



دور مبدأ حسن النية خلال مرحلة تكوين العقد

دة. حليلة باموس
باحثة في القانون الخاص
المغرب

يعد حسن النية من المبادئ الأخلاقية التي تتوقف مراعاتها على الجانب القيمي في حياة كل متعاقد، إلا أن وضعه في نصوص نظامية وقانونية ينقله من مرتبة الالتزام الأخلاقي إلى مرتبة الإلزام القانوني الذي يترتب آثارا على أطرافه.

ويعتبر مبدأ حسن النية من أهم المبادئ التي تحكم العلاقات القانونية، فهو وسيلة لإدخال القواعد الأخلاقية في القانون الوضعي، على اعتبار أن القانون نظام اجتماعي يهدف إلى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة.

ولقد حظي مبدأ حسن النية باهتمام المشرع في جميع فروع القانون وفي مقدمتها القانون المدني، إذ يشكل الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود¹ القاعدة العامة التي تؤسس لهذا المبدأ حيث جاء فيه أن: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته".

وبالتالي فإن مبدأ حسن النية تجاوز الألفاظ الصريحة للعقد ليشمل ما يمليه القانون أو العرف أو الإنصاف، رغم ما يعاب على الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود في كونه حد من نطاق هذا المبدأ فلم يحتوي كل مراحل التعاقد من لحظة تكوينه إلى ما بعد تنفيذه، بل حصر هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقود فقط.

ولمبدأ حسن النية طابع مميز في الشريعة الإسلامية عن القوانين، فعلى الرغم من عدم استعمال الفقه الإسلامي لهذا المصطلح، إلا أن مضمون حسن النية ودورها في المعاملات في الشريعة الإسلامية أكثر عمقا وأوسع نطاقا من الأنظمة القانونية، حيث لا يقتصر الهدف من التعامل في الشريعة الإسلامية على تحقيق المصالح الخاصة للأطراف فقط، ولكن يهدف أيضا إلى تحقيق المصالح الشرعية العامة في إطار كلي ينهي عن الضرر والضرار، ولا شك في كون ذلك من أرقى درجات حسن النية تجاه الآخرين².

¹ - والذي تقابله المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016،

L'article 1104 du Code civil français modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016- art.2; dispose que : "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi".

والمادة 148 من القانون المدني المصري، التي تنص المادة 148 من القانون المدني المصري رقم 131 على ما يلي: "1- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

² - حديجة عبد الله أحمد: مبدأ حسن النية في المعاملات، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الثامن والثلاثون، أكتوبر 2021، ص 417.



وبيعني حسن النية الاستقامة والزاهة وانتفاء الغش، ومراعاة ما يجب أن يكون من صدق في تنفيذ ما التزم به المتعاقد³.

أو هو التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن⁴.

ولمبدأ حسن النية تأثير على تكوين العقد وتنفيذه، حيث إن من شأن قاعدة السلوك هاته أن تحقق الضمان للدائن في الحصول على تنفيذ جيد للعقد وبشكل سليم طبقا للتوقعات المشروعة للطرفين.

ويعمل القضاء الحديث إلى الأخذ بعين الاعتبار بالعنصر المعنوي في تقدير السلوك، إذ ذهبت محكمة النقض بكندا بتاريخ 16 أبريل 1993 إلى أن حسن النية يتجسد في قاعدة سلوك مقبولة أو في الممارسة المعقولة للحق وفق قواعد الإنصاف والمشروعية، حيث اعتبرت أنه لا يكفي تمسك الشخص بكونه صاحب حق أو أنه يعتقد أنه كذلك، بل يتعين عليه إذا ما نوزع في حسن نيته أن يثبت فضلا عن كونه تصرف في حدود القانون، أنه تصرف وفق المعايير الاجتماعية المعترف بها من طرف الجماعة⁵.

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"⁶.

وهذه الوظيفة تسمح بالحد من التجاوز في استعمال الحق إلى الحدود المعترف بكونها مشروعة، فالالتزام بحسن النية يفرض على كل طرف الامتناع عن التعسف، والتقييد بسلوك معقول ومعتدل، إذ إن ممارسة الحق لا ينبغي أن تتم بشكل يلحق الضرر بكيفية غير مبررة بالطرف الآخر على حساب مقتضى حسن النية⁷.

³ - حسين عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، د.ذ.م، 1960، ص 78.

⁴ - محمود فياض: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، جمادى الآخرة 1434هـ، ص 231.

⁵ - "La bonne foi et 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 ;

Qu'il est dans son droit ou qu'il se croyait dans son droit, il devra si sa bonne foi est contestée aller plus loin et prouver qu'il a non seulement agi en toute légalité, mais conformément au standard social que la collectivité reconnaît".

