

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -

مدرسة الدكتوراه " دراسات قانونية "

قطب: جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مبدأ حسن النية في العقود

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص: قانون العقود المدنية

إشراف الأستاذ الدكتور:

بلمامي عمر

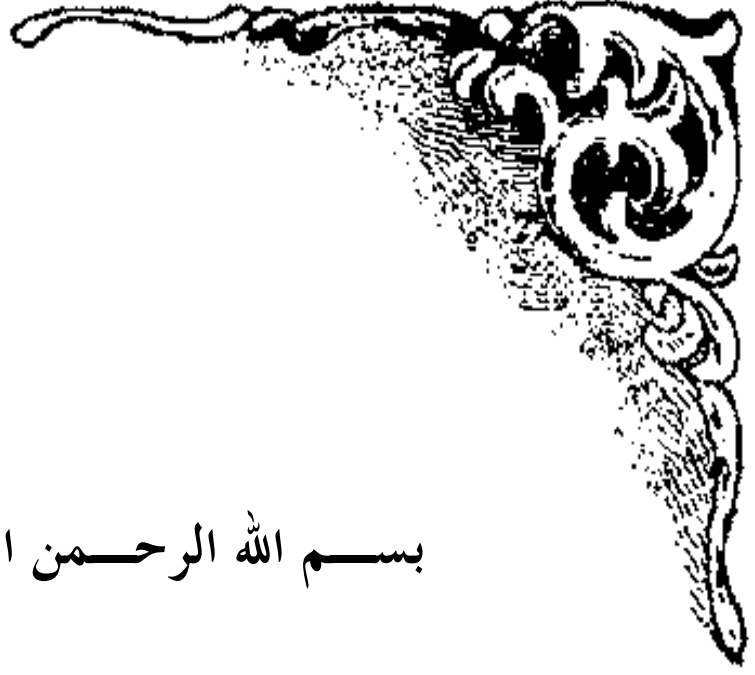
إعداد الطالبة:

بن يوب هدى

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ بن شويخ الرشيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة	رئيساً
أ.د/ بلمامي عمر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سطيف	مشرفاً ومقررأ
د/ روان محمد الصالح	أستاذ محاضر أ	جامعة أم البواقي	عضواً مناقشاً
د/ بوشهدان عبد العالي	أستاذ محاضر أ	جامعة عنابة	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية 2012/2013



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: «... وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا»

صدق الله العظيم

الآية 114 من سورة طه



شكر و عرفان

اعترافا بالفضل والجميل أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان الصادق
للأستاذ الفاضل المحترم الدكتور بلمامي عمر على إشرافه على إنجاز
هذا العمل، وعلى تزويدي بنصائحه القيّمة التي استفدت منها،

كما أشكر لجنة المناقشة التي تكرمت بقبول مناقشة هذا العمل.

أشكر أيضا كل من ساهم بجهده من قريب أو بعيد في إخراج هذا
البحث، خاصة الأستاذ فارس حامد عبد الكريم العجرش من العراق
الذي أمدني بكتابه " المعيار القانوني " .

فجزاهم الله عني خير الجزاء

الباحثة

بن يوب هدى

قائمة الاختصارات العربية والفرنسية

(Liste des Abréviations)

الجريدة الرسمية الجزائرية	=	ج.ر
صفحة	=	ص
القانون المدني	=	ق.م
القانون المدني الجزائري	=	ق.م.ج
المادة	=	م

a.	=	Article
al.	=	Alinéa
Ass. Plén.	=	Cour de cassation, assemblée plénière
B.	=	Publié au Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	=	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
CA	=	Cour d'appel
Cass., avis,	=	Avis de la Cour de cassation.
Cass. 3 ^e Civ.	=	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. soc.	=	Cour de cassation, chambre sociale
Civ.	=	Cour de cassation, chambre civile
Civ. 1 ^{re}	=	première chambre civile de la Cour de cassation
Com .	=	Cour de cassation, chambre commerciale
Comp.	=	Comparez
D.	=	Recueil Dalloz
Dr. soc.	=	Droit sociale (France)
I, II , III, IV	=	Parti I, Parti II, Parti III, Parti IV
Ibid	=	Ibidem (Au même endroit)
JCP	=	Juris-classeur périodique (appelé aussi: la Semaine juridique)
JCP G	=	la Semaine Juridique. Edition Générale
n ^o	=	Numéro
Op. Cit.	=	Opero Citato (Ouvrage déjà cité)
P.	=	Page
R.	=	Publié au Rapport annuel de la Cour de cassation
R.J.D.A.	=	Revue de Jurisprudence de Droit des affaires

مقدمة

حسن النية وسوء النية عبارتان دارجتان بكثرة في كل مجتمع، ولا يختلف اثنان في أن الحديث عن كل منهما يدل على أننا بصدد الحديث عن قاعدة أخلاقية، لكن في الحقيقة دراستنا هي دراسة يدخل موضوعها ضمن موضوعات القانون المدني، لذا يثور التساؤل هنا عن علاقة هذه القاعدة الأخلاقية بالقانون المدني؟.

