تاريخ الاستلام: 2021/09/20 تاريخ القبول: 2022/03/02

خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفقا لمقتضيات حسن النية

Specificity of the interpretation of the contract and determination of its content in accordance with good faith requirements

ط/د كرومي نذير* د. خليفي مريم

جامعة طاهري محمد بشار(الجزائر) جامعة طاهري محمد بشار(الجزائر)

Kerroumi.nadhir@univ-bechar.dz khelifi.meriem@univ-bechar.dz

مخبر القانون والتنمية

ملخص:

يقصد بارتباط حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، من حيث تحديد نطاقها داخل العقد وتأثيرها على القوة الملزمة للعقد، فتوضح أن إقرار مبدأ حسن النية في تحديد نطاق العقد، من خلال البحث عن عملية تفسير النزعة الذاتية والموضوعية للعقد، من ناحية سلوك الفرد في التعبير عن الإرادة المكونة للعقد حيث خول المشرع للقاضي سلطة تفسير العقد، إذا وجدت عبارات غامضة أو في حالة ثبوت الشك لديه في معناها، وذلك من خلال الاستعانة بنص المادة 02/111 من القانون المدني الجزائري، حتى يقف على النية المشتركة لأطراف العلاقة التعاقدية في التعبير عن إرادتهما حول إبرام العقد، كما أقر له عوامل تساعده على تكملة العقد كالقانون والعرف والعدالة والتعاون والأمانة والنزاهة وعدم استعمال التعسف وهذا من أجل تحقيق التوازن العقدي وفقا لمقتضيات حسن النية، وتعتبر هذه السلطة المخولة للقاضي استثناء على الأصل العام الذي يقرر حرية الإرادة التعاقدية، لكن تجنبا للخلافات التي قد تثار بين المتعاقدين مستقبلا ، منحت له هذه السلطة من أجل تنظيم العقد وتحديد مضمونه بشكل دقيق .

كلمات مفتاحية:، حسن النية، تفسير العقد، التعبير، الإرادة، سلطة القاضي، المقتضيات.

Abstract

within the contract and its impact on the obligatory force of the contract. So, it explains that the specificity of the goodwill principle in determining the scope of the contract, by looking for the process of interpreting the subjective and objective tendency of the contract, in terms of the individual's behavior in expressing the will that constitute the contract, where the legislator has empowered the judge to interpret the contract, if there are ambiguous phrases or in case he has doubts about their meaning through the use of the Article 02/111 of the Algerian Civil Code, in order to determine the common intention of the parties to express their will about concluding the contract, also acknowledged factors that help the judge to complete the contract, such as law, custom, justice, cooperation, honesty, integrity, and non-use of abuse. This is in order to achieve contractual balance accordaning to the requirements of goodwill, and this authority granted to the judge is considered an exception to the general principle that decides the freedom of contractual will, but in order to avoid disputes that may arise between the contracting parties in the future, this authority was given to the judge in order to organize the contract and specify its content accurately.

Keywords: Goodwill - interpretation of the contract - expression - willing - authority - judge - requirements

*المؤلف المرسل.

. مقدمة:

يتعين على القاضي إقرار مبدأ حسن النية عند تفسير العقد مع المحافظة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (Le Contrat Fait Loi Des Parties)، الذي يلزم كل متعاقد والذي يعد طرفا في العقد طوعا واختيارا بتنفيذ الإلتزامات المتفق عليها ضمانا لاستمرارية العقد وثباته وتنفيذ كل الإلتزامات التبعية التي يفرضها القاضي حتى ولو لم يتفق عليها، تكريسا للعدالة التي تقتضي تنفيذ العقد بحسن النية للوصول إلى الأهداف المرجوة من العقد[1] وتتجلى أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على مبدأ حسن النية في العقود، من خلال نص المادة 02/107 ق.م.ج لتحديد المقصود بمضمون العقد حيث نصت بأن نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب ولكن يلزمهم أيضا بما هو من مستلزماته لأن ما ورد فيه قد يكون عائق أمام تحقيق الهدف النهائي للعقد[2] ، والمادة 111 من ق.م .ج التي تبين أحكام عملية تفسير العقد في القانون المدني الجزائري، حيث يتضح من نص المادة أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية (Pouvoir D'appréciation) في توجيه العقد عن طريق تفسيره عندما تكون نوايا المتعاقدين غير واضحة ويقوم عليها الشك أو الغموض في معناها[3]، حول الأنظمة القانونية في تفسير العقد من طرف القاضي في تحديد مضمونه ثم تفسيره في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والتي تمثل إرادتهما الحقيقية. وهذا ما يلزم القاضي بضرورة البحث في مرحلة تفسير العقد وفقا لمبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد.

وعليه فإن الإشكالية المطروحة في هذا الصدد تتجلى في مدى إمكانية تدخل القاضي في عملية تفسير العقد وفق مبدأ حسن النية؟ و للإجابة على ذلك فقد قمنا باتباع منهجين ، وهما المنهج الوصفي التحليلي من أجل عرض أبرز المعلومات و الأفكار الواردة في الموضوع، و كذا تفحصها و تحليلها من أجل الوصول إلى جملة من النتائج المتعلقة بها، مع استخدام المنهج المقارن في بعض الأحيان، من خلال المقارنة مع تشريعات أخرى كالقانون المدني المصري، مع الإشارة إلى القانون المدني الفرنسي في بعض الحالات، ولا يفوتنا أن ننوه بأننا قد واجهتنا صعوبة في التعرض إلى المنهجين مع بعضهما بالنظر إلى قلة المراجع في مجال نظرية تفسير العقد المقارنة وأمام غياب المراجع المتخصصة، كان لزاما علينا تبني المنهج الوصفي التحليلي المقارن، معتمدين في نفس الوقت على خطة ثنائية متضمنة مبحثين رئيسيين حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة آليات حسن النية في تفسير العقد ، أما المبحث الثاني تطرقنا لمتطلبات تحديد نطاق العقد وفقا لمبدأ حسن النية.

2.آلية حسن النية في تفسير العقد

ترجع أحكام عملية تفسير العقد في القانون الجزائري إلى نص المادة 111 /1 من ق.م.ج، التي تنص على: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. وهو نفس ما أورده المشرع المصري في نص المادة 1/150، حيث يظهر من خلال النصين وجود تطابق كبير في الصياغة، وهو عكس ما أورده المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 1188 ق.م.ف، حيث تقتضي الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين في المعاملات المدنية، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للعبارات، وهو ما أشار إليه كل من المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 111، والتي تقابلها المادة 150 الفقرة الثانية من ق.م.م.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". يتضح من نص المادة المبينة أعلاه أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية (Pouvoir D'appréciation) في توجيه العقد عن طريق تفسيره عندما تكون نوايا المتعاقدين غير واضحة ويقوم عليها الشك أو الغموض في معناها[3].

1.2 عملية تفسير العقد بحسن النية

تتجلى أهمية تفسير العقد من طرف القاضي أولا في تحديد مضمون العقد ثم يعقب ذلك تفسيره في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والتي تمثل إرادتهما الحقيقية، وبذلك يمكن استخلاص حسب رأينا أن مبدأ حسن النية في تفسير العقد منصوص عليه ضمنا في نص المادة 111 من ق.م.ج، تقابلها المادة 150 من ق.م.م، والمادة 1188 من ق.م.ف الجديد، والملاحظ أن المشرع الفرنسي ومن خلال التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، أشار إلى مسألة حسن النية في تنفيذ العقود بأنها تبدأ من مرحلة المفاوضات، بخلاف التشريع الجزائري والمصري، اللذان أشارا إليه فقط في مرحلة التنفيذ، وذلك من خلال توافر الأمانة والثقة باعتبارهما من وسائل التعرف على حسن نية المتعاقدين، والتي يستنبطها القاضي من داخل العقد[4] ولهذا تبنى المشرع الجزائري من خلال هذا النص عملية التفسير في البحث عن النزعة الأخلاقية في عملية تفسير العقد (الفرع الأول)، ثم متطلبات حسن النية في تفسير العقد (الفرع الثاني).

2.2 تعريف تفسير العقد

يقصد بتفسير العقد: البحث عن المعنى الخفي للنص الموقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين[5]. وله وظيفتان في المصطلح القانوني: وظيفة معرفية (une fonction de la connaissance) ووظيفة الإرادة (une fonction de la volonté) وحسب شراح القانون فإن "عملية الكشف عن المفهوم الحقيقي للنص غامضة".

« C'est une opération qui consiste à dixerner le véritable senes d'un texte obscure »[6].

وقد عرفه الدكتور **محسن البيه** على أنه : " عملية التفسير هي عملية البحث عن الواقعة لمعرفة قيمتها ، وبتطبيق ذلك على العقد حيث نجد أن الواقعة المراد بحثها " التعبير التعاقدي"، أما القيمة التي يراد البحث عنها هي" النية" [7]. وفي الحقيقة تتجلى أهمية تفسير العقد في ضرورة البحث عن مدى صحة العقد وتحديد آثاره، من خلال تفسير التعبير عن إرادة كل من المتعاقدين المشتركة، والوقوف عند قصدهم من العبارة التي استعملوها في التعبير عن الإرادة [8].

فالتفسير عملية يقوم بها القاضي وهي تعد من المهام المعقدة، حيث يتم البحث عن المعنى الحقيقي لعبارات العقد الغامضة وغير الدالة على وضعها الصحيح، حيث يمكن للقاضي أن يفسرها بناءا على مفهومه الخاص، وهذا ما يترك له سلطة إقرار حسن النية في البحث عن التأويل الصحيح لإرادة المتعاقدين في العقد، عن طريق التعبير عنه بشكل واضح ورفع الغموض واللبس والإبهام، وذلك عن طريق البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين[9].