-Cass.civ 16 avril 1993 cité par ; B. Lefebvre: La bonne foi, notion protéiforme, R.D.U.S, n°26 1996, P : 334 ;

- أحمد الدراري: حسن النية في مرحلة تكوين العقد، دراسة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، مطبعة الاقتصاد، 2018، ص 80 و 81.

⁶ - «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.

⁷ - 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 ; « L'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout comportement raisonnable et



ويفرض حسن النية في العقود أن على كل متعاقد أن يتحرر الدقة والتوازن في حفظ العلاقة القانونية، وأن تسود الاستقامة وحسن السلوك والتعاون في المعاملة⁸، وكل إخلال أو خروج عما يفرضه المنطق يكون سببا موجبا للمساءلة.

وتظهر أهمية مبدأ حسن النية بالأساس خلال مرحلتين: أولاهما: مرحلة تكوين العقد، فإذا كانت هذه المرحلة تسود فيها الحرية فإن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي حرية مقيدة بمجموعة من التزامات، فأهمية هذا المبدأ خلال مرحلة التكوين تظهر من خلال الالتزامات الملقة على كاهل المتعاقدين خلال مرحلة التفاوض وما يفرضه واجب حسن النية في العقود بوجه عام.

وثانيهما: مرحلة تنفيذ العقد إذ تكمن أهمية المبدأ في دوره في تفسير العقود وتنفيذها على النحو والهدف الذي ابتغاه المتعاقدين من التعاقد لي طرح التساؤل حول نطاق المبدأ العام لحسن النية.

ومن ثم فإن دراستنا لهذا الموضوع ستتم عبر تقسيمه إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة التزامات الأطراف المرتبطة بمبدأ حسن النية، في حين سنتطرق في المطلب الثاني للالتزامات التي يفرضها حسن النية خلال مرحلة التفاوض.

المطلب الأول: التزامات الأطراف المرتبطة بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد

يفرض مبدأ حسن النية التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، مما يظهر أهميته الأساسية في مرحلة تكوين إرادتي الطرفين بغرض إبرام العقد النهائي وذلك عبر تنظيم تفاوض بينهما عن طريقه تتكون إرادة الطرفين تدريجيا عن طريق تبادل المعلومات بين الأطراف حتى يتم التوصل إلى اتفاق النهائي.

غير أن الالتزام بحسن النية، لا يعني بالضرورة الالتزام بإبرام العقد النهائي، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد، إذ تظل للمتعاقد الحرية الكاملة في إبرام العقد من عدمه شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية، لأن الإخلال بحسن النية يثير مسؤولية الطرف الذي أخل به، ويفرض مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد جملة التزامات التي تعمل على حماية الثقة المشروعة بين الأطراف المتفاوضة.

الفقرة الأولى: حسن النية وصحة الإرادة

يقتضي حسن النية انتفاء عيوب الإرادة، حيث يعد انتفاؤها دليلا على الإرادة واستقامة القصد. وقد تعرض قانون الالتزامات والعقود المغربي لأحكام الغلط والتدليس والإكراه والغبن في الفصول من 39 إلى الفصل 56 من ق.ل.ع تحت مسمى عيوب الرضا.

ويرتكز مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد على عيب التدليس الذي يعتبر أحد عيوب الإرادة بمفهومه الواسع، حيث يمكن أن يرتكب التدليس عن طريق كل سلوك سواء كان إيجابيا أو سلبيا أي عبر الكتمان، حيث ينص الفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "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 حدا بحيث لو لاها لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به".

ومن ثم فإن التدليس يستوي أن يكون إيجابيا عبر خلق مظهر خادع يخالف الواقع من أجل حمل الطرف الآخر إلى التعاقد بناء على هذا المظهر الخادع، وقد يكون سلبيا يتجسد في كتمان وقائع معينة أو التزام الصمت من أجل إخفاء واقعة لو علم بها الطرف الآخر لما أبرم العقد أو لكان أبرمه بشروط مغايرة وفقا للفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

modéré, sans agir dans son intérêt abus, ait un 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>.

⁸ – وما لا شك فيه أن هذه المبادئ الأخلاقية ستكون إحدى مميزات التطور الحالي لقانون العقود الذي سيؤدي لا محالة إلى تحقيق توازن تعاقدية جديد.

– بوعبيد عباسي: الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقدين والمستهلك، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2008، ص 135.



وبعد مبدأ حسن النية مبدأ مكملاً لوظيفة عيوب الإرادة لأنه يؤدي وظيفتها ويغطي المساحة التي تعجز عيوب الإرادة عن تغطيتها، حيث يعتبر هذا المبدأ بهذه متما ومكملاً لها.