ويجاب عن ذلك بأن الأخلاق في أمة معينة هي مجموعة من القواعد تساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر، بحيث تُكوّن المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع، ويعتقد الناس أنها ملزمة لهم، ومن الواجب احترامها، وإلا استحق من يخالفها سخط المجتمع واستنكاره. أما بالنسبة للقانون، كوسيلة ردع لحماية الإنسان، لا يحقق هدفه المنشود دون تعميق مبادئ الخير في وجدان المجتمع، لتساعده في ضبط سلوك الأفراد الساعين لفرض توجهاتهم الشريرة على المجتمع لتحقيق مصالحهم الذاتية، وسبب ذلك أن الطبيعة البشرية أنانية، تسعى لتحقيق الذات على حساب الآخرين، فيجب إذن عدم الركون إليها للحفاظ على أمن واستقرار المجتمع. وعلى هذا الأساس استندت معظم القوانين الحديثة والديانات والنظريات الإصلاحية في توجهاتها على قيم الخير، للتصدي لقيم الشر وما تمثله من سلطات مستبدة تنال من حقوق الآخرين. فوجد الآن أن أغلب القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد خلقية، حتى أن بعض الفقهاء يضفي الصفة الخلقية على القواعد القانونية، وهو ما يظهر جليا من كتاب مشهور للفييه ريبير Ripert سنة 1949 عنوانه «القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية». كما أن هناك مؤلفات أخرى كثيرة كتبت حول موضوع صلة القاعدة الأخلاقية بالالتزامات، وهذا ما يفسر تبني القوانين المدنية الحديثة ومنهم القانون المدني الجزائري، لنظريات ذات أصل خلقي كنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية عيوب الإرادة، ونظرية الظروف الطارئة، وإبطال العقد إذا كان محله أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

ولكن رغم ذلك نجد القانون المدني يتبنى بعض الأحكام التي قد تجافي الأخلاق وما تدعو إليه، فيضحي بالاعتبارات الأخلاقية في سبيل الاستقرار في بعض الأوضاع الاجتماعية، فيوصف حينئذ بأنه قانون صارم في أحكامه، ويصبح لا يتمشى في أحيان كثيرة مع التطور المعقد والسريع في العقود بصفة خاصة وفي المجتمع بصفة عامة. لذا ظهر بحلول العصر العلمي (130 ق م – 284 م)، ما يعرف بمبدأ حسن النية في العقود، لتخفيف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية التي قد يؤدي تطبيقها حرفيا إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها، وهو من المبادئ الأساسية التي تم تكريسها في القانون العام والقانون الخاص، لما يقتضيه حسن النية من تعاون وأمانة ونزاهة بين المتعاقدين في تنفيذ الالتزام. كما أنه في نظرنا يشمل حتى كل النظريات السابقة الذكر التي تشترك

معه في الأصل الخلفي، ونستدل على ذلك بما قاله داود الطائي: ⁽¹⁾ رأيت الخير كله إنما يجمعه حسن النية، وكفاك بها خيراً وإن لم تنصب (أي لم تتعب) ⁽²⁾.

1 - أهمية الموضوع:

لم يغفل المشرع الجزائري عن هذا المبدأ، فقد أورد حسن النية في عدة مواضع في القانون المدني، مثله مثل باقي التشريعات الحديثة نظراً لأهميته البالغة، وهي في حد ذاتها التي دفعتنا إلى اختياره كموضوع للدراسة التي نحن بصددتها. وتتمثل هذه الأهمية في أن مبدأ حسن النية في العقود، يعتبر روح العقد التي يجب أن تسود كل مراحلها، لأنه يحقق أخطر وأجل غاية من غايات القانون، وهي منع الشخص عن الإضرار بالغير، كما أن هذا المبدأ هو أيضاً مصدر خصب لنشأة القواعد القانونية كغيره من المبادئ العامة للقانون التي ظهرت الحاجة إليها والاهتمام بها كنتيجة للتطور السريع الذي تمر به المجتمعات بصفة عامة والمجتمع الجزائري بصفة خاصة.

2 - أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار دراسة هذا المبدأ، تكمن في أنه يدخل ضمن تخصص عقود مدنية، وهو التخصص الذي نحاول أن نعكف على دراسته لأنه يمثل القانون المدني بشكل خاص، وبالتالي يمثل القانون ككل، لكون معظم النصوص القانونية المختلفة تستمد أحكامها من القانون المدني، فتخصص عقود مدنية إذن يفرض نفسه في اختيار موضوع هذه الدراسة. كذلك من بين أسباب الاختيار أن حسن النية في العقود هو من بين الموضوعات الهامة التي لم تحظ بالقدر الكافي من العناية الواجبة، فقد درج الفقهاء على معالجته في المؤلفات العامة للقانون المدني، وبشكل مختصر في بضع صفحة أو صفحات، وفي الغالب يتم التطرق إليه من خلال مرحلة تنفيذ العقد، ورغم ذلك فإننا لا ننكر وجود بعض المؤلفات العربية - التي مازالت في مهدها - والأجنبية التي شعرت بأهميته البالغة، فقامت بمحاولة البحث في خفاياه، فبدأت الغشاوة تزول بعض الشيء على مبدأ حسن النية في العقود في بعض القوانين العربية كالقانون المصري والتونسي والأردني واللبناني والسوري والعراقي، وكذلك في القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسي والإنجليزي والأمريكي والألماني والكندي، أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فرغم نصه على حسن النية في العقود ضمن أحكامه على غرار بقية القوانين الحديثة، إلا أننا لم نعثر على أية دراسة فقهية جزائرية تخص مبدأ حسن النية في العقود، واكتفت المؤلفات العامة للقانون المدني الجزائري بالإشارة إليه مثل غيرها في بضع صفحة أو صفحات، والتطرق إليه بطريقة عابرة وليست مفصلة قد تصل حتى إلى وجود بعض الأسطر التي لا تسد حتى الرمق. وبالتالي موضوع مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري لم يأخذ حقه في الدراسة المتأنية والمتعمقة والشاملة، حيث لم يقع لحد الآن في أيدينا ما يدل على أن أحد من الباحثين الجزائريين تعرض لموضوع ⁽³⁾ مبدأ حسن النية في العقود ⁽⁴⁾ كبحث متكامل مستقل بذاته، فلم يكتب فيه مؤلف، ولم تقدم فيه رسالة علمية على حد

علمنا، لذا أثرنا أن نتناول هذا الموضوع بالدراسة والبحث والتمحيص، لنحقق واحداً أو أكثر مما تعارف عليه أسلافنا من أقسام التأليف السبعة التي لا يؤلف عاقل عالم إلا في أحدها وهي: إما شيء لم يسبق إليه فيخترعه، أو شيء ناقص يتمه، أو شيء مستغلق يشرحه، أو شيء طويل يختصره دون أن يخل بشيء من معانيه، أو شيء مختلط يرتبه، أو شيء أخطأ فيه مؤلفه يصلحه.