وبالتالي يلتزم القاضي بمنهج التفسير الشخصي المنبثق عن سلطان الإرادة وفقا للمدرسة الفرنسية التي تبحث فيها عن النية المشتركة للمتعاقدين المخفية في نفسية الأطراف، ويرجع اعتبار الإرادة أداة لتحديد مضمون العقد، حيث يتم اللجوء إليها كلما حدث نزاع حول عبارات العقد الغامضة، إذ لا يمكن إزالة هذا الغموض إلى داخل تلك الإرادة التي تعتبر صادرة من فكرة الفرد الذي يعد المصدر الوحيد للحق، وهكذا كان تصور المدرسة الفرنسية، حيث لا يمكن تحديد آثار القوة الملزمة للعقد إلا من خلال البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفيه، للكشف عن هذه الإرادة [10].

وهكذا قد أخذ المشرع الفرنسي بالنزعة الشخصية من خلال نص المادة 1156 من ق.م.ف، التي غيرت بنص المادة 1188 من ق.م.ف الجديد، إذ تفرض البحث عن النوايا المشتركة للطرفين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي الظاهر لعبارة العقد، وبذلك فإن العبرة بالإرادة الحقيقية، فهي الضابط في تفسير العبارات الغامضة. فالقاضي في تفسيره يأخذ بالنية المشتركة لطرفي العقد وهو ما يعني الأخذ بالإرادة الباطنة واستبعاد الإرادة الظاهرة حتى يستطيع التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين[11].

ولا يجوز له أن يحل محل إرادة المتعاقدين عند تفسيره ولو كان ما تقضي به العدالة وإلا تعرض حكمه للنقض، لأنه بذلك يكون مخالفا للقانون. وبالنظر إلى غموض العبارات والألفاظ المستعملة في العقد، فإن اللجوء إلى استعمال الإرادة الباطنة بحثا عن النية المشتركة

للمتعاقدين قد يؤدي إلى افتراض إرادة المتعاقدين وفق طبيعة التعامل[12].

وبهذا المعنى يرى الفقيه Ripert أن الإرادة المحتملة التي يستطيع القاضي رسمها في ذهنه عن طريق التصور هي ليست إرادة وهمية[13].

وبناءً عليه يبدو أن النزعة الشخصية لتفسير العقد التي تتمحور على الإرادة، لا تؤدي إلى النتائج المرجوة منها، لكون النية المشتركة التي يبحث عنها القاضي مسألة نفسية باطنة في ذاتية الشخص ويصعب التعرف عليها من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد، فيستحيل على المتعاقد أن يتوقع أفكار المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، فما بالك القاضي الذي تسند إليه مهمة تفسير العقد بعد إبرامه وهو أجنبي عنه[14].

وهكذا يستخلص أن عملية تفسير العقد من ناحية النزعة الذاتية عن طريق البحث عن الإرادة الباطنة المشتركة للمتعاقدين، غير كافية للكشف عن المعنى الحقيقي الذي يريده أطراف العقد، لذلك كان من الضروري الإستعانة فقط بالعوامل الموضوعية، ولا مجال للبحث في الأمور النفسية وراء النية المشتركة اصطناعية غير موجودة فعلا.

3.2 العوامل الموضوعية المساعدة للقاضي في البحث عن النية

أقر المشرع الجزائري في نص المادة 02/111 ق.م.ج أن القاضي يسترشد في البحث والتعرف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بعدة عوامل وقواعد موضوعية، وهي مطابقة تماما لنص المادة 2/150 من ق.م.م، و عليه فإن أوجه التقارب بين التشريعان الجزائري والمصري في النصين السابقين متطابقين، حيث نص كل منهما على نفس العوامل التي يسترشد بها القاضي في عملية تفسير العقد والتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي و بمقتضى المادة 1188، نص على عوامل أخرى غير هذه، وذلك من أجل الإستعانة بها من قبل القاضي في تفسير العقد، نذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر والتي تتمثل فيما يلي:

أ- طبيعة التعامل: (la nature de l'affaire)

يراد بطبيعة التعامل (طبيعة التصرف المبرم): الطبيعة القانونية للعقد ذاته، حيث يخضع العقد للتنظيم القانوني التي تقتضيه طبيعته مالم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك[15]، فإذا كانت عبارات العقد تحتمل أكثر من معنى واحد، فعلى القاضي أن يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة العقد، نذكر على سبيل المثال: إذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث، يفسر أنه تنازل على جميع حقوقه في التركة التي تخارج فيها، حتى وإن كان لا يعلم ببعض الحقوق، كما لا يمكن التخارج في حقوق مورثة من تركة أخرى[16]، كما قد يفسر العقد على أنه عارية استعمال وليس عارية استهلاك، فإذا اشترط المعير على المستعير، أنه في حالة هلاك الشيء، فإن المستعير يرد الشيء أو مثله[17].

وبناءً على هذا يتفق كل من القضاء والفقه، على أنه من العوامل التي تساعد القاضي وتساهم في البحث عن النية المشركة للمتعاقدان هي طريقة التنظيم القانوني للعقد، التي عالجها المتعاقدان في العقد القائم بينهما.

ب- الأمانة والثقة (la loyauté et la confiance)

تعد الأمانة والثقة أو حسن النية (la bonne foi) بين المتعاقدين، من الوسائل الضرورية التي يستعين بها القاضي في البحث عن النية المشتركة بين المتعاقدين، وهما من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود وتفسيرها وتنفيذها[18].

فالأمانة واجبة على المتعاقد، أما الثقة فهي حق له، وهذا يعني الابتعاد عن اللبس في التعبير وإظهار الحقيقة المقصودة من التعبير، حتى لا يعد ذلك استغلالا، كما قد يكون هذا اللبس حقا للمتعاقد الآخر في فهم العبارة الصادرة من المتعاقد ولا تكون له ظاهرة خفية[19] حيث على الموجب عليه أن يضع في اعتباره أن الطرف القابل سيأخذ هذه العبارات الموجهة إليه على اعتبارها معبرة تعبيرا حقيقيا وصادقا على إرادة الموجب ومن تم يعد مما يتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية، أن يقصد المعبر مقصد آخر غير الذي تدل عليه العبارات الصادرة منه، وعليه ينبغي أن يتوافر في التعامل من الأمانة والثقة إلى من وجه إليه الإيجاب ويجب عليه أن يفهم التعبير الموجه

إليه على الوجه الذي تقتضيه الأمانة في التعامل فإذا تبين له خطأً في التعبير أو لبس، فإن حسن النية يقضي بأن لا يستغل من وجه إليه التعبير هذا الخطأ، بل يجب عليه فهمه بالمعنى الحقيقي الذي كان المراد من تعبيره منه، فحسن النية بما يقتضيه من أمانة وثقة يساعد القاضي عند تفسير العقد في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[20].

ج- العرف الجاري

هو وسيلة أجازتها التشريعات محل الدراسة للقاضي، من أجل الاستعانة بها في تفسير العقد في حالة وجود لبس أو غموض، ويقصد بها تلك العادات والمعاملات الجارية بين الناس في حياتهم وما استقروا عليه بالعمل بها في مختلف التعاملات[21].

فإذا كان هناك لبس أو غموض في عبارات العقد أو وجود احتمال لذلك، (أي أن تحمل عبارة من عبارات العقد أكثر من معنى)، فهنا يجب على القاضي أن يتدخل في تفسير العقد طبقا لما اشتمل عليه من العرف الجاري في التعامل، شريطة أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة[22].

وعليه فإن العقد يفسر طبقا لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل، وللقاضي سلطة عليه، فإذا رأى القاضي أن بنود هذا العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف، لأن العرف المتوطد يفترض في المتعاقدان أنهما عالمان به وقد ارتضياه، ولم يصرحا بمخالفته[23].

ونشير هنا أن هذه الوسائل التي يسترشد بها القاضي في الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فهناك عدة عوامل أخرى تساعده في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا ما يعني أن هناك مجالات كثيرة لمفهوم المصطلح القانوني للتفسير من حيث الوظائف، ولا يقتصر على وظيفتين (وظيفة معرفية ووظيفة إرادية) فقد تكون وظيفة تفسيرية انطلاقا من البحث عن قواعد الأعراف من حيث الثقة والأمانة في التعامل.

وبناءً على ما سبق، فإنه لا يمكن أن يبقى القاضي مستقلا عند تقديره لما يعرض عليه النزاع دون أن يتقيد بالعوامل التي ذكرت في النصوص القانونية، فإذا لم يرى فيها توجيها أو إرشاد يمكن له أن يعدل عنها ويأخذ بما هو لازم لتحقيق الغرض المطلوب، فهذه العوامل لم تذكر على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال فيستعين بها القاضي عند البحث عن النية المشتركة إذا كانت ضرورية في إيجاد حلول عادلة لكلا الطرفين[24].

ومن هذا المنطلق لا ينبغي أن يتم تفسير القاضي طبقا للأمانة والثقة المتبادلة ومقتضيات حسن النية والعرف الجاري في المعاملات فقط وإنما يجب مراعاة التوازن العقدي للطرفين وتحقيق المصلحة العامة، وهذا ما يوفر الحماية القانونية للعقد[25].

ويتفق الفقه والقضاء المصري والجزائري، على أنه من العوامل التي تساعد القاضي في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، هي طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، والعرف الجاري في المعاملات وهناك عوامل أخرى غير هذه، أشار القانون الفرنسي لبعض منها ليستأنس بها القاضي، إذا كانت عبارةً تحمل أكثر من معنى واحد أي تنتج آثارًا قانونية حسب نص المادة 1194 من ق.م.ف، وهو ما يأخذ به الفقه الإسلامي من خلال عبارة: " إعمال الكلام خير من إهماله".

ويستنتج في الأخير أن مناط البحث في مستوى تأويل العقد ومجالاته تعتبر من المهام المعقدة، حيث لا يتعلق الأمر بالإرادة المشتركة للمتعاقدين فحسب، بل يمكن إعطاء العقد الذي ينظمه القانون من حيث انعقاده وصحته، والذي يعد موضوعا كبيرا من الناحية الإقتصادية والإجتماعية في تحقيق المصلحة العامة وذلك اعتمادً على مبدأ حسن النية كمظهر خارجي للسلوك الإجتماعي الذي يقوم على القيم والمبادئ الحميدة [26].

