Journal Sharia and Law

Volume 2022
Number 91 *Year 36, Issue No. 91 July 2022*

Article 2

January 2022

Good Faith in Contract Drafting Stage: A Study in light of French, Emirati, and Moroccan Laws

Dr. Ahmed Ed-Drari
Associate Professor of Civil Law, Faculty of Law, Economic and Social Sciences Ibn Zohr University, Agadir, Morocco, A.ED-DRARI@UIZ.AC.MA

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law

Part of the Civil Law Commons

Recommended Citation

Ed-Drari, Dr. Ahmed (2022) "Good Faith in Contract Drafting Stage: A Study in light of French, Emirati, and Moroccan Laws," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2022: No. 91, Article 2.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss91/2

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Good Faith in Contract Drafting Stage: A Study in light of French, Emirati, and Moroccan Laws

Cover Page Footnote

Dr. Ahmed Ed-Drari Associate Professor of Civil Law, Faculty of Law, Economic and Social Sciences Ibn Zohr University, Agadir, Morocco A.ED-DRARI@UIZ.AC.MA

This article is available in Journal Sharia and Law: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss91/2

Good Faith in Contract Drafting Stage: A Study in light of French, Emirati, and Moroccan Laws*

Dr. Ahmed Ed-Drari
Associate Professor of Civil Law,
Faculty of Law, Economic and Social Sciences
Ibn Zohr University, Agadir, Morocco

A.ED-DRARI@UIZ.AC.MA

Abstract:

This study deals with discussing the general duty of good faith as it establishes the criteria for practicing a reasonable manner of freedom within a framework that does not override the legality of what is imposed by the social system.

There is no doubt that the position of the French legislator who codified what was settled by the French judiciary under the civil law of 1804, so that it stipulated the validity of goodwill in all four stages of the contract, starting from its negotiation, conclusion, implementation, and after its end, as it is considered a restriction on behavior that necessitates saying that good fath The intention is a normative rule of behavior that reflects the civilization of the individual, which obliges the individual to make amends for the harm caused to others by his mistake.

Although the Emirati and Moroccan legislators did not stipulate a conflict with the legislator after the 2016 amendment, which considered it a public duty, the same results reached by the French judiciary in light of the latter can be reached within the framework of the UAE and Moroccan legislation.

In the field of negligence, the illicit nature of the act is determined in the event of violating the law or what is imposed by the social order, since in the absence of an explicit provision in the law, the judiciary decided to use a model by comparing the behavior committed with an abstract standard of behavior in which the individual is subject to all the normative rules

* **Received on March 17, 2021 and authorized for publication on April 28, 2021**

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

determined by good faith It isconsidered a public duty, whether legislative, customary, or ethical, and it is that which is adhered to by the ordinary person or what is known as the righteous head of the family.

As for the contractual level, the general duty in good faith allows the judiciary to assess the behavior of the two parties during the implementation of the contract, to determine whether it is consistent with the desired objectives behind its conclusion, that is, those required by good faith, as it must be implemented according to what is required to reach them.

Keywords: good faith, public duty, civil liability, performing contract, contract, error, non-contractual nature, tort liability, contract liability.

حسن النية في مرحلة تكوين العقد
دراسة على ضوء القانون الفرنسي والإماراتي والمغربي*

د. أحمد الدراري

أستاذ مؤهل –كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة ابن زهر، أكادير، المغرب

A.ED-DRARI@UIZ.AC.MA

ملخص البحث

تتعلق هذه الدراسة بالتطـرق إلى الواجب العام بحسن النية باعتباره يرسي معايير الممارسة بكيفية معقولة للحرية داخل إطار لا يتجاوز المشروعية وفقاً لما يفرضه النظام الاجتماعي.

ولا شك أن موقف المشرع الفرنسي الذي قنن ما استقر عليه القضاء الفرنسي في ظل القانون المدني لسنة ١٨٠٤، بحيث نص على سريان حسن النية في كافة مراحل العقد الأربع، بدأً من التفاوض عليه وإبرامه وتنفيذه وما بعد انتهائه باعتباره يعد قيدًا على السلوك يستدعي القول بأن حسن النية يعتبر قاعدة معيارية للسلوك تعكس تحضر الفرد، وهي التي تلزم الفرد بجبر الضرر الذي يسببه للغير بخطئه.

وبالرغم من عدم تنصيص المشرع الإماراتي والمغربي على خلاف المشرع الفرنسي بعد تعديل ٢٠١٦ الذي اعتبره واجباً عاماً، فإن نفس النتائج التي توصل إليها القضاء الفرنسي في ظل هذا الأخير يمكن التوصل إليها في إطار التشريعين الإماراتي والمغربي.

ففي المجال التقصيري يتحدد الطابع غير المشروع للفعل في حالة مخالفة القانون أو ما يفرضه النظام الاجتماعي، إذفي ظل غياب نص صريح في القانون استقر القضاء على استعمال نموذج عبر مقارنة السلوك المرتكب مع معيار مجرد للسلوك يخضع فيه الفرد إلى كافة القواعد

* استُلم بتاريخ 17/ 03/ 2021 و أجيز للنشر بتاريخ 28/ 04/ 2021.

المعيارية التي يحددها حسن النية باعتباره واجباً عاماً سواء كانت تشريعية أو عرفية أو أخلاقية، وهو مايتقيد به الشخص العادي أو ما يعرف برب الأسرة الصالح .

أما على المستوى التعاقدي فإن الواجب العام بحسن النيةيسمح للقضاء بتقدير سلوك الطرفين أثناء تنفيذ العقد، لتحديد ما إذا كان يتفق مع الأهداف المرجوة من وراء إبرامه، أي تلك التي يقتضيها حسن النية، حيث يتعين تنفيذه وفق ما يقتضيه للتوصل إليها.

الكلمات المفتاحية: حسن النية، الواجب العام، المسؤولية المدنية، تكوين العقد، العقد، الخطأ، الطابع غير التعاقدي، المسؤولية التقصيرية، المسؤولية العقدية.

المقدمة

يرتبط موضوع هذه الدراسة بما أفرزته الممارسة العملية في العصر الحالي من ظهور العقود ذات الأهمية الاقتصادية، حيث أصبح إبرامها يقتضي وقتًا طويلًا لتحديد كافة جوانبها سواء التقنية أو القانونية.

ذلك أن التصور التقليدي الذي يرتكز على اعتبار التعاقد مجرد تعبير عن إيجاب يقترن به قبول، لم يعد منسجمًا مع التطور الذي فرض أساليب جديدة في التعامل، بحيث لم يعد الإيجاب والقبول سوى نتيجة لما تم التوافق عليه بين الطرفين، وبالتالي أصبحت عناصر العقد النهائي تتحدد من خلال اتفاقات متعاقبة تشكل في مجموعها العناصر التي ينصب عليها الإيجاب والقبول.

لقد أدى اختزال إبرام العقد في اقتران الإيجاب بالقبول إلى أن خلت القوانين الموضوعة في القرنين الماضيين كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ أو القوانين التي سارت على نهجه كقانون الالتزامات والعقود المغربي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي من أي إشارة إلى الأحكام المتعلقة بمرحلة تكوين العقد.

وقد كان من نتائج غياب مقتضيات خاصة بمرحلة تكوين العقد محاولة الفقه والقضاء الفرنسيين التأصيل للأحكام المتعلقة بهذه المرحلة انطلاقاً من القواعد العامة، وهي التي تضمنها القانون المدني الفرنسي على إثر تعديله بمقتضى الأمر رقم131-2016 الصادر بتاريخ ١٠ فبراير٢٠١٦ [(١)].

(١) ينقسم مجال العقد إلى أربع مراحل، تتعلق الأولى بالتحضير له، والثانية بإبرامه، والثالثة بتنفيذه، والأخيرة تنصرف=

وتظهر أهمية الدراسة في كون مرحلة تكوين العقد تستهدف إقامة توازن بين اعتبارين متعارضين، يظهر الأول على مستوى الحفاظ على حرية التفاوض المتفرعة عن حرية التعاقد كقاعدة عامة انسجامًا مع مبادئ الاقتصاد الليبرالي، والاعتبار الثاني، ينصرف إلى وضع قواعد تحدد معايير السلوك واجب الاتباع عبر تقييد حرية التفاوض في الحدود التي تنسجم مع مبدأ حسن النية الذي يسود مرحلتي العقد إبرامًا وتنفيذًا.

وعلى هذا النحو، تنصرف المرحلة السابقة على إبرام العقد إلى الوضعية التي يظهر فيها بشكل كبير مبدأ سلطان الإرادة [٢] ومبدأ حسن النية[٣].

=إلى ما بعد مرحلة انقضائه. وقد تبنى المشرع الفرنسي بمقتضى الأمر رقم 131-2016 الصادر بتاريخ ١٠ فبراير٢٠١٦ المتعلق بتعديل القانون المدني لسنة ١٨٠٤ إلى هذا التقسيم، إذ أشار إلى مقتضيات تتعلق بالتفاوض على العقد(المادتان ١١٠٤ و١١١٢)، وأخرى تتعلق بإبرامه (المادة ١١٠٤)، والثالثة تتعلق بتنفيذه(المادة ١١٠٤)، والرابعة تنصرف إلى بعض الشروط التي تستمر بعد انقضاء العقد كشرط عدم المنافسة وشرط السرية (المادة ١٢٣٠).

(2) L'article 1103 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: «Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »

كما تنص المادة ١١٩٣ من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ على ما يلي:

« Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »

وتقابلها المادة ٢٦٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي تنص على ما يلي: « إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون» . ويقابلها الفصل ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على ما يلي: « الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معًا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون» . ويعكس مبدأ سلطان الإرادة أفكار المذهب الفردي ومبادئ الاقتصاد الليبرالي، حيث يتجلى في الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، والأثر النسبي الذي يتميز به.

- P Malinvaud, D Fenouillet, M Mekki: Droit des obligations, lexisNexis, 13 éd, 2014, p: 59

(3) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que:« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public »

وقد كان القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ ينص على مبدأ حسن النية خلال مرحلة تنفيذ العقد فقط دون مرحلة إبرامه، وإن كان القضاء الفرنسي قد استقر على أن حسن النية يشمل كذلك مرحلة إبرام العقد، بمقتضى قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٠ ماي ١٩٨٩ .Cass civ 10 mai 1989, D, 1990, p: 386-=

ويتخذ مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة لإبرام العقد، بعدًا من حيث الموضوع والشكل على حد سواء(٤).

فمن حيث الموضوع، يظهر مبدأ سلطان الإرادة على مستوى حرية التعاقد من عدمه، إذ لا يمكن إجبار أي طرف على إبرام العقد، حيث يبقى حرًا في رفض التعاقد، الذي يعتبر انعكاسًا لمبدأ الحرية التعاقدية كذلك(٥).

ومن حيث الشكل، يظهر مبدأ سلطان الإرادة على مستوى التراضي، إذ يعتبر هذا الأخير كافيًا لارتباط الطرفين بالعقد دون استلزام أي شكل خاص(٦).

وبجانب حرية التعاقد والتراضي اللتين تعتبران تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، هناك مبدأ آخر يسود المرحلة السابقة على إبرام العقد، يتعلق بحرية التفاوض التي تخول كل طرف حرية مباشرة التفاوض ومواصلته وإجراء تفاوض مواز، فضلاً عن قطعه في أي وقت دون إثارة مسؤولية أيًا منهما (٧).

ولعل أهم إشكال يطرحه البحث أن التفاوض في القانون الإماراتي والمغربي لا يخضع

=ونفس الأمر بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧الذي لم يستلزم حسن النية سوى خلال مرحلة تنفيذ العقد، فقد جاء في المادة ٢٤٦ ما يلي:« يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف» . ولم يخرج قانون الالتزامات والعقود المغربي عن موقف القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، حيث نص على أن حسن النية يشمل فقط مرحلة تنفيذ العقد، فقد جاء في الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي ما يلي:« كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضًا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقاً لما تقتضيه طبيعته» .

(4) F Terré, P Simler, Y Lequette: Droit civil, les obligations, op cit, p: 33.

(5) P Malinvaud, D Fenouillet, M Mekki: Droit des obligations, op cit, p: 64.

(٦) وإن كان الملاحظ أن هناك اتجاهًا نحو اعتماد الشكلية، كما هو الحال في استلزام بعض الشكليات لاعتبارات خاصة، حيث يترتب على تخلفها البطلان.

(7) R Stancu: 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, université de Strasbourg, 2015, p: VI.

لتنظيم تشريعي بخلاف ذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي قنن ما استقر عليه القضاء الفرنسي في ظل القانون المدني لسنة ١٨٠٤، حيث استقر على مبدأ مزدوج، إذ من جهة أولى يتمتع الطرفان بحرية مباشرة التفاوض سواء من حيث الدخول فيه ومواصلته، ومن جهة ثانية، يتعين عليهما مراعاة مبدأ حسن النية في مباشرة هذا التفاوض وفي قطعه كذلك(٨).

ولا شك أن مرحلة التفاوض تلعب دوراً وقائيًا سواء على مستوى إبرام العقد عبر تحديد العناصر التي يقوم عليها التراضي من جهة، ومن جهة أخرى ضمان إبرام عقد يستجيب لمبدأ العدالة التعاقدية، باعتباره يعد هدفاً مشتركًا لطرفيه يعكس مصلحة كل طرف لدى الآخر، وبمعنى آخر، يشكل أساساً للتعاون المثمر بينهما لخدمة هدف مشترك، بعيدًا عن النظرة التقليدية التي تعتبر العقد انعكاسًا لمصالح متباينة للطرفين.

وإذا كانت الحرية هي السمة الأساسية لمرحلة ما قبل إبرام العقد، فإن هذه الحرية لا تعتبر مطلقة، إذ تتقيد بالواجب العام بحسن النية الذي يرسي معايير السلوك في المجتمع، حيث يعتبر وسيلة لتصحيح السلوك وإضفاء المشروعية على كافة التصرفات وفق ما هو محدد في النظام الاجتماعي من قواعد قانونية وعرفية وأخلاقية.

وبناء على ما تقدم سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، نتناول في الأول، مفهوم حسن النية ووظائفه، عبر التطرق إلى مفهوم حسن النية في المطلب الأول، ووظائفه في المطلب الثاني، ثم التمييز بين مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه. أما المبحث الثاني، فنخصصه لمضمون حسن النية، عبر التطرق إلى الطابع غير التعاقدي إلى حسن النية في المطلب الأول، ودوره على مستوى تكريس الحرية التعاقديةفي المطلب الثاني، وأخيرًا إلى أهميته على مستوى مرحلة تكوين العقد في المطلب الثالث، ثم ننتهي بخاتمة تتضمن أهم النتائج والاقتراحات.

(8) L’article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.
En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu »
- P Malinvaud, D Fenouillet, M Mekki: op cit, p: 92

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

المبحث الأول

مفهوم حسن النية ووظائفه

يتميز مفهوم حسن النية بالغموض بالنظر إلى عدم تعريفه في القانون المدني، وإن كان هذا الأمر يعد إيجابيًا باعتبار أنه يسمح بتطوره وتطبيقه في فرضيات مختلفة اعتبارًا لوظائفه المتعددة.

ومادام أن حسن النية يعتبر واجباً عاماً يسري على جميع التصرفات، فإن دراسته تقتضي التطرق لتعريفه باعتباره قاعدة سلوك (المطلب الأول)، ووظيفته (المطلب الثاني)، ثم التمييز بين مرحلة تكوين العقد وتنفيذه (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف حسن النية كقاعدة سلوك

يرتبط تعريف حسن النية بثلاثة معايير (الفقرة الأولى)، حيث حاول القضاء تمييزه عن الخطأ المدني والمسؤولية المدنية (الفقرة الثانية) إلى أن انتهى إلى تكريسه كواجب عام يسود مرحلتي العقد تكوينًا وتنفيذًا (الفقرة الثالثة)،.

الفقرة الأولى: المعايير المعتمدة في تعريف حسن النية

يتحدد تعريف حسن النية بناء على عنصر ذاتي (أولاً) وموضوعي (ثانياً)، وآخر معنـوي (ثالثاً).

أولاً: العنصر الذاتي: ينصرف المعيار الذاتي إلى الاعتقاد بوجود وضعية قانونية، والحال أن الواقع خلاف ذلك، حيث يكرس القانون الحماية للشخص حسن النية بالرغم من عدم مشروعية وضعيته الواقعية(٩).

فالقانون يأخذ بعين الاعتبار الاعتقاد الخاطئ أو عدم العلم كأساس لاكتساب الحق مادام أن من يعتقد ذلك يكون في وضعية يتعذر معها العلم بحقيقة الأمر، حيث يظهر هذا الواقع

(9) B Lefebvre: La bonne foi, notion protéiforme, R.D.U.S, n° 26, 1996, p: 325.

الذي يتمسك به مستوفيًا لشروطه القانونية بالنسبة له(١٠).

وفي هذا الإطار يتعين تمييز حسن النية عن الغلط بسبب التداخل الذي قد يبدو بينهما، فالثاني يشير إليه بعض الفقه بحسن النية السلبي باعتبار أن الشخص ضحية الغلط ينعكس الغلط الذي وقع فيه على ذمته المالية، في حين أن الأول وهو المقصود في مجال دراستنا يتعلق بإلحاق الضرر بمن تصرف بحسن نية بناء على الثقة التي أولاها للطرف الآخر.

كذلك، فإن التمييز بين المفهومين يظهر على مستوى النتيجة، فالغاية من التمسك بالغلط من طرف من له مصلحة هي التوصل إلى إبطال العقد، بينما التمسك بحسن النية ينصرف إلى الحفاظ على وضعية غير مشروعة(١١).

وتبعاً لذلك، فحسن النية من الناحية الذاتية ينصرف إلى جهل طرف بكون الطرف الآخر ليس بصاحب حق، حيث يتم تقدير حسن النية في علاقته بوضعية الطرف الذي لم يتمكن من استكمال آثار التصرف لصالحه، وهو الذي كان يجهل عيوب السند أو الوضعية القانونية(١٢).

ولا شك أن حسن النية على هذا النحو يتحدد بناء على عامل نفسي لمن يتمسك بحسن نيته، فإذا كان سلوك هذا الأخير خاطئا، فإن هذا الخطأ يمحو حسن نيته، وتبعاً لذلك، فحسن النية يتعلق بالجانب النفسي لمن يتمسك به، ويتم تحليله بكيفية موضوعية في علاقته بقيم المجتمع التي تستهدف تكريس نموذج للسلوك واجب الاتباع(١٣).

ويلعب العنصر النفسي لدى الشخص دوراً كبيرًا في تحديد مدى اعتباره حسن النية، إذ إن إقامة الدليل على نيته غير المشروعة كاف لاعتباره غير ذلك(١٤).

ولا شك أن هذا الإثبات يكون صعبًا في بعض الفرضيات، الأمر الذي دفع التشريع

(١٠) نوري حمد خاطر، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١، السنة الخامسة، العدد التسلسلي ١٧، جمادى الآخرة ١٤٣٨ هـ، مارس ٢٠١٧، ص، ٤٦.

(11) B Lefebvre: article précité, p: 326.
(12) B Lefebvre: article précité, p: 326.
(13) B Lefebvre: article précité, p: 326.
(14) B Lefebvre: article précité, p: 329.

الفرنسي[١٥] والإماراتي[١٦] والمغربي[١٧] إلى وضع قرينة على افتراض حسن النية، وتبعاً لذلك يتعين إثبات عكس هذا الافتراض لهدم هذه القرينة بكيفية فعلية، وهو ما يتحقق عبر إثبات عنصر العلم لدى الشخص[١٨].

ويشير بعض الفقه في هذا السياق إلى أن معظم التحليلات الفقهية لحسن النية في غالب الأحوال تتطرق إليه من زاوية سوء النية، باعتبارهما مفهومين متلازمين، إذ إن تحديد حسن نية الشخص من عدمه يستلزم اللجوء إلى العامل النفسي لديه[١٩].

وبالرغم من أهمية العامل النفسي في إثبات حسن النية، فإن التساؤل الذي يطرح في هذا السياق يتعلق بمدى إمكانية فصل مفهوم حسن النية عن نية الإضرار أو الخداع.

إن أهمية هذا التساؤل تظهر انطلاقاً من كون تقدير حسن النية يتم بالمقابلة مع سوء النية، حيث يتحدد حسن النية ارتباطًا بعدم إثبات سوء النية، والحال أن التساؤل الذي يجد مجالًا له في هذا الصدد يتعلق بمدى تصرف الشخص بحسن نية انسجامًا مع قرينة الافتراض المقررة لصالحه بمقتضى المادة ٢٢٧٤[٢٠] من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦[٢١] والمادة ١٣١٢ [٢٢] من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل٤٧٧[٢٣] من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(15) L'article 2274 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver »

(١٦) تنص المادة ١٣١٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧على ما يلي:

«يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير ويفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره ».

(١٧) ينص الفصل ٤٧٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي:« حسن النية يفترض دائمًا مادام العكس لم يثبت ».

(18) B Lefebvre: article précité, p: 329.

(19) B Lefebvre: article précité, p: 329.