الفقرة الثانية: حسن النية والالتزام بالإعلام

يعرف بالالتزام بالإعلام بأنه "التزام يفرض على المدين إعلام الدائن بكافة الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة لازمة لتكوين رضا حر مستنير، أو لضمان حسن إبرام وتنفيذ العقد"⁹.

إن من مبررات الالتزام بالإعلام تحقيق المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية من حيث المعرفة، مما يحقق بالفعل وجود توازن عقدي بين الأطراف، فقد أضحي هذا الالتزام ضرورة عملية تقضيها طبيعة الحياة المعاصرة، والتي شهدت تطوراً هائلاً في المجال التعاقدي.

كما أن الالتزام قبل تعاقدية بالإعلام يمثل أفضل الطرق لتجسيد حسن النية بين المتعاقدين وتحقيق التوازن العقدي وذلك بتحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين من خلال الوعي المستنير والقضاء على التفاوت في العلم أو المعرفة الفنية، إذ يفرض مبدأ حسن النية على كل طرف تنبيه الطرف الآخر إلى كل الوقائع التي تقتضي مصلحته الإدلاء بها، حيث إن حسن النية يتأثر من الناحية العملية بالالتزام بالإعلام، كما أن مدى هذا الأخير يتسع ويتقلص تبعاً لصفة الدائن وما إذا كان مهنيًا أم لا، وبالتبعية مدى ما يتوفر من العلم بخصوص موضوع العقد المرتقب¹⁰.

ولقد بدأ المشرع المغربي يتنبه إلى أن السياق القانوني التقليدي¹¹ لا يكفي لحماية المصالح المشروعة، فنص في بعض الأحيان على الالتزام بالإعلام - بطريقة محتشمة - ونظم عقوداً جديدة¹²، على غرار التشريعات الأجنبية التي قطعت أشواطاً مهمة في ذلك، ووطورت الالتزام بالإعلام من خلال الاستعانة بالاجتهادات القضائية، كما كان للفقه دور كبير في هذا الشأن، في بيان الخصائص الحالية للعلاقات التعاقدية، حيث دعا إلى ضرورة تكوين إطار قانوني يتلاءم مع الوضعية الجديدة للتعاقد، وذلك بإتمام أو تعديل مقتضيات القانونية المتعلقة بالعقود. فالنظرية العامة تعد إذن الأساس العام للالتزام بالإعلام، ولكن المقصود هنا هو الالتزام بالإعلام الذي له انعكاس على رضا المتعاقد، أو ما يسميه بعض الفقه بالالتزام قبل التعاقدية بالإعلام والذي يمكن إضافته للعقود اعتماداً، بالأساس على نص قانوني عام تضمنه قانون الالتزامات والعقود هو نص الفصل 231، ولا ريب أن هذه الالتزامات تشكل بصفة عامة، التزامات تبعية، لأنها عبارة عن ملحقات أضافها مبدأ حسن النية أو القانون أو العرف أو الإنصاف إلى العقد بالنظر إلى طبيعته.

ويشترط في الإعلام أن يكون صادقا، إذ يتعين مراعاة جانب الصدق والأمانة فيما يعطيه الأطراف من معلومات، كما يجب أن يكون الإعلام مفهوماً حيث ينبغي أن ينفذ بالوسيلة الملائمة التي تتيح فهم البيانات المدلى بها بطريقة مبسطة، وأن يكون كافياً بحيث يجوز المتعاقد

⁹ - بوعبيد عباسي: الالتزام بالإعلام في العقود، م س، ص 34.

¹⁰ - P. Jourdain: Le devoir de se renseigner, D, 1983, P : 139.

¹¹ - لا بأس من التذكير في هذا الصدد بإمكانية الاستناد إلى المبادئ العامة للنظرية التعاقدية في القانون المغربي التي تنص إما بشكل شامل أو مدقق على الالتزام بالإعلام من خلال بيان أحكامه، وجزاء الإخلال به، في غياب نص قانوني عام وصريح، ومن ثم يمكن القول إن الالتزام بالإعلام يتركز في وجوده القانوني على عدة أنظمة قانونية تتمثل بالأساس في عيوب الرضاء، والمسؤولية التقصيرية وضمان العيوب الخفية، والاستحقاق، ومعنى آخر، يمكن أن يترتب على إهمال الإدلاء بمعلومات معينة إما عيباً في الرضاء، أو خطأً تقصيرياً، أو عيباً خفياً، أو حتى استحقاقاً.

للتوسع في الموضوع راجع مؤلف، د. بوعبيد عباسي: الالتزام بالإعلام في العقود، م س، ص 95 وما يليها.

