satisfait à son obligation de mise en garde sur*

المصرفية بدا واضحا، ما جعل الالتزام بالتّحذير في هذا المجال يحضا بتكريس قانوني من خلال القانون 2016-351[638] والذي أدرج نص المادة 12-313لـفي تقنين الاستهلاك الفرنسي[639] بالإضافة إلى الاهتمام المتزايد للباحثين لهذا الموضوع[640].

يمكن التمييز بالرجوع إلى التكريس القضائي للالتزام بالتّحذير في العقود المصرفية بين الالتزام الملقى على البنك باعتباره مُقدم لعروض الاستثمار (prestataire de service d'investissement)، أو باعتباره عارضا لخدمة القرض (dispensateur de crédit).

**ب-1: التزام البنك بالتّحذير بصفته مقدما لعروض الاستثمار**

يقع على البك التزام بتحذير الزبون من مخاطر استثمار أمواله في المشاريع التي يقترحها[641]، وهو ما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة في العديد من القرارات، منها قرار الغرفة التّجارية سنة 2008 في قضية تتلخّص وقائعها أنّ سيدة استثمرت مبلغ من الأموال في صندوق استثمار مشترك (fond commun de placement) لدى أحد البنوك، لتتفاجأ بعد ذلك أنّها فقدت جزء من الأموال المستثمرة بسبب اضطرابات السوق المالية، فقامت برفع دعوى تعويض على البنك باعتباره مخلا لالتزامه بالتحذير.

---

*le respect des règles techniques d'installation de l'insert et la nécessité de faire procéder à celle-ci par un professionnel ou une personne qualifiée »*

[637]Cass. Civ. 1[ere], 05 mars 2015, N° 13-26908, *in*https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030326096&fastReqId=415276191&fastPos=1/Consulté le 13/08/2017*« Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il ne résultait pas de ces énonciations que les notaires avaient précisément attiré l'attention des acquéreurs sur le risque de refus de permis de construire à== défaut de constitution de servitudes de passage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »*

[638] Ordonnance N° 2016-351, du 25 mars 2016, sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, JORF N° 73, 26 mars 2016.

[639] Article L313-12 du code de consommation français : *« Sans préjudice de l'examen de solvabilité mentionné à l'article L. 313-16, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit met en garde gratuitement l'emprunteur lorsque, compte tenu de sa situation financière, un contrat de crédit peut induire des risques spécifiques pour lui ».*

[640] ABOU NADER Wassim, L'obligation de mise en garde du banquier dépositaire de crédit, thèse de doctorat en droit, université Paris 2 Panthéon-Assas, 2009.

[641] ROUTIER Richard, Op.cit., p. 851.

قضت محكمة النّقض بمسؤولية البنك بسبب إخلاله بالتزامه بالتّحذير من مخاطر الاستثمار، معتبرة أنّه كان على وثيقة الإشهار التي تتضمن عرض المساهمة في صندوق استثمار مشترك أن تُبيّن جميع خصوصيات العرض بما في ذلك الفائدة المنتظرة من الاستثمار ومخاطر هذا الأخير على حد سواء[642].

أدرجت محكمة النّقض الفرنسيّة القرار السّالف الذكر في تقريرها لسنة 2008[643]، مما يبين الأهمية التي تمنحه أعلى جهة قضائية لقرار أكّدت فيه أنّ الالتزام بالتّحذير لا يقتصر على مجرد تقديم معلومات، بل يمتد إلى ضرورة لفت انتباه المتعاقد لخطورة العقد الذي هو بصدد إبرامه، وأنّ المطويّات التي تُمنح للزبائن للإشهار غير كافية لوحدها لتنفيذ هذا الالتزام، الذي يقتضي عناية خاصة من طرف البنك باعتباره وسيط لعمليات الاستثمار في المجال المصرفي.

**ب-2: التزام البنك بالتّحذير بصفته عارضا لخدمة الاقتراض**

أولت محكمة النّقض الفرنسيّة اهتمام كبير لالتزام البنك بالتّحذير من مخاطر المديونية في عقود الاقتراض منذ قرار لها سنة 2005[644]، وقد توالت القرارات التي حمّلت البنك مسؤولية عن حالة العسر التي يصل إليها المدين بسبب عدم تحذيره من مخاطر الاقتراض آخرها سنة 2017،في قضية تتلخّص وقائعها أنّ بنك اقرض لسيدة مبلغ من الأموال تحت ضمان كفيل شخصي متضامن، إلا أنّ المدينة لم تتمكن من تسديد مبلغ القرض ما أدّى بالبنك إلى الرجوع على الكفيل، والذي رفض تنفيذ التزاماته بسبب إخلال البنك بالتزامه بالتحذير.

---

642 Cass. Com., 24 juin 2008, N° 06-21.798, Bull. Civ. N° 6, 2008, p. 142. *« Attendu que la publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire des parts de fonds commun de placement doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés ; que l'obligation d'information qui pèse sur ce professionnel ne peut être considérée comme remplie par la remise de la notice visée par la Commission des opérations de bourse lorsque la publicité ne répond pas à ces exigences »*

643 Rapport de la cour de cassation française, 2008, p. 292. *In* https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf /Consulté le 16/08/2017.

644 Cass. Civ. 1ere, 12 juillet 2005, N° 03-10.921, Bull. Civ. N° 7, 2005, p. 271.

نشأ نزاع بين البنك والكفيل انتهى بقرار لمحكمة النّقض الفرنسة والتي قضت بمسؤولية البنك عن الضّرر الحاصل للكفيل بسبب إخلاله بالتزامه بالتّحذير من خطورة العقد الذي هو بصدد إبرامه، بسبب عدم تناسب مبلغ القرض مع قدرات المدينة بالوفاء به، رغم أنّ قيمة الدّين كانت تتلاءم مع القدرات المالية للكفيل[645].

تكمن أهمية القرار السّالف الذكر في استعمال محكمة النّقض عبارة "غير مُنذَر (non averti) عوض عبارة "غير المهني" (profane) الذي اعتادت استعماله بما في ذلك قرار 2005 السّالف الذكر، وهو تأكيد للتوجّه الحديث الذي سايرته محكمة النّقض منذ قرار لها سنة 2015 [646] حيث أرجع الباحثون[647]حينها سبب هذا التحوّل في اجتهاد محكمة النّقض إلى أنّ معيار "المهني" أو "غير المهني" غير ملائم لتقرير حماية لطرف على حساب طرف آخر، أي أنّ المهني خارج مجال تخصصه يصبح شخص عادي، بالتّالي فمعيار الحماية هو الشّخص "المُنذَر" أو الشّخص "غير المُنذَر".

---

[645] Cass. Com., 15 novembre 2017, N° 16-16.790, *in* https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/1437_15_38018.html/ Consulté le 18/08/2017. *« Mais attendu que la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur ... »*

[646] Cass. Civ. 1ere, 03 juin 2015, N° 14-13.126 14-17.203, Bull. Civ. N° 6, 2015, p. 123. *« Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'exécution par la banque de son obligation de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; »*

[647] LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « Les arrêts Jauleski, Seydoux et Guigan : l'avènement du devoir de mise en garde », RD banc. fin., N° 5, septembre 2015, p. 87

## الفرع الثاني

## إخلال المدين بالالتزام بالإعلام

يبدو أنّ موضوع إخلال المدين بالتزامه بالإعلام لا يقل أهمية عن موضوع إعمال هذا الالتزام، إذ تباينت الآراء الفقهية والقرارات القضائية حول عبء إثبات هذا الإخلال (أولا) والجزاء المترتب عنه (ثانيا).

### أولا: إثبات إخلال المدين بالالتزام

يطرح إثبات الإخلال بالالتزام بالإعلام بعض الإشكالات الناتجة عن كون عبئه يُوزَّع على كلا الطّرفين الدّائن والمدين، إذ يقع على الأوّل عبء إثبات وجود الالتزام، في حين يقع على الثاني عبء إثبات تنفيذه.

#### 1- إثبات وجود الالتزام بالإعلام

يقع على دّائن الالتزام بالإعلام إثبات وجوده الأخير تطبيقا للقواعد العامة في الإثبات لا سيما مضمون المادة 323 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: *" على الدّائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"*.

#### أ: إثبات الركن المادي للالتزام بالإعلام

يجب لإثبات وجود التزام بالإعلام أن يقيم الدّائن الدّليل على أهمية المعلومات التي يدّعي عدم الحصول عليها من طرف المدين وصِلتها بمحل العقد المبرم، وتختلف شدّة إثبات هذا الركن بحسب طلبات الدّائن، فإذا أراد المطالبة بإبطال العقد للغلط مثلا، وجب عليه إثبات أنّ عدم تقديم المعلومة ساهم في وقوعه في الغلط[648]، في حين إذا كان الهدف هو المطالبة بالتعويض، فيكفي على الدّائن إثبات وجود الالتزام.

#### ب: إثبات الركن المعنوي للالتزام بالإعلام

إلى جانب الركن المادي، وجب على الدّائن إثبات الركن المعنوي للالتزام بالإعلام وهو إقامة الدّليل على أنّ المدين كان يعلم بالمعلومات ودرجة أهميتها بالنّسبة له[649]، وتتجلى في هذا الصّدد

---

[648] FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information…, Op.cit., p.429.

[649] Ibid.

صعوبة التمييز بين الالتزام بالإعلام من جهة والكتمان التدليسي من جهة أخرى لأنّ علم المدين بالمعلومات وبأهمية هذه الأخيرة وعدم التّصريح بها للمتعاقد الآخر يفترض رغبته لإيقاعه في فخ التّعاقد،مما يقرب أكثر الالتزام بالإعلام من الكتمان التدليسي، إلى درجة أنّ بعض الدراسات الحديثة ذهبت إلى القول أنّ المشرّع الفرنسي اعترف بالتزام بالإعلام على درجتين احدهما الالتزام بالإعلام البسيط وثانيهما الكتمان التدليسي[650].

تجدر الإشارة إلى اشتراط المشرّع الفرنسي إثبات الدّائن أنّ المدين كان عالما بالمعلومات ولم يصرح بها يُصعِّب من مهمة الدّائن في تفعيل الالتزام بالإعلام، وكان من الأجدر على المشرّع الفرنسي الإبقاء على النّص كما كان عليه في مشروع إصلاح قانون العقود، التي كان يفرض على المتعاقد إعلام الطّرف الآخر بالمعلومات التي "يعلم بها أو التي كان من المفترض أن يعلم بها"[651].

### 2- إثبات المدين تنفيذه للالتزام

إذا أقام الدّائن الدّليل على وجود التزام بالإعلام، ينتقل إلى المدين عبء إثبات أنّه قام بتنفيذ التزامه، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النّقض الفرنسيّة[652] وكرّسته المادة 1112-1 من التّقنين المدني الفرنسي[653]، رغم إشارة أحد الباحثين[654] أنّ جانب من الفقه عارض هذا الرأي، إذ

---

650 GRIMALDI Cyril, Op.cit., p. 1009.

651 Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Op.cit.. L'article 1129 du stipulait que : *« Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information… ».*

652 Cass. Civ. 1ere, 25 février 1997, N° 94-19.685, Bull. Civ. N° 1, 1997, p. 49. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

653 Article 1112-1 paragraphe 4 du Code civil français stipule que : *« 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. »*

654 LUCAS DE LEYSSAC Claude, L'obligation de renseignements dans les contrats, *in* L'information en droit privé S/D LOUSSOUARN Yvon et LAGARDE Paul, L.G.D.J., Paris, 1978, note 85, p. 328.

يرى هؤلاء بأنّه على الدّائن إثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه بالإعلام غير أنّ تطوّر اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة في الآونة الأخيرة حسم النّزاع بإلزام المدين إثبات بتنفيذ التزامه[655].

يقع على المدين من أجل إثبات تنفيذه لالتزامه بالإعلام، إقامة الدّليل على أنّه نقل للدّائن المعلومة محل النّزاع وهو التزام بتحقيق نتيجة[656]، كإثبات المهني وضع السّعر على السّلع المعروضة من طرفه للبيع[657]، ولا يمكن للمدين التحلّل من مسؤوليته إلا بإثبات القوّة القاهرة التي منعته من نقل المعلومة[658]، غير أنّ المدين لا يضمن فهم الدّائن للمعلومات التي يقدمها، لذلك يرى الباحثون[659] أنّ التزام المدين يقف عند حد تقديم المعلومات للطرف الآخر ويبقى لهذا الأخير بذل الجهد اللازم لفهم والاستعلام حول مضمون هذه المعلومات.

**ثانيا: الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام**

يترتب عن إخلال المدين بالتزامه بالإعلام حق الدّائن في المطالبة بإبطال العقد في بعض الحالات، كما يمكن له المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التّقصيرية.

**1- مطالبة الدّائن بإبطال العقد**

يجوز للدّائن طلب إبطال العقد بسبب إخلال المدين بالتزامه بالإعلام إذا تمكّن من إثبات شروط الكتمان التدليسي[660]، طبقا لنص المادة 86 من التّقنين المدني السّالف ذكرها أو نص المادة 81 من التّقنين نفسه إذا أدى الإخلال بالالتزام إلى وقوع الدّائن في غلط جوهري[661].

---

655 MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p. 426.

656 GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Op.cit., p. 1439.

657 زبيري بن قويدر وخليفة جنيدي، " حماية إرادة المستهلك في ضوء قانون الممارسات التجارية 04-02"، مجلة الاجتهاد القضائي،جامعة بسكرة، عدد 14، أفريل 2017، ص 64.

658 FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information…, Op.cit., p.402.

659 أبو عمرو مصطفى أحمد، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك (دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 75.

660 LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 19.

يمكن الاستدلال لتكريس حق الدّائن في المطالبة بإبطال العقد للغلط الجوهري بما قضت به المحكمة العليا في قضية تتلخّص وقائعها أنّ سيدة اقترضت من بنك مبلغ 500.000 د.ج. من أجل إتمام عملية شراء مسكن لها، إلا أنّ هذا الأخير لم يُعلم المقترضة بإمكانية الحصول على مساعدات من طرف الصندوق الوطني للسكن، ما أدّى بها إلى المطالبة بإبطال اتفاقية القرض التي تربطها بالبنك.

أيّدت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء البليدة الذي قضى بإلغاء اتفاقية القرض وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامها، معتبرة " *... أنّ قضاء الموضوع لم يقعوا في تناقض الأسباب وإنما سببوا قرارهم تسبيبا كافيا بحيث اعتبروا بأن الطاعن قد أخل بالتزاماته المنصوص عليها في الاتّفاقية المبرم بينه وبين المطعون ضدها، بحيث كان عليه توجيه وإعلام المدعية المطعون ضدها إمكانية الحصول على الدّعم ودراسة طلبها وإرسالها للصندوق الوطني للسكن قبل التوقيع على اتفاقية القرض.*

*بحيث أنّ الطاعن قد أوقع المطعون ضدها في غلط جوهري.*"[662]

يتّضح من قرار المحكمة العليا أنّها اعتبرت البنك مسؤولا بسبب عدم إخطار المقترضة بإمكانية حصولها على مساعدات مالية من الصندوق الوطني للسكن، رغم أنّ هذا الإخطار كان سيؤدي إلى عدم توقيع المقترضة لاتفاقية القرض مع البنك، معتبرة أنّه كان على البنك أخذ مصلحة المقترضة محل اعتبار ولو كان ذلك على حساب مصلحته الشخصية.

تظهر أهمية القرار كذلك من خلال الجزاء الذي المترتب عن إخلال البنك بالتزامه بإعلام المقترضة، حيث اعتبرت المحكمة العليا أنّ هذا الإخلال أوقع المقترض في غلط جوهري مما يجعل اتفاقية القرض قابلة للإبطال، تبعا لذلك فإنّ مطالبة المتعاقد بإبطال العقد بسبب إخلال

---

[661] الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية بين الضمانات التقليدية والضمانات المتخصصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 144/ العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 368.

[662] قرار الغرفة المدنيّة للمحكمة العليا، بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 581228، مجلة المحكمة العليا عدد 2، 2010، ص 161.

المتعاقد الآخر بالتزامه بالإعلام غير مقترن بإثبات عيب الكتمان التدليسي فقط بل بجميع عيوب الإرادة بما في ذلك عيب الغلط.

**2- حق الدّائن في الحصول على تعويض**

يمكن للدّائن المطالبة بالتّعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء إخلال المدين بالتزامه بالإعلام على أساس قواعد المسؤولية التّقصيرية[663]، لكن يبقى التّساؤل حول ما سيتم تعويضه للدّائن، وهو موضوع جدل فقهي واسع في ظل اجتهاد قضائي مضطرب.

**أ: التّعويض عن تضييع فرصة**

يخضع التعويض عن إخلال المدين بالتزامه بالإعلام إلى نظام قانوني مستقل مثلما يشير إلى ذلك جانب من الباحثين[664] إلى أنّ التّعويض الذي يحصل عليه الدّائن هو عن تضييع فرصة وقوع حادث أو ظرف ايجابي بالنسبة له (disparition de la probabilité d'un événement favorable)وليس تعويض عما فات الدّائن من كسب، مستندين في ذلك إلى اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة في أحد قراراتها والتي قضت بأنّ:

*« Qu'en statuant ainsi, alors que* ***les conséquences d'un manquement à un devoir d'information et de conseil ne peuvent s'analyser qu'en une perte de chance dès lors qu'il n'est pas certain que mieux informé, le créancier de l'obligation d'information se serait trouvé dans une situation différente et plus avantageuse,*** *.... »*[665].

غير أنّ موقف محكمة النقض الفرنسية تعرّض للانتقاد على أساس أنّه يُخفي في الحقيقة وجود شك في إثبات علاقة السّببية بين إخلال المدين بالتزامه بالإعلام والضرر الذي حصل

---

[663] بما أنّ الدراسة تتعلّق بالالتزام بالإعلام في المرحلة السّابقة على التّعاقد، فإن طبيعة مسؤولية المدين عن إخلاله بهذا الالتزام هي مسؤولية تقصيرية مثلما سبق الإشارة إليه عند التطرّق للطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن القطع التعسّفي للمفاوضات.

[664] FABRE-MAGNAN Muriel, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », J.C.P. G.., N° 25, 20 juin 2016, p. 1220.

[665] Cass. Civ. 1ere, 20 mars 2013, N° 12-14711 12-14712, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027211913&fastReqId=1003489714&fastPos=1/ Consulté le 17/10/2017 .

للدّائن، هذا الشّك يجب تفسيره حسب جانب من المؤلِفين[666] لمصلحة المدين والقضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس، وليس التستّر وراء التّعويض على أساس تضييع الفرصة.

**ب: التّعويض الكلي عن الضّرر**

يقوم التّعويض عن تضييع الفرصة على أساس زوال إمكانية وقوع حدث لمصلحة للمضرور (disparition de la probabilité d'un événement favorable)، إلا أنّ الإخلال بالالتزام بالإعلام قد لا يؤدّي إلى زوال إمكانية وقوع حدث إيجابي بالنّسبة للمضرور، بل إلى تعريضه لخطر حدوث ضرر (exposée à un risque de dommage)، بالتّالي وفي حالة حدوث هذا الضرر، وجب على المدين تعويض الدّائن كليا، وليس فقط على تضييع فرصة اكتساب ربح معيّن لو تمّ تنفيذ الالتزام بالإعلام، وهو ما استقر عليه اجتهاد قضاء محكمة النّقض الفرنسيّة مؤخرا[667].

[666] FABRE-MAGNAN Muriel, Le devoir d'information dans les contrats…, Op.cit., p. 1220.

[667] Cass. Civ. 3eme, 21 mai 2014, N° 13-14.891, Bull. Civ. N° 5, 2014, p. 62. *« Attendu, d'autre part,…, la cour d'appel, qui a caractérisé la certitude du préjudice résultant de la présence d'amiante, a pu en déduire que le préjudice de Mme Y... correspondait au coût des travaux de désamiantage ; »*

# الفصل الثاني

# حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد

يلعب الالتزام بحين النيّة دور فعّال في مرحلة تنفيذ العقد، في هذا الصدد تنص المادة 107 من التّقنين المدني على أنّه: *"يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"* وعلى غرار المشرّع الجزائري، اعترف المشرّع الفرنسي بحسن النيّة في مرحلة التّنفيذ من خلال نص المادة 1104 من التّقنين المدني[668]مع تأكيد الفقرة الثانية من المادة صراحة على اعتبار تنفيذ الالتزام بحسن نية من النّظام العام[669]على خلاف المشرّع الجزائري الذي لم ينص صراحة على ذلك.

يعتبر الالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد أداة للموازنة بين حقوق والتزامات أطرافه، والسّعي إلى ضمان فعاليته الاقتصادية بالنّظر إلى ما كان المتعاقدين يأملان في تحقيقه بإبرام العقد(المبحث الأوّل).

هذه الغاية التي يسعى القاضي لحمايته إخلال مرحلة تنفيذ العقد تتجلى بوضوح في نظريّة الظّروف الطّارئة، باعتبارها النموذج الأمثل لتكريس الالتزام بحسن النيّة بمفهوم التضامن الواجب بين الطرفين (المبحث الثاني).

[668]Article 1104 du Code civil français : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*. »

[669]Article 1104 paragraphe 2 du Code civil français : *« Cette disposition est d'ordre public. »*

## المبحث الأوّل

## دور حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد

تظهر أهمية دراسة وظائف حُسن النيّة جليا في مرحلة التنفيذ، إذ غالبا ما يتم الاستناد إلى هذه الوظائف لتبرير الدّور الذي يلعبه الالتزام بحُسن النيّة لضمان فعّالية للعقد ويظهر هذا الدور أساسا عند قيام القاضي بالتّفسير، إذ يستند إلى حُسن النيّة لتحديد المضمون العقدي سواء بتأويل العبارات الغامضة أو لفرض التزامات جديدة على الأطراف (المطلب الأوّل).

من جانب آخر يستند القاضي إلى الالتزام بحُسن النيّة من أجل التدخّل في العقد، عن طريق تعديل ما تمّ الاتّفاق عليه بين الطّرفين أو لمراقبة سلوك المتعاقدين، والعمل على وردع أيّ انحراف عن الاستقامة والوفاء الواجب بينهما في مرحلة تنفيذ العقد(المطلب الثاني).

### المطلب الأوّل

### حُسن النيّة كمعيار لتفسير العقد

تتجلى أهمية حُسن النيّة في مرحلة التنفيذ عند قيام القاضي بتفسير العقد في حالة غموض العبارات المستعملة من طرف المتعاقدين، وقد اعترف المشرّع الجزائري على غرار مختلف التشريعات المقارنة بدور حُسن النيّة عند قيام القاضي بالتفسير (الفرع الأوّل).

يظهر في الواقع أثر الالتزام بحسن النيّة عند تفسير العقد من خلال سعي القاضي إلى المحافظة على مصالح الأطراف، غير أنّ صعوبة الموازنة بينها يجعل من الحكم الصادر في هذا الشأن خاضعا لرقابة دقيقة من طرف محكمة النقض (الفرع الثاني).

#### الفرع الأوّل

#### اعتراف المشرّع بحسن النيّة كمعيار لتفسير العقد

يبدو من خلال النّصوص القانونية أنّ المشرّع الجزائري استعمل ألفاظ ذات صلة وطيدة بالمعاني المختلفة لحسن النيّة عند بيان الضوابط التي يعتمد عليها القاضي لتفسير العقد (أولا)، إلا

أنّ المشرع الفرنسي والذي يعتبر مرجعا في مجال نظريّة العقد تطرق بطريقة مغايرة لدور حُسن النيّة في تفسير العقد، إذ تبيّن اعتماده على الوظيفة التحديدية لحسن النيّة عند التفسير، لردع أيّ خروج عن معيار العقلانية في التصرف من طرف المتعاقدين (ثانيا).

**أولا: اعتماد المشرّع الجزائري على حُسن النيّة لتفسير العقد**

تنص المادة 111 فقرة 2 من التّقنين المدني على أنّه: *" أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النّية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من* ***أمانة وثقة بين المتعاقدين،*** *وفقا للعرف الجاري في المعاملات".*

رغم عدم استعمال المشرّع لعبارة حُسن النيّة بصفة صريحة على عكس بعض التشريعات العربية[670]، إلا أنّ بعض الألفاظ المستعملة ترتبط بها بصفة وطيدة، فكلمة *"الأمانة"* أو*"الثّقة بين المتعاقدين"* تعتبر قِوام حُسن النيّة في العقد، كما أنّه تاريخيا اتّصلت هذه الألفاظ بحسن النيّة والدّليل هو اعتبار الثّقة الواجبة بين الأفراد أهم المعاني الممنوحة للآلهة ( *fides*)[671]، من هذا المنطلق يظهر أنّ المشرّع يعتبر حُسن النيّة معيار أساسي لتفسير العقد.

**ثانيا: استناد المشرّع الفرنسي ضمنا لحُسن النيّة عند تفسير العقد**

استعمل المشرّع الفرنسي لفظ "معقول" (raisonnable) كمعيار يجب على القاضي إتباعه عند تفسير العقد، حيث تنص المادة 1188 فقرة 2 من التّقنين المدني على : *« Lorsque cette*

---

[670]كالمشرّع الكويتي الذي يشير بصراحة إلى ضرورة تفسير العقد بحُسن نية من خلال نص المادة 193 فقرة 2 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه:*"فإذا كان هناك محل لتفسير العقد، فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف إبرامه، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته ، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل."*يمكن الاطلاع على التّقنين المدني الكويتي على الرابط التالي: http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?opt&country=1&LawID=1011/ تم الاطلاع عليه يوم 2017/11/10.

[671] لبان فريدة، المرجع السّابق، ص 4 هامش 15.

*intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne **raisonnable** placée dans la même situation. ».*

تبدو العلاقة واضحة بين حُسن النيّة من جهة وكلمة "معقول" التي استعملت في النّص السّالف الذكر، والدّليل على ذلك ما تنص عليه المادة 302-1 من مبادئ القانون الأوروبي للعقود، والتي تفسّر كلمة "معقول" بـ:

*«**Doit être tenu pour raisonnable** aux termes des présents Principes **ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel**. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées. »*

كما تستعين الجهات القضائية الفرنسيّة بحُسن النيّة في العديد من الحالات لمعاقبة التّصرف غير العقلاني لأحد أطراف العقد، في هذا الصدد يمكن الإشارة لما قضت به محكمة استئناف باريس والتي اعتبرت بأنه:

*«Considérant que **l'obligation de bonne foi implique** que chaque partie s'abstienne de tout abus, **ait un comportement raisonnable et modéré**, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire »*[672]

يعتبر موقف المشرّع الفرنسي خطوة هامة نحو الاعتراف بدور حُسن النيّة عند تفسير العقد، على اعتبار أنّ المادة 1156 من التّقنين المدني قبل التعديل[673] لم تشر أصلا إلى حُسن النيّة كمعيار للتفسير في حالة عدم التوصّل إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين، إلا أنّ استعمال كلمة "معقول" تعرضت لانتقادات شديدة بسبب الغموض الذي يكتنفها والتأويلات المتعدّدة التي يمكن منحها للكلمة، وهو ما قد يؤدّي إلى التعسير من مهمة القاضي أكثر من أيّ شيء آخر[674].

---

[672] CA Paris, 15eme Ch. 24 octobre 2000, Op.cit.

[673] Ancien article 1156 du Code civil français : *« On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. ».*

[674] DE LA TOUR Jean Richard, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », R.D.C., N° 2, 2016, p. 392.

## الفرع الثاني

## مظاهر تدخّل حُسن النيّة عند تفسير العقد

تتعدد مظاهر حُسن النيّة عند تفسير العقد، ولعل أبرزها البحث عند غموض العبارات على النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على حرفية العبارات (أولا) والهدف من ذلك هو المحافظة قدر المستطاع على أصالة وخصوصيات العقد وفق ما ذهبت إليه إرادة الأطراف غير أنّه قد يستند القاضي إلى حُسن النيّة في تفسير العقد من أجل فرض التزامات على الأطراف، وهو ما يعرف بالدور الإنشائي للقاضي عند التفسير (ثانيا).

### أولا: البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين

تحثّ الفقرة الثّانية من المادة 111 من التّقنين المدني في حالة غموض عبارات العقد على البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند حرفية الألفاظ المستعملة في العقد، ما يُبرز حسب الباحثين [675]دور حُسن النيّة عند التّفسير، حيث يسمح هذا النّص القانوني للقاضي الخروج من الانحصار الذي كان يعاني منه في ظل النّظرية التّقليدية والتي كانت تفرض عدم الانحراف عما تمّ الاتّفاق عليه بين المتعاقدين، وهو ما يمكن الوقوف عليه من خلال الاجتهاد القضائي، رغم تباين الموقف بين القضاء الفرنسي والقضاء في النّظام الانجلوسكسوني.

#### 1- تكريس القضاء الفرنسي لسلطة القاضي عند تفسير العقد

استندت محكمة النّقض الفرنسيّة على ضرورة تنفيذ العقد بحُسن نيّة، من أجل تفسير العقد حسب ما ذهبت إليه النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند حرفية العبارات ويمكن الإشارة في هذا الصّدد بما قضت به الغرفة التّجارية في قضيّة تتلخّص وقائعها أنّ شركة سلّمت لعمالها بطاقات ائتمان على حسابات تمّ فتحها لدى أحد البنوك، وعند إنهاء علاقة العمل التي تربطها مع أحد العمال، رفض هذا الأخير إرجاع بطاقة الائتمان التي سلّمتها له الشّركة، فطلبت هذه الأخيرة من البنك إلغاء البطاقة الخاصة بالعامل، وهو ما تمّ فعلا لكن بعد أن أصبح رصيد الحساب مدينا.

[675] FABRE-MAGNAN Muriel, Droit des obligations …, Op.cit., p. 562.

طالب البنك من شّركة التّضامن مع العامل في دفع الديون على اعتبار أنّ البنود 1 و 11 من العقد الذي يربط البنك بالشّركة كانت تنص على أنّ التّضامن بين الشّركة والعامل بالنّسبة للرصيد المدين للبطاقة يظل قائما إلا في حالة السّرقة أو الضّياع، وقد استجابة محكمة استئناف فرساي (Versailles) لطلبات البنك، إلا أنّ محكمة النّقض ألغت القرار معتبرة أنّه وتطبيقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة 1134 من التّقنين المدني الفرنسي[676] لا يمكن لمحكمة الاستئناف الوقوف على حرفيّة البنود، في ظل الالتزام بحسن النيّة الذي يجب أن يسود خلال مرحلة تنفيذ العقد[677].

يظهر من خلال القرار أنّ الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة استندت إلى الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية من أجل تحميل المسؤولية للبنك عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل وقف العمل ببطاقة الائتمان التي احتفظ بها العامل[678]، إلا أنّ أهمية القرار تكمن كذلك في حث الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض قضاة الموضوع على عدم الوقوف على حرفيّة العبارات المستعملة، لأنّ ضياع أو سرقة بطاقة الائتمان يُفسَّر على العموم بفقدان الشّركة السّيطرة على هذه البطاقة، إلا أنّ هاتين الحالتين المذكورتين لا تشكّل في الواقع جميع الحالات التي يمكن للشركة أن تفقد سيطرتها على بطاقة الائتمان وأحسن مثال عن ذلك ما حدث في القضية السّالفة الذكر.

---

[676] المادة 1134 فقرة 3 من التّقنين المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 تتعلق بتنفيذ العقد وفقا لحسن النيّة.

[677] Cass. Com., 20 octobre 1998, N° 96-10.259, Bull. Civ. N° 2, p. 202. *« Attendu que pour condamner la société MAMI à paiement, l'arrêt se réfère aux articles 1 et 11 des conditions générales du contrat selon lesquels, sauf en cas de vol ou de perte, le titulaire de la carte et la personne morale qui a sollicité son établissement demeurent solidairement responsables du règlement de toutes dépenses qui auraient été effectuées avec la carte et retient que la carte n'étant ni perdue, ni volée, mais conservée par un préposé indélicat, son employeur, coobligé, demeurait tenu du règlement des dépenses faites au moyen de la carte;*
*Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher si l'établissement émetteur de la carte avait, après avoir reçu opposition à son utilisation, mis en œuvre tous les moyens en sa disposition pour éviter que des retraits et ordres de paiement soient effectués, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »*

[678] CABRILLAC Michel, « Responsabilité des débits postérieurs à l'annulation d'une carte de crédit délivré au préposé d'une société », R.T.D.Com., N° 1, 15 mars 1999, p. 174.

### 2- رفض الاجتهاد القضائي الانجلوسكسوني لسلطة القاضي في الخروج عن حرفية العبارات

يُمنع على القاضي في ظل النّظام الانجلوسكسوني الخروج عن حرفية العبارات للبحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين، فحُسن النيّة في هذا النّظام يقتضي التطبيق الحرفي لبنود العقد دون تأويل[679]، ويمكن الاستدلال في هذا الصّدد باجتهاد قضائي في المملكة المتحدة[680] بقيادة اللورد هوفمان (Lord Hoffmann)، أحد أكبر القضاة في The lords of the judicial (وهو ما يعادل المحكمة العليا في الجزائر)، حيث يرى بأنّه: " *يجب على أطراف العقد التأكّد من أنّه إذا ورد بند من بنود العقد بصفة صريحة ودقيقة، فإن هذا البند سيتم تنفيذه مثلما ورد في العقد*"[681]، ما يؤكد تمسك القضاء في المملكة المتحدة بضرورة تنفيذ العقد تنفيذا حرفيا وفقا للبنود المتفق عليها من طرف المتعاقدين، وبالتالي غلق المجال أمام البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين.

يتّضح مما سبق أنّ النّظام الانجلوسكسوني ينفي أيّ تدخّل للقاضي من أجل البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين والخروج عن حرفية العبارات المستعملة، إلا أنّ جانب من الباحثين المعاصرين[682] يرى ضرورة تغيير هذا التوجّه، والخروج من الانحصار الذي يعاني منه القاضي عند تفسير العقد، في ظل محدودية دواعي التّفسير الحرفي لبنود العقد، بالمقارنة مع المغزى من التفسير وهو الوصول إلى المعنى الذي أراده المتعاقدين دون الوقوف على الكلمات التي استعملاها للتعبير عن إرادتهما.

---

[679] TISSEYRE Sandrine, Op.cit., p. 70.

[680] Union Eagle Limited vs Golden Achievement Limited, Judgment of the lords of the judicial, committee of the privy council, delivered the 3rd february 1997, *in*http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1997/5.html/Consulté le 15/11/2017.

[681] *In* COLLINS Hugh, « Lord Hoffmann and the Common Law of Contract », European Review of Contract Law, issue 4, 2009, p. 476. *« hese are, in summary, that in many forms of transaction it is of great importance that if something happens for which the contract has made express provision, the parties should know with certainty that the terms of the contract will be enforced »*

[682] KRAMER Adam, « Common Sens Principles of Contract Interpretation (and how we've benn using them alla long », Oxford Jornal of Legal Studies, N° 3, 2003, p. 176 s.

**ثانيا: الدور الإنشائي للقاضي عند تفسير العقد**

أصبح للقاضي في الوقت الراهن دور إيجابي عند تفسير العقد، فلا يكتفي خلال هذه المرحلة بالخضوع لإرادة المتعاقدين، بل يستغل الوظيفة التكميلية لحُسن النيّة من أجل فرض التزامات لم يتم الاتّفاق عليها في المرحلة المفاوضات[683]، وقد أثار هذا الدور غير العادي للقاضي جدلا فقهيا واسعا لِما له من خطورة على الأمن القانوني للعقد، إلا أنّ هذا الدور أصبح اليوم راسخا في القرارات القضائية وبمظاهر مختلفة.

**1- جدلية الاعتراف بالوظيفة التكميلية لحسن النيّة عند تنفيذ العقد**

استند القضاة في فرنسا للاستئثار بسلطة فرض التزامات جديدة على المتعاقدين لمضمون المادة 1194 من التّقنين المدني[684] والتي تقابلها المادة 107 فقرة 2 من التّقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنّه: *" ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام."*

رغم معارضة جانب من الباحثين[685] على فكرة اعتبار حُسن النيّة كمصدر لالتزامات تبعية للالتزام الأصلي المتفق عليه بين الطّرفين، إلا أنّ الغالبية منهم[686] يقيم علاقة وطيدة بين حُسن النيّة وكلمة "العدالة" معتبرين أنّ حُسن النيّة تسمح للقاضي بالتدخّل من أجل فرض التزامات جديدة على الأطراف لتنفيذ العقد على أكمل وجه[687]، وهو ما نجده مكرّس في الاجتهاد القضائي.

---

[683] الشوابكة حازم سالم محمد، المرجع السّابق، ص 43.

[684] Article 1194 du Code civil français : *« Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »*

[685] TISSEYRE Sandrine, Op.cit., p. 289.

[686] JABBOUR Rita, La bonne foi dans l'exécution du contrat, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2016, p. 76./LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 21.

[687] MAZEAUD Denis, « Le triomphe de l'esprit du contrat sur la lettre de l'acte instrumentaire », Défrenois, N° 1, 1996, p. 1009. *« A fortiori, il en va de même pour le juge qui devrait aujourd'hui savoir que, s'il existe des clauses réputées non écrites, certaines obligations, bien qu'elles ne soient pas mentionnées dans l'instrumentum, sont intégrées dans le negotium, par interprétation des articles 1134, alinéa 3 ou 1135, et par conséquence réputées écrites ».*

تجدر الإشارة بالنسبة للاجتهاد القضائي إلى القرار الصادر عن الغرفة المدنيّة الأولى لمحكمة النّقض الفرنسيّة، لما قضت بمسؤولية أحد الشّركات بسبب إخلالها بالالتزام بالإعلام تطبيقا لنص **المادة 1135 فقرة 3 من التّقنين المدني الفرنسي** !!![688]، غير أنّ هذه الفقرة لا وجود لها في الواقع، ولقد فسّر أحد الباحثين[689] الخطأ الذي وقع فيه قضاة الغرفة المدنيّة بالخلط بين المادة 1134 فقرة 3 المتعلقة بتنفيذ العقد بحُسن نيّة والمادة 1135 من التّقنين المدني المتعلقة بتنفيذ العقد، ليظهر جليا أنّ الالتزام بحسن النيّة في تنفيذ العقد هو مصدر الالتزامات الناشئة عن تطبيق نص المادة 1135 من التّقنين المدني الفرنسي، والتي تحولت إلى المادة 1194 بعد تعديل سنة 2016.

**2- مظاهر تكريس الوظيفة التّكميلية لحسن النيّة**

يمكن الإشارة لتكريس الدور الإنشائي للقاضي في مرحلة تنفيذ العقد إلى التزامين أساسيين في النّظرية الحديثة للعقد، واللذين يجدان أصلهما في الاجتهاد القضائي لمحكمة النّقض الفرنسيّة وهما الالتزام بالسلامة والالتزام بالإعلام عند تنفيذ العقد.

**أ- الالتزام بالسّلامة عند تنفيذ العقد**

يعتبر الالتزام بالسلامة من بين أهم الالتزامات المستحدثة من طرف القضاء الفرنسي وقد عرّفه جانب أحد الباحثين[690] أنّه " *ممارسة المدين (الملتزم) سيطرت فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضررا للدّائن أو المستفيد من السلعة* "، كما كرّست محكمة النّقض الفرنسيّة الالتزام بالسلامة لأول مرة سنة 1911 بعد نقضها لقرار مجلس قضاء الجزائر، ليتم توسيع دائرة العقود التي يشملها هذا الالتزام في قرارات تالية عنه.

---

[688] Cass. Civ. 1ere ,21 juin 1996, N° 94-18.250, Bull. Civ. N° 1, 1996, p. 173. *« Vu l'article 1135, alinéa 3, du Code civil ;...; qu'en manquant à cette obligation pendant plus d'un an et demi, la société n'a pas satisfait à son devoir d'information et de conseil et a engagé sa responsabilité envers la copropriété ... ».*

[689] TISSEYRE Sandrine, Op.cit., p. 290.

[690] مواقي بناني أحمد، " الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)"، مجلة المفكّر، جامعة بسكرة، عدد 10، 2014، ص 415.