4.2 متطلبات حسن النية في تفسير العقد

إن البحث في تفسير العقد يأتي بعد البحث في انعقاد العقد، لذلك يستبعد القاضي كل ما يتنافى مع مقتضيات حسن النية عند تفسيره لشروط العقد، كمحاولة أحد الأطراف أن يتحايل على القاضي لتفسير شرط من الشروط لصالحه على خلاف ما تم الاتفاق عليه

حيث أن الإلتزام بتنفيذ العقد بحسن النية من قبل الأطراف والتزام القاضي بتطبيق هذا المبدأ، يؤدي حتما إلى التطبيق السليم للقانون إضافة إلى حصول كل متعاقد على حقه وإزالة الصعوبات التي قد تعرقل التنفيذ[27].

5.2 ماهية وضوح وغموض عبارات العقد

الأصل في تفسير العقد أن يسعى القاضي فيه إلى بلوغ المعنى الذي يرضاه طرفي العقد ويفسره تفسيرا متكاملا على ضوء الإرادة المشتركة للمتعاقدين معا، فلا يبني جزءً على جزء آخر، وإلا كان حكمه عرضةً للنقض، وقد يجد القاضي عبارات العقد واضحة في الدلالة على معنى محدد ، كما قد تكون عبارات العقد غامضة تحتاج إلى التفسير، وقد يثور الشك في تَبَيُّنْ هذه الإرادة [28].

أولا: حالة وضوح عبارات العقد

الأصل أن العبارات الواضحة لا تكون محلا للتفسير، وهذا ما تقتضيه معظم التشريعات كقاعدة عامة، حيث يلزم القاضي بأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي، ولا يجوز له الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أي أن يتم الإنحراف عن المعنى الظاهر للعبارات وتأويله إلى معنى آخر، وهذا تطبيقا لنص المادة 01/111 من ق.م.ج والتي تقابلها المادة 01/150 من ق.م.م ، وبناءً على القراءة الأولية لهذه النصوص، يتضح أنها بسيطة وتحقق استقرار المعاملات، من حيث التعبير الصحيح عن الإرادة المشتركة للطرفين[29].

فإذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للوقوف عند الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ولو كان للقاضي حق إدخال وتفعيل دور مبدأ حسن النية وما يقتضيه العقد[30].

وهذا ما يستخلص من الفقرة الأولى من نص المادة 111 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين". ونصت المادة 01/150 من ق.م.م على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين"[31].

والمراد من العبارة الواضحة، أنه لا يجوز إخضاعها لقواعد التفسير من أجل الحصول على معنى آخر باعتباره هو مقصود المتعاقدين فالمقصود بالوضوح في هذا المقام هو وضوح الإرادة لا اللفظ[32].

وإذا كان الأصل أن العبارات الواضحة لا تكون محلا للتفسير على أساس أنها أصدق صورة للإرادة الواضحة أيضا، ورغم ذلك فإن هذه القرينة (Présomption) ليست قاطعة في جميع الحالات و لأن العبارات الواضحة لا تعكس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فقد تكون واضحة من حيث اللغة واللفظ والتعبير، ولكنها مع ذلك يمكن أن تكون لها عدة احتمالات في معناها، ولذلك يجوز للقاضي أن يلجأ إلى تفسير هذه العبارات للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، مستعينا في ذلك بجميع الشواهد وظروف الدعوى وملابساتها[33].

تجدر الإشارة في هذا الصدد، أن هذا الرأي كان محل انتقاد من قبل الباحثين في المجال القانوني ومن بينهم الأستاذ **أحمد شوقي عبد الرحمان**، حيث عارض قبول هذا الرأي باعتباره يتنافى مع حكم المادة 150 من ق.م.م، التي تنص على ضرورة الإستناد إلى عبارة العقد الواضحة في بيان إرادة المتعاقدين بحيث يمتنع القاضي من اللجوء إلى أية وسيلة مادية أو موضوعية أخرى، من أجل التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، إذ يرجع دائما إلى العوامل الداخلية للعقد فقط في حالة وضوح العبارة لأن هذه العناصر تؤكد حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقد[34].

ورغم ذلك يتجه معظم الفقه الجزائري والمصري، بالقول بأنه يمكن للقاضي في بعض الحالات أن ينحرف عن المعنى الظاهر الواضح إلى المعنى الذي يعبر عن هذه الإرادة، بشرط أن يوضح الأسباب التي دفعته إلى العدول عن هذا المعنى الظاهر إلى خلافه[35].

وهذه الأسباب لابد أن تستند إلى الإرادة الحقيقة للمتعاقدين، ولذلك يقع على القاضي عبء التفسير عند انحرافه عن المدلول الظاهر للعبارة، حيث يجب عليه أن لا يحرفه ولا يشوهه[36].

فمبدأ حسن النية في تفسير العقد يلزم القاضي بضرورة تبيان أسباب عدوله، والبحث عن المعنى الحرفي و الاستهداء بما ينبغي أن يتوافر من الأمانة والثقة بين المتعاقدين، فإذا كان المعنى واضحا فلا تفسير، والمقصود بالمعنى الواضح ليس هو الوضوح الظاهري، بل هو المعنى الحقيقي الذي اقتنع به ورُجِحَ لديه أنه هو المقصود من قبل المتعاقدين[37].

كما يلاحظ أن المحكمة العليا لها سلطة ممارسة الرقابة على قاضي الموضوع في التفرقة بين ما يعتبر من العبارات الواضحة، وما يعتبر غير واضح ويحتاج إلى تفسير، حيث تعتبر هذه المبادئ من المسائل القانونية التي تخضع لرقابتها، كما تراقب المحكمة العليا أيضا الأسباب التي يبديها قاضي الموضوع كمبرر لخروجه على العبارات الواضحة[38].

وكخلاصة لما سبق التطرق إليه نقول بأنه يجب على القاضي عند تفسيره للعبارات الواضحة والتي أخطأ في التعبير عنها، أن يستعين بمبدأ حسن النية في تحديد النزاهة المعبرة عن إرادته والثقة في المعلومات الموجه إليه للتعبير، وذلك من أجل ضمان التوازن العقدي، وكذا تحقيق العدالة العقدية.

ثانيا: حالة غموض عبارات العقد

قد تكون عبارات العقد التي يستعملها المتعاقدان غير واضحة فلا مناص من تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، على النحو الذي يقرره المشرع الجزائري في نص المادة 111 الفقرة 02 من ق.م.ج، تقابلها المادة 150 الفقرة 02 من ق.م.م.

و باستقراء نص المادتين يتضح أن المشرع الجزائري والمصري لم يعملا على تعريف العبارات الغامضة (Obxur)، فحاول الفقه والقضاء الجزائري والمصري، حصر بعض حالات غموض العبارة، مثل العبارات المبهمة (Equivoque) التي يصعب من خلالها التعرف على إرادة الأطراف، وكذلك العبارات التي تحتمل أكثر من معنى (Confuse) ، ولم يحدد الفقه المعنى المقصود[39].

ففي هذه الحالات، يجب على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين عند تفسيره للعبارات الغامضة عن طريق تأويلها دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ والكشف عن إرادتهما المشتركة لا الفردية، حيث له السلطة في تدخله لتعزيز دوره كحاسم للنزاعات القائمة بين المتعاقدين من خلال استعماله للوسائل القانونية لتقدير موضوع تفسير العقد، وذلك من أجل الوصول إلى النية المشتركة والحقيقية للمتعاقدين، لأن دور القاضي في هذه الحالة يمثل سلطته لضمان العدالة والمساواة، وبما له من خبرة وحسن أخلاقي وقدرته على الإحاطة بكافة ظروف التعاقد، لأن القاضي في هذه المسائل يخضع لرقابة المحكمة العليا[40].

فتفسير غموض عبارات العقد من قبل القاضي هو بمثابة حماية حقوق المتعاقدين أو لحق المتعاقد حسن النية، حيث سعى المشرع لتحقيقه من خلال إعطاء سلطة للقاضي من أجل التدخل في النظر في جميع بنود العقد وتحليل معناها ومدلولها من أجل الوقوف عند الفهم الحقيقي للنية المشتركة للمتعاقدين ومدى مطابقتها لمقتضيات حسن النية، وإذا تبين للقاضي أن أحد المتعاقدين سيء النية ومخالفا لمعياري الثقة والأمانة المنصوص عليهما في نص المادة 02/111 السابقة البيان، فإنه يجب عليه أن يرده إلى صوابه وذلك من أجل استخلاص النية المشتركة، كل ذلك من أجل تحقيق العدالة وضمان استقرار المعاملات[41].

كما لا يعد من حسن النية أن يستعمل المتعاقد طرقا إحتيالية في التعبير عن إرادته، لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد وهذا من أجل مصلحته، لذلك ينبغي عليه أن يفهم عبارات العقد بحسب معناها الظاهر لا الألفاظ الظاهرة فالأمانة في التعامل تقتضي أن لا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير مادام أنه قد فهمه على حقيقته، أو كان بمقدوره أن يكون عالما به[42]، وكمثال على ذلك: في عقد البيع يلتزم البائع بتحديد الشيء محل التعاقد بطريقة كافية نافية للجهالة، حتى لا يقع المشتري في غلط عند إبرام العقد.

وهو ما يجعل البائع ملتزما بتوفير المبيع المطابق لرغبة المشتري، أي وفقا للصفة التي تضمنها تعبيره في وصف الشيء المبيع للمستهلك.

خلاصة القول أن تدخل القاضي لتفسير العقد من شأنه أن يمنع توفر نية الإضرار، كما يساهم في إرجاع الأمور إلى نصابها، وإنصاف المتعاقد حسن النية، بحيث يبقى العقد ضمن الإطار الذي تفرضه مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد من وجود الإلتزام بالأمانة والثقة والنزاهة[43]. وهذا ما يؤدي إلى حسن تطبيق القانون وفق حسن النية في تفسير العقود[44].