¹² - مثال ذلك مدونة التجارة لفتح غشت 1996 التي نظمت عقوداً جديدة لم تكن معروفة في القانون التجاري القديم، كالعقود البنكية بمختلف أشكالها، وعقد الوكالة التجارية، وعقد الائتمان التجاري، كما أقر بضرورة مراعاة قواعد الصدق والتعاون في إبرام وتنفيذ عقد الوكالة التجارية وعقد السمسرة.



على قدر من المعلومات تسمح له باتخاذ قرار بشأن قبول أو رفض التعاقد وهو على بينة من أمره، فإذا تم الإخلال به فإن العقد المبرم لن يكون مطابقاً للعقد المتوقع ولرغبات الدائن بالالتزام بالإعلام¹³.

كما تهدف المعلومات محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام إلى تمكين الدائن من معرفة مضمون الأداء القانوني الخاص بالطرف الآخر، والإحاطة بجوانبه القانونية والمادية، كما تمكنه من تقدير مضمون الأداء الخاص به هو والالتزامات التي يتحملها، ومثال ذلك التزامات المؤمن له بإعلام المؤمن حيث يجب عليه أن يقدم له تلقائياً عدداً من المعلومات متعلقة بشخصه أو بالشيء المؤمن عليه، وكذلك الحال في مجال عقد البيع والكرء حيث يتعين على البائع التصريح بعيوب الشيء والارتفاقات التي تثقله، وعلى المكري بيان عيوب الشيء المكترى، والنقص الذي ينطوي عليه العقار، وفي عقد الشركة، يتعين على الشريك الأول إعلام الشريك الجديد بمديونية الشركة وما إذ كانت توجد في حالة تصفية قضائية، وكيف تسير في الواقع¹⁴.

بيد أن مبدأ حسن النية يقتضي أن لا يكتفي المدين بالالتزام بتقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد فحسب، بل يجب عليه كذلك أن يقوم بتحذير الطرف الآخر كلما كان هناك مقتضى لذلك، فإذا كانت طبيعة الشيء محل العقد، أو الظروف المحيطة بالتعاقد تفرض عليه بالإضافة إلى الإعلام أن يحذر الطرف الآخر، أو يلفت انتباهه، إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة عن العقد، وذلك حتى يتخذ هذا الأخير الأوضاع الوقائية المناسبة لتفادي مثل هذه الخطورة، كما في حال الالتزام بالتحذير الذي يقدمه صانع وبائع المنتجات التي تتسم بنوع من الخطورة، والواقع أن هذا الالتزام بالتحذير ليس التزاماً مستقلاً بذاته، بل هو التزام مشدد بالإعلام.

ومن ثم لم يعد من الضروري أن يتولد حسن النية عن العقد ذاته، الذي يلزم طرفيه بتنفيذه بحسن النية، وإنما واجبا عاماً يراعى منذ مرحلة تكوين العقد ويلزمهما بتبادل المعلومات المتعلقة بموضوعه من أجل إبرامه بناء على أساس سليم¹⁵.

وعلى هذا يظهر جليا الأهمية الكبيرة لدور مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، حيث إنه يفرض على المتفاوضين في العقد التزام إيجابي بالصدق والأمانة والاستقامة نحو العملية التفاوضية، وهذه الالتزامات يجبها الوفاء لأنها تعتبر هي الأساس الذي تبنى عليه المفاوضات العقدية.

فرغم عدم احتواء النص القانوني المتمثل في الفصل 231 من ق.ل.ع لهذا المبدأ في المرحلة السابقة على التعاقد، إلا أن الفقه اعتبر مبدأ حسن النية مبدأ قانونياً يشمل كل مراحل التعاقد منذ النشأة والمفاوضات مروراً بإبرام العقد وتنفيذه لأن الإخلال بهذه الالتزامات في مرحلة المفاوضات العقدية يؤدي لا محالة إلى اختلال التوازن العقدي.

المطلب الثاني: الالتزامات التابعة لحسن النية في تكوين العقد

يجوز للأطراف الاتفاق على بعض الالتزامات الأخرى في مرحلة تكوين العقد، والتي تشكل في ضوابط لسلوك الأطراف خلال مرحلة التفاوض، وإن كانت طبيعة بعض هذه الالتزامات لا تقتصر على هذه المرحلة بل تتجاوزها إلى مرحلة تنفيذ العقد النهائي، بل وحتى بعد انتهائه¹⁶.

ومن الالتزامات التابعة التي يفرضها مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض الالتزام بجدية والتعاون، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المدلى بها.

13 - د. بوعبيد عباسي: الالتزام بالإعلام في العقود، م س، ص 252.

14 - بوعبيد عباسي: م س، ص 253.

15 - أحمد الدراري: حسن النية في مرحلة تكوين العقد، م س، ص 88.

16 - ميرفت ربيع عبد العال: عقد المشورة المعلوماتية في مجال نظم المعلومات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1997، ص: 184.