**أ-1:ظهور الالتزام بالسلامة على يد القضاء الفرنسي**

كان لمحكمة النّقض الفرنسيّة الأثر الكبير في ظهور الالتزام بالسلامة عند تنفيذ العقد[691] وقد كان أول قرار لها في مجال عقد النقل لما قضت الغرفة المدنيّة سنة 1911 نقضا لقرار مجلس الجزائر، بأحقيّة مسافرة تعرضّت لإصابة في قدمها أثناء تنفيذ عقد النّقل حيث قضت بأنّ: *« Attendu… **Que l'exécution du contrat de transport comporte, en effet,** **pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf** à destination, et que la cour d'Alger constate elle-même que c'est au cours de cette exécution et dans des circonstances s'y rattachant, que Y... a été victime de l'accident dont il poursuit la réparation ; »*[692]

استنادا لما وصلت إليه محكمة النّقض الفرنسية من اجتهاد، كان للمجلس الأعلى الفرصة في العديد من القرارات لتأكيد مسؤولية النّاقل بضمان سلامة المسافرين، ومثالا عن ذلك ما قضت به الغرفة المدنيّة الثانية للمجلس الأعلى سنة 1983 بأنّه:" *إذا كان من السائد فقها وقضاءا أنّ العقد شريعة المتعاقدين فان ذلك ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص الذي اوجب فيه القانون على الناقل ضمان سلامة المسافر وحمله المسؤولية المترتبة عن إخلاله بذلك الالتزام...*" [693].

**أ-2: ولوج الالتزام بالسّلامة مختلف العقود**

كرّس المشرّع الالتزام بالسلامة في العديد من العقود، ومنها على سبيل المثال بيع المواد الغذائية للاستهلاك وفقا لنص المادة 4 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي تنص على: " *يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد، والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك*".

---

[691] عثماني بلال، المرجع السّابق، ص 435.

[692] Cass. Civ., 21 novembre 1911, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006953018&fastReqId=1669865116&fastPos=1/Consulté le 19/09/2017.

[693] الغرفة المدنيّة الثانية للمجلس الأعلى، بتاريخ 30 مارس 1983، ملف رقم 27429، المجلة القضائية رقم 1، 1989، ص 42.

تجدر الإشارة كذلك إلى المادة 9 من القانون نفسه والتي تنص على أنّه:" *يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفّر على الأمن بالنّظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وان لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشّروط العادية للاستعمال أو الشّروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخّلين*".

يظهر جليا من خلال العبارات المستعملة في النّص كـ "الأمن" أو "صحة المستهلك" أنّ المادة تكرّس التزاما بالسّلامة يقع على عاتق المتدخّل[694]، وهو ما يمكن استخلاصه من خلال تعريف "منتوج مضمون" في نص المادة 3 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنّه: " *كل منتوج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدّة، لا يشكل أيّ خطر أو يشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتوج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص*"حيث تمّ ربط "المنتوج المضمون" بضمان سلامة وصحة الأشخاص[695].

أشار الأستاذ فيليب دلبيك (Philippe DELEBECQUE) إلى ظاهرة توسّع مجال تدخّل الالتزام بالسّلامة إلى عدد كبير من العقود الخاصة، فرغم أنّ ظهور الالتزام كان في ظل بعض العقود كعقد النّقل بمختلف أشكاله، فان الالتزام بالسّلامة أصبح اليوم يشمل العقود الواردة على الأشياء و العقود الواردة على الخدمات على حد سواء، ويهدف إلى إلزام المدين بضمان سلامة الأشخاص أو سلامة الأشياء محل العقد[696]، كما تزايدت أهمية هذا الالتزام في ظل التطوّرات العلمية الحديثة، إذ يقع على الصّانع أو المنتج متابعة تطوّر البحث العلمي في مجال تدخّله[697]،

---

[694] شعباني حنين نوال، المرجع السّابق، ص11.

[695] المرجع نفسه، ص 11.

[696] DELEBECQUE Philippe, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », Gaz. Pal., Doctr., N° 3, 1997, p. 1184.

[697] قدوس حسن عبد الرحمان، مدى التزام المنتج بضمان السّلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 46.

إلى جانب واجب الحيطة الذي أصبح واجب أساسي في المسؤولية المدنية[698]، ويظهر جليا أنّ الالتزام بالسلامة يسعى أساسا إما إلى ضمان السلامة الجسدية للمتعاقد أو إلى سلامة المنتوج من العيوب.

**أ-2-1: ضمان السلامة الجسدية للمتعاقد**

اعترف المشرّع بالتزام المتعاقد بضمان السلامة الجسدية للمتعاقد الآخر في بعض العقود وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى المادة 6 من المرسوم التنفيذي 11-359 والذي يحدد أحكام السلامة المتعلقة بنقل الأشخاص الموجه[699] والتي تنص على أنّه: *"يجب أن تتوفر في نقل الأشخاص الموجه قبل استعماله، عند تصوره وانجازه واستغلاله وتعديله و/أو رد اعتباره، شروط السلامة التي يجب أنّ تضمن الحماية القصوى للمستعملين والمستخدمين المكلفين بالاستغلال وللغير وكذا الممتلكات."*

يبدو أنّ الالتزام بضمان السّلامة الجسدية للمتعاقد يندرج ضمن الالتزامات اللّصيقة بالعقد إن صح استعمال هذه العبارة، فلا يمكن ذكر على سبيل الحصر العقود الخاصة التي تتضمّن هذا الالتزام، غير أنّه سرد الباحثون[700] مجموعة من العقود التي يتمركز الالتزام بالسّلامة الجسدية حولها على غرار العقد الطبي، عقد النقل، عقد الفندقة والإطعام العقود المتعلقة بالنشاطات الرياضية وعقود السياحة والأسفار.

كما أكد القضاء في العديد من قراراته على تحميل المسؤولية للمتعاقد كلما عرّض السلامة الجسدية للمتعاقد الآخر للخطر، آخرها قرار محكمة استئناف أكس اون بروفونس (Cour d'appel d'Aix-en-Provence ) ، بتاريخ 02 فيفري 2017، في قضية إصابة طفل بجروح

---

[698] عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص 3./ فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 227.

[699] مرسوم تنفيذي رقم 11-359 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2011، يحدد أحكام السلامة المتعلقة بنقل الأشخاص الموجه، ج.ر.ج.ج. عدد 58، مؤرخ في 23 أكتوبر 2011.

[700] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu,« La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat et l'obligation de sécurité », Art. 1136 à 1145 - Fasc. 30, J.Cl. Code civil, 1er Septembre 2014 (mise à jour le 26 juin 2015), p.1

إثر سقوطه من كرسي في أحد المطاعم، حيث حمّلت المحكمة صاحب المطعم مسؤولية مدنية لتعويض الأضرار التي أُصيب بها الطفل، معتبرة بأنّه مُلزَم بضمان السّلامة الجسدية لزبائنه[701].

**أ-2-2: ضمان سلامة المنتجات**

سبقت الإشارة إلى نص المادة 4 من القانون 09-03 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي تلزم المتدخل بعرض مواد غذائية، إذ يهدف الالتزام بالسّلامة إلى ضمان خلو المنتجات من العيوب التي تضر بالسّلامة الجسدية للمتعاقد[702]، ولا يُقصَد في هذا الصّدد مطابقة المنتجات للمواصفات، لأنّ هذه المطابقة لا تعني بأنّ المنتوج من دون خطر على المتعاقد[703] كما يجب التّمييز بين الالتزام بالسّلامة من جهة والالتزام بضمان العيوب الخفية من جهة آخر[704] مثلما أكدت على ذلك الغرفة المدنية لمحكمة النقض في قرار مبدئي بتاريخ 20 مارس 1989 حين قضت استنادا للمادة 1135 من التّقنين المدني الفرنسي بأنّ المنتِج ملزم بتقديم منتوج خالي من العيوب الخفية ومن عيوب تصنيع تهدد سلامة المتعاقد[705].

---

[701] CA d'Aix-en-Provence 10eme, 02 février 2017, N° 15/18755, *In*https://www.lexis360.fr/Document/cour_dappel_aix_en_provence_10e_chambre_2_fevrier_2017_n_1518755/0ev9Ao3zMUmdFjupCaD8affAS0l-PAyDYh1aX4d3I141?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTMyJg==&rndNum=428802805&tsid=search6/ Consulté le 19/09/2017.*« Il ressort incontestablement de l'ensemble de ces déclarations que le restaurant Royal Asia a mis à la disposition de Mme H. une chaise haute dont la fixation défectueuse ne permettait pas d'assurer à l'enfant, et ses parents, la sécurité qu'ils étaient en droit d'en attendre. Ce faisant, il a manqué à son obligation contractuelle de sécurité. »*

[702] البكباشي سحر، المرجع السّابق، ص 311.

[703] CALAIS-AULOY Jean, « Ne mélangeons plus conformité et sécurité », D., Chr., N° 18, 06 mai 1993, p. 130. *« Si un appareil de télévision ne fournit pas des images de bonne qualité, on dira que l'appareil n'est pas conforme à l'attente légitime des utilisateurs ; s'il implose sans raison apparente, on dira qu'il ne présente pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».*

[704] TISSEYRE Sandrine, Op.cit., p. 293.

[705] Cass. Civ. 1ere, 20 mars 1989, N° 87-16.011, Bull. Civ. N° 1, 1989, p. 90. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur professionnel est seulement tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».*

أشار الأستاذ مالوري (MALAURIE) في تعليقه على القرار إلى أنّ محكمة النّقض غيّرت من موقفها بالفصل بين العيوب الخفية من جهة وبين عيوب المنتوج التي تهدّد سلامة مستعمله من جهة أخرى، والدّليل على ذلك تأسيس الغرفة المدنيّة قراراها على المادة 1135 من التّقنين المدني الفرنسي (والتي أصبحت المادة 1194 بعد تعديل 2016) بدلا من المادة 1643 من التّقنين نفسه[706] والمتعلقة بضمان البائع للعيوب الخفية[707].

**ب- الالتزام بالإعلام في مرحلة تنفيذ العقد**

يعتبر الالتزام بالإعلام في مرحلة تنفيذ العقد من أهم الالتزامات الملقاة على المتعاقدين وعلى نفس نهج الالتزام بالسّلامة، ظهر الالتزام بالإعلام على يد القضاء الفرنسي، والذي وجد في الالتزام بحُسن النيّة الأساس المنطقي لفرض التزام بالإعلام يحمي به مصالح أحد الأطراف، ليتم بعد ذلك تكريسه من طرف مختلف التشريعات في بعض العقود الخاصة[708].

تجدر الإشارة في صدد الحديث عن الالتزام بالإعلام التّعاقدي أنّ مجال الدراسة يقتصر على الالتزام بالإعلام الذي له صلة بتنفيذ العقد، أيّ أنّه يهدف إلى ضمان أكبر فعّالية للعقد[709]، وهو ما يتميّز عن الالتزام بالإعلام قبل التّعاقدي الذي يهدف إلى تبصير المتعاقد، رغم أنّ جانب من الباحثين[710] لا يعترف إلا بالالتزام بالإعلام التّعاقدي.

---

[706] Article 1643 du Code civil français stipule que : *« Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie. ».*

[707] MALAURIE Philippe, Obs. Cass. Civ. 1ere, N° 87-16011, D., Juris., cahier N° 29, 1989, p. 381 / JOURDAIN Patrice, « Responsabilité du fabricant : l'inspiration communautaire de la cour de cassation », R.T.D. Civ., N° 4, 1989, p. 757.

[708] أمازوز لطيفة، "التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 3، 2009، ص 86.

[709] FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information…, Op.cit., p. 340. *« Précisons simplement ici que l'information est utile au cocontractant en ce qu'elle est susceptible d'avoir une incidence sur l'exécution du contrat. Si le créancier avait connu l'information il aurait pu modifier son comportement en vue d'obtenir une exécution satisfaisante de ce contrat »*

[710] DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, Contrats civils et commerciaux, 10eme éd., Dalloz, Paris, 2015, p. 204.

### ب-1: تدخّل حُسن النيّة لحماية مصلحة المتعاقد

يعتبر الالتزام بحسن النيّة عند تنفيذ العقد أساسا للالتزام بالإعلام، إذ أنّ النزاهة والوفاء الواجب على الطّرفين يفرض عليهما الالتزام بالإعلام للمتعاقد الآخر بالمعلومات اللازمة من أجل ضمان فعّالية العقد والحفاظ على مصالح الدّائن.

#### ب-1-1: حُسن النيّة أساس الالتزام بالإعلام التعاقدي

تطرق الباحثون[711] إلى أساس القانوني للالتزام بالإعلام التّعاقدي استنادا لاجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة، ورغم تعدد الآراء التي قيلت في الموضوع[712]،إلا أنّه يمكن التمييز بين اتجاهين أساسيين: الأوّل يرى أنّ أساس مسؤولية المتعاقد هو إخلال في تنفيذ الالتزام الأصلي للعقد، أما الثاني فيعتبر أنّ أساس المسؤولية هو الإخلال بالالتزام بحسن النيّة في تنفيذ العقد، غير أنّ لجوء القضاء للأساس المذكور أوّلا يبقى نادر[713] لكن ليس مستحيلا[714]، إلا أنّه غالبا من يتم تأسيس مسؤولية المتعاقد بناء على إخلاله بالالتزام بحُسن النيّة عند تنفيذ العقد، والتي تفرض على كلا الطّرفين الإفضاء بجميع المعلومات الضرورية للطرف الآخر من أجل تحقيق فعّالية العقد[715].

تأكيدا لما سبق، يمكن الإشارة إلى قرار الغرفة الاجتماعية لمحكمة النّقض الفرنسيّة لما قضت بمسؤولية رب عمل عن عدم إعلام عامل بتغيّر وضعيته تجاه الضمان الاجتماعي تبعا

---

[711] PICOD Yves, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J., Paris, 1989, p.112.

[712] أمازوز لطيفة، المرجع السّابق، ص 87 وما بعدها/ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السّابق، ص 90.

[713] FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information…, Op.cit., p. 348.

[714] رغم قلة القرارات التي تؤسس المسؤولية على إخلال المتعاقد بتنفيذ الالتزام الأصلي للعقد، يمكن الإشارة إلى قرار الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة:

Cass. Com, 13 mars 1990, N° 88-16.740, Bull. Civ. N° 1, 1990, p. 55. *«Vu l'article 1147 du Code civil… Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs en mettant à la charge de M. Y... une obligation de s'informer qui ne lui incombait pas et sans préciser la date à laquelle il avait eu connaissance des opérations effectuées sur son compte, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

[715] PICOD Yves, Op.cit., p. 114.

لتغيّر علاقة العمل التي كانت تربطه به، والذي اعتبرته إخلالا بالتزام رب العمل بحسن النيّة عند تنفيذ العقد[716].

**ب-1-2: الالتزام بالإعلام وسيلة لحماية مصالح الدّائن**

يهدف أساسا الالتزام بالإعلام التّعاقدي إما لوقاية دائن الالتزام من خطر قد يحدث عند التنفيذ[717] وهو ما أكده القضاء الفرنسي[718]، وإما إلى ضمان فعّالية قصوى للعقد[719]، في هذا الصّدد تقول الأستاذة فابر مانيان (FABRE-MAGNAN) أنّ الالتزام بالإعلام التّعاقدي هو: *« ... il s'agit d'obligations 'contractuelles' d'information, permettant une bonne exécution du contrat. Par exemple, le vendeur doit informer l'acheteur sur le mode d'emploi précis de la chose achetée afin que celui-ci puisse s'en servir de façon satisfaisante et en retirer toute l'utilité attendue »* [720]

**ب-2: حدود الالتزام بالإعلام التّعاقدي**

يتّضح بالرجوع إلى الآراء الفقهية وما استقر عليه قضاء محكمة النّقض الفرنسيّة، أنّ الالتزام بالإعلام التّعاقدي غير مطلق، فلا يمكن للمتعاقد المهني التمسّك بحقه في الإعلام إذا كان بإمكانه وبحكم خبرته الحصول على المعلومات التي تضمن له تنفيذ فعّال للعقد أو تجنُّب مخاطر استعمال محل العقد[721]، وفي ذلك إشارة واضحة إلى الشّروط العامة للالتزام بالإعلام ومنها الجهل المشروع للدّائن بالمعلومات.

---

[716] Cass. Soc., 25 janvier 2012, N° 11-11.374, Bull. Civ. N° 1, 2012, p. 19. *« Mais attendu que l'employeur, tenu d'une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, doit informer le salarié expatrié de sa situation au regard de la protection sociale pendant la durée de son expatriation ; »*

[717] LE TOURNEAU Philippe, La responsabilité des vendeurs et des fabricants…, Op.cit., p.88.

[718] Cass. Civ. 1ere, 20 juin 1995, N°93-15.801, Bull. Civ. N° 6, 1995, p. 191. *« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il appartenait au couvreur de conseiller le maître de l'ouvrage et de l'avertir des risques résultant de la qualité des matériaux, compte tenu de la structure de la toiture, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

[719] عثماني بلال، المرجع السّابق، ص 436.

[720] FABRE-MAGNAN Muriel, Droit des obligations…, Op.cit., p. 546.

[721] Cass. Civ. 1ere, 30 novembre 2004, N° 01-14.314, Bull. Civ. N° 9, 2014, p. 249. *« Mais attendu qu'après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, qu'en sa qualité de professionnel*

كما أنّه على المتعاقد بذل الجهد اللازم من أجل الاستعلام قبل إبرام العقد [722] وهو ما استند إليه القضاء الفرنسي في عدد من القرارات منها قرار الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة، والتي ألزمت مشتري محل تجاري الاستعلام حول رقم أعمال البائع قبل إبرام العقد واقتراض المبلغ من أجل إتمام الصفقة[723].

## المطلب الثاني

## حُسن النيّة مبرّر لتدخّل القاضي في العقد

يبدو منذ الوهلة الأولى أنّ تدخّل القاضي لتعديل ما تمّ الاتّفاق عليه بين أطراف العقد عند إبرامه أمر مستبعد، بالنّظر إلى ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة والقوّة الملزمة للعقد من احترام لاتفاق الطّرفين، إذ بالرجوع إلى بعض قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة[724] والتي تمنع على القاضي التدخّل لتعديل ما تمّ الاتّفاق عليه بين الأطراف ولو على أساس الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية، تظهر صعوبة تقبُّل أيّ مساس بمضمونه.

غير أنّ النّظرية الحديثة للعقد تتّجه نحو تغيّر في المفاهيم، حيث أضحت نسبة تدخّل القاضي في العقد ترتفع بمرور الزّمن إلى أن أصبح اليوم من الجائز تعديل ما تمّ الاتّفاق عليه بين الأطراف في خطوة تُظهر الحال الذي آل إليه مبدأ القوة الملزمة للعقد في ظل النّظرية الحديثة (الفرع الأوّل).

---

*de la culture des pruniers, M. X... était tenu d'une obligation de prudence et de précaution élémentaire, et que les étiquettes du produit vendu, ... ».*

[722] LE TOURNEAU Philippe, La responsabilité des vendeurs et des fabricants…, Op.cit., p.90.

[723] Cass. Com, 01 juillet 2003, N° 02-11620, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007459321&fastReqId=484227598&fastPos=1/Consulté le 22/09/2017*« Mais attendu que l'arrêt relève que le prêt litigieux avait été sollicité par Mme X... , qui étant elle-même déjà commerçante, avait aussi l'obligation de se renseigner sur la rentabilité de l'entreprise en réclamant au vendeur des éléments de comptabilité récents ; »*

[724] V. par exemple Cass. Com., 10 juillet 2007, N° 06-14.768, Bull. Civ. N° 7, 2007, p.217

كما يستغل القاضي الالتزام بحسن النيّة في تنفيذ العقد من أجل ردع أيّ انحراف في سلوك المتعاقدين، أو لفرض سلوك معين على الأطراف يمليه التضامن الواجب بين الأطراف (الفرع الثاني).

## الفرع الأوّل

## تدخّل القاضي لتعديل اتفاق الطّرفين

يجوز للقاضي التدخّل من أجل تعديل اتفاق الطّرفين عند تنفيذ العقد، ونظرا لخطورة هذا التدخّل الذي يعيد النظر في مبدأ القوة الملزمة، تم تحديد مجال تدخّل القاضي بصفة دقيقة، إذ بالرجوع إلى النصوص القانونية، فإن القاضي يتدخل لتعديل العقد في حالتين أساسيتين وهما: تعديل العقد نتيجة للتنفيذ الجزئي (أولا) وتعديل العقد بسبب الاختلال في توازن الالتزامات (ثانيا).

### أولا- تعديل العقد نتيجة للتنفيذ الجزئي للالتزامات

يتدخّل القاضي بتعديل العقد من أجل تجنب فسخه وحماية للمدين الذي لم ينفذ العقد على الوجه الصحيح، ورغم الاعتراف بهذه السّلطة للقاضي إلا أنّ جدل فقهي ثار حولها بالنّظر إلى خطورة تدخّل القاضي على استقرار المعاملات، وهو ما أدّى إلى وضع ضوابط تحكم هذا التدخّل.

#### 1: الاعتراف القانوني بسلطة القاضي في تعديل العقد

أصبحت مختلف التشريعات حاليا تعترف بإمكانية تعديل اتّفاق الطّرفين عند تنفيذ العقد في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته، غير أنّ طريقة التّعامل مع هذه الحالة تختلف لذلك يستوجب التطرّق لاعتراف المشرّع بسلطة القاضي في تعديل العقد ومقارنتها بإمكانية تعديل العقد التي يتمتع بها الدّائن عند التّنفيذ الجزئي لالتزامات المدين.

##### أ: اعتراف المشرّع بسلطة القاضي في تعديل العقد

تقتضي دراسة طرق تدخّل القاضي لمعالجة إشكالية سوء تنفيذ العقد، الإشارة إلى المادة 119 فقرة 2 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: " *ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظّروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنّسبة إلى كامل الالتزامات.*"

كما يمكن الإشارة في سياق متقارب ما تقضي به المادة 370 من التّقنين المدني فيما يتعلق بنقص قيمة المبيع بسبب التلف، والتي تنص على أنّه: *" إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أنّ يبقي البيع مع إنقاص الثّمن "*

قبل التفصيل في مضمون المادتين السّابقتين، تجدر الإشارة إلى أنّه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التّعاقدية، يجوز للدّائن المطالبة قضائيا بفسخ العقد مع التّعويض وفقا لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 119 فقرة 1 من التّقنين المدني[725]، ويظهر دور القاضي في هذا الصّدد في سلطته التقديرية بقبول أو رفض الفسخ، وقد يكون الالتزام بحُسن النيّة هو الأساس الذي سيعتمد عليه القاضي لتسبيب حكمه برفض الفسخ، إما بمنح أجل إضافي للمدين من أجل التّنفيذ أو التدخّل لتعديل التزامات المتعاقدين، وفي كلتا الحالتين يكون القاضي قد عدّل مما تمّ الاتّفاق عليه بين الأطراف.**ب: اعتراف المشرّع الفرنسي بإمكانية تعديل العقد في حالة التّنفيذ الجزئي**

على خلاف المشرّع الجزائري، اعترف المشرّع الفرنسي للدّائن بالحق في تخفيض الثّمن في حالة قبوله تنفيذ جزئي للعقد، من خلال نص المادة 1217 من التّقنين المدني[726] والمادة 1223 من التّقنين نفسه[727]، والملاحظ منذ الوهلة الأولى هو التّغييب التام للقاضي في تحديد قيمة التّخفيض الذي يبقى في يد الدّائن، غير أنّ في الواقع عادة ما يتم عرض القضية على القضاء بسبب تعسف الدّائن في تخفيض الثّمن، لتعود الكلمة الأخيرة للقاضي في تحديد قيمة التّخفيض.

يظهر بالرجوع إلى موقف المشرّع الفرنسي بعض النقائص منها عدم تحديد مضمون الاعذار الذي يجب على الدّائن توجيهه للمدين والمذكور في نص المادة 1223 من التّقنين المدني، إذ كان

---

[725] تنص المادة 1/119 من التّقنين المدني على انه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أنّ يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التّعويض في الحلتين إذا اقتضى الحال ذلك."

[726] Article 1217 du Code civil français : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : … - solliciter une réduction du prix ;… ».

[727] Article 1223 du Code civil français : « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.
S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. ».

على المشرّع النّص على وجوب اعذار الدّائن للمدين للمطالبة بالتنفيذ العيني للعقد وهو ما تقتضيه حُسن النيّة عند التنفيذ.

يتّضح كذلك أنّ الحل الذي اقترحه المشرّع الفرنسي لا يحل إشكالية التّنفيذ الجزئي للعقد بل يزيد من الأمر صعوبة، فعِوض اللّجوء إلى القضاء لتحديد قيمة التّخفيض المُستحق للدّائن بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، تمّ منح السّلطة التقديرية للدّائن لفرض قيمة هذا التخفيض على الطّرف الآخر، والذي في غالب الأحيان سيلجأ للقضاء من أجل المطالبة بمراجعة هذه القيمة، هذا التعسير سيضر لا محال بمصالح المدين خاصة إذا كان الدّائن لم يقم بعد بتسديد الثّمن.

يمكن كذلك الإشارة إلى غموض العبارات المستعملة من طرف المشرّع الفرنسي أحيانا وعدم مناسبتها أحيانا أخرى، فاستعمال كلمة "الثمن" يُبعد من مجال تطبيق النّص عقد الإيجار مثلا الذي يُستعمل فيه عادة "بدل الإيجار" (loyer)، أو عقود الخدمات التي يُستعمل فيه عبارة "المستحقات" (honoraire) أو (commission)[728].

**2: الجدل الفقهي حول سلطة القاضي في تعديل العقد**

يبدو أنّ القاضي الذي يرفض طلب الدّائن فسخ العقد يهدف إلى حماية العقد من الزوال، طالما أنّ هذا الأخير ورغم سوء تنفيذه يحتفظ بجزء من المصلحة الاقتصادية التي يجب مراعاتها[729]، ورغم رفض جانب من الباحثين[730]لتدخّل القاضي في العقد، إلا أنّ إمكانية التّخفيض من ثمن المبيع أو مقابل الخدمة قد يكون حلا لضمان استمرارية العقد مع ضرورة مراعاة التوازن الموضوعي لهذا الأخير، عن طريق تكريس "مبدأ النسبية" (principe de proportionnalité)، الذي أصبح من أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد في الوقت الراهن[731].

---

[728] GAUTIER Pierre-Yves, « La réduction proportionnelle du prix (Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence) », J.C.P.G., N° 37, 12 septembre 2016, p. 1621.

[729] MAZEAUD Denis,« La révision du contrat », L.P.A., N° 129, 30 juin 2005, p. 11.

[730] PIMONT Sébastien, L'économie du contrat, P.U.A.M., Marseille, 2004, p. 340./ JABBOUR Rita, Op.cit., p. 380.

[731] MAZEAUD Denis, « La révision du contrat »…, Op.cit., p. 11.*« …, la révision est donc parée des atours de l'opportunité et du pragmatisme puisqu'elle s'inspire, … s'inscrit, au stade de sa mise œuvre, dans l'aspiration contemporaine vers la proportionnalité… ».*

بين المعترفين والمعارضين لتدخّل القاضي من أجل تعديل العقد في حالة التّنفيذ الجزئي، حصر بعض الباحثين[732] هذه السّلطة في "عقود البيع التّجارية"، حين يُسمح استثنائيا للقاضي التدخّل في حالة تسليم جزء كبير من المبيع أو في حالة تسليم مبيع ذات جودة أقل مما تمّ الاتّفاق عليه.

**3: أحكام تدخّل القاضي لتعديل العقد**

يتّضح مما سبق أنّ تدخّل القاضي في العقد نتيجة التّنفيذ الجزئي للالتزامات أضحى وسيلة معترف بها من أجل محاولة إنقاذ العقد من الزّوال، إلا أنّ هذه السّلطة تجد لها حدود عديدة يجب الوقوف عندها.

**أ: ضرورة تنفيذ العقد في معظمه**

لا يمكن للقاضي التدخّل من أجل تعديل العقد بإنقاص الثّمن بسبب التّنفيذ الجزئي إلا إذا كان الجزء المتبقي من التّنفيذ قليل بالمقارنة مع ما تمّ تنفيذه من طرف المدين[733]وهو ما أكّده المشرّع في الفقرة الثانية من نص المادة 119، ولعل نيّة المشرّع واضحة في هذا الصّدد وهي التّأكيد على أنّ تدخّل القاضي يبقى استثنائيا، كما تظهر جليا معالم الوظيفة التحديدية لحُسن النيّة في هذا الشّرط، لأنّ الدّائن الذي يطالب بفسخ العقد في حين أنّ المدين قد نفّذ معظم الالتزامات الملقاة عليه، يكون متعسّفا في استعمال حقه في فسخ العقد.

يتّضح كذلك من اشتراط تنفيذ المدين لجزء كبير من التزاماته، رغبة المشرّع في عدم السّماح للقاضي بتعديل العقد إذا فقد المنفعة التي كان ينتظرها الدّائن من إبرامه، لأنه كلما قلت نسبة تنفيذ العقد كلما فقد من أهميته بالنّسبة للدّائن، فقيام الفعّالية الاقتصادية للعقد شرط أساسي لتدخّل القاضي بتعديله.

---

[732] DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, Op.cit., p. 234.
[733] MAZEAUD Denis, « La révision du contrat »…, Op.cit., p. 12.

يأخذ التّنفيذ الجزئي للعقد مظاهر عديدة كالنقص في الكميّة المتفق عليها أو أن يكون المبيع ذات جودة أقل مما تمّ الاتّفاق عليه بين الطّرفين، غير أنّ الإشكال المطروح هو هل يمكن اعتبار تنفيذ المتعاقد للعقد تنفيذا متأخرا كتنفيذ جزئي يسمح للقاضي بإنقاص المقابل المالي المتفق عليه؟

ذهب جانب من الباحثين في فرنسا[734] إلى القول بإمكانية مطالبة الدّائن بتخفيض من قيمة محل العقد نتيجة لتأخر المدين في التّنفيذ، لأنّ المادة 1223 لم تمنع ذلك، بالتّالي يبقى الأمر جائزا إن رأى الدّائن مصلحة له في ذلك، غير أنّ الأمر يبدو أصعب من ذلك في الواقع وإذا كان الجدل يبقى قائما بالنّسبة للقانون الفرنسي، فان الأمر محسوم فيه بالنّسبة للقانون الجزائري إذ أنّ المادة 119 في فقرتها الثانية تحصر تدخّل القاضي في حالة التّنفيذ الجزئي للعقد، وهو ما يمكن استخلاصه من عبارة "... *الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنّسبة إلى كامل الالتزامات*"، وبما أنّ تدخّل القاضي عند تنفيذ العقد هو استثناء عن القاعدة، وفي ظل غياب نص صريح يجيز تخفيض الثّمن في حالة التأخّر في تنفيذ العقد، يظهر بأن الحل الوحيد بالنّسبة للدّائن في حالة ما أصابه أيّ ضرر جراء هذا التأخر هو طلب التعويض.

**ب:تدخّل القاضي لتعديل التزامات الطرفين**

يجب على القاضي إذا قضى برفض دعوى فسخ العقد التي تقدّم بها الدّائن، أن يحكم بإنقاص المقابل المالي للعقد لعدم الإضرار بمصالح هذا الأخير، ويلعب "مبدأ النسبية" دور كبير في تقدير المبلغ الذي سيتم انتقاصه، حيث يقوم القاضي في الواقع بالعملية الحسابية التالية:

**المبلغ بعد الانتقاص= المبلغ المتفق عليهx (القيمة السوقية لِما تمّ تنفيذه/ القيمة السوقية للشيء المتفق عليه)**[735]

يمكن تقديم كمثال للتوضيح أنّ شخص اشترى سيارة بـ 100 مليون، وقيمتها السوقية هي 110 مليون، إلا أنّه قبل تسلّمها، تعرض البائع لحادث مرور طفيف لا يقتضي معه فسخ العقد،

[734] CHANTEPIE Gaël, Réduction du prix et résolution par notification, *in* La réforme du droit des contrats en pratique, S/D LATINA Mathias, Dalloz, Paris, 2016, p. 87.
[735] CHENEDE François, « La réduction du prix », R.D.C., N° 3, 2017, p. 575.

إذ أصبحت قيمة السيارة بعد الحادث 95 مليون، في هذه الحالة ولتقدير قيمة الثّمن الذي يجب انتقاصه يتم حسابه كالتالي:

**ثمن السيارة= 100x 110/95 أيّ 86 مليون و3 ألاف دينار**

**ت:الحكم بالتعويض عن الضرر**

يجوز للقاضي الذي يحكم بإنقاص المبلغ المتّفق عليه بين المتعاقدين، أن يحكم للدّائن بالتعويض عن الضّرر إن كان لذلك مقتضى وإذا طالب الدّائن بذلك، غير أنّه يجب التّمييز بين التّعويض عن الضّرر من جهة وإنقاص المبلغ من جهة أخرى، ويمكن الاستدلال في هذا الشأن بما قضت به محكمة النّقض الفرنسيّة لما نقضت قرار رفَض إنقاص المبلغ المتفق عليه مكتفيا بمنح تعويض للدّائن المتضرّر، حيث اعتبرت الغرفة التّجارية أنّ إنقاص الثّمن المتفق عليه لا علاقة له بالتعويض الذي يحصل عليه الدّائن جراء الضّرر الذي أصابه بسبب التّنفيذ الجزئي أو سوء تنفيذ العقد[736].

كرس المشرّع الفرنسي القرار السّالف الذكر في التّقنين المدني بنص المادة 1217 في فقرتها الأخيرة[737]، والتي أكّدت على أنّه بالإضافة إلى الجزاءات الممكن للدّائن التمسك بها ومن بينها إنقاص الثّمن، يمكن للقاضي الحكم علاوة عن ذلك بالتعويض لمصلحته عن الضّرر الذي أصابه جراء سوء التنفيذ.

---

[736] Cass. Com, 22 janvier 2008, N° 07-11375, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018011514&fastReqId=2028334409&fastPos=1/Consulté le 26/09/2017*« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la réfaction du prix a un objet distinct de celui des dommages-intérêts réparant les conséquences dommageables de la non-conformité de la chose vendue, la cour d'appel, qui n'a alloué par ailleurs à la société de Fourvoirie que des dommages-intérêts pour perte de chiffres d'affaires, a violé les textes susvisés ; ».*

[737]Article 1217 paragraphe 2 du Code civil français : *« Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. ».*

**ثانيا–تعديل العقد بسبب الاختلال في توازن الالتزامات**

اعترفت مختلف التشريعات في الآونة الأخيرة بسلطة القاضي في تعديل العقد في حالة اختلال التّوازن بين التزامات المتعاقدين في مرحلة التّنفيذ على أساس الالتزام بحُسن النيّة[738]، ورغم معارضة الباحثين[739] لتدخّل القاضي لتعديل العقد مستندين في ذلك إلى قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة، لا سيما ذلك الصادر عن الغرفة المدنيّة الأولى سنة 2004[740]، إلا أنّ غالبية الباحثين في الوقت الرّاهن[741] يرى ضرورة تغيير وجهة النّظر في هذا الشّأن مؤكدا على ضرورة تدخّل القاضي في حالة عدم توازن العقد في حالات معينة.

يتّضح من خلال التّطورات الحديثة في الفقه والقضاء، أنّ القاضي يتدخّل لمعالجة اختلال التّوازن بين التزامات المتعاقدين في بعض عقود الخدمات على وجه الخصوص، أو من أجل مراقبة توازن الالتزامات في حالة تحديد المقابل المالي للخدمة بصفة منفردة[742].

**1: مراجعة المقابل المالي في بعض عقود الخدمات**

أضحى في الوقت الرّاهن تحديد الثّمن بصفة منفردة من طرف مقدم الخدمة أمر جائز في الواقع العملي، إلا أنّ الرقابة القضائية ضرورية في هذا المجال[743]، وقد اعترفت محكمة النّقض

---

[738] FIN-LANGER Laurence, Op.cit., p. 274.

[739] BENABENT Alain, « Doctrine ou Dallas ? », D., N° 13, 2005, p. 852.

[740] Cass. Civ. 1ere, 16 mars 2004, N° 01-15.804 , Bull. Civ. N° 3, 2004, p. 69. *« Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la LRP mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'AFJT de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ; qu'elle a ajouté que la LRP ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier ; qu'elle a, ainsi, légalement justifié sa décision ; ».*

[741] MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », Op.cit., p. 15. *« N'est-il pas temps aujourd'hui d'admettre un principe de révision des contrats lésionnaires ? ... pour notre part, la réponse devrait au contraire être affirmative, d'autant plus que l'admission d'une révision pour lésion nous paraît tout à fait conciliable avec le respect de l'exigence de sécurité juridique. ».*

[742] المقصود في هذا الصّدد تحديد مقدّم الخدمة للمقابل المالي بصفة منفردة في غير عقود الإذعان، والتي تبقى خاضعة لنظام قانوني خاص.

منذ مدة بسلطة القاضي في التدخّل من أجل التعديل في المقابل المالي المتّفق عليه في بعض عقود الخدمات، وهو ما تمّ تكريسه في القرار الصّادر عن الغرفة المدنيّة الأولى لمحكمة النّقض الفرنسيّة بتاريخ 23 نوفمبر 2011، في قضية تتلخّص وقائعها أنّه بعد وفاة أحد الأشخاص، تبين وجود وصيتين لفائدة شخصين مختلفين، فاتصل أحد الشّخصين بمختص في علم الأنساب (généalogiste) للتحري والبحث عن مدى صحة الوصية الثانية مقابل الحصول على نسبة معينة من التركة في حالة نجاحه في ذلك، وهو ما حدث فعلا إذ تمّ إثبات التزوير غير أنّ المستفيد من الوصية رفض دفع المبلغ المتفق عليه، لاعتباره أنّ هذا المقابل مبالغ فيه وإلتمس من القضاء تخفيضه إلى الحد المعقول.

رفضت محكمة استئناف فرساي (Versailles) الاستجابة لطلب المستفيد من الوصية معتبرة أنّ العقد المبرم بين الطّرفين عقد احتمالي، وبهذا الوصف وجب عليه دفع المبلغ كاملا للطرف الآخر، غير أنّ محكمة النّقض ألغت هذا القرار معتبرة أنّ كون العقد احتمالي لا يمنع القاضي من التدخّل للتخفيض من المقابل المتفق عليه بين الطّرفين إذا تبين أنّ هذا المبلغ يتجاوز الحد المعقول[744].

أشار أحد الباحثين[745] عند تعلقه على القرار إلى تطوّر اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة والتي كانت ترفض تدخّل القاضي في العقود التي تربط الورثة بالمختصين في علم الأنساب إلا أنّه مؤخرا تراجعت عن موقفها لأنّ اعتبار هذا العقد من العقود الاحتمالية (لأنّ قيمة التركة لن تتضح في الواقع إلا بعد تصفيتها)، لا يمنع القاضي من التدخّل لتخفيض المبلغ المتفق عليه إذا كان هذا الأخير يتجاوز الحد المعقول.

---

[743] انظر محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي ....،المرجع السابق، ص 104.

[744] Cass. Civ. 1ere, 23 novembre 2012, N° 10-16.770, Bull. Civ. N° 9, 2012, p.199. *« Qu'en se déterminant ainsi, alors que l'aléa exclusivement supporté par M. B... ne faisait pas obstacle à la réduction éventuelle de la rémunération convenue, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si cette rémunération n'était pas excessive au regard du service rendu, n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».*

[745] BONNET Audrey, « Réduction du montant de la rémunération convenue du généalogiste», A.J. Famille, N° 2, 2012, p. 112.

يتّضح من المثال السّابق أنّ تدخّل القاضي للتعديل من العقد في حالة التفاوت المفرط في تحديد المقابل المالي للخدمة المقدمة أصبح اليوم جائز، وفي العديد من العقود كالعقد الذي يربط المحامي بموكله مثلا[746]أو عقد وكالة الأعمال، إذ يعتمد القاضي على ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية من أجل التّخفيض من المقابل المتفق عليه بين أطراف[747].

