

جامعة عمار ثليجي - الأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

العنصر الأخلاقي في العقود

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص عقود و مسؤولية

إشراف الأستاذ

من إعداد الطلبة :

أ/د - بوقرين عبد الحلیم

1- كزواي محمد فاروق

2- سريح أحمد

أعضاء اللجنة :

الدكتورة:.....عكاكة فاطمة الزهراء.....رئيسا

الدكتور:.....بوزيدي التجاني.....مناقشا

الدكتور:.....بوقرين عبد الحلیم.....مشرفا

السنة الجامعية 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

"من اجتهد وأصاب فله أجران، ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد"
الحمد لله الذي وهبنا نعمة العقل سبحانه والشكر له على كل نعمه
وفضله وكرمه .

تبارك الله ذو الجلال والإكرام .

نشكر كل من قدم لنا يد العون والمساعدة في إنجاز هذه المذكرة .

بأخص والديا وعائلي ونخص بالذكر الأستاذ المحترم

"بوقرين عبد الحلیم" التي لم يبخل علينا بنصائحه وإرشاداته، من

خلال إشرافه على عملنا خطوة بخطوة، وبكل جدية وتفاني.

كما نتقدم بالشكر الخالص إلى كل من

الأساتذة المشرفين وعمال قسم الحقوق

ونشكر في الأخير كل من قدم لنا يد المساعدة، سواء من

قريب أو من بعيد .

فالحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات

الإهداء

إلى من أفضّلها على نفسي، ولم لا؛ فلقد ضحّت من أجلي
ولم تدّخر جُهدًا في سبيل إسعادي على الدّوام
(أُمِّي الحبيبة).

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يُسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه
صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة.
فلم ييخل عليّ طيلة حياته
(والدي العزيز).

إلى أصدقائي، وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكل ما يملكون، وفي أصعدة كثيرة
أُقَدِّم لكم هذا البحث، وأتمنّى أن يجوز على رضاكم.

وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب ومشقّة..
وها أنا ذا أختتم بحث تخرّجي بكل همّة ونشاط،
وأمتنُّ لكل من كان له فضل في مسيرتي،
وساعدني ولو باليسير،
الأبوين، والأهل، والأصدقاء، والأساتذة المُبجّلين..
أهديكم بحث تخرّجي

لم يترك القانون الجزائري والمشرع اي صدفه للتعاملات بين الناس فيما بينهم بل ربط الكثير من المعاملات بابرام العقود التي تبني العلاقة بين اطراف العقد مهما تعددت الاطراف فيبقي العقد هو اللازم والموجب الاتباع حيث أن العقود ستساعدهم على إثبات صحة ملكيتهم القانونية من خلال واقعية عملية ابرام العقود نظرا لإنتشار التعامل بها بين مختلف الأشخاص الطبيعية وحتى المعنوية.

فالعقود بوصفها وسيلة تبادل من أهم المجالات التي تفاعلت معها الأخلاق وربطت بها بحيث ظهر مفهوم العنصر الأخلاقي في القانون المدني منذ البداية من خلال التقنية التشريعية التي تبنت فكرة العدل كأساس النظرية للعقد حيث أن المعنى الأخلاقي ينطوي على الحس والمجتمع الإنساني يقوم على روابط مستمدة من المشاعر التي تقضي إلى عقد أخلاقي يقوم على الوعد، وقد أثبتت أن السلوك الإنساني مشروط بالطبيعة الإنسانية ويعتبر أنها طبيعة انفعالية في الأساس لأن الانفعال وحده هو الذي يعطيها وجودها وكيونتها بحيث كانت غايتها الوصول إلى أهم المبادئ التي تحكم البشرية والسلوك الأخلاقي والسياسي.

فالقيمة الأخلاقية في العقود هو أهم ما يشغل تفكير العالم الحقوقي الحديث لحل المشاكل التي تعرض تنفيذ الالتزامات بين الأفراد والجماعات، وهو موضوع لا يمكن بحثه إلا باستعراض المشكلة التي تغنيها المفاهيم الأخلاقية في إنشاء الحق وإظهاره.

إن الإنسان يحتاج الدولة وغاياته من ذلك تحقيق الأمن والعدالة ويحتاج الأخلاق لتنظيم العلاقات بين الفرد والمجتمع بين الفرد والسلطة لتبرير اللجوء إلى العنف بالدفاع عن قيم أخلاقية ضد نزوع بعض الأفراد إلى خرقها ومع ذلك ظل هذا السؤال استمرارا لحرص يقتضي دواعي التباسه.

غير أنه وبالنظر إلى التطور الحاصل في مجالات الاتصالات والتكنولوجيات وهذا الاخير الذي انعكس على المعاملات التعاقدية بين الافراد حيث ظهر مفهوم التعاقد

الإلكتروني الذي لا هدف منه سوى تحقيق المنفعة، هذا الأمر أوجد عدة اختلافات بين الفقهاء باختلافات المدارس التي ينتمون لها واختلاف مواقفهم من مسألة تداخل الأخلاق مع القانون فيما يخص العقود حيث عرفت هذه المرحلة تطور عبر عدة مراحل.

تكمن أهمية بحثنا هذا في أنه نظرا لانتشار المعاملات العقدية وتعدد صورها وطرق إبرامها وموضوع التعاقد خصوصا مع انتشار العقود الإلكترونية التي صار لها وجود قوي في الحياة العملية يستدعي بالضرورة من المشرع مواكبة ذلك بمنظومة قانونية دقيقة.

وكون موضوعنا عن القيمة الأخلاقية في العقود فالمبادئ والأخلاق الإسلامية مبنية على القرآن الكريم والسنة النبوية التي فرضت حسن النية في التعاقد والمكاتبة بين الأطراف حفاظا على الفائدة المرجوة لأطراف التعاقد، ولم تخرج عن الجادة ولم تحد عن طريق الأخلاق فلا بد من توافرها في أداء العقود ولم يخلو أركان العقد من ركن الرضا المبني بين المتعاقدين .

وتهدف هاته الدراسة إلى البحث في العنصر الأخلاقي في العقود وباعتبار هذه الأخيرة وسيلة ربط بين المتعاقدين فإنه من الضروري التعريف والتطرق إلى الأبعاد الأخلاقية للأحكام المنظمة للعقد سنحاول التعرف على مفهوم المبادئ والقيم الأخلاقية وأهميتها في جميع متطلبات العقد من التعاقد إلى نهاية العقد كما لا يفوتنا التطرق إلى الجزاءات المترتبة على الإخلال بالجانب الأخلاقي للعقد

أما فيما يتعلق بأسباب اختيار الموضوع فالأسباب الشخصية في أن اختيار العنصر الأخلاقي في العقود الخاصة رغبتنا في بحث الموضوع والتعمق فيه.

أما من الجانب الموضوعي فالقيمة الأخلاقية التي أصبحت تعاني في ظل غياب الضمير الإنساني الذي أصبح ليس له سوى المصلحة والفائدة على حساب الغير دون مراعاة الخسارة أو الضرر الذي سيلحق بالطرف الثاني من العقد لذا كان السبب في دراسة القيمة الأخلاقية في العقود وكيف تعامل المشرع الجزائري مع الاختلالات بها في القانون.

ومما سبق نطرح الإشكالية التالية:

هل القيم الأخلاقية عنصر في تنظيم العقود؟ و ماهو الإطار الفقهي و القانوني في

فكرة العنصر الأخلاقي في العقود؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سوف نعتمد على المنهج التحليلي حيث سنقوم بدراسة تحليلية للنصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالجانب الاخلاقي في العقود، وذلك من أجل أن يكون البحث كاملا في كافة جوانبه وقد اقتضت دراسة هذا الموضوع أن تكون خطة البحث مقسمة إلى الفصول كما يلي:

تطرقنا في الفصل الأول نشأة فكرة العنصر الأخلاقي في العقود، المبحث الأول الأسس التاريخية التي تقوم عليها فكرة العنصر الأخلاقي في العقود، والمبحث الثاني إقرار فكرة العنصر الأخلاقي في العقود

أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الإطار الفقهي والقانوني لفكرة العنصر الأخلاقي في العقود، المبحث الأول الإطار الفقهي للعنصر الأخلاقي في العقود، والمبحث الثاني الإطار القانوني للعنصر الأخلاقي للعقود.

صعوبات الدراسة:

- نقص المصادر والمراجع مما صعب علينا إيجاد المعلومات.
- جائحة الكورونا سببت لنا انعدام المكتبات ومراكز البحث.

تمهيد:

منذ القدم كانت فكرة الأخلاق في العقود في السابق رفضا بشكل مطلق بسبب عدم الربط بين الأخلاق والقواعد القانونية لصعوبة التمييز بينهما لأن القانون كان هو مصدر الحق ، في حين رأى بعض الفقهاء أنه لا يوجد إختلاف بين القانون والأخلاق لصلتهما المتقاربة وخاصة في التعاملات بين الأفراد فالأخلاق ميزة تميز الإنسان ولا يعاقب إذا أخل بها عكس القانون. نتطرق في المبحث الأول: الأسس التاريخية التي تقوم عليها فكرة العنصر الأخلاقي في العقود، أما المبحث الثاني إقرار فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.

المبحث الأول: الأسس التاريخية التي تقوم عليها فكرة العنصر الأخلاقي في العقود

لم يكن العنصر الأخلاقي موجود بشكل ظاهراً ومعترف به ما جعله عديم الوضوح فيما قد سبق من القوانين التي كانت قبلنا لذا قسمنا المبحث الى (المطلب الأول) التعاهد الديني كأساس لفكرة الأخلاق وفي (المطلب الثاني) العدل كأساس الأخلاق في العقود .

المطلب الأول: التعاهد الديني كأساس لفكرة الأخلاق.

في خضم تعدد الرؤى الفلسفية والدينية إلى القيم الأخلاقية، وتباين التأويلات والمقاربات للمفاهيم المؤطرة لمختلف التجارب والمواقف العملية، وتعدد الأسباب التي أوجبت الخلاف حول الإجراءات الناجعة لضبط وتقويم السلوك الإنساني، الفردي والجماعي؛ لا يجد المفكر بدأً من التذكير، خصوصاً في مثل هذا المقام الأخلاقي، وإذ نشدد على أهمية الوصل بين الدين والأخلاق في تاريخ الفكر الإنساني إلا أن هذا الوصل أو الارتباط لا يأخذ معناه إلا بضرورة الاقتناع بحاجة الإنسان وتطلعه إلى تقييم عادلٍ لأفعاله لا ظلم فيه ولا حيف؛ إذ في غياب هذا التقييم العادل والإنصاف الكامل تفقد حياة الإنسان معناها فما أغنى الإنسان عن خوض العقبة الكأداء، عقبة القيم والأخلاق وجهاد النفس، فذلك هو عين العبث واللامعنى ولم تنفع هنا محاولة كانط إقامة منظومته الأخلاقية بعيداً عن الدين وتأسيسها، فحسب على « مفهوم الواجب الأخلاقي» و«الإرادة الطيبة»، فظل مشروعه مشروعاً مثالياً أعقبته مباشرة فلسفات «شوبنهاور» و« نيتشه» وأمثالهما من الرؤى المأساوية للحياة تُلقى بالإنسان في أتون اليأس واللامعنى...¹

¹ طه، عبد الرحمن، سؤال الأخلاق، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي، ط 1، 2000، ص 14.

حيث أن القانون الوضعي من الجهة النظرية للفقهاء الروماني هو استنباط القواعد التي تحقق العدالة وتعطي الحق للذين يخضعون لسلطان هذا القانون.¹

يقول "ماريوس" المعروف بدقته إن القانون كله يتعلق بالأشخاص وإما بالملك، وإما بالمرافعات في أول الأمر تعني قناع الممثل و ثم صار معناها العمل الذي يقوم به persona وكانت لفظ الإنسان في الحياة، ثم بات معناها آخر الأمر الشخص نفسه وكأنما يقصد بهذا أننا لا نستطيع معرفة شخص ما بل كل الذي نعرفه هو ما يقوم به من أعمال أو أفعال فكان الشخص في القانون هو المواطن وما يقوم به من أفعال.