(20) L'article 2274 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

(21) P Bonassies: Le dol dans la conclusion des contrats, thèse 1995, cité par B Lefebvre: article précité, p: 330.

(٢٢) المادة ١٣١٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها.

(٢٣) الفصل ٤٧٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

وبالرغم من أهمية هذا التساؤل، فإن أغلب الفقه يذهب إلى أن جدواه تتضاءل ارتباطًا بالقاعدة العامة المتعلقة بافتراض حسن النية، حيث لا يلزم من تقررت لصالحه من إثبات حسن نيته انسجاما مع هذه القرينة، ويكفيه مجرد التمسك بها من جهة، ومن جهة أخرى يتعين على من يدعي خلاف القرينة أن يثبت العكس، بمعنى انتفاء حسن النية، وهو ما يعني اعتبار الشخص سيّئ النية(٢٤).

وفي نفس السياق يذهب بعض الفقه إلى أن حسن النية قد اتسع نطاقه بعد أن عمل القضاء الفرنسي على ارتداده من مرحلة تنفيذ العقد إلى مرحلة تكوينه ارتكازًا على عيب التدليس، وهذا الأخير لا شك أنه يحمل في طياته عناصر الخداع(٢٥).

فالقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ كان ينص على أن التدليس يتحقق عبر القيام بسلوك إيجابي بهدف خداع الطرف الآخر، بخلاف القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ الذي نص على مفهوم واسع للتدليس، حيث يمكن أن يرتكب عن طريق كل سلوك سواء كان إيجابيًا أو سلبيًا، أي عبر الكتمان(٢٦) كما هو الحال بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي(٢٧) وقانون الالتزامات والعقود المغربي(٢٨).

(24) B Lefebvre: article précité, p: 330.
(25) B Lefebvre: article précité, p: 330.
(26) L'article 1137 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.
Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».
(٢٧) تنص المادة ١٨٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ على ما يلي:« التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها». وتنص المادة ١٨٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ على ما يلي:« يعتبر السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة تغريرًا إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».
(٢٨) ينص الفصل ٥٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي:« التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدًا بحيث لولاها=

ولا شك أن قيام التدليس يستلزم البحث في نية الشخص أو الجانب النفسي لديه الدافع إلى السلوك المرتكب، وعلى هذا النحو يستوي أن يكون ذا طابع إيجابي عبر خلق مظهر خادع يخالف الواقع من أجل دفع الطرف الآخر إلى التصرف بناء على هذا المظهر، أو يكون ذا طابع سلبي، يتجسد في الكتمان أو السكوت عن واقعة معينة لو علم بها الطرف الآخر لما أبرم العقد أو أبرمه بشروط مغايرة وفق ما تنص عليه المادة ١١٣٠[٢٩] من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ والمادتان ١٨٥ [٣٠] و ١٨٦[٣١] من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٥٢[٣٢] من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ويذهب بعض الفقه في هذا الإطار إلى أن الأمر يقتضي إقامة تمييز بين سوء النية والخطأ البسيط أو الناتج عن الإهمال، باعتبار أن الأول يتضمن العلم الفعلي بالحقيقة، حيث يتم تقديره بالنظر إلى السلوك الذي يتعين على الشخص الذي يتصرف بكيفية معقولة التقيد به[٣٣] إذا ما وضع في نفس الظروف، إذ يرتبط بشكل كبير بخرق حسن النية كقاعدة معيارية تقيد

=لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالمًا به».

(29) L'article 1130 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné»

(٣٠) المادة ١٨٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها.

(٣١) المادة ١٨٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها.

(٣٢) الفصل ٥٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

(٣٣) نشير في هذا السياق بأن المشرع الفرنسي قد عدل عن معيار رب الأسرة le bon père famille الواردة في المادة ١١٣٧ من القانون المدني لسنة ١٨٠٤، حيث استبدله بمعيار الشخص الذي يتصرف بكيفية معقولة، على إثر إصداره للقانون المتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة بتاريخ ٢١ يناير ٢٠١٤.

- J Huet: A dieu bon père de famille, RTD.civ, 2014, p: 505

وقد حافظ القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ على معيار الشخص الذي يتصرف بكيفية معقولة بمقتضى المادة ١١٨٨ منه.

الشخص في سلوكه(٣٤).

ثانياً: العنصر الموضوعي:

ينصرف حسن النية من الناحية الموضوعية إلى التقيد بسلوك مشروع، وإن كان هذا الأخير يرتبط بكيفية وثيقة بنية مرتكب السلوك(٣٥).

ومشروعية السلوك تتصل بالتصرف على نحو معين خلال وضعية معينة، حيث يتم تقدير حسن النية في علاقته بالمعايير المشكلة للسلوك في المجتمع، إذ يتم الأخذ بعين الاعتبار آثار السلوك في حد ذاته مقارنة بما هو مطلوب من أي شخص التقيد به أثناء التصرف(٣٦).

وفي جميع الأحوال، تقتضي دراسة حسن النية من الناحية الموضوعية التطرق إليه عبر انعكاس الجانب النفسي، ومدى تأثر سلوك الشخص باعتبارات معنوية للقول بتوافر حسن النية لديه من عدمه.

ثالثاً: العنصر المعنوي:

بالإضافة إلى العامل النفسي في تقدير مدى توافر حسن النية من عدمه هناك عنصر آخر ينصرف إلى تقدير السلوك وما إذا كان قد اتسم بالتجاوز أو غير معقول أم لا.

والقضاء الحديث يميل إلى الأخذ بعين الاعتبار هذا العنصر المعنوي في تقدير السلوك، إذ ذهبت محكمة النقض بكندا بتاريخ ١٦ أبريل ١٩٩٣ إلى أن حسن النية يتجسد في قاعدة سلوك مقبولة أو في الممارسة المعقولة للحق وفق قواعد الإنصاف والمشروعية.(٣٧)

(34) B Lefebvre: article précité, p: 333.
(35) B Lefebvre: article précité, p: 328.
(36) B Lefebvre: article précité, p: 328.
(37) « la bonne foi est comprise dans le sens d'une norme, d'une conduite acceptable ou de l'exercice raisonnable, d'un droit selon les règles de l'équité et de loyauté »
- Cass civ 16 avril 1993 cité par B Lefebvre: article précité, p: 334.

وبالرغم من أهمية الجانب النفسي لدى مرتكب السلوك في تحديد ما إذا كان ينطوي على نية الإضرار من عدمه، فإن هذا المعيار تتضاءل أهميته بصدد تقدير السلوك وما إذا كان يتسم بالتجاوز أو غير معقول، إذ يميل القضاء إلى الاعتماد على قاعدة مجردة تتوافق مع المعايير المحددة لما هو معقول وفق المجتمع(٣٨).

وقد أبرزت محكمة النقض الكندية طريقة تقدير السلوك في القرار الذي سبقت الإشارة إليه، حيث اعتبرت أنه لا يكفي التمسك من طرف الشخص بكونه صاحب حق أو أنه يعتقد أنه كذلك، بل يتعين عليه إذا ما نوزع في حسن نيته أن يثبت فضلاً عن كونه تصرف في حدود القانون، أنه تصرف وفق المعايير الاجتماعية المعترف بها من طرف الجماعة(٣٩).

الفقرة الثانية: علاقة حسن النية بالمسؤولية المدنية والخطأ المدني

سنتناول حسن النية كقاعدة سلوك في علاقتها بالمسؤولية المدنية (أولاً) والخطأ المدني (ثانياً).

أولاً: حسن النية والمسؤولية المدنية

بالرغم من اتصال حسن النية بالمسؤولية المدنية، فإن ذلك لا يحجب التمييز بينهما، فإذا كان الأول يعتبر قاعدة سلوك واجبة الاتباع، فإن المسؤولية المدنية تعنى بتقرير الجزاء عن خرق تلك القاعدة(٤٠).

وفي مجال المسؤولية المدنية عموماً يتم الأخذ بعين الاعتبار جملة من المفاهيم من قبيل حسن النية أو سوء النية، بالنظر إلى أن القانون المدني الفرنسي لا يقيم تمييزًا بصدد المسؤولية سواء

(38) B Lefebvre: article précité, p: 335.
(39) « qu'il est dans son droit ou qu'il se croyait dans son droit, il devra si sa bonne foi est contesté aller plus loin et prouver qu'il a non seulement agi en toute légalité, mais conformément au standard social que la collectivité reconnait »
- Cass civ 16 avril 1993 cité par B Lefebvre: article précité, p: 334.
(40) B Lefebvre: article précité, p: 336.

ارتكب الخطأ عن عمد [٤١] أو إهمال[٤٢]، وكذلك الأمر بالنسبة للقوانين التي سارت على نهجه كقانون المعاملات المدنية الإماراتي[٤٣] وقانون الالتزامات والعقود المغربي[٤٤].

وتبعاً لذلك، من الصعب فصل حسن النية عن المسؤولية المدنية باعتبار الأول مبدأ عاماً يجد جزاء الإخلال به في الثانية، بل إن بعض الفقه في هذا الإطار دعا منذ وقت طويل إلى جعل حسن النية أساساً للمسؤولية المدنية في الحدود التي يقتضيها المبدأ وبكيفية معقولة.[٤٥]

وإذا كان حسن النية يلزم كل شخص بممارسة حقوقه المدنية في الحدود التي يقتضيها، أليس من شأن ذلك المساس بمبدأ حرية التعاقد ذاتها في حالة قطع التفاوض وهو ما قد يوسع من دائرة الخطأ في هذه المرحلة التي تسودها الحرية كقاعدة عامة.

ثانياً: حسن النية والخطأ المدني

لاشك أن الاستناد على حسن النية بكيفية مرجعية لتقدير السلوك في مرحلة تكوين العقديدعو إلى التساؤل حول علاقته بالخطأ المدني.

(41) L'article 1240 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »

(42) L'article 1241 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »

(٤٣) وتقابلهما المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧التي تنص على ما يلي: « كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر ».

(٤٤) ينص الفصل ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: «كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررًا ماديًا أو معنويًا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر ». كما ينص الفصل ٧٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: « كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضًا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر»

(45) A Volansky: Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, LGDJ, 1929, p: 290

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

القاعدة لدى القضاء الفرنسي في تقدير سلوك أي من الطرفين المتفاوضين أن يتم ذلك استنادًا إلى ما إذا كان يشكل خرقًا لمتطلبات حسن النية أم لا، وهو ما يؤدي إلى التقريب بين المفهومين(٤٦).

وبالرغم من ذلك يرى بعض الفقه أن الأمر يقتضي التمييز بين المفهومين بالنظر إلى معايير تقدير الخطأ، إذ لا يعتبر هذا الأخير قائماً إلا في حالة الإخلال بواجب مفروض بنص القانون أو العقد من جهة أولى، ومن جهة ثانية، فإن تقدير السلوك المخالف لحسن النية يتم في ضوء معيار الشخص الذي يتصرف بكيفية معقولة ، وهو ذلك الذي يتحدد بناء على متطلبات حسن النية كقاعدة سلوك(٤٧).

ويضيف هذا الفقه بخصوص التمييز بين مفهوم حسن النية والخطأ المدني، أن الأول يتميز بذاتية خاصة باعتبار أن المسؤولية قد تثار حتى بدون وجود خطأ عندما ترتبط بممارسة الحق أو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق، حيث يلحق الضرر بالغير، وتبعاً لذلك، يتعين عدم استظهار حسن النية كطريقة لتنفيذ الواجب، بل عن طريق اعتباره موضوع الواجب ذاته، ولا شك أن هذا التمييز هو ما يبرر إلزام من يمارس حقه بتعويض الضرر الناتج عنه عندما يلحق الضرر بالغير، بالنظر إلى أنه لا يجوز ممارسته بطريقة تتعارض مع الحق في كليته، أو من أجل تحقيق غاية لا يقتضيها الحق ذاته(٤٨).

وفي واقع الأمر يظهر هذا التمييز بكيفية خاصة عند تقدير حسن النية استنادًا على المعيار الذاتي، أي بالنظر إلى الجانب النفسي لمرتكب السلوك، وتبعاً لذلك، فإن سوء النية يتجاوز مجرد الخطأ البسيط أو المقترف عن إهمال، باعتبار أنه يفترض العلم بكيفية فعلية بالواقع، حيث يعتبر

(46) B Lefebvre: article précité, p: 339.
(47) B Lefebvre: article précité, p: 339.
(48) B Lefebvre: article précité, p: 339.
بخصوص التمييز بين التعسف في استعمال الحق والخطأ في مرحلة تكوين العقد.
– أحمد الدراري، مصادر الالتزام، دراسات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦، الجزء الثاني، نظام المسؤولية المدنية، مطبعة عالم الاقتصاد، أكادير، ٢٠٢٠، ص، ٤٨ وما يليها.

هذا العلم محددًا لتقدير ما إذا كان قطع التفاوض قد اقترن بسوء نية أم لا، مادام أن المتفاوض يعلم مسبقًا بالوضع الخادع الذي أحدثه، وبعد أن تصرف المتفاوض المتضرر بناء عليه، قام الأول بالانسحاب من التفاوض(٤٩).

وعلى هذا النحو، فإن حسن النية باعتباره قاعدة للسلوك يقتضي أكثر من مجرد خرق للواجب العام بعدم الإضرار بالغير وهو المعتبر لقيام الخطأ، بل اتخاذ موقف إيجابي كما هو الحال في إعلام الطرف الآخر والتعاون معه أي أن حسن النية يؤدي إلى خلق التزامات إيجابية، بخلاف المسؤولية المدنية التي تهدف بكيفية عامة إلى فرض التزامات بالامتناع عن عمل، أي بعدم الإضرار بالغير(٥٠).

الفقرة الثالثة: تكريس حسن النية كواجب عام

إذا كان القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ لا ينص على استلزام حسن النية في مرحلة تكوين العقد كما هو الحال بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي، فإن القضاء الفرنسي بالمقابل حاول سد هذا القصور عبر الاعتراف بحسن النية كواجب عام للسلوك يسود فيها، يتعين على الطرفين التقيد به، حيث يلزمهما أن يكونا حسني النية عبر عدم خرق الثقة التي تولدت لدى أحدهما من قبل الطرف الآخر.

وقد كرس القضاء الفرنسي حسن النية في مرحلة تكوين العقد بناء على التدليس، الذي يعتبر أحد عيوب الإرادة، ثم ما لبث أن اعترف به بكيفية مستقلة على نحو أصبح معه واجباً عاماً.

أولاً: تكريس حسن النية في مرحلة تكوين العقد على أساس التدليس

لقد قام القضاء الفرنسي في أول الأمر بالتوسع في نطاق التدليس كأحد عيوب الإرادة عبر اعتبار الكتمان عيبًا يتحقق به التدليس، وهو ما أدى به بمفهوم المخالفة إلى تكريس التزام قبل

(49) B Lefebvre: article précité, p: 339.
وهو ما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتفاوض عبر دفعه إلى القيام بدراسات مكلفة في شأن العقد المتفاوض عليه.
(50) B Lefebvre: article précité, p: 340

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

تعاقدي بالإعلام، فقد ذهبت محكمة النقض بتاريخ ١٩ ماي ١٩٥٨[٥١] إلى اعتبار الكتمان عيبًا يتحقق به التدليس، ثم اعتبرته إخلالاً بالمادة ١١٣٤[٥٢] من القانون المدني لسنة ١٨٠٤[٥٣]، وفيما بعد إخلالاً بواجب حسن النية[٥٤]، وأكدت ذلك في العديد من القرارات اللاحقة.

ثانياً: الاعتراف بحسن النية كواجب عام

لقد قام القضاء الفرنسي بالاعتراف بحسن النية كواجب عام يقيد سلوك الطرفين في مرحلة تكوين العقد بكيفية تدريجية إلى أن هجر الاستناد على التدليس في تأصيله للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، حيث ارتكز مباشرة على مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤[٥٥]من

(51) « Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui s'il avait été connu de lui l'aurait empêché de contracter »
- Cass civ 19 mai 1958 cité par J Ghestin: La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D, 1971, p: 248

وجاء كذلك في قرار لنفس المحكمة بتاريخ ١٥ يناير ١٩٧١ بصدد اعتبار الكتمان تدليساً ما يلي:

« peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »
- Cass civ 15 janvier 1971, D, 1971, p: 148

(52) L'article 1134 du code civil Français (Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) dispose que: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi»

ويقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ المادة ١١٠٤ الذي سبقت الإشارة إليه. **ويقابلها** في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة ٢٤٦ التي سبقت الإشارة إليها. **ويقابلها** في قانون الالتزامات والعقود المغربي الفصل ٢٣١ الذي سبقت الإشارة إليه.

(53) « Vu l'article 1134 du code civil, qu'en statuant ainsi, alors qu'en ne révélant pas aux époux lebail l'existence d'une procédure mettant en cause, les qualités substantielles du terrain qu'elle vendait, Mme Delon a manqué à son obligation de renseignement, la cour d'appel a violé le texte susvisé »
- Cass civ 30 juin 1992, Contr, conc, consom, n° 218, décembre 1992, p: 5

(54) « et âpres avoir volontairement maintenu celui-ci dans une incertitude prolongée, avait, sans raison légitime, brutalement et unilatéralement rompu de laborieuses négociations, manquant ainsi aux règles de bonne foi dans les relations commerciales »
- Cass com 20 mars 1972, RTD civ 1972, p: 779 obs G Durry.
- Cass civ 10 mai 1989, D, 1990, p: 386.

(55) L'article 1134 du du code civil Français (Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804) précité.
ويقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ المادة ١١٠٤ التي سبقت الإشارة إليها.

ويقابلها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ المادة ٢٤٦ التي=

القانون المدني لسنة ١٨٠٤عن طريق ربطه بمبدأ حسن النية(٥٦).

ولا شك أن الاستناد بكيفية مباشرة على حسن النية قد انعكس على شروط المسؤولية، عبر إعطائه أهمية من أجل تكريس الثقة التي ينبغي أن تسود بين الطرفين في مرحلة تكوين العقد.

فمن جهة أولى، يقتضي حسن النية من الطرف المتخصص في موضوع العقد المرتقب القيام بإعلام الطرف غير المتخصص، وهو ما يشكل ضمانًا للشفافية، حيث يكون هذا الأخير على علم بكافة العناصر التي يتوقف عليها اتخاذ القرار بالتعاقد من عدمه.

ومن جهة ثانية، لم يعد القضاء الفرنسي فيما بعد يستند على مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ من القانون المدني لسنة ١٨٠٤، وإنما ينظر إلى الأمر في إطار المادة ١٣٨٢(٥٧) من نفس القانون ارتكازاً على المسؤولية المبنية على خطأ واجب الإثبات، ويظهر هذا الخطأ في خرق قاعدة للسلوك، والتي تستلزم أن يتقيد كل طرف أثناء مرحلة تكوين العقد بواجب حسن النية.

ولا شك أن هذا التوجه قد أدى إلى رفع حسن النية إلى مرتبة القاعدة الموجهة للسلوك، بحيث لم يعد من الضروري أن يتولد حسن النية عن العقد ذاته الذي يلزم طرفيه بتنفيذه بحسن النية، وإنما أصبح واجباً عاماً يراعى منذ مرحلة تكوين العقد ويلزمهما بتبادل المعلومات المتعلقة بموضوعه من أجل إبرامه بناء على أساس سليم.

وتبعاً لذلك، فإن قيام القضاء بتقدير الخطأ في مرحلة تكوين العقد استقلالًا عن التدليس أو الالتزام بالإعلام، بل على أساس خرق ما يقتضيه حسن النية كان دافعه محاولة إرساء توازن

=سبقت الإشارة إليها. ويقابلهما في قانون الالتزامات والعقود المغربي الفصل ٢٣١ الذي سبقت الإشارة إليه.

(56) Cass civ 10 mai 1989, D, 1990, p: 386.

(57) L'article 1382 du code civil Français (Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804) dispose que: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».

وتقابلها المادة ١٢٤٠ من القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ التي سبقت الإشارة إليها. **وتقابلهما** في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة ٢٨٢ التي سبقت الإشارة إليها. **ويقابلهما** الفصل ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

بين مبدأ حرية التعاقد وحرية قطعه في أي وقت من جهة، ومن جهة أخرى، تقييد سلوك الطرفين بمراعاة حسن النية في إنهاء التفاوض دون إخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لدى أحدهما في جدية التفاوض، إذ إن سوء النية يتحقق عند إنهاء التفاوض في وقت اعتقد فيه المتضرر بإمكانية إبرام العقد،(٥٨) حيث يشكل ذلك خرقًا للثقة المشروعة، إذ كما يشترط حسن النية في التفاوض، فإنه يشترط في إنهائه كذلك(٥٩).

وقد حافظ المشرع الفرنسي على مبدأ الحرية التعاقدية بكيفية صريحة في القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ بمقتضى المادة ١١٠٢(٦٠)، ونص كذلك على أن الدخول في التفاوض ومواصلته وقطعه يبقى حراً، إلا أنه قيد ذلك بمراعاة ما يقتضيه مبدأ حسن النية بموجب المادة ١١١٢(٦١) من نفس القانون.