3 - الدراسات السابقة:

عموماً حسن النية في العقود بالنسبة للدراسات القانونية للبلدان العربية نجده في كتب ومقالات ورسائل ماجستير ودكتوراه خاصة به، وهي قليلة جداً - لدرجة الندرة - بالمقارنة مع الكتب العامة، التي تتناول نظرية العقد أو مصادر الالتزام وأحكامه أو تنفيذ العقد، والتي سبق أن ذكرنا أن حسن النية في العقود يذكر في ثناياها بصفة عرضية وفي أسطر متفرقة لا تبل ريق من يتعطش لمعرفة المزيد حوله.

4 - إشكالية البحث:

لقد تم النص على مبدأ حسن النية في العقود في الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري، كما يلي: ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية)).

وهذا يدل على أن القانون المدني الجزائري قد اتخذ موقفاً مؤيداً لمبدأ حسن النية في العقود، مثل أغلبية القوانين المعاصرة المقارنة وبالتالي ليس معارضا له، لكن رغم ذلك يثور التساؤل أولاً عن مفهوم حسن النية، فهو في حد ذاته يثير الحيرة في القانون المدني الجزائري، إذ أن مفهوماً واحداً، في نفس النظام القانوني، كان من الواجب أن يتبع نفس المسار، بنفس التعريف والخصائص والشروط، وهذا ما لا نجده في مفهوم حسن النية في القانون الجزائري بصفة خاصة، وكل القوانين المعاصرة بصفة عامة، لذا وصف من قبل الفقه والقضاء بأنه مفهوم غامض وليس من اليسير ضبطه ومعرفته في جميع الأحوال، رغم أنه مصطلح شائع يلجأ إليه في مواضيع كثيرة ومتنوعة. ولهذا السبب نجد الفقهاء بصفة عامة غير متفقين على مضمونه لأن كل واحد منهم جاء بمصطلح من المصطلحات أو أكثر (كالإخلاص، الأمانة، النزاهة، الجهل المبرر بواقعة معينة، الاعتقاد الخاطئ، الاستقامة، الثقة المشروعة، عدم الخيانة، عدم الغش... إلخ)، فهل يمكن جمع هذه المفاهيم والاصطلاحات تحت تسمية واحدة؟، وبمعنى آخر هل يمكن تحديد المقصود بمبدأ حسن النية بمعنى ثابت ومحدد بحيث يمكن بموجبه فرض التزامات واضحة على الطرفين يمكن قياس مدى مخالفتها أو عدم التقيد بها، وبالتالي فرض المسؤولية المترتبة على ذلك؟.

كما يثور التساؤل حول متى يجب مراعاة حسن النية في العقود، ففي نص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري حصر الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، فهل هذا يعني أن الالتزام بحسن النية لا يشترط وجوده في مرحلة تكوين العقد؟، وإن كان ذلك صحيحاً فما الفائدة في الواقع من توفر حسن النية في تنفيذ العقد إذا لم يفرض في المرحلة الأولى

الحاسمة في إنشائه وتكوينه، والتي بدونها لا يمكن أصلا التكلم عن شيء اسمه عقد؟. وعلى اختلاف التساؤلات والإشكالات – التي ذكرت أو لم تذكر – التي يثيرها مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري على غرار غيره من القوانين العربية والأجنبية، والتي سنحاول الإجابة عنها، فإن الإشكال الرئيسي الذي أثار في نفوسنا رغبة البحث للإجابة عنه، والذي يثور أيضا في الحياة العملية، هو كما يلي:

هل كل ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني بخصوص مبدأ حسن النية في العقود كافٍ للتصدي لجميع حالات سوء النية، أم أن تحقق ذلك أمر صعب عليه نتيجة لما تشهده العقود من تطورات قد لا تسمح بالوصول إلى معرفة إن كان الشخص حسن أم سيء النية؟.

ويجرنا هذا الإشكال المطروح بدوره إلى تساؤلات وإشكالات فرعية أخرى متعددة منها ما يلي: هل وجد مبدأ حسن النية طريقا سهلا لنظرية العقد أم لا؟، هل هناك تعريفا لحسن النية يكفي الإسناد إليه؟، هل يقيم هذا المبدأ وزنا للبواعث الداخلية للمتعاقدين أثناء تكوين العقد وتنفيذه؟، كيف يمكن التمييز بين حسن النية وسوء النية لدى الشخص؟، ما هو دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد وفقا للقانون المدني الجزائري، وهل يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك؟، كيف يمكن إثبات حسن النية وسوء النية، وما هو الأثر المترتب عن حسن النية في العقد؟.

5 – أهداف البحث:

تهدف الدراسة عموما إلى رفع اللبس عن مفهوم حسن النية في العقود، وعن الكثير من الخلافات والمشاكل التي يثيرها في مجال الفقه والقضاء، وتحديد موقف القانون المدني الجزائري من كل ذلك، ومعرفة مقتضيات حسن النية في تكوين العقود وتنفيذها، والأثر المترتب على ذلك.

6 – المنهج المتبع:

من أجل تحقيق هذه الأهداف، سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي للتمكن من تحليل النصوص التشريعية والآراء الفقهية ومناقشتها واستخراج الظاهر منها. واستعنا بالمقارنة عند الحاجة لها لمعرفة مدى توافق القانون المدني الجزائري مع بقية القوانين العربية (كالقانون المصري) والأجنبية (كالقانون الفرنسي)، والقرارات القضائية ذات الصلة الوثيقة بالموضوع، ومؤلفات الفقهاء التي نتحسس أهميتها في إثراء هذا البحث العلمي، دون أن ننسى الإشارة إلى بعض مواقف الشريعة الإسلامية عند الاقتضاء، لتكون الدراسة مستجعة لموقف المشرع والفقه والقضاء على حد سواء.