فعندما حل الدين كوسيلة رئيسية للتنظيم الاجتماعي تحول الوعد الديني إلى عقد قانوني رسمي² وأصبح للرومان قانون نشأ عن الدين والعرف وأصبح بشكلية معقدة ومتطرفة، فقد كان المقرر في القانون القديم أن العقد مادام أفرع في الشكل المرسوم أصبح ملزماً ولم يكن للمدين أن يتحلل منه بدعوى أن إرادته معيبة، أو أن السبب الذي من أجله إنعقد لم يتحقق، فتطور القانون الروماني كان نتيجة الظروف الاجتماعية والاقتصادية، واتصال الرومان بشعوب وثقافات أخرى نتيجة الحروب التي كانت في تلك الفترة، فالفقهاء الرومانيون أخذوا تعاريفهم من الفلاسفة الذين كانوا يأخذون بفكرة القانون الطبيعي ويرون أن الأخلاق قد تنقلب إلى قواعد قانونية.

فالبحث المتواصل للفقهاء بالاعتماد على العقل في جوهر العقود الشكلية فوجوده، في التعهد الذي يسبق الطقوس والشعائر الرسمية التي تفترض وجوده وتعتبر عنه، وهذا التعهد هو أساس المعاملة، أما الشكل فهو السبب القانوني حيث ظهرت الدعاوى البرينية التي كان يمنحها البريستور للأفعال الجديدة التي لم ينص على حياتها بدعوى خاصة، تحقيقاً لمبدأ العدالة.

¹ إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، - 2006، ص 128.

² شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008، ص 23.

المطلب الثاني: العدل كأساس الأخلاق في العقود

العدل مبدأ من المبادئ الأساسية في الإسلام، بل هو سمة الإسلام، وميزان الاجتماع الإنساني، وعليه يقوم بناء الجماعة، وكل عمل لا يقوم على العدل لا بد أن يضطرب ويختل مهما كانت قوة التنظيم فيه، فقد قام بعض الفلاسفة اليونانيين مثل أفلاطون، وأرسطو، على التمييز بين الطبيعة والقانون ووجود تنوع في ما أمر به القانون من مكان إلى آخر، لكن ما كان بطبيعته ينبغي أن يكون هو نفسه في كل مكانه.

إن فكرة العدالة من الأفكار التي شغلت الفكر القانوني منذ أمد بعيد والمعيار القانوني من ضمن اهتمامات هؤلاء ، لأنه وسيلة من وسائل البحث عن العدالة

فراى رواد الفلسفة اليونانية أن العدالة تقوم على معيار عددي حسابي بين الفعل والمعاملة أي بين الفعل والثواب أو العقاب، فكل ذلك تعادل تبادلي.¹

أما بالنسبة لأفلاطون فإن فلسفته هي في الأساس تعدد شكلا من أشكال نظرية للقانون الطبيعي، حيث إنها نظرية تقوم على أن الأخلاق تستمد من الوجود، ونجد قواعدها في الطبيعة وتستمد الخير للإنسان من فهم الطبيعة البشرية ومن ثم فتلك القوانين عالمية المعايير صالحة لجميع الشعوب.²

وأوضح أرسطو بأنه بصرف النظر عن القوانين "الخاصة" التي وضعها كل شخص لنفسه، هناك قانون عام أو القانون الأعلى وفقا للطبيعة.

وقدم أرسطو عرضا للعدالة السياسية وهي العدالة التي تقوم بين أناس أحرار متساويين مشتركين في الدولة الواحدة وهي تتجلى في القوانين العادلة التي يضعها المشرع.

¹ حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، مصر المعاصرة، 1995، العدد2، ص35

نزار عبد الأمير، مجلة رسالة الحقوق السنة السابعة العدد الأول 2015. ²

إن فكرة أرسطو عن العدل هي الأساس الذي تقوم عليه نظريات القانون كنظرية العقد والعمل الغير المشروع، بل ولا توجد مسألة في نظرية الالتزام لا يمكن ردها إلى هذه الفكرة.¹ باعتبار العقد تصرف إرادي يقوم به الانسان في حياته، إذا كان عن طريقه تتم المبادلات ويتحقق النشاط في المجتمع، فإن أرسطو يضيع المبدأ الأخلاقي المتمثل في العدل كأساس للقوة الملزمة للعقد.

ثم وفي بداية العصور الحديثة خرج توماس هوتر بنظرية العقد الاجتماعي وبتطويرات جديدة للقانون الطبيعي، ويعتقد هو أن أول أمر يصدر عن القانون الطبيعي هو البحث عن السلام والسعي إليه وبمقتضى هذا القانون يجب على الناس أن يسعوا إلى السلام ولتحقيق هذا الهدف عليهم جميعا إبرام العقد فيما بينهم وأن يتنازلوا بموجبه عن الحق في عمل كل شيء، وبهذا التنازل المتبادل ينشأ المجتمع السياسي.²

بقى القانون الطبيعي جزء من قواعد الدين حتى مستهل القرن السابع عشر حينما وضع الفقيه كروسيوس قواعد المدرسة الطبيعية، وفصل القانون الطبيعي عن الدين وقرر أن فكرة هذا القانون ليست لها قيمة إلا إذا اعتمدت على العقل الانساني، فأغلبية الفقه الفرنسي بالقانون الطبيعي، حيث أصبح في البداية المذهب المفضل لمجتمع يسيطر عليه مذهب الفردية الليبرالية والمتعلق بمبادئ للثورة، ثم تأثر بنظرية التي تعتبر مدرسة القانون الطبيعي في ألمانيا.

¹ <https://political-encyclopedia.org/> شوهده يوم 2020/09/28 على الساعة 16:48

² - القانون فيصل محمد البحيري، أثر النهضة العلمية الحديثة على الفكر القانوني: دراسة في فلسفة، مركز الدراسات العربية الطبعة الأولى 2015 .

في حين أن القانون المدني الفرنسي لم يتضمن أي أثر لهذه الأفكار الفلسفية، خاصة بعد حذف المادة الأولى من المشروع الذي كان يصرح رسمياً بوجود القانون الطبيعي، وهذا لا يعني بالتأكيد إحتقار المذهب.

إنّقد الفقه من هذه القانون الطبيعي لأن فكرته تتضمن مقالات في المثالية، ولأن القول بثبات القانون الطبيعي لا ينسجم بأبدية قواعده والفكرة التي تقوم عليها والمتمثلة في أن قواعده تستنبط من العقل السليم، فالتطبيقات العملية السائدة في العالم والتي تظهر الاختلاف والتمايز الواضح بين التشريعات من دولة لأخرى ، بل داخل الدولة نفسها من زمان إلى زمان يثبت صعوبة تصور نموذج عقلي موحد للمثل الأعلى.

كما ان القول في فكرة الخلود والثبات التي تميز القانون الطبيعي في منطق أفكاره هو قول غير صحيح يكذبه الواقع وينفيه التاريخ، فالقانون وليد البيئة الاجتماعية ومتغير في الزمان، ونتجه للانتقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي، ظهرت مذاهب أخرى تنادي بالفصل بين القانون والأخلاق، وهذا بالرغم من محاولات بعض الفقهاء بعثه من جديد في بداية القرن العشرين.

المبحث الثاني: إقرار فكرة العنصر الأخلاقي في العقود

بعد وضوح فكرة إقرار العنصر الأخلاقي في القوانين المنظمة للعقود فبموجب إقرار فكرة العنصر الأخلاقي في المعاملات العقدية حيث تناولنا في المطلب الأول العنصر الأخلاقي في العقود وفق المذهب الوضعي أما في المطلب الثاني وفق النظرة الاجتماعية.¹

المطلب الأول: العنصر الأخلاقي في العقود وفق المذهب الوضعي

الفرع الأول: التأكيد لعنصر الاخلاق في المذهب

المذهب الوضعي هو اتجاه فلسفي تميز أصحابه بإنكار الاحادية الذين يعتبرون الأشياء الحقيقية هي التي تمكن ملاحظتها أو إخضاعها للتجربة أي إسقاط عليها العلوم الفيزيائية والرياضية وبهذا يكون المذهب ينفي وجود حقائق خارجة عن الحواس فمصادر المعرفة عندهم تتمثل في العقل والسمع والبصر وما دون ذلك فهو بطلان حسب رأيهم بهذا المذهب يتم إسقاط كل ما أتى به الرسل والأنبياء الموحى إليهم.²

وسميت هذه الفلسفة بالوضعية، وهي لا تؤمن بمبادئ الأخلاق ، عبارة عن أوامر صادرة من السلطة العامة، يتم استنتاجها منطقيا من قواعد محددة دون اللجوء للأهداف الاجتماعية السياسية أو الأخلاق وأن تحليل المفاهيم القانونية يجب أن يكون بعيدا عن التقسيم الأخلاقي والتاريخي لها.

دعت الأزمات الاقتصادية والاجتماعية التي سادت العلاقات التعاقدية في فترة الأزمة العالمية إلى التفكير في تأجيل التدخل التشريعي كمنهج لتحليل الظاهرة لاعقدية وتفعيل الحلول الكفيلة

¹ - جبار سماح، القيم القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة رسالة نيل شهادة الدكتوراه قانون خاص، جامعة ابو بكر

بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 11

- جبار سماح، مرجع سابق، ص 12²

بإنشاء التزامات تكون بالضرورة عادلة وتتغلب على أزمات التنفيذ وتتلائم مع الثقة المرتقبة في العقود.

يعتبر الفقيه النمساوي "هانس كلس" من أبرز المؤيدين للوضعية القانونية، وبحلول "كلسن" من خلال هذه النظرية دراسة القانون كعلم بالنص لا علاقة له بالعوامل الأخرى المحيطة به كالأخلاق والاقتصاد والسياسة والدين والاجتماع.¹

في رأي "كلسن" أن القانون موج لا يجب تقسيمه وان الدولة هي النظام القانوني بنفسه، ويجب أن يقتصر رجل القانون على التعرف على القانون كما هو موجود بغض النظر عن الضوابط الخلقية والقيم الاجتماعية والمثل العليا ومبادئ القانون الطبيعي.

جعل كفاءة النظام القانوني شرطا لصلابة كل معيار، مما يعني أن وجود النظام القانوني يتضمن أن تكون قوانينه مطاعة في الأساس لا أن تصغى.

فالأسس التي قام عليها مذهب كلسن، استبعاد جميع العناصر الغير قانونية كالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والمبادئ الأخلاقية والمفاهيم السياسية وغيرها، فالقانون يجب أن يقتصر في دراسته على القانون كما يدرسون البحث في مضمونه إذا كان عادلا أم لا فالقانون ليس تعبيراً عن إرادة الدولة وليست الدولة صانعة للقانون بل القانون هو الدولة والدولة هي القانون.²

- جبار سماح، مرجع نفسه، ص 13¹

- نسير رفيق، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، السنة الجامعية 2014، ص 75.²

فلقد رأى البعض عن فكرة "كلسن" من عدم إقرار فكرة الأخلاق عن مفهومه عن القانون وخاصة أن الأمر يتعلق بسبب قبول المعيار الأساسي الذي يكون صالحا ويظل فعالا بمقدار ما يكون عنصر الأخلاق راسخا كجزء منه.

الفرع الثاني : رفض فكرة الاخلاق في المذهب

يذكر بعض الفقهاء في اقوالهم على انه لا يكون للسلطة ضرورة تأسيس على غير كلمة القانون فوجب العمل بالسلطة على اساس الاحكام القانونية وهذا إحتراما للقاعدة القانونية بفعل قوتها لا غير، فلا مجال للأخلاق سواء كان الامر مناسبا أو غير مناسب .