المطلب الثاني

وظائف حسن النية

لاشك أن مبدأ حسن النية كقاعدة عامة للسلوك تتعدد مظاهره من الناحية القانونية، وهو ما يعكس أهميته سواء تعلق الأمر بتكوين العقد أو بتنفيذه.

ذلك أنه بجانب دوره في التفسير(الفقرة الأولى)، وتكملة العقد(الفقرة الثانية)، وتعديله (الفقرة الثالثة) يقوم بدور آخر على مستوى وضع قيد على سلوك الأطراف (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: الوظيفة التفسيرية

تحتل الوظيفة التفسيرية مكانة مهمة سواء على مستوى القانون المدني الفرنسي أو قانون

(58) « En d'autres termes, plus les pourparlers étaient avancés, plus les juges ont tendance à considérer que la rupture est fautive, surtout si l'auteur de la rupture a entretenu la croyance de son partenaire en la conclusion prochaine d'un contrat ».
- Cass com. 7 janvier 1997.
http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/1-enm/civil/2009.pdf.
(59)«La mauvaise foi consiste à mettre fin dans des conditions dommageables, aux pourparlers, après avoir fait croire à son partenaire que l'on allait conclure le contrat »
- Cass com 31 mars 1992.
http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/1 enm/civil/2009.pdf
(60) L'article 1102 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(61) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

المعاملات المدنية الإماراتي أو قانون الالتزامات والعقود المغربي، وتجد أساسها في مقتضيات المادة ١١٣٥[٦٢] من القانون المدني لسنة ١٨٠٤، والمادة ١١٩٤[٦٣] من القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦[٦٤] بالنسبة للأول، والمادة ٢٤٦ [٦٥] بالنسبة للثاني والفصل ٢٣١[٦٦] من الثالث.

وتسمح هذه الوظيفة للقضاء بتقدير سلوك الطرفين أثناء تنفيذ العقد، لتحديد ما إذا كان يتفق مع الأهداف المرجوة من وراء إبرامه، أي تلك التي يقتضيها مبدأ حسن النية، حيث يتعين تنفيذه وفق ما يقتضيه للتوصل إليها.[٦٧]

وقد تعرضت هذه الوظيفة للنقد من طرف بعض الفقه على أساس أن القانون المدني يشير إلى القواعد المتعلقة بالتفسير وهي تلك الواردة في المادة 1188 وما يليه من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ التي تقابل مقتضيات المادة ٢٥٧وما يليها من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٤٦١ وما يليه من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وهي لا تتضمن أي إشارة إلى مبدأ حسن النية من جهة، ومن جهة أخرى، فمقتضيات المادة ١١٣٥ [٦٨] من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ و المادة ١١٩٤ [٦٩] من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة

(62) L'article 1135 du code civil Français (Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804) dispose que: « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

(63) L'article 1194 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « 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».

(64) J Perilleux: La bonne foi dans l'exécution du contrat, rapport belge, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992, Litec 1994, p: 244

(٦٥) المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها.

(٦٦) الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

(67) B Lefebvre: article précité, p: 341.

(68) L'article 1135 du code civil Français (Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804) précité.

(69) L'article 1194 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

٢٠١٦ والمادة ٢٤٦ [٧٠] من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٢٣١ [٧١] من قانون الالتزامات والعقود المغربي تعالج محتوى العقد الضمني أي تلك الالتزامات التي تتم إضافتها للعقد والتي تقتضيها العدالة أو العرف أو القانون[٧٢].

ويضيف هذا الفقه لنفي هذه الوظيفة عن حسن النية إلى أنه إذا كانت النصوص المتعلقة بالتفسير في القانون المدني تشير بكيفية صريحة إلى أن التفسير لا يكون له موجب حيث تكون ألفاظ العقد صريحة،[٧٣] فإنه بالمقابل قد يكون له محل في حالة غموض ألفاظ العقد، وتبعاً لذلك يتعين البحث عن الإرادة المشتركة للطرفين[٧٤]، وفي هذه الحالة يتعين تفسيره دون التقيد بالمعنى

(٧٠) المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها.

(٧١) الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

(72) A Benabent: La bonne foi dans l'exécution du contrat, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992, Litec 1994, p: 294.

(73) L'article 1192 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: «on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation».

وتقابلها المادة ٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي تنص على ما يلي: « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتفسير 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 وفقاً للعرف الجاري في المعاملات». ويقابلها الفصل ٤٦١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على ما يلي: «إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها».

(74) L'article 1188 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »

وتقابلها المادة ٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها. ويقابلها الفصل ٤٦٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على ما يلي: « يكون التأويل في الحالات الآتية: ١ – إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد. ٢ – إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيرًا كاملًا عن قصد صاحبها. ٣ – إذا كان الغموض ناشئًا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود. وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولا عند تركيب الجمل».

الحرفي للألفاظ،(٧٥) ولا شك أن هذا التفسير ينصب على البحث حول ماذا أراد الطرفان الاتفاق عليه، وليس حول ماذا يفترض أن يكونا قد اتفقا عليه في علاقته بعناصر خارجية(٧٦).

وبالرغم من اعتراض الفقه السابق على الوظيفة التفسيرية لحسن النية، فإن فقها آخر يرى أنه لا ينبغي التقيد بالمعنى الحرفي للنصوص بل تفسيرها بالمعنى الذي يعطيها أثراً(٧٧) في علاقتها ببعضها البعض(٧٨)، ذلك أنه عندما يتعذر تحديد نية الطرفين المشتركة، فإن المحكمة يلزمها اللجوء إلى قواعد أخرى لتطبيقها من أجل وضع تصور للنية المشتركة للطرفين استنادًا إلى مبدأ حسن النية، باعتبار أن القواعد المتعلقة بالتفسير لا تقتصر على تلك المضمنة في القسم المتعلق بالتفسير، بل تشمل مختلف القواعد الموضوعية التي تستهدف تحديد مضمون العقد، حيث يدخل في إطارها مبدأ حسن النية بنفس الدرجة التي يحتلها العرف وقواعد الإنصاف والقانون ذاته(٧٩).

وقد أشار إلى ذلك سابقًا فقه آخر لما اعتبر أنه في حالة وجود شك حول معنى الاتفاق، فإن هذا الأخير يتعين تفسيره وفق قواعد حسن النية، وبعبارة أخرى وفق المعنى الذي يفترض

(75) L'article 1188 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité
وتقابله المادة ٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها. ويقابله الفصل ٤٦٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

(76) G Leclerc: La bonne foi dans l'exécution du contrat, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992, Litec 1994, p: 270.

(77) L'article 1191du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun »
ويقابلها الفصل ٤٦٥ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على ما يلي: "إذا أمكن حمل عبارة وبند على معنيين كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده عن كل أثر».

(78) L'article 1189 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier».
ويقابلها الفصل ٤٦٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على ما يلي: «بنود العقد يؤول بعضها البعض بأن يعطى لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد. وإذا تعذر التوفيق بين هذه البنود لزم الأخذ بآخرها رتبة في كتابة العقد».

(79) B Lefebvre: article précité, p: 342.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

عادة في شخص مستقيم وصادق في تصرفاته(٨٠).

وقد تأثر المشرع الفرنسي بهذا الاتجاه الأخير، حيث نص على أنه عندما يكون للتفسير موجب، فإنه يتعين تفسير العقد وفق المعنى الذي يعطيه له شخص يتصرف بكيفية معقولة وجد في نفس الوضعية(٨١).

والواقع أنه في حالة تعذر تحديد النية المشتركة للطرفين بسبب تباعد مواقفهما، فإن التفسير ينبغي أن يستند على عناصر موضوعية، حيث يشكل حسن النية أحدها، وهو ما يجعله يقوم بدور بديل في إعادة تحديد نية الطرفين المشتركة، وبالتالي تحديد مضمون العقد(٨٢).

وإذا كانت وظيفة مبدأ حسن النية لم تعد تطرح خلافًا في تحديد مضمون العقد استنادًا إلى النصوص القانونية ذاتها، فإن الأمر طرح إشكالاً آخر باعتبار أن التفسير على النحو السابق قد يؤدي إلى إعادة مراجعة العقد تحت ستار التفسير، الأمر الذي يقتضي التطرق إلى الوظيفة المكملة لمبدأ حسن النية.

الفقرة الثانية: الوظيفة التكميلية

ترتبط وظيفة مبدأ حسن النية في تكملة العقد بمرحلة تنفيذه، فهي تسمح بتتميم الشروط التي يتحمل بها المدين عن طريق التزامات تبعية تلزمه بالتنفيذ بكيفية نافعة(٨٣).

وعلى مستوى تكوين العقد، فإن مبدأ حسن النية يستهدف ضمان رضاء حر وسليم، ولا شك أن هذه الغاية تظهر بشكل واضح من خلال الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام المطلوب من الطرف المتخصص في موضوع العقد بناء على الوظيفة التكميلية لمبدأ حسن النية، إذ إن الأخير

(80) «S'il y a doute sur le sens de leur accord, celui-ci doit s'interpréter d'après les règles de la bonne foi, c'est-à-dire d'après le sens qui, en raison de la matière du contrat, s'imposerait normalement à un individu honnête, loyal en affaires »
- A Colin, H Capitant: Traité de droit civil, t2, D, 1959, p: 454.
(81) L'article 1188 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(82) B Lefebvre: article précité, p: 343.
(83) B Lefebvre: article précité, p: 344.

يفرض هذا الشكل من الإعلام الذي يقتضي أن يقوم أحد الطرفين بإعلام الطرف الآخر بالنظر إلى انعدام التوازن بينهما من حيث العلم بموضوع العقد المرتقب(٨٤).

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن هذه الوظيفة تقتضي واجب التعاون بين الطرفين، وهذا ما يبرر في نظر بعض الفقه وجود الالتزام بالتفاوض بحسن نية، فمن جهة أولى، لا يفرض مبدأ حسن النية على الطرفين التوصل بالفعل إلى شروط العقد النهائي، ومن جهة ثانية يقتصر دوره على ترشيد سلوك الطرفين في مرحلة تكوين العقد، عبر بدل الجهد في سبيل إنجاح التفاوض وتقديم المقترحات الجادة التي تكون أدعى للقبول من الرفض، الأمر الذي يجعل من مبدأ حسن النية قيدًا على سلوك الطرفين في هذه المرحلة(٨٥).

الفقرة الثالثة: الوظيفة التعديلية

تتجسد الوظيفة التعديلية لحسن النية على مستوى الفقه التقليدي في نظرية الظروف الطارئة، إذ تسمح بتعديل العقد بغرض إعادة التوازن بين طرفيه إلى الحد المعقول عندما تحدث ظروف استثنائية عامة وغير متوقعة أثناء تنفيذه تخالف تلك التي أبرم في ظلها(٨٦).

(84) J Boyer: L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, P. U. A. M, 1978, p:20
(85) B Lefebvre: article précité, p: 346.
(86) B Lefebvre: article précité, p: 352.
تنص المادة ٢٤٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ على ما يلي: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك ". ولم يتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي مقتضى شبيه بالمادة ٢٤٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ونفس الأمر بالنسبة للقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ أو بعد تعديله سنة ٢٠١٦. وقد رفض القضاء الفرنسي الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في المجال المدني منذ وقت مبكر، ذلك أنه لا يمكن للمحاكم في أي حالة الأخذ بعين الاعتبار الوقت والظروف من أجل تعديل اتفاقات الطرفين، واستبدال شروط جديدة مكان تلك التي قبلها كلاهما بكل حرية. فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٦ مارس ١٨٧٦ ما يلي:
- « Dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraitre leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des=

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

=parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptés par les contractants »
- Cass civ 6 mars 1876, D, 1876, p: 193

وقد كان هذا الرفض يجد سنده في ضرورة احترام إرادتي الطرفين التي عبرا عنها بكل حرية بمقتضى العقد. ولكن القضاء الإداري الفرنسي لم يساير نفس موقف محكمة النقض الفرنسية الذي سبقت الإشارة إليه، حيث تبنى نظرية الظروف الطارئة بمقتضى قرار مجلس الدولة في قضية شركة غاز بوردو بتاريخ ٣٠ مارس ١٩١٦. وقد تعرض موقف القضاء المدني من نظرية الظروف الطارئة إلى نقد شديد من طرف الفقه، الأمر الذي أدى إلى تحول جزئي على مستوى السماح بتعديل العقد بكيفية استثنائية من طرف القاضي. وبالرغم من استمرار محكمة النقض في التمسك بموقفها الرافض لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة كما ظهرت في ظل القضاء الإداري، فإنها بالمقابل أوجدت مبررات أخرى للسماح للقاضي المدني من التدخل لتعديل العقد بكيفية استثنائية. وقد ارتكزت محكمة النقض الفرنسية في موقفها الجديد على مبدأ حسن النية والسبب من الناحية الموضوعية أو المقابل. – **حسن النية**: لقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣ نونبر ١٩٩٢ أن محكمة الاستئناف لما قررت أن شركة BP قامت بمنع M. Huardمن الوسائل التي تمكنه من تحديد أسعار تنافسية، فإنها تكون قد أخلت بتنفيذ العقد بحسن النية. فقد جاء في هذا القرار ما يلي:

- « La cour d'appel a pu décider qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ».
- Cass.com 3 novembre 1992, JCP, G, 1993, II, 22164, note, G. Virassamy.

ذلك أنه في حالة تغير الظروف الاقتصادية بشكل مؤثر وأمام رفض أحد الطرفين التفاوض بشأن تعديل العقد يجعله ينزل منزلة من لا يقوم بتنفيذ التزامه بحسن النية، وتبعاً لذلك أمام تعذر إمكانية مراجعة العقد، فإن المدين يستحق التعويض في مقابل ذلك لتخفيف العبء الذي تحمله على إثر تلك الظروف.

- J. Mestre: obs sous Cass com 3 novembre 1992, RTD civ, 1993, p: 124.

– نظرية السبب من الناحية الموضوعية أو المقابل: ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث بتاريخ ٢٩ يونيو ٢٠١٠ إلى أنه دون البحث في ما إذا كان تغير الظروف الطارئة وخاصة ارتفاع تكلفة المواد الأولية ابتداء من عام ٢٠٠٦ وتأثير ذلك على ثمن قطع الغيار قد أدى بالنظر إلى انعدام التوازن الاقتصادي للعقد بشكل عام كما ارتضاه الطرفان وقت التوقيع عليه في دجنبر ١٩٩٨، فإنه قد ترتب عليه غياب مقابل حقيقي للالتزام الذي ارتضته شركة soffimat، حيث لم تجعل محكمة الاستئناف لقرارها أساسًا من القانون. فقد جاء فق هذا القرار ما يلي:

« sans rechercher, comme il 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 tell que voulu par les parties lors de la signature en décembre 1998 de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat..., la cour d'appel à privé sa décision de base légale ». - Cass com 29 juin 2010, D, 2010, p: 2481, note D. Mazeaud.

- T. Favario: note sous Cass com 29 juin 2010, JCP, G, 2010, n° 1056.

ولا شك أن الموقف السابق قد اعتبر أن تغير الظروف الاقتصادية خلال تنفيذ العقد من شأنه أن يؤدي إلى تخلف مقابل أحد الالتزامات المتبادلة في العقد الذي ينبغي أن يتحمله الطرف الآخر. =

وقد عبر بعض الفقه عن هذا المعنى بقوله إن حسن النية يقتضي أن يستجيب العقد للانتظارات المتبادلة لطرفيه، عبر الأخذ بعين الاعتبار الوضعية الخاصة لكليهما، حيث يفرض عليهما التعاون من أجل تحقيق الأهداف المحددة من قبلهما(٨٧).

وعلى مستوى العقد تسمح هذه الوظيفة لمبدأ حسن النية في إطار نظرية الظروف الطارئة للقاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول انسجامًا مع متطلبات حسن نية، من أجل إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للظروف الاستثنائية غير المتوقعة(٨٨).

وفضلاً عن ذلك، فالوظيفة التعديلية لمبدأ حسن النية تظهر على مستوى الشروط التعسفية(٨٩)، حيث تسمح للقاضي بتعديل تلك الشروط التي اتسمت بالتعسف أو غير المعقولة، بالنظر إلى القيود التي يفرضها حسن النية على حرية الطرفين(٩٠).

=- M. Fabre Magnan: 1, op.cit, p: 558. - B. Fages: obs sous Cass com 18 mars 2009, RTD civ 2009, p: 528

(87)« la bonne foi veille à ce que le contrat répond aux attentes réciproques des parties contractantes, elle pèse les intérêts en présence, elle tient compte de la situation particulière de chacun et requiert la collaboration dans la réalisation des objectifs que les parties se sont fixés »

- M Philippe: La bonne foi dans la formation des contrats, rapport belge, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992, Litec 1994, p: 64

(88) M Philippe: article précité, p: 64.

(89) B Lefebvre: article précité, p: 352.

(٩٠) تنص المادة ٢٤٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ على ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك". وتعتبر المادة ٢٤٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي سندًا تشريعيًا لمواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، إذ تخول للقضاء سلطة تقديرية واسعة حيث يستطيع إذا ما تبين له أن العقد يشتمل على شرط تعسفي أن يعدل هذا الشرط، بل وأن يعفي الطرف المذعن منه كلية، وليس هناك حدود لما يراه في هذا الشأن إلا ما تقضي به قواعد العدالة. ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، فهذا الاتفاق يقع باطلًا لمخالفته للنظام العام. وفي فرنسا لم يكن للقضاء سلطة إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها بكيفية مباشرة، حيث إن المادة ١-١٣٢ L من مدونة الاستهلاك الصادرة بمقتضى قانون ٢٦ يوليوز ١٩٩٣ علقت ذلك على صدور مرسوم من مجلس الدولة بعد استطلاع رأي لجنة الشروط التعسفية. وبالرغم من ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية أن القاضي يمكنه أن يمارس رقابة على الشروط التعسفية بناء على الفصل ١١٣٤ من القانون المدني السابق. Cass civ 8 décembre 1989, D, 1989, p: 289 Note J Ghestin - =

وإذا كانت القاعدة أن الوظيفة التعديلية لحسن النية تعطي للطرفين إمكانية مواجهة الصعوبات المحتملة أثناء تنفيذ العقد عن طريق تضمينه بشرط لإعادة التفاوض، سواء على مستوى القانون الفرنسي أو الإماراتي أو المغربي انسجامًا مع مبدأ الحرية التعاقدية من أجل إعادة التوازن الذي يختل بين الالتزامات المتبادلة مما يؤدي إلى فقدان كل مصلحة في العقد بالنسبة لأحد الطرفين، فإن المشرع الفرنسي قد نص بمقتضى المادة ١١٩٥ من القانون المدني بعد تعديله سنة ٢٠١٦ على أنه في حالة تغير غير متوقع للظروف التي أبرم في ظلها العقد جعلت تنفيذه مكلفًا بكيفية فادحة لأحد الطرفين الذي لم يقبل بتحمل هذا الخطر، فإنه يمكنه أن يطالب الطرف الآخر بتفاوض جديد، مع استمراره في تنفيذ التزاماته خلال مدة التفاوض.

وفي حالة الرفض أو فشل التفاوض، فإن الطرفين يمكنهما الاتفاق على فسخ العقد في الأجل وبالشروط المحددة من طرفهما، أو تقديم طلب مشترك إلى القاضي قصد القيام بتعديله، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق داخل أجل معقول، فإن القاضي بإمكانه بناء على طلب أحد الطرفين القيام بمراجعته أو وضع حد له، داخل الأجل وبالشروط التي يحددها(٩١).

الفقرة الرابعة: وظيفة تقييد سلوك الأطراف في مرحلة تكوين العقد

تنصرف هذه الوظيفة إلى فرض قيود على ممارسة الحق عندما تتجاوز هذه الممارسة الحدود

=وبعد ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية أن القاضي يمكنه أن يقضي بإلغاء الشروط التعسفية استنادا إلى نص المادة L ١٣٢-١ من مدونة الاستهلاك دون حاجة إلى صدور مرسوم بشأنها من مجلس الدولة.

- Cass civ 26 mai 1993, D, 199٣, p: 568.
- Cass civ 6 janvier 1994, JCP, 1994, II, n° 22237.

وقد تضمن القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة ٢٠١٦ مادتين متعلقين بعقود الإذعان، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ١١١٠ على أن عقد الإذعان هو ذلك الذي تكون شروطه العامة مستثناة من أي تفاوض ومحددة مسبقًا من قبل أحد الأطراف، وعند الشك تفسر شروط عقد الإذعان ضد من اقترحها وفقاً للمادة ١١٩٠ من نفس القانون.

ولم ينص قانون الالتزامات والعقود المغربي على مقتضى مماثل للمادة ٢٤٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ولكن القضاء المغربي يتصدى للشرط التعسفية بناء على مقتضيات القانون رقم ٠٨ , ٣١ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

(91) L'article 1195 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

التي يقتضيها مبدأ حسن النية، حيث تشكل تعسفًا في استعمال الحق(٩٢).

وبمعنى آخر، فإن هذه الوظيفة تسمح بالحد من التجاوز في استعمال الحق إلى الحدود المعترف بكونها مشروعة، إذ إن ممارسة الحق لا ينبغي أن تتم بشكل يلحق الضرر بالغير أو بطريقة مفرطة أو غير معقولة على حساب مقتضى حسن النية(٩٣).