الفقرة الأولى: الالتزام بالجدية والتعاون

تقوم المفاوضات على الأخذ والعطاء المتبادل، حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على تقريب وجهات النظر المختلفة عبر الحوار المتبادل لتقدير مدى ملائمة العقد لحاجيات الأطراف، حيث يتوجب على كل متفاوض تسهيل مهمة المتفاوض الآخر بما يكفل الوصول إلى نهاية منطقية، إما بانعقاد العقد محل التفاوض، وإما بغض الطرف عنه.

ويظل الالتزام بالتعاون قائماً طوال مرحلة المفاوضات بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على عدد من الالتزامات التي تتعلق بتنظيم إجراءات التفاوض، كتحديد مواعيد جلسات التفاوض واحترام مواعيدها. وتحديد أهدافه بدقة.

ولا يتوجب للمتفاوض إبداء أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض بدون جدية أو أن يكون هدفه من دخول المفاوضات التعرف على أسرار الطرف الآخر الفنية والمالية. كما لا يجوز الرفض غير المبرر للاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر، ويتعين التحلي بالجدية في مناقشة العروض المقدمة، واحترام كافة صور التعاون التي لا تندرج تحت حصر في عملية التفاوض¹⁷.

الفقرة الثانية: الالتزام بالسرية

يعتبر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من الالتزامات التي يحرص عليها أطراف المفاوضات لكونه من أهم الالتزامات التي يقتضيها مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، ويعني هذا الالتزام أن يمتنع الأطراف أو أحدهما الذي اطلع على المعلومات في عملية التفاوض عن إفشائها للغير، أو استغلالها لمصلحته الشخصية دون موافقة صاحبها، إذ إن التفاوض يتضمن التزاماً ضمني بالمحافظة على سرية المعلومات دون الحاجة إلى التنصيص على ذلك بكيفية صريحة على اعتبار أنه من مستلزماته¹⁸.

بالتالي يتعين على المتفاوض عدم إفشاء المعلومات التي تحصل عليها أثناء المفاوضات أو استخدامها لمصلحته لكونها لم تقدم إلا من أجل التفاوض فقط، وأي استخدام لها خارج إطار هذا الغرض يعد استخداماً غير مشروعاً لها وتجعله يتعرض للمساءلة طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية والجنائية على حد سواء، ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، بل تكمن السرية في المعلومات التي تحصل عليها المتفاوض من المفاوضات، سواء كانت معلومات فنية أو مهنية أو مالية أو تكنولوجية أو هندسية أو كيميائية¹⁹.

ويعتبر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتم الإفشاء بها خلال التفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة، فلا يكفي أن يبذل المتفاوض ما في وسعه ليمتنع عن إفشاء هذه المعلومات، وإنما يجب عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا تحققت مسؤوليته²⁰.

المطلب الثاني: أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد

يقوم مبدأ حسن النية في التعاقد على التعامل بصدق واستقامة وشرف بين طرفي العقد مما يجعله مكماً لمبدأ العدالة.

والإخلال بمبدأ حسن النية قد يكون له تأثير على الإبرام السليم للعقد أو على تنفيذه بشكل سليم، ولا شك أن هذا الإخلال يكون مقروناً بالجزاء، وإذا كانت الجزاءات متعددة ومختلفة حسب ما إذا ترتب عن الإخلال بحسن النية من عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب للعقد، فإنه يتعين كذلك البحث عن جزاءات ملائمة لخرق مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد.

17 - عبد المنعم عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، طبعة 1984، د.ذ.م، ص 335.

18 - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 116.

19 - محمد حسن قاسم: الوسيط في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، ط 2011، ص 64.

20 - أبو العلا علي أبو العلا النمر: المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 112.



ويشمل مبدأ حسن النية قبل تعاقد الالتزامات التي تنعكس على كل رضا أصدره المتعاقد سواء انصب هذا الرضا على تكوين العقد، أي على قرار إبرام العقد، أو على كل تصرف أو قرار آخر، كقرار فسخ العقد أو تعديله... ولا تنشأ عنه مسؤولية عقدية لعدم إبرام العقد بعد، بل يتم إعمال أحكام المسؤولية التقصيرية بناء على الخطأ الواجب الإثبات.

وبالتالي سنعالج في هذا المطلب المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن نية، ويتعلق الأمر في الواقع بتطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية على اعتبار أن المسؤولية تتجلى في الالتزام بتعويض الشخص المتضرر نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزام قانوني عام وهو عدم الإضرار بالغير²¹.