**2: مراقبة توازن العقد في حالة تحديد المقابل المالي بصفة منفردة**

أصبح للقاضي اليوم دور كبير لمراقبة توازن العقد عند التحديد الانفرادي للمقابل المالي للخدمة، إذ يجوز في ظل التّطورات الحديثة لنظريّة العقد أن يتفق المستفيد من الخدمة مع مقدمها على أن يتولى هذا الأخير تحديد المبلغ المستحق بصفة منفردة، ويكون للمستفيد في حالة تجاوز المبلغ المعقول رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض، ورغم توجه مختلف التشريعات المقارنة إلى هذه الآلية في تحديد المقابل المالي للخدمة إلا أنّ المشرّع الجزائري لم يعترف بها في التّقنين المدني على عكس المشرّع الفرنسي.

اعترف المشرّع الفرنسي صراحة بهذا الطريقة لتحديد المقابل المالي في بعض العقود من خلال نص المواد 1164 [748]، 1165 [749] من التّقنين المدني، حيث سمح في عقود الإطار وعقود

---

[746] Cass. Civ. 1ere,03 mars 1998, N° 95-15.799, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 57. *« Attendu que le second de ces textes ne saurait faire obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu ».*

[747] MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », Op.cit., p. 14. *« ...En effet, comme on l'a déjà dit, ici comme ailleurs, le juge use avec sagesse et mesure de son pourvoir de révision ; il respecte le contrat, tout autant qu'il le révise. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un œil rapide sur la jurisprudence relative à la réduction des honoraires des mandataires, des agents d'affaires et des membres des professions libérales, laquelle prend « appui sur le fait que les conventions s'exécutent de bonne foi » ».*

[748] L'article 1164 du Code civil français stipule que : *« Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. ».*

[749] L'article 1165 du Code civil français stipule que : *« Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. ».*

تقديم الخدمات بتحديد المقابل المالي بصفة انفرادية، ويبقى على المتعاقد الذي حدد المبلغ تبريره في حالة النّزاع[750].

يتّضح من خلال ما سبق أنّ سلطة القاضي تتمثّل في تقدير قيمة التّعويض المستحقة للطرف المضرور من التحديد التعسّفي للمقابل المالي، هذا الموقف الذي اتّخذه المشرّع الفرنسي يوحي بالحذر الشديد من تدخّل القاضي في العقد، لأنّ في الواقع القاضي الذي يحكم بالتعويض للطرف الآخر يكون قد عوّض هذا الأخير عن الضّرر الذي حصل به جراء التعسّف في تحديد المقابل المالي من طرف مقدم الخدمة، لكن عمليا لم يتدخّل من أجل تعديل العقد، وكان من الأجدر الاعتراف الصّريح للقاضي بسلطة تعديل العقد خاصة إذا كان النّزاع يتعلق بالعقود ذات التّنفيذ المستمر لمدة طويلة نسبيا كعقود التوريد مثلا.

كما أكّدت محكمة النّقض الفرنسيّة على إمكانية تدخّل القاضي من أجل تعديل الثّمن الذي تمّ تحديده بصفة منفردة من طرف أحد المتعاقدين، إذا رأى في ذلك تجاوز للحد المعقول مثلما، وهو الموقف الذي اتخذته الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة في قرار لها سنة 2014،لما اعتبرت أنّ شركة مختصة في توريد لحم الحلزون تعسّفت في استعمال حقها في تحديد ثمن المبيع لأحد زبائنها، بالتّالي أحقية قضاة الموضوع الحكم بالتعويض للطرف المضرور[751].

من جانب آخر، تدارك مجلس الأمة الفرنسي إغفال الأمر المتضمن تعديل التّقنين المدني الفرنسي، لما أضاف إلى إمكانية الحكم بالتعويض لمصلحة المتضرر من التحديد الانفرادي للثمن، إمكانية الحكم بالفسخ القضائي للعقد، من خلال نص المادة 7 من مشروع القانون المتضمن المصادقة على الأمر 2016-131[752].

---

[750] عثماني بلال، المرجع السّابق، ص 436.

[751] Cass Com., 04 novembre 2014, N° 11-14026 *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029745449&fastReqId=29489764&fastPos=1/ Consulté le 01/10/2017. V. en commentaire de cet arrêt : Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », R.D.C., N° 2, 2015, p. 233 / Alain BENABENT, Droit des obligations, 15 éd., LG.D.J.-Lextenso, Paris, 2016, p. 133.

[752] Senat français, texte N° 5 du 17/10/2017, portant projet de loi ratifiant l'ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de

## الفرع الثاني

## حُسن النيّة أداة لضبط سلوك المتعاقدين عند التنفيذ

أشار الأستاذين فيليب لوتورنو (LETOURNEAU Philippe) وماثيو بومراد (POMERADE Mathieu) إلى دور حُسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد باعتبارها أداة لمراقبة سلوك المتعاقدين[753]، إذ يمكن الاطلاع من خلال هذه الدراسة إلى كيفية استعانة القاضي في العديد من الحالات بحُسن النيّة لتبرير تدخّله ومراقبة سلوك المتعاقدين بفرض واجبين أساسيين وهما واجب الوفاء (أولا) وواجب التّعاون (ثانيا).

### أولا: واجب الوفاء عند تنفيذ العقد

يعتبر واجب الوفاء من أهم صور الالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد، ورغم إشارة جانب من الباحثين[754] إلى أنّ واجب الوفاء يتجاوز في بعض الحالات الالتزام بحسن النيّة إلا أنّه يبقى الوفاء عنصر أساسي من عناصر مفهوم حُسن النيّة في العقد[755]، إذ يتطلب هذا الواجب العمل على تنفيذ العقد بأكمل وجه وضمان أكبر قدر ممكن من الفعّالية لكلا الطّرفين، ويمكن تكريس واجب الوفاء من خلال العديد من الواجبات في مرحلة التنفيذ.

#### 1- واجب المثابرة في تنفيذ العقد

يقع على كلا طرفي العقد واجب المثابرة في تنفيذه على أكمل وجه، حيث يأخذ هذا الواجب الذي يفرض نفسه على المتعاقدين أساسه في بعض المبادئ المشار إليها، كضرورة أخذ مصلحة المتعاقد الآخر محل اعتبار عند تنفيذ العقد، أو العمل على تنفيذ العقد على نحو يحقق أكثر فعّالية بالنّسبة للمتعاقد الآخر.

---

la preuve des obligations, *in* http://www.senat.fr/leg/tas17-005.pdf/ Consulté le 10/01/2018. L'article 7 stipule que : *« La sous-section 3 de la section 2 du chapitre II du sous-titre Ier du titre III du livre III du Code civil est ainsi modifiée :… « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. » ; ».*

[753] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 23.

[754] PROD'HOMME Nadine, « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque ? », L.P.A., N° 234, 24 novembre 2011, p. 32.

[755] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 24.

يمكن الإشارة لتكريس واجب الوفاء للمادة 589 من التّقنين المدني في عقد الوكالة والتي تنص على أنّه:" *يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها بحيث لا تتعرض للتلف وذلك على أيّ وجه تنتهي به الوكالة"*، حيث يتّضح من النص أنّ المشرّع يُلزم الوكيل بمواصلة العمل الذي بدأه إلى غاية التحقّق من سلامته من الهلاك، مهما كانت الطريقة التي انتهت بها الوكالة، ويُفهم من ذلك أنّه في حالة إنهاء الوكالة من طرف الموكِّل وجب على الوكيل الاستمرار في تنفيذ عقد الوكالة مراعاة لمصلحة الطّرف الآخر.

من جانب القضاء، يتجلّى واجب المثابرة في تنفيذ العقد في العديد من قرارات محكمة النّقض الفرنسيّة ومنها قرار الغرفة التّجارية سنة 2014، لما قضت بمسؤولية شركة قلّصت إلى حد كبير من طلباتها تجاه أحد موردِيها خلال فترة الإشعار السّابق عن فسخ العقد معتبرة أنّه يجب على الشّركة مواصلة تنفيذ العقد خلال هذه الفترة على الوتيرة نفسها التي كانت عليه قبل هذا الإشعار تطبيقا للالتزام بحُسن النيّة في تنفيذ العقد[756].

ذكّرت الغرفة التّجارية في القرار، أنّه يقع على طرفي العقد تنفيذ ما تضمّنه منذ البداية إلى غاية زواله وبحسن نية، وقد أشار الأستاذ جيستان (GHESTIN) عند التعليق على القرار، أنّ أيّ تغيير في نمط تنفيذ العقد خلال فترة الإشعار المسبق على الفسخ يعتبر مخالفة للوفاء مما يستدعي تحميل الشّركة المخطئة المسؤولية المدنيّة تجاه الطّرف الآخر[757].

---

[756] Cass. Com, 07 octobre 2014, N° 13-21.086, Bull. Civ. N° 8, 2014, p. 179. *«Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'exécution contrat devait se poursuivre pendant la durée du préavis, l'arrêt retient que, qu'ayant relevé que, le préavis ayant commencé le 26 janvier 2011, la société Ovalis avait passé des commandes en février mais non en mars et, pour toute la durée du préavis, avait limité ses commandes sporadiques, les réduisant ainsi, sans motif valable, à 12 % du volume commandé sur une même durée pendant l'année 2010, année la moins productive de toute la période d'exécution du contrat, ...qu'en l'état de ces motifs, abstraction faite de tous autres surabondants, d'où il ressort que la société Ovalis n'a pas exécuté le contrat de bonne foi au cours du préavis, ... »*

[757] GHESTIN Jacques, « La résiliation unilatérale d'un contrat de fournitures », J.C.P. G., N° 10-11, 09 mars 2015, p. 506.

### 2- واجب اليقظة عند تنفيذ العقد

ينبغي على المهني التحلي باليقظة عند تنفيذ العقد، هذا الواجب أصبح اليوم أساس لمسؤولية المهني في بعض العقود خاصة في المجال المصرفي، وقد تعدّدت القرارات القضائية التي تفرض هذا الواجب منها على سبيل المثال ما قضت به محكمة استئناف رين (rennes) في قضية أب فتح لابنيه حسابين للادخار لدى أحد البنوك، متمتعا بحق تسيير هذين الحسابين باعتباره ولي القاصرين.

بعد مدة من الزّمن أقدم الأب على سحب أموال من الحسابين إلى غاية نفاد الرصيد ما أدّى إلى تدخّل مصلحة حماية القُصّر لرفع دعوى قضائية ضد الأب والبنك معا لتعويض القاصرين عن الأموال التي تمّ تبديدها، وقد حكمت المحكمة الابتدائية لفان (vannes) بمسؤولية الأب دون مسؤولية البنك، إلا أنّ محكمة استئناف رين (rennes) قضت بغير ذلك وألزمت البنك بتعويض القاصرين عن المبالغ المبددة وكذا الفوائد التي كان من حقهما الحصول عليها، على اعتبار أنّه كان على البنك أن يتحلّى باليقظة عند تنفيذ العقد، ورفض الاستجابة لطلب الأب بسحب هذه الأموال من حساب ادّخار القاصرين، لأنّ هذه العمليات مشبوهة ولم يسبق للأب أن قام بسحب هذه القيم المالية المعتبرة من حساب القاصرين[758].

---

[758] CA Rennes, 5eme Ch., 10 février 2016, N° 14/00931, https://www.lexis360.fr/Document/cour_dappel_rennes_5e_chambre_10_fevrier_2016_n_1400931/9mEFIbT9AAZdvMWpDeA4Y5MT4qaKGRxDtW-K1YDhKxc1?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTQm&rndNum=495186081&tsid=search6/ Consulté le 22/10/2017.*« Alors que les livrets A étaient ouverts au nom de deux mineurs et que ceux-ci n'avaient enregistré depuis leur ouverture aucun mouvement significatif, la banque aurait dû déceler que les deux mineurs avaient reçu en même temps des sommes importantes provenant d'une part, d'une société d'assurance sur la vie et d'autre part, d'un notaire et que les retraits conséquents et rapides de la part du père effectués dès le lendemain du dépôt et jusqu'à épuisement, constituaient une anomalie qu'elle aurait dû dénoncer.*
*Elle a manqué à son devoir de vigilance et a causé un préjudice' aux deux enfants de monsieur Christophe J. dont elle doit réparation. Elle sera, en conséquence, condamnée à leur rembourser les sommes dont la preuve du détournement est rapportée, soit la somme de 8 341,90 € au profit de François J. et celle de 8 340,90 € au profit de Chloé J., avec intérêts au taux légal à compter du 18 juin 2013, date de l'assignation. Les intérêts échus pour une*

يتّضح من القرار أنّ محكمة استئناف رين (rennes) حمّلت البنك مسؤولية الضّرر الحاصل للقاصرين بسبب إخلاله بواجب اليقظة، ورغم أحقيّة الأب بسحب الأموال باعتباره ولي القاصرين، إلا أنّه كان على البنك الانتباه إلى أنّ الأب كان يسحب أموال معتبرة (بالنّسبة لقضيّة الحال حوالي 16000 يورو خلال بضعة أيّام) والتحفّظ عن ذلك ولو على سبيل الحيطة، وفتح تحقيقات لمعرفة مآل هذه الأموال، فمسؤولية البنك تتجاوز حد مجرد مراقبة مدى صحة ومشروعية العمليات المصرفية، بل يجب كذلك الانتباه إلى مصلحة المتعاقد الآخر ورفض بعض العمليات لتجنيبه الضّرر الذي قد يحدث له.

### 3- واجب الشّفافية بين المتعاقدين

يفرض الالتزام بحسن النيّة عند تنفيذ العقد واجب الشّفافية[759]، إذ يقع عليهما التحلي بالوضوح في السلوك خلال هذه المرحلة التي تتجسد فيها المصلحة الشّخصية لكلا المتعاقدين، ورغم التعارض الواضح بين واجب الشفافية من جهة والحق في الحفاظ على سريّة بعض المعلومات خاصة في المعاملات الاقتصادية[760]، إلا أنّ النّظرية الحديثة للعقد تفرض على المتعاقدين بناء على الشّفافية الواجبة بينهما، تقليص مجال سريّة المعلومات مراعاة لمصالح الطّرف الآخر.

أشار الباحثون[761] إلى أنّ واجب الشفافية هو الوسيلة المثلى من أجل ردع بعض البنود الغامضة التي يستعملها المهنيين من أجل تحقيق مصالحهم والإضرار بمصالح الطّرف

---

*année entière seront capitalisés, conformément aux dispositions de l'article 1154 du code civil. »*

[759] البهجي عصام أحمد، الالتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2014، ص 82.

[760] LATREILLE Antoine, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », L.P.A., N°156, 07 aout 2006, p.15. *« La nature de l'information ne suffit pas à autoriser sa confidentialité. La conservation ou le partage du secret sont subordonnés à sa compatibilité avec l'ordre public, et notamment l'ordre public économique. L'inflation de la transparence entraîne inexorablement la régression du secret ».*

[761] VIGNAL Nancy, La transparence en droit privé des contrats (étude critique de l'exigence), P.U.A.M., Marseille, 1998, p. 88 et s.

الآخر، ومنها البنود التي تقيّد من حق المستهلك في فسخ العقد أو تلك التي تمنح للمهني أفضلية في تحديد المقابل المالي للعقد.

حضي واجب الشفافية بتكريس قضائي في بعض قرارات محكمة النّقض، على سبيل المثال ما قضت به الغرفة المدنيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة منحت لوكيل عقاري (agent immobilier) وكالة من أجل تأجير عقار معد للممارسة التّجارية، وقد جلب الوكيل العقّاري أحد الأشخاص من أجل استئجار العقّار إلا أنّ العقد لم يتم؛ بعد مدة زمنية اكتشف الوكيل العقّاري أنّ الشّركة قامت ببيع هذا العقّار للشّخص الذي قدّمه لاستئجاره، بينما كان عقد الوكالة لا يزال ساري المفعول، دون أن تكلّف الشّركة نفسها عناء إخبار الوكيل العقّاري بذلك والذي واصل عمله بالبحث عن مستأجر للعقّار، فطالب من الشّركة تعويض عن الأضرار التي لحقت به.

قضت محكمة النّقض الفرنسيّة بمسؤولية الشّركة الموكِّلة، إذ كان عليها إخطار الوكيل بتغيير موقفها وتفضيلها بيع العقّار عِوض تأجيره، وأنّ الأضرار النّاتجة عن مواصلة الوكيل تنفيذ عقد الوكالة على النحو المتّفق عليه تتحملها الشّركة الموكِّلة[762].

أكد أحد الباحثين[763] عند تعليقه على القرار أنّ الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض ألزمت الشّركة بتعويض الوكيل العقّاري بسبب اللامبالاة التي تعاملت بها، حيث تركته يواصل العمل والبحث عن مستأجر للعقار، في حين أنّها قامت ببيع هذا الأخير في تصرف يعبّر عن نقص الشّفافية في التّعامل من طرف الشّركة الموكِّلة.

---

[762] Cass. Civ. 1ere, 15 mai 2001, N° 98-20507, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007619261&fastReqId=601241437&fastPos=1/Consulté le 17/10/2017. *« Attendu qu'ayant relevé que le bailleur n'avait pas informé le mandataire de sa décision, prise pendant la durée du mandat, de ne plus louer les locaux litigieux mais de les vendre, laissant le mandataire accomplir ses diligences jusqu'au terme du mandat, la cour d'appel a pu en déduire que ce comportement était constitutif d'une faute ; d'où il suit que les moyens ne sont pas fondés. ».*

[763] THIOYE Moussa, « Devoir d'information à l'égard de l'agent immobilier », A.J.D.I., N°12, 2001, p. 1015.

### 4- واجب التّسامح بين الطرفين

يفرض الالتزام بحسن النيّة عند تنفيذ العقد واجب التّسامح بين المتعاقدين، إذ يقع على كل متعاقد التنازل عن جزء من حقه مراعاة لمصالح الطّرف الآخر، فواجب التّسامح يُوفّر نوع من المرونة في مواضع قد يؤدّي تطبيق القاعدة القانونية إلى جمود غير مرغوب فيه يؤدّي إلى إلغاء العامل الإنساني في الرّوابط بين الأفراد[764].

يكتسي الخروج عن واجب التّسامح في الواقع وجهين أساسيين مثلما أشار إلى ذلك الباحثون[765]، فقد يغتنم الدّائن أيّ إخلال للمدين بالتزاماته من أجل طلب فسخ العقد ويتحلل من التزاماته، كما قد يأخذ الإخلال بواجب التّسامح من جهة أخرى التعسّف في استغلال وضعية الضُّعف الذي يكون فيها المدين المخل بالتزاماته العقدية.

رغم أنّ واجب التّسامح لم يحض بإجماع الفقه مثلما أشار إلى ذلك أحد الباحثين[766]، إلا أنّ القضاء الفرنسي استعان به في العديد من القرارات، من بينها قرار الغرفة المدنيّة الأولى لمحكمة استئناف غرونوبل (Grenoble) في قضية تتلخّص وقائعها أنّ بنك قام بإسقاط الأجل الذي كان ساريا في عقد قرض لفائدة أحد زبائنها بسبب عدم دفعه لأقساط شهرين متتابعين، رغم أنّه لم يسبق له وأن أخل بالتزاماته من قَبل، وقد أيّدت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية لمّا قضت بعدم مشروعية الفسخ الذي أقدم عليه البنك، معتبرة أنّ هذا الأخير أخلّ بالتزامه بحُسن النيّة عند تنفيذ العقد، وألزمت من جهة أخرى المقترضين بمواصلة دفع الأقساط بصفة عادية إلى غاية نهاية الأجل المتّفق عليه بين الطّرفين[767].

---

[764] SKRZYPNIAK Helene, « La clause de tolérance », D., Chro., N° 4, 28 janvier 2016, p. 218. *« La tolérance introduit de la souplesse « là où le jeu des normes juridiques pourrait conduire à une rigidité malvenue des rapports humains, c'est-à-dire à une juridicisation, voire une juridictionnalisation, excessives » ».*

[765] PICOD Yves, Op.cit., p. 164.

[766] V. Skrzypniak Helene, Op.cit., p. 220.

[767] CA Grenoble, 1ere Ch. Civ., 19 janvier 2015, N° 12/02263, https://www.lexis360.fr/Document/cour_dappel_grenoble_1re_chambre_civile_19_janvier_2015_n_1202263/4Ark5hvUGpC-

تظهر أهمية القرار في أنّ محكمة الاستئناف بررت عدم مشروعيّة ما أقدم عليه البنك بالشّدة والصّرامة التي تعامل فيها مع موقف كان يقتضي نوع من اللّيونة، بالنّظر إلى "تفاهة الأقساط التي لم يتم الوفاء بها"[768]، مُعاتبة بصفة غير مباشرة عدم احترام البنك لواجب التّسامح الذي كان يفرض محاولة إيجاد حل ودّي بين الطّرفين، عِوض استغلال أوّل خطأ بسيط للمتعاقد الآخر من أجل فسخ العقد.

**ثانيا: واجب التّعاون**

يشكل واجب التّعاون أحد الرّكائز التي يلتفّ حولها الالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد وبتطبيقات متعدّدة[769]، إذ يعتبر الالتزام بالإعلام بمختلف درجاته من بين صور هذا الواجب، غير أنّ سبق دراسة هذا الالتزام يحيل للتركيز على الصّور الأخرى غير المعروفة والتي لا تقل أهمية من النّاحية العملية.

**1- العمل على تسهيل تنفيذ التزامات الطّرف الآخر**

يفرض واجب التّعاون على كلا الطّرفين العمل على تسهيل مهمة الطّرف الآخر عند تنفيذ التزاماته، ولا يقتصر دور المتعاقد في هذا الشّأن على الامتناع عن تصعيب مهمة المدين، بل يمتدّ إلى ضرورة العمل على تسهيل تنفيذ العقد[770]، ويبدو هذا الواجب أكثر وضوحا في عقد العمل، إذ

---

ZmTuIQwQUMSW8gYZI6nIZTbUXU4if0I1?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTE5Jg==&rndNum=227450937&tsid=search10/ Consulté le 11/11/2017.*« La banque qui s'est montrée intransigeante par rapport aux consorts R. a, de son côté, imputé par erreur les fonds destinés à régulariser les impayés sur le compte de monsieur Sébastien R..*
*Le prononcé de la déchéance du terme du contrat du 29 janvier 2008, sanction de la banque à l'égard de ces clients, est un manquement à l'exécution de bonne foi des contrats.*
*C'est donc à juste titre que le tribunal a dit que la déchéance du terme n'a pas été prononcée de manière loyale par la banque, l'a déboutée de ses demandes en paiement et a dit que les emprunteurs doivent respecter l'échéancier du prêt jusqu'à son terme contractuel. »*

[768] حيث استعملت محكمة الاستئناف في قرارها عبارة:

*« Dans ces conditions, au regard du prix escompté de la vente, le montant des 2 échéances impayées était dérisoire. »*

[769] ابو جميل وفاء حلمي، الالتزام بالتعاون (دراسة تحليلية وتأصيلية)، د.د.ن.، القاهرة، 1988، ص 20 وما بعدها.

[770] LE BRUN Christine, Op.cit., p. 9.

يقع على رب العمل توفير الإمكانيات المادية اللازمة والتي تسمح للعامل بتنفيذ الوظيفة المنسوبة إليه[771].

إذا كان يقع على المتعاقد بذل الجهد المناسب من أجل تسهيل مهمة المتعاقد الآخر عند تنفيذ العقد، فمن الأولى أن يمتنع عن أيّ تصرف يجعل من هذا التنفيذ مستحيلا[772] ويمكن الإشارة في هذا الصّدد إلى ما قضت به الغرفة الاجتماعية لمحكمة النّقض الفرنسيّة والتي حمّلت مسؤولية لرب عمل بسبب توقّفه عن توفير النّقل لعاملة كانت تعمل في الصّباح الباكر، بعدما وفّر لها ذلك لأزيد من 10 سنوات، معتبرة بأنّ رب العمل بتصرفه هذا قد أخلّ بالتزامه بحسن النيّة في تنفيذ العقد، وجعل من تنفيذ العاملة لالتزاماتها مستحيلا[773].

يشير الأستاذ جون سافاتيه (Jean SAVATIER) عند تعليقه على القرار أنّه لا يوجد في العقد أيّ بند يُلزم رب العمل بتوفير النّقل للعمّال، بالتّالي لا يمكن أنّ تقوم مسؤوليته على إخلال في تنفيذ العقد؛ غير أنّ قيامه بتوفير النّقل للعمال لفترة تفوق 10 سنوات ثمّ توقفه فجأة عن ذلك، يُعتبر إخلالا بحسن النيّة عند تنفيذ العقد، بما أنّ ساعات العمل كانت غير عادية، وقد أدّى تصرف رب العمل إلى جعل من تنفيذ العاملة لالتزاماتها مستحيلا بالنّظر لعدم توفّر النّقل العمومي في الصباح الباكر[774].

---

[771] VIGNEAU Christophe, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », R.D.S., 2004, p. 711.

[772] LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 28.

[773] Cass. Soc., 10 mai 2006, N° 05-42.210, Bull. Civ., N° 5, 2006, p. 164. *« Attendu, cependant, que le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi ;*

*Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'employeur, prenant en compte la spécificité de son travail d'inventoriste en équipe et l'horaire exceptionnel de prise du travail, faisait prendre la salariée depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et, cessant de la faire bénéficier de cet avantage lié à sa fonction, l'avait mise dans l'impossibilité de travailler, ce qui caractérisait un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »*

[774] SAVATIER Jean, « Obligation d'exécution de bonne foi. Violation justifiant la résiliation judiciaire demandée par le salarié », R.D.S, N° 7-8, 10 juillet 2006, p.803.

### 2- الالتزام بالتقليل من الضّرر عند تنفيذ العقد

اعترف المشرّع بصفة ضمنية بالتزام الدّائن بالتقليل من الضرر في حالة عدم تنفيذ المدين بالتزاماته، رغم أنّ هذا الالتزام لا يزال يثير جدلا واسعا في الفقه والقضاء، إلا أنّ العديد من الباحثين في الوقت الراهن يرَون ضرورة الاعتراف بهذا الالتزام بصفة صريحة على أساس حُسن النيّة في تنفيذ العقد.

**أ: اعتراف المشرع بالالتزام بالتقليل من الضرر**

لم يعترف المشرّع الجزائري صراحة بالتزام المتعاقد بالتقليل من الضرر، إلا أنّه بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بأحكام الالتزام، يمكن الإشارة إلى نص المادة 182 من التّقنين المدني فيما يتعلق بالتنفيذ عن طريق التعويض، حيث تنص المادة على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقررا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدّائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا **لم يكن في استطاعة الدّائن أنّ يتوقاه ببذل جهد معقول**" .

يظهر من خلال النص السالف الذكر أنّ المشرّع يحصر الضرر الواجب التعويض عليه في الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في وسع الدّائن توقيه، أي بمفهوم المخالفة يمكن للقاضي التقليل من قيمة التعويض إذا رأى بأنّه كان من الممكن على الدّائن تفادي تفاقم الضرر ببذل جهد معقول.

**ب: جدلية الاعتراف بوجود التزام بتقليل الضرر**

يرى جانب من الباحثين في فرنسا[775] أنّه لا وجود لأي التزام يقع على الدّائن من أجل التّقليل من الأضرار النّاتجة عن إخلال المدين بالتزاماته العقدية، وقد أكّدت محكمة النّقض الفرنسيّة صراحة على رفض هذا الالتزام في قرار لها سنة 2013 في قضية تتلخّص وقائعها أنّ مقاول ارتكب خطأ عند تشييد بناية، إذ ظهرت بعد مدة زمنية وجيزة تشققات، فثار نزاع بين المقاول ومالك البناية وتبيّن بعد الخبرة أنّه كان بإمكان مالك البناية تفادي تفاقم الأضرار لو اتّخذ الحيطة

[775] DESHAYES Olivier, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », R.D.C., N° 3, 2010, p. 1140.

اللازمة، فقضت محكمة استئناف بواتييه (Poitiers) بتقليص قيمة التّعويض المستحقة للمالك، إلا أنّ محكمة النّقض ألغت القرار وأكّدت صراحة بأنّه لا يقع على الضّحية أيّ التزام بالتقليل من الضّرر الحاصل بها مراعاة لمصلحة المسؤول عن الضرر[776].

يَظهر من خلال القرار التحفّظ الكبير لمحكمة النّقض الفرنسيّة على إدراج التزام للدّائن للحد أو التقليل من الضّرر مراعاة لمصلحة المدين، معتبرة أنّ هذا الأخير مسؤول بالتعويض عن الضّرر كاملا طالما أنّه نتيجة مباشرة لخطئه، وقد أشار الأستاذ (مصطفى مكّي) عند تعليقه على القرار، أنّ محكمة النّقض فصلت في الموضوع برفض الاعتراف بهذا الالتزام، ويبقى ذلك حسب رأيه خصوصية للقانون الفرنسي بالنّظر إلى التشريعات الأوروبية المقارنة التي اعترفت في معظمها بهذا الالتزام[777].

**ج: التوجه نحو الاعتراف الصريح بالالتزام بالتقليل من الضّرر**

أصبح الالتزام بالتقليل من الضّرر معترف به في مختلف القوانين المقارنة خاصة في النّظام الانجلوسكسوني، والتي ترى في هذا الالتزام المعروف تحت تسمية ( duty to mitigate damages) أساسا للعلاقة بين المتعاقدين خلال تنفيذ العقد، ويرى الباحثون[778] أنّه كان للقضاء في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية دور كبير في ظهور وتطور هذا الالتزام، إلى أن أصبح اليوم يشكّل عنصرا أساسيا في المعادلة التّعاقدية[779].

---

[776] Cass. Civ. 3eme, 10 juillet 2013, N° 12-13851, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027706781&fastReqId=855886894&fastPos=1/ Consulté le 17/11/2017 *« Qu'en statuant ainsi, alors que l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».*

[777] MEKKI Mustapha, « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage ! », Gaz. Pal., Juris., N° 318, 14 novembre 2013, p. 3824.

[778] REIFEGERSTE Stéphan, Pour une obligation de minimiser le dommage, P.U.A.M., Marseille, 2002, p. 34 et s.

[779] DESHAYES Olivier, « « Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? » – Une question mal posée », R.D.C., N° 1, 2014, p. 27.

عرف الالتزام بالتقليل من الضّرر تكريسا واسعا في التّقنينات الأوروبية المقارنة وبصفة صريحة، على غرار التّقنين المدني الألماني في نص المادة 254 فقرة 2[780] أو المادة 1227 من التّقنين المدني الايطالي[781]والأمثلة متعددة في هذا الشأن لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر[782] ولعل الضغط الذي مارسه جانب من الباحثين في فرنسا[783] للاعتراف بهذا الالتزام أتى بثماره، إذ بالرجوع إلى المادة 1263 من مشروع تعديل قانون المسؤولية المدنيّة[784]، فنجدها تنص على تخفيض المبلغ المستحق للمتضرر إذا لم يتخذ الإجراءات اللازمة من أجل منع تفاقم الضرر، بمفهوم المخالفة لا يجوز للمتضرر الحصول على تعويض عن الأضرار التي كان يمكن تفاديها ببذل جهد معيّن لتفادي تفاقم الضرر.

---

[780]LEGEAIS Raymond et Al., Op.cit., p. 86. *« Il en est ainsi même lorsque la faute de la victime … ou d'avoir omis d'écarter ou de diminuer le dommage… »*

[781] Code civil Italien, *in* http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm/Consulté le 17/01/2018. Article 1227 stipule que:*«Il risarcimento non è dovuto per i danniche il creditoreavrebbepotutoevitareusando l'ordinariadiligenza » traduit faite via google translate: « … L'indemnisation n'est pas due au dommage que le créancier aurait pu éviter en utilisant la diligence ordinaire »*

[782]V. THIRIEZ Pierre-Yves, « La mitigation ou l'obligation pour la victime de minimiser son dommage : une exception française », Gaz. Pal., N° 343, 09 décembre 2014, p. 3632 et s.

[783]LE TOURNEAU Philippe et Al., Droit de la responsabilité…, Op.cit., p. 67.

[784] Ministère français de la justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Projet de réforme de la responsabilité civile mars 2017, *in*http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf/ Consulté le 11/11/2017. L'article 1263 du projet de réforme stipule que : *« Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »*

## المبحث الثاني

## نظريّة الظّروف الطّارئة نموذج لحسن النيّة عند تنفيذ العقد

تعددت صور حُسن النيّة عند تنفيذ العقد على النحو المشار إليه سابقا، غير أنّ نظريّة الظّروف الطّارئة كرّست بكل وضوح معاني وأهداف الالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد وما زاد من الأمر أهمية هو الجدل الذي تثيره هذه النّظرية في وقتنا المعاصر، مما يبرر ضرورة دراسة هذه النّظرية بنوع من العمق لفهم العناصر التي تثير الإشكالات القانونية مصدر الجدل الفقهي.

ينبغي من أجل الإحاطة بنظريّة الظّروف الطّارئة، الوقوف على واقعها في ظل التطورات الحديثة للعقد، إذ أضحت اليوم ضرورة للمحافظة على كيانه في ظل تعدّد الأسباب التي قد تهدّد فعاليته (المطلب الأوّل).

غير أنّ الجدل الفقهي الذي صاحب النّظرية ساهم في خلق نوع من الاضطراب عند إعمالها، من خلال فرض شروط متعدّدة لقيامها، والتّضييق من مجال مناورة القاضي في حالة اختلال توازن العقد، ما قد يُفقد النّظرية أهميّتها العملية (المطلب الثاني).

### المطلب الأوّل

### واقع نظريّة الظّروف الطّارئة

أضحت نظريّة الظّروف الطّارئة مرفوضة في ظل النّظرية التقليدية للعقد، إذ كان من المستبعد تصور تدخّل القاضي لتعديل ما تمّ الاتّفاق عليه، غير أنّ الوضع الحالي في المجتمع لم يبق بتلك البساطة التي كان يُعرف بها آنذاك، ما أدّى إلى فتح المجال أمام تصوّر حديث والعمل من خلالها على التخفيف من مفعول المفاهيم التقليدية وسط جدل فقهي لا يزال يحتفظ بنوع من الحدّة في الوقت الراهن (الفرع الثاني).

إلا أنّه وقَبل التطرّق إلى هذا الجدل، يبدو ضروريا تسليط الضوء على الإطار المفاهيمي لنظريّة الظّروف الطّارئة، من أجل إرساء قواعد صلبة لفهم مضمون النّظرية والإشكالات القانونية المحيطة بها (الفرع الأوّل)

## الفرع الأوّل

## تحديد الإطار المفاهيمي لنظريّة الظّروف الطّارئة

يفرض تحديد الإطار المفاهيمي لنظريّة الظّروف الطّارئة الوقوف على مفهومها بالرجوع إلى الآراء الفقهية (أولا)، مع ضرورة التّمييز بين مفهوم النّظرية وبعض المفاهيم المشابهة لها (ثانيا).

### أولا: مفهوم نظريّة الظّروف الطّارئة

ينبغي قبل التطرّق إلى التعريف الفقهي لنظريّة الظّروف الطّارئة، الرجوع ولو بإيجاز إلى ظهورها في القانون الروماني والذي كان له تأثير كبير لرسم معالم التّقنين المدني على النّحو الذي نعرفه حاليا.

#### 1- ظهور نظريّة الظّروف الطّارئة

أكّد الباحثون[785]على ظهور ملامح نظريّة الظّروف الطّارئة منذ القانون الروماني[786] ولو بصفة غير مباشرة مثل الاعتراف بحق المدين في التحلّل من التزاماته في حالة تغيّر الظّروف خلال تنفيذ العقد، كما تشير بعض الدراسات إلى إمكانية استناد المدين على هذه النّظرية في

---

[785] محمد محي الدّين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 26.

[786] وذلك رغم إنكار بعض الباحثين لاعتراف القانون الروماني بنظريّة الظّروف الطّارئة، راجع بن حيي شارف، "ضرورة إسقاط الشّرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، عدد 4، 2010، ص 47. انظر كذلك:

BOMSEL, La théorie de l'imprévision en droit civil français, thèse pour le doctorat, université de Paris, 1922, p. 13.

حالة حدوث ظروف غير متوقّعة أدّت إلى استحالة تحقّق الغاية من إبرام العقد على النحو الذي كان من المنتظر تنفيذه في الظّروف العادية، والمثال على ذلك سماح القانون الروماني للقاضي بالتدخّل من أجل تعديل عقد الإيجار، بتخفيض قيمة بدل الإيجار المستحق لمالك الأرض الفلاحية وفقا لما يراه مناسبا وبحسن نية، إذا قلّة غلّة الأرض لسبب لا يد للمستأجر فيه[787].

يظهر كذلك أثر نظريّة الظّروف الطّارئة في العصور الوسطى على يد رجال الدّين في شكل قاعدة معروفة آنذاك تحت تسمية rebus sic stanibus، والتي تعني أنّ المتعاقد يعبّر عن رضاه في إبرام العقد بالنّظر إلى وقائع معروفة بالنّسبة إليه أو يمكن توقع حدوثها في المستقبل بحسب السّير العادي للأمور، بالتّالي يجوز للقاضي التدخّل من أجل إعادة التّوازن للعقد في حالة حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة أدّت إلى تغيّر التّوازن المالي للعقد[788].

### 2- مضمون نظريّة الظّروف الطّارئة

تعدّدت الآراء الفقهية التي حاولت تحديد مضمون نظريّة الظّروف الطّارئة[789]، إلا أنّ اغلبها تتفق على أنّه: *"اختلال توازن العقد بسبب عوامل لم يكن بوسع المتعاقدين توقّع حدوثها عند إبرام العقد"* [790]، فالظّرف الطّارئ حالة استثنائية عامة تطرأ خلال مرحلة تنفيذ العقد وتؤثّر على توازنه، بحيث تجعل من تنفيذ التزامات المدين مرهقا يتطلب تدخّل القاضي لإعادة توازنه[791].

---

[787] ANCEL Pascal, « Imprévision », Rep. Civ., Mai 2017, p. 5.

[788] DEROUSSIN David, Op.cit., p. 475.

[789] LABROT Émilie, L'imprévision (étude comparée droit public-droit privé des contrats), l'Harmattan, Paris, 2016, p. 23/ FABRE-MAGNAN Muriel, Op.cit., p. 555./ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 515.

[790] MOURALIS Jean Louis, « Imprévision », Rep. Civ., septembre 2003, p. 2. *« Ainsi peut-on définir l'imprévision comme la situation où, à la suite d'événement imprévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établi entre leurs prestations se trouve rompu. »*

[791] دالي بشير، " سلطة القاضي في تحقيق التّوازن العقد في إطار نظريّة الظّروف الطّارئة"، مجلة القانون، المركز الجامعي غليزان، عدد 6، 2016، ص 139.

**ثانيا: تمييز الظّروف الطّارئة عن المفاهيم المشابهة لها**

يجب من أجل تحديد الإطار المفاهيمي لنظريّة الظّروف الطّارئة بدقّة، فصلها عن المفاهيم القانونية المشابهة لها كالقوّة القاهرة والغبن في بيع العقّار.

**1- تمييز الظّروف الطّارئة عن القوّة القاهرة**

تبدو الحدود متقاربة بين الظّروف الطّارئة من جهة والقوّة القاهرة من جهة أخرى، ففي كلتا الحالتين يتعلق الأمر بتغيّر في ظروف العقد بعد إبرامه مع عدم إمكانية توقع ذلك غير أنّه إذا كانت القوّة القاهرة تجعل من تنفيذ العقد مستحيلا، فالظّروف الطّارئة تجعل ذلك ممكنا إلا أنّه مرهق بالنّسبة للمدين حيث تهدّده بخسارة فادحة، هذه الأخيرة قد تأخذ صور متعدّدة كأن يكلّف تنفيذ العقد أكثر مما كان متوقعا، أو أن ينخفض المقابل الذي سيحصل عليه المدين بالمقارنة مع ما كان ينتظر الحصول عليه، أو أن يستوجب تنفيذ العقد بعد الظّروف الطّارئة وقتا أطول أو جهدا أكبر[792].

يظهر كذلك الفرق بين القوّة القاهرة والظّروف الطّارئة من حيث الأثر المترتب عن كليهما، ففي حالة القوّة القاهرة يجوز للقاضي إعفاء المدين من المسؤولية النّاتجة عن عدم تنفيذ التزاماته، في حين لا يجوز للمدين التوقّف عن تنفيذ العقد خلال فترة حدوث الظّروف الطّارئة إلى غاية إيجاد حل للوضعيّة التي هو فيها[793].