6.2 سلطة القاضي في حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

نصت المادة 01/112 من ق.م.ج على أنه:" يؤول الشك في مصلحة المدين"، ثم أضافت في فقرتها الثانية: " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". وهو نفس ما نص عليه المشرع المصري في 151 من ق.م.م يتبين من الفقرة الأولى من نص المادتين، يجب تفسير الشك لمصلحة المدين على أساس أن المدين هو الذي يتحمل عبء الإثبات والأصل في الإنسان براءة الذمة، فإذا ادعى الدائن ما يخالف هذا الأصل، تعين عليه إثبات ادعائه وذلك بإقامة الدليل على وجود الدين، وعلى مدى التزام المدين[45].

يستنتج من الفقرتين، أنه إذا تعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ولم يتمكن من الوصول إلى النية المشتركة بينهما، مع احتمال عبارات أكثر من معنى، فقد نص المشرع أن الشك يفسر لمصلحة المدين وأن يأخذ القاضي بالمعنى الذي له حماية للطرف الضعيف[46].

ومن أمثلة تفسير الشك لمصلحة المدين: إذا قام الشك حول استحقاق فوائد الدين وجب ترجيح عدم استحقاقها، وإذا قام الشك حول مبدأ استحقاق التعويض الاتفاقي، فيبقى التساؤل مطروح: هل هذا الدين مترتب عن التأخير أو عدم التنفيذ فإنه يؤخذ على أنه يجب الوفاء به فقط عند عدم التنفيذ[47].

ويلاحظ في نطاق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، أن تفسير العقد غير مستحيل، وفي نفس الوقت هو غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك[48].

ولابد من التنويه، أنه لتطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، لابد أن يكون هذا الأخير حسن النية، لأن وجود أي مبررات للإهمال أو التقصير، ينشأ عنه الخطأ الذي يعد مصدرا لسوء النية فإن التفسير يكون في مصلحة الدائن، وهذا ما تقتضيه القاعدة القانونية[49].

أما بخصوص الفقرة الثانية من المادة 112 من ق.م.ج، والمادة 02/151 ق.م.م، فقد أورد المشرع الجزائري والمصري، استثناءً هاما على القاعدة الأولى والاستثناء يتمثل في أن الشك في عقود الإذعان يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواءً كان دائنا أو مدينا، لأن الطرف القوي يتحمل مسؤولية العبارات الغامضة التي تكون محلا للشك لأنه هو الذي قام بوضع شروط التعاقد، فإذا احتوت على لبس أو إبهام فمن العدل أن يتحمل واضع هذه الشروط تبعة هذا الغموض وفقا لما تستوجبه أخلاقيات التعاقد[50].

ويتضح في الأخير أن مبدأ حسن النية يعد من المبادئ الأساسية في تفسير العقود بصفة عامة ، إلا أنه ذو أهمية خاصة في عقود الإذعان وبالذات في عقود التأمين، باعتبار أن المؤمن هو من يتولى بمفرده صياغة الشروط العامة لوثيقة التأمين قبل التعاقد، دون أن يكون للمؤمن له الحق في مناقشتها أو تعديلها، ويترتب على عدم التزامه بها جزاءات تؤدي غالبا إلى فقدانه لحقوقه في التعويض رغم حسن النية[51].

وأمام هذه القاعدة عند تفسير صياغة عقد التأمين، يستنتج أن تفسير بنود هذا العقد يكون دائما لمصلحة المؤمن له عند تحقق الشك حول معناها الظاهر، حماية له وتحقيقا للتوازن العقدي الذي يعتبر الأساس الذي يقوم عليه مبدأ حسن النية[52].

3. متطلبات تحديد نطاق العقد وفقا لحسن النية

المقصود بتحديد نطاق العقد، هو بيان الإلتزامات التي تنشأ على عاتق المتعاقدين في المعاملات المدنية وفقا للمشروعية وحسن النية[53] حيث تنص المادة 107 الفقرة 02 من ق.م.ج على أنه: "... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام"[54]، وهو نفس ما ورد في المادة 02/148 من ق.م.م، على

عكس ما اتجه إليه المشرع الفرنسي بعد تعديله للمادة 1134 من ق.م.ف القديم ، بالمادة الجديدة 1104 ق.م.ف، حيث جعل مبدأ حسن النية قائما من مرحلة التفاوض على العقد، فتحديد نطاق العقد لا يقتصر على ما ورد فيه، وإنما يجب أن يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته والتي قد يحددها القاضي عند تكملة العقد[55].

1.3 القواعد الموضوعية المكملة للعقد

فالسلطة الممنوحة للقاضي بالتدخل في تكملة العقد بهدف الوصول إلى إرادة المتعاقدين، ناشئة عن حسن النية وليس من أجل الوصول إلى درجة تعديله تحقيقا لهدف آخر، لذلك نجد أن تكملة العقد تتم حسب طبيعة العقد وعلاقتها بالقانون، لأن الغالب في بعض الأحيان أن يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية فقط تاركين المسائل التفصيلية، وهذا ما قضى به المشرع في النص السابق، على أن مستلزمات العقد تحدد بحسب ما تقتضيه طبيعة الإلتزام وفقا للقانون والعرف والإنصاف[56].

وهذا ما سنفصله في (الفرع الأول)، بينما نتطرق في (الفرع الثاني) لرقابة المحكمة على قواعد المكملة للعقد.

2.3 العوامل المساعدة على تكملة العقد

لقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة القوانين المكملة للعقد عند تدخل القاضي، فهناك اتجاه يراها من طبيعة ذاتية، وهناك من يراها من طبيعة موضوعية[57]، فحسب الرأي الأول يعتبر أنصاره أن تفسير الإرادة سواءً كانت حقيقية أو مفترضة تعد الأساس في تكوين العقد وهي نابعة من الإرادة الذاتية، لهذا يجب الرجوع إليها عند تفسير وتحديد الآثار ثم تكملة العقد[58]، أما العوامل التي يستعين بها القاضي من عرف وعدالة، فما هي إلا تعبير عن إرادة المتعاقدين.

أما تكملة العقد وفقا لأصحاب النظرية الموضوعية فتعني من وجهة نظرهم تكملة نقص التعبير عن إرادة المتعاقدين، عند إغفال التفاصيل الجوهرية، وتكون هذه التكملة وفقا لطبيعة العقد وعلاقته بالقانون والعرف والعدالة، فاستنادًا لرأيهم أن إرادة الطرفين لا مشتركة ولا مفترضة، وإنما يلجأ القاضي إلى عوامل موضوعية لتكملة النقص الذي يعيب الإرادة الظاهرة [59].

و يؤسس أصحاب هذه النظرية رأيهم على أن مسألة تكملة العقد تتعلق بالقوة الملزمة للعقد التي لا يعترف بها القانون، إلا إذا كانت متوافقة مع جميع مصادر القانون وليس التشريع فقط[60].

وهذا ما ورد النص عليه بموجب نص المادة 107/ 02 سالفة الذكر، وعليه سوف نتطرق إلى تفصيل القواعد المكملة للعقد حسب النص فيما يلي: (أولا) القانون، (ثانيا) العرف كعامل لتكملة العقد (ثالثا) طبيعة الإلتزام، (رابعا) العدالة.

أولا: نصوص القانون

المقصود بها تلك القوانين المفسرة أو المكملة في حالة عدم وجود إتفاق على ما يخالفهما، أما نصوص القانون الآمرة فهي التي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها[61].

فالأصل هو الإتفاق على جميع المسائل الجوهرية، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 65 من ق.م.ج حيث نصت على: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة". يقابلها نص المادة 95 من ق.م.م وهما متطابقان من حيث الصياغة، وكمثال على ذلك ما ورد النص عليه بموجب المادة 393 من ق.م.ج وبالتالي فالقاضي يرجع إلى الأحكام التكميلية والمفسرة في المسائل التي تركها المتعاقدان ولم يتفقا عليها إذ أنه كثيرا ما يصعب على المتعاقدين تنظيم العلاقة بينهما في جميع التفصيلات، إما لعدم توقعها أو اعتمادًا على أحكام العقود في بعض التفصيلات، ولذلك لجأ المشرع الجزائري إلى النص عليها صراحة في المادة 107 الفقرة الثالثة بأنه على القاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد وطريقة تنفيذ الإلتزام التعاقدي التي سلكها المتعاقدان.

وكمثال آخر في عقد البيع مثلا: إذا أغفل المتعاقدان ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاده، والوفاء بالثمن ومكانه، و إلتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، فالقاضي يطبق أحكام عقد البيع فيما يخص هذه المسائل[62].

وينبغي ملاحظة أن هذه الأحكام المفسرة، ماهي إلا الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي افترضها القانون، أو الكشف عنها، فالمتعاقدين إما اتفقا صراحة أو ضمنا على عدم تطبيقها أو تعديلها أو التقيد بها طبقا لما يريانه، وكما هو معروف أن القواعد المكملة أو المفسرة ليست من النظام العام (Ordre Public).

ثانيا: العرف

يعتبر العرف من العوامل الموضوعية لتفسير العقد من خلال إدارجه في البحث عن النية المشتركة ومنطقها الذاتي للأطراف[63] ، و يعرف كذالك بأنه: اعتياد الناس على سلوك معين وإحساسهم بإلزاميته وبضرورة مجازاة من يخالف هذه القاعدة [64].

فهو كذلك يعد عاملا من عوامل تكملة العقد، ولقد نصت المادة 1135 ق.م.ف ، والتي تقابلها المادة 148 من ق.م.م ، والمادة 107 من ق.م.ج، ومن هذه المواد نلاحظ أن العرف يكمل العقد، كما يعد مكملا للقانون باعتباره عاملا في تحديد نطاقه ويظهر ذلك جليا في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري، ويدرج في العرف الشروط المألوفة[65]، فتضاف إلى العقد وهي التي جرت العادة بإدراجها فيه غير أن هناك شروطا أصبحت عرفا في بعض العقود، ويتم تنفيذها دون ذكرها ضمن بنود العقد، ومثال ذلك: إضافة النسبة المئوية التي تتقاضاها الفنادق والمطاعم والمقاهي إلى حساب العميل حتى ولو لم تكن مكتوبة غير أنه ما يلاحظ إذا تعارض الشرط المألوف مع الشرط الخاص فلابد من إدراجه في العقد، فالشرط الخاص هو الذي يجب العمل به[66].