ويستتبع قيام المسؤولية توفر أركانها الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

الفقرة الأولى: الخطأ

من المؤكد أن المسؤولية التقصيرية تشكل جزءاً على الإخلال بالتزام قانوني عام يتجلى في عدم الإضرار بالغير، والمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بحسن النية في مرحلة تكوين العقد تنشأ بسبب ما يحدثه الشخص للغير من ضرر بسبب خطئه، فهي بذلك تنشأ بين أشخاص لا يرتبطون بعلاقة عقدية فيما بينهم، وإذا حدث أن وجدت بينهم علاقة عقدية، فإن الضرر يعد ناشئاً خارج نطاقها، كأن ينشأ في الفترة السابقة على إبرام العقد²².

إن مبدأ حسن النية قبل التعاقد ينعكس على رضا المتعاقد، إذ به يتخذ قراره بإرادة حرة ومستتيرة غير معيبة بغلط أو تدليس، فيكون على بينة من كل جوانب التعاقد المقبل عليه، حتى يتخذ قرار التعاقد في جو من الحرية أو أن يعدل عليه تطبيقاً لمبدأ حرية قطع المفاوضات، أو ما يعرف بحرية العدول، فلأي من الطرفين العدول عن المفاوضات بوضع حد لها وعدم الاستمرار فيها، ولا تثار مسؤولية من عدل لكون المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً.

بيد أن العدول عن المفاوضات قد يثير مسؤولية من قطعها، إذا اقترن هذا العدول بخطأ منه، على أن المسؤولية هنا تكون مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ²³.

ومعيار تقدير الخطأ يعتمد بدرجة أولى على معيار الشخص الحريص عادة، وهو ذلك الشخص الذي يتصرف على مقتضى حسن النية على اعتبار أن مرحلة التفاوض تفرض على الطرفين بعض الالتزامات المتعلقة بالتصحيح والمشروعية تتعلق بسير التفاوض ذاته، وهو ما يعني تقدير الخطأ بالنظر إلى مدى توافر سوء نية متفاوض من عدمه²⁴.

ويجتم حسن النية على التفاوض ألا يقوم بالإفضاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر أثناء مفاوضات العقد، لأن فيه إخلالاً بالتزام بسرية البيانات والمعلومات، الأمر الذي يجعل أحكام المسؤولية التقصيرية قائمة في حقه إذا ما أحل بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي علم بها. ويعتبر التعويض الجزاء الرئيسي على الإخلال بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وذلك لاستحالة القيام بالتنفيذ العيني من لدن الطرف المحل بهذا الالتزام، ولأن التزامه في هذه الحالة هو التزام بالامتناع عن عمل، ويعد المؤمن على السر منفذا لالتزامه²⁵.

21 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء 1، دار النهضة العربية، بند 527، ص 975.

22 - انظر، بوعبيد عباسي: م س، 389.

23 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء 1، بند 100، ص 206-207.

24 - أحمد الداروي: حسن النية في مرحلة تكوين العقد، م س، ص 174.

25 - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي ومفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2000-2001، ص 97.



كما قد يتم إبرام العقد دون أن يكون أحد الطرفين على بينة من الأمر بصدد موضوعه، حيث يكون رضاه معيب مما يجعل العقد قابل للإبطال بناء على طلب المتضرر، إذا تعتبر عيوب الرضا سببا لإمكانية المطالبة بإبطال العقد وفقا للفصل 36 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والمطالبة بالإبطال لا تستلزم في جميع الأحوال توافر خطأ قبل تعاقد، بل بمجرد تعيب إرادة أحد الطرفين فيدفعه ذلك العيب إلى إبرام العقد²⁶، كالإقدام على إبرام عقد شابه كتمان متعمد أو تدليس مخالف لحسن النية، إذ يحق للطرف المتضرر في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد.

الفقرة الثانية: الضرر

القاعدة في ظل القانون الفرنسي والمغربي أن الطرفان يتمتعان بحرية الدخول في التفاوض والاستمرار فيه، وقطعه في كل وقت إذا تم احترام مقتضى حسن النية، وبمفهوم المخالفة إذا كان فشل التفاوض يرجع إلى خرق مبدأ حسن النية، فإن مرتكب الفعل تثار مسؤوليته تبعا لذلك، ويكون ملزما بتعويض الضرر اللاحق بالتفاوض المتضرر²⁷.

وكما هو معلوم فإن الضرر الناتج عن عدم إبرام العقد في مرحلة المفاوضات لا يمكن أن يعرض تعويضا عينيا، لأن لكل متفاوض الحرية في قطع التفاوض والامتناع عن إبرام العقد حتى آخر لحظة إعمالا لمبدأ حرية التعاقد، إلا أن ذلك يبقى مشروطاً بأن لا يقترب بذلك القطع خطأ متميز موجب للمسؤولية.