ولأن موضوع حسن النية يمتد ليشمل كل فروع القانون، استنادا لما يتميز به القانون المدني من خاصية عمومية، فقد ارتأينا أن نقصر نطاق الدراسة على موضوع مبدأ حسن النية في العقود في نطاق القانون المدني، ولا نتعداه إلى غيره، وبالتالي لا علاقة لنا بمبدأ حسن النية في القوانين الخاصة الأخرى، أو في القوانين العامة سواء كانت دولية أو داخلية.

7 - خطة البحث:

بعد هذه المقدمة العامة، سنقسم موضوع الدراسة إلى فصلين اثنين: الفصل الأول نتناول فيه ماهية مبدأ حسن النية في العقود، ويشمل هذا الفصل بدوره ثلاثة مباحث: المبحث الأول يتضمن لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في العقود، أما المبحث الثاني يتطرق إلى مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود، أما المبحث الثالث يتعرض إلى نطاق حسن النية في العقود ودوره ومعاييرها.

الفصل الثاني نتناول فيه مقتضيات مبدأ حسن النية وأثرها في العقود، ويشمل هذا الفصل بدوره ثلاثة مباحث: المبحث الأول يتضمن مقتضيات حسن النية في تكوين العقود، أما المبحث الثاني يتطرق إلى مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود، أما المبحث الثالث يتعرض إلى الأثر المترتب على مقتضيات حسن النية في العقود. وبعد ذلك ننهي دراستنا بخاتمة تشتمل على أهم ما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

ماهية مبدأ حسن النية في العقود

تمهيد وتقسيم

لمعرفة ماهية مبدأ حسن النية في العقود، معرفة حقيقية تمكننا من التعرف على مقتضياته، فإنه يجب أن نتعرض أولاً إلى لمحة تاريخية عنه في مبحث أول، ويمثل هذا المبحث في مجمله، نظرة تاريخية لا بد منها في كل مرة تدرس فيها مؤسسة من المؤسسات القانونية، وذلك ليس بغاية تسجيل الأحداث وتدوين الأخبار فحسب بل من أجل استكشاف مظاهر التخلف والتطور، واكتساب المعارف وتجاوز الإخفاقات، ووضع الرؤى المستقبلية. ثم نتناول في مبحث ثاني مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود، بهدف إزالة الغموض الذي أثاره قانوننا وفقها وقضاء، وبالأخص في القانون المدني والفقه والقضاء في الجزائر. أما المبحث الثالث سنتناول فيه نطاق حسن النية في العقود ودوره ومعاييرها، حتى تكتمل لدينا صورة واضحة لا يشوبها الغموض عن ماهية مبدأ حسن النية في العقود، وبالتالي سنتناول كل ذلك كما يلي:

المبحث الأول: لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في العقود.

المبحث الثاني: مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود.

المبحث الثالث: نطاق حسن النية في العقود ودوره ومعاييرها.

المبحث الأول

لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في العقود

لمحاولة فهم مبدأ حسن النية في العقود فهما عميقا، لابد أن ننطلق من فهم تاريخه أولا، بالوقوف على نشأته والعوامل المتعددة والمتنوعة التي ساعدت على وجوده سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية.

ومن بين العوامل التي أثرت في هذا المبدأ في جميع أنظمة القانون عبر العصور المختلفة، ما يلي:

1 – تأثر هذا المبدأ بالإرادة: إن حسن النية تأثيره والحاجة إليه برزت تزامنا مع ظهور مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾، لذا فإن دور مبدأ حسن النية في العقود يرتبط ارتباطا وثيقا بدور الإرادة فيها، فعندما كان دور الإرادة في العقود منعما أو ضعيفا أو متقدما، كان كذلك دور مبدأ حسن النية فيها منعما أو ضعيفا أو متقدما، ولذلك لم يأخذ هذا المبدأ مكانته في التصرفات القانونية - بصفة عامة - في أنظمة القانون دفعة واحدة، وإنما كان يتطور تدريجيا بتقدم وتطور دور الإرادة حسب النزعة السائدة في الأنظمة المختلفة للقانون قديما وحديثا⁽²⁾.

2 – كما تأثر هذا المبدأ بكل من مراعاة مبدأ العدالة الذي يقتضي الاعتماد على الإرادة الباطنية في التصرفات، ومراعاة استقرار التعامل الذي يقتضي الاعتماد على الإرادة الظاهرة في التصرفات⁽³⁾. وقد ارتأينا في مطلبين، أن نتناول نشأة مبدأ حسن النية في القوانين أولا، وفي الشريعة الإسلامية ثانيا، وذلك كله فيما يلي:

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص 43.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 11، 12.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 12.

المطلب الأول حسن النية في القوانين

سنتناول في هذا المطلب حسن النية في كل من القانون الروماني والقانون الكنسي أولاً، ثم القانون الفرنسي والقانون الجزائري ثانياً، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول

حسن النية في القانون الروماني والقانون الكنسي

لمعرفة تطور مبدأ حسن النية في القانون الروماني والقانون الكنسي، سنقسم هذا الفرع إلى قسمين: الأول يخص مبدأ حسن النية في القانون الروماني، والثاني يخص مبدأ حسن النية في القانون الكنسي.