وعلى هذا النحو، فحسن النية باعتباره قاعدة سلوك تظهر وظيفتها في تقدير مدى توافر التعسف من عدمه قد اتسع نطاقها إلى إرساء معايير الممارسة المعقولة للحق، كما تتجسد في سلوك الشخص الحريص، حيث تفرض عدم استعمال العقد من أجل تحقيق غاية لا يقتضيها إنشاؤه، مما يمكن القول معه إن هذه الوظيفة تؤدي دورها على مستوى تحديد مدى ممارسة الحق داخل إطار لا يتجاوز المشروعية(٩٤).

وقد أشارت محكمة الاستئناف بباريس إلى هذا المعنى بتاريخ ٥ مارس ١٩٨٤ بقولها إنه من المجمع عليه أن ممارسة الحق من أجل تحقيق غاية مختلفة عن تلك التي تحدد مشروعيته تعتبر تعسفًا (٩٥)، وعلى هذا الأساس فالتعسف في استعمال الحق يعتبر ممارسة للحق من أجل تحقيق غاية لا يقتضيها إنشاء الحق ذاته، حيث ينتج عن تجاهل للواجبات الاجتماعية، ويلحق ضررًا فادحًا بالغير، باعتبار أن الحقوق الفردية لا تعتبر امتيازات مطلقة بل نسبية، ويتعين ممارستها في حدود الغاية الاجتماعية من تقريرها بما ينسجم مع الوظيفة التي تؤديها(٩٦).

ولا شك أن الاستناد على اعتبارات خارجية لتحديد معايير السلوك وفق مبدأ حسن النية، يأخذ بعين الاعتبار الغاية من ممارسة الحق وما إذا كانت تستند على سبب مشروع من عدمه، وهذا

(92) B Lefebvre: article précité, p: 346.
(93) P Widmer: Bonne foi et abus de droit- principe, portée, panacée, une tentative de synthèse possible, séminaire sur l'abus de droit et le principe de bonne foi, Olivone, Suisse, septembre 1992, p: 8
(94) B Lefebvre: article précité, p: 349.
(95) « Il est unanimes admis que l'exercice d'un droit effectué dans un but différent de celui qui fonde sa légitimité constitue un abus».
- CA Paris 5 mars 1984 cité par M L Finel: Le parasitisme en droit français, thèse paris 1, 1993, p:163.
(96) M L Finel: Thèse précitée, P:163

ما كرسه القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة ٢٠١٦ بمقتضى المادة ١١٦٢(٩٧) الذي نص على قاعدة آمرة بمقتضاها لا ينبغي أن تخالف شروط العقد أو الغاية منه مقتضيات النظام العام.

وتبعاً لذلك، فالالتزام بحسن النية يفرض على كل طرف الامتناع علن التعسف، والتقيد بسلوك معقول ومعتدل، دون التصرف بكيفية كلية لمصلحته من جهة، ودون الإضرار بكيفية غير مبررة بالطرف الآخر(٩٨).

المطلب الثالث

التمييز بين مرحلة تكوين العقد وتنفيذه

الأصل أن المرحلة السابقة لإبرام العقد النهائي تخضع لمبدأ الحرية، حيث يعتبر إبرام العقد من عدمه مسألة تقديرية لكل طرف، ولكن هذه الحرية تنعكس على مستوى تنظيم التفاوض ذاته بين الطرفين، إذ يعتبر تجسيدًا لهذه الحرية بما يؤدي إلى توصل الطرفين إلى غايتهما النهائية.

وبالرغم من انفصال مرحلة تنفيذ العقد عن مرحلة تكوينه (الفقرة الأولى)، إلا أن ذلك لا يحجب التأثير الذي تمارسه الثانية على مستوى الأولى بالنظر إلى سريان حسن النية في مرحلة تكوين العقد (الفقرة الثالثة)، الأمر الذي يبرز أهمية التمييز بينهما (الفقرة الثانية) على مستوى القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ وقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي.

الفقرة الأولى: عناصر التمييز

تنصرف مرحلة تكوين العقد إلى تلك المتعلقة بإعداده والتي تتميز بتوافر كافة شروط

(97) L'article 1162 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties»

(98) « 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». - CA Paris 24 octobre 2001
http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/1-enm/civil/2009.pdf

استكمال الاتفاق ونشوء الالتزام(٩٩).

وبصفة عامة، يفترض تنفيذ العقد التحقيق الفعلي للشروط المضمنة فيه(١٠٠)، بالنظر إلى أن المرحلتين متميزتان عن بعضهما البعض، ومتتابعتان، ولكل منهما دور معين (١٠١).

وتبعاً لذلك، تتميز مرحلة التفاوض المنظم بإمكانية الطرفين من إبرام اتفاقات تمهيدية سواء من أجل تحديد عناصر العقد المرتقب الذي يتم التفاوض بشأنه، أو من أجل تنظيم هذا الأخير إذا لم يكن ذلك محددًا في عقد للتفاوض(١٠٢).

وتجدر الإشارة إلى أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي لم ينظم الاتفاقات التمهيدية كما هو الحال بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، وإن كان جوازها لا يطرح إشكالًا باعتبارها تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية(١٠٣).

وفي جميع الأحوال، فإن تعقد مرحلة التفاوض واختلاف المصالح الاقتصادية قد أثر في كيفية إبرام العقد عن طريق مرحلة تؤدي إلى تحديد العناصر التي يقوم عليها التراضي، حيث عرف هذا الأخير تطورًا على مستوى مرحلة التفاوض يظهر في تلك الاتفاقات التمهيدية التي تؤدي إليه بكيفية تدريجية(١٠٤).

الفقرة الثانية: أهمية التمييز بين مرحلة تكوين العقد وتنفيذه

لقد قام الفقه بالتمييز بين مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه بالنظر إلى الأحكام والجزاءات المتعلقة

(99) B Fages: observation’s sous cass com 25 juin 2013, rev trim dr civ 2013, p: 833.
جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥ يونيو ٢٠١٣ ما يلي:
«La phase d’élaboration du contrat que l’aboutissement de celle-ci marquée par la réunion de toute les conditions à la perfection de l’accord et à la naissance de l’obligation »
- Cass com 25 juin 2013, rev trim dr civ 2013, p: 833
(100) S Amrani-Mekki, M Mekki: Droit des contrats, décembre 2013- janvier 2014, D, 2014, p: 630
(101) R Stancu: Thèse précitée, p: 239.
(102) R Stancu: Thèse précitée, p: 240.
(103) R Stancu: Thèse précitée, p: 240.
(104) B Dumitrache: Commentaire introductif au livre V, Des obligations, Titres 1 à VIII, relatifs aux obligations en général, in D Borcan, M Ciuruc: Nouveau code civil roumain, D, Paris 2013, p: 335.

بالمرحلتين، حيث تنصرف الأولى إلى مرحلة تكوينه، بينما تنصرف الثانية إلى مرحلة تنفيذه(١٠٥).

فمن جهة أولى، تظهر أهمية مرحلة تكوين العقد انطلاقاً من الهدف المتوخى منها، حيث يكون التنفيذ انعكاساً لما تم تكوينه في المرحلة السابقة، كما تكتسي مرحلة تكوين العقد أهمية على مستوى ضمان الإعداد للعقد المرتقب باعتباره تصرفاً يقوم على التوقع، حيث يتم تصور الالتزامات المستقبلة بكيفية دقيقة بناء على الوضعية التي تم فيها التفاوض(١٠٦).

ومن جهة ثانية، فأهمية التمييز تظهر على مستوى تقسيم المسلسل التعاقدي إلى مرحلتين واضحتين سواء من حيث القواعد المطبقة عليهما أو من حيث الجزاء كذلك.

وتبعاً لذلك، فمرحلة تكوين العقد تنصرف إلى تلك التي يتم فيها الإعداد للعقد المرتقب عن طريق التوصل إلى كافة عناصره الأساسية(١٠٧).

أما مرحلة التنفيذ، فتنصرف إلى تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، فهي المسلسل الذي يسمح بانتقال القانون إلى الواقع(١٠٨).

وإذا كان القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ كما هو الحال بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربيلم يتضمن أي نص يشير بكيفية صريحة إلى هذا التمييز، فإن الفقه قد قام بتحديده استنادًا إلى الفلسفة التي تستهدفها نصوص هذه القوانين(١٠٩).

وتبعاً لذلك، يقوم الطرفان أثناء تكوين العقد بتحديد مضمون إرادتيهما، من أجل استهداف نتيجة

(105) D Mazeaud: Regards positifs et prospectifs sur le nouveau mode contractuel, P A, n° 92, 2004, p: 48. - O Penin: La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision, op cit, p: 3.
(106) H Lecuyer: Le contrat, acte de prévision, in mélanges en hommage à F Terré, L'avenir du droit, tI, PUF, 1999, p: 643. -J P Dupuy: Pour un catastrophisme éclairé, Quand l'impossible est certain, Seuil, 2002, p:164.
(107) O Penin: La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision, op cit, p: 6
(108) D Alland, S Rials: Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, p: 678
(109) O Penin: La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision, op cit, p:15.

معينة سلبًا أو إيجابًا، حيث يقومان بإظهارها وفق الإطار القانوني المحدد من طرف المشرع(١١٠).

وبالمقابل، فإن القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد تستهدف غاية أخرى، تتجلى في ضمان تنفيذ الالتزامات المضمنة في العقد التي تم التوصل إليها(١١١).

وعن طريق المقابلة، فالقواعد المتعلقة بتكوين العقد تستهدف تجسيد إرادتي الطرفين في شكل قانوني موحد، بينما تلك المتعلقة بالتنفيذ تستهدف خلق الإطار القانوني لتجسيد تلك الإرادة المعبر عنها في العقد على مستوى الواقع(١١٢).

ويرى بعض الفقه أن القواعد القانونية تخضع للمنطق، من حيث وجود افتراض يرتبط بالأثر القانوني(١١٣).

واعتبارًا لهذا المنطق، فالقواعد المتعلقة بالتكوين تنظم مضمون العقد المرتقب والآثار المترتبة عليه، فمن جهة بمقتضى هذا الافتراض تتوافر كافة الشروط المتطلبة لخلق العقد الذي يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية بالنسبة لطرفيه، ومن جهة أخرى، ينصرف الأثر القانوني إلى ما يمنحه النظام القانوني للاستجابة لمتطلبات الافتراض، وهي اعتبار ذلك العقد – الذي يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية – نافذًا بين طرفيه(١١٤)، وبمعنى آخر، فمرحلة تكوين العقد تعكس المعادلة بينما إذا كان التعبير عن الإرادتين الذي أدى إلى تكوين العقد يستجيب للشروط المنصوص عليها في النظام القانوني أم لا(١١٥).

وتبعاً لذلك، فالقواعد المتعلقة بمرحلة التنفيذ تتميز عن تلك المتعلقة بمرحلة التكوين من حيث كون الأولى مرتبطة بوجود عقد سابق مبرم بكيفية قانونية، يتعين تنفيذه وفق ما تم التوصل إليه في المرحلة الثانية (١١٦).

(110) C Larroumet: Droit civil, 1er partie, tIII, Economica 2007, p: 200
(111) R Stancu: Thèse précitée, p: 245. -C Brener: L'acte conservatoire, LGDJ, 1999, p: 36
(112) H Motulsky: Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, D, 2002, p: 30
(113) R Stamler: Théorie de la science juridique, 2éd, Halle, Paris 1923, p: 190
(114) O Penin: La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision, op cit, p: 20.
(115) P Roubier: Le droit transitoire, conflits de lois dans le temps, D S, 1960, p: 346
(116) R Stancu: Thèse précitée, p: 247.

ولا شك أن مبدأ حسن النية الذي يسود مرحلة تنفيذ العقد، هو الذي أدى إلى إلزام المتعاقدين بالملحقات التي تقتضيها العدالة أو طبيعة الالتزام أو العرف للقول بتنفيذ العقد على النحو المقرر قانوناً(١١٧).

الفقرة الرابعة: سريان حسن النية في مرحلة تكوين العقد في القانون الفرنسي والإماراتي والمغربي

سنتطرق إلى موقف بعض القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ (أولاً) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي(ثانياً).

أولاً: القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦

لقد كانت الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ تنص على أن الاتفاقات يجب إبرامها وتنفيذها بحسن نية، حيث كان مبدأ حسن النية يشمل مرحلتي الإبرام والتنفيذ، لكن أثناء صياغة المادة ١١٣٤ اقتصر هذا الأخير على مرحلة التنفيذ(١١٨).

وتحت تأثير القوانين المقارنة والقضاء الفرنسي حاول المشرع الفرنسيسد هذه الثغرة وتأطير مرحلة تكوين العقد بمبدأ حسن النية(١١٩).

لذلك خص مرحلة تكوين العقد بعدة مقتضيات، وقد ارتكز في ذلك على ثلاثة مبادئ، هي الحرية وحسن النية، والسلامة.

فبالنسبة لمقتضى الحرية في المرحلة السابقة لإبرام العقد تتميز بوجه مزدوج، فمن جهة أولى، على مستوى التفاوض الحر، يبقى كل طرف حر في الدخول إلى التفاوض ابتداء ومواصلته وفي قطعه في كل وقت دون أي مجال لإثارة مسؤولية أي منهما في مواجهة الآخر إلا استثناءً(١٢٠).

(117) O Penin: La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision, thèse Paris II, LGDJ, Paris 2012, p: 23
(118) M Bigot de Préameneu: Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t XIII, ECOQ, Paris 1836, p: 229.
(119) R Stancu: Thèse précitée, p: 248.
(120) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité

ومن جهة ثانية، خول للموجب في مرحلة إبرام العقد إمكانية التراجع عن إيجابه بإرادته المنفردة بكل حرية مادام لم يصل إلى الموجه إليه(١٢١).

كما خول المشرع الفرنسي كذلك للطرفين في مرحلة التفاوض المنظم حرية استعمال آليات ذات طابع تعاقدي من أجل التوصل إلى عناصر العقد النهائي، من قبيل عقد التفاوض، واتفاق الإطار(١٢٢)، والوعد بالتفضيل(١٢٣) إلى غير ذلك.

(121) L'article 1115 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que:« Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire »
وإذا كان سحب الإيجاب قبل وصوله إلى الموجه إليه يتصل بحرية الموجب، فإن هذا الأخير لا يمكنه سحبه خلال الأجل المحدد له أو خلال المدة المعقولة إذ وصل إلى الموجه إليه، وفي جميع الأحوال، يؤدي سحب الإيجاب خرقًا للأجل المحدد أو المعقول إلى عدم إبرام العقد، وبالمقابل يترتب على ذلك مسؤولية الموجب، فقد جاء في الفصل ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ ما يلي:
« Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat » - P Delebecque, D Mazeaud: Formation du contrat (ar 1104 à 1107) in P Catala: Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, Paris 2006, p:28
وعلى مستوى القانون المغربي، فإن الأصل أن سحب الإيجاب جائز مادام لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر طبقاً للفصل ٢٦ من ق ل ع الذي جاء فيه أنه « يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر ». غير أن تحديد الموجب لأجل لإيجابه يلزمه بالإبقاء عليه إلى انتهاء أجله طبقاً للفصل ٢٩ من ق ل ع الذي نص على أن « من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملتزمًا تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد ». كما تنص الفقرة الأولى من الفصل ٣٠ من ق ل ع كذلك على أن « من تقدم بإيجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلًا، بقي ملتزمًا به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول، ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك ».
(122) L'article 1111 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: «Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution».
(123) L'article 1123 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat

أما بالنسبة لحسن النية، فقد أصبح يسود مرحلة التفاوض على العقد(١٢٤)، حيث يشكل قيداً على نطاق الحرية في هذه المرحلة، يتجلى دوره في تكريس بعض الأخلاقيات باعتبار أن التفاوض قد يستغرق وقتًا طويلًا ويتطلب تحمل نفقات مالية من أجل التوصل إلى العقد النهائي(١٢٥).

وعلى هذا الأساس، يقوم مبدأ حسن النية بدور مزدوج، فهو دليل للطرفين أثناء الدخول إلى التفاوض ومواصلته وفي قطعه، كما يسمح بتقييد الحرية التي تعتبر السمة الأساسية في مرحلة التفاوض على العقد النهائي(١٢٦).

أما على مستوى السلامة، فإن المشرع الفرنسي استهدف حماية الثقة المشروعة للمستفيد من الوعد بالتفضيل(١٢٧) والوعد بالتعاقد (١٢٨) عبر إثارة المسؤولية المدنية للطرف الذي أخل بما التزم به(١٢٩).

ثانياً: سريان حسن النية في مرحلة تكوين العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي

بالرغم من كون المشرع الإماراتي(١٣٠) المغربي(١٣١)قد نص على التقيد بحسن النية في مرحلة

conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.
L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat»
- R Stancu: Thèse précitée, p: 249.

(124) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

(125) P Delebecque, D Mazeaud: Formation du contrat (ar 1104 à 1107) in P Catala: Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, Paris 2006, p:28

(126) P Delebecque, D Mazeaud: Formation du contrat (ar 1104 à 1107) in P Catala: Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, Paris 2006, p:29.

(127) L'article 1123 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

(128) L'article 1124 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.
La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

(129) F Terré: Pour une réforme du droit des contrats, D, Paris 2009, p: 119.

(١٣٠) المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي سبقت الإشارة إليها.

(١٣١) الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

تنفيذ العقد، إلا أن هذا التنصيص لا يعد سوى تطبيق لمبدأ عام يسري سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه.

فبالرجوع إلى المادة ١٨٦ [١٣٢] من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٥٢[١٣٣] من قانون الالتزامات والعقود المغربي يعد التدليس السلبي أو الكتمان عيبًا يعطي الحق للمتضرر في المطالبة بإبطال العقد، وبمعنى آخر، من أجل تجنب المطالبة بإبطال العقد، فإن الطرف خاصة المهني ملزم بإعلام الطرف الآخر بكافة البيانات المؤثرة في رضائه.

ومادام أن أساس الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو حسن النية، فإن ارتباط الأول بالثاني يؤدي إلى ارتداد حسن النية إلى مرحلة تكوين العقد، وبالمقابل يترتب على ذلك انتقال الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام إلى مرحلة تنفيذ العقد.

وعلى هذا الأساس، فالعقد المبرم بكيفية صحيحة هو ذلك الذي تم إبرامه وفق ما يقتضيه حسن النية، أي بما يفرضه النظام الاجتماعي من معايير للسلوك التي يتقيد بها الكافة في المجتمع[١٣٤].

المبحث الثاني

مضمون حسن النية في مرحلة تكوين العقد

إن حسن النية كقاعدة سلوك لا يعتبر مقتضى خاصًا بتنفيذ العقد، بل إن مضمونه ونطاقه يتجاوز ذلك باعتبار أنه يتصل باعتبارات تتعلق بتخليق معايير السلوك واجب الاتباع سواء ارتبط ذلك بتنفيذ العقد أو بتكوينه (المطلب الأول)، حيث يظهر دوره على مستوى تكريس

(١٣٢) المادة ١٨٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي سبقت الإشارة إليها.

(١٣٣) ينص الفصل ٥٢ من ق ل ع على ما يلي: التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدًا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به » .

(١٣٤) أحمد الدراري: حسن النية في مرحلة تكوين العقد، دراسة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، مطبعة الاقتصاد، اكادير، ٢٠١٨، ص: ٧٥ وما يليها.

الحرية التعاقدية (المطلب الثاني) وأهميته على مستوى مرحلة تكوين العقد (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الطابع غير التعاقدي لحسن النية

إذا كان التطور الذي عرفه القضاء الفرنسي قد أدى إلى ارتداد حسن النية من مرحلة تنفيذ العقد إلى مرحلة إبرامه، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي بنصوص صريحة في القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ بخلاف نظيره الإماراتي والمغربي، فإن هذا التطور قد انعكس على مضمون حسن النية، باعتباره يتصل بعناصر خارجة عن العقد ذاته (الفقرة الأولى) بما أدى إلى ترتيب عدة آثار(الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: اتصال حسن النية بعناصر خارجة عن العقد

لقد أدى التطور إلى أن أصبح حسن النية باعتباره قاعدة للسلوك يتصل بعناصر ذات نطاق عام، حيث يجد سنده في قيم المجتمع السائدة التي يتقيد بها كل شخص(١٣٥).

وفي هذا الإطار ذهب بعض الفقه إلى أن صياغة الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤- ومقتضيات المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي – التي أشارت إلى أن الالتزامات يتعين تنفيذها بحسن النية ترتبط باعتبارات أعلى وخارجة عن نطاق العقد، وهو ما يعني انسحاب مبدأ حسن النية على جميع مراحل العقد ابتداء من مرحلة تكوينه إلى تنفيذه(١٣٦).