فبعض علماء المذهب الوضعي لا ايمان لهم بمبادئ الأخلاق الطبيعية العقلية المطلقة حيث تركز على ان القوانين عبارة عن اوامر صادرة من السلطة العامة ولا مجال للنقاش فيها أو اضافة شيئا من عنصر الاخلاق فيها دون اللجوء للأهداف الإجتماعية، السياسية أو الأخلاق وان تحليل المفاهيم القانونية يجب أن يكون بعيدا عن التقييم الأخلاقي والتاريخي لها.¹

وتجدر الإشارة إلى أن إسهامات الفقيه النمساوي Kelsen في مجال الرفض بين القانون والاخلاق حيث نادى بالفصل بينهما التي تحدد مضمونه، وأكد بنظريته على أساس تحرر نظرية القانون من مبادئ الأخلاق، السياسة، وعلم الاجتماع والتاريخ، بمعنى أن تكون نظرية بحتة، لأن هذا ما تتطلبه النظرية عامة ولقد جعل كفاءة النظام القانوني شرطا لصلاحية كل معيار، مما يعني أن وجود النظام القانوني يتضمن أن تكون قوانينه مطاعة في الأساس لا أن تعصى.²

¹ دريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 ، ص128 .

² حمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبا رت العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص 29.

ولقد توصل إلى أن كل نظام قانوني يتضمن تسلسل للواجبات تعود لواجب أساسي تركز عليه أطلق عليه إسم المعيار الأساسي. ففي مجال العقود ينشئ العقد إلتزامات قانونية بين طرفيه التي مصدرها التشريع الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الثاني: العنصر الأخلاقي وفق النظرة الاجتماعية

إن دييجي فقيه فرنسي بل هو علم من أعلام القانون في تاريخ فرنسا ترك بصمة في الدراسات القانونية من خلال المحاضرات، التي حدد فيها رؤيته لمجموعة من القضايا القانونية وقدم إجابات لمجموعات من الاشكاليات، لكن ما يهمننا هو نظرتة للعقد وفق النظرة الاجتماعية حيث طرح هذا الفقيه فكرة محورية يعتمد على إنكار فكرة الحق وإستبدالها بفكرة المركز القانوني فقط. تتكون العقد من بعدين عن الإرادة، مما يستلزم إتفاق مسبق لهاتين الإرادتين، فلكل تعبير عن الإرادة موضوع وهدف مختلف لأنه يتم تحديده من الطرف الآخر، والتصرف بإجماله يهدف إلى إنشاء مركز قانوني يجمع شخصين أم مجموعتين من الأشخاص، أي تنشأ بينهما علاقة دائن بمدين، وبذهب إلى أبعد من ذلك إذا يرى دييجي أنه يمكن أن تكون هناك عدة إرادات دون أن يكون موضوعها وهدفها واحد.

يظهر أن المصطلح التصرف الجماعي ينطبق جيدا على هذه الحالة، وقد استدل على هذه الحالات بتأسيس الشركات، أين يجتمع عدد من التغيرات عن الإرادة يكون موضوعها وهدفها واحد، فلا يجوز تكيفها على أساس أنه عقد، وإنما تصرف جماعي، فحسب هذا التفسير وهذا التحليل للعقد أنه ليس كل توافق يرتب عقد.¹

- محمد زين ، النظرية العامة للالتزامات 1 العقد، الطبعة الثانية 1997، ص 48¹

فقد ظهرت لإيجاد مذهب يقوم على عناصر العلوم الطبيعية duguit اما محاولة الفقيه للمجتمعات البشرية، بغية الهروب من مذهب يجعل من الأخلاق والقانون مجرد وقائع اجتماعية.

مذهبه عن المشاهد والاستنتاج، حيث يقول بأن الانسان كائن اجتماعي لكن له duguit فقد بنى أن يعيش بمفرده، وبمقتضى تعايشه مع الجماعة، فيمنع عليه الاخلال بنظام الجماعة.

أن مصدر العقد هو القانون الذي يهدف إلى إقرار تعاون بين المتعاقدين لغرض duguit ويرى تحقيق المنافع المرتقبة للعقد، فالقانون اعلي مرتبة من الحقوق الشخصية بحكم اهتمامه بتنظيم الحياة في المجتمع، مما يعني أنه لا بحق للفرد مخالفته أو محاولة تغليب حقوقه عليه وهكذا لا يمكن الاعتراف بالحرية المطلقة التي تفرضها الإرادة العقدية، لأن ذلك يعني بالضرورة تفوق الحق الشخصي على القانون.

من المعترفين بسلطة القانون من حيث كونه ملزما لجميع الأفراد دون ما اعتبار duguit بما ان لإرادتهم، فهو يرى أن الارادة العقدية غير قادرة على إنشاء الحقوق.¹

عن نظرية سلطان الارادة مردودة من الأساس في نظر هذا المفكر لأن الحرية المطلقة المفترضة في الارادة العقدية تعني بالضرورة تفوق الحق الشخصي على القانون، وهو ما لا يمكن قبوله علما أن القانون بحكم اهتمامه بتنظيم الحياة في المجتمع، يعتبر أعلى مرتبة من الحقوق الشخصية ولا يجوز بالتالي للفرد مخالفته أو تغليب حقوقه على هذا القانون.

أن القانون وإن كان ملزما لجميع الأفراد فإن جزءا من أحكامه ينطبق على duguit ويلاحظ الشخص دون اعتبار ارادته، مثل قواعد الاتهامية واحكام المسؤولية التقصيرية، في حين لا ينطبق الجزء الآخر عليه إلا بحكم ارادته، وذلك هو شأن الأحكام المنطقية للعقود الأمر الذي

- محمد زين، مرجع سابق، ص 49¹

يستخلص معه أن الإرادة العقدية ليست قادرة على إنشاء الحقوق وأن العقد ليس إذن مصدر حق أو التزام، إنما هو فقط توافق بين شخصين أو أكثر يهدف إلى أن تطبق فيما بينهم أحكام قانونية معينة ما كان لها أن تطبق لولاها، مما يتضح الوصول إلى استنتاج كان قد قدمه ديجبيه مفاده أن الإرادة لا تصلح مطلقا في أن تكون مصدر الالتزام بل أن القانون هو منشئ كل شيء.

وعلى هذا الأساس لا يعترف هذا المفكر بالحقوق الشخصية أو الذاتية للفرد، بمعنى أن يكون للإرادة دور المنشأة والزوال في الحق وإنما جميع الحقوق في رأيه هي حقوق موضوعية بمعنى أن القانون هو المحدد لهذه الحقوق من حيث النشأة والزوال، إن هذا البناء القانوني يجعل أن العقد قد يكون توافق إرادتين ولكن ليس لإحداث آثار قانونية بل لإنشاء مراكز قانونية فقط لكن هذا يتم ليس على أساس حرية الأفراد وإرادتهم بل يتسم¹ على أساس ما حدده القانون وما سمح به ووفق ما نص عليه هذا القانون كما ان ديجي رغم أنه مفكر قانوني لكن لا يمكن التغاضي عن مدى تأثيره بالأفكار الاشتراكية التي حاربت النزعة الفردية لصالح الجماعة مثبتا الوظيفة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي كمفاهيم كأخذ من صديقه دور كايم.

وتقوم فكرة الوظيفة الاجتماعية على أساس أن لكل فرد في المجتمع مهمة يؤديها وحاجة معينة ينقذها وهو هذه بالذات هو أساس القاعدة القانونية التي تلتزم الجميع كبارا وصغارا حكاما ومحكومين.

في نفس السياق فورد موقعا منا لما سبق منذ وقت عن العقود بأنها تشكل عالما أو مجتمعا صغيرا يجب على Demogue فعندما الفقيه كل فرد فيه أن يعمل من أجل هدف واحد ألا وهو مجموع الأهداف الفردية التي يسعى إليها كل شخص، كما هو الحال تماما في الشركات المدنية

- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتب المختصة، ط1، تونس، 2014، ص 120¹

أو التجارية وبذلك يحل محل التعارض بين حق الدائن ومصلحة المدين في شكل إتحاد بين هذه المصالح المتعارضة بحيث يصبح العقد في النهاية أداة للتعاون الصادق بين الطرفين هذا لأن من أول مظاهر تطوير قانون العقد، أن أصبح هناك تنظيم لعلاقة بدلا من عقد.¹

المطلب الثالث: القيم الأخلاقية في العقود

إن موضوع القيم الأخلاقية في العقود هو أهم ما يشغل تفكير العالم الحقوقي الحديث لحل المشاكل التي تعترض تنفيذ الالتزامات بين الأفراد والجماعات ، وهو موضوع لا يمكن بحثه إلا باستعراض المشكلة التي تعانيها المفاهيم الأخلاقية في إنشاء الحق وإظهاره . فقد أخذ الفقهاء والمشرعون في هذا العصر الذي يلتهب فيه العالم بأتون الفتن والحروب ، يدعون إلى بعث الأخلاق وإحيائها ، لترد عادية الطغيان الذي سلب فيه الإنسان القوى المادية العاتية لتحطيم الحضارة البشرية .

غير أن واضعي القانون المدني ، وهم من كبار المشرعين والفقهاء الغوا هذه المادة ولم يثبتوها ، ولم يكن ذلك منهم إهمالاً لفكرة الحق الطبيعي وانتقاصاً من شأنه ، فالناس في طيلة القرن التاسع عشر كانوا يؤمنون بهذا الحق ، وما زال منهم من يؤمن به حتى الآن ، وإنما أراد واضعي القانون أن يجعلوا منه تشريعاً وضعياً خالصاً يقوم على مبدأ الحرية والمساواة المطلقة بحيث لا يتحكم مذهب من المذاهب في تحديده وتقييده ، وقد أحسنوا بذلك صنعاً ، فقد ظهرت في منتصف القرن التاسع عشر المدرسة التاريخية التي أنشأها الفقيه الألماني سافيني (Savigny) تلك المدرسة التي تؤمن بأن الإنسان لا يستمد القوانين التي يشرعها والقواعد التي يخضع لها من حق طبيعي ثابت مستقر، وإنما يستمدها من الحوادث التاريخية والاجتماعية

- ضياء الدين عارف، التطورات العامة للقانون الخاص، مجموعة نابوليون، م س، ص 128¹

التي مرت في حياته وأثرت في تطوره ولذلك فإن القوانين والقواعد التي تنظم حياة الإنسان في المجتمع تخضع لهذا التطور¹.

وفي الحق ، فإن هذه المذاهب التي ازدهمت في القرن التاسع عشر ، وشغلت علماء القانون والفلسفة والاجتماع في جدال ونقاش صدرت عنه أجلّ وأروع المؤلفات العلمية، أخذت تتقلص شيئاً فشيئاً حينما انطوت صفحة ذلك القرن عن هذا القرن الذي نعيش فيه، فبدأت سلسلة هذه الحروب التي ما زال يندلع أوارها ويتصل شرارها ، ووقف الضمير الإنساني ليشهد انقراض العلم على الحرية واستبداد القوة بالحق ، ويبحث عن وسيلة لإنقاذ الحق الذي لم تعد تلك المذاهب والنظريات قادرة على إنفاذه .

وهنا ظهرت الفكرة الأخلاقية التي أخذت تدعو إلى جعل الأخلاق رقيباً على إنقاذ الحق وحامياً له ، ففي النظام الدولي نجد الدعوة إلى القيم الأخلاقية ظاهرة في جميع النظم التي تحاول الشعوب فيها تحديد سلطان القوة، باستنهاض الوجدان الإنساني واللجوء إليه في رد العدوان ونشر السلام . وفي النظام الداخلي نجد جميع الشرائع الحديثة قد اتجهت إلى الاعتراف بالقيم الأخلاقية مصدراً للحق ورقبياً عليه ، وتركت للقاضي حقاً مطلقاً في البحث عن هذه القيم في جميع العلاقات الحقوقية بين الأفراد لكي لا يستبد القوي بالضعيف ولا ينال ظالم من مظلوم².