وما تجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في نص المادة 02/107 من ق.م.ج ، أشار إلى مصطلح عادة "usages" في النص فرنسي وليس لمصطلح عرف، ومما لاشك فيه وحسب نص المادة العربي فإن قصد المشرع يتجه نحو العرف وليس العادة، طالما يوجد اختلاف بينهما، وتسمى العادة عموما بالعادة الاتفاقية التي تستمد قوتها الملزمة من اتجاه الأطراف إلى إعمالها، وفق اتفاق مبني على حلول معينة وهذا بطبيعة الحال يفترض عدم علمهم بها، ويجوز الاتفاق صراحة على مخالفتها، وبسبب عدم إلزاميتها لا يمكن للقاضي تطبيقها، وقد تنقلب هذه العادة إلى عرف وتصبح ملزمة من الناحية القانونية إذا ما استقر التعامل بها[67].

وتماشيا مع ما تم ذكره يستنتج بأن العرف هو مصدر أساسي من مصادر القانون، فهو يستمد قوته من ذاته، ويفرض نفسه على كافة الوقائع والأشخاص وهذا ما يجعله عنصرا من عناصر تكملة العقد يرجع القاضي إليها من أجل ضمان التوازن العقدي وتحقيق العدالة العقدية.

ثالثا: طبيعة الإلتزام

تقتضي طبيعة الإلتزام من القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تفرضه طبيعته ووفقا للقانون والعرف والعدالة، كالذي يبيع شيء يعتقد أنه قد باعه مع ملحقاته، ولم تذكر هذه الملحقات في العقد.

فمثلا في عقد بيع العقار يعتبر من بين مستلزمات المبيع، مفاتيح المنزل وسندات التمليك والحقوق والدعاوى المرتبطة به كحقوق الإرتفاق المقررة له[68].

ويستطيع القاضي أن يسترشد بطبيعة الإلتزام لاستكمال نطاق العقد، فمن باع متجرا وجب عليه أن يسلم المشتري السجلات التي تبين ما عليه من ديون وماله من حقوق وما يتصل به من عملاء، ومن باع سيارةً يلتزم بتسليم كل الأدوات اللازمة لتسيرها وعقد التأمين الخاص بها، ومن ذلك أيضا، أن القضاء يفرض في نطاق عقد نقل الأشخاص على الناقل إلتزام يتجسد في ضمان سلامة الأشخاص الذين ينقلهم أي وصول الشخص سليما معافى إلى مكان الوصول، ومنه أيضا إذا باع حقا (حوالة الحق) يعتبر قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويضمنه كرهن وكفالة[69].

رابعا: العدالة

هي الأساس الذي يقوم عليه القانون كله، وهي في نفس الوقت مصدرا من المصادر الاحتياطية التي يرجع القاضي إليها لاستكمال العقد، إذا لم تسعفه في ذلك أحكام القانون والعرف، ولقد قرر القضاء ضرورة إلتزام العامل بالمحافظة على أسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل، وما قرره فيما يتعلق بعقود نقل الأشخاص من تضمين هذه العقود للإلتزام بضمان السلامة[70].

ومثال ذلك: التزام صاحب المتجر (البائع)، بعدم منافسة المشتري وذلك بالامتناع عن انتزاع عملاء المتجر، وهذا الإلتزام تقتضيه العدالة ولو لم يتم النص عليه في عقد بيع المتجر، والبائع لا يلتزم فقط بالقيام بما هو ضروري لنقل الشيء المبيع إلى المشتري، بل يلتزم أيضا بالكف عن أي عمل يؤدي إلى جعل نقل هذا الحق عسيرا أو مستحيلا، وهو التزام تقتضيه العدالة وقد ينص القانون على ذلك صراحة كما هو الشأن بالتزام المهندس العامل في المصنع بعدم إباحة أسراره لمصنع آخر، ففي كل هذه الحالات تقتضي العدالة فرض التزامات على أحد طرفي العقد، حتى وإن لم يرد بشأنها نص في الشروط الخاصة بالعقد[71]، وكمثال في عقد التأمين على الحياة، يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين عما يكون قد أصابه من مرض خطير غير ظاهر، إذ أن الكتمان في هذه الحالة من شأنه أن يؤثر في التبعة التي تلتزم بها شركة التأمين[72].

ويستخلص في الأخير أن تحديد نطاق العقد وفقا لمبدأ حسن النية، بما يعتبر من مستلزمات طبيعة العقد، وتتحدد هذه المستلزمات وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية بعدة اعتبارات، أوردها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 02/107 من ق.م.ج، متمثلة في القانون والعرف والعدالة وطبيعة الإلتزام، يستعين بها القاضي من أجل تكملة العلاقة التعاقدية وفقا للقانون.

3.3 رقابة المحكمة على القواعد المكملة للعقد

يعتبر تفسير العقد وتكيفه من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا ، باعتبارها محكمة قانون لا محكمة موضوع ، وهذا يفسر أنها تفرض على القاضي رقابتها من ناحية تفسير مسائل القانون لا مسائل الوقائع ، حيث يتعين على القاضي لتحديد نطاق العقد وتفسيره من حيث إنزال حكم القانون على العقد ، وهي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة عن مدى تطبيقها للقانون وكذا الخطأ في تأويل نصوصه.[73]

وبناء على ذلك فإن القاضي يكون حكمه معرضا للنقض ، إذا كان منتقدا لأسباب قانونية في حالة عدم إدراج القاضي لمستلزمات العقد من طبيعة الإلتزام أو نص القانون ، أو العرف أو العدالة ، عند تحديد نطاقه لأن حالة الزيادة والنقصان قد يشوه عبارة العقد الواضحة ، ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.[74]

كما تجدر الإشارة أن قاضي الموضوع قد لا يخضع لرقابة محكمة النقض في سبيل استخلاص الوقائع ، لاستظهار نية المتعاقدين المشتركة والكشف عن النية الحقيقة وتقدير أدلتها عن طريق الإلتزام بقواعد التفسير وعدم الإنحراف عن المعنى الواضح ، غير أنه يخضع لرقابة محكمة النقض في حالة وجود خطأ عند التكيف القانوني للعقد[75].

وفي الأخير نستنتج أن محكمة النقض تباشر رقابتها على نشاط القاضي في إعماله لتطبيق قواعد القانون ، في الحالات المتعلقة بتفسير العقد المنصوص عليها في المواد 111 و112 من القانون المدني الجزائري وكذلك تفرضه أيضا في حالة تكيف وتكملة العقد.

4.3 مساهمة القاضي في تحديد مضمون العقد

الأصل في العقود أنها تقوم على مبدأ الحرية التعاقدية، حيث يتقرر لكل طرف من أطراف العقد الحرية التامة في إنشاء التصرفات القانونية شريطة أن تكون في الإطار القانوني، لكن في حالة قيام نزاع حول العقد، فقد أعطى المشرع للقاضي سلطة التدخل في تحديد مضمون العقد (الفرع الأول)، أو تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها (الفرع الثاني).

5.3 سلطة القاضي في تحديد مضمون العقد

لقد نصت العديد من التشريعات على شروط كثيرة، كل ذلك من أجل أن توسع من سلطات القاضي التقديرية، حتى يتمكن من تحديد مضمون العقد وتماشيا مع مقتضيات الظروف، ونتيجة للتحولات التي تتطلبها البيئة التعاقدية، وما ترتب عليها من عدم المساواة بين المتعاقدين، لذلك كان لابد من التوسع في البنية الداخلية للعقد وذلك من خلال عدم الاقتصار على الإلتزامات الإرادية لتحديد مضمون العقد، وذلك من خلال تعزيز الإلتزامات القضائية والقانونية وإن لم تكن إرادية[76]، ولعل الأخذ بمبدأ حسن النية كمعيار لتنفيذ العقد من خلال تجسيد متطلبات تكملة العقد وفق التعاون والنزاهة والإخلاص في التعامل، والابتعاد عن السلوكات المنافية لآداب التعامل الذي ينعكس سلبا على استقرار وازدهار المجتمع ككل، ذلك أن العقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الإجتماعية، وأداةً لتحقيق النفع العام[77]، فالقاضي هو من يقوم بمراقبة هذه العوامل وتفعيلها عند مساهمته في تحديد مضمون العقد على وجه يسمح بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية[78].

وتأسيسا على ذلك يجب على القاضي تحليل طبيعة العقد لمعرفة الإلتزامات المفروضة على المتعاقدين، كما له الحق في إنشاء إلتزامات جديدة على عاتق الأطراف، وهذا يعني أنه لا يمكن تنفيذ العقد وفق مضمونه الذي اتفق عليه الأطراف وقت التعاقد[79]، بل يمتد إلى المضمون الذي توسع فيه القاضي وحدده وفقا للسلطة الممنوحة له في المادة 02/107 ق.م.ج، وفي هذا الصدد يمكن القول أن القاعدة الواردة في نص المادة 106 من ق.م.ج التي تنص على أن : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"[80]، تطابقها تماما المادة 147 من ق.م.م. تبقى هذه القاعدة نسبية على المبدأ العام، الذي يقضي بالقوة الملزمة للعقد.

فيمكن تصور تحليلا للنص على أنه، توجد عوامل جديدة تدخل في فكرة العقد شريعة المتعاقدين حيث أن العقد لم يعد قانونا إراديا فقط، وإنما يتم إقحام الإرادة التشريعية التي قد تتجاوز الإلتزامات الأساسية المتفق عليها، وهذا من أجل الوصول إلى نية الأطراف وتحديد مضمون العقد، مع الوصول إلى التزامات مقبولة بشكل خاص حمايةً للطرف الضعيف[81]، لذلك نجد المشرع الجزائري قد أورد استثناءات على مبدأ سلطان الإرادة، فأصبح المشرع يتدخل في تعديل العقد بموجب النصوص القانونية، وأحيانا يسمح للأطراف وللقاضي في المساهمة في تعديل العقد، وذلك لتحقيق المساواة بين بنود العقد، واعتبارات العدالة[82].