إلا أنّ التّمييز بين القوّة القاهرة والظّروف الطّارئة قد يصعب في الواقع العملي بالنّظر إلى الحد الضيّق بين استحالة التّنفيذ من جهة والتّنفيذ المرهق إذا بلغ درجة كبيرة من الإرهاق، إلى درجة أنّه في القانون الانجليزي مثلا لا يتم الفصل بين النّظريتين، بل تمّ دمجهما تحت عبارة (*frustration theory*) ، والتي تُعبِّر على تغيّر الظّروف في العقد على نحو يصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا أو عسيرا إلى درجة فقدان العقد للتّوازن الاقتصادي الذي أُبرم به[794].

---

[792] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 3.

[793] Ibid.

[794] MULCAHY Linda, Contract law in perspective, 5eme éd., Taylor & Francis e-Library, London, 2008, p. 127.

### 2- تمييز الظّروف الطّارئة عن الغبن

يرى جانب من الباحثين[795] أنّ نظريّة الظّروف الطّارئة عند تنفيذ العقد تقابلها نظريّة الاستغلال والغبن في مرحلة إبرامه، لكن ما عدى عدم توازن التزامات المتعاقدين الذي تشترك فيه النّظريتين، فإنّ الفرق شاسع بينهما، فمن جهة الغبن يجعل من العقد قابل للإبطال منذ إبرامه، غير أنّه في نظريّة الظّروف الطّارئة فالعقد ينشأ صحيح ويبقى كذلك حتى بعد حدوث الظّرف الطّارئ، والدّليل على ذلك هو استمرار المدين في تنفيذ العقد خلال المرحلة التي تسبق الاتّفاق على تعديل العقد أو الحكم القاضي بتعديل العقد أو إنهاء أثره.

من جانب آخر، يظهر أنّ الطّرف المستغَّل أو المغبون يرمي من خلال دعواه إلى إبطال العقد بسبب العيب الذي يشوبه، في حين أنّ المدين في حالة الظّروف الطّارئة يرمي إلى المحافظة على العقد من خلال طلب إعادة التّوازن بين الالتزامات[796]، بالإضافة إلى أنّ سبب عدم التّوازن في الغبن يعود لظرف داخلي في العقد، في حين أنّ الظرف الطارئ هو ظرف خارجي، إذ لا دخل للمتعاقدين في حدوثه.

رغم الاختلافات المشار إليها سابقا، قد يحدث خلط بين الغبن والظّروف الطّارئة خاصة بالنّسبة للتشريعات التي لم تعترف صراحة بهذه الأخيرة كالمشرّع الفرنسي (قبل تعديل 2016) الذي اعترف بصفة غير مباشرة بنظريّة الظّروف الطّارئة تحت غطاء نظريّة الغبن، وأحسن مثال على ذلك نص المادة 1675 فقرة 2 من التّقنين المدني[797] والتي تحدّد تاريخ الأخذ بالغبن في الوعد بالبيع بتاريخ إبرام العقد لا بتاريخ الاتّفاق على الوعد، أيّ أنّه في حالة تغيّر الظّروف خلال الفترة الممتدة بين تاريخ إبرام الوعد بالبيع وتاريخ إبرام عقد البيع وترتب عن ذلك ارتفاع أو انخفاض قيمة العقّار المبيع، وجب الأخذ بالتغيّر الحاصل لإعمال نظريّة الغبن إن توفّرت شروطها[798].

---

[795] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السّابق، ص 515.

[796] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 3.

[797] Article 1675 paragraphe 2 du Code civil français : *« En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation. »*

[798] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 517.

يظهر جليا أنّ المشرّع الفرنسي يعترف بصفة غير مباشرة بنظرية الظّروف الطارئة في النّص السّابق، بترتيب أثر قانوني عن تغيّر الظّروف بين تاريخ الوعد بالبيع وتاريخ إبرام العقد النّهائي، إذ يتم الأخذ بعين الاعتبار قيمة العقار عند تاريخ إبرام العقد لا عند تاريخ الوعد بالبيع.

## الفرع الثاني

## الجدل حول الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة

تظهر أهمية دراسة نظريّة الظّروف الطّارئة من خلال الجدل الفقهي الذي تثيره في ظل تباين اعتراف مختلف التشريعات بها، ولعل معظم نقاط الخلاف تتعلّق بالشّروط هذه الأخيرة وكذا الدّور الذي يلعبه القاضي في حالة حدوث ظروف جعلت من تنفيذ العقد مرهقا لأحد الأطراف.

### أولا: الجدل الفقهي حول نظريّة الظّروف الطّارئة

اختلفت الآراء الفقهية حول الاعتراف بنظرية الظّروف الطّارئة بحسب المذاهب الفكرية التي ينتمي إليها الفقهاء، فمنهم من عارض على الأفكار التي تحملها بسبب انتهاكها المبادئ التّقليدية للعقد كسلطان الإرادة والقوّة الملزمة للعقد، في حين ناد البعض الآخر بضرورة العمل على رسم حدود جديدة لنظريّة العقد من خلال إدراج بعض المفاهيم الحديثة ومنها نظريّة الظّروف الطّارئة.

#### 1- الفقه المعارض لنظريّة الظّروف الطارئة

تعود معارضة الفقه لنظريّة الظّروف الطّارئة إلى مساسها بالأمن القانوني للعقد من خلال إعادة النّظر في قوته الملزمة، كما أنّ النّظرية لا تستند إلى أيّ أساس قانوني من أجل تغيير ما اتفق عليه المتعاقدين.

##### أ- القوّة الملزمة للعقد

أكّد الباحثون[799] أنّ الفقه الرّافض لتعديل العقد بسبب الظّروف الطّارئة يرى بأنّها تتعارض مع القوّة الملزمة للعقد من الجانب الأخلاقي والاقتصادي؛ فمن الجانب الأخلاقي، يظهر أنّ

[799] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 4.

حُسن النيّة عند التّنفيذ تفرض على الطّرفين تنفيذ العقد وفقا لما اتفقا عليه في مرحلة المفاوضات، كما يُمنع على القاضي إعمالا بالمبدأ نفسه تعديل العقد ولو بسبب اختلال التّوازن الاقتصادي[800]، أمّا من الجانب الاقتصادي، فالعقد يعتبر في الواقع مشروع اقتصادي بالنّسبة لطرفيه، بالتّالي يجب على كل واحد منهما تحمّل الخسائر التي قد تنجر عن عدم نجاح المشروع سواء كان ذلك لسبب داخلي أو خارجي عن العقد[801].

غير أنّ صحة هذا التبرير نسبية جدا، بما أنّ الالتزام بحُسن النيّة عند تنفيذ العقد يفرض على الطّرفين تنفيذه وفقا لتطلّعات الطّرف الآخر والغاية المنتظرة من إبرامه[802] بالتّالي فالقوّة الملزمة للعقد لا يمكن أن تقف عائقا أمام إمكانية تعديل العقد بسبب الظّروف الطّارئة، طالما أنّ الغاية من التّعديل هو المحافظة على مصلحة المدين تبعا لما كان متوقّعا من طرفه عند إبرام العقد[803].

يظهر كذلك أنّ سبب رفض نظريّة الظّروف الطّارئة هو الخوف من تدخّل القاضي في العقد والمساس بالأمن التّعاقدي، أي أنّ القاضي هو مصدر اضطراب بالنّسبة للعقد والمتعاقدين، إلا أنّه من الصعب قبول هذه الحجّة على أساس أنّها تؤدي إلى الاعتراف بصحة عقد اختلّ توازنه لسبب لا يمكن التّحكم فيه ولا توقّعه عند إبرام العقد، وعدم الاعتراف للقاضي بسلطة إعادة التّوازن للعقد، علما أنّ قراراته تبقى دائما خاضعة للرّقابة من طرف المحكمة العليا، فإذا كان أساس رفض تدخّل القاضي هو حماية توازن العقد على النحو الذي أراده المتعاقدين عند إبرام العقد، فمن الأولى الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة من أجل الحماية الفعليّة لهذا التّوازن.

---

[800] COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie, Op.cit., p. 539.
[801] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 4.
[802] AYNES Laurent, « Le devoir de renégocier », R.J. Com., N° 11, 1999, p. 16.
[803] THIBIERGE Louis, Le contrat face à l'imprévu, Economica, Paris, 2011, p. 398.

**ب- انعدام الأساس القانوني لنظريّة الظّروف الطارئة**

يشير أحد الباحثين[804] إلى أنّ الفقه الرافض لنظريّة الظّروف الطّارئة برروا موقفهم بعدم إمكانية دمجها في المبادئ العامة التي تحكم العقد، من بينها نظريّة التعسّف في استعمال الحق، إذ لا يمكن إعمال هذه الأخيرة لتبرير نظريّة الظّروف الطّارئة، لأنّ الدّائن لم يرتكب أيّ خطأ عند مطالبة المدين بتنفيذ العقد وفقا لما تمّ الاتّفاق عليه عند إبرامه، من جانب آخر لا يمكن أن تكون نظريّة الإثراء بلا سبب أساسا لنظريّة الظّروف الطّارئة، كون أنّ إثراء الدّائن في هذه الأخيرة له سبب مشروع وهو العقد الذي ابرمه مع المدين[805]، والواقع أنّ هذا الموقف الذي تبنّاه مؤيدي النّظرية التقليدية للعقد يعود أساسا إلى اعتبار الظّروف الطارئة خروجا صريحا عن مبدأ سلطان الإرادة، في ظل عدم إمكانية تبرير تدخّل القاضي لإعادة توازن العقد[806].

**2- ضرورة الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة**

بات من الضروري في الوقت الرّاهن الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة تماشيا مع التّطورات الحديثة لنظريّة العقد، وقد تعدّدت الأسس القانونية التي يمكن الاعتماد عليها من أجل تبرير تدخّل القاضي لإعادة توازن العقد.

**أ- الالتزام بحُسن النيّة أساس لنظريّة الظّروف الطّارئة**

يشير الباحثون[807] إلى أنّ الالتزام بحُسن النيّة عند تنفيذ العقد من بين أهم الأسس التي يَعتمد عليها الفقه من أجل تبرير تدخّل القاضي في حالة اختلال توازن العقد بسبب الظّروف الطّارئة إذ بالرجوع إلى الأفكار التي يقوم عليها هذا الالتزام لا سيما فكرة التّضامن بين

---

[804] MOURALIS Jean Louis, Op.cit., p. 5.

[805] Ibid.

[806] عياد عبد الرحمان، أساس الالتزام العقدي: النظرية والتطبيقات، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 1972، ص 366.

[807] FRELETEAU Barbara, Devoir et incombance en matière contractuelle, LG.D.J.-Lextenso, Paris, 2017, p. 114./TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 517/ MOURALIS Jean Louis, Op.cit., p. 4/ ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 4 / LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, Op.cit., p. 22.

المتعاقدين أو ضرورة أخذ مصالح الطّرف الآخر محل اعتبار، نجده (أي الالتزام بحسن النيّة) يستوعب نظريّة الظّروف الطارئة التي تهدف إلى حماية لمصالح الطّرف الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقا، بفرض على الدّائن مشاركة المدين في الإرهاق إما بالإنقاص من التزامات المدين أو الزيادة من التزامات الدّائن[808]، على هذا الأساس تمّ اعتبار في بعض القوانين المقارِنة أنّ مطالبة الدّائن من المدين تنفيذ العقد بالرغم من اختلال توازن العقد خروج عن حُسن النيّة في ظل فراغ التزام الدّائن من أيّ مضمون[809].

يمكن تأكيد على الالتزام بحسن النيّة كأساس لنظريّة الظّروف الطارئة من خلال اجتهاد محكمة النقض الفرنسية، في هذا الصدد تجدر الإشارة لقرار الغرفة التّجارية لما استندت على الالتزام بحسن النيّة عند تنفيذ العقد لتحميل شركة بريتيش بتروليوم British Petroleum مسؤولية بسبب رفضها إعادة التّفاوض مع أحد موزّعي الوقود بعد تغيّر في الظّروف، معتبرة أنّ السّعر الذي تمارسه الشّركة مع موزعيها المعتمدين بالنّسبة لمادة البنزين بعد تغيّر الظّروف يقل بكثير السّعر الذي تبيعه به لهذا الموزّع ما يهدّده بخسارة فادحة[810].

**ب- قاعدة استقرار الظّروف كأساس لنظريّة الظّروف الطّارئة**

أشار جانب من الباحثين[811] إلى قاعدة استقرار الظّروف (rebus sic stantibus) من أجل إعمال القوّة الملزمة للعقد، ومضمون القاعدة هو تعليق أطراف العقد ضمنيا القوّة الملزمة للعقد عند إبرامه، على ضرورة استقرار الظّروف التي أُبرم فيها في مرحلة التنفيذ، بمفهوم المخالفة لا ترتّب القوّة الملزمة للعقد أثرها في حالة تغيّر الظّروف[812].

---

[808] رغم أنّ هذا الحل الثاني مستبعد من طرف المشرع الجزائري مثلما سيتم توضيحه.

[809] CARBONNIER Jean, droit civil (les biens-les obligations)…, Op.cit., p. 2180.

[810] Cass. Com, 03 novembre 1992, N° 90-18.547, Bull. Civ. N° 2, 1992, p. 241. *« Attendu, en second lieu, qu'ayant relevé ... la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi »*

[811] LABROT Émilie, Op.cit.,, p. 126.

[812] MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p. 404.

أُعيب على هذا التأسيس لنظريّة الظّروف الطّارئة قيامه على افتراض وليس على وقائع مادية يمكن التأكّد من وجودها، ما يجعل من هذا الأساس دون نجاعة، إلا أنّ هذا الانتقاد يمكن كذلك توجيهه لمعارضي النّظرية الذين يعترفون بوجود اتّفاق ضمني بين المتعاقدين على تنفيذ العقد وفقا لما تمّ الاتّفاق عليه ولو تغيّرت الظّروف الاقتصادية، مما يجعل من هذا الانتقاد في الواقع غير مجدي[813].

يظهر مما سبق أنّ قاعدة استقرار الظّروف تقترب في العديد من الجوانب من حسن النيّة عند تنفيذ العقد، إذ بتحليل الفكرة التي تقوم عليها هذه القاعدة، يمكن استخلاص وجه من أوجه حُسن النيّة عند التّنفيذ وهو تفسير العقد وفقا لما اتّجهت إليه النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على حرفيّة العبارات المستعملة، فاتّفاق المتعاقدين عند إبرام العقد على شروط معيّنة يُفسَّر على أنّه قبول إبرام العقد وفقا لاقتصاد معيّن للعقد، بالتّالي فإنّ تفسير العقد وفقا لما اتّجهت إليه النيّة المشتركة للمتعاقدين تؤدي إلى ضرورة الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة.

**ت- ركن السّبب أساس لنظريّة الظّروف الطّارئة**

يعتبر ركن السّبب من بين الأسس التي تمّ اقتراحها لنظريّة الظّروف الطّارئة والمقصود بالسّبب في هذا المقام هو سبب الالتزام وليس سبب العقد، على اعتبار أنّه في العقود الملزمة للجانبين إذا اختل التّوازن بين التزامات المتعاقدين إلى درجة غياب أيّ تناسب بينها، فانّ التزام المدين يصبح من دون سبب[814].

اعتمد القضاء الفرنسي على ركن السّبب لتبرير تدخّل القاضي في حالة اختلال توازن العقد ويمكن الاستدلال في هذا الصدد بقرار الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسيّة، والتي قضت بأنّ اختلال توازن اقتصاد العقد بسبب ارتفاع سعر مادة الحديد منذ 2006 وبصفة تلقائية ارتفاع سعر قطع الغيار، أدّى إلى اختلال التّوازن المالي للعقد بالمقارنة مع ما تمّ

[813] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 4.

[814] MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p. 405.

الاتّفاق عليه بين الطّرفين عند إبرام العقد، إلى درجة أن أصبح التزام المتعاقد المتضرّر من هذا التغيّر في الظّروف من دون مقابل، بالتّالي فإنّ قرار محكمة الاستئناف التي ألزمت المدين بمواصلة تنفيذ العقد تحت غرامة تهديدية مخالف للقانون[815].

يظهر من القرار أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة تربط بين اختلال اقتصاد العقد بسبب الظّروف الطّارئة والمقابل الذي يحصل عليه المتعاقد المتضرّر من هذا الاختلال، معتبرة أنّ غياب التناسب بين التزامات المتعاقدين هو غياب لركن السّبب، غير أنّ تأسيس نظريّة الظّروف الطّارئة على ركن السّبب يؤدّي في الواقع إلى إبطال العقد بسبب غياب ركن من أركانه، في حين أنّ الهدف الأساسي لنظريّة الظّروف الطّارئة هو بالعكس المحافظة قدر المستطاع على العقد، من خلال حث المتعاقدين على إعادة التّفاوض في ظل الظّروف الجديدة، أو تدخّل القاضي من أجل إعادة التّوازن، بالتّالي لا يمكن اعتبار ركن السّبب أساسا لنظريّة الظّروف الطّارئة[816].

أضف إلى ذلك أنّ ركن السّبب من النّاحية النّظرية قلّ تأثيره على العقد، والدّليل على ذلك استغناء المشرّع الفرنسي عن هذا الركن في نص المادة 1128 من التّقنين المدني[817] فكيف لركن أصبح وجوده مثير للجدل أن يكون أساسا لنظريّة الظّروف الطّارئة؟

---

[815] Cass. Com, 29 juin 2010, N° 09-67369, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022430481&fastReqId=264081394&fastPos=1/ Consulté le 15/12/2017. *« Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »*

[816] MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.cit., p. 405.

[817] Article 1128 du Code civil français stipule que : *« Sont nécessaires à la validité d'un contrat :*
*1° Le consentement des parties ;*

**ثانيا: تباين الاعتراف القانوني لنظريّة الظّروف الطّارئة**

اعترفت معظم القوانين بنظريّة الظّروف الطارئة سواء على المستوى الوطني أو الدّولي غير أنّ أهمية الدراسة تظهر من خلال التّباين في طريقة الاعتراف، حيث قامت بعض القوانين بالتّوسيع من نطاق النّظرية ومن سلطات القاضي لمعالجة اختلال التّوازن في حين حصرت بعض القوانين إمكانية إعمال النّظرية في مجال ضيّق مع الحرص على تحديد دقيق لسلطات القاضي.

**1: اعتراف المشرّع الجزائري بنظريّة الظّروف الطّارئة**

اقتبس المشرّع الجزائري بنسبة كبيرة نص المادة 147 فقرة 2 من القانون المدني المصري[818] من أجل الاعتراف صراحة بنظريّة الظّروف الطّارئة في المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: "*غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التّعاقدي، إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطّرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك*".

يظهر من خلال النّص التّشابه الكبير بين التّقنين المدني المصري والجزائري عند التطرّق لنظريّة الظّروف الطّارئة، والواضح أنّ كلا المادتين تركزان على الشّروط الأساسية لإعمال النّظرية، وكذا الدور المُوكَل للقاضي في حالة توفّر جميع الشّروط، غير أنّه ما يمكن التأسّف عنه، هو عدم إشارة المشرّع في نص المادة أعلاه إلى ضرورة حث الأطراف للعودة إلى طاولة المفاوضات، سواء تحت إشراف القاضي أو من دون مساهمة منه، لإيجاد حل مناسب للنّزاع

---

*2° Leur capacité de contracter ;*

*3° Un contenu licite et certain. »*

[818] القانون المدني المصري، السالف الذكر. تنص المادة 147 فقرة 2 منه على أنّه: " *مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التّعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطّرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك*"

نابع من إرادتيهما، وقد أكّد الباحثون[819] في هذا الصّدد أنّه رغم الجدل حول الاعتراف أو عدم الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة، إلا أنّ جميع الآراء تشير إلى أنّ تدخّل القاضي لإعادة التّوازن للعقد يكون بعد فشل إعادة التّفاوض بين الأطراف.

**2: تردّد المشرّع الفرنسي في الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة**

تتجلى أهمية دراسة موقف القانون الفرنسي من نظريّة الظّروف الطّارئة من خلال التردّد في الاعتراف بها، فبعد استبعاده للنظريّة سواء في التّشريع أو القضاء، رضخ المشرّع الفرنسي في تعديل التّقنين المدني لسنة 2016 إلى الضّغط المستمر لجانب من الفقه واعترف صراحة بتغير الظّروف كإشكالية قانونية يجب معالجتها.

**أ: استبعاد القانون الفرنسي لنظريّة الظّروف الطّارئة**

لم يعترف القانون الفرنسي بنظريّة الظّروف الطّارئة في التّقنين المدني بعد صدوره سنة 1804، كما امتنع القضاء عن تجسيد صريح لمضمونها مفضلا ضمان استقرار المعاملات على مراعاة المصالح الاقتصادية للمتعاقدين.

**أ1: سكوت التّقنين المدني الفرنسي حول نظريّة الظّروف الطّارئة**

لم يول التّقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 أيّ اهتمام لنظريّة الظّروف الطّارئة، ولم يتم التطرّق إليها حتى في الأشغال التّحضيرية للتّقنين، وقد يعود ذلك إلى جهل محرّريه للنظريّة بسبب تركيزهم على العقود الفورية والتي تخرج بحسب طبيعتها عن مجال تطبيق الظّروف الطارئة[820]، غير أنّ هذا التّبرير مستبعد على اعتبار أنّ محرّروا التّقنين المدني الفرنسي لم يجهلوا وجود هذه النّظرية بالنّظر للجدل الذي أثارته في المرحلة السّابقة عن صدور التّقنين

[819] SAVAUX Éric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », R.D.C., N° 3, 2010, p. 1064.

[820] رغم أنّ هذا قاعدة خروج العقود الفورية من دائرة إعمال نظرية الظروف الطارئة غير مطلقة والاستثناءات متعددة مثلما سيتم بيانه.

المدني[821]، بل تعمّدوا تجاهلها مفضّلين التمسّك بالقوّة الملزمة للعقد لضمان استقرار المعاملات[822].

### أ2: رفض القضاء الفرنسي لنظريّة الظّروف الطّارئة

رفضت محكمة النّقض الفرنسيّة في العديد من القرارات الأخذ بنظريّة الظّروف الطّارئة رغم توفّر شروط إعمالها، ويمكن الإشارة في هذا الصّدد إلى القرار المبدئي المعروف بقرار كرابون (Craponne) ، حين نقضت الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض قرار محكمة استئناف اكس اون بروفونس (Aix-En-Provence) والتي قضت بتعديل العقد بسبب تغيّر الظّروف حيث أكّدت محكمة النّقض بأنّه تطبيقا لنص الماد 1134 من التّقنين المدني، لا يجوز لقضاة الموضوع تعديل العقد عن النّحو المتّفق عليه بين الأطراف ولو تغيّرت الظّروف بعد إبرامه[823].

تعدّدت قرارات محكمة النّقض الفرنسية التي أكّدت القرار المبدئي المشار إليه، على سبيل المثال لا الحصر القرار الصادر عن الغرفة المدنيّة الثّالثة لمحكمة النّقض الفرنسيّة في قضية تتلخّص وقائعها أنّ شركة استأجرت من أخرى عقّارات لغرض ممارسة نشاط تجاري واتّفقت الشّركتين على أن تقوم المستأجرة بدفع بدل الإيجار خلال فترة الأشغال اللازمة لإعادة تهيئة الأماكن للنّشاط، غير أنّ الأشغال استغرقت فترة أطول ممّا كان متوقعا بسبب بعض الصعوبات الميدانية، ما أدّى بالمستأجرة إلى رفع دعوى قضائية لتخفيض بدل الإيجار خلال فترة الأشغال.

استجابة محكمة استئناف باريس لطلب المستأجرة حيث قامت بتخفيض من بدل الإيجار كما ألزمت المؤجرة بإرجاع نسبة من بدل الإيجار المدفوع من طرف المستأجرة، إلا أنّ محكمة

---

[821] COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie, Op.cit., p. 539.

[822] CARBONNIER Jean, Droit civil (les obligations), T4, Op.cit., p. 275. *« Le problème de l'imprévision ne pouvait donc être ignorés des rédacteurs du C.C. (d'autant que le souvenir des assignats restait cuisant) ; et la solution dans l'a. 1134, fut délibérément négative. ».*

[823] Cass. Civ., 06 mars 1876, *in* CAPITANT Henri et Al., Grands arrêts…, Op.cit., p. 172. *« Vu l'article 1134 du Code civil… Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants… ».*

النّقض ألغت قرار محكمة الاستئناف بناء على نص المادة 1134 من التّقنين المدني الفرنسي معتبرة أنّ تدخّل قضاة الموضوع يعدّ خرقا للنص المذكور[824].

يثير القرار العديد من التساؤلات، فمن حيث الشّكل، يتّضح أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة وعلى غير عادتها لم تسبّب القرار واكتفت بالقول بأنّ قضاة الموضوع خالفوا تطبيق نص المادة 1134 من التّقنين المدني الفرنسي دون بيان أوجه هذه المخالفة؛ أمّا من حيث الموضوع يمكن استخلاص رفض محكمة النّقض لأي تدخّل للقاضي لتعديل العقد مهما كانت الظّروف حيث أنّ اتّفاق الأطراف على دفع المستأجرة بدل الإيجار في فترة الأشغال يَغُلُ يد القاضي على العقد، ولا يمكن له بعد ذلك فرض موقفه على الطّرفين ولو كان ذلك مراعاة لمصالح أحدهما، والواقع أنّ المستأجرة قبِلت ببنود العقد وهي مخاطرة في ذلك.

أكّد مجلس الأمة الفرنسي في تقرير لجنته القانونية عند دراسة مشروع القانون المتعلق بالمصادقة على الأمر المتضمن تعديل التّقنين المدني لسنة 2016[825] على ضرورة تكريس هذا

---

[824] Cass. Civ. 3eme, 30 mai 1996, N° 94-15828, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007281478&fastReqId=1236452251&fastPos=1/ Consulté le19/12/2017*« Attendu que, pour condamner la société des Bourdonnais à rembourser à la société Bernard Paoli Conseil une partie des loyers qu'elle avait déjà réglés et réduire le montant de ceux qui devaient courir jusqu'à l'achèvement des travaux, l'arrêt retient que le préjudice de la locataire tient à la charge d'un loyer initial manifestement surévalué, ne correspondant pas au service rendu lors de l'entrée dans les lieux;*
*Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; » .*

[825] PILLET François, Rapport de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du sénat français sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 11 octobre 2017, p. 63. *In* http://www.senat.fr/rap/l17-022/l17-022.html/ Consulté le 11/11/2017. « L'article 1195 du Code civil prévoit un processus en deux temps. En premier lieu, il offre la faculté à l'une des parties de demander à son cocontractant la renégociation du contrat, sous réserve de la réunion cumulative de trois conditions :
- un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat,
- qui doit rendre l'exécution particulièrement onéreuse pour l'une des parties,
- cette dernière ne devant pas avoir accepté d'en supporter le risque au moment de la conclusion du contrat. »

الاجتهاد القضائي، إذ يُشترط من أجل إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة ألا يتّفق الطّرفين على أن يتحمّل المدين مخاطر الظّرف الذي كان سبب في اختلال التّوازن بين الالتزامات.

**ب:اعتراف المشرّع الفرنسي بنظريّة الظّروف الطّارئة**

اعترف المشرّع الفرنسي صراحة بنظريّة تغيّر الظّروف(changement de circonstances) بعد تعديل التّقنين المدني سنة 2016، غير أنّ هذا الاعتراف جاء بعد تكريس غير مباشر في نصوص خاصة أو قرارات منعزلة لمحكمة النّقض.

**ب1: التخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد في حالة تغيّر الظّروف**

رغم عدم النّص صراحة على الاعتراف بنظريّة تغيّر الظّروف في التّقنين المدني الفرنسي، إلا أنّه يمكن تفسير بعض قرارات محكمة النّقض على أنّها الخطوات الأولى للاعتراف بها، نذكر منها على سبيل المثال القرار الصادر عن الغرفة المدنيّة الثالثة، حين اعتبرت أنّ قيام مستأجر محل تجاري بالتوقّف عن النّشاط بسبب تغيّر الظّروف غير مشروع، إذ كان بإمكانه إعادة التّفاوض مع المؤجر من أجل إعادة التّوازن المالي للعقد تكريسا لحُسن النيّة في مرحلة التنفيذ[826].

رغم أنّ القرار السّالف الذكر لم يشر بصفة صريحة إلى نظريّة الظّروف الطّارئة، إلا أنّ الأستاذ دينيس مازو (Denis MAZEAUD) عند تعليقه على القرار، رآى فيه خطوة جديدة نحو الاعتراف بالنّظرية ولو بصفة غير مباشرة، وهو ما يمكن استخلاصه من خلال تأكيد محكمة النقض على إمكانية إعادة الأطراف مناقشة بنود العقد في حالة حدوث ظروف استثنائية

[826] Cass. Civ. 3eme, 16 mars 2004, N° 01-15.804, Bull. Civ. N° 3, 2004, p. 69. *« Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la LRP mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'AFJT de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ; qu'elle a ajouté que la LRP ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier ; qu'elle a, ainsi, légalement justifié sa décision »*

غير متوقعة خلال فترة التّنفيذ تجسيد الالتزام بحُسن النيّة، والذي يُلزم الدّائن بتحمُّل جانب من الخسائر التي قد يتكبّدها المدين بناء على التّضامن الواجب بينهما[827].

**ب2: الاعتراف الصّريح بنظريّة الظّروف الطّارئة**

اعترف المشرّع الفرنسي بعد تعديل 2016 صراحة بتغيّر الظّروف كسبب من أسباب تعديل العقد، سواء باتفاق الطّرفين أو عن طريق تدخّل القاضي، وهذا من خلال نص المادة 1195 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: *« 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 ».*

يتّضح من خلال نص المادة بعض الاختلافات الهامة في كيفية التطرّق لنظريّة الظّروف الطارئة بين المشرّع الفرنسي والجزائري، منها جعل المشرّع الفرنسي من تدخّل القاضي حلا أخيرا لا يمكن اللّجوء إليه إلا بعد فشل إعادة التفاوض بين الطّرفين لإعادة توازن العقد أو الاتّفاق على الفسخ، في خطوة تُثبت تخوُّفه من أيّ تدخّل للقاضي في شؤون المتعاقدين، وما يزيد من هذا الإحساس هو اقتراح مجلس الأمة الفرنسي تعديل الفقرة الأخيرة من النّص بإلغاء سلطة القاضي في تعديل العقد، على نحو لا يبق له سوى سلطة إنهاء العقد وفق ما يراه مناسبا[828].

---

[827] MAZEAUD Denis, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », D., N° 25, 01 juillet 2004, p. 1754.*« Néanmoins, la Cour concède, c'est bien le moins, que lorsqu'un profond déséquilibre économique survient pendant l'exécution du contrat et qu'il procède d'un changement imprévisible et brutal des circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat, le devoir de bonne foi prend alors le relais et contraint les contractants à faire preuve d'un minimum de solidarité. ».*

[828] PILLET François, Rapport de la Commission…, Op.cit., p. 67. *« Le pouvoir de révision judiciaire apparaît ainsi à votre rapporteur à la fois contraire à la sécurité juridique et*

**3:الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة في إطار عقود التجارة الدولية**

ارتبطت نظريّة الظّروف الطّارئة بعقود التجارة الدولية ارتباطا وثيقا، إذ تقف في بعض الحالات التحوّلات الاقتصادية العالمية كعائق على مواصلة تنفيذ العقد وفق ما تمّ الاتّفاق عليه بين الأطراف عند إبرامه، خاصة فيما يتعلق بدفع المقابل المالي الذي عادة ما يشكّل حجر الزاوية ومحل اغلب النّزاعات التي تثور بين الأطراف[829]، ما أدّى إلى ضرورة البحث عن حلول ملائمة لمواجهة إشكالية تغيّر الظّروف، أو ما يُعرف على المستوى الدولي بالهاردشيب (hardship)[830]، وتظهر أهمية التطرّق إلى هذه النصوص القانونية من ناحية البُعد الفكري وهو ما يبدو واضحا من خلال دقّة العبارات المستعملة، ما جعل من التشريعات الوطنية تعتبرها مرجعا لسن قوانينها.

**أ- اعتراف المعهد الدولي من أجل توحيد القانون الخاص**

أرسى المعهد الدولي من أجل توحيد القانون الخاص **(UNIDROIT)** مجموعة من المبادئ التي تسري على عقود التجارة الدولية، ومنها نظريّة الظّروف الطّارئة في نص المادة 2.2.6 [831]، والتي تحدّد شروط الظّروف الطّارئة، ونص المادة 3.2.6 [832] التي تطرّقت إلى

---

*source d'un nouveau contentieux, les conditions de cette révision étant relativement souples et les débiteurs de mauvaise foi risquant d'utiliser largement cette possibilité.*
*En conséquence, sur proposition de son rapporteur, votre commission a supprimé le pouvoir de révision judiciaire du contrat à l'initiative de l'une des parties, tout en conservant la capacité pour celle-ci de demander au juge d'y mettre fin. ».*

[829] موكه عبد الكريم، تأثير تغيّر الظّروف على استقرار الثّمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 17.

[830] أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2009، ص205.

[831] Institut international pour l'unification du droit privé, Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international, Rome, 2010, p. 220. Article 6.2.2. stipule que : *« Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et*
*a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;*

الأثر المترتّب عن وجود ظرف طارئ أدّى إلى اختلال توازن العقد، والجدير بالذكر هو تأكيد المادة 3.2.6 على ضرورة فتح المجال لإعادة التّفاوض قبل اللّجوء إلى القضاء، أين يكون للقاضي الخيار بين تعديل العقد أو إنهائه.

**ب- اعتراف مبادئ القانون الأوروبي للعقود بنظريّة الظّروف الطّارئة**

تبنّت مبادئ القانون الأوروبي للعقود نظريّة الظّروف الطّارئة في نص المادة 111.6[833] والتي تقترب إلى حد كبير من نص المادة 2.2.6 من قواعد المعهد الدولي من أجل توحيد

---

*b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;*

*c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et*

*d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.»*

[832] Ibid, p. 225. Article 6.2.3. stipule que : *« 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.*

*2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.*

*3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.*

*4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:*

*a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou*

*b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. »*

[833] Principes de droit européen des contrats, Op.cit.. Article 6.111 : « *changement de circonstances.*

*(1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le cout de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.* =

*(2) Cependant, ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elle en raison d'un changement de circonstances*

*(a) qui est survenu après la conclusion du contrat*

*(b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat*

*(c) et dont la partie lésée n'a pas supporté le risque en vertu du contrat*

*(3) faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut*

*(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,*

*(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.*

القانون الخاص المذكورة سابقا، غير أنّ خصوصية مبادئ القانون الأوروبي للعقود هي تذكير المادة 111.6 في فقرتها الأولى بمبدأ القوّة الملزمة للعقد، معتبرة إيّاه الأساس الذي تقوم عليه مرحلة التنفيذ.

تجدر الإشارة إلى أنّ المادة 111.6 السالفة الذكر تُجبر الأطراف على إعادة التّفاوض، وفي حالة رفض الدّائن ذلك، فإنّه يُعرِّض نفسه للمسؤولية المدنيّة وفق ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة، كما أنّه إذا تمّ عرض النّزاع على القضاء، فإن القاضي وحده يقرر وفقا لما يراه مناسبا إنهاء العقد، أو تعديله بتحميل الدّائن نسبة من الخسارة التي تهدّد المدين.

من جانب آخر، تجدر الإشارة إلى أنّ المادة لم تستثن إمكانية لجوء القاضي إلى الرّفع من التزامات الدّائن لتتناسب مع التزامات المدين، في حين لا يمكن للقاضي الجزائري القيام بذلك، لأنّ المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني تمنح للقاضي سلطة التخفيض من حدة الالتزام المرهق دون إمكانية رفع من التزامات الدّائن.

## المطلب الثاني

## إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة لمعالجة اختلال توازن العقد

تهدف نظريّة الظّروف الطّارئة للمحافظة على العقد في حالة اختلال التّوازن بين التزامات المتعاقدين، وهي صورة معبّرة لدور حُسن النيّة خلال مرحلة التنفيذ، من خلال السّعي إلى استمرار ترتيب العقد لآثاره القانونية عن طريق تسهيل تنفيذه[834]، وقد أدّى الجدل الفقهي الذي ثار حول الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة إلى رسم حدود دقيقة لتحديد نطاقها من خلال بيان الشّروط الواجب توفّرها للأخذ بالنّظرية، رغم أنّ اختلاف تعامل التشريعات مع النّظرية لم يجعل من توحيد هذه الشروط بالأمر الهيّن (الفرع الأوّل).

---

*Dans l'un ou l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice, que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations.* »

[834] HOUTCIEFF Dimitri, « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », Gaz. Pal., N° 32, 26 septembre 2017, p. 33 *« ... la bonne foi implique d'aller au-delà de la lettre conventionnelle en vue d'en faciliter l'exécution par l'autre partie.».*

من جانب آخر، تبقى إجراءات إعمال النّظرية في حالة توفر الشروط المطلوبة قانونا محل اختلاف بين مختلف التشريعات المقارنة، ولعل ضرورة إعادة التفاوض ونطاق سلطة القاضي في معالجة اختلال توازن العقد من بين أهم النقاط التي يجب الاتّفاق عليها من أجل بناء نظريّة قانونية موحدة ومتجانسة (الفرع الثاني).

## الفرع الأوّل

## شروط إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة

أدّى التّباين الواضح في كيفية معالجة مختلف التشريعات المقارنة لنظريّة الظّروف الطّارئة إلى اختلافات من حيث الشّروط الواجب توفّرها لتطبيق النّظرية، إلا أنّ معظم هذه الشّروط تتمحور حول ضرورة وجود عقد صحيح (أولا) عند وقوع الظّرف الطّارئ (ثانيا) يؤدّي إلى جعل من تنفيذ التزام المدين مرهقا (ثالثا) دون أن يكون المدين قد قبِل تحمل تبعة هذا الظرف (رابعا).

### أولا: وجود عقد صحيح بين الطّرفين

يظهر جليا أنّه من أجل إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة ينبغي وجود عقد صحيح بين المتعاقدين، إلا أنّ بعض الأفكار السّائدة في ظل النّظرية التقليدية حول العقود التي تشملها الظّروف الطّارئة لم يصبح لها أيّ أثر في الوقت الراهن، كما أنّ كثافة الآراء الفقيه وكذا اجتهاد محكمة النّقض الفرنسية في الموضوع، جعل من بعض الإشكالات العملية تطفو إلى السطح.

#### 1- امتداد اثر الظّروف الطارئة إلى العقود الفورية

ساد خلال فترة زمنية طويلة فكرة أنّ نظريّة الظّروف الطّارئة تنحصر في العقود الزّمنية دون العقود الفورية، إلا أنّ جانب من الباحثين[835] يرى بأنّه في ظل غياب نص صريح في هذا الشّأن يؤدّي إلى القول بأنّ مجال نظريّة الظّروف الطّارئة هو العقود الفورية والعقود الزّمنية على حد سواء، ففي حالة قيام شخص ببيع سيّارته لشخص آخر مع الاتّفاق على تأجيل تنفيذ

[835] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., N° 63.

العقد إلى تاريخ لاحق، وحدثت بين تاريخ إبرام العقد والتاريخ المتّفق عليه لتنفيذ العقد ظروف أدّت إلى اختلال التّوازن المالي للعقد، جاز للطرف ضحيّة هذه الظّروف المطالبة بتطبيق نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني[836].