وهكذا ظهرت القواعد الأخلاقية في نطاق الحق متممة للقواعد القانونية ومؤيدة لواجب الخضوع لها، وعلى ذلك فإنه ينبغي على القاضي حينما يستمع إلى أقوال المتقاضين ويصغي إلى حجج الخصوم أن لا يفصل في حكمه إلا بعد أن يستمع إلى قول الضمير ويصغي إلى حجة الأخلاق، لأن مهمته هي في تحقيق العدل لا في تأمين المنافع والأهواء ؛ وبذلك يكمل القاضي

¹ - <https://www.mohamah.net/law> شوهدة يوم 2020/09/29 على الساعة 18:01

² - أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، جزء 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 65

مهمة المشرع ويقوم مقامه ، فإذا أقر المشرع عن نسيان أو إهمال قاعدة قانونية يفضي تطبيقها إلى الإخلال بقواعد الأخلاق فعلى القاضي أن ينتصر للأخلاق ضد الحق الذي قرره القانون . فالأخلاق عنصر ضروري للحق ، وليس هو قاعدة لبنائه وإنما هو قوة عظيمة ذات حياة ونشاط توجه الحق وتبنيه وتستطيع إذا شاءت أن تهدمه

كذلك فإن مهمة الشرع أو الفقيه ليست في صياغة القانون وتفسير نصوصه ، وإنما هي في تقرير المثل الأخلاقية العليا وصبها في الصياغة والتفسير لكي تتحول القيم الأخلاقية إلى قواعد حقوقية ، وفي الواقع فإن كثيراً من القيم الأخلاقية قد انتصرت ودخلت في نطاق الحق توجهه وتحميه . فالقواعد التي فرضت التعاون بين الأفراد ، ونظمت حماية الطفولة وأبطلت العقود المخالفة للآداب ، وحرمت الإثراء بلا سبب ، ومنعت إساءة استعمال الحق ، وحمت العامل من رب العمل ، وقررت فرض الضرائب بالتساوي بين الأفراد ، هي في الحقيقة قواعد وقيم أخلاقية انقلبت إلى حق مؤيد بالقانون .

وإذا كانت حياة الأفراد في المجتمع قائمة على التبادل المنشئ للالتزامات ، فإن أكثر ما يجب أن تراعى فيه القيم الأخلاقية هو هذه الالتزامات التي تقرر حقوق الأفراد وواجباتهم ، وقد راعى قانوننا المدني في الالتزامات التي أنشأها، هذه القيم بمقياس واسع، ومنح القاضي سلطة واسعة في تقديرها وفرضها ؛ ولا شك في أن أقوى مظاهر التزامات الأفراد هي العقود التي تنشئ الالتزام باتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين.¹

ولقد إتجهت ، أغلب التشريعات الحديثة، إلى الاعتراف بالقيم الأخلاقية مصدراً للحق ورقبياً عليه ، وتركت للقاضي الحق في البحث عن هذه القيم في جميع العلاقات بين الأفراد ، حتى لا يستبد القوي بالضعيف ولا ينال الظالم من المظلوم .

¹ - أحمد محرز، المرجع السابق، ص 66

وإذا كانت حياة الأفراد في المجتمع قائمة على التبادل المنشئ للالتزامات، فإن أكثر ما يجب أن تراعى فيه القيم والمبادئ الأخلاقية هي العقود التي تقرر حقوق الأفراد وواجباتهم. وبالنظر إلى أن العقود أساسها الإرادة، فإن مسألة ترك للإرادة الحرية في إحداث ذلك الأثر القانوني تأثرت بتطور المذاهب القانونية السابقة¹.

فالمشرع الفرنسي، مثلا، حينما حمى الإرادة وأطلق سلطانها في المادة 1134 من القانون المدني القديم كان متأثرا بأهداف الثورة التي قررت بأن حرية الإنسان مطلقة من كل قيد، وأن للإنسان أن يملي في العقد ما يشاء من شروط وعلى الملتزم أن ينفذها، لأن الشرف يقضي بأن ينفذ ما قطع على نفسه من وعد وعهد، لكنه قيدها بفكرة الآداب العامة. كما أن القضاء الفرنسي لم يتخل في هذا المجال عن القيم والمبادئ الأخلاقية، حيث جعل منها أساس إجهاداته التي أكملت نصوص القانون المدني وحلت محله في كثير من الأحكام، ما أفرز مجموعة من الإلتزامات الأخلاقية أقرتها فيما بعد التشريعات الحديثة، كالإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد والإلتزام بالضمان. إن الأخلاق تستوجب أن تسود العدالة العقد، فعدم تكافؤ الأداءات يمكن أن يكون الأمر الذي يكشف عن إستغلال الطرف الضعيف في العلاقة. كما أن الأخلاق تستلزم الإهتمام بالأحاسيس التي تحرك الأشخاص القانونية، ما يتطلب حماية حسني النية ومعاقبة أولئك الذين يتصرفون بالحيلة أو بالغش.

تتحقق فكرة العدالة بالأخذ بعين الإعتبار معالجة المبادلات بالنظر إلى التعارض البين للمصالح، فالعقد، وفقا لتصور Rousseau ، واقعة إجتماعية تتبثق من كيان المجتمع لكنها لا تهدر دور الفرد الذي أعلن إذعانه له ضمنا².

¹ - جبار سماح، مرجع سابق، ص23

² - جبار سماح، مرجع سابق، ص24

لقد إنعكس تأثير العوامل الاجتماعية والإقتصادية على الظاهرة العقدية، حيث أدى إلى التعامل مع العقد كأداة نافعة لتبادل الثروات والخدمات، مما سمح بظهور فكرة "جمعية العقد" التي يقصد بها الخروج بالعقد من نزعته الفردية التقليدية إلى نزعة جماعية جديدة، والنظر إليه على أنه وسيلة الحياة الجماعية¹.

يلعب مبدأ حسن النية دور بارز في مجال العقود سواء في مرحلة تنفيذه أو قبل ذلك. هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 107 من ق م ج²، ولقد تقرر وفقا لهذه المادة أنه يجب تنفيذ العقد بحسن نية، غير أنه في حالة ظهور حوادث استثنائية كان من المستطاع أنواعها، جاز للقاضي تبعا للظروف ومراعاة لمصلحة الطرفين أن يحول الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

يقصد بحسن النية إدراج وإعمال مبادئ الصدق والصراحة والأمانة، وعدم الغش والكذب والتقيد بالنزاهة في أي تصرف أو إجراء يقوم به الطرفان.

لقد أشار فقهاء الرومان إلى قاعدة هامة مفادها "الغش يفسد كل شيء"³. بحيث تعتبر قاعدة خلفية واجتماعية، لها مكانة من الناحية القانونية ليس فقط في تنفيذ العقد؛ وإنما في فترة التكوين والتفاوض عليه.

كما اهتم الفقه الإسلامي بقاعدة حسن النية، وقد فرضت الشريعة الإسلامية على المتعاملين أن يكونوا حسنى النية في تصرفاتهم في جميع المجالات. كما جعلت مبدأ حسن النية مسيطرا

¹ - جبار سماح، مرجع نفسه، ص25

² تنص المادة 107 من ق م ج: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"

³ العربي بلحاج، الإطار القانوني، المرجع السابق الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة؛ دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص67.

ومهيماً على العقد في جميع مراحل تكوينه إنطلاقاً من مرحلة التفاوض، مروراً بمرحلة الإبرام والتفسير، وإنهاءً بمرحلة التنفيذ¹.

على هذا الأساس، فإن مبدأ حسن النية في التفاوض كالالتزام رئيسي، هو التزام بتحقيق نتيجة بغرض أن المتفاوض لا يستطيع ردع المسؤولية عن نفسه بمجرد إثبات أو إدعاء أنه بذل ما في وسعه ليكون حسن النية. كما أنه لا يجوز إتيان أي سلوك من شأنه إعطاء آمال كاذبة والمراوغة لإبعاد الطرف الآخر عن التفاوض مع الآخرين. كذلك لا يجوز العدول أو الإنسحاب من المفاوضات على نحو إنفرادي وإرادي ومفاجئ دون وجود مبرر مشروع، مما يترتب عنه من حرية التعاقد. ذلك لأن الالتزام لا يعني مطلقاً أن يتقيد المتفاوض بإبرام العقد النهائي فعلاً، بل ظل محتفظاً بكامل حريته التعاقدية من عدمها و لهذه الغاية شرع مرحلة المفاوضات. إلا أنه يجب أن نشير إلى أن القاضي يقوم بموجب السلطة المخولة له، بمراقبة مبدأ حسن النية في التفاوض خاصة في حالة قطع المفاوضات من جانب واحد².

تبعاً للخط الذي يفصل بين مبدأي حسن النية وحرية التعاقد، إتسع نطاق المسؤولية كلما تقدمت المفاوضات؛ حيث أن تقدم المناقشة حول العناصر الأساسية يلزم الطرفان أخلاقياً وقانونياً ببذل العناية والجهد اللازم لتكملة الإتفاق الإيجابي سعياً لإبرام العقد المنشود.

كما يعتبر علم الاستمرار في التفاوض إذا اقترن بسوء نية، سلوكاً خاطئاً يستدعي قيام المسؤولية التقصيرية.

¹ عبد الحليم عبد اللطيف القونى، حسن النية وأثره في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004، م، 323.

² العربي بلحاج، الإطار القانوني، المرجع السابق، ص 69.

وكخلاصة لنا نستنتج في الأخير أن القانون عليه أن يتماشى والمبادئ والقيم الأخلاقية في المجتمعات ذات النشأة، لتحقيق الغاية التي يصبوا إليها القانون بشكل عام، خصوصا وأن على مر الزمان يثبت تتحول العديد من المبادئ والقيم الأخلاقية إلى قواعد قانونية مع تطور العلاقات الاجتماعية.

إن قابلية القانون للعنصر الأخلاقي في العقود أهمية للقيم الاخلاقية في علاقات الأفراد ومعاملاتهم، يستدعي وضع مفهوم يضبط الفكرة ويسهل إدماجها وتكريسها في الأوساط القانونية وتساعد على مسايرتها للتطورات الاجتماعية والاقتصادية.

تمهيد

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " حسن الخلق وكف الأذى يزيدان في الرزق " فإن في سعة الأخلاق كنوز الأرزاق، فالأخلاق مفهوم يشخص أفعال الإنسان وحسن نيته في تعاملاته. هذا الأمر يصعب من إمكانية تطبيقها أو تبينها في قواعد قانونية لتساعد العدالة على تحقيق العدالة والمساواة في القانون.

تطرقنا في المبحث الأول الإطار الفقهي للعنصر الأخلاقي في العقود.

والمبحث الثاني الإطار القانوني للعنصر الأخلاقي في العقود.

المبحث الأول: الإطار الفقهي و القانوني للعنصر الأخلاقي في العقود

تطرقنا للإطار الفقهي للعقود في المطلب الأول العدالة العقدية كما تطرقنا في المطلب الثاني

الثاني حسن النية في العقود

المطلب الأول: العدالة العقدية

إن العدالة في القانون توجه الشخص في علاقاته وتعاملاته، لأهميتها البالغة فيلتزم ضبط مفهومها الخاص في العقود كفرع أول وأسسها كفرع ثاني.

الفرع الأول: مفهوم العدالة

ان العدالة لم يكن لها وجود يوماً، إلا بوجود الجماعة، وأن "المجتمع الذي يفتقر إلى اتفاق علمي حول مفهوم العدالة، لا بد أن يفتقر، أيضاً للأساس الضروري للمجتمع السياسي" فالعدالة، هنا ليست حماية المصالح الفردية بشكل مطلق داخل المجتمع المدني، ولا حماية المجتمع المدني على حساب الأفراد بشكل مطلق؛ بل إن الأمر بين هذا وذاك، وهذا البين هو القانون: الذي كما نشاهد اليوم في كل الدول العالمية الموجودة؛ فالعدالة تحدد بقوانين¹.

حيث تعرف العدالة في الفلسفة بأنها إحدى الفضائل الأربعة التي توصل إليها الفلاسفة القدماء وهي "الحكمة الشجاعة" والعدالة والعفة، وأصل العدالة من العدل وتعني الإنصاف وإعطاء المرء ماله واخذ ما عليه، كما تعني بالمثل والجزاء والنظير والفداء، وتعني أيضاً إعطاء كل شخص ما ينفقه أو إعطاء كل فرد حقه، وترتبط العدالة ارتباطاً وثيقاً بالمساواة وتستعمل العدالة كمعيار للحق.²

¹ المصباحي محمد، "العدالة وتعدد العقل والعقلانية لدى أمارتيا أ. صن"، ضمن سؤال العدالة في الفلسفة السياسية المعاصرة، ط 1، الرباط، دار رقرق، 2014م، ص 120.

² أحمد إسماعيل محمد، الديمقراطية ودور القوى النشيطة في الساحات السياسية المختلفة، المكتب الجامعي الحديث، باريس 2010م، ص 83.