ويُبَرْهَنْ تدخل القاضي في مساهمته في تنظيم العقد الذي يحد من مبدأ سلطان الإرادة، من أجل توفير الحماية المتطلبة قانونا للطرف الضعيف في إطار العلاقة التعاقدية، ومحاربة الغش باعتباره يمس بمبدأ حسن النية، الذي يقضي بالنزاهة والإخلاص في التعامل، حتى تتجلى الوظيفة الإقتصادية والإجتماعية للعقد على أفضل وجه[83].

ومع هذا لابد من تدخل القاضي، لكن يتم ذلك من خلال تدخله بشكل ضيق وفي حدود، بحيث لا يكون إلا في حالات استثنائية أين تتاح له إمكانية تعديل العقد، خضوعا لاعتبارات عادلة يستدعي فيها الأمر ضرورة تدخله من أجل إعادة التوازن العقدي[84].

وعليه فإنه بمقدور القاضي الموازنة بين المصالح محل النزاع، وذلك بتوسيع مضمون العقد بالرجوع إلى الشروط التي وضعها القانون، حرصا على حماية الطرف الضعيف وذلك من خلال انتفاء مظاهر مشروعية حسن النية، حيث يقول الأستاذ **بلانيول وريبرو بولانجيه** في وسيطهم:" إن القاضي كما يمنع التدليس (Dol) في تكوين العقد، يمنع أيضا الغش (fraude) في تنفيذه، والتدليس والغش شيء واحد يتخذ اسمين مختلفين، فهو تدليس عند تكوين العقد، وهو غش عند تنفيذه"[85].

وتفسير ذلك أن مساهمة القاضي في تنظيم مضمون العقد، يستوجب ضرورة مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، ومن مظاهر سوء النية نذكر على سبيل المثال: إذا تعهد (Accord) المقاول بتوصيل أسلاك كهرباء فيقع على عاتقه أن يوصلها من أقصر الطرق الممكنة، ويلتزم عميل النقل بنقل البضاعة من الطريق الأحسن بالنسبة لصاحبها[86].

ويمكن القول في هذا الصدد أنه ينبغي على طرفي العقد الإلتزام التام بكل ما ورد النص عليه في العقد من بنود، وأي مخالفة لذلك فيمكن للقاضي أن يتدخل ويقوم بفرض إلتزامات لم يتم الإتفاق عليها بين الطرفين عند إبرام العقد، لكن أقرتها معظم التشريعات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نذكر أهمها في النقاط التالية:

1- الإلتزام بالضمان: "وهو التزام ذو مَصْدَرٍ قانوني أو تعاقدي، وهو في بعض العقود بعوض التي يخشى الدائن فيها المنازعة حول الحقوق المنتقلة إليه، أو حول صلاحية موضوع العقد"، كما يلزم ضمان تعويض الضرر الحاصل عن الشيء المبيع نتيجة ذلك الإلتزام بضمان العيوب [87].

وعليه نجد أن الإلتزام بالضمان يعد من أهم تطبيقات تنفيذ العقد بحسن النية، باعتباره العقد القائم على أساس المصالح المتعارضة لأطرافه، حيث لا توجد مبادئ أساسية في القانون تحكمها، أو تلزم بها وإنما نصوص خاصة بهذا الشأن تختص بكل عقد على حدى وقد حاول العديد من فقهاء القانون بالاعتماد على القواعد الواردة في البيع وتعميمها، ولكن هذا الأمر لم يلقى إقبالا بالرغم من أنه يتم الرجوع إليه في بعض الحالات[88].

2- الإلتزام بضمان سلامة المستهلك

يتعرض المستهلك منذ القدم لأخطار كثيرة حال استخدامه للمنتجات، نذكر منها: الغش والخداع في السلع المعروضة للإستهلاك في السوق، ومع ازدياد وتفاقم الأضرار اللاحقة بالمستهلك نتيجة لاستعماله للمنتجات التي تعرض عليه، فقد وضع المشرع تحت تصرف القاضي آليات تمكنه من التوسع في تحديد مضمون العقد، وذلك كله من أجل مراعاة مصلحة المستهلك وتوفير الحماية له ضد الأضرار التي تتمثل في عيب المنتوج نتيجة عدم احترام اَلْمُنْتِجْ أو اَلْمُوَزِعْ لمعايير الإنتاج أو التجهيز، أو بإهمال من البائع المهني بالتزامه بإعلام المستهلك عن كيفية استعمال المعطيات الخاصة بالمنتوج والتحذير من المخاطر المترتبة عن سوء استعماله[89].

فالإلتزام بضمان السلامة فكرة تبناها القضاء، حيث لم تكن هناك نصوصا قانونية تحتويها بصفة خاصة، وإنما تأسس هذا الإلتزام بناءً على نص المادة 02/107 من ق.م.ج والتي تقابلها المادة 02/148 من ق.م.م ونجد في المقابل نص المادة 1135 من ق.م.ف كالتزام إضافي أو تكميلي، حيث يكون للقاضي سلطة المساهمة في تحديد مضمون العقد وفقا لما يقتضيه العرف والعدالة والإنصاف وهذا من أجل تحقيق التوازن بين المصالح محل التعاقد[90].

ولذلك اتجه القضاء إلى تحديد مفهوم الإلتزام بضمان سلامة المستهلك بأنه: التزام المنتج المحترف بتسليم منتجات خالية من العيوب و التي من شأنها أن تحدث الخطر بسلامة المتعاقد الآخر[91].

ونستخلص في الأخير أن الإلتزام بضمان سلامة المستهلك هو تطبيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد (La Force Obligatoire Du Contrat) لأنه يهدف إلى المحافظة على سلامة المتعاقدين والحرص على تنفيذ العقد وفقا لما تقتضيه الثقة المشروعة لضمان استمرارية العقد.

3- الإلتزام بالإعلام التعاقدي

الإلتزام بالإعلام التعاقدي هو واجب قانوني، يفرضه المشرع على المنتج، أو بين من تربطهم صلة وثيقة بهم، بأن يقدموا للمستهلك كافة المعلومات والبيانات التي تمكنهم من استخدام السلعة بشكل صحيح وتحذرهم من مخاطرها[92].

وفرض هذا الإلتزام بعد تطور المعاملات التجارية بين المتعاقدين، من أجل ضمان التوازن العقدي واستقرار المعاملات، حيث تتمثل خصوصية هذا الإلتزام باعتباره قوة ملزمة للعقد كقاعدة عامة، واستثناءً على الأصل باعتباره من مستلزمات العقد في حالة عدم تكافؤ الفرص بين الأطراف، غير أنه ورد اختلاف بين الإلتزام بالإعلام التعاقدي والإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي، بالرغم من صعوبة التمييز بينهما، فالإلتزام بتقديم المعلومات هو التزام يقع على عاتق كل متعاقد بتقديم معلومات مألوفة تهم المتعاقد الآخر وفقا لطبيعة العقد، وقد

يكون هذا الإلتزام أصليا في العقد، إذا كان موضوعه تقديم معطيات حول الشيء المعروض لاستهلاكه أو استخدامه، خاصة إذا تعلق الأمر بالمجال التكنولوجي الذي من ميزاته وطبيعته في المعاملات، و قد يأخذ الإلتزام بتقديم المعلومات في شكل إلتزام عقدي لمساعدة المتخصصين فيها[93].

كما يتمتع الإلتزام بالإعلام التعاقدي بأهمية كبيرة في مجال عقود الإستهلاك، خاصة في ظل اختلال التوازن العقدي، مما استلزم تدخل القاضي في تحديد مضمون العقد، وكذلك من خلال فرض التزامات أخلاقية ومراعاة مدى تطابقها مع العقد، من حيث الإلتزام بالإعلام والضمان والتعاون وهذا حرصا على حماية الطرف الضعيف، وتبنى هذا الإلتزام القضاء الفرنسي الذي كان ينظر إليه على أنه مجرد مظهر من مظاهر العيوب الخفية، غير أنه أقر بعد ذلك استقلاليته، حيث قضى بأنه يجب على البائع الممتهن عند تسليم البضاعة أن يلتزم بإعطاء المشتري جميع المعلومات الضرورية التي توضح كيفية استخدامها بالشكل الصحيح[94].

6.3 سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها (عقود الإذعان، عقود نقل التكنولوجيا)

الأصل في العقود أن تتم نتيجة المفاوضة بين الطرفين، يستطيع كل منهما مناقشة ومساومة الطرف الآخر على جميع شروط العقد، إلى أن يصلا إلى اتفاق نهائي، لكن قد ينشأ العقد بين طرفين وقد يكون أحدهما متمتعا بمركز قانوني أو فعلي يسمح له بالتحكم بمصير العقد، حيث يقوم بإملائه على الطرف الآخر الذي يكون في حاجة إلى التعاقد معه، حتى ولو كان له كامل الحرية في التعاقد معه أو لا يتعاقد معه، مثال ذلك: المحلات أو المنشآت الكبرى التي تعرض بضائعها أو خدماتها على الجمهور بشروط وأسعار معينة لا تقبل المناقشة[95]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 70 من ق.م.ج. وهي مطابقة لنص المادة 100 من ق.م.م، وعليه يترتب عن الحكم السابق الناشئ عن العلاقة التعاقدية من اختلال في التوازن العقدي وإضعافه لأحد الطرفين، خاصة بالنسبة لصفة الشخص المتعاقد كالمستهلك[96]. وعليه يصبح الأمر متعلق بإدراج شروط تعسفية في هذه العقود، ولذلك أصبح من الضروري توضيح سلطة القاضي اتجاه هذه الشروط التعسفية في عقود الإذعان والعقود الاستهلاكية والإلكترونية فيما يلي:

1: سلطة القاضي في حذف أو إزالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان

لعل من أهم الأسباب التي أدت إلى انتشار ظاهرة الشروط التعسفية وعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، هو مبدأ سلطان الإرادة والذي تلازم مع التطورات الاقتصادية مما خلق وجود متعاقد على قدر من القوة الإقتصادية[97]، وهذا ما أدى إلى ظهور شروط تعسفية في عقود الإذعان، مما استوجب تدخل المشرع بسن قوانين تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في هذه العقود، وتجنبا للتعسف في استعمال الحق، وذلك من خلال نص المادة 110 من ق.م.ج، تقابلها المادة 149 من ق.م.م، وهما متطابقان، وعليه قد منحت هذه المادة للقاضي أداة قوية يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية، التي تفرضها عليه شركات الإحتكار[98].