ولا شك أن هذا التفسير هو الذي أدى بالقضاء الفرنسي إلى العمل على ارتداد حسن النية من مجال تنفيذ العقد إلى مرحلة تكوينه، ذلك أن العقد يعتبر معطى موضوعيًا يتجاوز نطاق إرادتي طرفيه، إذ لا يمكن اعتباره بمثابة القانون بالنسبة لهما وللقاضي ذاته، إلا إذا كان

(135) Loir Romain: Les fondements de l’exigence de bonne foi en droit français des contrats, mémoire de DEA, Lille 2: p: 120.
(136) Loir Romain: mémoire précité, p: 120.

يستجيب لاعتبارات عامة تتصل بقيم المجتمع السائدة(١٣٧).

وتبعاً لذلك، فحسن النية لم يعد مرتبطا بتنفيذ العقد في حد ذاته بل تقتضيه ضرورة إنشاء عقد صحيح وفق نمط السلوك السائد باعتبار أن العقد إذا كان يعتبر تصرفاً بالنسبة لطرفيه ولا يولد التزامات إلا بينهما طبقًا للأثر النسبي للعقد وفقاً للمادة ١١٩٩(١٣٨) من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ والمادة ٢٥٠(١٣٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٢٢٨(١٤٠) من قانون الالتزامات والعقود، فإنه بالمقابل يولد واقعة قانونية قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الكافة باعتبارها حقيقة اجتماعية مترتبة على عقد صحيح يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية،(١٤١) وهو ما نصت عليه المادة ١٢٠٠ (١٤٢) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة ٢٠١٦.

أولاً: عدم تأثر حسن النية بوجود رابطة عقدية

إذا كانت الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ تستلزم حسن النية خلال مرحلتي العقد إبرامًا وتنفيذًا، فإنه بخلاف ذلك تم الاقتصار أثناء مرحلة الصياغة على مرحلة تنفيذ العقد(١٤٣).

وقد أدى التطور الذي عرفه القضاء الفرنسي استنادًا على الأعمال التحضيرية للقانون المدني

(137) Loir Romain: mémoire précité, p: 120.

(138) L'article 1199 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

(١٣٩) تنص المادة ٢٥٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ على ما يلي: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

(١٤٠) الفصل ٢٢٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

(141) Loir Romain: mémoire précité, p: 120

(142) L'article 1200 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

بخصوص الأثر النسبي للعقد والاحتجاج به . – أحمد الدراري، مصادر الالتزام، دراسات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦، الجزء الأول، مطبعة عالم الاقتصاد، أكادير، ٢٠٢٠، ص، ٣٣٠ وما يليها.

(143) AP Fenet: Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, réimpression de l'édition de 1827, tome XIII, p: 217 -218.

لسنة ١٨٠٤ وصياغة المادة ١١٣٤ في فقرتها الثالثة إلى تحديد مضمون حسن النية باعتباره مبدأ عاماً يرتكز عليه القانون المدني، ولا يمكن حصر نطاقه في مجال محدد، بل يتعين تطبيقه بكيفية عامة انسجامًا مع الاعتبارات التي اقتضته(١٤٤).

ذلك أن مختلف الالتزامات التي تظهر في مرحلة تكوين العقد كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي لا يمكن تفسيرها وحصرها في نطاق مرحلة التكوين كما ظهرت في أول الأمر دون استلزامها في مرحلة التنفيذ، وما دام أن أساس الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي(١٤٥) هو حسن النية، فكيف يمكن تفسير سريان هذا الأخير في مرحلة التنفيذ دون

(144) Loir Romain: mémoire précité, p: 122.

(١٤٥) تجدر الإشارة أن الالتزام بالإعلام ليس التزاماً خاصًا بعقود معينة، بل قرره القضاء الفرنسي وطبقه في مجالات مختلفة، وقد استند في وضعه لهذا الالتزام على مبررات واقعية وأخرى قانونية. وتستند المبررات الواقعية على وقائع تتميز بالحداثة، فالتطور العلمي والتقني أدى إلى اختراع العديد من الآلات والأجهزة التي ساعدت على وجود كم هائل من السلع والخدمات المعقدة تقنيًا، بحيث ترتب على ذلك تفاوت في المعرفة والقدرات التقنية بين متعاقدين مهنيين يتفوقون من الناحية التقنية، وآخرين غير ملمين بالنواحي التقنية على نحو أصبحت معه الفئة الأولى في موقع من يعلم ما تجهله الفئة الثانية، الأمر الذي أدى إلى حدوث عدم توازن في العلاقات العقدية. وفي سبيل إعادة التوازن في العلم بين طرفي العقد قرر القضاء الفرنسي الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تحقيقًا للعدالة العقدية الواجب تحقيقها خلال المرحلة السابقة على إبرام العقد، ومواجهة عدم التكافؤ الناشئ بين الطرفين على الأقل في الحالات التي يستحيل فيها على أحدهما أن يعلم بالبيانات من غير طريق الطرف الآخر.

- Cass civ 7 juillet 1960, D, 1960, p: 25 .
- Cass civ 27 mars 1992, D, 1992, p: 196.
- Fabre – Magnan M: De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ, 1992, p: 248.
- Alisse J: L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse, paris, 1975, p: 5
- Ghestin J: la Réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, article précité, p: 247

أما المبررات القانونية، فقد استمدها القضاء الفرنسي من خلال نظرية عيوب الرضا وخاصة التدليس، غير أن ذلك لم يحل دون اكتساب هذا الالتزام ذاتية مستقلة جعلت منه التزامًا عاماً يقع على عاتق المتعاقد الذي يعلم لمصلحة المتعاقد معه الذي لا يعلم ولا يمكنه الحصول على ما يلزمه من معلومات بوسائله الخاصة. وإذا كان التدليس وفق المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ والمادتين ١٨٥ و ١٨٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٥٢ من قانون الالتزامات والعقود، هو استعمال وسائل احتيالية من شأنها إيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة والتأثير على رضائه=

=ودفعه إلى التعاقد، فالملاحظ أن القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ لم ينص سوى على التدليس الإيجابي، أما التدليس السلبي المتمثل في سكوت أحد المتعاقدين أو كتمانه عن الآخر واقعة لو كان قد علم بها لأحجم عن التعاقد معه فلم ينص عليه. ولمعالجة هذا القصور قرر القضاء الفرنسي ابتداء من سنة ١٩٥٨ أن التدليس يمكن أن يتمثل في سكوت المتعاقد عن الإدلاء بواقعة للطرف الآخر لو علم بها لما قام بإبرام العقد، فقد جاء في هذا القرار ما يلي:

« Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui s'il avait été connu de lui l'aurait empêché de contracter »

-Cass civ 19 mai 1958 cité par J Ghestin: La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D, 1971, p: 248

وتبعًا لذلك، فقد حمل المدين بالتزام قبل تعاقدي بالإعلام.

- J Ghestin J: La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, article précité, p: 248

وبعد ذلك أصبح القضاء الفرنسي يربط بين فكرة الكتمان التدليسي ومخالفة ما يقتضيه حسن النية في التعامل، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذه العلاقة في قرار لها بتاريخ ١٠ ماي ١٩٨٩ وصف بأنه من القرارات الكبرى، وفي تعليقه على هذا القرار ذهب بعض الفقه إلى أنه إذا كان الاستناد إلى نص الفصل ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ يبدو منطقيًا فإن الاستناد إلى نص المادة ١١٣٤ من نفس القانون هو الذي يلفت الانتباه، ذلك أن النص الأخير يتحدث عن حسن النية في تنفيذ العقد، ويضيف مؤيدًا موقف القضاء على أن الأمور أصبحت متناسقة الآن، فما فائدة وجوب حسن النية في تنفيذ العقد ما لم يفرض في المرحلة الأولى لإبرامه، والحال أن العقد يشكل جسمًا واحداً ينبغي أن يسود حسن النية جميع مراحله. - L Aynés: Observation's sous cass civ 10 mai 1989, D, 1990, p: 386

وهكذا، فالالتزام بالإعلام يعتبر تكريسًا لمبدأ حسن النية الذي يجب التقيد به منذ مرحلة تكوين العقد، حيث لا يتحمل به الطرفان بنفس الدرجة، فهو مشدد من ناحية الطرف المهني أو المتخصص عند تعامله مع طرف غير متخصص، يبرر ذلك غاية مشروعة مضمونها حماية من لا يعلم في مواجهة من يعلم، أو يفترض علمه بسبب صفة لحقته هي صفة الاحتراف والتخصص. وقد استقر القضاء الفرنسي على إلزام كل متعاقد بإعلام المتعاقد معه بما لديه من معلومات مؤثرة في رضائه التعاقدي منذ مرحلة التفاوض على العقد، وبذلك كرس حماية لصالح الطرف غير المهني أو لصالح المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه.

- Cass. com 1 décembre 1992, D, 1993, p: 237. - Cass. civ 20 juin 1995, D, 1995, p: 200

وإذا كانت الغاية من الالتزام بالإعلام هي مواجهة التفاوت بين الطرفين إزاء المعلومات، فإن هذه الغاية سمحت للقضاء بتحديد نطاق هذا الالتزام، بحيث أصبح المهني ملزمًا ليس فقط بالإدلاء لغير المهني بالمعلومات، ولكن أيضًا بتحذيره، ونصحه. **– الالتزام بالإدلاء بالبيانات** يعتبر الالتزام بالإدلاء بالبيانات الموضوعية العنصر الأول من عناصر الالتزام بالإعلام، ويتعين على الطرف المهني بموجبه أن يدلي لغير المهني بكل ما يكون له من مصلحة أكيدة في معرفته بشأن العقد المرتقب على نحو يمكنه من تكوين العناصر التي يتوقف عليها رضاؤه.

- F Collard Dutilleul, Ph Delebeque: Contrats civils et contrats commerciaux, précis Dalloz, 1991, p: 155

- A Chirez: Note sous cass civ 16 avril 1975, D, 1976, p: 514 =

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

=غير أن ما تقدم لا يعني وجود هذا الالتزام بكافة عناصره في سائر العقود، فوجوده على هذه الصورة المشددة إنما يكون في العقود التي تتميز بتعقد محلها، بحيث يظهر فيها جليًا انعدام التوازن المعرفي بين أطرافها. ولاشك أن هذا القول يجعل من العسير حصر المعلومات والبيانات التي يتعين على الطرف المهني الإدلاء بها للطرف الآخر، وعلى ذلك يبقى مضمون هذا الالتزام باعتباره عنصرًا من عناصر الالتزام العام بالإعلام محكومًا بالمبدأ الذي يسيطر عليه في كافة المجالات الأخرى، والذي بمقتضاه يتعين على الطرف الذي يعلم أو الذي يجب عليه أن يعلم بحكم صفته المهنية واقعة معينة يدرك أهميتها البالغة بالنسبة للطرف الآخر أن يقوم بإعلامه بها حين يكون هذا الأخير في وضع يستحيل عليه أن يستعلم عنها بنفسه، أو من منطلق الثقة المشروعة التي يضعها فيه، أو بسبب طبيعة العقد أو بسبب صفة الطرفين.

- C Mutz, S Lipovetsky: Note sous C A paris 30 septembre 2004, Petites affiches, n° 127, 28 juin 2005, p: 6

١. الالتزام بالتحذير ٢. يقصد بالتحذير كأحد عناصر الالتزام بالإعلام لفت انتباه ونظر الدائن إلى الجوانب السلبية للشيء موضوع العقد، ويكون التحذير بصفة أساسية من المخاطر التي يمكن أن تلحق به. **٣.**فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ ٢٨ يونيو ١٩٨٠ ما يلي:

« Le fabricant doit ici aller de la simple renseignement pour véritablement attirer l'attention de l'utilisateur sur les dangers que le produit peut lui faire courir ».

- C.A Paris 28 juin 1980, cité par A Viricel: op. cit, p: 53

ولاشك أن الالتزام بالتحذير بهذا المعنى يتضمن الإفصاح عن بيانات ومعلومات معينة للدائن، ولذلك يعتبر أكثر من مجرد الإدلاء ببيانات موضوعية، إذ يتطلب من المدين به بيان النتائج التي يمكن استخلاصها من البيانات المقدمة، وذلك بهدف تفادي مخاطر أو أضرار معينة.

- CA Orléans 18 septembre 1996 cité par Ph le Tourneau: Contrats informatiques et électroniques, op cit, p: 19

هذا، وقد استنتج القضاء الفرنسي الالتزام بالتحذير في مجال النزاعات المتعلقة ببيع السلع والمنتجات الخطرة، وذلك بقصد توفير الحماية للطرف غير المهني، حيث كانت الصفة الخطرة للشيء هي معيار وجود هذا الالتزام.

- Cass civ 11 octobre 1983 cités par J Huet: Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec 1987, p: 55

وبمعنى آخر، فإن التزام المهني بالتحذير يدور وجودًا وعدمًا مع الصفة الخطرة لاستعمال المبيع، حيث تعتبر الجدة مندرجة في إطار الصفة الخطرة، بالنظر إلى أن القضاء الفرنسي جعل في الاعتبار الأول ما يحيط باستعمال الشيء من خطر، ولم يعول بالتالي على صفة الجدة إلا بصورة جزئية عندما عرض لتقدير مدى الخطورة الناتجة عن استعمال الشيء المبيع.

- Y Boyer: L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, P. U. A. M, 1978, p: 278.

وفي سبيل تحديد مفهوم الشيء الخطر، وتبعًا لذلك تحديد نطاق الالتزام بالتحذير في ظل عدم وجود تعريف تشريعي محدد في هذا الصدد، ذهب بعض الفقه إلى أن الشيء يكون خطرا إما بسبب طبيعته ذاتها التي تمثل خطرًا، وذلك كالمواد السامة أو المتفجرات، وإما لكونه معيبًا، بحيث يصبح الشيء خطرًا ليس بحسب طبيعته وإنما نتيجة للعيب الذي لحقه.

- Huet J: Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, op cit, p: 52 .=

=- نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص:١٣٦. ويرى بعص الفقه أن الصفة الخطرة تتوافر في الشيء المبيع في حالتين: الأولى: عندما يكون الشيء خطرًا بطبيعته ويستوي أن تلازمه هذه الصفة منذ البداية، نظرًا لأنه لا يمكن أن ينتج إلا كذلك حتى يؤدي الغرض المقصود منه كالمواد القابلة للاشتعال، أو تكون تلك الصفة قد طرأت عليه بعد خروجه من تحت يد المنتج نتيجة تفاعل عناصره ومكوناته مع بعض العوامل الخارجية. الثانية: وتتحقق في الفرضية التي يكون فيها استعمال الشيء يقتضي القيام بعمليات معقدة من الممكن أن تؤدي إلى جعله خطراً بالنسبة لمستعمله. - محمد شكري سرور:مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٨٣، ص:٧و٨. وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون مبعث الخطر الخصائص الذاتيـة للشيء، وليـس عناصـر أو ظروفًا خارجة عنه. - P Voirin: La notion de chose dangereuse, D H, 1929, p:1

-**الالتزام بالنصح:** يعتبر الالتزام بالنصح من عناصر الالتزام بالإعلام ويقع في أعلى التدرج الهرمي لهذا الأخير، ذلك أنه يترجم حرص الطرف المهني في تقديم النصح الأكثر ملاءمة لوضعية غير المهني، ويعكس مشاركته في تحليل ما يرغب فيه عند عدم التعبير عنه بشكل كاف، ونصحه ليس فقط بالتراجع عن حل معين ولكن أيضًا بأن يتبنى حلاً معينًا دون غيره باعتباره الحل الأكثر مطابقة للأهداف التي ينشدها من وراء العقد المرتقب.

- Ph le Tourneau: Contrats informatiques et électroniques, op.cit, p: 53. - A Viricel: op. cit, p: 55. - C A Versailles 25 mai 1989, D, 1989, p: 200. - Cass civ 9 juillet 1985, D, 1986, p: 118, Note J Prévalut. - C A Rouen 14 décembre 1995. - C A Paris 6 décembre 1996 cités par H Bitan: Droit des contrats informatiques et pratique expertale op cit, p: 144.

فالالتزام بالنصح يتضمن تكوين تقدير معين وفقاً لظروف الحال والعناصر المختلفة من أجل توجيه خيارات وقرارات غير المهني، ودفعه إلى تبني الحلول الأكثر ملاءمة لوضعيته.

- Cass civ 3 juillet 2001. - CA Orléans 23 octobre 1997. - C A Toulouse 26 février 1992 cités par A Bensoussan, J F Fourgeron: Les arrêts – tendances de l'informatique, Lavoisier 2003, p: 104

ويظهر مما تقدم أن الالتزام بالنصح يفرض على المدين به عبئًا أكثر من الالتزام بالإدلاء بالبيانات أو الالتزام بالتحذير، إذ إنه يتجاوز مجرد إدلاء المهني لمن يتفاوض معه بالبيانات الموضوعية والأخطار المحتملة ليصل إلى حد إلزامه بتبني الحل الذي يرى أنه الأنسب له في ضوء خبرته وتخصصه وحثه على اتباعه، فالإدلاء إنما يتم على سبيل البيان، أما النصح، فيحصل على سبيل الحث والتوصية والتزكية لحل معين يتعين اتباعه في ضوء ظروف الطرف غير المهني.

- A Viricel: op. cit, p: 55

وقد يصل الأمر إلى حد رفض المهني التعاقد مع غير المهني، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ ٢٥ نونبر ١٩٨٧ بهذا الخصوص ما يلي:

- « A l'extrême lorsqu'il constate que pour une raison ou pour une autre, le projet n'est pas sain, il lui faut refuser la mission qu'il lui était confiée ».
- C A Paris 25 novembre 1987, D, 1988, p: 3

ورغم التشدد الذي يبديه القضاء الفرنسي في مواجهة الطرف المهني، فإنه تبنى بعض المرونة تجاهه، إذ وضع حدودًا =

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

مرحلة التكوين(١٤٦).

ونفس الأمر يتعلق بمرحلة تكوين العقد، إذ إن حسن النية كواجب عام يستلزم من كل طرف اتخاذ الاحتياطات اللازمة أثناء سير التفاوض، فمن جهة أولى، إذا كان حسن النيةيفرض قيام المتخصص في موضوع العقد المرتقب بإعلام الطرف غير المتخصص فيه بكافة العناصر التي يتوقف عليها اتخاذه للقرار بالتعاقد من عدمه، فإنه من جهة ثانية، يفرض عليه عدم تركه يتصرف بناء على الاعتقاد الخاطئ بجديته في التفاوض، بحيث يتحمل تكاليف ونفقات التهيؤ للعقد المرتقب، ثم يقوم بقطعه بعد ذلك(١٤٧).

وهذا ما عبرت عنه محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ ٢٤ أكتوبر٢٠٠١ بقولها إن الالتزام بحسن النية يفرض على كل طرف الامتناع عن التعسف، والتقيد بسلوك معقول ومعتدل، دون التصرف بكيفية كلية لمصلحته من جهة، ودون الإضرار بكيفية غير مبررة بالطرف الآخر(١٤٨).

وتبعاً لما سبق، فالقانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ بخلاف قانون المعاملات المدنية

=للالتزام بالنصح تخفف من حدته بشكل ملموس في بعض الحالات، حيث ينحصر في العناصر التي ليس للطرف غير المهني القدرة على معرفتها أو تقديرها.

- Cass civ 20 juin 1995, JCP, éd G, n°12, 1996, p: 523
- C A Paris 3 décembre 1993, Expertises des systèmes d'information, n°172, 1994, p: 133

وبعبارة أخرى، فالتخفيف أو التشديد في الالتزام بالنصح يدور وجودًا وعدمًا مع تخصص الدائن في موضوع العقد، إذ إن هذا الأخير يؤثر في حدة الالتزام بالنصح، فبينما تزداد إذا كان غير متخصص في موضوع العقد، فإنها بالمقابل تخف إذا كان متخصصاً فيه.

- CA Aix - en Provence 21 mai 1997, JCP, n° 15, 1997, éd E, n° 845
- Cass com 14 mai 2000
- CA Toulouse 22 janvier 2001cités par Bitan H: Droit des contrats informatiques et pratique expertale, op cit, p:146

(146) J Mestre: obs sous Cass civ 10 mai 1989, RTD.civ, 1989, p: 376

(147) Loir Romain: mémoire précité, p: 122.

(148) « 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». - CA Paris 24 octobre 2001.
http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/1-enm/civil/2009.pdf

الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي لما اعتبر أن العقود يجب أن تبرم وتنفذ وفق ما يقتضيه حسن النية،(١٤٩) فإنه حاول تأطير مراحل العقد بسياج يكرس المشروعية والتوازن في تكوين وتنفيذ الالتزامات التعاقدية(١٥٠).

ومادام الأمر كذلك، فإن سريان حسن النية لا يتأثر وجوده بإبرام العقد النهائي أو عدم إبرامه، وهذا ما يتضح من المادة ١١١٢(١٥١) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة ٢٠١٦ التي اعتبرت أن الدخول في التفاوض ومواصلته وقطعه يعتبر حرًا شريطة مراعاة مقتضيات حسن النية،(١٥٢) إذ إن الأمر سيان في وجود العقد من عدمه على مستوى خضوع الطرفين لمقتضيات حسن النية(١٥٣).