لقد عرف الأستاذ حجازي العدالة بأنها "احساس" أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته الملائمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة إبتغاء تنظيم هذه العلاقة وهي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي أثناء محاولة تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يفعله القانون في ذلك بنص استثنائي.¹

هناك رؤية أخرى للعدالة تطرق لها الفيلسوف اليوناني الشهير أرسطو بحيث قام بربط العدالة بالاستحقاق الأخلاقي بالنسبة لأرسطو فإن العدالة هي إعطاء الناس ما يستحقونه إنها مسألة معرفة التاسب الصحيح بين الأشخاص وفضائلهم وأدوارهم الاجتماعية المناسبة، يمكننا القول بشكل عام أنه ينبغي منح الأشخاص المتساويين أشياء يقول أرسطو ذلك يعتمد على نوع الأشياء التي تجرى توزيعها .

-كما أن العدالة تعد زيادة على العدل، وهي زيادة يملئها العقل تحت تأثير قوة العاطفة التي تشعر بالرحمة والشفقة، وهي لا تعدو أن تكون من متطلبات التشريع كذلك ومن الفروق بينهما أيضا أن العدالة بإمكانها أن تأتي بقاعدة جديدة في حين أن العدل غير قادر على ذلك.²

في حين تعد العدالة التبادلية أو التصحيحية أساس كل مسألة في نظرية العقد، بالنظر إلى أن مفهومها هو الأكثر توافقا وإنسجاما مع مبدأ الحرية الفردية فهي التي تبرز حق الدائن في إلزام المدين بالقيام بأداء ما، وذلك حفاظا على التوازن في الحقوق والذمم المالية.

تدخل المشرع في العقد عن طريق اشتراط مجموعة من الأركان والشروط حتى يكون ملزما، وهو تدخل لا يتعارض مع حرية التعاقد لأن فيه ضمان إعطاء فرص متكافئة للطرفين تحقيقا

¹ - مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة ، 2004، ص 325.

² - محمد مطيع، فلسفة العدالة والأخلاق من مختلف المدارس الفلسفية والفكرية ،مجلة وندراس، العدد 8، ص 23.

للمساواة التي قد تغيب عند إبرام العقد على أساس الفروق الطبيعية والاجتماعية المتأصلة بين الطرفين.

من إعتقاد الناس بضرورتها لتحقيق مصالح المجتمع وتغير مبادئ العدالة إحدى الوسائل التي أوجدها المشرع أمام القاضي في الفصل النزاع المعروض عليه حينما لا تسعفه نصوص القوانين الوسعية في ذلك فالقاضي ملزم بالفصل في كل نزاع يعرض عليه إذ لا تجوز له الامتناع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه وإلا أعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة فكانت الوسيلة هي الرجوع إلى المبادئ مستوحاة من العقل الإنساني وتفرضها قواعد العدالة والإنصاف.¹

المادة الأولى من القانون المدني الجزائري "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفي قولها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فقواعد العدالة ليست واضحة المعالم بصفة المذلول إذا على القاضي أن يتعهد برأيه لحسم النزاع وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل بين الناس وعلى القاضي في رجوعه إليها واجتهاده أن يصدرها عن اعتبارات موضوعية لكن اعتقاده الذاتي فلا يحق له أن يبني حكمه على أفكاره الخاصة أو أن يطبق ما كان يضعه من القواعد لو أحيط به تشريعا وإلا أصبح مشرعا.²

¹ - مقال-قانوني-مميز-حول-مبادئ-العدالة، أنظر :

: 45 شوهدة يوم 2020/09/30 الساعة 11:11 <https://www.mohamah.net/law11>

² - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل

ومتتم.

الفرع الثاني: معايير العدالة

لما كانت العدالة العقدية تكفل تنظيم وحماية المبادلات والمعاملات، فإن القانون الوضعي قام بتكريسها إعتقاداً على مبادئ أخلاقية قانونية تمثلت في المساواة والتوازن، وذلك حسب نطاق الحماية التي تمنحها للعقد ذاته.

يرى فقهاء القانون والفلاسفة من قبلهم، أن المساواة هي الترجمة الحقيقية والتعبير الواقعي للعدالة، وهي ترجمة محددة لفكرة مجردة. وما دام المشرع يقصد تحقيق العدالة بأحكامه من خلال ربط مختلف نصوصه بالقيم والمبادئ الأخلاقية السامية، فلا ريب أن يكرس المساواة تطلبا للعدالة، وهو ما تعكسه نظريته إلى التزامات المتعاقدين¹.

في الحقيقة، نظرية العقد المنبثقة عن المذهب الفردي لا تأخذ بعين الاعتبار الإمكانيات المادية منها والمعنوية التي يتمتع بها الأفراد ولا رغباتهم واحتياجاتهم فالقانون ينظر لطرفي العقد على أنهما متساويان، لذلك ينشأ العقد ذاته الإلتزامات القانونية ويجعلها قابلة للتنفيذ، لكن عدم التساوي بين المتعاقدين عند إبرام العقد، على أساس الفروق الطبيعية والاجتماعية المتأصلة بين الطرفين، قد يجعل العقد تعوزه العدالة.

وفي سبيل تحقيق عدالة التعاقد، يجعل القانون العقد محل تدخلين: الأول من المشرع لحماية الطرف الضعيف بواسطة نصوص أمرة كقانون العمل وقانون التأمين، والآخر من القاضي لتصحيح تلك اللامساواة، ومنح الطرف المضرور فرصة التخلص منها أو الإكتفاء بإعادتها الى نصابها، لقد إهتم المشرع وفق نظريته الذاتية لأداءات المتعاقدين بالمساواة المجردة، وهي إنعكاس لعدالة مجردة. فالقانون يضمن الإطار العام الذي في ظله تتزايد

¹ - دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 32

الحرية، بالحد من حرية الإعتداء على مصالح الأفراد، وهو بذلك يوجههم إلى الإنتفاع من التعاقدات المتنوعة بالحرية التي يضبطها تقابل الإرادات المتساوية.

وتعود هذه النظرة إلى فكرة العدل التي تقضي أن الشخص صاحب الإرادة المدركة والحرية لا يعجزه تحقيق المصالح بالقدر الذي يشاء وحسبما يريد. والإرادة بتلك الميزات بمقدورها تحقيق المساواة التي تتمثل في عدل التعاقد الإرادي الذي ينطلق من مساواة المشيئتين، والتي تتميز عن العدل التبادلي وعن العدل التوزيعي

وما دام القانون يتطلب إحترام قاعدة العدالة في المبادلات، فهذا يضمن في الوقت نفسه تحقيق العقد كمظهر لإتفاق إرادات الأطراف على نحو يؤمن فعلا عدم القبول بشروط مخالفة لمصالحها بسبب اللامساواة بينها ، وهو ما يجعل العدالة تتجسد في الحرية والمساواة المهيمنين على التنظيم العقدي، نستنتج في الأخير أن العنصر الأخلاقي يتدخل عن طريق مبدأ المساواة ليعيد للعقود إستقرارها، خاصة فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الخاصة التي تقوم على العلاقات التبعية أو الإستهلاكية، حيث تظهر فيها اللامساواة متأصلة وهو ما يتعارض مع العدالة.¹

ثانيا- التوازن العقدي تحقيق للعدالة:

يرجع أصحاب المذهب الشخصي تصورهم لفكرة التوازن العقدي إلى الإرادة الحرة، كون هذه الأخيرة قادرة على تحقيق التوازن لأنها إرتضت الدخول في العملية التعاقدية وفق المصالح المتبادلة بإعتبارات ذاتية، ونتيجة لتبني المشرع الجزائري المذهب الفردي، فإنه لا يشترط التوازن المادي في العقود كأصل عام، خاصة أنه يهدف الى تحقيق مساواة مجردة في الحقوق والواجبات من خلال إهتمامه بالإرادة التي تضمن التوازن النسبي في العقد غير أن التفاوت بين

¹ - جبار سماح، المرجع السابق، ص 33

المتعاقدين أدى إلى إختلال التوازن الإقتصادي للعقد بسبب المبالغة في الحرية التعاقدية، ولم يعد الشخص بمفرده قادر على حماية مصالحه وتحقيق العدل في علاقاته مع غيره¹.

وأمام هذا الأمر، إستدعت الضرورة التدخل في القوة الملزمة للعقد للحد من غلواء الإرادة، حيث إتجهت إرادة المشرع إلى مراعاة تعادل الأداءات التي يفترض فيها التباين بالنظر إلى جميع شروط العقد، أي إلى تحقيق التوازن المادي للعقد، وذلك بالبحث عن آليات لمعالجة مختلف التفاوتات الإقتصادية أثناء إبرام العقد أو عند تنفيذه، خاصة أن العقد أصبح ينظر إليه كأداة لتحقيق النفع عامه وخاصه، وهو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة .

واقترح الفقه معيارين للتوازن، يتمثل الأول في معيار التبادل الذي يفترض وجود إلتزام يبادل به الطرف الآخر ليستخلص حقه في مواجهة هذا الأخير. أما المعيار الثاني فيكمن في التعادل بين الإلتزامات، الذي يستند إلى قيم حسابية في الموازنة بين الإلتزامات أطراف العقد وترى الأستاذة جمعة زمام أن أهم معيار للتوازن المادي للعقد هو معيار التعادل، خاصة أنه يقترب من نظرية النفع والعدل التي جاء بها الأستاذ Ghestin، كما يتناسب مع المفهوم الإقتصادي للعقد الذي يضمن توازن مبدئي كما قرره أطراف العقد، وهو ما يعني إستجابة العقد للأهداف المرجوة من الأطراف أو المصلحة المنشودة .

تجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه الحديث تبنى معيار جديد يعود إلى التبادل المستمد من مفهوم العدالة التبادلية والتعادل ، حيث يعتبر تنظيم الشروط التعسفية أساس التجديد في معيار التبادل، فهي محل مكافحة تشريعية وقضائية بهدف وضع حد لعدم التوازن الملازم لشروط العقد بعيدا عن ضمان التساوي الكلي بين الأداءات المتقابلة².

¹ - دحمون حفيظ، مرجع سابق، ص34

² - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص34

وعليه، يتضح أن العدالة تقتض المساواة بين مراكز الأطراف المتعاقدة، كما تتطلب عدم الإخلال بالتوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه. ولا شك أن السبيل إلى تحقيق تلك العدالة يكمن في إحترام مبدأ حسن النية ومقتضياته.

المطلب الثاني: حسن النية في العقود

لأن حسن النية تأثيره و الحاجة إليه برزت تزامنا مع ظهور مبدأ سلطان الإرادة لذي فإن دور مبدأ حسن النية في العقود يرتبط ارتباطا وثيقا بدور الإرادة فيها منعما أو ضعيفا أو متقدما و لذلك لم يأخذ هذا المبدأ مكانته في التصرفات القانونية بصفة عامة في أنظمة القانون دفعة واحدة و إنما كان يتطور تدريجيا بتقدم و تطور دور الإرادة حسب النزعة السائدة في الأنظمة المختلفة للقانون.

كما تأثر هذا المبدأ بكل من مراعاة مبدأ العدالة التي يقتضي الاعتماد عن الإرادة الباطنية في التصرفات ومراعاة استقرار التعامل الذي يقتضي الاعتماد على الإرادة الظاهرة في التصرفات¹

الفرع الأول: حسن النية في القانون الفرنسي و القانون الجزائري

أولا: في القانون الفرنسي.

ظل القانون الفرنسي القديم متمسكا بالقاعدة الرومانية القديمة القائلة (أن الاتفاقات لا ترتب التزامات)، وهذه القاعدة حالت دون تقدم فكرة المقاصد والنيات في العقود والتصرفات، وبالتالي لم يزدهر هنا مبدأ حسن النية في العقود، لأن بروزه لا يكون إلا في الأنظمة التي تفسح المجال للإرادة ولا تقلص من دورها في العقود والتصرفات . وعليه فإن فكرة المقاصد والنيات في

¹ - رعد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالى، 2014، العدد 64، ص185.