والقاضي هو الذي يمتلك السلطة التقديرية في تحديد في ما إذا كان يحتوي العقد على شرط تعسفي من عدمه، وإذا اتضح للقاضي وجود هذا الشرط، فله أن يعدله بأن يحذف أثر هذا التعسف أو يلغي الشرط التعسفي أو يقوم بإعفاء الطرف المذعن منه، حيث أن السلطة مقررة للقاضي وتعد من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته[99].

وعليه فإن هذه السلطة الاستثنائية التي اعترف القانون بها للقاضي، التي تتيح له الحق في رفع الظلم وتوفير الحماية للطرف المذعن من سوء نية الطرف الآخر في إدراج شرط تعسفي يتعارض مع مبدأ حسن النية في إنشاء العلاقات التعاقدية المتوازنة بين المتعاقدين[100].

إلا أن هناك من الشروط التي لا يمكن للقاضي أن يعفي الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها، كما أن إلغائها قد يؤدي إلى بطلان العقد ومثال ذلك: أجرة عقد الإيجار، أو الثمن في عقد البيع، وإنما يمكن للقاضي حسب سلطته التقديرية، أن يحدد هذه الشروط بأنها تشكل تعسفا، مما تفتح له المجال أمام تعديلها وفقا لما تقتضيه العدالة[101].

وما يمكن استخلاصه في الأخير، أن المشرع الجزائري انتهج نفس مسلك المشرع المصري، حيث أعطى صلاحية تعديل العقد وسلطة تقديرية للقاضي في تحديد الشرط التعسفي من عدمه كل ذلك من أجل القضاء حسب الظروف، إلا أنه لا يمكن له أن يتصدى للشروط التعسفية إلا بناءً على الطرف المذعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني[102]. وهذا ما نصت عليه المادة 26 من ق.إ.م.إ [103].

2: سلطة تدخل القاضي في إزالة الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية والإلكترونية

لقد أصبح المستهلك في ظل نهج الإقتصاد الحر، وتحكم آليات السوق فيه، عرضة للتلاعب بمصالحه ومحاولة غشه، لذلك يحتاج المستهلك لتوفير الحماية والأمن من مخاطر عقود التجارة الإلكترونية، غير أنه لازال مركزه القانوني في القانون الجزائري والمصري، خاضع للقواعد العامة المتمثلة في وجوب تنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية، وتحديد مضمونه طبقا لما هو من مستلزماته، بينما معظم التشريعات العالمية (الأوروبي والفرنسي خاصة)، قد أحدثت تطورا في تشريعاتها من أجل التصدي للتغيرات التي قد تطرأ على الأوضاع التعاقدية كل ذلك من أجل توفير الحماية الخاصة للمستهلك من الشروط التعسفية[104].

وعليه يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه: " الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين الحقوق و الإلتزامات القائمة بين الطرفين، ويقدر وقت إبرام العقد، وذلك بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، وفقا لما تقضي به العدالة"[105].

وما يلاحظ من التعريف السابق، أنه لا يمكن وصف الشرط بأنه تعسفي إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية، حيث يتمثل الشرط الأول في استعمال العقد زمن القوة الإقتصادية وحصوله على ربح وفير بسبب هذا الشرط، أما الثاني فهو اختلال التوازن العقدي بين الحقوق و التزامات الطرفين على حساب المستهلك، ويطبق ذلك على كافة المعاملات الإلكترونية[106].

وقد عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في القانون رقم: 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية من خلال نص المادة 05/03 منه، حيث نصت على: " الشرط التعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد"[107].

باستقراء نص المادة فإن معيار الشرط التعسفي يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق و الإلتزامات القائمة بين طرفي العقد وهذا ما يجعل من العلاقة التعاقدية تتعارض مع مبدأ حسن النية وهو ما من شأنه أن يفتح المجال للقاضي من أجل التدخل في إزالة هذه الشروط وتوفير الحماية للمستهلك، وفقا لما تقتضيه العدالة العقدية.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقا لنص المادتين 29 و 30 من القانون 02/04 أنه ضيق من سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية، وعلى هذا الأساس لا يمكن للقاضي تبني مبادئ عامة أمام وجود نص خاص[108]، وهذا ما استحدثه بموجب نص المادة 06 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، الذي نص على وضع لجنة البنود التعسفية[109]، حيث يتمثل دورها في إنشاء توصيات بشأن البنود التعسفية، من أجل مساعدة القاضي في توفير الحماية للمستهلك.

أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فقد نجد تفاوت في المراكز المالية بين البائع والمستهلك في إبرام العقد، قد تدرج بعض الشروط التعسفية في العقود النموذجية التي يقدمها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الإلكتروني المبرم مع المستهلك، وهي في الأخير تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الطرفين ضد مصلحة المستهلك[110]، وهذا الأمر أوجب على المشرع وضع حماية للمستهلك الإلكتروني من هذه الشروط التعسفية وإبطالها وإعادة التوازن العقدي، كحماية للطرف الضعيف في العقد، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات الأوروبية والفرنسية، خاصة من خلال المادة 01/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي الجديد، والذي بدوره نقلها عن التعليمة الأوروبية لسنة 13/93 بموجب نص المادة 01/06 منه[111]، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يضع نص خاص في قانون حماية المستهلك

واكتفى بالرجوع إلى القواعد العامة طبقا لنص المادة 110 من ق.م.ج، وهو ما يعني أن يكون العقد إذعان، وهذا ما يشكل إجحافا في حق المستهلكين في العقود التقليدية، في حصوله على حماية من الأضرار الناتجة عن الشروط التعسفية.

وما يمكن استخلاصه في الأخير، أن سلطة القاضي في التدخل لإزالة الشروط التعسفية، تقتضي النظر إلى حسن نية المتعاقد وهذا من أجل المحافظة على التوازن العقدي واستقرار المعاملات.

الخاتمة

نستنتج من خلال ما سبق التطرق إليه من خلال هذه الدراسة، أن مبدأ حسن النية يعد جزء لا يتجزأ من المبادئ القانونية ، حيث تكمن الحاجة من اللجوء لهذا المبدأ عندما يعرض نزاع على القاضي يتعلق بتنفيذ العقد، حيث يقوم أولا بتحديد مضمون العقد ثم بعد ذلك تفسيره ويقضي بخصوصية مبدأ حسن النية في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ملتزما بتطبيق مقتضيات حسن النية في تفسيره للعبارات الواردة في العقد، من حيث الأمانة والتعاون والثقة المشروعة في المعاملات ، وعليه لا يعتد بالإرادة التي تقوم على التحايل والخداع باعتبارها من مظاهر سوء النية، ونختم هذا البحث بوضع أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات، وهي كالتالي :

أولا :النتائج

1- أن مبدأ حسن النية هو أحد الوسائل التي يستعملها القاضي في سيطرته على مضمون العقد وتفسيره ، باستعمال النزاهة والأمانة والإستقامة والتعاون من أجل تحقيق التوازن العقدي.

2- أن مبدأ حسن النية ينظم العلاقات التعاقدية بين الأطراف على أسس تطبيق مقتضياته من الإلتزام بالتعاون والإعلام والإنصاف والنزاهة ، والتفاهم المتبادل باحترام الثقة المشروعة في المعاملات .

3- مبدأ حسن النية يحافظ على تحقيق التوازن العقدي ويهدف إلى تحقيق العدالة في تطبيق الإلتزامات الناشئة على العقد بين الأطراف، بحيث ترك المشرع الجزائري للقاضي سلطة واسعة في تفسير العقد ليقرر الحلول المناسبة للنزاع المعروض عليه.

ثانيا : التوصيات

نوصي المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع الفرنسي حيث وسع من نطاق تطبيق هذا المبدأ وما فرضه من التزامات على مستوى التفاوض ما دام أنه مطلوب في جميع العقود وجميع مراحلها، وعدم حصره في مرحلة تنفيذ العقد دون سواها، في حين على المشرع الجزائري أن يوسع من نطاقه ليشمل كل مراحل العقد من حيث المضمون والتفسير والتنفيذ، كما فعل المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 1104 من القانون المدني الجديد. حيث أصبح مبدأ حسن النية، يشمل كل مراحل العقد، وهو ما ينبغي تداركه من طرف المشرع الجزائري.

قائمة المراجع:

(1) **عبد الحليم عبد اللطيف القوني**: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 347، 348 وما يليها.

(2) **بلحاج العربي**: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني (التصرف القانوني، العقد والإرادة المتفردة)، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008، ص 246 وما يليها.

(3) أنظر المادة 02/111 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم المنشور بالجريدة الرسمي العدد 1975/78. والمادة 2/150 من القانون المدني المصري.

(4) **عبد الحليم عبد اللطيف القوني**، المرجع السابق، ص 398.

(5) **وليد صلاح مرسى رمضان**، 139 القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009 ص139.

)6(dictionnaire de culture juridique , sous la direction de .D alland et s. rials termes interprétation par.m. troper ed.lamgpube 2003,p 843 et 844.

(7) **وليد صلاح مرسى رمضان**، المرجع السابق، ص 139.

(8) **مأمون الكذيري:** نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، ص 236.

(9) **عبد الحليم عبد اللطيف القوني**، المرجع السابق، ص 399.

(10) **جمعة زمام:** العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون المدني علوم في الحقوق، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013، ص 374، 375.

(11) **Carbonnier (J)** : droit civil (les obligations), PUF Paris, 1998, p 214 et 257.

(12) **محمد صبري السعدي:** الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات (أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، طبعة جديدة مزيدة و منقحة، دار الهدى، الجزائر، ص 289.