أولاً: حسن النية في القانون الروماني⁽¹⁾

كان الحنث بالوعد يشكل في المجتمع القديم خطراً اجتماعياً يجوز أن تلحق روح صاحبه بالهة الجحيم، لأن الدين هو من كان يضبط المجتمع وينظمه، وفيما بعد عندما حل القانون محل الدين كوسيلة رئيسية للتنظيم الاجتماعي، تحول الوعد الديني إلى عقد قانوني رسمي⁽²⁾.

وبالتالي ولادة مفهوم حسن النية كانت من رحم الديانة الوثنية التي كان يعتنقها الرومان قبل عصر المسيحية، إذ تستمد جذورها الأولى من آلهة النوايا أو الإخلاص الـ FIDES، وهي آلهة كان يؤمن بها الإغريق أيضاً، وتقول الأسطورة أن معبدها كان يوجد في أعلى جبل تحمله على كتفيها بنت

(1) لقد قسم فقهاء القانون الروماني مراحل تطور هذا القانون إلى ثلاثة عصور:

العصر الأول هو عصر القانون الروماني القديم الذي يبدأ بتأسيس روما عام 754 قبل الميلاد وينتهي في 130 قبل الميلاد، والعصر الثاني هو العصر العلمي الذي يبدأ بصدور قانون أيبوتيا في 130 قبل الميلاد، وهو عصر ازدهار تحرر فيه القانون الروماني من نظام دعاوى القانون الشكلي، أما العصر الثالث فهو عصر الإمبراطورية السفلى وبدأ بحكم الإمبراطور دفليديانوس في عام 284 ميلادي وانتهى بحكم جوستينيان عام 525 ميلادي، وهذا العصر الثالث يعتبر عصر تجميع القانون الروماني حيث قام الإمبراطور جوستينيان بإصدار مدونة جمع فيها فقه الرومان وسماها باسمه.

أنظر أكثر عن ذلك: د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1998، ص 120 وما يليها.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 23، 24.

صغيرة مقدسة. فالامتثال وطاعة هذه الآلهة كان يفرض الامتثال لأحكام الديانة الرومانية، أو بالأحرى للتشريع الديني الروماني الـ FAS، الذي لم يكن يشكل كل الديانة الرومانية بل جزءا دينيا ليس عقائديا وإنما اجتماعيا هاما منه، أي بالرغم من أنه ديني إلا أنه يتعلق بجانب المعاملات لا بجانب العقائد والعبادات، وبالتالي حالة الاعتقاد والإيمان بهذه العقيدة الدينية كان يمثل الـ FIDES الرومانية بعينها، وبالتالي الإخلاص للآلهة التي كانت تتسمى باسمها وذلك بالطبع ضمن جملة تعدد الآلهة بالنسبة للرومان في ذلك العصر. فمن رحم هذا المفهوم إذن، من حيث كونه إيمان واعتقاد بشعائر الـ FAS التعبدية الاجتماعية، ولدت - بحسب أبحاث الأستاذ A.VOLASKY - البذور الأولى لمفهوم حسن النية في معاملات القانون الروماني المالية والشخصية على حد سواء ممثلة في مفهوم الـ FIDES⁽¹⁾.

وكانت الاتفاقات تتميز بقدر كبير من الثقة ومن النوايا والإخلاص بين المتعاقدين، تحقيقا بالطبع لغاية طاعة ونيل ثواب آلهة النوايا والإخلاص المذكورة، حتى أن الرومان قد أوثقوا الرابطة بينها وبين الـ FIDES الرومانية، حيث رمزوا لرابطة الثقة الخاصة القائمة بين الأطراف بعبارات وجمل بليغة من قبيل: *in fide esse* أو *infedem se dedere* أو *in fidem accipere*

وبالتالي النكول بالوفاء بهذه الاتفاقات - عند الرومان - كان يعد خطيئة دينية ونقصا في الإيمان بالآلهة، فيُسلط على ذلك عقابا دينيا يعلن بموجبه المتعاقد المخطئ مذنبا، وتحل عليه لعنة الآلهة والأجداد⁽²⁾.

وتقول الأسطورة الرومانية التي نقلها الفقيه Titelive، أن الـ FIDES الرومانية تحولت من آلهة في أعلى قمة الجبل إلى آلهة تجد مكانها في الأيدي اليمنى للمواطنين، وبالتالي حسب عبارة أحد رجال القانون نزلت هذه الآلهة من عليائها في السماء وصارت تعيش في العالم الأرضي الذي أصبحت بذلك جزءا منه. وبهذا النزول فوق الأرض صارت الـ FIDES الرومانية مفهوما بشريا يتجاوز البعد الروحي القديم المتمثل في غاية نيل رضاء الآلهة لينصهر في بعد مدني جديد يعني بالأساس (فعل ما نقول والوفاء بالعهد وبالمواثيق). ومن هذا المنطلق ظهرت عبارة الفقيه CICERON الشهيرة فيما بعد في تعريف حسن النية بالقول بأنها: ((الصدق في القول والإخلاص في التعهد))⁽³⁾.

(1) د/ سفيان القرصي، (واجب حسن النية في تنفيذ العقود)، في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار، السنة الدراسية 2010 - 2011، ص 04.

(2) د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 05.

(3) د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 05.

وفي ظل القانون الروماني القديم، كان العقد ينشأ إذا تم إفراغه في القالب المحدد له ليكون بذلك ملزماً، أما مجرد الاتفاق لوحده دون شكل معين لم يكن يترتب عليه أي أثر قانوني ما، فلا هو كافياً لإبرام عقد ولا لإنشاء التزام بقوة القانون ولا ينشئ دعوى لأي من الطرفين، وبالتالي في ظل هذا النظام الشكلي لم يكن لمبدأ حسن النية مكان فيه، لأن دور إرادة الأطراف في إنشاء وتكوين العقد منعدم⁽¹⁾، حيث لم يكن لوجودها أو لانعدامها أي أثر في العقد، لأن الشكل وحده هو الذي كان يجعل العقد تاماً.