التصرفات لم تجد سبيلها في القانون الفرنسي إلى غاية القرن الثاني عشر¹، لكن بعد هذا التاريخ أصبح لفكرة الباعث دور في القانون الفرنسي القديم، و تأكدت القاعدة المتمثلة في أن الاتفاق يرتب آثارا قانونية ملزمة، فبرز بذلك دور الإرادة في التصرفات القانونية، الأمر الذي أدى بدوره إلى تقدم دور البواعث والنيات في التصرفات القانونية، لاسيما في ظل النظرية الحديثة للسبب التي تبناها القضاء في فرنسا، بعد أن هجر النظرية التقليدية للسبب، وانساق معظم الفقه الفرنسي وراء القضاء في ذلك، فتقدم مبدأ حسن النية في العقود والتصرفات في القانون الفرنسي الحديث، وأصبح الاهتمام الكبير على البواعث والنيات التي وراء التصرفات مهما .

وبالتالي في القانون الفرنسي. كانت بعيدة وغير مباشرة، لأن لها تأثير كبير على الإرادة التعاقدية الحديث اختفى التقسيم الروماني بين عقود حرفية التنفيذ وعقود حسن النية، وكل الاتفاقات أصبح يجب تنفيذها بحسن نية، أي بمعنى آخر أصبحت كل العقود الآن عقود حسن النية، وبذلك لا يمكن لأي طرف التمسك بحرفية العقد لتجنب روحه، لأن قانون العقد يجب أن يطبق وفقا لروح العقد المفترضة المعقولة والعادلة، ووفقا لأمانة المتعاقدين .ونجد أحد الفقهاء الفرنسيين يقول بأن مفهوم حسن النية في الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، كان بالإمكان أن يكون له نتيجة كبيرة .وتجدر الإشارة هنا أيضا، إلى أنه في فرنسا، لفترة طويلة، لم تعتمد المحاكم فيها على مفهوم حسن .² فرغم نص النية إلا نادرا (استثناءا)، لدرجة أنه كان يمكن اعتبار أن هذا المفهوم هو بدون جدوى المشرع الفرنسي على حسن النية في الفقرة الثالثة من النص ا لمدني الفرنسي، إلا أن القضاء الفرنسي لم يعمل لا بمفهوم

¹ - يوب هودي، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود مدنية، جامعة العربي بن

مهدي أم الباوقي، سنة 2012، 2013، ص 17

² - يوب هودي، المرجع سابق، ص18

حسن النية ولا بهذا النص القانوني، وبالتالي يجب الانتظار إلى غاية سنة 1985 حتى تتطرق محكمة النقض الفرنسية لأول مرة للفقرة الثالثة للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، من خلال القرار الصادر في 20 مارس 1985 ، الذي جاء فيه أن شركة تأمين ليست حسنة النية إذا رفضت التعويض عن سرقة سيارة بحجة أن الجهاز الواقي من السرقة لم يكن من ال نوع المعتمد من طرفها، في حين أنها لم تقدم ما يبين أنها قامت بإرشاد المؤمن له عن الأنواع المعتمدة، وأنها أخذت .ومن ذلك الوقت مفهوم حسن النية يثير العديد من التساؤلات إلى يومنا هذا

ثانيا: حسن النية في القانون الجزائري

إن مبدأ حسن النية في العقد هو مبدأ يجد مكانه في التشريعات التي تعطي دورا للبواعث والنيات في، إذ عن طريق مراقبة مشروعية الباعث يبسط القانون ظلال الأخلاق على دائرة التصرفات القانونية وبالنظر للمشرع التعاقد بين الأفراد وفي معاملاتهم الخاصة، ويراقب بذلك مشروعية البواعث والنوايا الجزائري نجد نص في المادة 97 ج.م. ق : (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا .) ، كما وهذا يعني أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد أنه نص صراحة على اشتراط حسن النية في تنفيذ العقد، في الفقرة الأولى من المادة 107. م. ق ج، وبالتالي مبدأ حسن النية في العقود له وجود ودور في القانون الجزائري، إذ رغم أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه ليس هناك عقود تحكم فيها المباني دون المعاني، وخير دليل على ذلك . في نظرنا . ما جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية، ورد فيه أنه : (لمن السهل أن يتقدم المتقاضى أمام المحكمة يطلب فيها إبطال البيع بحجة عدم صياغته في الشكل التوثيقي بينما يكون هو الذي امتنع عن تطبيق أحكام المادة 361 ق م وعليه يجب القول أن البيع

موضوع الخصام صحيح وأركانه متوفرة . (وقد استمد المشرع الجزائري مبدأ حسن النية من القانون الفرنسي، ويؤكد ذلك الدكتور علي علي سليمان عند قوله بأن : (حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي)¹. ونشير هنا، إلى أن القانون المدني المصري له أيضا، في نظرنا ، الفضل في الصياغة القانونية. باللغة العربية . التي جاءت بها النصوص المتعلقة بحسن النية في القانون المدني الجزائري، إذ نعتبر ذلك واضحا لكل من يقارنها بنصوص القانون المدني المصري، الذي تأثرت به معظم القوانين المدنية ، ولذلك يعتبر كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة إلى كثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص القانون المدني الجزائري أيضا تأثير الشريعة الإسلامية التي يستمد منها القانون المدني الجزائري أحكامه طبقا لنص المادة الأولى منه، إذ أنه لو كان مبدأ حسن النية يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، لما أخذ به القانون المدني الجزائري، ولما استمده من القانون المدني الفرنسي، فالشريعة الإسلامية تهتم هي أيضا بالنيات والمقاصد، وسنؤكد ذلك عند التطرق لمبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية . ونشير هنا إلى أننا نعتقد أن مبدأ حسن النية في العقود، لم يأخذ وقتا طويلا لكي تعمل به المحاكم ، إذ أننا نعلم أن القانون المدني الجزائري صدر في 26 سبتمبر سنة 1975 و وضع موضع الجزائرية التنفيذ بأثر رجعي ابتداء من 5 جويلية 1975 ، وبالرجوع إلى المحاكم الجزائرية، نجد أن هناك قرار من ، يخص حسن النية في عقد العارية، وبالتالي المحكمة العليا الجزائرية صادر في 21 مارس سنة 1983 قد يوضح لنا ذلك بالتقريب بأنه في أقل من ثمان سنوات تم العمل بمبدأ حسن النية في العقود بعد صدور القانون المدني الجزائري في 1975 . وننوه هنا إلى أن ذلك قد توصلنا إليه حسب ما

¹ - يوب هودي، المرجع السابق، ص 20

وقع في أيدينا من قرارات في هذا المجال، وقد يظهر غير ذلك إن وجدت قرارات قضائية جزائية أخرى تثبت غير ما ذهبنا إليه في هذا المقام¹.

الفرع الثاني : حسن النية في العقود كالالتزام قانوني:

إن حسن النية لا يتطلب فقط السلوك بل قد يتطلب الامتناع عن سلوك، لأنه التزام والالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل وذلك ما يراه غالبية فقهاء القانون، إذ عندهم التزام حسن النية في العقود رغم أنه ذات طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون التزاماً حقيقياً في الحياة التعاقدية يترتب عنه التزامات لا تقل في العموم وفي التجريد وفي الإلزامية عن أي من الالتزامات التعاقدية أو القانونية الأخرى.²

وبالتالي هذا الالتزام القانوني هو التزام بالمعنى الضيق، وليس مجرد واجب عام، فهو التزام حقيقي له دائن ومدين، ومحل وسبب، كما أنه يقابله حق شخصي من الجانب الآخر، وله عناصره المحددة، وتتمثل هذه العناصر في: العنصر المادي المتمثل بمراعاة مقتضيات حسن النية التي تستجمع في مراعاة المصالح الخاصة المبررة المشروعة للطرف المقابل . والعنصر النفسي الذي يتمثل في توجيه الإرادة إلى مراعاة المصالح الخاصة المبررة للطرف المقابل، وبالتالي يستوجب توافر الإدراك والتمييز³

¹ - يوب هودي، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود مدنية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، سنة 2012، 2013، ص 20.

² - إبراهيم عبد المنعم موسى ، حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص

³ - إبراهيم عبد المنعم موسى، مرجع سابق، ص 50.

المبحث الثاني: الإطار القانوني للعنصر الأخلاقي في العقود

العنصر الأخلاقي في العقود له دور كبير وفعال في تكملة القانون وخاصة في العدل والمساواة
المطلب الأول: مبررات قيام العنصر الأخلاقي للعقود، المطلب الثاني: مكانة العنصر
 الأخلاقي في القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: مبررات قيام العنصر الأخلاقي في العقود

إن مبررات قيام العنصر الأخلاقي في العقود تركز في دور العدالة والإنصاف كمكمل للقواعد
 القانونية في الفرع الأول أما الفرع الثاني فإن العنصر الأخلاقي منطلق للقاعدة القانونية.

الفرع الأول: العدالة والإنصاف كتكملة للقاعدة القانونية

تعرف مبادئ العدالة على أنها القواعد التي يستوجبها العقل المصيب والنظر السديد من روح
 العدل والإنصاف لتعديل أحكام القانون وتكملتها، فإن إقرار مبادئ العدالة يغير حكم القانون
 ويتعرض لنصوصه بالإلغاء أو التعديل أو الإضافة وقد كانت هذه الوسيلة ناجحة عندما
 ضعف التمسك بالمعتقدات البدائية.¹

ويعتبر اللجوء إلى قواعد العدالة والإنصاف للتوصل إلى النتائج المبتغاة من دون إبطال ذلك
 وتسري مبادئ العدالة بصفقتها وسيلة مباشرة من وسائل تطور القانون مع التشريع إذا أن مبادئ
 العدالة والتشريع في مصدر إلزام كل منهما فمبادئ العدالة تستمد قوتها الملزمة.
 فعلى القاضي إذن أن يتأثر بحكمه بالاعتبارات الموضوعية التي تحيط بمجتمعه وان يسترشد
 بالمبادئ الأساسية للقانون التي تستنبط منها القواعد التفصيلية سواء كانت المبادئ العامة التي
 تركز عليها تشريعات.

¹ - مقال -قانوني- مميز -حول- مبادئ-العدالة أنظر:

لذلك أثرت مبادئ العدالة في مجال القضاء وصار لها دور كبير في تطور القانون المعاصر، فقد عمل القضاء عن طريق الاجتهاد على تلاقي في قصور التشريع وسد نقص النصوص التشريعية بوضع عدة نظريات وأحكام.¹

فالعدالة لا تعرض النقص الموجود في القانون وإنما تساهم في تحقيق شروط تطبيق الحكم التشريعي بإرادة المشرع الذي تحرص على أن تكون قواعده مناسبة تحقيقا للهدف العام للقانون وهو العدل، وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالعدالة في النصوص التي تخص هذه الحالات الخاصة هو الإنصاف المؤسس على المساواة.

فالمادة 02/107 من القانون المدني..... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا على ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرق والعدالة تحب طبيعة العدالة. على ضوء نص المادة يضطر القاضي إلى إعمال العدالة التناسبية لتحقيق مساواة حقيقية بين المتعاقد مما لا يكفي وصفها بمجرد مبادئ العدالة.²

و أيضا تظهر عدالة العقد من خلال شروط العقد ذاته المبرم بين الطرفين، وهو عقد معيار خارجي مستقل يقيس نتائج وآثار العقد، حيث يعد العقد عادلا تبعا لعدالة الأداءات المتبادلة للمتعاقدين، ويعد العقد في هذه الحالة أداة لتحقيق منافع متبادلة إلى حد ما بين طرفيه وإذا كانت قواعد العدالة تقتضي وجود توازن الالتزامات المترتبة عن العقد، بغض النظر عن إمكانية عدم التكافؤ الاقتصادي للطرفين خارج نطاق العقد، فإنها تقتضي التعادل في المنافع التي يجنيها أطراف العقد.³

¹ - سهى منذر خليفة، صحيفه يومية تصدر عن دار التأخي للطباعة و النشر ، سنة 1967، 2016-05-31 يوم

² - فيلالي، علي، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، ط3، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص 24

³ - محمود محسوب، أزمة العدالة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 30

فإن جوهر العدالة العقدية بإعتبارها توازن اقتصادي بين الأداءات العقدية، هو تحقيق منفعة مادية.