غير أنّ الاعتراف بهذا الحق للمدين قد يثير العديد من الإشكالات الواقعية، خاصة فيما يتعلق بالعقود التي تقوم على أساس المضاربة على تحقيق الربح، وأحسن مثال على ذلك تداول الأسهم، فإذا تمّ بيع عدد من الأسهم بعقد تام (غير معلق على شرط) مع الاتّفاق على تأجيل تنفيذ العقد إلى تاريخ لاحق، ثمّ حدث بعد ذلك انهيار لسعر السّهم، فمن الصعب جدا تصوّر طلب المشتري من البائع إعادة النّظر في السّعر المتّفق عليه، على أساس أنّ في العقود التي ترد على المنقول، فإن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ التنفيذ[837] وعلما أنّ نقل الملكية يؤدّي كذلك إلى نقل المخاطر المتصلة بالشيء المبيع مثلما نص على ذلك صراحة المشرّع الفرنسي[838]، فبالتّالي يقع على المشتري منطقيا أن يتحمّل تبعية انهيار قيمة السهم، إلا إذا تمّ الفصل بين نقل الملكية والمخاطر المتّصلة به وفقا لقاعدة *resperit domino*[839]، أو تمّ الاتّفاق على تأجيل الأثر النّاقل للملكية بين الطّرفين[840]، أو تمّ إدراج بند MAC (*Material Adverse Change*) والتي تعني حماية المشتري من الظّروف في الفترة الممتدة بين إبرام العقد وتنفيذ هذا الأخير[841].

---

[836]انظر مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدّولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 55.

[837] LE NABASQUE Hervé, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », Bull. Joly Soc., N° 9, 2016, p. 539.

[838] Article 1196 paragraphe 3 du Code civil français stipule que : *« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose »*

[839] وهي مقولة تعني فصل الملكية عن المخاطر المتعلقة بالشيء، حيث تحمل البائع تبعية هلاك الشيء قبل تسليمه للمشتري. راجع في التعريف بالمقولة:

BOYER Laurent et ROLAND Henri, Adages du droit français, 4eme éd., 2- Adages M à Z, Litec, Paris, 1999, p. 808.

[840] LE NABASQUE Hervé, Op.cit., p. 540.

[841] PELISSIER Anne –Catherine, « La MAC clause », R.L.D.C., N° 26, 01/04/2006, p.5.

### 2- الإشكالات العملية المتعلّقة بتطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة

تؤدّي العمومية التي تمّ من خلالها تكريس نظريّة الظّروف الطّارئة إلى افتراض أكبر نطاق ممكن لتطبيقها، إلا أنّ ذلك سيؤدي إلى ظهور العديد من الإشكالات العملية يجب تسليط الضّوء عليها ومحاولة إيجاد الحل المناسب لها.

#### أ- إشكالية العقود الملزمة لجانب واحد

تشكّل العقود الملزمة لجانب واحد أوّل إشكال يصادف تطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة في ظل استبعاد هذه الطائفة من العقود من مجال تطبيقها، كون أنّ النظرية تفترض حدوث ظروف استثنائية تؤدي إلى اختلال التّوازن بين التزامات المتعاقدين، بالتّالي فالنّظرية لا تشمل إلا العقود الملزمة للجانبين[842]، غير أنّ الوضع ليس بهذه البساطة.

يظهر من خلال الرجوع إلى العقود الملزمة لجانب واحد إمكانية إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة، على أساس أنّ تنفيذ الالتزام الموعود به سيكلفه أكثر بكثير مما كان متوقّع بسبب حدوث ظروف استثنائية، والمثال على ذلك أن يعد أحد الأشخاص لآخر بأنّه سيتكفل بدفع حقوق تسجيله في الجامعة إذا تحصّل على شهادة الباكالوريا، إلا أنّه وبعد حصول الموعود له على الشّهادة قامت الدّولة برفع الدّعم عن التّسجيل الجامعي والذي أصبح يكلّف أكثر بكثير مما كان متوقعا في هذه الحالة لا يوجد في الواقع ما يمنع من إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة[843]، مع العِلم أنّ المشرّع في نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني يستعمل عبارة "تهدده بخسارة فادحة"، دون الإشارة إلى ما كانت هذه الخسارة هي بالمقارنة مع ما سيحصل عليه المدين من الطّرف الآخر (في هذه الحالة يكون العقد ملزم للجانبين)، أو بالمقارنة مع ما

---

[842] GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, BILLIAU Marc, S/D GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, 3eme éd., L.G.D.J., 2001, p. 363. *« Le commodat est essentiellement gratuit, il ne peut cependant y avoir véritablement de déséquilibre économique. Des lors, l'article 1889 ne peut être rattaché à l'imprévision ... ».*

[843] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 19.

كان يفترض المدين تحمّله من التزامات، إذ أنّه في هذه الحالة الأخيرة يمكن إدراج العقد الملزم لجانب واحد ضمن نطاق تطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة.

**ب- مدى إمكانية تطبيق نظريّة الظّروف الطارئة في الوعد بالتعاقد**

يبدو بالرجوع إلى مضمون نظريّة الظّروف الطّارئة أنّ هذه الأخيرة لا تستثني الوعد بالتّعاقد من مجال تطبيقها، سواء كان الوعد من جانب واحد أو متبادل من كلا الجانبين (عقد ابتدائي) ويمكن الاستناد لتأكيد ذلك على نص المادة 358 فقرة 2 من التّقنين المدني[844]،حين أكّد المشرّع على أنّ تقدير قيمة الغبن في بيع العقّار يكون بحسب قيمته وقت إبرام العقد، بالتّالي يمكن استخلاص أنّه في حالة الوعد بالبيع، يجب تقدير الغبن عند تاريخ إبرام العقد النهائي وليس عند تاريخ إبرام الوعد بالبيع[845]، وعليه يمكن القول أنّ نظريّة الظّروف الطارئة تشمل الوعد بالبيع[846].

غير أنّ المادة 358 فقرة 2 من التّقنين المدني غير كافية لاستيعاب نظريّة الظّروف الطّارئة برُمتها، إذ لا يمكن تطبيق النّص في حالة الوعد بالشراء مع انخفاض قيمة العقّار بين تاريخ إبرام الوعد وتاريخ قبول البائع لهذا الوعد، بما أنّ المادة لا تفترض إلا حالة قيام البائع ببيع عقار بأقل قيمته دون الحالة العكسية وهي قيام المشتري بشراء عقار بأضعاف قيمته.

كما أنّ الإشكال يبقى دائما مطروح بالنّسبة للوعد بالتّعاقد إذا كان موضوع العقد هو منقول وليس عقار، خاصة وأنّه بالرجوع إلى القواعد العامة في الوعد بالتّعاقد من خلال نص المادة 71[847] و72[848] من التّقنين المدني، نجدها لم تتطرّق إلى حالة تغيّر قيمة محل الوعد

---

[844] تنص المادة 258 فقرة 2 من التّقنين المدني على أنّه: *"ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقّار بحسب قيمته وقت البيع"*

[845] بدري جمال، الوعد بالبيع العقّاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة الجزائر 1، 2009، ص 39.

[846] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 517

[847] تنص المادة 71 من التّقنين المدني على انه: *" الاتّفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معيّن فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتّفاق المتضمن الوعد بالتّعاقد."*

بين تاريخ الوعد وتاريخ إبرام العقد، إلا أنّ الباحثون[849] يعتبرون بأنّه يمكن إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة من أجل إعادة التّوازن للعقد، حتى إذا كان محل الوعد شيء منقول.

**ثانيا: وقوع حوادث عامة استثنائية غير متوقعة**

يشترط من أجل إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة حصول حوادث عامة استثنائية غير متوقعة في مرحلة تنفيذ العقد، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى الإشكالات العديدة التي تصادف إعمال النّظرية، والتي تجد مصدرها في الظّرف الطّارئ الذي أدّى إلى اختلال التّوازن الاقتصادي للعقد سواء تعلّق الأمر بالمعيار الزّمني لحدوث الظّرف أو بالأوصاف الواجب توفّرها فيه.

**1- أهمية العنصر الزّمني عند حدوث الظرف الطارئ**

أشار المشرّع في المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني إلى عدم إمكانية توقع الظّروف وهو ما يوحي أنّ الظرف الذي يؤخذ به لإعمال نظريّة الظّروف الطّارئة هو الظرف المستقبلي الذي لم يكن موجود عند إبرام العقد، بالتّالي ومثلما ذهب إليه الباحثون في فرنسا[850]، لا يمكن تطبيق النّظرية بالنّسبة الظّروف التي كانت موجودة قبل إبرام العقد ولو لم يكن المدين عالما بها.

لم يحقق هذا الرأي الإجماع بالنّسبة للتشريعات المقارنة سواء على المستوى الوطني أو الدولي، فالمشرّع الألماني مثلا يشابه بين الظّروف الطّارئة وحالة ظهور بعد إبرام العقد أنّ الظّروف التي ابرم فيها غير صحيحة[851]، أي بمعنى آخر إذا أُبرم عقد على أساس ظروف معيّنة ثمّ تبيّن أنّ هذه الأخيرة غير صحيحة، جاز للمتعاقد الذي تضرّر من هذا الظّرف

---

[848] تنص المادة 72 من التّقنين المدني على انه: *" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشّروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"*

[849] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 19.

[850] CABRILLAC Rémy, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision » R.D.C., N° 3, 2015, p. 772

[851] LEGEAIS Raymond et Al, Op.cit., p. 113. Article §313 paragraphe 2 du BGB allemand stipule que : *« Est assimilé à un changement de circonstances le fait que les conceptions essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées »*

المطالبة بتعديل العقد أو بإنهاء أثره، وما يُعاب على هذا الرّأي هو أنّ عدم صحة الظّروف التي أُبرم فيها العقد يفتح المجال للمتعاقد للمطالبة بإبطال العقد، إلا إذا كان الغلط في قيمة محل العقد، إذ في هذه الحالة يتحمّل كل متعاقد مسؤوليته[852].

كما لا يُشترط أيّ مدة زمنية للحادث الذي يؤدّي إلى اختلال التّوازن المالي للعقد، فقد يكون فجائي يستغرق فترة وجيزة جدا من الزّمن كتغيّر القانون أو التّنظيم، كما قد يستمر الظّرف مدّة معينة، كالتضخّم الذي قد يستغرق مدّة زمنيّة ليصل إلى حد الإخلال بالتّوازن المالي للعقد[853]ولعل أحسن مثال على ذلك قضية كرابون السّالفة الذكر، والتي استغرق فيها التضخّم مدة ثلاث مائة سنة، بالتّالي لا فرق بين الظرف الفوري أو المستمر طالما أنّ هذا الأخير أدّى إلى تهديد المدين بخسارة فادحة في حالة تنفيذ التزاماته العقدية[854].

### 2- اعتماد المشرّع على وصف العمومية كشرط في الظّروف الطّارئة

اشترط المشرّع الجزائري في نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني أن يكون الظّرف الاستثنائي الذي يؤدّي إلى اختلال توازن العقد عاما، أي أنّه لا يخص شخص المدين فقط[855]، وقد أشار الباحثون[856] إلى العديد من الظّروف الخارجية عن شخص المدين التي تسمح بإعمال نظريّة الظّروف الطّارئة، منها ما يتعلّق بالجانب القانوني كتغيّر القانون أو التّنظيم والذي يؤدّي إلى تهديد المصالح الاقتصادية للمدين، ومنها ما يتعلّق بالجانب الواقعي كوقوع نزاع في منطقة معيّنة أدّى إلى ارتفاع غير منتظر في المواد الأوليّة، إلى جانب التّطور التكنولوجي الذي قد يكون ظرف من الظّروف الطّارئة كظهور تقنية حديثة في مجال معيّن تجعل من التقنية السّابقة من دون فعالية.

---

[852] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 20.

[853] STOFFEL-MUNCK Philippe, «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», R.D.C., N° Hors-série, 2016, p. 32

[854] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 21.

[855] بن حيي شارف، المرجع السّابق، ص 51.

[856] STOFFEL-MUNCK Philippe, «L'imprévision et la réforme …, Op.cit., p. 32

تبعا لما سبق، لا يمكن للمدين الذي ترهقه ظروف خاصة عند تنفيذ العقد من المطالبة بإعمال نظريّة الظّروف الطّارئة ولو لم يساهم في حدوث هذه الظّروف[857]، إلا أنّ الأخذ بهذا الشّرط على مُطلقه قد يؤدّي إلى إقصاء العديد من الظّروف التي ترهق المدين عند تنفيذ العقد من نطاق تطبيق الظّروف الطّارئة، كالمصنع الذي لا يمكن له تلبية التزاماته العقدية بسبب إضراب فجائي لغالبية العمّال، أو المرض الذي يرهق المدين عند تنفيذ التزاماته[858]، فكل هذه الظّروف التي لم يكن المدين سّببا في حدوثها لا يمكن أن تكون ظروف تستدعي إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة.

يظهر من خلال ما سبق، أنّ شرط العمومية قد يكون مجحفا في حق المدين، لذلك أصبح من ضروري إسقاط هذا الشّرط في نظريّة الظّروف الطّارئة[859]، أو على الأقل إعادة صياغته على نحو يتلاءم مع الهدف من إعمالها وهو حماية المدين في حالة اختلال توازن العقد، وهو ما فعله المشرّع الفرنسي حين تخلّى عن شرط العمومية في القوّة القاهرة في نص المادة 1218 من التّقنين المدني[860] باستعمال عبارة " ظرف يخرج عن مراقبة المدين "تكريسا لاجتهاد مستقر لمحكمة النّقض الفرنسيّة[861]؛ وقد ناد الباحثون في فرنسا[862] إلى التخلّي عن شرط العمومية في نظريّة الظّروف الطارئة بجعلها تشمل كل الظّروف التي تؤدي إلى اختلال توازن العقد سواء تعلّقت بالمدين شخصيا أو خارجة عن العقد، طالما أنّ المدين لم يكن سببا في حدوثها.

---

857 PELLIER Jean-Denis, « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du Projet de réforme) », L.P.A., N° 228, 16 novembre 2015, p. 9.

858 STOFFEL-MUNCK Philippe,«L'imprévision et la réforme …, Op.cit., p. 32

859 بن حيي شارف، المرجع السّابق، ص52.

860 Article 1218 du Code civil français stipule que : *« Il y à force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur »*

861 Cass. Plén., 14 avril 2006, N° 02-11.168, Bull. Civ. N° 4, 2006, p. 9. *« Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ... ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution… »*

862 GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, BILLIAU Marc, Op.cit., p. 397.

### 3- شرط عدم توقّع الظّروف

يُعتبر عدم توقع الظرف الطارئ شرط أساسي لتطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة، إلا أنّ عبارة "غير متوقع" أثارة تحفظّات جانب من الباحثين[863]، على أساس أنّ العديد من الظّروف يمكن توقعها إلا أنّ الإشكال هو في التنبؤ حول حِدّة الظّرف[864]، فيُمكن توقّع في بلد يعيش أزمة اقتصادية تضخّم في العملة، لكن الشيء الذي لا يمكن توقّعه هو بلوغ هذا الأخير نسبة لم يمكن التنبؤ بها، هذا ما نجده مثلا مكرس في مشروع الإطار المشترك للمفاهيم (DCFR)[865] من خلال نص المادة 1-110 (3) في الكتاب الثالث[866] والذي يجعل من عدم إمكانية تنبؤ حِدّة الظّرف رغم إمكانية توقعه، سببا من أسباب تطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة.

كما يشير جانب من الباحثين[867] إلى ضرورة إضافة عبارة عقلانيا (raisonnablement) لعبارة "غير متوقع"، والهدف من ذلك إرساء نوع من الموضوعية عند تقدير القاضي لعنصر عدم التوقُّع، فما هو متوقّع بالنّسبة لطرف معيّن قد لا يكون كذلك بالنّسبة للطّرف الآخر[868] فارتفاع ثمن مواد البناء متوقَّع بالنّسبة للمقاول إلى درجة معيّنة، إلا أنّ هذا التوقُّع غير مفترض بالنّسبة لرب العمل الذي يكون بعيد عن مجال البناء، بالتّالي فارتفاع ثمن السلع قد لا يمنح للمقاول الحق في مراجعة العقد على أساس نظريّة الظّروف الطّارئة، في حين الانخفاض المحسوس في ثمن السّلع، قد يمنح لرب العمل الحق في مطالبة تعديل العقد لعدم توقُّعه هذا الانخفاض.

---

[863] STOFFEL-MUNCK Philippe, «L'imprévision et la réforme …, Op.cit., p. 33

[864] GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, BILLIAU Marc, Op.cit., p. 393.

[865] وهو مشروع من أجل توحيد قانون أوروبي للعقود، تمّ إيداعه لدى اللجنة الأوروبية سنة 2009.

[866] Draft Common Frame of Référence, *in* http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf/ p. 203. Consulté le 16/11/2017. Article 1-110 (3) stipule que : *« (B) le débiteur n'avait pas pris et ne pouvait pas raisonnablement prendre en compte la possibilité et l'importance du changement de circonstances,… »*

[867] CABRILLAC Rémy, « L'article 1196…, Op.cit., p. 772.

[868] STOFFEL-MUNCK Philippe, «L'imprévision et la réforme …, Op.cit., p. 33*« C'est une appréciation* in abstracto *qui opère, fondée sur ce qu'aurait pu prévoir un professionnel du même genre, normalement prudent et diligent, dans le même contexte »*

**ثالثا: أن يُصبح تنفيذ التزام المدين مرهقا**

يستوجب من أجل إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة أن يُصبح تنفيذ التزام المدين مرهقا بحيث يهدّده بخسارة فادحة[869]، وفي ظل غموض العبارة المستعملة وغياب تحديد لنسبة الخسارة التي يجب أن يتكبّدها المدين من أجل إعمال النّظرية، ناب الفقه عن المشرّع لوضع المعالم الأساسية لتقدير إرهاق المدين في تنفيذ التزاماته.

**1- ضرورة الأخذ بالتفسير الواسع للخسارة الفادحة**

تطرح عبارة "*خسارة فادحة*" التي استعملها المشرّع في نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني إشكالات عديدة في الواقع بحسب التفسير الذي يمكن الأخذ به لتحديد طبيعة هذه الخسارة، فمن الوهلة الأولى يظهر بأنّ هذه العبارة تتعلّق فقط بحالة ارتفاع في تكلفة التزامات المدين، أي من النّاحية الاقتصادية الزيادة من جهة الخصوم في ذمّته المالية، إلا أنّ جانب من الباحثين[870] يرى بضرورة الأخذ بالتفسير الواسع لكلمة "الخسارة"، والتي قد تأخذ شكل ارتفاع في تكاليف تنفيذ الالتزام كارتفاع سعر المواد الأولية مثلا بالنّسبة للمنتج، أو انخفاض قيمة المقابل الذي سيحصل عليه المتعاقد كانخفاض العملة إذا كان محل الالتزام هو مبلغ من الأموال[871].

لهذه الأسباب، يُستحسن استعمال عبارة "*يؤدي إلى اختلال اقتصاد العقد*" بدلا من عبارة "*يهدده بخسارة فادحة*"، لأنّ اختلال اقتصاد العقد يشمل كل الحالات التي يتغيّر فيها التّوازن المفترض من الطّرفين عند إبرامه، سواء بزيادة تكلفة الالتزام أو بالعكس انخفاض المقابل الذي سيحصل عليه المدين.

**2- الاعتماد على المعيار الموضوعي لتقدير إرهاق المدين**

تطفو عادة إلى السّطح مسألة المعيار الذي يستعين به القاضي من أجل تقدير الإرهاق في تنفيذ الالتزامات، فهل يجب الأخذ بالمعيار الشّخصي وفي هذه الحالة يجب تقدير الإرهاق

---

[869] بن شنيتي عبد الحميد، المرجع السّابق، ص 59.

[870] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., 21.

[871] POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », R.T.D.Com, N° 3, 2016, p. 507.

بالنّسبة للحالة الشّخصية للمدين، أم بالمعيار الموضوعي والذي يهدف إلى تقدير الإرهاق على أسس موضوعية كنسبة الاختلال بالمقارنة مع التّوازن الأصلي للعقد؟

يبدو أنّ غالبية الباحثين[872]يساندون فكرة الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير الإرهاق دون الوقوف على الوضعيّة الشّخصية للمدين من النّاحية المالية، إذ يجب تقدير الإرهاق بحسب الضّرر الذي قد يلحق المدين وما مدى إمكانية تحمّله وفقا لطبيعة العقد المبرَم، والسّبب في ذلك هو خشية إعمال القاضي النّظرية بالنّسبة للمدين الذي يرهقه تنفيذ العقد بسبب عسره في حين لا يتم إعمالها بالنسبة لمدين آخر أكثر يسرا منه، بالتّالي يصبح تطبيق النّظرية غير عادل[873]، إلا أنّ هذا الرأي لا يحقق الإجماع، إذ يبقى جانب من الباحثين[874] متمسّك بإمكانية الأخذ بالوضعية الشّخصية للمدين في حالة ما إذا كان استمرار تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه سيؤدي إلى إفلاسه.

### 3- مدى خضوع تقدير الإرهاق لرقابة المحكمة العليا

يجد خوف غالبية الفقه من استناد القاضي للمعيار الشّخصي في تقدير عنصر الإرهاق تبريره في التهديد بالأمن التّعاقدي، في ظل غياب رقابة المحكمة العليا على هذا التقدير بما أنّ هذه المسألة هي مسألة موضوع لا مسألة قانون، أي أنّه في حالة تقدير القاضي بأن أحد الظّروف أدت إلى إرهاق المدين، لا يمكن للدّائن بعد ذلك تأسيس طعنه بالنّقض على أساس سوء تقدير القاضي للإرهاق[875].

يبقى أنّه للمحكمة العليا سُلطة في مراقبة بعض العوامل المتّصلة بتقدير الإرهاق ومنها زمن هذا التقدير، بحيث يجب تقدير الإرهاق وقت رفع الدعوى بالمقارنة مع ما كان عليه عند إبرام العقد، فعلى فرض أنّ العقد عند إبرامه كان غير متوازن، ثم حدثت بعد ذلك ظروف زادت

---

[872] بوشاشي يوسف، "نظريّة الظّروف الطّارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات"، حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 1، جوان 2017، ص 122.

[873] THIBIERGE Louis, Op.cit., p. 353.

[874] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., 23.

[875] GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, BILLIAU Marc, Op.cit., p. 39 9.

من حِدّة هذا الاختلال، فلا يمكن للقاضي الأخذ بالوضعية التي آل إليها العقد عند عرض النّزاع عليه دون الرجوع إلى الوضع الذي كان عليه منذ إبرام العقد[876].

### 4- فقدان المدين للمصلحة المنتظرة من إبرام العقد

بات فقدان المتعاقد للمصلحة من إبرام العقد محل جدل فقهي حول مدى إمكانية إعمال نظريّة الظّروف الطارئة لمعالجة هذه الحالة، وقد قدّم الباحثون[877] لبيان هذه الوضعية مثالا في إبرام عقد لاقتناء منتوج معيّن لإعادة بيعه، إلا أنّ هذا المنتوج أصبح من العسير جد التّعامل فيه بسبب ظهور منتوج جديد أكثر فعّالية، في هذه الحالة ورغم قيام التّوازن المالي للعقد إلا أنّ مصلحة مقتني المنتوج لم تعد قائمة كما كانت عليه عند إبرام العقد، فهل يمكن تطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة لإنهاء العقد من طرف القاضي؟

أثارت الإجابة على هذا السؤال جدلا فقهيّا بين من اعتبر ذلك غير ممكن بسبب قصور نظريّة الظّروف الطّارئة على الاختلال المالي للعقد فقط، بالتّالي استبعاد جميع الحالات الأخرى من نطاق تطبيقها، وبين من رآى بضرورة فتح المجال أمام هذه الحالات ليشملها نطاق النّظرية[878]،من أجل ضمان حماية التوقعات المشروعة للمدين من إبرام العقد[879].

تجدر الإشارة أنّه لا مانع من إدراج الحالة السّالفة الذكر في نطاق نظريّة الظّروف الطّارئة في الجزائر، لأنّ المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني لم تحدّد طبيعة الخسارة التي تهدّد المدين، بل أكثر من ذلك فإن زوال مصلحة المدين من إبرام العقد تعد أهم تهديد بالخسارة الفادحة في العقد، في ظل غياب أيّ آلية قانونية يمكنها استيعاب هذه الحالة، إلا أنّه ولوضع حد لأيّ جدل أو تأويل، يستحسن إضافة إلى عبارة "أو زالت مصلحة المدين من إبرام العقد" في نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني.

---

[876] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 23.

[877] THIBIERGE Louis, Op.cit., p. 353.

[878] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 22.

[879] LOKIEC Pascal, « Le droit des contrats et la protection des attentes », D., N° 5, 01 février 2007, p. 326.

**رابعا: ألا يكون المدين قد تعهّد بتحمّل تبعية الظّرف الطّارئ**

يشترط من أجل تطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة ألا يكون المدين قد تحمَّل مخاطر هذا الظّرف عند إبرام العقد[880]، ورغم عدم إشارة المشرّع الجزائري لهذا الشرط في نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني، إلا أنّ اغلب التشريعات المقارنة اعترفت به على غرار المشرّع الفرنسي في المادة 1195 من التّقنين المدني[881]،وقد فسّر الباحثون[882] في فرنسا موقف المشرّع الفرنسي باعتباره نظريّة الظّروف الطارئة ليست من النّظام العام بالتالي يجوز لأطراف العقد الاتّفاق على مخالفتها.

**1- نظريّة الظّروف الطّارئة من النّظام العام في القانون الجزائري**

يتّضح بالرجوع إلى نص المادة 107 فقرة 3 أنّها تنتهي بعبارة *"ويقع باطلا كل اتّفاق على خلاف ذلك."*، ما يوحي بأن النّص من النّظام العام، والنّتيجة المنطقية التي تترتب عن ذلك هو عدم جواز الاتّفاق عند إبرام العقد على تحمُّل المدين لوحده الاختلال الناتج عن ظرف طارئ معين، إلا أنّ السؤال قد يثور حول المقصود من عبارة "يقع باطلا ..."، هل أنّ المقصود منها عدم جواز اتّفاق الطّرفين منذ إبرام العقد على استبعاد تطبيق نص المادة؟ أم أنّ المقصود منه عدم جواز اتّفاق الأطراف على أن يتحمَّل المدين النتائج المترتبة عن ظرف معيّن كتضخّم قيمة النقد مثلا؟

ذهب الفقه[883] إلى اعتبار أنّ النّص السّالف الذكر يمنع على المتعاقدين الاتّفاق على استبعاد تدخّل القاضي في حالة وقوع ظرف طارئ معيّن أدّى إلى الإخلال بالتّوازن الاقتصادي للعقد، والعلّة في ذلك أنّه قد يفرض المتعاقد القوي سلطته على المتعاقد الآخر لإجباره على

---

[880] FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », R.D.C., N° 1, 2004, p. 81.

[881] Article 1195 du Code civil français stipule que : *«...pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque... ».*

[882] BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », C.C.C., N° 5, 2016, p. 35.

[883] السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السّابق، ص 531 الهامش 2.

قبول تحمُّل عواقب ظرف معيّن، ومِن باب أولى فإنّ الاتّفاق على شرط استبعاد تطبيق نص المادة 107 فقرة 3 منذ إبرام العقد مآله البطلان المطلق.

### 2- ضرورة إعادة النّظر في موقف المشرّع الجزائري

استند الفقه المؤيّد لاعتبار نظريّة الظّروف الطّارئة من النّظام العام إلى مبرّر أساسي وهو الخوف من استغلال المتعاقد الموجود في مركز القوّة ضعف الطّرف الآخر ليفرض عليه تحمُّل تبعية حدوث ظرف طارئ معيّن، إلا أنّ هذا المبرِّر لم يعد له أيّ أثر في الوقت الراهن لأسباب عديدة ومنها أنّ هناك من الظّروف ما لا يمكن التنبؤ كيفية حدوثها كارتفاع أو انخفاض قيمة النقد مثلا، بالتّالي فالبند يسري على الطّرفين على حد سواء.

كما يرى الفقه[884] المؤيد لفكرة أنّ نظريّة الظّروف الطارئة من النّظام العام، أنّ منع الاتّفاق على تحمّل المدين تبعية الظرف الطارئ يسري فقط في المرحلة السّابقة على التّعاقد بالتّالي يمكن للأطراف الاتّفاق بعد وقوع الحادث على تحمُّل المدين تبعية هذا الأخير، لأنه في هذه الحالة يقبل بذلك وهو على بصيرة من أمره، والسؤال المطروح هو: هل زال مركز القوّة الذي كان فيه الدّائن عند إبرام العقد بعد حدوث الظرف الطارئ؟ الأكيد أنّ الإجابة تكون بـ **لا** بل أنّ الضغط سيزداد قوّة بعد حدوث الظّرف، ما يجعل هذا التّبرير غير منطقي.

أضف إلى ذلك أنّه في حالة استغلال أحد المتعاقدين لمركز القوة الذي يكون فيه سيتم اللجوء إلى آليات أخرى من أجل عدم الأخذ بهذا البند كالشّروط التعسّفية، خاصة في ظل التوجّه الحديث الذي يرمي إلى توسيع نطاق إعمال نظريّة الشروط التعسفية وإخراجها من قوقعة عقود الإذعان.

من جانب آخر، يلجأ عادة الطّرف الذي يتحمَّل تبعيّة ظرف معيّن إلى طلب مقابل لهذه المخاطرة، وفي هذه الحالة يصبح العقد احتماليا يفترض إمكانية تحقق الظرف أو عدمه وهذا غرر يتحمّله كلا الطّرفين، ويستنجد الطّرف الذي يقبل بتحمُّل تبعيّة الظّرف الطارئ بشركات

[884] المرجع نفسه، ص 531 الهامش 2.

التّأمين من أجل تحمُّل هذه الأخيرة الخسائر التي قد تنجر عن حدوث الظرف بالتّالي لا يتحمل في الواقع شخصيا هذه الخسائر.

أخيرا، يظهر أنّ المشرّع سمح للأطراف الاتّفاق على تحمُّل المدين تبعية القوّة القاهرة من خلال نص المادة 178 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: " *يجوز الاتّفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة*"، علما أنّ القوّة القاهرة أشد من الظّروف الطّارئة باعتبار أنّ هذه الأخيرة لا تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا بل مرهقا فقط، فكيف يمكن تبرير إمكانية اتّفاق الأطراف على تحمُّل المدين تبعية حدوث القوّة القاهرة ولا يصح مثل هذا الاتّفاق في الظّروف الطارئة؟

يظهر مما سبق أنّ جعل نظريّة الظّروف الطّارئة من النّظام العام لم يعد له أيّ مبرّر في الوقت الراهن، في ظل الآليات المتعدّدة التي تسعى إلى حماية الطّرف الضعيف في العلاقة التّعاقدية، ما يجعل من خشية استغلال أحد المتعاقدين لمركز القوّة الذي يكون فيه من أجل إلزام الطّرف الآخر تحمُّل تبعيّة الظّرف الطارئ من دون أساس، كما أنّ تعدّد الحلول التي يمكن للمدين الاستعانة بها من أجل تجنّب تحمُّل الخسارة الناتجة عن تحقّق الظرف كالتّأمين على هذه المخاطر، يُفرغ تبرير النّظام بالعام من مضمونه.

## الفرع الثاني

## كيفية إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة

تظهر أهمية دراسة كيفية إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة بسبب اختلاف التشريعات المقارنة في طريقة الاعتراف بها، ومدى تأثّر هذه التّشريعات بالنّزعة الفرديّة أو التّضامنية، إذ يمر إعمال نظريّة الظّروف الطارئة بمرحلتين، الأولى وهي إعادة المتعاقدين التفاوض لإيجاد حل ودّي لاختلال توازن للعقد (أولا) وفي حالة عدم التوصّل إلى اتّفاق يتدخّل القاضي في مرحلة ثانية في حالة عرض النّزاع عليه للفصل فيه (ثانيا).

**أولا: ضرورة إعادة التّفاوض بين المتعاقدين**

يقع على عاتق المدين في حالة وقوع ظرف طارئ أدى إلى اختلال توازن العقد، اقتراح على الطّرف الآخر إعادة التّفاوض لإيجاد حل يضمن استمرارية العقد، ورغم تأكيد معظم القوانين على ضرورة هذا الشّرط لإعمال النّظرية، إلا أنّ المشرّع الجزائري لم يأخذ به معترفا للمدين بحقه في اللجوء مباشرة إلى القضاء لفض النّزاع.

**1- عدم اشتراط المشرّع الجزائري ضرورة إعادة التّفاوض**

رتّب المشرّع في نص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني عند توفّر شروط إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة، حق المدين في رفع دعوى قضائية لمطالبة القاضي بالتدخّل دون إجباره على عرض إعادة التّفاوض من المتعاقد الآخر، في خطوة تُظهر استغناء المشرّع عن الأصل للأخذ بالاستثناء، فالتدخّل القضائي لتعديل العقد أو لإنهاء أثره هو الحل الأخير الذي لا يحق للأطراف اللّجوء إليه إلا بعد استنفاذ جميع الطّرف الوديّة لإيجاد حل للخلاف، علما أنّ الطّرفين كفيلين بمراعاة مصالحهما سواء عند إبرام العقد أو عند تنفيذه.

أكّدت مختلف التّشريعات المقارنة على ضرورة منح الفرصة أوّلا للأطراف من أجل إعادة التّفاوض، على غرار المشرّع الفرنسي في المادة 1195 فقرة 2 من التّقنين المدني المذكورة سابقا، أو مشروع الإطار المشترك للمفاهيم (DCFR) من خلال نص المادة 1-110 (3) من الكتاب الثالث[885]، ما يوحي بأنّ اللّجوء إلى القاضي لن يكون إلا حل استثنائي في حالة فشل المفاوضات.

يعتبر موقف المشرّع الجزائري مخالفة لمبدأ سلطان الإرادة، كون هذا الأخير مصدر لالتزامات المتعاقدين حتى في ظل النّظرية الحديثة للعقد، ولا يمكن تبرير تدخّل القاضي في مضمون العقد إلا استثنائيا لمعالجة آفة فيه لم يتمكن الطّرفين من معالجتها لأسباب قد تتعدّد،

[885] Draft Common Frame of Référence, Op.cit., p. 203. Article 1-110 (3) , du livre 3 du DCFR stipule que : *« (d)*et le débiteur s'est efforcé, raisonnablement et de bonne foi, de négocier un ajustement raisonnable et équitable des termes de l'obligation ».

بالتّالي يبدو ضروريا حث المشرّع على تعديل المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني بإلزام المتعاقدين إعادة التّفاوض قبل اللّجوء للحل القضائي.

**2- حُسن النيّة أساس الالتزام بإعادة التّفاوض**

ذهب أحد الباحثين[886] إلى اعتبار أنّ إعادة التّفاوض هو التزام بالمعنى القانوني الواسع (*lato sunsu*)، إذ يؤسس غالبية الفقه اللاتيني[887] والانجلوسكسوني[888] هذا الالتزام على أساس الالتزام بحسن النيّة عند تنفيذ العقد، حيث يُجبِر كلا الطّرفين على أخذ مصلحة المتعاقد الآخر محل اعتبار عند تنفيذ العقد[889]، ما يُظهر مرّة أخرى مدى ارتباط نظريّة الظّروف الطّارئة بالالتزام بحسن النيّة.

**3- الطبيعة القانونية للالتزام بإعادة التّفاوض**

يجب على المتعاقدين في حالة وجود ظرف طارئ الدخول في مفاوضات جديدة لمحاولة إيجاد حل مناسب يضمن استمرارية العقد، وهذا الالتزام يفرض على كليهما تحقيق النتيجة وهي إعادة التّفاوض فعلا تحت مسؤولية الطّرف الرافض لذلك[890]، إلا أنّه وعلى الرغم من ذلك، يبدو أنّ المشرّع الفرنسي في نص المادة 1195 فقرة 2 لم يجعل من الالتزام بإعادة التّفاوض التزام بتحقيق نتيجة، والدّليل على ذلك افتراض إمكانية رفض المتعاقد الآخر التّفاوض[891] دون ترتيب أيّة مسؤولية عليه.

يطرح الموقف الفقهي السّالف الذكر إشكال في الواقع وهو رفض المتعاقد التّفاوض لا على أساس عدم رغبته في إعادة التّوازن للعقد، بل لعدم اقتناعه أصلا بوجود ظرف طارئ إذا

---

886 LABERNEDE Romain, L'obligation de renégocier en droit privé des contrats, thèse de doctorat, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016, p. 10.

887 V.FRELETEAU Barbara, Op.cit., p. 114.

888 MOMBERG URIBE Rodrigo, The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts (comparative perspective), intersentia-metro, Ultrecht, netherland, 2011, p. 221.

889 MEHANNA Myriam, Op.cit., p. 342.

890 THIBIERGE Louis, Op.cit., p. 450/ FRELETEAU Barbara, Op.cit., p. 115.

891 Article 1195 paragraphe 2 du Code civil français stipule que : *« En cas de refus ou d'échec de la renégociation… »*

اعتبر بأنّ أحد شروط تطبيق النّظرية غير متوفّرة[892]، في هذه الحالة من الصعب الإقرار بمسؤولية الدّائن بسبب سوء نيته.

يتّضح كذلك أنّ التوصّل إلى اتّفاق عند إعادة التّفاوض يبقى أمر احتمالي خاضع للمبادئ العامة التي تحكم مرحلة المفاوضات، والتي قد لا تنتهي باتفاق على الشّروط الجديدة للعقد أو على إنهاء العقد بالطّريقة الوديّة، وفي هذه الحالة يجوز للمدين اللجوء إلى القضاء لإيجاد الحل المناسب للخلاف.

**ثانيا: دور القاضي في نظريّة الظّروف الطّارئة**

ينجر عن فشل المفاوضات بين المتعاقدين إمكانية عرض الخلاف على القضاء لإيجاد الحل المناسب لاختلال توازن العقد، إذ غالبا ما يلجأ المدين المتضرّر من الظرف الطارئ إلى القاضي الذي يفصل في النّزاع وفقا للسلطة المعترف له بها بحسب موقف التشريعات من نظريّة الظّروف الطارئة.

**1- سلطة القاضي في تعديل العقد**

تعتبر سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظّروف الطّارئة من أهم صور تدخّل القاضي في مضمون العقد، ورغم الجدل افقهي حول مشروعية هذا التدخّل، إلا أنّ الصراحة التي اعترف بها المشرّع للقاضي بهذه السّلطة تزيل جميع الشّكوك، حيث تمنح للقاضي مجال واسع للمناورة لأجل إنقاذ العقد من الزوال.

**أ- رفض جانب من الفقه سلطة القاضي في تعديل العقد**

رغم الاعتراف القانوني الصريح بسلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظّروف الطّارئة، إلا أنّ هذا الاعتراف أثار ردود فعل كثيرة في وسط الباحثين[893]، وحتى مجلس الأمة الفرنسي اقترح عند إعداد القانون المصادِق على الأمر المتضمّن تعديل التّقنين المدني

[892] MOLFESSIS Nicolas,« Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », J.C.P. G., N° 52, 21 décembre 2015, p. 2391.
[893] V. ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 26.

الفرنسي، إلغاء السّلطة الممنوحة للقاضي في تعديل العقد بسبب الظّروف الطّارئة[894]، خوفا على استقرار المعاملات، كما أنّ الجهات القضائية أيّدت فكرة سحب سلطة تعديل العقد في حالة الظّروف الطارئة من القاضي[895].

**ب- الاعتراف بسلطة القاضي في تعديل العقد**

يبدو أنّ المحافظة على سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظّروف الطّارئة ضروري من أجل ضمان فعّالية مميّزة للنظريّة، حيث أنّ سحب هذه السّلطة سيؤدّي في الواقع إلى إفراغ النّظرية من مضمونها، كما أنّ إلغاء سلطة القاضي بتعديل العقد سيؤدي إلى جعل مصير العقد ينحصر في يد الدّائن، والذي قد يرفض جميع مقترحات المدين للتعديل أثناء إعادة التفاوض، وبما أنّ القاضي لا يجوز له التدخّل في التزامات الأطراف سيبقى الحل الوحيد هو إنهاء العقد سواء باتفاق الطّرفين أو عن طريق القضاء.

يبقى أنّ الاعتراف بسلطة القاضي في تعديل العقد تفتح المجال للعديد من الأسئلة حول كيفية تجسيد هذه السّلطة في الواقع، إذ يشير بعض الباحثين في الجزائر[896] أنّ القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة من أجل الوصول إلى الحل المناسب لرفع الإرهاق عن المدين سواء بالتخفيض من التزامات هذا الأخير أو العكس بالرفع من التزامات الدّائن، كما يمكن للقاضي في حالة الظرف الطارئ المؤقت الحكم بوقف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظرف.