ثانياً: رفض ربط حسن النية بالعقد

إذا كان الأصل أن الطرفين بإمكانهما تحديد مضمون العقد الرابط بينهما، إلا أن ذلك قد يتعذر في بعض الأحيان، لذلك وضع القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤(١٥٤) والتشريعات التي سارت على نهجه كما هو الحال بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي(١٥٥) وقانون الالتزامات والعقود المغربي(١٥٦) قاعدة تقضي بوجوب تنفيذ العقد ليس في حدود ما اتفق عليه الطرفان، بل كذلك في حدود كل الملحقات التي يقتضيها العرف وقواعد الإنصاف والقانون ذاته.

ويذهب بعض الفقه إلى أن هذه القاعدة تستلزم تفسير العقد وتنفيذه بالنظر إلى الهدف الاجتماعي أكثر من إرادة الطرفين، وهو ما يعني الأخذ بعين الاعتبار أمورًا أخرى لم يشر إليها

(149) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(150) Loir Romain: mémoire précité, p: 123.
(151) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(152) Loir Romain: mémoire précité, p: 123.
(153) D Legeais: note sous Cass com 10 mai 1989, éd G, 1989, II, n°21363
(154) L'article 1135 du code civil Français (Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804) précité.
ويقابله في القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ الفصل ١١٩٤ الذي سبقت الإشارة إليه.
(١٥٥) المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي سبقت الإشارة إليها.
(١٥٦) الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود الذي سبقت الإشارة إليه.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

الطرفان في العقد(١٥٧).

ولا شك أن هذا الأمر هو ما دفع بعض الفقه إلى اعتبار حسن النية واجباً عاماً أكثر منه التزامًا، فالأول ينصرف إلى ما يتعين على الشخص فعله كما هو محدد في النظام الاجتماعي الذي يتم الخضوع له سواء كان قانوناً أو عرفاً أو مبادئ أخلاقية، أما الثاني، فهو يرتبط أكثر بالجانب القانوني، وهذا ما يجعل الواجب أكثر عمومية من الالتزام(١٥٨).

وخارج هذا التمييز الذي يستند على طبيعة مفهومي الالتزام والواجب، فالأول يكتسي خصوصية باعتباره خاصًا بالبعض، بخلاف الثاني الذي يتحمل به الكل، وبالتالي يعد أكثر عمومية(١٥٩).

وتبعاً لذلك، يذهب بعض الفقه إلى أن مفهوم الواجب هو ما ينسجم مع حسن النية أكثر من الالتزام، مادام أنه لا يرتبط بوجود العقد في حد ذاته، بل يخضع الأطراف لمتطلباته سواء أبرم العقد بينهما أم لا(١٦٠).

فمن جهة أولى، يتعين على كل طرف في مرحلة تكوين العقد بمقتضى حسن النية الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الآخر، ويندرج ذلك في إطار الالتزام بالسلامة الذي يقتضيه حسن النية كواجب أو مبدأ(١٦١).

وعلى هذا النحو، فمقتضى السلامة لا يتميز بأي طابع تعاقدي، وإنما يستجيب لحسن النية

(157) J Ghestin, C Jamin, M Billiau: Traité de droit civil, LGDJ, 2001, p: 65
(158) F Diesse: Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, APD, 1999, p: 269. - Y Picod: Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, p: 13
(159) Y Picod: Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op cit, p: 13
(160) « n'entre dans le contrat que ce qui est spécifique aux contractants. Or, la bonne foi est une exigence de portée générale, qui s'impose à tous les individus, qu'ils soient ou non liés par un contrat. La portée de l'exigence de bonne foi justifie son exclusion du champ contractuel: jusqu'au sein du contrat, elle n'est pas une exigence propre aux contractants. Il paraît donc concevable de refuser à la bonne foi la nature d'obligation contractuelle, pour lui préférer la qualification de devoir ». - Loir Romain: mémoire précité, p: 126.
(161) Loir Romain: mémoire précité, p: 126.

كقاعدة عامة، فسلامة الغير تعتبر معطى عامًا قابلًا لأن يشكل موضوع قاعدة للسلوك بكيفية مستقلة عن أي عقد، فالسلامة في الواقع تنصرف إلى الكل ويتحمل بها الكل خارج أي وعد أو عقد(١٦٢).

وسواء تعلق الأمر بتكوين العقد أو تنفيذه، فمقتضى السلامة يفرض عدم المساس بسلامة الغير، وبالمقابل الأخذ بعين الاعتبار مصالحه، وهو على هذا النحو لا يختلف سواء ارتبط بالعقد أم لا(١٦٣).

ومن جهة ثانية، فإن حسن النية يستجيب لاعتبارات التحضر، حيث يظهر على مستوى العلاقات الاجتماعية استقلالاً عن الطابع التعاقدي أو غير التعاقدي، لذلك يتعين عدم تغيير طبيعته أثناء تنفيذ العقد، إذ يبقى واجباً عاماً مفروضًا على الكافة(١٦٤).

وفي جميع الأحوال، يذهب بعض الفقه إلى أن التمييز بين حسن النية التعاقدي وغير التعاقدي ليس له إلا محتوى وصفي باعتبار أن الإعلام والنصح والسلامة ليست إلا متطلبات لحسن النية ذاته، ويتحمل بها الكل، وليست خاصة بالعقد، ومن ثم لا يجب تكييفها ارتباطا بالعقد(١٦٥).

(162) «la sécurité d'autrui est un impératif de portée générale susceptible de constituer l'objet d'une norme de comportement indépendante de tout contrat. La sécurité peut en effet être rationnellement attendue de tous et est due par tous, en dehors de toute promesse et de tout contrat; elle est en quelque sorte 'hors contrat' ».
- P Jourdain: Le fondement de l'obligation de sécurité, Gaz pal, 1997; p: 1196.
(163) «imposant de ne pas mettre en cause la sécurité d'autrui, de prendre en compte ses intérêts, elle se fonde en effet en dehors du contrat. Dés lors, l'obligation de sécurité telle qu'imposée au sein du contrat ne diffère en rien d'une exigence extra contractuelle».
-Loir Romain: mémoire précité, p: 127
(164) «il a admis qu'elle réponde, jusqu'au sein du contrat, à une exigence générale de civilité, et qu'elle se fonde jusque dans ce cadre en dehors du contrat. Si la bonne foi manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel, on ne voit pas pour quelle raison elle changerait de nature au cours de l'exécution du contrat. Cela revient à affirmer que la bonne foi n'est pas une obligation contractuelle mais une obligation pesant sur tous les particuliers ».- P Stoffel-Munck: L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, LGDJ, 2000, p.116.
(165) P Jourdain: Le fondement de l'obligation de sécurité, article précité, p: 1196.

وإذا كان حسن النية وما يفرضه من متطلبات لا يلزم ربطه بالعقد، فإن محتواه العام يبرر استبعاده من النطاق التعاقدي، حيث يراعى سواء أبرم العقد أو لم يبرم، وهو ما يقتضي التساؤل عن الآثار المترتبة على ذلك، بعد التطرق إلى الانتقادات الموجهة لتكريسه كواجب عام.

ثالثاً: نقد تكريس حسن النية كواجب عام

بالرغم من التوجه العام نحو الاعتراف بحسن النية كواجب عام، فقد تردد بعض الفقه بصدد ذلك، واعتبر أنه لا يوجد مبدأ عام بحسن النية، بل مجرد مظاهر خاصة في بعض الحالات المتعلقة بتطبيق القواعد القانونية من أجل الحد من صرامتها عندما تتميز بالإفراط(١٦٦).

ذلك أن مفهوم حسن النية ذاته يتسم بالغموض ويحيل على قيم القاضي أكثر من الإحالة على نموذج معياري للسلوك، إذ بالنظر إلى مرونته سيؤدي إلى التوسع في سلطة التقدير التي يملكها القاضي، الذي سيقوم بتحديد محتواه بالنظر إلى كل حالة على حدة والحال أن النموذج المحال عليه يبقى غامضًا، وهو ما سيؤدي في نهاية الأمر إلى أن يحدد بنفسه محتواه، وبالتبعية المساس بالسلامة القانونية(١٦٧).

وبالإضافة إلى ذلك يضيف هذا الفقه إلى أن الأمر لا يستقيم، إذ سيؤدي الاعتراف بمبدأ غامض إلى السماح بتكريس حلول قانونية متباينة من طرف القضاء، وهو ما سيحول حسن النية إلى مؤشر للتعسف(١٦٨).

والواقع أن الاعتراف لحسن النية بصفة المبدأ أو الواجب العام لا يبدو في نظر أغلب الفقه متناقضًا مع الإحالة على السلطة التقديرية للقاضي، إذ إن تطبيقه لا يكون بكيفية تلقائية بل عبر

(166) «il n'y a pas de principe général de la bonne foi. Il y a des correctifs spéciaux apportés dans certains cas au fonctionnement des règles juridiques pour désarmer leur rigueur, quand une raison quelconque les font paraître excessives ».
- R Vouin cité par Loir Romain: mémoire précité, p: 141.
(167) P Morvan: Le principe de droit privé, LGDJ 1999, p.62.
(168) P Morvan : op cit, p.62

ملاءمة مختلف الحالات، حيث يحدد الحلول المناسبة على أساس حسن النية، وهو ما يعني أن حسن النية لا يعدو أن يكون سوى موجه للقاضي بصدد الفرضيات المتعددة في استعمال سلطة التقدير التي يملكها(١٦٩).

وفي جميع الأحوال، فالإجماع منعقد لدى الفقه الفرنسي(١٧٠) في اعتبار حسن النية مبدأ عاماً، يشمل مرحلتي التكوين والتنفيذ معًا، وهو ما كرسه القضاء الفرنسي أيضًا عبر الاستناد عليه بكيفية مباشرة، ونص عليه المشرع الفرنسي مؤخرًا بمقتضى المادتين١١٠٤(١٧١) و ١١١٢(١٧٢) من القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦.

وفي هذا السياق، فقد اعتبر الأستاذ جيستان أن حسن النية يعتبر مضمونًا قانونيًا يرقى إلى مرتبة المبدأ العام للقانون، بل إنه يعتبر مبدأ يتميز باتساع نطاقه بما يجعله يسري سواء بمناسبة إبرام عقد أم لا (١٧٣).

ولا شك أن اعتبار حسن النية مبدأ أو واجباً عاماً يترتب عليه نتائج مهمة على مستوى المسؤولية، إذ باعتباره ينفصل عن العقد، ويشمل مختلف مراحله، لا ينبغي تكييف الإخلال به ولو أثناء مرحلة التنفيذ بالإخلال بالتزام عقدي، بل بالإخلال بواجب عام يجسد قاعدة سلوك تستجيب لاعتبارات أسمى بما يترتب عليه المسؤولية التقصيرية (١٧٤).

(169) Loir Romain: mémoire précité, p: 146.
(170) «Aujourd'hui, la doctrine française tend à admettre, par induction, un véritable principe général de bonne foi, qui ne vaut plus seulement lors de l'exécution du contrat, mais commence à produire son effet dès la période des pourparlers, c'est à dire avant toute conclusion. Quant à la jurisprudence, elle consacre nettement cette opinion en se référant parfois ouvertement à un 'principe de bonne foi »
- P Jourdain: Rapport français, in Travaux de l'association Henry Capitant, La bonne foi, Paris, Litec 1994, p:122
(171) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(172) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(173) J Ghestin: Traité de droit civil, la formation du contrat, LGDJ, 1993, p: 237
(174) Loir Romain: mémoire précité, p: 146.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة على الطابع غير التعاقدي لحسن النية

لقد كان من نتائج ربط حسن النية بعناصر خارجية ذات طابع عام استقلالية حسن النية عن العقد(أولاً)،بحيث أصبح يسود كافة مراحل هذا الأخير(ثانياً)، باعتباره مكملاً للقوة الملزمة للعقد (ثالثاً)، الأمر الذي أدى إلى عدم إمكانية تطبيق نظام المسؤولية العقدية (رابعاً).

أولاً: استقلالية حسن النية عن العقد المبرم

إذا كان حسن النية لا يظهر بمناسبة العقد، فإن ذلك يبرر التقيد به ولو لم يتم إبرام هذا الأخير.

كما أن استقلالية حسن النية عن العقد المبرم باعتباره واجباً عاماً قد أدى إلى رفض تطبيق أحكام المسؤولية التعاقدية في حالة خرقه ولو بمناسبة تنفيذ العقد، الأمر الذي أدى إلى التساؤل كذلك عن ارتباط حسن النية بالقوة الملزمة للعقد.

ثانياً: مراعاة حسن النية أثناء مرحلة تكوين العقد

لقد قام القضاء الفرنسي برد حسن النية من مجال تنفيذ العقد إلى مرحلة تكوينه دون سند تشريعي صريح في القانون المدني لسنة ١٨٠٤ بخلاف الأمر بعد تعديل ٢٠١٦، وهو ما يعني ضرورة التقيد به حتى قبل التوصل إلى العقد النهائي، حيث تساءل الفقه عن المبررات التي يمكنها تفسير التقيد به دون وجود عقد يربط بين الطرفين.

لقد ذهب بعض الفقه بصدد هذا التساؤل إلى أن حسن النية ينشأ خارج العقد، ويتجاوز مجرد مرحلة تنفيذ هذا الأخير، بل يشمل مرحلتي العقد تكوينًا وتنفيذًا، باعتبار أنه مرتبط باعتبارات أعلى تفصله عن العقد في حد ذاته(١٧٥).

وعلى هذا النحو، فالفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤(١٧٦) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤

(175) Loir Romain: mémoire précité, p: 130.
(176) L'article 1134 du code civil Français (Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) précité. ويقابلها في القانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦ المادة ١١٠٤التي سبقت الإشارة إليها.

والفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ [١٧٧]من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفقرة الأولى من الفصل ٢٣١ [١٧٨]من قانون الالتزامات والعقود المغربي ليست سوى تطبيق لمقتضى ذي طابع عام، ولا تدل سوى على ضرورة مراعاته في تنفيذ العقد دون أن تنفي وجوده في المرحلة السابقة لإبرامه[١٧٩].

وتبعاً لذلك يمكن تفسير حسن النية في مرحلة تكوين العقد بالنظر إلى كون هذه المرحلة تفرض ضرورة الإعداد للعقد المرتقب بشكل صحيح، حيث يكون التنفيذ انعكاسًا للتكوين، وبالتبعية لا يمكن تصور تنفيذ عقد بشكل صحيح أي وفقاً لما يقتضيه حسن النية، والحال أن هذا الأخير لم يراع في مرحلة تكوينه أصلًا.

ويضيف بعض الفقه أن مراعاة حسن النية أثناء مرحلة تكوين العقد قد أملته كذلك اعتبارات تتعلق بتنفيذه بحسن نية، إذ إن تحديد شروط العقد من قبل الطرفين بحسن نية يفترض تنفيذها بحسن نية[١٨٠].

وقد اعترض فقه آخر على هذا التبرير الذي يربط مرحلتي العقد تكوينًا وتنفيذًا من أجل تبرير التقيد بحسن النية، والحال أن الأخير يعتبر مستقلا عن وجود العقد ذاته، إذ يراعى حتى ولو لم يبرم العقد أصلًا[١٨١].

وفي هذا الصدد حاول بعض الفقه تبرير استلزام حسن النية في مرحلة تكوين العقد، بوجود عقد معنوي ضمني بين الطرفين أثناء الدخول في التفاوض، وهو الذي يفرض احترام حسن النية[١٨٢].

وقد تعرض هذا الرأي لنقد شديد على أساس أنه مجرد تصور مصطنع لتوافق الإرادات،

(١٧٧) الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي سبقت الإشارة إليها.

(١٧٨) الفقرة الأولى من الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

(179) Loir Romain: mémoire précité, p: 130.

(180) J Mestre: obs sous 10 mai 1989, RTD civ 1989, p: 376

(181) D Tallon: L'inexécution du contrat, pour une autre présentation, rev trim dr civ, 1994, p: 223.

(182) «La présence de la bonne foi dés la phase de formation du contrat pourrait encore s'expliquer par la présence d'un contrat moral tacite, qui serait conclu entre deux individus entrant en relation, et qui imposerait le respect de la bonne foi ». - S Darmaisin: Le contrat moral, LGDJ, 2000, p: 232.

ومن شأنه تمديد مجال المسؤولية التعاقدية إلى مرحلة تكوين العقد، والحال أن هذه المرحلة تبقى خاضعة للمسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة(١٨٣).

ثالثاً: حسن النية والقوة الملزمة للعقد

بالنظر إلى أن حسن النية يتصل باعتبارات تتعلق بقيم المجتمع، فإن تطبيقه بمناسبة تنفيذ العقد قد يعطي للقاضي حرية كبيرة اعتبارًا للمرونة التي يتميز بها، وهو ما قد يؤدي إلى المساس بالقوة الملزمة للعقد، وبالتالي أليس من شأن المساس بما اتفق عليه طرفا العقد باعتباره قانونهما تكريس نوع من عدم الاستقرار في مرحلة التنفيذ.

لقد ذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى أن الركون إلى حسن النية كواجب عام والذي يرتكز على اعتبارات أخلاقية قد يفقد غايته بالنظر إلى كونه يتأثر بالجانب الذاتي للقاضي من جهة، ومن جهة أخرى، قد يحمل هذا التوجه خطورة بالنظر إلى أنه قد يحول حسن النية كمقابل للقوة الملزمة للعقد، والتي تفترض احترام إرادتي الطرفين(١٨٤).

وفي نفس الإطار يذهب فقه آخر إلى أن مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤- والتي تقابلها الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفقرة الأولى من الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي- هي مرتبطة بالمادة ١١٣٥ (١٨٥) من نفس القانون - والذي تقابله الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفقرة الثانية من الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي- باعتبار أن الغاية منهما هي تكملة مضمون العقد بالنظر إلى ما أراده طرفاه ولكن لم يعبرا عنه بكيفية صريحة، وتبعاً لذلك، فمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ لاتتضمن أي معطى أخلاقي، إذ ما يهم طرفا العقد هو تنفيذه بكيفية كاملة، وهذا ما يعني أن

(183) Loir Romain: mémoire précité, p: 130.
(184) L Aynes: Le devoir de renégocier, RJcom, n°spécial, novembre 1999, p: 19.
(185) L'article 1135 du code civil Français (Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804) précité.

حسن النية يتعين أن يرتبط بإرادتي طرفي العقد، باعتباره مكملاً لهذه الإرادة، والغاية منه تنحصر في السماح بتنفيذ العقد(١٨٦).

ويضيف هذا الفقه تعزيزًا لرأيه بكون حسن النية لا يؤدي دوره سوى على مستوى ضمان تنفيذ العقد، وبالتالي يعتبر قيدًا لعدم الخروج على شروطه، ولا ترتد أصوله التاريخية إلى مفهوم مستقل في حد ذاته ومنفصل عن القوة الملزمة للعقد، وتبعاً لذلك لا يخضع لاعتبارات ذات طبيعة عامة تتجاوز نطاق العقد، ذلك أن المدين عندما يتصرف بطريقة تخالف حسن النية ابتداء إنما في واقع الأمر يخرج عن شروط العقد، وبالتالي عن نطاق القوة الملزمة للعقد ذاته، وهذا ما يبرر إلزامه بالتنفيذ على النحو المتفق عليه، أي وفق مقتضى حسن النية انتهاء، ولا شك أن هذا ما يجعل المفهومين غير قابلين للانفصال(١٨٧).

وبالرغم من ذلك، فإننا نميل مع الفقه الحديث إلى التسليم بالطبيعة الخارجية لحسن النية عن العقد ذاته، مما يجعل منه مكملًا للقوة الملزمة التي يتميز بها ولا يعتبر منافسًا لها، ذلك أن حسن النية لا يعتبر ناتجًا عن العقد بقدر ما هو مرتبط باعتبارات تسمو عليه تتصل بقيم المجتمع بالنظر إلى أنه يلزم طرفي العقد بما لم يتفقا عليه بكيفية صريحة، بخلاف القوة الملزمة للعقد التي تقتصر على إلزام طرفيه بما ورد فيه، أي بما سبق لهما التعبير عنه بكيفية صريحة(١٨٨).

رابعاً: عدم تطبيق نظام المسؤولية التعاقدية

انطلاقاً من التحليل السابق والذي يعتبر أن حسن النية يتصف بطابع خارجي عن العقد ذاته، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن مختلف الواجبات المتفرعة عنه لا يتعين اعتبارها التزامات تعاقدية، وبالتبعية إثارة المسؤولية عنها وفق قواعد المسؤولية التعاقدية، بل بالنظر إلى طبيعتها

(186) O Anselme-Martin: Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, Petites Affiches, 22 janvier 1997, n°10, p22.
(187) O Anselme-Martin: Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, article précité, p:22.
(188) P Ancel L :Force obligatoire et contenu obligationel du contrat, rev trim dr civ, 1999, p:796.

كواجبات عامة يلزم مساءلة من يخرقها وفق قواعد المسؤولية التقصيرية(١٨٩).