الفرع الثاني : القواعد القانونية وقواعد المجاملات والعادات.

تعتبر قواعد المجاملات والعادات والتقاليد مبادئ سلوك يراعيها الناس في علاقاتهم اليومية كتبادل التهاني في المناسبات السعيدة مع الأهل والأصدقاء، ومبادلتهم شعور الحزن والتعزية في المناسبات المؤلمة والكوارث وتبادل التحية عند اللقاء وغير ذلك من العادات المستقرة في ذهن الجماعة. إن هذه القواعد تختلف عن القواعد القانونية من حيث الغاية والجزاء فالغاية من قواعد القانون هي تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على كيان المجتمع أما المجاملات فهي علاقات تبادلية لا ترقى إلى تحقيق الخير العام بل تقتصر على تحقيق غايات جانبية يؤدي عدم تحقيقها إلى الانتقاص من المصلحة العامة واضطراب المجتمع. أما من حيث الجزاء فإن الخروج عن قواعد المجاملات يؤدي إلى تدخل السلطة العامة لإجبار الأفراد على احترامها كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية.¹

هي قواعد سلوكية اجتماعية يعتبرها غالبية الناس قواعد سلوك ملزمة ينبغي على الأفراد احترامها وإلا استحقوا سخط الناس، فهذه القواعد تهدف إلى فعل الخير والوفاء بالعهد وغيرها من المثل العليا في المجتمع، إن هذه القواعد تختلف عن القواعد القانونية من حيث الغاية والجزاء، من حيث الغاية القانون يهدف إلى تحقيق غاية نفعية هي حفظ النظام داخل المجتمع أما الأخلاق فهي تهدف إلى تحقيق غاية مثالية لأنها تهدف إلى الارتقاء بالسلوك الإنساني إلى المستوى النموذجي الذي ينبغي أن يكون عليه هذا السلوك، فالقاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمعات المستهدفة حفظا للنظام والاستقرار مراعية بذلك ما هو كائن بالفعل

¹ - فيلالي، علي، المرجع السابق، ص 28.

ومتخذة من الشخص العادي نموذجا لها، أما قواعد الأخلاق فتهدف إلى السمو بالإنسان نحو الكمال، لذلك فهي ترسم نموذجا للشخص الكامل على أساس ما يجب أن يكون لا على أساس ما هو كائن بالفعل. أما من حيث الجزاء فالجزاء القانوني جزاء مادي، محسوس توقعه السلطة العامة، أما الجزاء الأخلاقي فجزاء معنوي يتمثل إما في تأنيب الضمير فيوقعه بذلك المرء على نفسه، وإما في سخط الجماعة واحتقارها للمخالف فتوقعه بذلك الجماعة على من يخرج على الناموس الذي وضعتة لنفسها.

أولاً: خصائص القاعدة الأخلاقية

دائرة الأخلاق أوسع نطاقاً من دائرة القانون، فالأولى يدخل فيها واجب الإنسان نحو نفسه عدا عن واجبه نحو الغير. زيادة على ذلك فإن الأخلاق تعني بالمقاصد والنوايا إلى حدّ كبير، ولا تكفي في الحكم على أعمال الأفراد بظاهر سلوكهم أما دائرة القانون فهي لا تشمل إلاّ علاقات الإنسان مع غيره من الأفراد في المجتمع، دون أن تهتمّ كثيراً بواجبه نحو نفسه، ثمّ أنّ القانون لا ينظر إلاّ إلى أعمال الفرد الظاهرة. وليس له شأن . في الغالب بما استقر في نيّته أو ضميره. زيادة في الإيضاح، إنّ أكثر القواعد القانونية هي في الوقت نفسه قواعد خلقية، أو على الأقل لها أساس أخلاقي، كذلك التي تمنع ارتكاب الجرائم بتحريم الاعتداء على جسم الغير أو على أمواله، وتلك التي توجب تنفيذ العقود. وكلّما ارتقت الإنسانية، كلّما ضاقت الشقة بين القانون والأخلاق، أو بمعنى آخر تحوّلت القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية.¹

ثانياً: أنواع القاعدة الأخلاقية

زيادة في الإيضاح، إنّ أكثر القواعد القانونية هي في الوقت نفسه قواعد أخلاقية، أو على الأقل لها أساس أخلاقي، كذلك التي تمنع إرتكاب الجرائم بتحريم الاعتداء على جسم الغير أو على

¹ - محمود محسوب، المرجع السابق، ص 35.

أمواله، وتلك التي توجب تنفيذ العقود. وكلّما ارتقت الإنسانية، كلّما ضاقت الشقة بين القانون والأخلاق، أو بمعنى آخر تحوّلت القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية. هناك قواعد خلقية لم تدخل في نطاق القانون، أو على الأقل لم تدخل فيه بصورتها المطلقة، كذلك التي توصي بالصدق في القول، أو الترفع عن التزلف، على أنّ القانون وإن كان لا يتضمّن بعض هذه القواعد أو المبادئ الخلقية في صورة مطلقة، إلاّ أنّه يتضمّن قواعد تدخل في نطاقها. ومثال ذلك أنّ القانون وإن كان لا يمنع الكذب بوجه عام، فهو يمنعه في حالات خاصة تبدو فيها خطورة الكذب على النظام الاجتماعي حداً يسمح بتوقيع جزاء عليه، ومثال ذلك شهادة الزور والتزوير، فكلاهما كذب له خصائص تميّزه عن غيره من الكذب. قد جرى الفقه القانوني على التمييز بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق على أساس اختلاف الغرض والنطاق والجزاء، في كلّ منهما : 1

- من حيث الغرض:

فإنّ القانون يقصد إلى تحقيق هدف نفعي، هو ضبط السلوك وحفظ النظام العام، أمّا الأخلاق فهدفه سامي تنزع بالأفراد نحو الكمال، فهي تأمر بالخير وتنهى عن الشر وتحضّ على التحلي بالفضائل.

- من حيث النطاق :

فإنّ دائرة الأخلاق أوسع نطاقاً من دائرة القانون، فالأولى يدخل فيها واجب الإنسان نحو نفسه، عدا عن واجبه نحو الغير. زيادة على ذلك فإنّ الأخلاق تعني بالمقاصد والنوايا إلى حدّ كبير، ولا تكفي في الحكم على أعمال الأفراد بظاهر سلوكهم. أما دائرة القانون فهي لا تشمل إلاّ

¹ - شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة شهادة دكتوراه في العلوم في الحقوق، قانون مدني، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ، 2017-2018، ص 02.

علاقات الإنسان مع غيره من الأفراد في المجتمع، دون أن تهتم كثيرا بواجبه نحو نفسه، ثم أنّ القانون لا ينظر إلا إلى أعمال الفرد الظاهرة. وليس له شأن . في الغالب . بما استقر في نيته أو ضميره.

- من حيث الجزاء :

إذا كان جزاء مخالفة قواعد القانون هو إيقاع العقاب المادي والمحسوس على المخالف، فإنّ جزاء مخالفة قواعد الأخلاق هو إحتقار الناس وإستتكارهم.

المطلب الثاني: مكانة العنصر الأخلاقي في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: العربون كأحد مظاهر العنصر الغير أخلاقي في العقود:

إن هذه القدسية العقدية في وصفة الإلزام يترتب عليها عدم جواز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه، فالإرادة المنفردة عاجزة إلى حد ما عن تحرير صاحبها من التزاماته العقدية أو مجرد تعديلها، لكن هناك استثناءات عن هذه القاعدة تكفل للمتعاقد الرجوع عن تعاقدته والعدول عن إتمام التعاقد من أصله مقابل دفع مبلغ مالي.

وقد عالجت بعض التشريعات الحديثة مسألة العقد منذ الإبرام كأصل عام مغفلة المرحلة السابقة للتعاقد باعتبارها مرحلة استكشافية لما تتميز به من المناقشة والمساومة والمراوغة وجس النبض قصد تكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد، وهو حال المشرع الجزائري الذي سهى عن تنظيم الالتزام قبل التعاقد وسكت عن توفير الحماية للمتعاقد في هذه المرحلة تاركا الأمر بيد القضاء بالرغم من إدراجه لأبرز صور هذه المرحلة في تعديل القانون المدني رقم 10 / 05 سنة 2005 وهي التعاقد بالعربون.¹ إذ تنص المادة 72 مكرر مدني جزائري على: "يمنح دفع

¹ - شارف بن يحيى، المرجع السابق، ص 5.

العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر."

فدفع العربون قد يحمل معنى الحق في العدول مع تحمل تبعه ذلك بفقدان العربون المدفوع و اعتباره حقا للطرف الآخر

فالمشرع الجزائري لم يأخذ بالنظر للعنصر الأخلاقي في العقود فعند عدول أحد المتعاقدين يسقط حقه أو يبطل العقد دون العربون عند العدول في نص المادة 72 مكرر من منطلق المرجعية المالكية للمجتمع الجزائري وبغض النظر عن كون التلفيق عامل إيجابي أو سلبي وبعيد عن أي أفكار تعصبية هدامة، و تعني أنه إذا اقترب الوعد بالبيع بدفع العربون كان لكل من المتعاقدين الحق في العدول، فإذا عدل من دفع العربون خسره، و إذا عدل من قبض العربون وجب رد ضعفه فالعنصر الأخلاقي في العقود في دفع العربون لم يرى المشرع الجزائري و خاصة عند العدول فأخذها من الجانب المادي ولم يرها من الجانب الأخلاقي لأن الشريعة الإسلامية من باب الخلاق لم ترها من الجانب المادي لأن العربون عند العدول فمن الأخلاق الشرعية أن يرد مبلغ العربون.¹

الفرع الثاني: الغلط كأحد مظاهر العنصر الأخلاقي في العقود.

كذلك تتميز المظاهر الأخلاقية في الرضاء إذا شاب العقد إكراه أو تدليس أو غبن فاحش أو غلط جوهرى جسيم. فقد حمى المشرع المتعاقدين كي لا يبغى أحدهما على الآخر بقوته أو مكره ودهائه، فأبطل العقد إذا تم بطريق الإكراه المادي أو المعنوي، بحيث يؤثر في صحة الرضا كمن يوقع عقد بتأثير الضرب أو التهديد بالقتل. وهذا هو الإكراه المادي الذي يقع على

¹ - إبراهيم عبد المنعم موسى، مرجع سابق، ص 52.

الجسم فيحدث له ألماً مادياً فيتفادى المكره الألم بإظهار رضائه، أو كمن يوقع عقداً بتأثير ظروف نفسية اضطرته على التوقيع، وهذا هو الإكراه المعنوي. وكذلك أبطل المشرع العقد إذا وقع بتأثير التدليس، الذي يقع باستعمال الحيلة والخديعة لتضليل المتعاقد الآخر تضليلاً يحمله على التعاقد، كمن يظهر السعة واليسار ليؤثر بها في ذهن من يحمله على التعاقد معه بهذه الطرق، أو يكتم واقعة، ما كان للمتعاقد أن يبصر العقد لو علم بها، كمن يكتم عن المشتري أن العقار مرهون أو مستملك.

وكذلك أجاز القانون إبطال العقد إذا وقع المتعاقد في الغلط الجسيم بحيث يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. كما سوّج للمتعاقد المغبون طلب إبطال العقد إذا ثبت أنه أبرم العقد بتأثير طيش وهوى جامح. وأوجب المشرع بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان وأجاز لمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وله أن يثبت ما أداه بجميع طرق الإثبات.¹

ولم يقصر المشرع على تأييد القيم الأخلاقية بالبطلان، وإنما قرر كذلك مبدأ التعويض إذا تبين أن أحداً استعمل حقه استعمالاً مضراً بالغير أو ارتكب خطأ نال من حق أحد ما لا يستحقه. فأوجب القانون على الإنسان أن يحسن استعمال حقه وإلا كان مسؤولاً عما يحدث من ضرر، وأبان الأحوال التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع في المادة /5/ من القانون المدني. وقد أراد المشرع أن ينظم العلاقات بين الأفراد في حياتهم الاجتماعية على أساس العدل والإنصاف. فالحق بعد أن أضحي وظيفة اجتماعية لا يحق لصاحبه أن يستعمله إلا في الحدود المعقولة بحيث لا يطغى في استعماله على حقوق الآخرين. , وأن ليس لجار أن يرجع على

¹ عبد السلام الترماني، القيم الأخلاقية في العقود، مجلة المحامون، العدد الثالث، اول رابع، السنة 75 ، نقابة المحامين، سوريا، 2010، ص 25.

جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما يطلب إزالة الضرر إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات والغرض الذي خصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق. ونرى تأثير القيم الأخلاقية في أن مبدأ سلطان الإرادة المطلق في العقد قد انهار وأصبح نفاذ العقود منوطاً بحسن النية وبمقتضيات العدالة وبظروف المتعاقدين وبكل ما يحقق المساواة بين الطرفين بحيث لا يتحكم أحدهما بالآخر أو يستفيد من ضعفه أو ظرفه؛ فلم يعد العقد شريعة المتعاقدين إلا بمقدار ما يحقق العدل والمساواة ويحافظ على مكارم الأخلاق.

وخير تطبيق لهذا الاتجاه ما ورد في المادة 148 من القانون المدني، والذي أعطى المشرع للقاضي سلطة واسعة في إعطاء القيم الأخلاقية قوة القانون ومكّنه من أن يحكم بالقاعدة الأخلاقية فيبقى على العقد أو يعدله أو يهدمه. فهو لم يعد واسطة لتنفيذ إرادة المتعاقدين ومشئاتهم، وإنما أصبح سلطة توجه للخير وتقيم ميزان العدل. ولم تعد القيم الأخلاقية بالنسبة للعقود مبادئ نصح وإرشاد، بل أصبحت قوة توجيه، يستطيع القاضي بثقافته أن يصب فيها مثله الأخلاقية ويحولها إلى قواعد ملزمة، وبذلك أزيل ذلك الحاجز الموهوم الذي حاول بعض المؤلفين رفعه بين القانون والأخلاق، وفي تحري المنفعة الاجتماعية التي تهدف إليها. غير أن القاضي لا يمكن أن يقوم بهذه المهمة إذا لم يكن المفهوم الأخلاقي حياً في نفسه، متمكناً في قلبه وتفكيره، فعليه أن يجتلي الحقيقة من معين تراثنا العقلي والأخلاقي وأن يطبع القاعدة القانونية الحديثة بطابع الفكر العربي والأخلاق العربية.¹

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية، بيروت، 2000، ص 86.

ومن الثابت أن القاعدة العامة للغلط قد وضعت في الأصل التشريع المدني دون الجزائر ، على اعتبار أن المشرع الروماني في عهده الأول قصد عدم تأثير الغلط في العقود و الأعمال القانونية التي كانت تجرى ضمن إطار شكلي ترتدي فيه طابعا احتفاليا في الصيغة و العبارة بما لا يعذر فيه أي أخطاء على سبيل القياس في النظام القانوني الواحد .

فالغلط في التشريع المدني: هو اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن الشخص فيوهمه ويحمله على تصور غير الواقع تصورا كاذبا بدفعه إلى التعاقد و إبرام تصرف قانوني ما كان ليحصل لو تبين الواقع واقعا ، فيحمله على إبرام العقد لولا هذا التوهم ما أقدم على إبرامه فهو و هم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقة و يكون هو الدافع إلى التعاقد و التوهم هو تصور كاذب تمثل في ذهن العاقد مثال أن يرى شخص تمثالا يعتقد أنه أثري و هو ليس كذلك .

نص المادة 81: يجوز للمتعاقد الذي رفع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله 1
المادة 82: يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء على أن يرها المتعاقدين جوهريا أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية.

و إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب

الرئيسي في التعاقد 2

¹ - المادة 81 من القانون المدني الجزائري

² - المادة 82 من القانون المدني الجزائري

فهنا نرى المشرع الجزائري أخذ بمظهر العنصر الأخلاقي في العقود فعند الوقوع في أي غلط يمكن إبطاله حسب المواد 81، 82، 83، 84 من القانون المدني الجزائري

فلعنصر الأخلاقي في العقود عنصر مهم من جانب الشريعة لأن الأخلاق قبل كل شيء في شتى المجالات و خاصة في إبرام العقود

وفي الأخير نستنتج أن العدالة في القانون تكتسي أهمية بالغة فهي توجه الشخص وتساعد في علاقاته وتعاملاته، كما أن العدالة هي مقصد غائي لإضافة التوازن بين مصلحة الفرد والجماعة، كما أن الوصول إلى تحقيقها يكمن في احترام مبدأ حسن النية.

إن حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع لإدخال القاعدة الاخلاقية، كما هي ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة و الوفاء مما يوجه العقد في الأداء الى أن هناك جانب آخر عن الفقه يقول إن مبدأ حسن النية يقاس بمعياريين ذاتي و موضوعي وهما معياران متكاملان بوجودهما.

كما يميزها العديد من المظاهر من أبرزها الأمانة والإخلاص، الثقة والمشروع.

-أما بالنسبة للمبررات كما تطرقنا في المبحث الثاني فيمكن تصور وظيفة العنصر الأخلاقي في القواعد الأخلاقية المنظمة للعقود من خلال قواعد العدالة والإنصاف ، كما أن لها مكانة في القانون المدني الجزائري تتمثل في اتفاق أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد أن يدفع مبلغ من المال مثل عقد البيع وعقد الإيجار ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ العدول أو تأكيد العقد.

هذا أبرز ما جاء في الفصل الثاني كنقاط واستنتاجات.

في ختام موضوعنا عن العنصر الاخلاقي في العقد وهذا بعد أن سيطرت في الماضي القديم فكرة رفض الاخلاق رفضا مطلقا في العقود وفرض السلطة التعاقدية على العقد دون أن يكون لعنصر الاخلاق دورا فيها ومنه جاءت فكرة وجوب الاخلاق لإرتباط العقد بالقيم والمبادئ الأخلاقية باعتبارها المقومة والمهذبة لسلوكيات وتصرفات الأشخاص في التعامل فيما بينهم ومما ذكرنا سابقا نستطيع القول أن التبنى لفكرة الأخلاق في النظام القانوني للعقود لم تأتي صدفة بل مرت بمجموعة من المراحل التي نلخصها في سرد وجيز لها حيث في المراحل الأولى كان الرفض للأخلاق في العقود بسبب فكرة الغموض الذي يشوبها في المفهوم وفي صعوبة تحديدها كتبني قانونيا لأنها تعتبر ذات بعد ديني ليكون التعهد الديني ملزما ومن عناصر الاخلاق وأيضا أن العدل هو أساس القوة الملزمة، وفي المرحلة الثانية ظهرت وجود تلك الرغبة في اعتماد العنصر الأخلاقي في العقود، أما المرحلة الأخيرة أعطت تميزا بقبول فكرة العنصر الأخلاقي في العقود والزامية تكريسها قانونا.

إن العنصر الأخلاقي كمفهوم عام هو في حد ذاته يتكون من عناصر أبرزها العدالة التي تبعث وتتحقق توازن بين اطراف العقد وتقضي على التباين في المراكز القانونية فلا غالب ولا مغلوب الا بسلطة القانون، وإذا كان التركيز على عنصر الاخلاق في التعاملات التعاقدية فكان الاساس هو ما يعرف بحسن النية وهو مبدأ قانوني عام، الذي يتميز بعدة مظاهر من أهمها العدل والإنصاف وما يترتب على حسن النية هو ذلك الالتزام بالوفاء وعدم الاخلال به لأي من الطرفين المتعاقدين.

ومنه فالاعتماد على العنصر الأخلاقي في المنظومة القانونية للعقود له عدة مبررات تستدعي ذلك وهي على اعتبار ان العنصر الأخلاقي مكمل ثابت للقاعدة القانونية فلا يوجد ما يفرق بين الأخلاق والقاعدة القانونية الملزمة في التعاقد، كما يوجد مبرر ثانيا يتمثل في كون العنصر الأخلاقي وقواعد المجاملات والعادات له تطبيق في القانون بشكل مجرد يتسم بنوع من القسوة في بعض الأحيان.

الخاتمة

عموما فإن موضوع العنصر الأخلاقي في العقود هو موضوع مهم وجب التعمق في دراسته فهو موضوع يتسم بالمعلومات القيمة والشاملة حيث أننا استطعنا أن نذكر منها ما استلزم في عناصر ومفاهيم ونظرية شاملة من أجل الفهم وتقريب الافكار .

في الأخير ما دمنا نعيش في مجتمع مسلم كانت الاخلاق في المراتب السامية وكان لابد للقوانين ان تكون في صفها لا رافضة لها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب:

1. إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
2. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مفاعل العقد، مطبعة نمم، بيروت، 1987
3. السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم في المجتمعات العلمانية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2000.
4. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008 .
5. ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الحقي، منشورات زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009
6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج، 1المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 1998
7. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
8. عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982.
9. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة.
10. عبد المنعم موسى إبراهيم: حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006

قائمة المصادر والمراجع

11. مباركة دنيا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، طنجيس للقانون والإقتصاد، العدد، 1المغرب، 2001
 12. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007
 13. محمد شكري جميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008
 14. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
 15. محمود خميس، القانون وصلته بالأخلاق، مجلة المحامين، العدد الأول والثاني، نقابة المحامين، سورية، 1995.
 16. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1995.
 17. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، الدار الجامعية والمكتبة القانونية، مصر، 1987.
- ثانياً: المذكرات :

1. جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013/2014.
2. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، المجلد الرابع، (ش، ع)،
3. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012
4. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد، ط، 1 مطبعة اليرموك، العراق، 1974

قائمة المصادر والمراجع

5. عبد الطيف هني، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2015

ثالثا: المجالات:

1. حمادي الرايس، مجلة الإلتزامات والعقود والأخلاق، مئوية مجلة الإلتزامات والعقود، 2006-1906، مركز النشر الجامعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2006

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	شكر
	اهداء
أ	مقدمة
الفصل الأول	
نشأة فكرة العنصر الأخلاقي في العقود	
06	المبحث الأول: الأسس التاريخية التي تقوم عليها فكرة العنصر الأخلاقي في العقود
06	المطلب الأول: التعاهد الديني كأساس لفكرة الأخلاق.
08	المطلب الثاني: العدل كأساس الأخلاق في العقود
11	المبحث الثاني: إقرار فكرة العنصر الأخلاقي في العقود
11	المطلب الأول: العنصر الأخلاقي في العقود وفق المذهب الوضعي
11	الفرع الاول: التأكيد لعنصر الاخلاق في المذهب
13	الفرع الثاني : رفض فكرة الاخلاق في المذهب
14	المطلب الثاني: العنصر الأخلاقي وفق النظرة الاجتماعية
17	المطلب الثالث: القيم الأخلاقية في العقود
الفصل الثاني	
الإطار الفقهي و القانوني لفكرة العنصر الأخلاقي في العقود	
26	المبحث الأول: الإطار الفقهي و القانوني للعنصر الأخلاقي في العقود
26	المطلب الأول: العدالة العقدية
26	الفرع الأول: مفهوم العدالة
29	الفرع الثاني: معايير العدالة

فهرس المحتويات

32	المطلب الثاني: حسن النية في العقود
32	الفرع الأول: حسن النية في القانون الفرنسي و القانون الجزائري
36	الفرع الثاني : حسن النية في العقود كالتزام قانوني:
37	المبحث الثاني: الإطار القانوني للعنصر الأخلاقي في العقود
37	المطلب الأول: مبررات قيام العنصر الأخلاقي في العقود
37	الفرع الأول: العدالة والإنصاف كتكملة للقاعدة القانونية
39	الفرع الثاني : القواعد القانونية وقواعد المجاملات والعادات.
42	المطلب الثاني: مكانة العنصر الأخلاقي في القانون المدني الجزائري
42	الفرع الأول: العربون كأحد مظاهر العنصر الغير أخلاقي في العقود:
43	الفرع الثاني: الغلط كأحد مظاهر العنصر الأخلاقي في العقود.
49	الخاتمة
	قائمة المراجع