---

[894] Senat français, texte N° 5 du 17/10/2017, …, Op.cit. L'article 8 stipule que : *« I. – La seconde phrase du second alinéa de l'article 1195 du Code civil est ainsi modifiée : 1° Les mots : « réviser le contrat ou y » sont supprimés ; 2° Après les mots : « mettre fin », sont insérés les mots : « au contrat ».*

[895] PILLET François, Op.cit., p. 66. *« .... Il semble à votre rapporteur que cette théorie pourrait bien au contraire favoriser l'insécurité juridique pour les parties au contrat. Certaines juridictions interrogées par votre rapporteur ont d'ailleurs fait part de leur inquiétude que des juges aient à intervenir directement dans le contrat, d'autant plus que la responsabilité de l'État pourra dans ce cas être engagée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire. »*

[896] بوشاشي يوسف، المرجع السّابق، ص 124 وما يليها/ حدي لالة أحمد، المرجع السّابق، ص 137.

غير أنّ صياغة المادة 3/107 من التّقنين المدني باللغة الفرنسية[897]توحي بأنّ سلطة القاضي في حالة الظّروف الطّارئة تتلخص في الإنقاص من التزامات المدين إلى الحد المعقول دون إمكانية الزيادة من التزامات الدّائن[898]، وهو الحل الأقرب إلى الصواب بما أنّه يصعب من النّاحية القانونية الاعتراف بسلطة القاضي على فرض التزامات جديدة على الدّائن، في حين أنّ سلطته في التدخّل لتعديل العقد أصلا مُختلَف عليها.

من جانب آخر طرح الباحثون في فرنسا[899] إشكالية تفسير كلمة "*يمكن*" المستعملة في نص المادّة 1195 فقرة 2 من التّقنين المدني الفرنسي والتي تقابلها كلمة " *جاز*" بالنّسبة لنص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني الجزائري، معتبرين أنّ النّص جاء على سبيل الخيار بالنّسبة للقاضي، والذي يمكن له رفض التدخّل في العقد رغم وجود ظروف طارئة تجعل من التّوازن الاقتصادي للعقد مختلا، إلا أنّه ورغم إمكانية حدوث ذلك من النّاحية النّظرية، إلا أنّه يصعب تصوّر تهرّب القاضي من تعديل العقد في حالة إخلال جسيم بالتوازن بين الالتزامات.

**2- سلطة القاضي في إنهاء أثر لعقد**

يحق للقاضي المعروض أمامه النّزاع في حالة استحالة إيجاد حل لضمان استمرارية العقد، الحكم بإنهاء أثره إن اقتضت ذلك مصلحة الطّرفين، ورغم عدم نص المشرّع الجزائري على هذا الحل، إلا أنّ معظم القوانين المقارنة سواء التّقنين المدني الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1195، أو مبادئ المعهد الدولي من أجل توحيد القانون الخاص في المادة 3.2.6، أو مبادئ القانون الأوروبي للعقود في المادة 111.6، تعترف بهذه السّلطة للقاضي إذا اعتبر بأنّ إنهاء العقد هو الحل الأنسب للطرفين.

تضع غالبية النّصوص المشار إليها سابقا القاضي في وضعية مريحة جدا عند الحُكم بإنهاء العقد، إذ له الحريّة في تقدير تاريخ الإنهاء والشّروط التي يُنهى بها العقد، وقد فسّر

---

[897] Article 107 paragraphe 3 du Code civil algérien stipule que : *« … le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive… ».*

[898] فيلالي علي، الالتزامات...، المرجع السّابق، ص 380.

[899]ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 26.

الباحثون[900] هذه الصّياغة بضرورة ترك المجال واسعا للقاضي لتقدير التاريخ الذي يعتبر فيه العقد منتهيا، والذي قد يكون هو التّاريخ الذي أصبح فيه التزام المدين مرهقا أو تاريخ لاحق له، كما يمكن للقاضي اختيار تاريخ صدور الحُكم هو نفسه تاريخ إنهاء العقد.

أما عن حريّة القاضي في تحديد الشّروط التي يُنهى بها العقد، فقد أرجع الفقه[901] ذلك إلى ضرورة ترك المجال مفتوحا أمام القاضي الذي يُصدر الحُكم بإنهاء العقد، القضاء لمصلحة المدين بالتّعويض في حالة سوء تصرف الدّائن خلال مرحلة إعادة التّفاوض، أو حتى رفضه إعادة التّفاوض إذا تبيّن أنّ في ذلك خروج عن الالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد.

[900] BUCHER Charles-Édouard, Op.cit., p. 35.

[901] ANCEL Pascal, « Imprévision », Op.cit., p. 27.

# خاتمة

# خاتمة

يتبين من خلال دراسة موضوع المصلحة الشخصية للمتعاقد والالتزام بحسن النيّة التعارض بين سعي المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الشخصية من إبرام العقد من جهة، والتزامه بحسن النيّة الذي يفرض عليه أخذ مصلحة المتعاقد الآخر محل اعتبار عند إبرام العقد وعند تنفيذه من جهة أخرى.

يتجلى من خلال هذه الدراسة أنّ تحقيق المصلحة الشخصية للمتعاقد كانت ولا تزال الهدف الرئيسي من إبرام العقد، من خلال وضع آليات قانونية تضمن له الوصول إلى هذا المبتغى ومنها الحريّة التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، غير أنّه لا يمكن أن تكون هذه المصلحة مبررا للتعدي على مصلحة المتعاقد الآخر، لذلك تم تكريس الالتزام بحسن النيّة كضابط يسعى من خلاله المشرّع على ضمان أكبر قدر ممكن من التّوازن في العلاقات التعاقدية.

يبرز التعارض بين حُسن النيّة والحق في تحقيق المصلحة الشخصية عبر جميع مراحل العقد، بدأً بمرحلة المفاوضات التي عادة ما تكون مرحلة كل المخاطر، بالنظر إلى بعض التصرفات التي وإن كانت مشروعة إلا أنها تتنافى ومقتضيات حُسن النيّة في العقد وصولا إلى مرحلة تنفيذ العقد التي تفرض على كل طرف العمل على تحقيق أكبر قدر ممكن من الفعالية الاقتصادية.

أجابت دراسة موضوع المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النيّة على إشكالية مدى إمكانية التوفيق بين حق المتعاقد في تحقيق مصلحته الشخصية والتزامه بحسن النيّة، من خلال دراسة موقف المشرّع والقضاء من الإشكالات التي يطرحها الموضوع، حيث بدا واضحا أنّ التوفيق بين مختلف المبادئ المتعارضة التي تحكم نظرية العقد يمرّ بالضرورة عبر الموازنة بينها، أساسًا مبدأ سلطان الإرادة الذي يُعتبر حريّة معترف بها للمتعاقد والالتزام بحسن النيّة باعتباره ضابط لسلوك الأطراف خلال جميع مراحل العقد.

يبدو جليا أنّه في ظل بقاء المرحلة السّابقة على التعاقد من دون أحكام قانونية خاصة في التّقنين المدني، فإنّ المجال أصبح خصبا لبروز تصرفات منافية لحسن النيّة في العقد، يسعى من خلالها المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الشخصية بغض النظر على مصلحة المتعاقد الآخر.

# خاتمة

بدا واضحا من خلال دراسة موضوع البحث احتلال المرحلة السّابقة على التعاقد الصّدارة ضمن اهتمامات الدراسات القانونية الحديثة، من خلال الموازنة بين حريّة كل طرف في الدخول وقطع المفاوضات على النحو الذي يحقق من خلاله مصلحته الشخصية وفرض سلوك نزيه بين الأطراف، إلا أنّ الدراسة كشفت كذلك عن استحالة إحاطة التشريع بجميع حالات التصرفات المنافية لحسن النيّة في المرحلة السابقة على التعاقد، مما أدى إلى اكتفاء المشرّع بوضع نصوصا عامة تُرسي المبادئ التي تحكم هذا المرحلة، والاعتماد على الاجتهاد القضائي من أجل الكشف عن هذه التصرفات، وقد كان الفضل لاجتهاد محكمة النقض الفرنسية بوضع حدود تطبيق هذا النصوص القانونية، لضمان حريّة الأفراد في إبرام العقد وفي آن واحد ضمان احترام مصالح جميع الأطراف دون استثناء.

بالإضافة إلى فرض سلوك معين على الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، تبيّن أنّ الالتزام بحسن النيّة يهدف كذلك إلى ضمان تكافؤ أكبر بين المراكز القانونية للمتعاقدين بطريقتين مختلفتين، الأولى تتمثل في فرض التزامات حديثة على الطرف الذي يتمتع بخبرة تمنح له أولوية بالمقارنة مع الطرف الآخر، وأفضل مثال على ذلك فرض المشرّع على المهني التزام بإعلام المستهلك في العقود الاستهلاكية في نص المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ولو كان ذلك على حساب المصلحة الشخصية للمهني، وهي خطوة أولى تبيّن الفلسفة الحديثة لنظريّة العقد، غير أنّ اقتصار اثر هذا الالتزام على العقود الاستهلاكية أصبح اليوم أمر تجاوزه الزمن، حيث أنّ التوجه الحالي في القانون المقارن هو السعي إلى إدراج هذا الالتزام في النّظرية العامة للعقد.

من جانب آخر، ظهر جليا دور القضاء الذي ساهم في تطوير الالتزام بالإعلام عن طريق إنشاء درجات مختلفة له، إذ طفا إلى السطح الالتزام بالتحذير والالتزام بالنصيحة كامتداد للالتزام بالإعلام، حيث تبيّن من خلال البحث السعي نحو حماية مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية على حساب مصلحة المدين بهذه الالتزامات، غير أنّ ضرورة الموازنة بين مصالح المدين والالتزام بالإعلام بمختلف درجاته وضع شروطا دقيقة لإعماله والعمل على مساهمة الدّائن في البحث عن المعلومات التي يجهلها.

كشفت كذلك دراسة اثر حُسن النيّة في المرحلة السّابقة على التعاقد أنّ الطريقة الثانية التي سعى من خلالها المشرّع إلى ضمان تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين تتمثل في حماية الطرف الضّعيف في العلاقة التعاقدية، وقد عرفت هذه الطريقة تكريسًا واسعًا في النصوص الخاصة على غرار حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية أو حماية العامل في مواجهة رب العمل في تشريع العمل من خلال رسم الحدود التي لا يجوز الاتّفاق على مخالفتها، في صورة واضحة تعكس رغبة المشرّع في الموازنة بين المصلحة الشخصية لرب العمل من خلال فتح المجال واسعا للتفاوض حول بنود العقد لكن في إطار محدد قانونا يحمي مصلحة العامل الذي يوجد في مركز ضعف في غالب الحالات.

أما في مرحلة تنفيذ العقد، فقد تجلت من خلال البحث أهمية حسن النيّة لمّا اعتبرها المشرّع صراحة كمنهج يُلزم كلا الطرفين، من أجل تحقيق التوقعات المنتظرة من إبرام العقد من خلال فرض واجب التعاون بين الطرفين وتضافر الجهود من أجل ضمان أكبر فعالية ممكنة للعقد، وعلى غرار المرحلة السابقة على التعاقد، ظهر في مرحلة تنفيذ العقد الدور الحيوي للاجتهاد القضائي في معالجة الموازنة بين المصلحة الشخصية للمتعاقد والتزامه بحسن النيّة.

بدا واضحا في مرحلة تنفيذ العقد الدور الإنشائي للقضاء في مرحلة تنفيذ العقد استنادا إلى الوظيفة التكميلية لحسن النيّة، حيث استغل غموض بعض النصوص القانونية من أجل منحها تفسيرا فتح للقاضي المجال واسعا للتدخل في المضمون العقدي وفرض التزامات حديثة على غرار الالتزام بالسلامة الذي أصبح التزام أساسي في بعض العقود كعقد النقل بمختلف طرقه، مع الحرص على مراعاة المصالح المتعارضة لكل طرف والعمل على إيجاد الحل المناسب من أجل مراعاة مصلحة المدين بالالتزام.

أظهرت دراسة موضوع المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد مساهمة هذا الأخير في المحافظة على التوقعات المشروعة للأطراف من خلال تفسير العبارات الغامضة في العقد بالبحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين للمحافظة قدر المستطاع على خصوصية العقد، غير أنّه في حالة عدم توصّل القاضي لتحقيق هذا الغرض، يبقى للالتزام بحسن

النيّة دور فعّال في تحديد المعنى الذي يمنحه القاضي للعقد دون الوقوف على حرفية العبارات المستعملة من طرف المتعاقدين.

كشفت كذلك دراسة دور الالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد على ملامح متعددة لهذا الأخيرة تأخذ صورا مختلفة ومنها صورة التسامح بين الطرفين التي عرفت تكريسا واضحا في نص المادة 119 فقرة 2 من التّقنين المدني لما فتح المشرّع المجال أمام القاضي برفض طلب الفسخ في حالة تنفيذ المدين حَسن النيّة لجزء كبير من التزاماته، أو صورة التّعاون الواجب بين الطرفين من خلال مجموعة من الالتزامات ذات المصدر القضائي كالالتزام بالإعلام التعاقدي أو الالتزام بالتقليل من الضرر.

غير التكريس الواضح للالتزام بحسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد تتمثل في فرض تضامن بين المتعاقدين في مواضع مختلفة من التّقنين المدني، ولعل أبرزها نص المادة 107 فقرة 3 فيما يتعلق بنظرية الظّروف الطارئة، حين فرض المشرّع على الدّائن في حالة اختلال توازن العقد بسبب ظروف استثنائية غير متوقعة، تحمُّل جزء من الخسارة التي تهدد المدين، وهو الموقف الذي يعكس بوضوح تنازل الدّائن عن جزء من المصلحة المنتظرة من العقد وتحمل جزء من الخسارة الفادحة التي تهدد المدين، كل ذلك مع مراعاة المصالح المتعارضة لكلا الطرفين.

بدا واضحا في ظل النظرية الحديثة للعقد تبلور في الأفكار، من خلال التوجّه نحو مراعاة المراكز القانونية لأطراف العقد والتوجه نحو أخلقة الروابط القانونية، وضمان الفعالية الاقتصادية للعقد، ورغم مسايرة المشرّع الجزائري لهذا التطور إلا أنّ العديد من الإشكالات سواء من الناحية القانونية أو العملية لازالت تشكل عائقا من أجل مواكبة التطور الحاصل في القانون المقارن، ومن أجل ذلك يمكن تقديم التوصيات التالية:

1- ضرورة الاعتراف في التّقنين المدني بالالتزام بحسن النيّة كالتزام قانوني على نفس درجة الحريّة التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، يشمل جميع مراحل العقد منذ الإعلان عن الرغبة في التعاقد إلى غاية زوال العقد سواء بتنفيذه أو من دون تنفيذ.

2- اعتبار الالتزام بحسن النيّة في جميع مراحل العقد من النّظام العام، لحماية أطراف العقد من التنازل عنه في المرحلة السّابقة على التعاقد من جهة، وليتسنى للقاضي التدخّل بمحض إرادته في النزاعات المعروضة عليه لمراقبة مدى تنفيذ الأطراف هذا الالتزام.

3- التأكيد على الحرية التعاقدية كوسيلة مثلى من أجل تحقيق المصلحة الشخصية للمتعاقد مع منح حماية قانونية لاتفاق الطرفين من أجل حماية مصالح الدّائن بالالتزام والمحافظة على التوقعات المشروعة لكلا الطرفين.

4- يتطلب على المشرّع التدخّل من أجل تنظيم المرحلة السّابقة على التعاقد، من خلال فرض سلوك متجانس ونزيه للأطراف في مرحلة المفاوضات، مع تشديد الحرص على مرحلتي سير المفاوضات وقطعها.

5- تدخّل القاضي بصفة تلقائية في النزاعات المعروضة عليه من أجل مراقبة سلوك الأطراف في مرحلة المفاوضات، وردع أي انحراف في السلوك على وجه يتنافى مع النّزاهة والثّقة الواجبة بينهما.

6- التكريس الفعلي في التّقنين المدني للالتزام بالإعلام بمختلف أوصافه كوسيلة لتبصير المتعاقد حول محل العقد، مع الحرص على التحديد الدّقيق للشروط المتعلقة بتنفيذ هذا الالتزام على نحو يضمن للدائن الحق في الحصول على المعلومات الضرورية دون المساس بحق المدين بتحقيق مصلحته الشخصية.

7- تفعيل دور الأجهزة المختلفة التي تهدف إلى مراقبة صحة المضمون العقدي ومن بينها لجنة البنود التعسفية، من خلال نشر على أوسع نطاق تقارير دورية حول البنود التي تعتبر تعسفيّة، والتدخّل بصفة تلقائية في حالة ثبوت وجود هذه البنود في العقود المختلفة.

8- التأكيد على ضرورة تنفيذ كلا الطرفين لالتزاماته مع الحرص على فرض سلوك نزيه بين الطرفين لضمان فعالية العقد وذلك من خلال التكريس الفعلي لواجب التعاون وواجب الوفاء عند تنفيذ العقد.

9- الحرص على استعمال المصطلحات القانونية الصحيحة والدقيقة عند إعداد النصوص القانونية لتجنب أي غموض أو تعارض في التأويل.

10- حرص الجهات القضائية المختلفة على ضمان الموازنة بين المصلحة الشخصية للمتعاقدين والتزام الأطراف بحسن النيّة، إذ يقع على مختلف الجهات القضائية عامة وعلى المحكمة العليا على وجه الخصوص، العمل على إرساء اجتهاد قضائي متجانس يساهم في رسم حدود النّظرية الحديثة للعقد.

# قائمة المراجع

**أولا: المراجع باللغة العربية**

**1- الكتب**


**1-** إبراهيم سيد أحمد، فكرة حُسن النيّة في المعاملات المدنية فقها وقضاءا، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2015.

**2-** أبو جميل وفاء حلمي، الالتزام بالتعاون (دراسة تحليلية وتأصيلية)، د.د.ن.، القاهرة،1988.

**3-** أبو عمرو مصطفى أحمد، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك (دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

**4-** أبو هيبة نجوى، الكتمان التدليسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

**5-** أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط 2، ج. 3 (المائدة- الأعراف)، دار طيبة، الرياض، 1999.

**6-** أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آى القرآن، الجزء الثامن، دار الهجر للطباع والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 2001.

**7-** أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، 2002.

**8-** إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التّوازن المعرفي في العقود (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

**9-** أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مضمون الالتزام العقدي،د.د.ن.، مصر، 1967.

**10-** أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

**11-** آيت حمودي حليمة، نظريّة الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة، بيروت، 1986.

**12-** ايمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة –، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

**13**- البكباشي سحر، دور القاضي في تكميل العقد (دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

**14**- البهجي عصام أحمد، الالتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2014.

**15**- العشماوي أيمن ابراهيم، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

**16**- _____، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

**17**- العوجي مصطفى، القانون المدني، الجزء الأوّل العقد، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

**18**- القوني عبد الحليم عبد اللطيف، حُسن النيّة وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

**19**- الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية بين الضمانات التقليدية والضمانات المتخصصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

**20**- براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

**21**- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2011.

**22**- بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، دار الفجر، القاهرة، 2005.

**23**- _____، الشّروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه، الجزائر، 2007.

**24**- جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

**25**- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأسلطان الإرادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

**26**- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

**27**- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقنرنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007.

**28**- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

**29**- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع (دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية)، دار هومه، الجزائر، 2012

**30**- عياد عبد الرحمان، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 1972.

**31**- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفضاء في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

**32**- فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

**33**- فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

**34**- قدوس حسن عبد الرحمان، مدى التزام المنتج بضمان السّلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

**35**- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة في القانونين المصري والفرنسي)،النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995.

**36**- محمد محمد السوري، الغش في المعاملات المدنية دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

**37**- محمد محي الدّين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

**38**- _____، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

**39**- ميرقت ربيع عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

**40**- وليد صلاح مرسي رمضان، القّوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

**2- أطروحات الدكتوراه**

**1-** السيد محمد بدوي، حول نظريّة عامة لمبدأ حُسن النيّة في المعاملات المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1989.

**2-** الشوابكة حازم سالم محمد، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، 2009.

**3-** العامري خالد، الوساطة في التّأمين، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة قسنطينة، 2017.

**4-** أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2009.

**5-** بن شنيتي عند الحميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1996.

**6-** بوعون زكرياء، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الطور الثالث ل.م.د.، جامعة قسنطينة، 2017.

**7-** حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2009.

**8-** خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة اسيوط، 1996.

**9-** درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2014.

**10-** رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظّروف الاقتصادية على القوّة الملزمة للعقد، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.

**11-** سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون، جامعة الجزائر 1، 2013.

**12-** عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015.

**13-** عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة تلمسان، 2014.

**14-** فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون جامعة الجزائر 1، 2015.

**15-** مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدّولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

**16-** معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية –دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2015.

**17-** منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، 2011.

**18-** موكه عبد الكريم، تأثير تغيّر الظّروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2015.

**3- مذكرات الماجستير**

**1-** بدري جمال، الوعد بالبيع العقّاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009.

**2-** بغدادي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

**3-** بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.

**4-** حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تلمسان، 2013.

**5-** حديبي عبد الرحمان، المسؤولية المدنية عن تداول الأدوية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.

**6-** خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1987.

**7-** حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011.

**8-** ديب محمد، الالتزام بعدم المنافسة في علاقة العمل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران 2، 2013.

**9-** دراح سعاد، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، ، جامعة الجزائر 1، 2012.

**10-** زرهوني نبيلة، الالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران 2، 2013.

**11-** شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية،جامعة تيزي وزو، 2012.

**12-** طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

**13-** عشوش كريم، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

**14-** علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.

**15-** عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1 ، 2009.

16- لبان فريدة، حسن النيّة في الانعقاد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009.

17- لطروش أمينة، رفض البيع ورفض أداء الخدمات (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران، 2012.

18- معاشو احمد، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.

19- معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2015.

20- يحيى أمين، القطع التعسفي للعلاقات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران، 2013.

**4- المقالات**

1- أبو زيد محمد، "المفاوضات في الإطار التعاقدي (صورها-أحكامها)"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد 1، 2005، ص ص. 105-191.

2- أمازوز لطيفة، "التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، عدد 3، 2009، ص ص. 85-113.

3- أيت مولود ذهبية، "نطاق الالتزام بالتبصير عن مخاطر العمل الطبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد 2، 2017، ص ص. 33-54.

4- بن حيي شارف، "ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، عدد 4، 2010، ص ص. 46-56 .

5- بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض (دراسة علمية تأصيلية مقارنة)"، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، عدد 4، 2010، ص ص. 256-312.

**6-** بن عزوز بن صابر و بنور سعاد، " أي توازن بين سلطات صاحب العمل في إدارة المؤسسة وحماية الحياة الخاصة للعامل؟"، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، عدد 27، جوان 2017، ص ص. 222-231.

**7-** تدريست كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد 1، 2017، ص ص. 237-253.

**8-** حليس لخضر، "مقتضيات حماية الطرف الضعيف في عقد العمل (دراسة في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية)"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، عدد 1، 2016، ص ص. 87-96.

**9-** خليفة كرفة محمد، "ضرورة التخلي على ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، عدد 1، 2017، ص ص. 53-64.

**10-** دالي بشير، " سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقد في إطار نظرية الظروف الطارئة"، مجلة القانون، المركز الجامعي غليزان، عدد 6، 2016، ص ص. 137-153.

**11-** دبابش عبد الرؤوف و دغيش حملاوي، "مبدأ سلطان الإرادة في العقد بين الشريعة والقانون"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، عدد 44، 2016، ص ص. 257-273.

**12-** زبيري بن قويدر و خليفة جنيدي، " حماية إرادة المستهلك في ضوء قانون الممارسات التجارية 04-02"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، عدد 14، أفريل 2017، ص ص. 59-84.

**13-** زروق يوسف و بن سالم المختار ، " حماية المستهلك من المنتجات المعدلة وراثيا"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، العدد 11، جوان 2017، ص ص. 612-625.

**14-** سي يوسف زاهية حورية، " التزام المنتج بإعلام المستهلك"، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة البليدة، عدد 2، 2012، ص ص. 81-96.

15- عثماني بلال، "القاضي طرف ثالث في العقد"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،جامعة بجاية، عدد 1، 2017، ص ص. 429-442.

16- فيلالي علي، " رضا المريض بالعمل الطبي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر ، عدد 3، 1998، ص ص 39-64.

17- _____، " ملاحظات حول المسؤولية الطبية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، عدد 7، 2015، ص ص 9-35.

18- لدغش رحيمة، " الالتزامات المنوطة بالصيادلة لضمان حماية المستهلك"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد 14، أفريل 2017، ص ص. 139-160.

19- مصطفاوي عايدة، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، عدد 14، أفريل 2017، ص ص. 10-22.

20- مواقي بناني أحمد، " الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)"، مجلة المفكّر، جامعة بسكرة، عدد 10، 2014،ص ص. 413-425.

21- نجيده علي حسين، "دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، عدد 1، 1985، ص ص. 145-159.

22- _____، "التزام الطبيب بتبصير المريض"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي عدد 2، 1993، ص ص. 236-260.

23- نزيه محمد الصادق المهدي، "محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام (نحو معيار مشترك يحكم دور الإرادة في تكوين الالتزام وتنفيذ آثاره "دراسة نظرية تطبيقية مقارنة")"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مارس-يونيو 1979، ص ص. 1-270.

24- يزيد أنيس نصير، "عدالة التعاقد: الغلط والتدليس دراسة مقارنة (القسم الأوّل)"، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، عدد 2، 2012، ص ص. 299-463.

**5- المداخلات**

**1-** بلميهوب عبد الناصر، "النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور"،مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص. 379-393.

**2-** شيعاوي وفاء، ""المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية"، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول "المسؤولية الطبية"، المنعقد يومي 23 و 24جانفي 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو. متوفرة عبر الرابط التالي:

http://fdsp.ummto.dz/images/data/activites_scientifiques/collloques/Responsabilite%20medicale/Communication/communication%20chiaoui%20wafa%202.pdf consulté le 15/07/2017.

**3-** عيساوي عز الدّين، " البحث عن نظام عام للنظام العام"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، منشور فيالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص 2015، ص ص. 374-378 .

**4-** قريمس عبد الحق، "مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول " أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، يومي 05 و06 ديسمبر 2012، جامعة الشلف، (غير منشور).

**5-** نساخ بولقان فاطمة، " مفهوم النّظام العام بين الشّريعة العامة والتّشريعات الخاصة"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية،

منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص. 409-429.

**6- النصوص القانونية**

**أ- الاتفاقيات الدولية**

اتفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على حوادث المرور، مبرمة يوم 04 ماي 1971بلاهاي، متوفرة على الموقع: https://assets.hcch.net/docs/784e623f-da59-4d64-99b7-65d70630770a.pdf تم الاطلاع عليها يوم 2018/02/18.

**ب- النصوص التشريعية**

**1-** أمر رقم 74-15، مؤرخ في 30 يناير سنة 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج. عدد 15، مؤرخ في 19 فبراير سنة 1974، معدّل ومتمّم بمقتضى قانون رقم 88-31، مؤرخ في 19 يوليو سنة 1988، ج.ر.ج.ج. عدد 29، مؤرخ في 20 يوليو سنة 1988.

**2-** أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

**3-** قانون رقم 83-11 مؤرخ في 02 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر.ج.ج. عدد 28، مؤرخ في 05 يوليو سنة1983، معدّل ومتمّم.

**4-** قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج. عدد 8، مؤرخ في 17 فبراير سنة 1985، معدّل ومتمّم.

**5-** قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 ابريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 17، مؤرخ في 25 ابريل سنة 1990، معدّل ومتمّم.

**6-** أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج. عدد 13، مؤرخ في 08 مارس سنة 1995، معدّل ومتمّم.

7- أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج. عدد 52، مؤرخ في 27 غشت سنة 2003، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 50، مؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2010.

8- أمر رقم 03-12 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر.ج.ج. عدد 52، مؤرخ في 27 غشت سنة 2003.

9- قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ر. عدد 41، مؤرخ في 27 ابريل سنة 2004، معدل ومتمم بالقانون 10-06 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 46، مؤرخ في 18 غشت سنة 2010.

10- قانون رقم 06-02، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج. عدد 14، مؤرخ في 08 مارس سنة 2006.

11- قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج. عدد 15، مؤرخ في 08 مارس سنة 2009.

**ت- النصوص التنظيمية**

1- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدوّنة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج. عدد 52، مؤرخ في 8 يوليو سنة 1992.

2- مرسوم تنفيذي رقم 95-340، مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، يحدد شروط منح وسحب التّأمين، الاعتماد والأهلية المهنيّة ومكافأتهم، ومراقبتهم، ج.ر.ج.ج. عدد 65، مؤرخ في 31 أكتوبر سنة 1995، معدّل ومتمّم بالمرسوم تنفيذي رقم 17-192، مؤرخ في 11 يونيو سنة 2017، ج.ر.ج.ج. عدد 36، مؤرخ في 14 يونيو سنة 2017.

3- مرسوم تنفيذي رقم 01-50 مؤرخ في 12 فبراير سنة 2001، يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضّب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر.ج.ج. عدد 11، مؤرخ في 12 فبراير سنة 2001.

**4-** مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج. عدد 56، مؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2006.

**5-** مرسوم تنفيذي رقم 07-402 المؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2007، يحدد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه، ج.ر.ج.ج. عدد 80، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2007.

**6-** مرسوم تنفيذي رقم 11-359 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2011، يحدد أحكام السلامة المتعلقة بنقل الأشخاص الموجه، ج.ر.ج.ج. عدد 58، مؤرخ في 23 أكتوبر سنة 2011.

**7-** مرسوم رئاسي رقم 11-407، مؤرخ في 29 نوفمبر سنة 2011، يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج.ر.ج.ج. عدد 66، مؤرخ في 04 ديسمبر سنة 2011.

**ث- الأنظمة**

نظام بنك الجزائر رقم 13-01، مؤرخ في 8 ابريل سنة 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشّروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج.ر.ج.ج. عدد 29، مؤرخ في 2 يونيو سنة 2013.

**7- الاجتهاد القضائي**

**1-** الغرفة المدنية الثانية للمجلس الأعلى، بتاريخ 1983/03/30، ملف رقم 27429، المجلة القضائية، عدد 1، 1989.

**2-** الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 581228، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2010، ص 161.

**3-** الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 586766، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011، ص 109.

## ثانيا: المراجع باللّغات الأجنبية

### 1_ Ouvrages


**1-** BEIGNER Bernard, Droit des assurances, 2eme ed., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2015.

**2-** BENABET Alain, Droit civil (les obligations), 12eme éd., Montchrestien, Paris, 2010.

**3-** _____, Droit des obligations, 15 éd., LGDJ-Lextenso, Paris, 2016.

**4-** BERGEL Jean-Louiset al., Le Lamy droit immobilier, T2 (transaction, gestion, fiscalité), WoltersKuuwer, 2017.

**5-** BOYER Laurent et ROLAND Henri, Adages du droit français, 4emeed., 2-Adages M à Z, Litec, Paris, 1999.

**6-** CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, Droit de la consommation, 9eme éd, Dalloz, Paris, 2015.

**7-** CALAMARI John D. et PERILLO Joseph M., The law of contracts, 3 éd, West Publishing Co., Minnesota, United States of America, 1987.

**8-** CAPITANT Henri, Introduction a l'étude du droit civil (notions générales), 5eme éd., A. PEDONE éditions, Paris, 1929.

**9-** CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves et CHENEDE François, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T2, 13 éd., Dalloz, Paris, 2015.

**10-** CARBONNIER Jean, Droit civil – les biens, les obligations-, V. II, PUF, Paris, 2004.

**11-** _____, Droit civil (les obligations), T4, 21eme éd., PUF, Paris, 1998.

**12-** CHAGNY Muriel, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, D., Paris, 2004, p. 270.

**13-** CHENEDE François, Le nouveau droit des obligations et des contrats (consolidations-innovations-perspectives), Dalloz, Paris, 2016.

**14-** CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 10eme éd. PUF, Paris, 2013.

**15-** COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie, Le solidarisme contractuel, Litec, Paris, 2006.

**16-** COUTURIER Gérard, Les relations entre employeurs et salariés en droit français, *in* la protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges, L.G.D.J., Paris, 1996.

**17-** DE LA ASUNCION PLANES Karine, La réfaction du contrat, L.G.D.J., Paris, 2006.

**18-** DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, Contrats civils et commerciaux, 10eme éd., Dalloz, Paris, 2015.

**19-** DEMOGUE René, Traité des obligations en générale (effets des obligations), T6, librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932.

**20-** DEROUSSIN David, Histoire du droit des obligations, 2eme éd., Economica, Paris, 2012.

**21-** DIMATTEO Larry A. et Al., Commercial Contract Law, transatlantic perspectives, Cambridge universitypress, États Unis d'Amérique, 2013.

**22-** DO Van Dai, Le rôle de l'intérêt prive dans le contrat en droit français, Presse universitaire d'Aix-Marseille, Marseille, 2004.

**23-** DOMAT Jean, Traite des lois (réédition), centre de philosophie politique et juridique, université de Caen, 1989.

**24-** DUPRE-DALLEMAGNE Anne-Sophie, La force contraignante de rapport d'obligation (recherche sur la notion d'obligation), P.U.A.M., Marseille, 2004.

**25-** FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, LGDJ-Lextenso éditions, Paris, 2015.

**26-** FAGES Bertrand, Droit des obligations, 6eme éd., LGDJ-Lextenso éditions, Paris, 2016.

**27-** FIL Patrice, L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, Marseille, 1996.

**28-** FIN-LANGER Laurence, L'équilibre contractuel, L.G.D.J., Paris, 2002.

**29-** FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUXEric, Droit civil –Les obligation, 1. l'acte juridique, 16 eme éd., Sirey, Paris, 2014.

**30-** FOUILLEE Alfred, La science sociale contemporaine, 2emeed.,Librerie Hachette et Cte, Paris, 1885.

**31-** FRELETEAU Barbara, Devoir et incombance en matière contractuelle, LGDJ-Lextenso, Paris, 2017.

**32-** GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, La formation du contrat, T1 (le contrat- le consentement-), 4eme éd., LGDJ-lextenso éditions, Paris, 2013.

**33-** GOUNOT Emmanuel, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique), éditions Arthur Rousseau, Paris, 1912.

**34-** HAGE-CHAHINE Najib, La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé, éd. université Panthéon-Assas, Paris, 2017.

**35-** JABBOUR Rita, La bonne foi dans l'exécution du contrat, L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2016.

**36-** JALUZOT Béatrice, La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, Dalloz, Paris, 2000.

**37-** JAMIN Christophe, Le procès du solidarisme contractuel : Brèves répliques, *in* Le solidarisme contractuel, S/D GRYMBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004.

**38-** JAMIN Christophe, S/D MAZEAUD Denis et JAMIN Christophe, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, Paris, 2003.

**39-** JOSSERAND Louis, Cours de droit civil positif français, T2, (Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés.), 3eme éd., Recueil Sirey, Paris, 1939.

**40-** LABROT Émilie, L'imprévision (étude comparée droit public-droit privé des contrats), l'Harmattan, Paris, 2016.

**41-** LAROMBIERE Leobon, Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV livre III du code civil, T.7, A. DURANT et PEDONE-LAURIEL éditeurs, Paris, 1885.

**42-** LE TOURNEAU Philippe et Al., Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, S/D LE TOURNEAU Philippe, 11eme éd., Dalloz Action, Paris, 2018-2019.

**43-** LE TOURNEAU Philippe, La responsabilité des vendeurs et des fabricants, 5eme éd., Dalloz, Paris, 2016.

**44-** LEFEBVRE Brigitte, La bonne foi dans la formation du contrat, Éditions Yvons BLAIS INC, Québec, 1988.

**45-** LEGEAIS Raymond et Al., Code civil allemand (traduction commentée), Dalloz Juriscope, Paris, 2010.

**46-** LEMENNICIER Bertrand, Économie du droit, éd. Cujas, Paris, 1991.

**47-** LEVENEUR Laurent, Le solidarisme contractuel : un mythe, *in* Le solidarisme contractuel, S/D GRYMBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004.

**48-** LEVY Jean-Philippe, La révolution française et le droit civil, *in* 1804-2004 le Code civil un passé un présent un futur, S/D LEQUETTE Yves et LEVENEUR Laurent, Dalloz, Paris, 2004.

**49-** LUCAS DE LEYSSAC Claude, L'obligation de renseignements dans les contrats, *in* L'information en droit privé S/D LOUSSOUARN Yvon et LAGARDE Paul, L.G.D.J., Paris, 1978.

**50-** MAINGUY Daniel, Le contractant, personne de bonne foi ?, *in* La réforme du droit des contrats et des obligations S/D C. ALBIGÈS et E. NÉGRON, Publications de la faculté de droit de Montpellier, Montpellier, 2015.

**51-** MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Droit des obligations, 8eme éd., L .G.D.J.-Lextenso, Paris, 2016.

**52-** MALAURIE Philippe, l'ordre public et le contrat (étude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.), Matot-Braine éd., Reims, 1953.

**53-** MAURIN Lucien, Contrat et droit fondamentaux, LGDJ-Lextenso éditions, Paris, 2013.

**54-** MAZEAUD Denis, La cause, *in* 1804-2004 le Code civil un passé un présent un futur, S/D LEQUETTE Yves et LEVENEUR Laurent, Dalloz, Paris, 2004.

**55-** MAZEAUD Léon & Henri, MAZEAUD Jean, Leçon de droit civil, T1, 5eme éd., Montchrestien, Paris, 1972.

**56-** Mekki Mustapha, L'intérêt général et le contrat (contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, L.G.D.J., Paris, 2004.

**57-** MOMBERG URIBE Rodrigo, The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts (comparative perspective), intersentia-metro, Ultrecht, netherland, 2011.

**58-** MONTANIER Jean-Claude et SAMMUEL Geoffrey, Le contrat en droit anglais, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1999.

**59-** MULCAHY Linda, Contract law in perspective, 5eme éd., Taylor & Francis e-Library, London, 2008.

**60-** PICOD Yves, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J., Paris, 1989.

**61-** PIMONT Sébastien, L'économie du contrat, P.U.A.M., Marseille, 2004.

**62-** POTHIER Robert Joseph, Œuvre complète de POTHIER T. 1, traité des obligations, thomine et fortic librairies, Paris, 1821.

**63-** RANOUIL Véronique, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, P.U.F, Paris, 1980.

**64-** REIFEGERSTE Stéphan, Pour une obligation de minimiser le dommage, P.U.A.M., Marseille, 2002.

**65-** RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, 4eme éd., L.G.D.J., Paris, 1949.

**66-** ROUTIER Richard, Obligations et responsabilités du banquier, 3eme éd., Dalloz, Paris, 2012.

**67-** SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha et Al., Les contrats de consommation règles communes, L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2013.

**68-** STOFFEL-MUNCK Philippe, L'abus dans le contrat (essai d'une théorie), LGDJ, Paris, 2002.

**69-** TERRE François S/D, Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Paris, 2009.

**70-** TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil (les obligations), 11eme éd., Dalloz, Paris, 2013.

**71-** THIBIERGE Louis, Le contrat face à l'imprévu, Economica, Paris, 2011.

**72-** TISSEYRE Sandrine, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats (essaie d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen), Presse Universitaire d'Aix Marseille, Marseille, 2012.

**73-** VIGNAL Nancy, La transparence en droit privé des contrats (étude critique de l'exigence), P.U.A.M., Marseille, 1998.

**74-** VOGEL Louis et VOGEL Joseph, Le déséquilibre significatif, LawLex-Bruylant-AFJE, Bruxelles, 2016.

**75-** VON JHERING R., Œuvres choisies tome II, trad. O. DE MEULENAERE, Ainé chevalier-.marescq éditions, Paris, 1928, p.23 *in* https://archive.org/details/uvreschoisiestr00meulgoog/ Consulté le 25/07/2017.