وبما أن اتباع الشكليات الصارمة في القانون الروماني كان ينفي إعمال مبدأ حسن النية⁽²⁾، فلذا لم يكن للنوايا الحسنة أو السيئة أو للعوامل التي تضعف الإرادة أو تنال منها كالإكراه أو الغلط أي منفذ لهذا القانون ولا يترتب على الغش أو التدليس تحقق أية آثار قانونية، وترك ذلك لحكم الشرف والرأي العام الكفيلان برد الحقوق وأداء الواجبات⁽³⁾.

ولكن لم يبقى الحال على ما هو عليه في القانون الروماني القديم، فبسبب اتساع أرجاء الدولة والنمو المتزايد، والنشاط التجاري⁽⁴⁾، وازدياد المعاملات، وبالتالي انتقال المجتمع الروماني من مجتمع زراعي ضيق إلى مجتمع تجاري نشط وإمبراطورية متسعة، أدى ذلك كله إلى تطور في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وتطور في الفكر القانوني الروماني في مجالات كثيرة أهمها نظام الأسرة ونظام الملكية ونظام الالتزامات وبصفة خاصة نظام العقود⁽⁵⁾، كما أنه بعد غزو الرومان لليونان، كان الفلاسفة الرومان متأثرين بالفلسفة اليونانية القديمة القائمة على فكرة القانون الطبيعي والعدالة⁽⁶⁾، فأصبح ترك أحد المتعاقدين يغش الطرف الآخر في العقد هو أمر غير إنساني، وصار من ثم للأخلاق والعدالة دور في

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 24؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 14. إذ أن الشكليات الحديثة تختلف عن الشكليات القديمة، فهي لا تكفي وحدها في إنشاء العقد، بل لابد من اقترانها، بإرادة المتعاقدين، فالشكل في القوانين الحديثة هو الذي يجب أن يأتي فيه الرضاء بالعقد، أما الشكليات القديمة فهي كانت وحدها كافية لتكوين العقد حتى لو كانت الإرادة معيبة، وبمعنى آخر كان الشكل في القانون الروماني هو مصدر الالتزام، فلا يجوز الطعن في العقد الشكلي بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية. أما الشكليات الحديثة فالغرض منها هو تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف الذي هو مقدم عليه.

أنظر: د/ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 59.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 43.

(3) فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، الطبعة الأولى، دون ناشر، بغداد، 2009، ص 69.

أنظر في مثل هذا المعنى: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 14.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 16، 17.

(5) د/ صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جامعة القاهرة، 2007، ص 197.

(6) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 25.

النصوص القانونية، وللإرادة دور في الحياة التعاقدية، وبدأ نبذ الشكلية واحترام الإرادة⁽¹⁾، وبالتالي تحول الـ FIDES من مفهوم ديني إلهي إلى مفهوم مدني قانوني صرف⁽²⁾.

ومن هنا بدأ ظهور مبدأ جديد في العقود عند الرومان في العصر العلمي (130 ق م – 284 م)، هو مبدأ حسن النية في العقود⁽³⁾.

ويرجع الفضل إلى الفقيه الروماني شيشرون في تحويل مبدأ حسن النية من مجال الأخلاق إلى واجب قانوني، إذ اعتبره أساس العدالة⁽⁴⁾. فانتقل هذا المبدأ من خلال جهوده التي بذلها، إلى نطاق القانون الوضعي، وذلك كان نتيجة الحاجة، وضرورة تطبيقه في مجال التعاملات المشوبة بعنصر أجنبي، نتيجة انفتاح المجتمع الروماني وازدياد تعاملهم مع الأجانب، وبعد ذلك اقتنع الرومان بضرورة تطبيق مبدأ حسن النية في مجال القانون الداخلي أيضا⁽⁵⁾.

إذن من خلال ما سبق، فإن الشكل البدائي لحسن النية في القانون الروماني كان مفهوما دينيا إلهيا ثم أصبح الشكل النهائي له مفهوما مدنيا منفصلا عن الدين، وبعبارة أخرى كان يتمثل في الـ FAS ثم أصبح الـ FIDES ثم انتهى به الأمر إلى الـ BONA FIDES الرومانية الشهيرة⁽⁶⁾.

وهناك من يذهب إلى القول بأن حسن النية عرف عند الرومان تطورا متتاليا، اكتسب خلاله في كل مرحلة طابعا خاصا، إذ تدرج في حركيته من مفهوم أخلاقي (ديني، إجتماعي) إلى مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي، ليأخذ بعد ذلك مفهوما قانونيا أخلاقيا⁽⁷⁾.

وهكذا ظهر مبدأ حسن النية من خلال اتصال مبدأ العدالة بفكرة القانون الطبيعي، إذ اتخذت العدالة معنى خلقيا جديدا، يفيد العقل والضمير، وقامت العروة الوثقى بينه، وبين القواعد القانونية⁽⁸⁾.