ويشترط في الضرر:

- أن يكون ضرا شخصيا، سواء كان ذلك الشخص طبيعيا أو معنويا، إذا عليه أن يثبت الضرر الذي لحق به شخصيا.
- وأن يكون مباشرا، بمعنى أن يكون نتيجة مباشرة للفعل المسبب للمسؤولية، بحيث يؤدي الفعل المرتكب خلال مرحلة تكوين العقد، متى كان دون مبرر مشروع، إلى ضرر مباشر بطرف الآخر.
- وأن يمس الضرر مصلحة مشروعة لأحد الأطراف حتى يستحق عليه التعويض، ويعني ذلك أن تكون المصلحة غير مخالفة للآداب العامة وإن كان يلاحظ أنه هناك اتساع في نطاق هذه الأخيرة بفعل تطور الذي يعرفه الاقتصاد الليبرالي²⁸.
- إضافة إلى ذلك ينبغي أن يكون الضرر مؤكدا لإمكانية تعويضه، وذلك تمييزا له عن الضرر المحتمل الذي يبقى غير قابل لأي تعويض ما لم يصبح ضرا مؤكدا.
- ويتمثل الضرر في الخسارة اللاحقة بالمتضرر التي تتصل بخطأ المسؤول، وهي التي يمكن استنتاجها من المقارنة بين وضعية الأول، وتلك التي يمكن أن يوجد فيها كما لو أن الخطأ لم يقع.
- ويغطي التعويض الأضرار المادية الفورية مثل مصاريف المفاوضات وتقلات الخبراء وفوات الفرصة، ولا يشمل الكسب الفائت من العقد المأمول إبرامه لأن العقد لم يُبرم أصلاً ولم تنعقد الرابطة التعاقدية.

وفي حالة فشل المفاوضات أو قطعها بسبب سوء نية أحد الأطراف فإن هذا يعد بمثابة خطأ يلزمه بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من أضرار الناتجة عن تفويت الفرصة بالتعاقد²⁹، فإذا كان التفاوض قد وصل مرحلة متقدمة على نحو أصبحت معه فرصة توصل الطرفان إلى اتفاق نهائي بشأن إبرام العقد ثم قام أحد المتفاوضين بقطع هذا التفاوض دون مبرر معقول، فإنه يكون بذلك قد حرم المتفاوض الآخر

²⁶ - أحمد الدراري: م س، ص 194.

²⁷ - أحمد الدراري: م س، ص 183.

²⁸ - أحمد الدراري: م س، ص 218.

²⁹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوي: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات، ص 319 وما بعدها.



من هذه الفرصة الجدية والمؤكددة في إبرام العقد، وبالتالي يلتزم بتعويض عن تفويت هذه الفرصة، وهو تعويض عن ضرر محقق ومؤكد وينأى به من أن يكون تعويضاً عن ضرر احتمالي³⁰. كما أن قطع التفاوض قد يفوت على المتفاوض فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، فضلاً عن عدم تنفيذ عقود أبرمت مع الغير استناداً إلى العقد المتفاوض عليه³¹.

وفي جميع الأحوال ينبغي تقدير التعويض بالنظر إلى الفرصة الضائعة ولا يمكن أن يكون مساوياً للربح المتوقع من هذه الفرصة في حال تحققها.

وبالتالي فإن جزاء الإخلال بالتزام الجدية في التفاوض هو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف المقابل أثناء التفاوض نتيجة لعدم الجدية، إلا أنه لا يمكن التسليم بالقاعدة المطلقة المتمثلة في قاعدة ترتيب المسؤولية عن القطع غير المبرر للمفاوضات، بل ينظر في كل حالة لسلوك من قطع المفاوضات، وينظر كذلك إلى المرحلة التي تم فيها قطع المفاوضات، فإذا ما تم قطعها بعد أن بدأت بفترة وجيزة فلا يتصور قيام المسؤولية عن ذلك، أما إذا تم إنهاؤها بعد أن قطعت مراحل متقدمة من تبادل وجهات النظر وإبداء الآراء وكشف البيانات والمعلومات، ففي هذه الحالة يبقى أمر إثارة مسؤولية الطرف المخل بالمفاوضات أمراً وارداً.

وفي جميع الأحوال، فإن تطبيق مبدأ التعويض الكامل غير ممكن بالنظر إلى كون مرحلة تكوين العقد تبقى خاضعة دائماً لحرية الطرفين وتقضي أن يتحمل كل منهما مخاطرها، كما أن المطالبة بالتعويض تقتضي إثبات المتضرر كون الضرر اللاحق به كان نتيجة خطأ المتفاوض معه، أي أن يثبت علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

الفقرة الثالثة: علاقة السببية

علاقة السببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية والمقصود بها أن يرتبط الخطأ الصادر من جانب أحد المتعاقدين بالضرر الذي لحق الطرف الآخر، وذلك ارتباط السبب بالمسبب أو العلة بالمعلول، فلا مسؤولية دون توافر هذا الركن³².