**2_ Thèse de Doctorat**

**1-** BOMSEL, La théorie de l'imprévision en droit civil français, thèse de doctorat, université de Paris, 1922.

**2-** DESGEORGES Richard, La bonne foi dans le droit des contrats (rôle actuel et perspective), thèse de doctorat, université paris II Panthéon Assas, 1992.

**3-** DOUCHE DOYETTE Nathalie, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat en droit, université de lorraine, 30 novembre 2012.

**4-** GREGOIRE Marie Annick, Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle, thèse de doctorat en droit civil, université McGill, 2007.

**5-** GRYNBAUM Luc, Le contrat contingent (l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur), thèse de doctorat en droit, université paris I, 1998.

**6-** HOUTCIEFF Dimitri, Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse pour le doctorat en droit, université paris XI, 2000.

**7-** JAUFFRET-EPSTEIN Sophie, Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain, thèse de doctorat en droit, université paris I, 1979.

**8-** JUILLET-REGIS Helene, La force obligatoire du contrat (réflexion sur l'intérêt au contrat), thèse de doctorat en droit privé, université de paris II, 2015.

**9-** LABERNEDE Romain, L'obligation de renégocier en droit privé des contrats, thèse de doctorat, université Paris I, 2016.

**10-** MALAURIE Philippe, Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparée) – France, Angleterre, URSS-, thèse de doctorat, université de Paris, 1951.

**11-** MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes, La responsabilité précontractuelle : étude comparative des régimes colombien et français, thèse de doctorat en droit, université Paris II, 2013.

**12-** MEHANNA Myriam, La prise en compte de l'intérêtdu cocontractant, thèse de doctorat, université paris II, 2014.

**13-** PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, université de Paris II, 2013.

**14-** RAHAL Mohamed, Essaie sur les atteintes à la liberté contractuelle, thèse de doctorat en droit, université de Paris, 1951.

**15-** STANCU Radu, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle (comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen), thèse de doctorat, université de Strasbourg, 2015.

**3_ Mémoires**

**1-** GREGOIRE Marie-Annick, L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat, Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, université de Montréal, 2001.

**2-** HAMADI Saliha, La responsabilité du fait des médicaments, Mémoire pour l'obtention du diplôme de magister en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques, université de Tlemcen, 2012.

**3-** HUYGENS Audrey, La violence économique, mémoire pour l'obtention du diplôme de DEA, université de Lille 2, 2001.

**4-** LE BRUN Christine, Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, université de Montréal, 2011.

**5-** LEVY Florence, l'égalité contractuelle, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de maitrise en droit, institut de Droit comparé, université McGill, Montréal, canada, 1994.

**6-** LOIR Romain, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, mémoire de DEA en droit des contrats, université de Lille 2, 2002.

4_**Articles**

**1-** ABADI Laurent, « Information précontractuelle et conclusion du contrat, in quel renouveau pour le droit des contrats ? Une reforme entre tradition et modernité », S/D virginie LARRIBAU-TERNEYRE et Sébastien PELLE, Presse de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Pau, 2016, pp. 75-83.

**2-** ALBERTINI Marie et AMAR Eric**, «** La rupture abusive des pourparlers », L.P.A., N° 195, 30 Septembre 2013, pp. 6-11.

**3-** AMATO Cristina, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », R.D.C., N° 1, 2013, pp. 351-367.

**4-** ANCEL Pascal, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », R.J.T., N° 1, 2011, pp. 87-114.

**5-** _____, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat (retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007) », *in* Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, mélange en l'honneur de Daniel TRICOT, Dalloz-LexiNexis-Litec, Paris, 2011, pp. 61-90.

**6-** ASSELAIN Maud, « Obligation d'information et de conseil », J.C.P. E., N° 20, 18 mai 2017, pp. 37 et 38.

**7-** AUBRY Helene, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », R.I.D.C., N° 3, 2005, pp. 627-651.

**8-** AYNES Laurent, « Le devoir de renégocier », R.J. Com., N° 11, 1999, pp. 11-21.

**9-** AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, « Du manquement au devoir précontractuel d'information à la réticence dolosive, quelle distance ? », Dr. Pat., Chr.,N° 141, octobre 2005, pp. 91-94.

**10-** BELMONTE Loetitia, « La contrainte économique dans le giron de la violence ? », L.P.A., N° 72, 11 avril 2001, pp. 17-20.

**11-** BENABENT Alain, « Doctrine ou Dallas ? », D., N° 13, 31mars 2005, pp.852 et 853.

**12-** BLANC Nathalie, « Le juge et les standards juridiques », R.D.C., N° 2, 2016, pp. 394-397.

**13-** BONNET Audrey, « Réduction du montant de la rémunération convenue du généalogiste», A.J. Famille, N° 2, 2012, pp. 112 et 113.

**14-** BUCHER Charles-Édouard, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », C.C.C., N° 5, 2016, pp. 32-37.

**15-** CABRILLAC Michel, « Responsabilité des débits postérieurs à l'annulation d'une carte de crédit délivré au préposé d'une société », R.T.D.Com., N° 1, 15mars 1999, p. 174/174.

**16-** CABRILLAC Rémy, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision » R.D.C., N° 3, 2015, pp. 771 et 772.

**17-** CALAIS-AULOY Jean, « Ne mélangeons plus conformité et sécurité », D., Chr., N° 18, 06 mai 1993, pp. 130-132.

**18-** CALLE Pierre, « Obligation de conseil du notaire en cas de mauvaise connaissance par son client de la langue française »,Défrenois, N° 24, 30 décembre 2014, p. 1322/1322.

**19-** CHANTEPIE Gaël, « Réduction du prix et résolution par notification », *in* la réforme du droit des contrats en pratique, S/D LATINA Mathias,Dalloz, Paris, 2016, pp. 83-94.

**20-** CHARPENTIER Élise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, N° 2, Vol. 26, 1996, pp. 299-320.

**21-** CHAUVEL Patrick, « Abus dans la fixation du prix », Dr. Pat., N° 131, novembre 2004, pp. 81 et 82.

**22-** CHAZAL Jean-Pascal, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », D., N° 43, 14 décembre 2000, pp. 879-882.

**23-** CHENEDE François, « La réduction du prix », R.D.C., N° 3, 2017, pp. 571-576.

**24-** COLLINS Hugh, « Lord Hoffmann and the Common Law of Contract », European Review of Contract Law, issue 4, 2009, pp. 474-484.

**25-** COUTURIER Gérard, « L'ordre public de protection heurs et malheurs d'une vielle notion neuve », *in* études offertes à Jacques FLOUR, Défrenois, Paris, 1979, pp. 95-115.

**26-** CUMYN Michelle, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », R.J.T., N° 1, 2007, pp. 1-87.

**27-** DAGORNE-LABBE Yannick, « L'étendue de l'obligation de conseil du notaire », Défrenois, N° 03, 15 février 2012, pp. 146 et 147.

**28-** DEFOSSEZ Michel, « La bonne foi au cœur de la négociation », A.J.Contrat., N° 7, 20 juillet 2016, pp. 327-329.

**29-** DELEBECQUE Philippe**, «** La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat », D., N° 22, 19 juin 1997, p. 175/175.

**30-** _____, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », Gaz. Pal. Doctr., N° 3, 1997, pp. 1184-1188.

**31-** _____, «Les réserves d'une offre publique de contrat doivent être expresses », Défrenois, V. 2, 1998, pp. 1406 et 1407.

**32-** _____, obs. Cass. Civ. 1ere, 03 mai 2000, N° 98-11381, Défrenois, N° 19, 15 octobre 2000, p. 1114/1114.

**33-** DESHAYES Olivier « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », R.D.C., N° 3, 2010, pp. 1139-1151.

**34-** _____,« « Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? » – Une question mal posée », R.D.C., N° 1, 2014, pp. 27-29.

**35-** _____, «La formation des contrats », R.D.C., hors-série, 2016, pp. 21-29.

**36-** DIDIER Paul, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in* L'avenir du droit, mélanges en hommage à François TERRÉ, PUF-Dalloz-éditions du juris-classeur, Paris, 1999, pp. 635-642.

**37-** DIESSE François, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Arch. Phil. Droit, T. 43, 1999, pp. 259-302.

**38-** DURRY Georges, « La responsabilité éventuellement encourue pour rupture des pourparlers, ou à l'occasion de la conclusion d'un contrat nul, ne saurait être que délictuelle », R.T.D.C., N°4, 1972, pp.779 et 780.

**39-** FABRE-MAGNAN Muriel, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », J.C.P. G., N° 25, 20 juin 2016, pp. 1218-1221.

**40-** FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », R.D.C., N° 1, 2004, pp. 67-92.

**41-** FENOUILLET Dominique, « Etienne, Louis JOSSERAND (1868-1941) », Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Culture Juridique, N° 17, 1996, pp. 27-45.

**42-** FILALI Ali, « Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats », Les Annales de l'Université d'Alger 1, N° 27, T. II, juillet 2015, pp. 5-45.

**43-** GARDELLA Gérard, « Le devoir de conseil du banquier », Gaz. Pal., N° 340, 05 décembre 2000, pp. 25-28.

**44-** GAUTIER Pierre-Yves, « La réduction proportionnelle du prix (Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence) », J.C.P. G., N° 37, 12 septembre 2016, pp. 1621-1623.

**45-** GENICON Thomas, « Contrat et protection de la confiance », R.D.C., N° 1, 2013, pp. 336-350.

**46-** GHESTIN Jacques, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », J.C.P. G., n° 20-21, 16 mai 2007, pp. 15-21.

**47-** _____, « La résiliation unilatérale d'un contrat de fournitures », J.C.P. G., N° 10-11, 09 mars 2015, pp. 506-508.

**48-** GOUTURIER Gérard, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de le Chambre sociale de la Cour de cassation », *in* Le contrat au début du XXI$^{e}$ siècle, études offertes à Jacques GHESTIN, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2015, pp 273 -294.

**49-** GREGOIRE Marie Annik, « Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de

commutativité contractuelles à la suite de la codification du devoir de bonne foi », R.J.T., N° 44, 2010, pp. 11-49.

**50-** HOUTCIEFF Dimitri, « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », Gaz. Pal., N° 32, 26 septembre 2017, pp. 31 et 32.

**51-** HUET Jérôme, « L'existence d'un devoir de conseil du banquier », D., N° 44, 26 décembre 2013, pp. 2921 et 2922.

**52-** JAMIN Christophe, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in* Le contrat au début du XXI$^{e}$ siècle, Étude offerte à Jaques GHESTIN, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 441-472.

**53-** JOURDAIN Patrice, « Responsabilité du fabricant : l'inspiration communautaire de la cour de cassation », R.T.D.C., N° 4, 1989, pp. 756-758.

**54-** _____, « Le devoir de « se » renseigner », D., Chro., N° 1, 1983, pp. 139-144.

**55-** KRAMER Adam, « Common Sens Principles of Contract Interpretation (and how we've benn using them alla long », Oxford Jornal of Legal Studies, N° 3, 2003, pp. 173-196.

**56-** LANGE Daniel, « Le devoir de conseil de l'intermédiaire en assurance après la loi du 15 décembre 2005 », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Jean BIGOT, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2010, pp. 243-258.

**57-** LARROUMET Christian, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D., N° 19, 08 mai 1997, pp. 145-147.

**58-** LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « Les arrêts Jauleski, Seydoux et Guigan : l'avènement du devoir de mise en garde », R.D. banc. fin., N° 5, septembre 2015, pp. 84-89.

**59-** LATINA Mathias, « La preuve de la réticence dolosive de l'acheteur », L.E.D.C. , N° 10, 06 novembre 2015, p. 4/4.

**60-** LATREILLE Antoine, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », L.P.A., N° 156, 07 aout 2006, pp. 4-29.

**61-** LE NABASQUE Hervé, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », Bull. Joly Soc., N° 9, 2016, pp. 538-544.

**62-** LE TOURNEAU Philippe, « De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil », D., Chro, cahier N° 14, 1987, pp. 101-104.

**63-** LEFEVBRE Brigitte, « La bonne foi dans la formation du contrat », Revue de droit Mc GILL, vol. 37, N° 4, 1992, pp. 1053-1069.

**64-** _____, « La bonne foi, notion protéiforme », Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, N° 2, 1996, pp. 321-354.

**65-** LEMIEUX Marc, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », les cahiers du droit, vol. 42, N° 3, 2001, pp. 61-93.

**66-** LEVENEUR Laurent, « Une bonne leçon de liberté contractuelle … », C.C.C., N° 11, 2004, p. 17 et 18.

**67-** LEVY Emmanuel, « La confiance légitime », R.T.D.C., T. 9, 1910, pp. 717 – 722.

**68-** LOISEAU Grégoire, « Les vices du consentement », C.C.C., N° 5, mai 2016, pp. 16-21.

**69-** MALAURIE Philippe, Obs. Cass. Civ. 1ere, N° 87-16011, D., Juris., cahier N° 29, 1989, pp. 381-383.

**70-** MALLET-BRICOUT Blandine, « La bonne foi en droit des biens », R.D.A., N°12, février 2016, pp. 51 - 58.

**71-** MARTIN R. Didier, « Pas d'obligation de conseil (au conseil la banque n'est pas tenue) », D., N° 36, 24 octobre 2013, pp. 2430 et 2431.

**72-** MAZEAUD Denis, Obs. Cass. Civ. 1ere, 27 juin 1995, N° 92-19212, Déferions, N° 22, 30 novembre 1995, pp. 1416-1420.

**73-** _____, « Le triomphe de l'esprit du contrat sur la lettre de l'acte instrumentaire »**,** Défrenois, N° 1, 1996, pp. 1007-1010.

**74-** _____,Obs. l'arrêtN° 93-18632, Défrenois, N°1, 1997, pp. 333-337.

**75-** _____, « l'exigence de cohérence contractuelle lors de l'expiration du contrat », D. (sommaire commentés), N° 12, 25 mars 1999, p. 114.

**76-** _____, « En contrat, trompe qui peu ! », Défrenois, N° 19, 15 octobre 2000, pp. 1110-1114.

**77-** _____, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », D., N° 25, 01 juillet 2004, pp. 1754-1758.

**78-** _____, « La révision du contrat », L.P.A., N° 129, 30 juin 2005, pp. 4-23.

**79-** _____, « La confiance légitime et *l'estoppel* », R.I.D.C., N° 2, 2006, pp. 363-392.

**80-** _____, « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche... », D., N° 33, 05 octobre 2006, pp. 2288-2293.

**81-** MEKKI Mustapha, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », R.D.C., N° 1, 2010, pp. 383-407.

**82-** _____, « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage ! », Gaz. Pal., Juris., N° 318, 14 novembre 2013, pp. 3823 et 3824.

**83-** MERVEILLEUX DU VIGNAUXCharles et D'ALES Thibaud, « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », J.C.P. E., N° 40, 06 octobre 2016, pp. 28-33.

**84-** MESTRE Jacques, « D'une exigence de bonne foi a un esprit de collaboration », R.T.D.C., N° 1, 1986, pp. 100-102.

**85-** _____, « Une bonne foi décidément très exigeante », R.T.D.C., N° 4, 1992, p. 760 et 761.

**86-** _____, « Les convictions du conjoint », R.T.D.C., N° 1, 1995, pp. 96 et 97.

**87-** _____, « Rupture des pourparlers : un défaut de réponse a conclusions qui conduit à s'interroger », R.T.D.C., N° 4, 1997, pp. 921 et 922.

**88-** _____, « violence morale et dépendance économique », R.T.D.C., Chro., N° 3, 2002, pp. 502 et 503.

**89-** _____, « Variations autour de l'ordre public », R.T.D.C., N° 1, 2003, pp. 85-90.

**90-** _____, « Rupture des pourparlers : pot-pourri de comportements fautifs», R.T.D.C., Chr., N° 2, 2003, pp. 282-284.

**91-** _____, « Quand réticence dolosive, obligation d'information et obligation de bonne foi se conjuguent pour conduire à l'annulation d'une révocation mutuelle et à la décharge d'une caution», R.T.D.C., Chr., N° 3, 2005, pp. 590 et 591.

**92-** MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « De la rupture fautive des pourparlers », R.T.D.C., Chr., N° 1, 2000, pp. 104-106.

**93-** MOLFESSIS Nicolas, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *in* Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER, Dalloz-LexisNexis, Paris, 2012, pp. 927-953.

**94-** MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », *in* http://www.crid.be/pdf/public/4563.pdf/ , consulté le 22/12/2016.

**95-** PELISSIER Anne-Catherine, « La MAC clause », R.L.D.C., N° 26, 01 avril 2006, pp. 5-8.

**96-** PELLIER Jean-Denis, « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du Projet de réforme) », L.P.A., N° 228, 16 novembre 2015, pp. 8-12.

**97-** POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », R.T.D. Com, N° 3, 2016, pp. 503-509.

**98-** PROD'HOMME Nadine, « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque? », L.P.A., N° 234, 24 novembre 2011, pp. 29-33.

**99-** RASMUSEN Eric, « Agency law and contract formation », *American Law and Economics Review*, Vol. 6, 01 aout 2004, pp. 369-409.

**100-** RIPERT Georges, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, T2 (les sources générales des systèmes juridiques actuels), recueil sirey, Paris, 1934, pp. 347-353.

**101-** ROLLAND Louise, « « Qui dit contrat dit juste » (fouillé). en trois petits bonds a reculons », revue de droit Mc Gill, N° 4, 2006, pp. 765-780.

**102-** SAINTE ROSE Jerry, Obs. Cass. Civ. 1ere chambre, 3 mars 1998, N° 95-15799, J.C.P. G., IIemepartie, 10115, pp. 1281-1283.

**103-** SARGOS Pierre et VINEY Geneviève, « Le devoir d'information du médecin », R.D.C., N° 3, 2012, pp. 1104-1127.

**104-** SARGOS Pierre, « L'obligation d'informer le patient », L.P.A., N° 189, 22 septembre 1999, pp 9-14.

**105-** SAVATIER Jean, « Obligation d'exécution de bonne foi. Violation justifiant la résiliation judiciaire demandée par le salarié », R.D.S, N° 7-8, 10 juillet 2006, pp. 803-805.

**106-** SAVAUX Eric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », R.D.C., N° 3, 2010, pp. 1057-1067.

**107-** SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « La période précontractuelle en droit français », R.I.D.C., N°2, 1990, pp. 545-566.

**108-** SÉRIAUX Alain, « L'affaire Chronopost **:** arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », D., N° 10, 06 mars 1997, pp. 121 – 123.

**109-** SIZAIRE Christophe, « Responsabilité professionnelle du notaire - Devoir de conseil -», Construction – Urbanisme, N° 2, 01 février 2017, pp. 30 et 31.

**110-** SKRZYPNIAK Helene, « La clause de tolérance », D., Chro., N° 4, 28 janvier 2016, pp. 218-224.

**111-** STOFFEL-MUNCK Philippe, « Révision unilatérale du prix », R.D.C., N°2, 2005, pp. 275-280.

**112-** _____, « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », R.D.C., N° 2, 2015, pp. 233 et 234.

**113-** _____, «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», R.D.C., N° Hors-série, 2016, pp. 30-36.

**114-** THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.C., N° 2, 1997, pp. 357-385.

**115-** THIOYE Moussa, « Devoir d'information à l'égard de l'agent immobilier », A.J.D.I., N° 12, 2001, pp. 1014 et 1015.

**116-** THIRIEZ Pierre-Yves, « La mitigation ou l'obligation pour la victime de minimiser son dommage : une exception française », Gaz. Pal., N° 343, 09 décembre 2014, pp. 3630-3637.

**117-** VIGNEAU Christophe, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », R.D.S., 2004. pp. 706-714.

**5_ contributions**

**1-** CHAIB Soraya, « La preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français », *in* « La responsabilité médicale », colloque national organisé par la faculté de droit et des sciences politique de l'université de Tizi-Ouzou, les 23 & 24 janvier 2008. pp. 1-13. *In* http://fdsp.ummto.dz/images/data/activites_scientifiques/collloques/Responsabilite%20medicale/Communication/communication%20Chaib%20Soraya.pdf/Consulté le 16/07/2017.

**2-** LEQUETTE Yves, « ouverture »,*in* colloque sur « les mutations de l'ordre public contractuel » Paris, 9 mai 2011, R.D.C., N°1, 2012, pp. 262-266.

**3-** YAKOUB Zina, « Ordre public social en droit algérien du travail entre protection des salariés et flexibilité des relations de travail », colloque international sur le thème « les mutations de l'ordre public : de l'ordre public aux ordres publics », organisé par la faculté de Droit et des sciences politiques de l'université de Bejaia, les 07 & 08 mai 2014, R.A.R.J., N° spécial 2015, pp. 643-658.

**6_ Textes de loi**

**A_ Directive européenne**

Directive Européenne N° 93/13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., N° L95, du 21 avril 1993

**B_ Textes de la loi française**

**1-** Loi 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs**,** *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000509310/ consulté le 15/01/2017

**2-** Loi 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF N°72, paru le 26 mars 2014.

**3-** Ordonnance N° 2016-351, du 25 mars 2016, sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, JORF N° 73, du 26 mars 2016.

**4-** Code français des assurances, 23eme éd., Dalloz, Paris, 2017

**5-** Code français de commerce, 112emeéd., Dalloz, Paris, 2017.

**6-** Code français du travail, 80eme éd., Dalloz, Paris, 2018.

**7-** Code civil français, 117eme éd., Dalloz, Paris, 2018.

**C_ Autres textes de lois étrangères**

**1-** Code civil de la province du Québec, *in* http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991/ Consulté le 03/03/2017

**2-** Uniform Commercial Code of United states of America, *in* https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304/ Consulté le 26/02/2017

**3-** Restatement (Second) of Contracts in United States of America, *in* http://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf/ Consulté le 27/02/2017

**4-** Code civil Italien, *in* http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm/ Consulté le 17/01/2018.

**5-** القانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن إصدار القانون المدني المصري، صادر في 29 يوليو 1948. يمكن الاطلاع على القانون عبر الموقع التالي:http://www.eastlaws.com/Ta3refat/al-kanoun-el-madani/تم الاطلاع عليه يوم 2017/02/10.

**6-** مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 يتضمن إصدار القانون المدني الكويتي، يمكن الاطلاع على القانون عبر الموقع التالي:

http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?opt&country=1&LawID=1011#Section_1494/

تم الاطلاع عليه يوم 2017/11/10.

**7_ Jurisprudence**

**A – jurisprudence de la cour de cassation française**

**1-** Cass. Civ., 21 novembre 1911, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006953018&fastReqId=1669865116&fastPos=1/ Consulté le 19/09/2017.

**2-** Cass. Civ. 3eme, 21 juin 1978, N° 77-10.571, Bull. Civ. N° 1, 1978, p. 201.

**3-** Cass. Com., 25 février 1981, N° 79-15.227, Bull. Civ., N° 2, 1981, p. 83.

**4-** Cass Civ 3eme, 19 janvier 1983, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007072458&fastReqId=1474497554&fastPos=1. Consulté le 04/03/2017.

**5-** Cass. Civ. 3eme , 28 juin 1983, N° 81-14.889, Bull. civ. N°1, 1983, p. 115.

**6-** Cass. Civ. 1ere, 20 mars 1989, N° 87-16.011, Bull. Civ. N° 1, 1989, p. 90.

**7-** Cass. Soc. 25 février 1992, N° 89-41.634, Bull. Civ. N°2, 1992, p. 74.

**8-** Cass. Com, 03 novembre 1992, N° 90-18.547, Bull. Civ. N° 2, 1992, p. 241.

**9-** Cass.Civ. 1ere, 6 janvier 1994, N° 91-19.424, Bull. Civ. N° 1, 1994, p. 6.

**10-** Cass. Civ. 1ere, 6 avril 1994, N° 91-21.047, Bull. Civ. N° 1, 1994, p. 99.

**11-** Cass. Com., 05 juillet 1994, N° 92-20.064, Bull. Civ. N° 2, 1994, p. 204.

**12-** Cass. Soc., 15 mars 1995, N° 90-46.098, Bull. Civ. , N° 2, 1995, p. 62.

**13-** Cass. Civ. 1ere, 20 juin 1995, N°93-15.801, Bull. Civ. N° 6, 1995, p. 191.

**14-** Cass. Civ. 1ere, 27 juin 1995, N° 92-19.212, Bull. Civ. N° 1, 1995, p. 200.

**15-** Cass. Soc., 5 juin 1996, N° 92-42.298, Bull. Civ. N°6, 1996, p. 159.

**16-** Cass. Civ. 1ere,21 juin 1996, N° 94-18.250, Bull. Civ. N° 1, 1996, p. 173.

**17-** Cass. Civ. 1ere, 3 juillet 1996, N° 94-14.800, Bull. Civ. N° 1, 1996, p. 200.

**18-** Cass. Com., 22 octobre 1996, N° 93-18.632, Bull. Civ. N° 8, 1996, p. 223.

**19-** Cass. Civ. 1ere, 25 février 1997, N° 94-19.685, Bull. Civ. N° 1, 1997, p. 49.

**20-** Cass. Civ., 09 décembre 1997, N° 95-15.494, Bull. Civ. N° 1, 1997, p. 249.

**21-** Cass. Civ. 3eme, 01 juillet 1998, N° 96-20.605, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 101.

**22-** Cass. Com., 20 octobre 1998, N° 96-10.259, Bull. Civ. N° 2, p. 202.

**23-** CassPlen, 06 novembre 1998, N° 97-41.931, Bull. Civ. N° 1, 1998 p. 5.

**24-** Cass. Soc, 12janvier 1999, N° 96-40.755, Bull. Civ. N° 1, 1999 p. 4.

**25-** Cass. Soc., 18 mai 1999, N° 97-40.439, Bull. Civ. N°.2, 1999, p. 163.

**26-** Cass. Civ. 1ere, 03 mai 2000, N° 98-11.381, Bull. Civ. N° 5, 2000, p. 88.

**27-** Cass. Civ. 1ere, 30 mai 2000, N° 98-15.242, Bull. Civ. N° 5, 2000, p. 109.

**28-** Cass Com, 11 juillet 2000, N° 97-18275, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007414404&fastReqId=802892044&fastPos=1/ Consulté le 21/06/2017.

**29-** Cass. Civ. 1ere, 03 juillet 2001, N° 99-15412, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007616835&fastReqId=335623619&fastPos=1/ Consulté le 07/07/2017.

**30-** Cass. Civ. 1ere, 14 novembre 2001, N° 99-15.690, Bull. Civ. N° 9, 2001, p. 178.

**31-** Cass. Civ. 1ere, 03 avril 2002, N° 00-12.932, Bull. Civ. N° 4, 2002, p. 84.

**32-** Cass. Civ. 1ere, 15 mai 2002, N° 99-21.521, Bull. Civ. N° 5, 2002, p. 101.

**33-** Cass. Civ. 1ere, 25 mars 2003, N° 99-15198, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007453357&fastReqId=1409999823&fastPos=1/ Consulté le 28/06/2017.

**34-** Cass. Com, 01 juillet 2003, N° 02-11620, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007459321&fastReqId=484227598&fastPos=1/ Consulté le 22/09/2017.

**35-** Cass. Com, 08 juillet 2003, N° 01-10495, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007465361&fastReqId=1728907679&fastPos=1/ Consulté le 07/07/2017.

**36-** Cass. Com., 26 novembre 2003, N° 00-10.243 00-10.949, Bull. Civ. N° 9, 2003, p. 206.

**37-** Cass. Civ. 3eme, 16 mars 2004, N° 01-15.804, Bull. Civ. N° 3, 2004, p. 69.

**38-** Cass. Com., 12 mai 2004, N° 00-15.618, Bull. Civ. N° 5, 2004, p. 97.

**39-** Cass Civ. 1ere, 30 juin 2004, N° 01-00.475, Bull. Civ. N° 6, 2004, p. 157

**40-** Cass. Soc., 12 octobre 2004, N° 03-43.465, Bull. Civ. N° 8, 2004, p. 227

**41-** Cass. Civ. 1ere , 30 novembre 2004, N° 01-14.314, Bull. Civ. N° 9, 2014, p. 249.

**42-** Cass. Soc. , 13 avril 2005, N° 03-42.965, Bull. Civ. N° 4, 2005, p. 115.

**43-** Cass. Civ. 3eme, 11 mai 2005, N° 03-17.682, Bull. Civ. N° 5, 2005, p. 94.

**44-** Cass. Civ. 3, 25 mai 2005, N° 03-19.411, Bull. Civ. N° 5, 2005, p. 107.

**45-** Cass. Com., 28 juin 2005, N° 03-16.794, Bull. civ., N° 6, 2005, p. 151.

**46-** Cass. Civ. 1ere, 12 juillet 2005, N° 03-10.921, Bull. Civ. N° 7, 2005,p. 271.

**47-** Cass. Civ. 3eme, 8 février 2006, N° 05-10.724, Bull. Civ. N° 3, 2006, p. 21.

**48-** Cass. Soc., 10 mai 2006, N° 05-42.210, Bull. Civ., N° 5, 2006, p. 164.

**49-** Cass. Civ. 1ere, 16 mai 2006, N° 03-19.936, Bull. civ. N°5, 2006, p. 212.

**50-** Cass. Civ. 1ere, 30 mai 2006, N° 03-14275, Bull. Civ. N° 5, 2006, p. 245.

**51-** Cass. Civ. 1ere, 05 juillet 2006, N° 05-12.193, Bull. Civ. N° 7, 2006, p. 206.

**52-** Cass. Civ., 14 novembre 2006, N° 04-15.646, Bull. Civ. N° 9, 2006 p. 420.

**53-** Cass. Com., 10 juillet 2007, N° 06-14.768, Bull. Civ. N° 7, 2007, p.217.

**54-** Cass. Com., 24 juin 2008, N° 06-21.798 , Bull. Civ. N° 6, 2008, p. 142.

**55-** Cass. Civ. 3eme, 18 mars 2009, N° 07-21.260, Bull. Civ. N°.3, 2009, p. 56.

**56-** Cass. Civ. 3eme, 13 mai 2009, N° 07-12.478., Bull. Civ. N° 5, 2009, p. 96.

**57-** Cass. Civ. 1ere chambre, 14 mai 2009, N° 07-17568, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020621402&fastReqId=1454939282&fastPos=1 Consulté le 02/03/2017.

**58-** Cass. Soc., 17 février 2010, N° 08-45610, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021859736&fastReqId=629272496&fastPos=1/ Consulté le 02/03/2017.

**59-** Cass. Com, 29 juin 2010, N° 09-67369, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022430481&fastReqId=264081394&fastPos=1/ Consulté le 15/12/2017.

**60-** Cass. Civ.3eme, 12 janvier 2011, N°09-70.262, Bull. Civ. N° 1, 2011, p. 3

**61-** Cass. Com., 18 janvier 2011, N° 09-14617, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023464963/ Consulté le 20/06/2017.

**62-** Cass. Soc., 03 novembre 2011, N° 10-30.033, Bull. Civ. N° 9, 2011, p. 277

**63-** Cass. Soc., 25 janvier 2012, N° 11-11.374, Bull. Civ. N° 1, 2012, p. 19.

**64-** Cass. Com., 18 Septembre 2012, N° 11-19.629, Bull. Civ. N° 7, 2012, p. 183.

**65-** Cass. Civ. 1ere, 23 novembre 2012, N° 10-16.770, Bull. Civ. N° 9, 2012, p.199

**66-** Cass. Civ. 1ere, 3 mars 1998, N° 95-15.799, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 57.

**67-** Cass. Com, 27 novembre 2012, N° 11-19311, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026712687&fastReqId=103049451&fastPos=1/ Consulté le 24/07/2017.

**68-** Cass. Civ. 1ere, 20 mars 2013, N° 12-14711 12-14712, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027211913&fastReqId=1003489714&fastPos=1/ Consulté le 17/10/2017.

**69-** Cass. Civ., , 20 mars 2013 N° 12-14.432, Bull. Civ. N° 3, 2013, p. 50.

**70-** Cass. Civ. 3eme, 28 mai 2013, N° 12-12054, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027490095&fastReqId=1561924081&fastPos=1/ Consulté le 26/07/2017.

**71-** Cass. Com, 04 juin 2013, N° 12-13002, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027526768&fastReqId=234046008&fastPos=1/ Consulté le 04/07/2017.

**72-** Cass. Civ. 3eme, 10 juillet 2013, N° 12-13851, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027706781&fastReqId=855886894&fastPos=1/ Consulté le 17/11/2017.

**73-** Cass. Civ. 1ere, 11 septembre 2013, N° 12-20844, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027951671&fastReqId=635848702&fastPos=1/ Consulté le 15/02/2017.

**74-** Cass. Civ. 2eme, 3 octobre 2013, N° 12-24957, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&id

Texte=JURITEXT000028041731&fastReqId=2124844888&fastPos=1/
Consulté le 28/07/2017.

**75-** Cass com., 13 novembre 2013, N°12-25043, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028209437&fastReqId=718651943&fastPos=1/
Consulté le 19/05/2017.

**76-** Cass. Civ., 20 mars 2014, n° 12-28318 *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028761988&fastReqId=1019066532&fastPos=1/
Consulté le 22/06/2017.

**77-** Cass. Civ. 1ere, 13 mai 2014, N° 13-13509, Bull. Civ. N° 5, 2014, p. 86.

**78-** Cass. Civ. 3eme, 21 mai 2014, N° 13-14.891, Bull. Civ. N° 5, 2014, p. 62.

**79-** Cass. Civ. 3eme, 23 septembre 2014, N° 13-19957, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029513430&fastReqId=646818354&fastPos=1/
Consulté le 02/03/2017.

**80-** Cass. Com, 07 octobre 2014, N° 13-21.086, Bull. Civ. N° 8, 2014, p. 179.

**81-** Cass Com., 04 novembre 2014, N° 11-14026 *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029745449&fastReqId=29489764&fastPos=1/
Consulté le 01/10/2017.

**82-** Cass. Civ. 1ere, 18 février 2015, N° 14-11.557, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030267000&fastReqId=1315860896&fastPos=1/.
Consulté le 03/08/3017.

**83-** Cass. Soc., 11 mars 2015, N° 13-22.257, Bull. Civ. N° 3, 2015, p. 51.

**84-** Cass. Civ. 1ere, 03 juin 2015, N° 14-13.126 14-17203 , Bull. Civ. N° 6, 2015, p.123

**85-** Cass. Civ. 3eme, 17 décembre 2015, N° 14-25.523, Bull. Civ. N° 10, 2015, p. 130.

**86-** Cass. Com., 16 février 2016, n° 13-28448 *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032088638&fastReqId=434620913&fastPos=1/
Consulté le 11/06/2017.

**87-** Cass. Civ. 1ere, 12 octobre 2016, N° 15-18.659, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033267618&fastReqId=2092906864&fastPos=1/ Consulté le 02/08/2017.

**88-** Cass. Com., 15 novembre 2017, N° 16-16790, *in* https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/1437_15_38018.html/ Consulté le 18/08/2017.

**B- arrêt du House of lords du Royaume-Uni**

**1-** House of lords, walford and others v miles and another, 23 January 1992, *in* http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf/ Consulté le 24/02/2017

**C- Discisions de Cours d'Appel françaises**

**1-** CA Paris, 15eme Ch. Sec. A, 24 octobre 2000, *in* D. Aff., 2001, p. 302.

**2-** CA Paris, 14eme Ch., Sec. A, 28 Janvier 2009, N° 08/17748, *in* https://www.lexis360.fr/Document/cour_dappel_paris_14e_chambre_section_a_28_janvier_2009_n_0817748/CkV1sc0x3_OPKDcBiGZ7l_gsI4kL_6ddWL-rMQL5rsw1?data=c0luZGV4PTImckNvdW50PTExJg==&rndNum=1782253297&tsid=search2_/ Consulté le24/02/3017

**3-** CA Grenoble, 1ere Ch. Civ., 19 janvier 2015, N° 12/02263, *in* https://www.lexis360.fr/Document/cour_dappel_grenoble_1re_chambre_civile_19_janvier_2015_n_1202263/4Ark5hvUGpCZmTuIQwQUMSW8gYZI6nIZTbUXU4if0I1?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTEm&rndNum=1356072901&tsid=search4_#&&hsid=docview6_&htsid=search4/ Consulté le 11/11/2017.

**4-** CA d'Aix-en-Provence 10eme, 02 février 2017, N° 15/18755, *in* https://www.lexis360.fr/Document/cour_dappel_aix_en_provence_10e_chambre_2_fevrier_2017_n_1518755/0ev9Ao3zMUmdFjupCaD8affAS0l-PAyDYh1aX4d3I141?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTEm&rndNum=1279411211&tsid=search1_#&&hsid=docview2_&htsid=search1/ Consulté le 19/09/2017.

**8_ Encyclopédies et Répertoires**

**1-** ANCEL Pascal, « Imprévision », Rep. Civ., Mai 2017

**2-** BOYER Louis, « Contrats et conventions », Rép. Civ., Aout 2013 (actualisation Avril 2015)

**3-** CHAUVEL Patrick, « Dol », Rép. Civ., juin 2014 actualisation : juin 2017

**4-** LATINA Mathias, « Contrat (Généralités) », Rép.Civ., décembre 2013 (actualisation : juin 2014).

**5-** LE TOURNEAU Philippe, POMAREDE Matthieu, « Bonne foi », Rép. Civ., janvier 2017.

**6-** MOURALIS Jean Louis, « Imprévision », Rép. Civ., septembre 2003.

**7-** PIMONT Sébastien, « clause pénale », Rép.Civ., avril 2010 (actualisation juin 2017).

**9_ Documents**

**1-** Cour de cassation française, Rapport annuel 2010 intitulé « Le droit de savoir », *in* https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_annuel_CC_2010.pdf/ Consulté le 23/06/2017.

**2-** Draft Common Frame of Référence, *in* http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf/ Consulté le 16/11/2017.

**3-** Exposé des motifs du Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JUSC1612295L), *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=13AAD4A8A6DD51D7468558FA11FCA2E3.tpdila15v_2?idDocument=JORFDOLE000032851308&type=expose&typeLoi=proj&legislature=14/ Consulté le 01/03/2017.

**4-** Institut international pour l'unification du droit privé, Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international, Rome, 2010.

**5-** Ministère français de la justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Projet de reforme de la responsabilité civile mars 2017, *in* http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf/ Consulté le 11/11/2017.

**6-** PILLET François, Rapport de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du sénat français sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et

de la preuve des obligations, 11 octobre 2017, *In* http://www.senat.fr/rap/l17-022/l17-022.html. Consulté le 11/11/2017.

**7-** Principes de droit européen des contras, *in* http://www.lexinter.net/JF/principes_europeens_des_contrats.htm/ Consulté le 18/03/2017.

**8-** Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations *in* http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf/ Consulté le 28/06/2017.

**9-** Projet de loi *ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant* réforme *du* droit *des* contrats*, du* régime général *et de la* preuve *des* obligations*, in* http://www.senat.fr/leg/tas17-005.pdf/ Consulté le 10/01/2018.

**10-** Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F. N° 32, du 11 février 2016.

**11-** Rapport de la cour de cassation française, 2008, *In* https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf/ Consulté le 16/08/2017.

**12-** Recommandation n° 2012-01, publiée au Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation, de la Répression des Fraudes, n° 5, du 18/05/2012, *in* https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2012/12_05/recommandation2012_01_cca.pdf/ Consulté le 02/04/2017.

**13-** Senat français, texte N° 5 du 17/10/2017, portant projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *in* http://www.senat.fr/leg/tas17-005.pdf/ Consulté le 10/01/2018.

**14-** Texte numéro 46, du 11 décembre 2017, Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *in* http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp/ Consulté le 25/01/2018.