ذلك أن خرق الواجبات المتفرعة عن حسن النية إنما هو في واقع الأمر تجاهل لمتطلبات ذات طابع عام، والتي تستجيب لاعتبارات تخرج عن دائرة العقد، ولا تنشأ انطلاقاً من هذا الأخير، وتبعاً لذلك، فإن الجزاء يتعين أن لا يقترن بالعقد ذاته، الذي تقتصر المسؤولية في إطاره عن الإخلال بما تم التعبير عنه من قبل الطرفين بكيفية صريحة، الأمر الذي يجعل المسؤولية عن الإخلال بمتطلبات حسن النية تقصيرية(١٩٠).

كما أن الإخلال بحسن النية ولو ارتبط بتنفيذ العقد، فإن هذا الأخير لا يعتبر سوى عارض باعتبار أن حسن النية يعد واجباً عاماً من حيث مصدره أولاً، ويتجاوزه ثانياً، فليس العقد هو الذي استدعى التقيد بحسن النية، بل الإخلال بالواجب العام ذاته(١٩١).

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ ١٤ ماي ١٩٧٠ إلى أن الخطأ شبه التقصيري يعد مستقلاً عن الخطأ العقدي، حيث يفترض هذا الأخير عدم تنفيذ العقد ذاته(١٩٢).

ونحن نميل إلى تأييد موقف القضاء بالنظر إلى أنه يسمح للمتضرر بالاستفادة من أحد نظامي المسؤولية الأفضل له، وهو نظام المسؤولية التقصيرية باعتبار أن التعويض فيها يشمل الضررين معًا المتوقع وغير المتوقع(١٩٣).

المطلب الثاني

حسن النية والحرية التعاقدية

القاعدة أن كل شخص يتمتع بكامل حريته في إبرام العقد، وهذه الحرية لها وجه آخر سلبي

(189) «La bonne foi ne se fonde pas dans le contrat, quelle que soit la phase du contrat concerné. Dés lors, elle ne peut être définie comme une obligation contractuelle. Logiquement, il en résulte que le manquement à la bonne foi ne peut engendrer l'application du régime de la responsabilité contractuelle ». - Loir Romain: mémoire précité, p: 132.
(190) Loir Romain: mémoire précité, p: 132.
(191) Loir Romain: mémoire précité, p: 133.
(192) « une faute quasi-délictuelle distincte de la faute contractuelle qui aurait consisté à ne pas exécuter le contrat lui-même ». - CA Paris, 14 mai 1970, JCP éd. G, 1971-II-16571.
(193) P Juillard: note sous CA Paris, 14 mai 1970, JCP éd. G, 1971-II-16571.

ينصرف إلى حرية رفض إبرامه.

ولكن هذه الحرية لا تعتبر مطلقة بل تتقيد بالواجب العام بحسن النية(الفقرة الثانية)، الذي يلعب دوراً مهمًا في تحديد الإرادة وتمكين الطرفين من التعبير عنها بكيفية حرة، وبالتبعية استبعاد الخطأ (الفقرة الأولى).

ولا شك أن هذا التطور قد طرح التساؤل حول قرينة افتراض حسن النية ومدى تأثرها بتكريس حسن النية كواجب عام (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: دور حسن النية في تكريس استقلالية الإرادة

ترتكز الحرية التعاقدية على ثلاثة اعتبارات، يتجلى الأول، في حرية الطرفين على مستوى إبرام العقد من عدمه، والثاني، يتمثل في حرية تحديد موضوع العقد المرتقب، والثالث، يظهر في تحديد مدى الالتزامات التي يتحمل بها كل منهما، و تعديلها بإرادتيهما معًا بعد ذلك(١٩٤).

في هذا الإطار يعطي حسن النية في الفترة السابقة على إبرام العقد بنية لهذه الحرية التعاقدية عبر تقييدها عن طريق إثارة المسؤولية في حالة عدم التصرف بحسن النية، وهو ما يفرض على الطرفين الحرص على مصلحة كل منهما من قبل الآخر(١٩٥).

وعلى هذا النحو، فحسن النية يقيد سلوك الطرفين في استعمال الحرية التعاقدية بما يؤدي إلى عدم خلق مظهر خادع حول إمكانية إبرام العقد يطمئن إليه الطرف الآخر(١٩٦).

وتبعاً لذلك، فالمتفاوض الذي لا يرغب في الاستمرار في التفاوض يتعين عليه ألا يخفي تلك الرغبة ويستمر ظاهريًا في التفاوض لإعطاء الانطباع للطرف الآخر بجديته، بل يتعين

(194) B M Martinez –Cardenas: Thèse précitée, p: 269.
(195) B M Martinez –Cardenas: Thèse précitée, p: 269.
(196) « En d'autres termes, plus les pourparlers étaient avancés, plus les juges ont tendance à considérer que la rupture est fautive, surtout si l'auteur de la rupture a entretenu la croyance de son partenaire en la conclusion prochaine d'un contrat ».- Com. 7 janvier 1997_
http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/1-enm/civil/2009.

عليه إذا ما أراد قطعه أن يستند في ذلك على مبرر مشروع(١٩٧).

وقد استقر الفقه(١٩٨) والقضاء الفرنسيين على أن الالتزام بالتصرف بحسن نية في مرحلة تكوين العقد يقتضي التزامًا تبعيًا بتبرير السلوك.

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٤يونيو ٢٠٠٠ إلى أن الظاهر من المراسلات المتبادلة بين الطرفين أن العقود يتعين توقيعها بتاريخ ١٣ و١٤ ماي ١٩٩٣ إلا أن الطالبين قد تخلفوا عن الحضور من أجل ذلك، دون وجود أي وثيقة تبرر الامتناع، ثم قاموا بعد ذلك ببيع حصصهم إلى الغير، حيث تكون محكمة الاستئناف بهذه العلل قد استنتجت أنهم أخلوا بحسن النية في التصرف الذي ينبغي أن يحكم علاقاتهم أثناء المرحلة قبل التعاقدية، وارتكبوا خطأ، بما يجعل الوسيلة على غير أساس(١٩٩).

والقضاء الفرنسي في هذا المجال يميل إلى ضرورة تبرير قطع التفاوض خاصة عندما يصل إلى درجة متقدمة، إذ يتعين على المتفاوض إثبات المبرر الذي حمله على العدول عن التفاوض، وإلا اعتبر مرتكبًا لخطأ رافق قطع التفاوض(٢٠٠) .

وإذا كان الأصل لدى القضاء الفرنسي أن قطع التفاوض في حد ذاته لا يعتبر خطأ، بل يعتبر من صميم الحرية المكفولة للمتفاوض كما استقر على ذلك،(٢٠١) وهو ما قننه المشرع الفرنسي

(197) A Laud :Le constat judiciaire des pourparlers, rev trim dr com, p:51.
(198) J Schmidt-Szalewski: L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi, D, 1999, p: 127
- B M Martinez –Cardenas: Thèse précitée, p: 272.
(199) «Mais attendu que la cour d'appel a retenu que pendant plusieurs mois, les consorts Preyssas avaient négocié la cession de leurs actions avec les médecins, et que c'est après avoir procédé à une évaluation de la société, convenu d'un prix, et négocié les conditions de la cession et les avantages de Mme Preyssas après cette cession, et alors qu'il résultait des écritures des parties que les conventions devaient être signées les 13 et 14 mai 1993, que les appelants ne se présentèrent pas pour signer les documents, aucune pièce n'établissant les raisons de leur abstention et vendirent leur participation à un tiers ; que, de ces seuls motifs, elle a pu déduire qu'ils avaient ainsi manqué à la loyauté qui doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle, et commis une faute ; que le moyen n'est pas fondé».
- Cass civ14 juin 2000 cité par B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 273.
(200) A Laud :Le constat judiciaire des pourparlers, article précité, p: 51.
(201) Cass com 7 avril 1998 cité par B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 275.

بمقتضى المادة ١١١٢[٢٠٢] من القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦، فإن هذا القطع لا ينبغي أن يقترن به خطأ من قبيل خلق مظهر في جدية التفاوض وإبرام العقد النهائي اطمأن إليه الطرف المتضرر وتصرف بناء عليه[٢٠٣].

وتبعاً لذلك يعتبر قطع التفاوض مبررًا عندما يستند المتفاوض على عدم انسجامه مع طبيعة العقد الذي يرغب في إبرامه مسبقًا، حيث يتعين عليه تجنب إطالة التفاوض والانسحاب منه دون دفع الطرف الآخر إلى تحمل تكاليف كبيرة من أجل الإعداد للعقد المرتقب تحت تأثير الثقة المشروعة التي تولدت لديه في جدية الطرف المتفاوض معه[٢٠٤].

الفقرة الثانية: حدود ممارسة الحرية في مرحلة تكوين العقد وفق حسن النية

إذا كانت القاعدة أن كل متفاوض يتمتع بالحرية في إبرام العقد من عدمه، فإن الإشكال الذي يطرح يتعلق بإمكانية التوفيق بين هذه الحرية المكفولة لكلا الطرفين في المرحلة السابقة للعقد النهائي، وحرية قطع التفاوض في حد ذاته باعتبارها مشتقة من الأولى.

وإذا كانت ممارسة الحرية على النحو السابق إبرامًا وقطعًا مقيدة باحترام حسن النية، فما هو المدى الذي يمكن أن يصل إليه الطرفان في ممارسة حريتهما، وبالرغم من ذلك يبقى كل منهما في منأى عن أي مسؤولية.

أولاً: حالة إجراء تفاوض مواز للتفاوض الجاري

يعتبر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٦ نونبر ٢٠٠٣ من بين القرارات التي عنيت بكيفية تحديد المسؤولية قبل التعاقدية بالنظر إلى التأثير الذي يمارسه حسن النية من حيث تأطير سلوك الطرفين فيما يتعلق بحرية عدم التعاقد المكفولة لهما[٢٠٥].

ولعل الإشكال الذي يطرح بصدد ممارسة المتفاوض لحريته يتعلق بوضعية الطرف الذي

(202) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(203) B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 275.
(204) B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 276.
(205) B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 278.

يجري معه تفاوضًا موازيًا مع ذلك الذي يباشره مع الطرف المتضرر والذي توصل إلى إبرام العقد النهائي معه(٢٠٦).

وقد تمسكت المتضررة شركة Manoukian بكونها قد أبرمت اتفاقًا سابقًا مع الطرف المسؤول عن قطع التفاوض بعدم إجراء تفاوض مواز لمدة معينة، والذي التزم فيه الطرف المتفاوض معه بتعويض كافة الأضرار الناتجة عن القطع المحتمل للتفاوض الدائر بينهما.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن مجرد تعاقد شخص مع آخر يجري تفاوضًا مع الغير لا يشكل في حد ذاته خطأ، إلا إذا اقترن بنية الإضرار أو تم استعمال وسائل احتيالية، حيث يعتبر ذلك خطأ يثير مسؤولية مرتكبه (٢٠٧).

وقد أثار هذا القرار ملاحظتين بصدد المسؤولية في حالة إجراء تفاوض مواز وإبرام العقد مع الغير.

الأولى: أن حسن النية في مرحلة تكوين العقد لا يمنع المتفاوض من إجراء تفاوض مواز مع الغير بالموازاة مع إجراء تفاوض آخر، إذ إن حسن النية يتجلى دوره في تجنب خلق أمل خادع لدى الطرف الآخر، بكون العقد في طريقه إلى الانعقاد بحيث يدفع ذلك الطرف الآخر إلى تحمل تكاليف بمناسبة التهيؤ للعقد المرتقب(٢٠٨).

وتبعاً لذلك، فإجراء تفاوض مواز في حد ذاته لا يعد خطأ، ولا يمكن أن تثار مسؤولية الغير إلا إذا كانت لديه نية الإضرار، وقام المتضرر بإثبات علمه بحالة تقدم التفاوض الجاري(٢٠٩).

(206) B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 279.
(207) «le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même, et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur». - Cass com 26 novembre 2003 cité par B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 279 –280.
(208) «En effet, la bonne foi au stade de la formation du contrat consiste seulement à éviter d'éveiller chez l'autre l'espoir illusoire qu'une affaire sera conclue et l'amener ainsi à faire des dépenses dans ce but».- B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 280.
(209)Démontrer que le tiers avait une connaissance exacte de l'état d'avancement des négociations poursuivies par le négociateur bénéficiaire de l'accord».
- B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 280

الثانية: أن هذا الاتفاق لا يمكن أن يمس بحرية التعاقد المكفولة للطرفين وهي تتصل بالنظام العام، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي بكيفية صريحة(٢١٠) باعتبار أن هذا الاتفاق سيصبح أداة لإلزام أحد الطرفين بإبرام العقد النهائي، والحال أن إبرام هذا الأخير يبقى مسألة تقديرية لهما، وبالتبعية، فإن ما يحد من حريتهما هو عدم اتخاذ سلوك ينسجم مع ما يقتضيه حسن النية، وهو الذي يؤدي إلى إثارة المسؤولية عن قطع التفاوض بالشروط السابقة(٢١١).

ثانياً: القدرة على توقع قطع التفاوض

إذا كان حسن النية يلزم طرفيه ببذل العناية اللازمة لمواصلة التفاوض عبر الامتناع عن خلق مظهر خادع من قبل أحدهما في مواجهة الآخر، فإن هذا الأمر يدفع إلى التساؤل حول المدى الذي يتعين أن يتصرف فيه المتفاوض، والذي يجعل احتمال قطع التفاوض قائماً لدى المتفاوض المتضرر، وبالتبعية لا مجال أمام الأخير في التمسك بأنه وقع ضحية وضع خادع.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بتاريخ ٢٨ يونيو ٢٠٠٦ إلى أن الخطأ أثناء ممارسة حق قطع التفاوض بكيفية انفرادية لا يعتبر سبباً للضرر الذي يتجلى في تفويت فرصة تحقيق الكسب المتوقع الحصول عليه في حالة إبرام العقد(٢١٢).

وقد برر بعض الفقه موقف محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بكون إبرام العقد النهائي يبقى في حد ذاته مسألة احتمالية، وبالتالي، فالاحتمال المرتبط بإبرام العقد النهائي ينسحب كذلك على فرصة تفويته، وتبعاً لذلك، لا يمكن للتعويض أن يعادل حجم الكسب المتوقع من العقد النهائي، والحال أنه لم يبرم أصلًا.(٢١٣)

ولعل هذا الإشكال هو الذي أدى بالمشرع الفرنسي إلى التنصيص بكيفية صريحة بمقتضى

(210) L'article 1102 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(211) B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 28
(212) Cass civ 28 juin 2006 cité par B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 283
(213) B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 283

المادة ١١١٢[٢١٤] من القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ في فقرتهاالثانية، على أن حجم التعويض لا يمكن أن يوازي حجم الربح المأمول من العقد النهائي في حالة إبرامه.

الفقرة الثالثة: تأثير حسن النية كواجب عام في قرينة افتراض حسن النية

إذا كان المشرع الفرنسي قد حسم الجدل بخصوص طبيعة حسن النية، إذ أصبح واجباً عاماً، وتبعاً لذلك، أصبح كل فرد ملزمًا باحترامه في كافة تصرفاته سواء ارتبطت بتكوين العقود أو تنفيذها.

ولا شك أن هذا التطور قد طرح التساؤل حول قرينة افتراض حسن النية ومدى تأثرها بتكريس حسن النية واجباً عاماً يقيد السلوك في مرحلتي العقد تكوينا وتنفيذا.

والملاحظ أن قرينة افتراض حسن النية ليست مسألة مستحدثة، بل كانت مكرسة في ظل القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ [٢١٥] ونفس الأمر بالنسبة للتشريعات التي سارت على نهجه كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المغربي [٢١٦] وقانون المعاملات المدنية الإماراتي[٢١٧].

وقد حافظ المشرع الفرنسي بمقتضى المادة ٢٢٧٤[٢١٨] من القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ على نفس الصياغة الحرفية للمادة ٢٢٦٨ من القانون المدني لسنة ١٨٠٤، بصدد افتراض حسن النية بكيفية دائمة، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته دون أن ينص على غرار بعض التشريعات المقارنة كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الكندي الذي نص على إمكانية اثبات حسن النية عندما يستلزم المشرع ذلك بكيفية صريحة.

(214) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(215) L'article 2268 du code civil Français (Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) dispose que: « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver».
(٢١٦) الفصل ٤٧٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.
(٢١٧) المادة ١٣١٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها.
(218) L'article2274 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».

ويتعين على من يتمسك بانتفاء حسن النية في الطرف الآخر، أو سوء نيته أن يثبت ذلك، بالنظر إلى افتراض قرينة حسن النية بكيفية دائمة(٢١٩) .

وافتراض حسن النية لا يتعلق بقرينة قاطعة بل بقرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، ولكن هذا الإثبات المعاكس يطرح الإشكال حول ما إذا كان المتطلب لنفي حسن النية إثبات تخلف هذا الأخير أم إثبات سوء النية بالفعل(٢٢٠).

يذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى التمييز بين تخلف حسن النية وسوء النية، فالأول يقترب من التجاهل الإرادي وعدم الاحتياط غير المبرر والخطأ المرتكب عن طريق الإهمال،(٢٢١) أما الثاني، فهو يعكس نية الإضرار بالنسبة لنتائج الفعل في مواجهة الغير.

وتبعاً لذلك، فسوء النية يتجاوز مجرد الخطأ البسيط أو المرتكب عن طريق الإهمال، باعتبار أنه يتضمن العلم الفعلي بالواقع(٢٢٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن مجرد الجهل أو عدم التجربة لا يعادل سوء النية، إلا إذا اتجهت نية الشخص إلى قصد الإضرار(٢٢٣).

وفي جميع الأحوال، فإن هدم قرينة افتراض حسن النية يمكن أن تتم بكافة الوسائل، وليس هناك مانع من أن يتم عبر إقامة الدليل على العناصر المكونة لسوء النية بكيفية تدريجية من أجل إثبات ما يدعيه المدعي، إلى أن يتم هدم قرينة الافتراض المقررة لصالح المدعى عليه.

ومع ذلك، فإن المدعى عليه لا يلزمه الركون كليًا للقرينة المقررة لصالحه، بل يتعين عليه نفي ما أثبته المدعي من عناصر بكيفية تدريجية من أجل الاستمرار في الاستفادة من القرينة

(219) Vincent Karim: Preuve et présomption de bonne foi, R.D.U.S, 26, 1996, p: 431
(220) Vincent Karim: article précité, p: 432
(221) Vincent Karim: article précité, p: 433.
(222) P A Crépeau: Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2éd, Cowansville, Yvon Blais, 1991, p: 365.
(223) Vincent Karim: article précité, p: 437.

المقررة لصالحه(٢٢٤).

المطلب الثالث

أهمية حسن النية في مرحلة تكوين العقد

يقتضي مبدأ حسن النية استقرار السلوك المتبع من الطرفين في مرحلة تكوين العقد (الفقرة الأولى)، خاصة على مستوى موقف كل منهما بصدد عناصر العقد المتفاوض عليها والامتناع عن خلق مظهر خادع لأحدهما في إمكانية إبرام العقد النهائي(الفقرة الثانية)، فضلاً عن تجنب إطالة التفاوض دون إرادة جدية في التعاقد(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: استقرار السلوك المتبع

بالرغم من الحرية التي يتمتع بها الطرفان خلال مرحلة تكوين العقد، فإن القضاء الفرنسي اعتبر أن السلوك الذي يتسم بعدم الاستقرار يمكن أن يعتبر إخلالاً بحسن النية، باعتبار أنه يؤدي إلى خرق للثقة التي تولدت بين الطرفين، عندما يقوم أحدهما بخلق مظهر خادع أثناء التفاوض تصرف بناء عليه الطرف المتضرر.(٢٢٥)

الفقرة الثانية: عدم خلق مظهر خادع في إمكانية إبرام العقد النهائي

لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيو ٢٠٠٢ إلى تأييد قرار محكمة الاستئناف التي اعتبرت الشركة مسؤولة عن خلق مظهر خادع للشركة التي دخلت معها في تفاوض دون علم هذه الأخيرة بوضعية الشركة الأولى من حيث توقفها عن دفع ديونها وعدم وفائها بالتزاماتها الاجتماعية، بما ترتب عليه خلق أمل لدى المتضررة باحتمال إبرام العقد المتفاوض عليه، والحال أن الشركة ليست لها القدرة على الوفاء بالتزاماتها.(٢٢٦)

(224) Vincent Karim: article précité, p: 437.
(225)Cass com 8 mars 2005 cité par B M Martinez –Cardenas: La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français, thèse, Université Panthéon, Assas, 2013 p: 256.
(226) Cass com 18 juin 2002 cité par B M Martinez –Cardenas: thèse précitée, p: 257

ويتعين ألا يرتكب المتضرر من جانبه خطأ، حيث ينبغي أن يستجيب سلوكه لمتطلبات حسن النية، فإذا كان كذلك، وحدث أن دفعه الطرف الآخر إلى الاعتقاد بجدية المظهر الخادع الناتج عن سلوكه في التفاوض، فإن قطع هذا الأخير يعتبر مخالفًا لما يستلزمه حسن النية.(٢٢٧)

وقد اعتبر بعض الفقه أن موقف محكمة النقض الفرنسية أملته اعتبارات تتعلق بضمان ممارسة الحرية التعاقدية بشكل ينسجم مع ما يوجبه حسن النية، من ضرورة الامتناع عن خلق مظهر خادع في جدية التفاوض، والحال أن المسؤول عن قطعه في وضعية لا تسمح له بأي تصرف.(٢٢٨)

وقد كرَّس المشرع الفرنسي موقف القضاء في ظل القانون المدني السابق، حيث خص مرحلة تكوين العقد بعدة مقتضيات مرتبطة بالمبدأ وهو الحرية، والقيد الوارد عليه، وهو حسن النية.