وهذا ما تضمنه الفصل 77 من ق.ل.ع حينما قرر أن الخطأ الذي يسبب الضرر هو الذي يوجب التعويض، وكذلك الأمر بالنسبة للمسؤولية العقدية بمقتضى الفصل 263 من ق.ل.ع. ومن ثم يقصد بعلاقة السببية وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المتضرر³³.

وبالتالي يشترط لقيام المسؤولية المدنية أن تكون علاقة السببية مباشرة بحيث يكون الإخلال بحسن النية هو ما رتب أضراراً لحقت بطرف المتضرر، وأن تكون هذه العلاقة السببية مؤكدة بحيث يكون من المؤكد أن الضرر ناتج عن الخطأ قبل التعاقد، أي أن يثبت المتضرر أنه لحقت به خسارة حقيقية أو تراجعاً مقارنة بوضعيته السابقة.

وفي جميع الأحوال، يشترط إثبات كون الفعل هو السبب في الضرر، وفي غياب هذا الإثبات لا مجال للحديث عن المسؤولية المدنية، وإن كان يصعب في بعض الأحيان إثبات هذه السببية بالنظر إلى تعدد العوامل المحيطة بإحداث الضرر. ويتعين على المتضرر أن يقوم في هذا الإثبات باستبعاد الضرر المحتمل، إذ الكسب المحتمل لا يعتبر نتيجة مؤكدة للخطأ المقترن بقطع التفاوض، بخلاف الضرر الحال أو المستقبل.

³⁰ - بوعبيد عباسي: م س، ص 415؛ أحمد الدراري: م س، ص 229.

³¹ - للتوسع في هذا الموضوع راجع مؤلف أحمد الدراري: حسن النية في مرحلة تكوين العقد، م س، ص 229 وما بعدها.

³² - أحمد الأمrani زنتار: تشطير التعويض بين المسؤولية الخطئية والمسؤولية المفترضة، مواقف القضاء وردود الفقه، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الثالثة، 2001، ص: 136.

³³ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، م س، ص 990، ف 581.



أما على مستوى النفقات التي تحملها المتضرر من أجل إبرام العقد فلا تعتبر كلها مرتبطة بكيفية ثابتة بالخطأ الذي اقترن بالإخلال بحسن النية في قطع التفاوض، باعتبار أنه في هذه المرحلة يتعين على المتفاوض أن يتقيد بسلوك المهني العادي، فإذا ظهر له شك في إبرام العقد، وجب عليه أن يقتصر على تلك النفقات المعتادة التي يقتضيها التفاوض والتي تعتبر من قبيل المخاطر العادية، فإذا تجاوزها إلى تحمل نفقات غير اعتيادية، فإنه يكون مسؤولاً عن فعله، وتبعاً لذلك لا يكون تعدد الأضرار اللاحقة به ناتجة عن خطأ المتفاوض الآخر بل عن سلوكه الذي لم يتقيد بسلوك المهني العادي³⁴.

يتضح أن حسن النية يعتبر قيداً على مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تكوين العقد، حيث يلتزم كل طرف بالتقيد بسلوك مشروع في مواجهة الطرف الآخر، والابتعاد عن كل ما يخالف مقتضى حسن النية.

كما أن التفاوض يلزم أطرافه تنفيذه بحسن نية سواء كان هذا التفاوض منظماً بعقد أم لا، فمن المعلوم أن الدخول في التفاوض ومواصلته وقطعة يبقى حراً شريطة مراعاة مقتضيات حسن النية، حيث يكتسي أهمية كبيرة على مستوى تكوين العقد، إما بالنظر إلى طبيعة العقود ذاتها وما تتميز به من أهمية اقتصادية، أو من حيث التقنية التي ترد عليها على نحو لم يعد بالإمكان إبرامها إلا بعد التفاوض بشأنها وتحديد عناصرها الأساسية.

كما ترتبط المسؤولية المدنية بمفهوم حسن النية في مرحلة تكوين العقد، وهذه المسؤولية تتميز بنوع من المرونة إذ يتم الأخذ بعين الاعتبار مدى تقدم المفاوضات، والظروف الموضوعية التي قد تظهر خطأ أحد الأطراف من قبيل القطع المفاجئ أو إطالة أمد التفاوض دون الالتزام بالجدية في إبرام العقد، أو كون الدخول في المفاوضات كان بقصد الاطلاع على أسرار الطرف الآخر فقط، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى إهدار الثقة التي تتولد بين الأطراف في جدية التفاوض بشأن العقد المرتقب.

³⁴ - أحمد الدراري: م س، ص 240.