# الفهرس

| العنوان | الصفحة |
|---|---|
| **قائمة لأهم المختصرات** | 01 |
| **مقدمة** | 04 |
| **الباب الأوّل: تطوّر نظريّة العقد المدني تحت تأثير الالتزام بحُسن النيّة** | 11 |
| **الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمصلحة الشّخصية وحسن النيّة في العقد المدني** | 14 |
| **المبحث الأول: العقد أداة لتحقيق المصلحة الشّخصية للمتعاقدين** | 16 |
| **المطلب الأول: علاقة المصلحة الشّخصية للمتعاقدين بأركان العقد** | 16 |
| **الفرع الأول: ارتباط المصلحة الشّخصية للدّائن بركن المحل** | 17 |
| **أولا: حماية المصلحة الشّخصية للدّائن عن طريق شروط المحل** | 17 |
| **1- أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعين** | 17 |
| **2- أن يكون محل الالتزام موجود أو قابلا للوجود** | 18 |
| **ثانيا: منع استئثار المدين بتعيين محل العقد** | 18 |
| **1- رفض التّعاقد مع النّفس في التّقنين المدني** | 19 |
| **2- منع استئثار المهني بتحديد محل الالتزام** | 19 |
| **الفرع الثاني: ارتباط المصلحة الشّخصية للمدين بركن السّبب** | 20 |
| **أولا: حماية المصلحة الشّخصية للمدين من خلال السّبب الموضوعي** | 20 |
| **1- تعريف السّبب الموضوعي** | 20 |
| **2- اعتماد المشرّع على السّبب الموضوعي** | 21 |
| **ثانيا: حماية المصلحة الشّخصية للمدين من خلال السّبب الشّخصي** | 22 |
| **1-اعتراف الفقه بدور السّبب الشّخصي في حماية مصلحة المدين** | 22 |
| **2-اعتماد القضاء الفرنسي على السّبب الشّخصي لحماية مصلحة المدين** | 22 |
| **المطلب الثاني: حرية التّعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة الشخصية** | 23 |

| | |
|---|---|
| **الفرع الأول: ملازمة مبدأ سلطان الإرادة لنظريّة العقد** | 24 |
| **أولا: الاعتراف المتباين بمبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني** | 24 |
| **ثانيا: مكانة مبدأ سلطان الإرادة في التّقنين المدني الفرنسي لسنة 1804** | 25 |
| **ثالثا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في التّقنين المدني الجزائري** | 26 |
| **الفرع الثاني: مظاهر حماية المصلحة الشّخصية للمتعاقد** | 27 |
| **أولا: حريّة المتعاقد في إبرام العقد** | 27 |
| **1-حصرية حريّة المتعاقد بإبرام العقد** | 27 |
| **2-حريّة المتعاقد في رفض التّعاقد** | 28 |
| **3-عدم افتراض نيّة إبرام العقد** | 29 |
| **ثانيا: حريّة المتعاقد في اختيار المتعاقد معه** | 30 |
| **ثالثا: حريّة المتعاقد في تحديد مضمون العقد** | 31 |
| **المطلب الثالث: القوّة الملزمة للعقد ضمانة لفعالية العقد** | 32 |
| **الفرع الأول: أهمية القوة الملزمة للعقد لاستقرار المعاملات** | 33 |
| **أولا: "ظاهرة" العقد من النّاحية الاجتماعية** | 33 |
| **ثانيا: العقدمن زاوية علم الاقتصاد** | 34 |
| **الفرع الثاني: أساس القوّة الملزمة للعقد** | 35 |
| **أولا: الإرادة مبرر للقوّة الملزمة للعقد** | 35 |
| **ثانيا: الثّقة أساس القوّة الملزمة للعقد** | 36 |
| **الفرع الثالث: صور تكريس القضاء الفرنسي للقوّة الملزمة للعقد** | 37 |
| **أولا: أثر القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأطراف** | 38 |
| **1- استحالة تعديل العقد بالإرادة المنفرة لأحد الطّرفين** | 38 |
| **2- استحالة توقّف المدين عن تنفيذ التزاماته** | 39 |

| | |
|---|---|
| **3- استحالة إلغاء أيّ بند في العقد بالإرادة المنفردة** | 40 |
| **ثانيا: ثبات العقد بالنسبة للقاضي** | 40 |
| **1- منع القاضي من تغيير طبيعة العقد عن طريق التّفسير** | 40 |
| **2- منع تعديل العقد في حالة تغير الظّروف** | 41 |
| **3- رفض تدخّل القاضي لإلغاء اتّفاق الأطراف** | 43 |
| **المبحث الثاني: الالتزام بحُسن النيّة في ظل النّظرية الحديثة للعقد** | 45 |
| **المطلب الأوّل: حسن النيّة من الأساس الديني الأخلاقي إلى الالتزام القانوني** | 46 |
| **الفرع الأوّل: حُسن النيّة: مبدأ أخلاقي ديني** | 46 |
| **أوّلا: حسن النيّة في المجتمع الرّوماني** | 47 |
| **1- ارتباط حُسن النيّة بالآلهة *fides* في المجتمع الروماني** | 47 |
| **2- مساهمة الاجتهاد القضائي الروماني في تطوير عقود حُسن النيّة** | 48 |
| **ثانيا: مساهمة الوازع الديني في فرض الالتزام بحُسن النيّة** | 49 |
| **1- تكريس حُسن النيّة في القرآن الكريم** | 49 |
| **2- مظاهر حُسن النيّة في الأحاديث النبوية** | 50 |
| **الفرع الثاني: التّكريس القانوني لحُسن النيّة** | 51 |
| **أولا: تكريس المشرّع لحسن النيّة في العقد** | 51 |
| **1- حُسن النيّة أداة لفرض سلوك معين على الأطراف** | 52 |
| **2- اتصال حُسن النيّة بعيوب الرضا** | 52 |
| **3- الاستناد إلى حسن النيّة لفرض تضامن بين المتعاقدين** | 52 |
| **ثانيا: حُسن النيّة في النّظام اللاتيني والانجلوسكسوني** | 53 |
| **1- حُسن النيّة في النّظام القانوني اللاتيني: القانون الفرنسي نموذجا** | 53 |
| **أ- اعتراف الفقه الفرنسي بأهمية حُسن النيّة في العقد** | 53 |

| | |
|---|---|
| أ-1: اعتراف الفقيه "دوما" بدور حُسن النيّة في العقد | 54 |
| أ-2: مساهمة فقه "بوتييه" في تطوير مفهوم حُسن النيّة | 54 |
| ب- اعتراف المشرّع الفرنسي بحسن النيّة في العقد | 55 |
| ب-1: الاعتراف بحسن النيّة في التّقنين المدني الفرنسي | 56 |
| ب-2:اعتراف المشرّع الفرنسي بحسن النيّة في نصوص خاصة | 56 |
| 2- حسن النيّة في النّظام الانجلوسكسوني | 57 |
| أ- رفض النّظام الانجلوسكسوني للالتزام بحسن النيّة في العقد | 57 |
| ب- بوادر الاعتراف القانوني بحسن النيّة في النّظام الانجلوسكسوني | 60 |
| المطلب الثاني: الالتزام بحُسن النيّة عنصرًا إضافيًا في المعادلة التّعاقدية | 61 |
| الفرع الأوّل: الطبيعة القانونية لحسن النيّة | 61 |
| أوّلا: إعتبار حُسن النيّة مبدأ قانوني | 62 |
| ثانيا: إعتبار حُسن النيّة واجب عام | 63 |
| ثالثا: إضفاء وصف الالتزام على حُسن النيّة | 64 |
| الفرع الثاني: المفهوم المزدوج لحسن النيّة | 66 |
| أولا: المظهر الشّخصي لحُسن النيّة | 66 |
| 1- التكريس التشريعي للمظهر الشّخصي | 66 |
| أ- حماية الحائز حَسن النيّة | 66 |
| ب- حماية الغير حَسن النيّة | 67 |
| ت- حُسن النيّة في دفع غير المستحق | 67 |
| 2-اعتماد محكمة النّقض الفرنسيّة على الاعتقاد الخاطئ | 68 |
| أ- عدم مسؤولية الوكيل في حالة الخروج عن حدود الوكالة | 68 |
| ب- الاحتفاظ بالثّمار في حالة البناء في ملك الغير | 69 |

| | |
|---|---|
| ت- إسقاط الحماية القانونية على المدين بزوال الاعتقاد الخاطئ | 70 |
| ثانيا: المظهر الموضوعي لحسن النيّة | 70 |
| 1- المعيار النّفسي لمراقبة سلوك المتعاقد | 71 |
| 2-المعيار الموضوعي في مراقبة سلوك المتعاقد | 73 |
| الفرع الثالث: الوظائف المختلفة لحسن النية | 74 |
| أولا: الوظيفة التّفسيرية لحسن النيّة | 74 |
| ثانيا: الوظيفة التّكميلية لحسن النية | 76 |
| ثالثا: الوظيفة التّحديدية لحسن النيّة | 77 |
| رابعا: الوظيفة التكيُّفية | 78 |
| الفصل الثاني: ضرورة إعادة النّظر في المبادئ التقليدية لنظريّة العقد | 80 |
| المبحث الأوّل: بروز نظريّة حديثة للعقد | 82 |
| المطلب الأوّل: أخلقة الرّوابط العقدين بين الأطراف | 83 |
| الفرع الأوّل: قيام النّظرية الحديثة للعقد على فكرة التّضامن | 83 |
| أولا: فلسفة التّضامن الاجتماعي أساس النّظرية الحديثة للعقد | 84 |
| ثانيا: دور الفقه في إرساء فكرة التضامن الاجتماعي | 85 |
| 1- استقبال الفقه لفكرة التّضامن الاجتماعي | 85 |
| 2- إرساء واجب التّعاون بين المتعاقدين | 86 |
| أ- اتصال واجب التّعاون بحسن النيّة | 87 |
| ب- استقلالية واجب التّعاون عن حسن النيّة | 87 |
| ثالثا: التّكريس القضائي لواجب التّعاون | 88 |
| 1- فرض واجب التّعاون على أساس الالتزام بحسن النيّة | 88 |
| 2- فرض واجب التّعاون استنادا إلى الالتزام بالإعلام | 89 |

| | |
|---|---|
| **الفرع الثاني: رفض الاعتراف بالنّظرية الحديثة للعقد** | 90 |
| **أولا: رفض إدراج واجب التّعاون في نظريّة العقد** | 90 |
| **1- انعدام الأساس القانوني لواجب التعاون** | 91 |
| **2- انعدام المبرر القانوني لواجب التعاون** | 91 |
| **3- خطورة واجب التعاون على استقرار المعاملات** | 92 |
| **ثانيا: رفض الاجتهاد القضائي الفرنسي لفكرة التّضامن الاجتماعي** | 93 |
| **1- قضية بنك BNP PARIBAS ضد السيدة هوتان (Hutin)** | 93 |
| **2- قضية شركة فيات (Fiat) ضد شركة سوفيسود(Sofisud)** | 95 |
| **المطلب الثاني: المحافظة على الفعّالية الاقتصادية للعقد من خلال التّوازن الموضوعي** | 96 |
| **الفرع الأول: رفض النّظرية التقليدية للعقد لفكرة التّوازن الموضوعي** | 96 |
| **أولا: تعارض التّوازن الموضوعي مع توجه النّظرية التّقليدية للعقد** | 97 |
| **1- اعتماد النّظرية التقليدية للعقد على فكرة التّوازن المجرد** | 97 |
| **2- تعارض التّوازن الموضوعي للعقد مع مبدأ سلطان الإرادة** | 97 |
| **ثانيا: خطورة التّوازن الموضوعي للعقد على النّتائج المترتبة عن الحريّة التّعاقدية** | 99 |
| **1- خطورة التّوازن الموضوعي للعقد على المذهب الفردي** | 99 |
| **2- خطورة التّوازن الموضوعي للعقد على مبدأ اللبرالية** | 100 |
| **ثالثا: تردد التشريعات المقارنة في الاعتراف بالتوازن الموضوعي للعقد** | 100 |
| **1- الرفض الصريح التشريعات المقارنة للتوازن الموضوعي للعقد** | 100 |
| **2- إبطال العقد بسبب الغبن والاستغلال** | 101 |
| **الفرع الثاني: تبني النّظرية الحديثة للعقد لفكرة التّوازن الموضوعي** | 102 |
| **أولا: عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين** | 102 |
| **1- أسباب عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين** | 103 |

| | |
|---|---|
| أ- اختلال التّوازن بين المراكز بسبب التبعيّة الاقتصادية | 103 |
| ب- عدم تكافؤ المراكز القانونية بسبب اختلال التّوازن المعرفي | 104 |
| ب-1: الجهل بالظّروف المحيطة بالعقد | 104 |
| ب-2: عدم التحكّم في تفاصيل القانون الذي يحكم العقد | 105 |
| 2- خطورة اختلال التّوازن بين مراكز المتعاقدين | 105 |
| أ- خطورة اختلال التّوازن على الحريات الفردية للمتعاقد | 106 |
| ب- اختلال التّوازن بين التزامات المتعاقدين | 107 |
| ثانيا: معالجة عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين | 107 |
| 1- تدخّل المشرّع لمعالجة عدم التّوازن الظاهر | 108 |
| أ- معالجة التّقنين المدني لإشكالية عدم التّوازن الظاهر | 108 |
| ب- معالجة المشرّع لعدم التّوازن الظاهر بمقتضى نصوص خاصة | 109 |
| 2- التدخّل القضائي لمعالجة عدم التّوازن الظّاهر | 110 |
| أ- مراقبة توازن العقد في المعاملات التّجارية | 110 |
| ب- مراقبة توازن العقد من خلال سبب الالتزام | 111 |
| ت- ردع الشّروط التعسفية | 111 |
| ت1- شروط قيام البنود التعسّفية | 112 |
| ت-1-1: اشتراط وجود عقد بين العون الاقتصادي والمستهلك | 112 |
| ت-1-1-1: أن يكون العقد | 114 |
| ت-1-1-2: أن يتضمن العقد إذعان أحد الطّرفين للطرف | 114 |
| ت-1-2: الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد المخالف لحسن النيّة | 115 |
| ت-1-2-1: الأحادية مظهر لاختلال التّوازن | 116 |
| ت-1-2-1-1: أن يكون لأحد الأطراف سلطة أو حق غير مكفول للطرف الآخر | 116 |
| ت-1-2-1-2: تعليق أثر العقد على محض إرادة أحد الأطراف | 118 |

| | |
|---|---|
| ت-1-2-2: رفض أحد المتعاقدين منح حق من الحقوق للمتعاقد | 119 |
| ت-1-2-3: تحميل المستهلك التزامات غير مبررة | 121 |
| ت- 2: دور القاضي للتصدي للبنود التعسفية | 122 |
| ت-2-1: تدخّل القاضي من تلقاء نفسه لإثارة وجود بنود تعسّفية | 122 |
| ت-2-2: توقيع الجزاء عن وجود بنود تعسّفية في العقد | 123 |
| ت-2-2-1: اعتبار البند التعسّفي غير مكتوب | 123 |
| ت-2-2-2: التعديل من الشّرط التعسفي | 123 |
| المبحث الثاني: أزمة النّظرية التّقليدية للعقد | 124 |
| المطلب الأول: تبلور مفهوم النّظام العام | 124 |
| الفرع الأول: النّظام العام قيد تقليدي على حريّة التّعاقد | 125 |
| أولا: اعتراف مختلف التشريعات بالنظّام العام والآداب العامة | 125 |
| ثانيا: تعدد محاولات تعريف النّظام العام | 126 |
| الفرع الثاني: مساهمة النّظرية الحديثة للعقد في تبلور مفهوم النّظام العام | 127 |
| أولا: ظهور مفاهيم جديدة للنظام العام | 127 |
| 1- النّظام العام بأولويات جديدة | 127 |
| 2- خصائص النّظام العام الاقتصادي | 129 |
| أ- خاصية عدم استقرار النّظام العام الاقتصادي | 129 |
| ب- قيام النّظام العام الاقتصادي على أولويات جديدة | 129 |
| ت- النّظام العام الاقتصادي نظام عام آمر | 130 |
| ثانيا: ازدواجية مضمون النّظام العام الاقتصادي | 130 |
| 1- النّظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي: | 130 |
| 2- التّمييز بين النّظام العام الحمائي والتوجيهي من حيث درجة البطلان | 132 |

| | |
|---|---|
| أ- طبيعة الجزاء المترتب عن الإخلال بالنظّام العام الاقتصادي | 132 |
| ب- من حيث إمكانية التنازل عن أحكام النّظام العام الاقتصادي | 135 |
| المطلب الثاني: الخروج المتكرّر عن المبادئ التقليدية لنظريّة العقد | 137 |
| الفرع الأول: الخروج المتكرر عن مبدأ سلطان الإرادة | 138 |
| أولا: إجبارية التّعاقد | 138 |
| ثانيا: التقليص من حريّة اختيار الشّخص المتعاقد معه | 140 |
| 1- التكريس القانوني التقليص من حريّة المتعاقد في اختيار المتعاقد معه | 140 |
| 2- التكريس القضائي للتقليص من حريّة المتعاقد في اختيار المتعاقد الآخر | 141 |
| أ- منع المهني من رفض التّعاقد دون مبرر شرعي | 141 |
| ب- اعتبار العقد صحيح بمجرد التعبير عن الإرادة | 142 |
| ثالثا: التدخّل في المضمون العقدي | 143 |
| الفرع الثاني: التخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد عند التنفيذ | 146 |
| أولا: تدخّل المشرّع للتّخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد | 146 |
| 1- منح أجل إضافي للمدين لتنفيذ التزاماته | 147 |
| 2- التعديل من قيمة الشّرط الجزائي | 148 |
| أ- سلطة القاضي في تعديل الشّرط الجزائي | 148 |
| ب- رقابة محكمة النّقض على سلطة القاضي في تعديل الشّرط الجزائي | 149 |
| ثانيا: التدخّل القضائي للتخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد | 150 |
| 1- تدخّل القاضي للخفيف من القوّة الملزمة لعقد العمل | 150 |
| 2- تدخّل القاضي للتخفيف من حدة القوّة الملزمة للعقد في عقود الخدمات | 151 |
| أ- الرقابة القضائية على بنود الإعفاء من المسؤولية | 151 |
| ب- مراقبة التناسب بين الخدمة والمقابل المالي | 153 |

| | |
|---|---|
| **الباب الثاني: تعارض الالتزام بحسن النيّة مع المصلحة الشّخصية للمدين** | 155 |
| **الفصل الأوّل: الالتزام بحُسن النيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد** | 157 |
| **المبحث الأوّل: مظاهر تدخّل حُسن النيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد** | 159 |
| **المطلب الأول: حُسن النيّة شرط أساسي للدخول في المفاوضات** | 160 |
| **الفرع الأول: الدخول في المفاوضات بنيّة إبرام العقد** | 161 |
| **أولا: أسباب التّفاوض في ظل انعدام نيّة إبرام العقد** | 161 |
| **1- الدخول في مفاوضات للحصول على معلومات سريّة** | 161 |
| **2- الدخول في مفاوضات بنيّة الإضرار بالمتفاوض الآخر** | 162 |
| **ثانيا: الرقابة القضائية على وجود نية إبرام العقد** | 163 |
| **الفرع الثاني: الالتزام بالإفضاء بوجود مفاوضات آنية** | 164 |
| **أولا: حريّة الدخول في مفاوضات آنية مع أطراف متعددة** | 164 |
| **ثانيا: ضرورة الإفضاء بوجود مفاوضات آنية في حالات معيّنة** | 165 |
| **المطلب الثاني: الالتزام بحسن النيّة أثناء سير المفاوضات** | 166 |
| **الفرع الأول: ارتباط حسن النيّة بعيوب الرضا** | 167 |
| **أولا: عيب الكتمان التدليسي** | 167 |
| **1-الإشكالات القانونية المتعلقة بالمعلومات الواجب الإفضاء بها** | 168 |
| **أ- حول حصرية المعلومات** | 168 |
| **ب- الإفضاء بالقيمة الحقيقية لمحل العقد** | 169 |
| **2-عن عمدية إخفاء المعلومات** | 171 |
| **ثانيا: عيب الاستغلال** | 172 |
| **1- المقاربة بين عيب الاستغلال وعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية** | 173 |
| **أ- عدم تكافؤ المراكز القانونية لأطرف العقد** | 173 |

| | |
|---|---|
| ب- اختلال التّوازن الاقتصادي للعقد نتيجة لعدم تكافؤ المراكز القانونية | 173 |
| 2- ضرورة مواكبة عيب الاستغلال للتطورات الحديثة لنظريّة العقد | 174 |
| أ- ظروف اعتراف المشرّع الفرنسي لعيب التعسف في استغلال وضعية التبعية | 174 |
| ب- شروط عيب التعسّف في استغلال وضعية التبعيّة | 176 |
| ب-1: وجود أحد المتفاوضين في وضعية تبعية | 176 |
| ب-2: تعسّف الطّرف القوي في استغلال وضعية التبعية | 178 |
| ب-3: أن ينجر عن العيب فائدة مفرطة لمصلحة الطّرف القوي | 179 |
| الفرع الثاني: محاربة السّلوك المنافي لحسن النيّة عند سير المفاوضات | 180 |
| أولا: مراعاة سريّة المعلومات خلال مرحلة المفاوضات | 180 |
| 1- منع إفشاء المعلومات المتحصّل عليها خلال مرحلة المفاوضات | 180 |
| 2- منع استغلال المعلومات المتحصل عليها لأغراض غير مرتبطة بالعقد | 181 |
| ثانيا: حُسن النيّة وواجب التناسق في السلوك | 182 |
| 1- عدم جواز التعارض في السلوك للإضرار بالمتفاوض الآخر | 182 |
| 2- ضرورة الانسجام في مرحلة المفاوضات | 183 |
| المطلب الثالث: حسن النيّة وإشكالية القطع التعسّفي للمفاوضات | 184 |
| الفرع الأول: الرقابة القضائية في حالة القطع التعسّفي للمفاوضات | 185 |
| أولا: قطع المفاوضات بدون سبب جدّي | 186 |
| ثانيا: قطع المفاوضات بعد إيهام الطّرف الآخر بقرب إبرام العقد | 187 |
| ثالثا: القطع الفجائي للمفاوضات | 188 |
| رابعا: تأثير صفة المتفاوض على تقدير التعسّف في قطع المفاوضات | 190 |
| الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن القطع التعسّفي للمفاوضات | 191 |
| أولا: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنيّة | 192 |

| | |
|---|---|
| 1- الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للمسؤولية | 192 |
| 2- استقرار اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة حول الطبيعة القانونية للمسؤولية | 193 |
| ثانيا: تعويض الأضرار النّاتجة عن القطع التعسّفي للمفاوضات | 193 |
| 1- عدم تعويض المتفاوض عما فاته من كسب | 194 |
| 2- الاختلاف الفقهي حول موقف محكمة النّقض | 194 |
| المبحث الثاني: الالتزام بالإعلام نموذج لحسن النيّة في المرحلة السّابقة على التّعاقد | 195 |
| المطلب الأوّل: أهمية الالتزام بالإعلام في المرحلة السّابقة على التّعاقد | 195 |
| الفرع الأوّل: التكريس القانوني الالتزام بالإعلام | 196 |
| أولا: تكريس الالتزام بالإعلام في التّقنين المدني | 196 |
| 1- الاعتراف الضمني للالتزام بالإعلام في التّقنين المدني الجزائري | 196 |
| 2- الاعتراف الصريح بالتزام عام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي | 198 |
| ثانيا: الاعتراف بالالتزام بالإعلام في نصوص قانونية خاصة | 199 |
| 1- تكريس الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك وقمع الغش | 199 |
| 2- تكريس الالتزام بالإعلام في القانون المتعلق بالممارسات التّجارية | 200 |
| 3- الالتزام بالإعلام في المجال الطبي | 202 |
| أ- الالتزام بالإعلام بشأن المواد الطبية المستعملة في الطب البشري | 202 |
| ب- التزام الطبيب بإعلام المريض | 203 |
| 4- الالتزام بالإعلام في المجال المصرفي | 205 |
| الفرع الثاني: شروط الالتزام بالإعلام | 207 |
| أولا: أن يحوز المدين بالالتزام على معلومة حاسمة | 207 |
| 1- تأكيد المشرّع على شرط العلم بالمعلومات | 207 |
| 2 - تأكيد الفقه والقضاء على شرط العلم بالمعلومات | 208 |
| ثانيا: الجهل المشروع للدائن بالمعلومات | 209 |

| | |
|---|---|
| 1- استحالة علم الدّائن بالمعلومة | 209 |
| أ- عدم حيازة الدّائن لمحل العقد | 210 |
| ب- الثقة التي يضعها الدّائن في المدين | 210 |
| 2- الجهل غير المشروع للدّائن بالمعلومات | 211 |
| أ- التزام الدّائن بالاستعلام | 211 |
| أ-1: ظهور التزام الدّائن بالاستعلام | 211 |
| أ-2: حدود التزام الدّائن بالاستعلام | 212 |
| ب: إمكانية حصول الدّائن على المعلومة | 213 |
| ت- افتراض علم الدّائن بالمعلومات | 213 |
| المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام بالإعلام | 214 |
| الفرع الأوّل: الضوابط القانونية لتنفيذ الالتزام بالإعلام | 215 |
| أولا: تعدد درجات الالتزام بالإعلام | 215 |
| 1- الالتزام بالنّصيحة | 215 |
| أ- الحرص على النّزاهة في تقديم الالتزام بالنّصيحة | 216 |
| أ-1: ضرورة الاستعلام قبل تقديم النّصيحة | 216 |
| أ-2: تقدير مدى نجاعة إبرام العقد | 216 |
| ب- مظاهر تكريس الالتزام بالنّصيحة | 218 |
| ب-1: الالتزام بالنّصيحة في مجال العقود المصرفية | 218 |
| ب-1-1: فرض الالتزام بالنّصيحة من طرف القضاء | 218 |
| ب-1-2: حدود الالتزام بالنّصيحة في العقود المصرفية | 219 |
| ب-2: الالتزام بالنّصيحة في عقود التّأمين | 221 |
| ب-2-1: التزام وسطاء التّأمين بالنّصيحة | 221 |

| | |
|---|---|
| ب-2-1-1: التزام وسيط التّأمين بالنّصيحة عند اختيار المؤمِّن | 221 |
| ب-2-1-2: التزام وسيط التّأمين بالنّصيحة عند اختيار عقد التّأمين | 222 |
| ب-2-2: التزام المؤمن بالنّصيحة | 222 |
| ب-3: التزام الموثق بالنّصيحة | 223 |
| ب-3-1: نطاق التزام الموثّق بالنّصيحة | 223 |
| ب-3-2: حدود التزام الموثّق بالنّصيحة | 224 |
| ب-3-2-1: اقتصار التزام الموثّق بالنّصيحة في المجال القانوني | 225 |
| ب-3-2-2: استحالة حصول الموثّق على المعلومات | 225 |
| 2- الالتزام بالتّحذير | 226 |
| أ- خصوصية الالتزام بالتحذير | 227 |
| أ-1: تمييز الالتزام بالتّحذير عن الالتزامات المشابهة له | 227 |
| أ-1-1: تمييز الالتزام بالتّحذير عن الالتزام بالإعلام | 227 |
| أ-1-2: تمييز الالتزام بالتّحذير عن الالتزام بالنّصيحة | 228 |
| أ-2: استقلالية الالتزام بالتحذير | 228 |
| ب- التكريس القضائي للالتزام بالتّحذير | 229 |
| ب-1: التزام البنك بالتّحذير بصفته مقدما لعروض الاستثمار | 230 |
| ب-2: التزام البنك بالتّحذير بصفته عارضا لخدمة الاقتراض | 231 |
| الفرع الثاني: إخلال المدين بالالتزام بالإعلام | 232 |
| أولا: إثبات إخلال المدين بالالتزام | 232 |
| 1- إثبات وجود الالتزام بالإعلام | 232 |
| أ- إثبات الركن المادي للالتزام بالإعلام | 232 |
| ب- إثبات الركن المعنوي للالتزام بالإعلام | 233 |

| | |
|---|---|
| 2- إثبات المدين تنفيذه للالتزام | 233 |
| ثانيا: الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام | 234 |
| 1- مطالبة الدّائن بإبطال العقد | 235 |
| 2- حق الدّائن في الحصول على تعويض | 236 |
| أ- التّعويض عن تضييع فرصة | 236 |
| ب- التّعويض الكلي عن الضّرر | 237 |
| الفصل الثاني: حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد | 238 |
| المبحث الأوّل: دور حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد | 240 |
| المطلب الأوّل: حُسن النيّة كمعيار لتفسير العقد | 240 |
| الفرع الأوّل: اعتراف المشرّع بحسن النيّة كمعيار لتفسير العقد | 240 |
| أولا: اعتماد المشرّع الجزائري على حُسن النيّة لتفسير العقد | 241 |
| ثانيا: استناد المشرّع الفرنسي ضمنا لحُسن النيّة عند تفسير العقد | 241 |
| الفرع الثاني: مظاهر تدخّل حُسن النيّة عند تفسير العقد | 243 |
| أولا: البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين | 243 |
| 1- تكريس القضاء الفرنسي لسلطة القاضي عند تفسير العقد | 243 |
| 2- رفض الاجتهاد القضائي الانجلوسكسوني لسلطة القاضي في الخروج عن حرفية العبارات | 245 |
| ثانيا: الدّور الإنشائي للقاضي عند تفسير العقد | 246 |
| 1- جدلية الاعتراف بالوظيفة التكميلية لحسن النيّة عند تنفيذ العقد | 246 |
| 2-مظاهر تكريس الوظيفة التّكميلية لحسن النيّة | 247 |
| أ- الالتزام بالسّلامة عند تنفيذ العقد | 247 |
| أ-1: ظهور الالتزام بالسلامة على يد القضاء الفرنسي | 248 |
| أ-2: ولوج الالتزام بالسّلامة مختلف العقود | 248 |
| أ-2-1: ضمان السلامة الجسدية للمتعاقد | 250 |

| | |
|---|---|
| أ-2-2: ضمان سلامة المنتجات | 251 |
| ب- الالتزام بالإعلام في مرحلة تنفيذ العقد | 252 |
| ب-1: تدخّل حُسن النيّة لحماية مصلحة المتعاقد | 253 |
| ب-1-1: حُسن النيّة أساس الالتزام بالإعلام التعاقدي | 253 |
| ب-1-2: الالتزام بالإعلام وسيلة لحماية مصالح الدّائن | 254 |
| ب-2: حدود الالتزام بالإعلام التّعاقدي | 254 |
| المطلب الثاني: حُسن النيّة مبرّر لتدخّل القاضي في العقد | 255 |
| الفرع الأوّل: تدخّل القاضي لتعديل اتفاق الطّرفين | 256 |
| أولا: تعديل العقد نتيجة للتنفيذ الجزئي للالتزامات | 256 |
| 1-الاعتراف القانوني بسلطة القاضي في تعديل العقد | 256 |
| أ- اعتراف المشرّع بسلطة القاضي في تعديل العقد | 256 |
| ب- اعتراف المشرّع الفرنسي بإمكانية تعديل العقد في حالة التّنفيذ الجزئي | 257 |
| 2- الجدل الفقهي حول سلطة القاضي في تعديل العقد | 258 |
| 3- أحكام تدخّل القاضي لتعديل العقد | 259 |
| أ- ضرورة تنفيذ العقد في معظمه | 259 |
| ب- تدخّل القاضي لتعديل التزامات الطرفين | 260 |
| ت- الحكم بالتعويض عن الضرر | 261 |
| ثانيا: تعديل العقد بسبب الاختلال في توازن الالتزامات | 262 |
| 1- مراجعة المقابل المالي في بعض عقود الخدمات | 262 |
| 2- مراقبة توازن العقد في حالة تحديد المقابل المالي بصفة منفردة | 264 |
| الفرع الثاني: حُسن النيّة أداة لضبط سلوك المتعاقدين عند التنفيذ | 266 |
| أولا: واجب الوفاء عند تنفيذ العقد | 266 |

| | |
|---|---|
| 1- واجب المثابرة في تنفيذ العقد | 266 |
| 2- واجب اليقظة عند تنفيذ العقد | 267 |
| 3- واجب الشّفافية بين المتعاقدين | 269 |
| 4- واجب التّسامح بين الطرفين | 270 |
| ثانيا: واجب التّعاون | 272 |
| 1- العمل على تسهيل تنفيذ التزامات الطّرف الآخر | 272 |
| 2- الالتزام بالتقليل من الضّرر عند تنفيذ العقد | 273 |
| أ- اعتراف المشرع بالالتزام بالتقليل من الضرر | 274 |
| ب- جدلية الاعتراف بوجود التزام بتقليل الضرر | 274 |
| ت- التوجه نحو الاعتراف الصريح بالالتزام بالتقليل من الضّرر | 275 |
| المبحث الثاني: نظريّة الظّروف الطّارئة نموذج لحسن النيّة عند تنفيذ العقد | 277 |
| المطلب الأوّل: واقع نظريّة الظّروف الطّارئة | 277 |
| الفرع الأوّل: تحديد الإطار المفاهيمي لنظريّة الظّروف الطّارئة | 278 |
| أولا: مفهوم نظريّة الظّروف الطّارئة | 278 |
| 1- ظهور نظريّة الظّروف الطّارئة | 278 |
| 2- مضمون نظريّة الظّروف الطّارئة | 279 |
| ثانيا: تمييز الظّروف الطّارئة عن المفاهيم المشابهة لها | 280 |
| 1- تمييز الظّروف الطّارئة عن القوّة القاهرة | 280 |
| 2- تمييز الظّروف الطّارئة عن الغبن | 281 |
| الفرع الثاني: الجدل حول الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة | 282 |
| أولا: الجدل الفقهي حول نظريّة الظّروف الطّارئة | 282 |
| 1- الفقه المعارض لنظريّة الظّروف الطارئة | 282 |

| | |
|---|---|
| أ- القوّة الملزمة للعقد | 282 |
| ب- انعدام الأساس القانوني لنظريّة الظّروف الطارئة | 284 |
| 2- ضرورة الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة | 284 |
| أ- الالتزام بحُسن النيّة أساس لنظريّة الظّروف الطّارئة | 284 |
| ب- قاعدة استقرار الظّروف كأساس لنظريّة الظّروف الطّارئة | 285 |
| ت- ركن السّبب أساس لنظريّة الظّروف الطّارئة | 286 |
| ثانيا: تباين الاعتراف القانوني لنظريّة الظّروف الطّارئة | 288 |
| 1- اعتراف المشرّع الجزائري بنظريّة الظّروف الطّارئة | 288 |
| 2- تردّد المشرّع الفرنسي في الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة | 289 |
| أ- استبعاد القانون الفرنسي لنظريّة الظّروف الطّارئة | 289 |
| أ-1: سكوت التّقنين المدني الفرنسي حول نظريّة الظّروف الطّارئة | 289 |
| أ-2: رفض القضاء الفرنسي لنظريّة الظّروف الطّارئة | 290 |
| ب- اعتراف المشرّع الفرنسي بنظريّة الظّروف الطّارئة | 292 |
| ب-1: التخفيف من حدّة القوّة الملزمة للعقد في حالة تغيّر الظّروف | 292 |
| ب-2: الاعتراف الصّريح بنظريّة الظّروف الطّارئة | 293 |
| 3- الاعتراف بنظريّة الظّروف الطّارئة في إطار عقود التجارة الدولية | 294 |
| أ- اعتراف المعهد الدولي من أجل توحيد القانون الخاص | 294 |
| ب- اعتراف مبادئ القانون الأوروبي للعقود بنظريّة الظّروف الطّارئة | 295 |
| المطلب الثاني: إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة لمعالجة اختلال توازن العقد | 296 |
| الفرع الأوّل: شروط إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة | 297 |
| أولا: وجود عقد صحيح بين الطّرفين | 297 |
| 1- امتداد أثر الظّروف الطارئة إلى العقود الفورية | 297 |

| | |
|---|---|
| 2- الإشكالات العملية المتعلّقة بتطبيق نظريّة الظّروف الطّارئة | 299 |
| أ- إشكالية العقود الملزمة لجانب واحد | 299 |
| ب- مدى إمكانية تطبيق نظريّة الظّروف الطارئة في الوعد بالتعاقد | 300 |
| ثانيا: وقوع حوادث عامة استثنائية غير متوقعة | 301 |
| 1- أهمية العنصر الزّمني عند حدوث الظرف الطارئ | 301 |
| 2- اعتماد المشرّع على وصف العمومية كشرط في الظّروف الطّارئة | 302 |
| 3- شرط عدم توقّع الظّروف | 304 |
| ثالثا: أن يُصبح تنفيذ التزام المدين مرهقا | 305 |
| 1- ضرورة الأخذ بالتفسير الواسع للخسارة الفادحة | 305 |
| 2- الاعتماد على المعيار الموضوعي لتقدير إرهاق المدين | 305 |
| 3- مدى خضوع تقدير الإرهاق لرقابة المحكمة العليا | 306 |
| 4- فقدان المدين للمصلحة المنتظرة من إبرام العقد | 307 |
| رابعا: ألا يكون المدين قد تعهّد بتحمّل تبعية الظّرف الطّارئ | 308 |
| 1- نظريّة الظّروف الطّارئة من النّظام العام في القانون الجزائري | 308 |
| 2- ضرورة إعادة النّظر في موقف المشرّع الجزائري | 309 |
| الفرع الثاني: كيفية إعمال نظريّة الظّروف الطّارئة | 310 |
| أولا: ضرورة إعادة التّفاوض بين المتعاقدين | 311 |
| 1- عدم اشتراط المشرّع الجزائري ضرورة إعادة التّفاوض | 311 |
| 2- حُسن النيّة أساس الالتزام بإعادة التّفاوض | 312 |
| 3- الطبيعة القانونية للالتزام بإعادة التّفاوض | 312 |
| ثانيا: دور القاضي في نظريّة الظّروف الطّارئة | 313 |
| 1- سلطة القاضي في تعديل العقد | 313 |

| | |
|---|---|
| أ- رفض جانب من الفقه سلطة القاضي في تعديل العقد | 313 |
| ب- الاعتراف بسلطة القاضي في تعديل العقد | 314 |
| 2- سلطة القاضي في إنهاء اثر العقد | 315 |
| خاتمة | 317 |
| قائمة المراجع | 325 |
| الفهرس | 365 |

# أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشّخصية والالتزام بحُسن النيّة

## *Les parties du contrat civil, entre le droit à l'intérêt privé et l'obligation de bonne foi*


**ملخص**

أضحت نظريّة العقد من بين النظريات الأكثر تطورا في الوقت الراهن بسبب تبلور المفاهيم التقليدية التي كانت تحكم النّظرية موازاة مع تطور المجتمع، حيث سادت ولفترة طويلة فكرة أنّ إرادة المتعاقد هي مصدر الالتزامات وانه بهذا الوصف لا يمكن لأي طرف أجنبي التدخّل للتعديل مما تم الاتّفاق عليه بين الأفراد، وذلك ضمانا للمصلحة الشخصية لكلا الطرفين والتي تتجسد عبر تعبيره عن قبول إبرام العقد، غير انه بدا واضحا عجز المبادئ التقليدية لنظريّة العقد لا سيم مبدأ سلطان الإرادة على ضمان الوظائف المختلفة للعقد.

أدى تطور المجتمع إلى خلق عدم تكافؤ المراكز القانونية للأفراد، مما جعل من حريّة التعاقد غير كفيلة لوحدها من أجل ضمان مصالح الأطراف في ظل إمكانية استغلال أحد الطرفين للضعف الذي يعان منه الطرف الآخر، وقد كان للالتزام بحسن النيّة الدور البارز في إعادة رسم حدود جديدة للمبادئ التقليدية التي كانت تحكم النّظرية التقليدية للعقد لا سيم مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، ليظهر الرهان الجديد لنظريّة العقد وهو الموازنة بين المصلحة الشخصية للمتعاقد من جهة والتزامه بحسن النيّة من جهة أخرى.

***Résumé***

La théorie du contrat connaît actuellement une réforme d'une grande envergure due à une redéfinition des principes classiques de la théorie, essentiellement celui de l'autonomie de la volonté qui a été érigé en principe directeur, mais qui n'a pas tenu le choc face à la métamorphose de la société contemporaine.

La liberté contractuelle a brillé par son inefficacité à garantir la réalisation des différentes fonctions du contrat, chose qui a amené l'intervention juridique et judiciaire afin de pallier à ce manque, une intervention qui a souvent fait référence à l'obligation de bonne foi pour justifier les entorses à l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat, d'où le défi contemporain de mettre en place une théorie du contrat homogène ayant pour but essentiel d'assurer la pérennité de ce dernier.