- (1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 17 ؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 44.
- (2) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 05.
- (3) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 73.
- (4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 26.
- الفقيه الروماني شيشرون عاش في القرن الأول قبل الميلاد (106 - 43 ق م)، وصف من قيل البعض بأنه الفقيه الذي جعل الفلسفة الإغريقية في متناول فهم الرومان، كما وصف أيضا بأنه أحد الرواد الكبار الذين أدخلوا الفكر الإغريقي إلى القانون الروماني وبوجه خاص فيما اتصل منه برقابة المشروعية الطبيعية (أي رقابة الإنصاف)، ومن ذلك الوقت بدأت مصطلحات، من قبيل الإنصاف وحسن النية والقانون الطبيعي، في التأثير على عقليات وتفكير رجال القانون الرومان.
- أنظر: د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 500.
- (5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 44.
- (6) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 04.
- (7) أب ولد أمباري، (حسن النية في القانون الدولي)، بحث لنيل رسالة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الدراسية 2001 - 2002، ص 10.
- (8) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 27.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن استعانة الرومان بمبادئ العدالة كانت لتخفيف حدة الرسميات والشكليات التي كانت تسود القانون الروماني، لذا كان مبدأ حسن النية *bona fides*، من أهم تطبيقات فكرة العدالة، يقضي على الشخص بالوفاء بتعهداته حتى ولو لم يكن قد أفرغ في صورة شكلية. وترتب على ذلك إلغاء بعض التصرفات القانونية ذات الطابع الشكلي مثل عقد القرض الرسمي المسمى *nexum* والتجاوز عن بعض الشروط الشكلية في بعض العقود، مثل التجاوز عن شرط استعمال اللغة اللاتينية في النطق بعبارات عقد الاشتراط الشفوي، ثم وصل بهم الأمر إلى حد تغليب المعنى على اللفظ في عقد الاشتراط⁽¹⁾، وترتب على ذلك أيضاً أنه نشأت الكثير من العقود غير الرسمية، كالعقود العينية والعقود الرضائية وغيرها من العقود غير الرسمية، وأمكن قيام العقد بين غائبين، كما ظهرت عقود حسن النية وهي أربعة عقود رضائية تتمثل في: البيع والإيجار والشركة والوكالة. وبالتالي كان على القاضي في عقود حسن النية أن يفسر إرادة المتعاقدين طبقاً لما تقضي به مبادئ حسن النية وما يجري عليه العمل في المعاملات⁽²⁾. كما كان إبرام هذه العقود يتم بمجرد التراضي فلا تخضع في انتقالها إلى شكليات القانون الروماني. وكانت أيضاً من العقود التي يمارسها الأجانب بالاستناد إلى قانون الشعوب الخالي من الشكليات، ولم يكن الرومان يعرفونها عند تدوين القانون المدني (الألواح)⁽³⁾، لأن أحكام مدونة الألواح الاثني عشر كانت تنسم بالشكلية والرسمية.

عقود حسن النية هي أيضاً عقود ملزمة لأطرافها، وينشأ الإلزام فيها من إرادة المتعاقدين لا من شكلها، وعند تفسيرها لا يلتزم القاضي بألفاظها وعباراتها وإنما يتجاوز هذه العبارات بحثاً عن نية المتعاقدين⁽⁴⁾.

وبالتالي أصبح المدعى عليه في عقود حسن النية وكذلك بعض المعاملات، مسؤولاً إذا لم يؤد ما اتفق عليه إلى المدعي بحسن نية أو لم يحم عمله بحسن نية. وأصبح أيضاً للقاضي مجالاً واسعاً للتقدير – بصورة واضحة ومؤكدة – عندما يحدد متطلبات حسن النية بالاستناد إلى نموذج أو معيار، يحدد متى يكون أطراف عقد البيع أو الإيجار أو الشركة أو الوكالة حسني النية⁽⁵⁾.

(1) د/ صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 221.

(2) د/ صوفي حسن أبو طالب، المرجع نفسه، ص 193.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 29.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 17.

(5) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 73.

وهكذا أصبح الرومان يميزون بين طائفتين من العقود هما:

عقود حرفية التنفيذ (**contrat de droit strict**) تتدرج تحتها كل العقود الشكلية، وعقود حسن النية (**contrat de bonne foi**) تضم العقود الرضائية السابقة الذكر. ففي العقود حرفية التنفيذ في ظل القانون الروماني لم يكن يسأل الشخص إلا عن خطئه العمد، أما في عقود حسن النية فقد كان يسأل عن خطئه العمد وغير العمد⁽¹⁾. كما كانت تسمى العقود حرفية التنفيذ بعقود القانون الضيق، فتنحصر العقود فيما عينه القانون المدني منها، و يتقيد القاضي بما جاء في هذه العقود حرفيا ولا مجال للبحث في النية المشتركة للمتعاقدين، أما عقود حسن النية كانت عقود ليست حرفية التنفيذ، فلأطراف إنشاء عقود ولو لم ينص عليها القانون المدني، وللقاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين⁽²⁾.

وظهر أيضا ما يسمى بالدعوى البريتورية، حيث أن البريتور⁽³⁾ تحقيقا لمبدأ العدالة ولضمان حسن النية في المعاملات، كان يمنح الدعوى للأفعال الجديدة التي لم ينص القانون على حمايتها بدعوى، ولذلك كانت تسمى هذه الدعوى بدعوى حسن النية (action de bonne)، ومنها: دعوى الإكراه، ودعوى التدليس، ودعوى غش الدائنين أو ما يسمى بالدعوى البوليصية⁽⁴⁾.

وعلق شيشرون على تنامي سلطة البريتور التقديرية بقوله: (إن دعوى حسن النية تستلزم وجود قاضي قوي بسبب السلطة الخطيرة التي تخولها له)⁽⁵⁾.

وبالتالي عقود ودعوى حسن النية كانت تقابلها دعوى وعقود القانون المدني الأصلية والمنصوص عليها بتشريع الألواح الاثني عشرة وهي دعوى وعقود القانون الحرفي أو القانون الضيق. وهكذا صار حسن النية في العقود في القانون الروماني، بشكل يقترب كثيرا من وضعه الحالي⁽⁶⁾.

كما قيل أن تطبيق مبدأ حسن النية كان في المعاملات محدد نطاقه بعقود معينة، وبسبب ذلك كان القانون الروماني يخلط بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين، فظهرت العقود الملزمة

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 308.

(2) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 264، 265.