(13) Simler (Ph) : Juris-classeur civil, art 1156 à 1164 fasicul, 30, 1992, n° 25.

(14) **جمعة زمام**، المرجع السابق، ص 375، 376.

(15) **عبد اللطيف عبد الحليم القوني**، المرجع السابق، ص 44.

(16) **وليد صلاح مرسى رمضان**، المرجع السابق، ص 162.

(17) **سمير عبد السيد تناغو**، القانون والالتزام (نظرية القانون نظرية الحق نظرية العقد أحكام الإلتزام)، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997، ص 145، 146.

(18) **عبد اللطيف عبد الحليم القوني**، المرجع السابق، ص 441.

(19) **سمير عبد السيد تناغو**، المرجع السابق، ص 147.

(20) **عبد اللطيف عبد الحليم القوني**، المرجع السابق، ص 441 وما يليها.

(21) **وليد صلاح مرسي رمضان**، المرجع السابق، ص 165.

(22) **محمد صبري السعدي:** الواضح في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 284.

(23) **إلياس ناصيف:** موسوعة العقود المدنية والتجارية (مقابل العقد)، الجزء الثاني، مطبعة تمتم ، بيروت، 1987 ص 235.

(24) **عبد الحميد الشواربي:** المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 62،63.

(25) **جمعة زمام**، المرجع السابق، ص 381.

(26) **Ghestin(J)** : traité de droit civil,la formation du contrat,3^{em} éd, L.G.D.J, paris, 2000, p37.

(27) **يحي أحمد بني طه**، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007/2006، ص 379.

(28) **رمضان أبو السعود**، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 198.

(29) **عبد الرزاق أحمد السنهوري:** نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ص 812.

(30)**Benchneb(A)** : le contrat en droit algerien ,entre texte (s) et contexte (s), p 227.

(31) أنظر المادة 111 من ق.م.ج، وكذا نص المادة 150 من ق.م.م.

(32) **وليد صلاح مرسي رمضان:** المرجع السابق، ص 154.

(33) **سمير تناغو**، المرجع السابق، ص 142.

(34) **أحمد شوقي عبد الرحمن:** تفسير العقد ومضمون التزام العقد (وفقا لقواعد الإثبات)، دون طبعة، دون دار نشر 2003، ص 13 ومايليها.

(35) **فؤاد محمود عوض:** دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 186.

(36) **سمير تناغو**، المرجع السابق، ص 143، 144.

(37) **هائل حزام مهيوب يحي العامري:** مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الندوة للدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة تعز (اليمن)، العدد 18، 2018، ص 64.

(38) نقض مدني، في 10 مارس سنة 1993، مجموعة 01 رقم 41، ص 83، نقلا عن عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد الأول، المرجع السابق، ص 672.

(39) **علي فيلالي:** النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2001، ص 310.

(40) **بلحاج العربي:** النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 241،242.

(41) **يحى أحمد بني طه**، المرجع السابق، ص 208،209.

(42) **هائل حزام مهيوب يحي العامري**، المرجع السابق، ص 58.

(43) **عبد الحليم عبد اللطيف القوني**، المرجع السابق، ص 441.

(44) **حمدي عبد الرحمان:** الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات (المصادر الإرادية للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة) الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 438.

(45) **أنور سلطان:** المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 330.

(46) **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 316.

(47) **حمدي عبد الرحمان**، المرجع السابق، ص 440.

(48) **سمير تناغو**، المرجع السابق، ص 148.

(49) **مارغين نقولا أنطوان مارورديس** ، العنصر الأخلاقي في العقد، مكتبة صادر، بيروت، 2006، ، ص 112.

(50) **أنور سلطان**، المرجع السابق، ص 330.

- ننوه إلى أن قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين، تعد من مسائل القانون، وعليه إذا كان تفسير القاضي ضارًا بمصلحة المدين، تعين نقض حكمه وكذلك إذا فسر القاضي العقد في حالة الشك بما يضر بمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، أما البحث عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها من الوقائع الثابتة، يعد من مسائل الواقع التي تعود السلطة التقديرية فيها لقاضي الموضوع، وهو لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا؛ أنظر: **محمد صبري السعدي:** النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 303.

(51) **الجمال مصطفى محمد:** الوسيط في التأمين الخاص (وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، مطبوعات جامعة الإمارات، 1997، ص 202.

(52) **عبد السلام سعيد**: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 66.

(53) **رمضان أبو السعود**، المرجع السابق، ص 212.

(54) أنظر المادة 02/107 من ق.م.ج، المشار إليها سابقا، والمادة 02/148 ق.م.م.

(55) **سمير عبد السيد تناغو**، المرجع السابق، ص 150.

(56) **خالد عبد حسين الحديثي:** تكميل العقد(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012 ، ص 40 وما بعدها.

(57) **جمعة زمام**، المرجع السابق، ص 382.

(58) **خالد عبد حسين الحديثي**، المرجع السابق، ص 41.

(59) **سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي:** نطاق العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2006، ص 64.

(60) **جاك غستان:** المطول في القانون المدني(تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000، ص 255، 256.

(61) **سمير عبد السيد تناغو:** المرجع السابق، ص 151.

(62) **أنور سلطان:** المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص 332.

(63) **برهان زريق:** نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري، مطبعة الإرشاد لاديقية، سوريا، 2005، ص 140.

(64) **خالد عبد حسين الحديثي**، المرجع السابق، ص 111.

(65) الشروط المألوفة (Clauses de style): " هي التي جرت العادة بإدراجها في العقد، وإن لم تدرج بالفعل ولكن الشروط التي جرت العادة بإدراجها في العقد، هي الأكثر تحديدا من العرف فهناك من العقود ما أصبح مألوفا يشتمل على عبارات معينة حتى صار تكرار هذه العبارات تكرارا لا فائدة منه وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر، لأنها أصبحت عرفا خاصا بهذا العقد"؛ أنظر **عبد الرزاق أحمد السنهوري:** نظرية العقد، المرجع السابق، ص 945، 946.

(66) **نبيل إبراهيم سعد**، أحكام الإلتزام ،دار الجامعة الجديدة مصر 2003 ص 369.

(67) **عمار عمورة:** الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 22، 23.

(68) **أنور سلطان**: المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص331.

(69) **نبيل إبراهيم سعد**، المرجع السابق، ص 283.

(70) **أنور سلطان:** المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص 332.

(71) **نبيل إبراهيم سعد**، المرجع السابق، ص284.

(72) **عبد الرزاق أحمد السنهوري:** الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، ص 694.

(73) **بلحاج العربي** ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص 149.

(74) **محمد صبري السعدي** ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 278 .

(75) **بلحاج العربي** ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص 149،150.

(76) **خالد عبد حسين الحديثي:** المرجع السابق، ص 143.

(77) **علي فيلالي:** النظرية العامة الإلتزامات (العقد)، المرجع السابق، ص 56.

(78) **لخضر حليس**، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص 70.

(79) **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النية في العقود(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 142 ومايليها.

(80) أنظر المادة 106 من ق.م.ج، والمادة 147 من ق.م.م.

(81) **جمعة زمام**، المرجع السابق، ص 65.

(82) **K.De la asunsion planes :** la réfaction du contrat, LGDJ, alpha, liban, 2009, p04.

(83) **Ghestine (J) :** traité de droit civil, op.cit, p 37 et s.

(84) **يحي أحمد بني طه** ، المرجع السابق، ص 142.

(85) **بلانيول وربير وبولانجيه:** الوسيط ح2 فقرة 455، 457، نقلا عن **عبد الرزاق أحمد السنهوري**: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 701، هامش رقم (01).

(86) **سمير عبد السيد تناغو:** المرجع السابق، ص 155.

(87) **عبد المنعم موسى إبراهيم**، المرجع السابق، ص 143.

(88) **عبد المنعم موسى إبراهيم**، المرجع السابق، ص 144.

(89) **عبد القادر أقصاصي:** الإلتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 112.

(90) **حسام توكل موسى:** حماية المستهلك من الغش والخداع التجاري(مرحلة الإعلان ومرحلة التعاقد)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر) 2019، ص 305.

(91) المرجع نفسه، ص 306.

(92) **حسام توكل موسى**، المرجع السابق، ص 312.

(93) **مارغيت نقولا أنطوان مارورديس**، المرجع السابق، ص 124.

(94) **عبد المنعم موسى إبراهيم** ، المرجع السابق، ص 157، 158 .

(95) **سليمان مرقس**: الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء 2،الطبعة الرابعة دار صادر للطباعة والنشر 1987 ص 117.

(96) **جمعة زمام**، المرجع السابق، ص 163.

(97) **بودالي محمد**: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر) الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 09 وما يليها.

(98) المرجع نفسه، ص 59.

(99) **عبد الرزاق أحمد السنهوري**: الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الإلتزام بوجع عام، مصادر الإلتزام)، المرجع السابق، ص 234.

(100) **يحي أحمد بني طه**، المرجع السابق، ص 235، 236.

(101) **بحماوي شريف**: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي تمنراست (الجزائر)، العدد الثاني، جوان، 2014، ص 108.

(102) **بدر جاسم اليعقوب**: الغبن في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، إصدار مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1987، ص 170.

(103) أنظر المادة 26 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(104) **محمد حسين منصور**: أحكام البيع (التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر)، 2006، ص 141.

(105) **محمد بودالي**: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 60.

(106) **محمد حسين منصور**، المرجع السابق، ص 158.

(107) أنظر المادة 03 فقرة 05 من ق 02/04 سالف الذكر.

(108) أنظر المادتين 29 و 30 من القانون 02/04 سالف الذكر.

(109) أنظر المادتين 06 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية رقم 56 سنة 2006.

(110) **لخضر حليس**، المرجع السابق، ص 166.

(111) التوجيه متاح على الموقع: تاريخ الإطلاع 2019/03/25

http:// eur- leux- europa- eu/ smartapi/cgisga - loc ? somptorilcelxplusiprod doc numberselg-frsetype– doc = directive.