فبالنسبة للحرية في مرحلة تكوين العقد، خول لكل طرف حرية الدخول إلى التفاوض والاستمرار فيه، ثم قطعه كذلك في كل وقت دون أي مجال لإثارة مسؤوليته.(٢٢٩)

أما بالنسبة لحسن النية، فقد أصبح يسود مرحلة تكوين العقد،(٢٣٠) ويفرض نوعًا من الالتزامات المتعلقة بتصحيح سلوك الأطراف وإرساء المشروعية بالنظر إلى سير التفاوض ذاته.(٢٣١)

الفقرة الثالثة: تجنب إطالة التفاوض دون إرادة جدية في التعاقد

إن استقرار السلوك المتبع من قبل الطرفين في مرحلة تكوين العقد يرتبط بثباته خلال المراحل المتتالية التي يمر منها، وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية بكيفية صريحة إلى ذلك بتاريخ ٢٢ أبريل ١٩٩٧ لما اعتبرت أن شركة ايفيكو قد قامت بكيفية فجائية وبطريقة أحادية بقطع مفاوضات

(227) B M Martinez – Cardenas: Thèse précitée, p: 257.
(228) B M Martinez – Cardenas: Thèse précitée, p: 257
(229) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(230) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité. - L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(231) « que dans la phase de pourparlers certaines obligations de correction et de loyauté s'imposent aux parties relativement à la conduite des pourparlers eux-mêmes » - CA Pau 14 janvier 1969, D, 1969, p: 716

متقدمة، وتبعاً لذلك تكون قد أخلت بمبدأ حسن النية في علاقاتها التجارية.(٢٣٢)

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر بتاريخ ٢٦ نونبر ٢٠٠٣ إلى أن قطع التفاوض بكيفية منفردة من أحد طرفيه لا يثير مسؤوليته إلا إذا كان يتسم بالتعسف، كما لو استمر التفاوض لمدة طويلة، حيث خلق لدى المتضرر مظهرًا يؤكد احتمال إبرام العقد النهائي بشكل كبير مما يجعل قطعه لا يستند على أي ظرف أو مبرر مشروع،(٢٣٣) وبخلاف ذلك، إذا لم يستمر التفاوض وقتاً طويلاً ولم يؤد إلى خلق مظهر مؤكد أو كان هامش التأكد ضعيفًا في احتمال إبرام العقد النهائي، فإن قطع هذا التفاوض لا يثير مسؤولية مرتكبه، ولا يلزم هذا الأخير بإقامة الدليل على الظرف أو المبرر المشروع الذي استند عليه في قطع التفاوض.(٢٣٤)

وقد أرست نفس المحكمة بمقتضى القرارات المشار إليها قاعدة هامة تتعلق بالمعايير التي يتعين على قضاء الموضوع أخذها بعين الاعتبار في تقدير سلوك المتفاوض الذي قطع التفاوض، إذ إن هذا القطع وإن كان يدخل في إطار الحرية المكفولة له في هذه المرحلة إلا أنه ينبغي أن يستند على مبرر مشروع يحمله، وألا يقترن بخطأ من قبيل خلق مظهر للتأكد في جدية احتمال إبرام العقد النهائي اطمأن إليه الطرف المتضرر ثم قام المسؤول بتغيير سلوكه بكيفية فجائية بعد أن استمر التفاوض بينهما وقتًا طويلًا(٢٣٥).

(232) « La société Iveco avait rompu brutalement et unilatéralement des négociations très engagées, et avait manqué aux règles de bonne foi dans les relations commerciales »
- Cass.com 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n° 98
(233) Cass.com 26 novembre 2003, Bull. civ, IV, 2003, n°186.
Cass civ 28 juin 2006, D, 2006, p: 2963
(234) Cass com 12 janvier 1999 cité par: R Stancu: Thèse précitée, p: 34
(235) B M Martinez –Cardenas: Thèse précitée, p: 260.
جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٧٢ بخصوص هذه المسألة ما يلي:
- « Aussi, il y aurait faute et responsabilité si les pourparlers avaient été entamés par une partie sans intention de négocier sérieusement, ou s'ils ont traîné en longueur alors que la décision de ne pas conclure était adoptée, enfin, si après une longue période d'incertitude et de tergiversations, il était mis brutalement fin et sans préavis à toute relation. Ces agissements sont constitutifs d'abus de droit et la responsabilité qui en résulte est délictuelle »
- Cass com 20 mars 1972, Bull.civ IV, 1972, n° 93.

الخاتمة

لقد حاولنا من خـلال هذه الدراسة التطـرق إلى الواجب العام بحسن النية باعتباره يرسي معايير الممارسة بكيفية معقولة للحرية داخل إطار لا يتجاوز المشروعية وفقاً لما يفرضه النظام الاجتماعي.

وعلى هـذا النحو سنعرض لأبرز النتائج التي يثيرها موضوع هذه الدراسة والاقتراحات التي توصلنا إليها بصددها.

أولاً : الملاحظات

بالنظر إلى الطبيعة الخارجية لحسن النية عن العقد، فقد طرح التساؤل عن الأهمية التي يكتسيها حسن النية كواجب عام باعتبار أنه يقيد سلوك الطرفين سواء وجد بينهما عقد أم لا.

وترجع أهمية هذا التساؤل في كون مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ – والتي تقابلها الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفقرة الأولى من الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقودالمغربي –لا تستلزم حسن النية سوى في مرحلة التنفيذ، وبالتالي لا تسعف في القول باستقلالية حسن النية عن العقد، إذ لا تشير بكيفية صريحة إلى كونه ذا طابع عام، أو على الأقل تبدو كتطبيق على مستوى التنفيذ لواجب أكثر اتساعاً في مجال تطبيقه.

وقد تجاوز المشرع الفرنسي هذا الجدل لما نص في القانون المدني المعدل سنة ٢٠١٦ على سريان حسن النية في كافة مراحل العقد الأربع، بدءاً من التفاوض عليه[٢٣٦] وإبرامه[٢٣٧] وتنفيذه[٢٣٨] وما بعد انتهائه،[٢٣٩] باعتباره يعد قيدًا على السلوك.

(236) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité - L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité
(237) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité
(238) L'article 1104 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité
(239) L'article 1230 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) dispose que: « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

وفي مجال المرحلة الأولى، فقد نص على أن الدخول في التفاوض والاستمرار فيه، وقطعه كذلك، يبقى حرًا شريطة التقيد بمتطلبات حسن النية(٢٤٠).

ثانياً: النتائج

لا شك أن موقف المشرع الفرنسي الذي قنن ما استقر عليه القضاء الفرنسي في ظل القانون المدني لسنة ١٨٠٤ يستدعي القول بأن حسن النية يعتبر قاعدة معيارية للسلوك تعكس تحضر الفرد، وهي التي تلزم الفرد بجبر الضرر الذي يسببه للغير بخطئه.

ذلك أن المادتين ١٢٤٠(٢٤١) و١٢٤١(٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة ٢٠١٦ والمادة ٢٨٢ (٢٤٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصلين ٧٧(٢٤٤) و٧٨(٢٤٥) من قانون الالتزامات والعقود المغربي تعكس فكرة مفادها الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الغير والحرص عليها، وهو ما يتجلى في إقرار المسؤولية عن قطع التفاوض بكيفية مخالفة لحسن النية في إطار المسؤولية التقصيرية(٢٤٦).

أولاً: إن التحليل الذي سبقت الإشارة إليه يترتب عليه فصل حسن النية عن العقد سواء أبرم أو لم يبرم، بالنظر إلى أنه يستجيب لاعتبارات أعلى ذات طابع عام ومنفصلة عن العقد، وبمقتضاه يتعين عدم الإضرار بالغير مما يجعل من المادتين ١٢٤٠ و١٢٤١ من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة٢٠١٦ والمادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصلين ٧٧

produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ».
(240) L'article 1112 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité
(241) L'article 1240 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(242) L'article 1241 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.
(٢٤٣) المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ التي سبقت الإشارة إليها.
(٢٤٤) الفصل ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.
(٢٤٥) الفصل ٧٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.
(246) G Durry: Observations sous Cass com 20 mars 1972, rev trim dr civ 1972, p: 779

و٧٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي تكرس واجباً أخلاقيًا ينطبق على الكافة في المجتمع، سواء كانوا مرتبطين بعقد أم غير ذلك(٢٤٧).

ثانياً: إذا كان حسن النية لا يجد مصدره في العقد ذاته، فإن الأمر يقتضي تفسير النصوص في علاقتها ببعضها البعض، ولا شك أن هذا التفسير من شأنه التأصيل لحسن النية كواجب عام بالنظر إلى اتساع نطاق تطبيقه(٢٤٨).

ثالثاً: إن مفهوم المبدأ أو الواجب العام يتضمن مختلف المظاهر التي ترتد إلى نفس الفكرة، إذ يقرب مختلف النصوص لردها إلى فكرة واحدة قابلة لأن تطبق في فرضيات متعددة، وهو ما يقتضي تكريس حسن النية كمبدأ أو واجب عام، بكيفية مستقلة عن النصوص المتفرقة التي تشير إليه(٢٤٩).

رابعاً: بالرغم من عدم تنصيص المشرع الإماراتي والمغربي على سريان حسن النية في مرحلة تكوين العقد بكيفية صريحة على غرار القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، فإن نفس النتائج التي توصل إليها القضاء الفرنسي في ظل هذا الأخير يمكن التوصل إليها في إطار التشريعين الإماراتي والمغربي بالنظر إلى كون حسن النية يؤدي إلى تكريس القواعد المعيارية للسلوك المقبولة من الناحية الاجتماعية وتتوافق مع ما هو معقول داخل المجتمع .

إن الواجب العام بحسن النية يلعب دوراً مزدوجًا، سواء تعلق الأمر بالمجال التقصيري أو التعاقدي.

ففي المجال التقصيري يتحدد الطابع غير المشروع للفعل في حالة مخالفة القانون أو ما يفرضه النظام الاجتماعي، إذ في ظل غياب نص صريح في القانون استقر القضاء على استعمال نموذج عبر مقارنة السلوك المرتكب مع معيار مجرد للسلوك يخضع فيه الفرد إلى كافة القواعد

(247) P Stoffel-Munck :op. cit, p:83.
(248) J Perilleux: Rapport belge , in Travaux de l'association Henry Capitant, La bonne foi, Paris, Litec 1994, p:249
(249) J Perilleux: Rapport belge, article précité, p.249. - Loir Romain: mémoire précité, p: 143.

المعيارية التي يحددها حسن النية باعتباره واجباً عاماً سواء كانت تشريعية أو عرفية أو أخلاقية، وهي تلك الذي يتقيد به الشخص العادي أو ما يعرف برب الأسرة الصالح(٢٥٠) .

أما على المستوى التعاقدي فإن الواجب العام بحسن النية يسمح للقضاء بتقدير سلوك الطرفين أثناء تنفيذ العقد، لتحديد ما إذا كان يتفق مع الأهداف المرجوة من وراء إبرامه، أي تلك التي يقتضيها حسن النية، حيث يتعين تنفيذه وفق ما يقتضيه للتوصل إليها(٢٥١)، وبمعنى آخر، فإن هذه الوظيفة تسمح بالحد من التجاوز في استعمال الحق إلى الحدود المعترف بكونها مشروعة، إذ إن ممارسة الحق لا ينبغي أن تتم بشكل يلحق الضرر بالغير أو بطريقة مفرطة أو غير معقولة على حساب مقتضى حسن النية(٢٥٢).

وعلى هذا النحو، فحسن النية باعتباره محددا لمعايير السلوك في المجتمع تظهر وظيفته في تقدير مدى توافر التعسف من عدمه قد اتسع نطاقه إلى إرساء معايير الممارسة المعقولة للحق، كما تتجسد في سلوك الشخص الحريص، حيث تفرض عدم استعمال العقد من أجل تحقيق غاية لا يقتضيها إنشاؤه، مما يمكن القول معه إن هذه الوظيفة تؤدي دورها على مستوى تحديد مدى ممارسة الحق داخل إطار لا يتجاوز المشروعية(٢٥٣).

خامسًا: إن حسن النية لم يعد مرتبطًا بتنفيذ العقد في حد ذاته بل تقتضيه ضرورة إنشاء عقد صحيح وفق نمط السلوك السائد باعتبار أن العقد إذا كان يعتبر تصرفاً بالنسبة لطرفيه ولا يولد التزامات إلا بينهما طبقًا للأثر النسبي للعقد وفقاً للمادة ١١٩٩(٢٥٤) من القانون المدني الفرنسي

(250) M Fabre Magnan: Droit des obligations, 2- Responsabilité civile et quasi-contrats, op cit, p: 99
(251) B Lefebvre: article précité, p: 341.
(252) P Widmer: Bonne foi et abus de droit- principe, portée, panacée, une tentative de synthèse possible, séminaire sur l'abus de droit et le principe de bonne foi, Olivone, Suisse, septembre 1992, p: 8
(253) B Lefebvre: article précité, p: 349.
(254) L'article 1199 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

المعدل سنة ٢٠١٦ والمادة ٢٥٠[٢٥٥] من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفصل ٢٢٨[٢٥٦] من قانون الالتزامات والعقود، فإنه بالمقابل يولد واقعة قانونية قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الكافة باعتبارها حقيقة اجتماعية مترتبة على عقد صحيح يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية،[٢٥٧] وهو ما نصت عليه المادة ١٢٠٠ [٢٥٨] من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة ٢٠١٦.

سادساً: انسجاماً مع ما سبق يمكن تفسير حسن النية في مرحلة تكوين العقد بالنظر إلى كون هذه المرحلة تفرض ضرورة الإعداد للعقد المرتقب بشكل صحيح، حيث يكون التنفيذ انعكاسًا للتكوين، وبالتبعية لا يمكن تصور تنفيذ عقد بشكل صحيح أي وفقاً لما يقتضيه حسن النية، والحال أن هذا الأخير لم يُراعِ في مرحلة تكوينه أصلاً.

(٢٥٥) تنص المادة ٢٥٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٧ على ما يلي: « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.»

(٢٥٦) الفصل ٢٢٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي سبقت الإشارة إليه.

(257) Loir Romain: mémoire précité, p: 120

(258) L'article 1200 du code civil Français (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) précité.

بخصوص الأثر النسبي للعقد والاحتجاج به .

– أحمد الدراري، مصادر الالتزام، دراسات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦، الجزء الأول، مطبعة عالم الاقتصاد، اكادير، ٢٠٢٠، ص ٣٣٠ وما يليها.

لائحة المراجع

المراجع باللغة العربية

✓ **المؤلفـات**

- **أحمد الدراري**، مصادر الالتزام، دراسات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسـي المعدل سنة ٢٠١٦، الجزء الأول، العقد، الإرادة المنفردة، شبه العقد، مطبعة عالم الاقتصاد، أكادير، ٢٠٢٠
- **أحمد الدراري**، مصادر الالتزام، دراسات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي المعدل سنة ٢٠١٦، الجزء الثاني، نظام المسؤولية المدنية، مطبعة عالم الاقتصاد، أكادير، ٢٠٢٠.
- **نزيه محمد الصادق المهدي** : الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- **محمد شكري سرور**:مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٨٣.

✓ **المقالات**

- نوري حمد خاطر، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١، السنة الخامسة، العدد التسلسلي ١٧، جمادى الآخرة ١٤٣٨ هـ، مارس ٢٠١٧، ص، ٤٦.

Les ouvrages en français

✓ **Ouvrages généraux**

- **A Volansky ,** Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, LGDJ, 1929
- **A Colin, H Capitant ,** Traité de droit civil, t2, D, 1959
- **AP Fenet,** Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, réimpression de l'édition

- **J Boyer ,** L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, P. U. A. M, 1978
- **J Ghestin ,** Traité de droit civil, la formation du contrat, LGDJ, 1993
- **J Ghestin, C Jamin, M Billiau ,** Traité de droit civil, LGDJ, 2001
- **P A Crépeau ,** Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2éd , Cowansville, Yvon Blais, 1991
- **P Morvan, :**Le principe de droit privé, LGDJ, 1999
- **S Darmaisin ,** Le contrat moral, LGDJ, 2000
- **Y Picod ,** Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989

✓ **Thèses et mémoires**

- **B M Martinez –Cardenas,** La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes Colombien et Français, thèse, Université Panthéon, Assas, 2013
- **Loir Romain,** Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, mémoire de DEA, Lille 2
- **M L Finel,** Le parasitisme en droit Français, thèse paris 1, 1993
- **R Stancu,** 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, université de Strasbourg, 2015

✓ **Articles**

- **A Benabent ,** La bonne foi dans l'exécution du contrat, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992, Litec 1994, p,294
- **ALaud ,** Le constat judiciaire des pourparlers, RTD com, p, 51
- **B Lefebvre ,** La bonne foi, notion protéiforme, R.D.U.S, n° 26, 1996, p : 325
- **B De Coninck ,** Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelle, in M Fontaine, Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruylant, LGDJ, 2002, p, 54
- **D Tallon,** L'inexécution du contrat, pour une autre présentation, RTD civ, 1994, p , 223
- **F Diesse,** Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, APD, 1999, p, 269
- **G Leclerc ,** La bonne foi dans l'exécution du contrat, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992,

Litec 1994, p , 270

- **JHuet ,** A dieu bon père de famille, RTD.civ, 2014, p,505
- **J Ghestin ,** La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D, 1971, p , 248
- **J Perilleux ,** La bonne foi dans l'exécution du contrat, rapport belge, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992, Litec 1994, p , 244
- **J Schmidt-Szalewski,** L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi,D, 1999, p , 127
- **L Aynes ,** Le devoir de renégocier, RJ com, n°spécial, novembre 1999, p , 19
- **M Philippe ,** La bonne foi dans la formation des contrats, rapport belge, in Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi, journées Louisianaises 1992, Litec 1994, p , 64
- **O Anselme-Martin ,** Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, PetitesAffiches, 22 janvier 1997, n°10, p , 22
- **P Jourdain ,** Le devoir de se renseigner, D, 1983, p , 139
- **P Widmer ,** Bonne foi et abus de droit- principe, portée, panacée, une tentative de synthèse possible, séminaire sur l'abus de droit et le principe de bonne foi, Olivone, Suisse, septembre 1992, p , 8
- **P Jourdain ,** Le fondement de l'obligation de sécurité, Gaz pal, 1997 ; p , 1196
- **P Jourdain ,** Rapport Français, in Travaux de l'association Henry Capitant, La bonne foi, Paris, Litec 1994, p , 122
- **P Ancel L ,** Force obligatoire et contenu obligationel du contrat, rev trim dr civ, 1999, p, 796
- **Vincent Karim ,** Preuve et présomption de bonne foi, R.D.U.S, 26, 1996, p , 431

✓ **Notes et observations**

- **D Legeais ,** note sous Cass com 10 mai 1989, éd G, 1989, II, n°21363
- **G Durry ,** obs sous Cass com 20 mars 1972, rev trim dr civ 1972, p : 779
- **J Mestre ,** obs sous Cass civ 10 mai 1989, RTD civ, 1989, p : 376
- **PJuillard ,** note sous CA Paris, 14 mai 1970,JCP éd. G,1971-II-16571

Romanization of Arabic references:

- Ahmed Al-Darari, masadir alailtizami, dirasat fi daw' qanun alailtizamat waleuqud almaghribii walqanun almadanii alfaransayi almueadal sanatan 2016, aljuz' al'awala, aleaqda, al'iiradat almunfaridat, shibh aleaqda, matbaeat ealam alaiqtisadi, 'akadir, 2020.
- Ahmed Al-Darari, masadir alailtizami, dirasat fi daw' qanun alailtizamat waleuqud almaghribii walqanun almadanii alfaransii almueadal sanatan 2016, aljuz' althaani, nizam almaswuwliat almadaniati, matbaeat ealam alaiqtisadi, 'akadir, 2020.
- Nazih Muhammad Al-Sadiq Al-Mahdi: alialtizam qabl altaeaqudii bial'iidla' bialbayanat almutaealiqat bialeaqd watatbiqatih ealaa baed 'anwae aleuqudi, dirasat fiqhiat muqaranati, dar alnahdat alearabiati, alqahirati, 1990.
- Muhammad Shukri Sorour: maswuwliat almuntaj ean al'adrar alati tusabibuha muntajatuh alkhatiratu, dar alfikr alearabii, alqahirati, altabeat al'uwlaa 1983.
- Nouri Hamad Khater, wazayif hasan alniyat fi qanun almueamalat almadaniat al'iimaratii raqm 5 lisanat 1985, dirasat muqaranati, majalat kuliyat alqanun alkuaytiat alealamiati, aleadad 1, alsanat alkhamisata, aleadad altasalsulia 17, jamadaa alakhirat 1438 hu , maris 2017, s, 46.