(3) البريتور حاكم قضائي كان يتولى شؤون القضاء لفترة سنة واحدة، وقد كان يصدر منشورا يتضمن القواعد ويبين الإجراءات التي بمقتضاها ينظر القضايا والمنازعات التي تعرض عليه. وتعتبر هذه القواعد والإجراءات بمثابة تبسيط لقواعد القانون الروماني وجعلها مرنة تتباعد عن الصرامة والجمود. وبفعل الزمن وتراكم التجارب نشأ القانون البريتوري من مجموع المنشورات الصادرة عن كل بريتور، لذا تطور القانون الروماني كثيرا. أنظر:

د/ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 208.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 27، 28.

(5) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 74.

(6) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 07.

للجانبيين غير التامة، غير أن هذه النظرة لم يعد لها ما يبررها في العصر الحديث لأن نطاق تطبيق مبدأ حسن النية توسع ليشمل كل المعاملات ويطبق على العقود سواء كانت ملزمة للجانبين أو لجانب واحد⁽¹⁾. ويعرف أيضا عن مبدأ حسن النية بأنه مستمد من القاعدة الرومانية الأصولية الهامة القائلة بأن الغش يفسد كل شيء⁽²⁾. وهي - أي قاعدة الغش يفسد التصرفات - قاعدة قانونية سليمة حتى ولو لم تذكر في نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية لمحاربة الغش والخداع والاحتيال وعدم الانحراف عن حسن النية الذي يجب أن يتوفر في العقود والتصرفات والإجراءات عموما لصيانة مصلحة الأفراد والجماعات⁽³⁾. غير أن مبدأ حسن النية يختلف عن هذه القاعدة القديمة، من حيث أنه يفرض على المتعاقدان التزامات إيجابية، بخلاف القاعدة القديمة - الغش يفسد كل شيء - التي تقف عند حد انتفاء الغش في التصرفات دون فرض أي التزامات إيجابية على المتعاقدين⁽⁴⁾.

ويتضح مما سبق كله، أن المبادئ القانونية الجديدة أصبحت تقوم على العدالة وحسن النية في المعاملات واحترام الإرادة، وأن العبرة في التصرفات القانونية أصبحت بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني⁽⁵⁾.

(1) د/ محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 137، 138.

(2) د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر - الأحكام - الإثبات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007، ص 177، 178.

(3) إبراهيم سيد أحمد، الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 07.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 296.

(5) د/ صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 124؛ د/ صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 222. وقد قيل بشأن ذلك أيضا، أن فقهاء الرومان بنوا كثيرا من الأحكام القانونية التي استخدموها في تفسير القواعد الموجودة بين أيديهم على كثير من الأفكار الجديدة التي أمدتهم بها الثقافة الإغريقية، مثل الثقة (Trustee)، والأمانة (Tidus) والعدالة (Justice)، وحسن النية. فإذا ما عجز الفقيه عن سد النقص الموجود في القانون باستعمال طرق التفسير المختلفة لجأ إلى البريتور، باعتباره يتمتع بالسلطة القضائية، لإيجاد وسيلة لسد هذا النقص. أنظر: د/ محمود عبد الرحيم السديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 27.

ثانياً: حسن النية في القانون الكنسي

من أهم مظاهر العصر الأوربي الوسيط ظهور تسلط الكنيسة ورجال الدين على عقول الناس وأفكارهم، حيث أن أغلب الناس كانوا يفكرون بأن الحياة الدنيا ما هي إلا قنطرة العبور نحو الحياة الآخرة، فانصرفوا عن الدنيا إلى الآخرة، وظهرت الديانات الجديدة لتقضي على الوثنية الرومانية وعبادة الإمبراطور⁽¹⁾.

والقانون الكنسي⁽²⁾ هو القانون الديني الذي أخذت به الكنيسة الكاثوليكية الغربية في أوروبا في العصور الوسطى، بعد أن أصبحت الكنيسة قوة عالمية تتمتع بكل ما للدولة من مقومات تشريعية وتنفيذية وقضائية، وكان الرئيس الأعلى لهذه الكنيسة هو البابا. وقد بدأ تأثير القانون الكنسي في العقود منذ بدايات القرن السادس عشر في فرنسا، عندما كان رجال الكنيسة يفكرون بعقلية رجال الدين، فيربطون بين الأعمال والنيات، ويعتقدون بصورها من قواعد العقائد التي تتطلب من المؤمن أن تكون نواياه متفقة مع مقاصد الشرع. وقد أثر هذا التفكير على القانون بصفة عامة، وعلى الإرادة ودورها في التصرفات بصفة خاصة، ذلك لأن الفقه الكنسي هو أول من تخلص من تأثير القانون الروماني الذي ظل لعدة قرون بعد الميلاد، هو المصدر الأصلي للقواعد القانونية في العالم الغربي. لكن رغم ما بذله شراح القانون الكنسي في العصور الوسطى من جهد لتفسير أحكامه على ضوء قواعد القانون الطبيعي أو العدالة، وقواعد الأخلاق، إلا أن انهيار النظام الشكلي كان أمراً بعيد المنال، لأن النصوص الرومانية كانت محور دراسة هؤلاء الشراح، فكان لا بد من تدخل مبادئ جديدة لتحقيق هذا الغرض، تمثلت هذه المبادئ في تعاليم الدين المسيحي، التي نادى بها فقهاء الكنيسة، والتي تتلخص في ضرورة الإخلاص الواجب على كل إنسان

(1) د/ مفيد الزيدي، " بدايات النهضة في أوروبا أواخر العصر الوسيط "، دراسة في المجتمع المدني، مجلة مركز الوثائق والدراسات الإنسانية، جامعة قطر، العدد الثامن، السنة الثامنة، 1996، ص 228.

يمثل العصر الوسيط بوابة تاريخ أوروبا الحديث، فظهر فيه الاختلاف بين الشرق والغرب، وبين القديم والجديد، وبين الديني والدنيوي، لذلك يشكل حلقة الوصل بين جيلين وعصرين هما القديم والحديث. ويبدأ هذا العصر الوسيط من القرن الخامس ميلادي مع سقوط روما وانهيار الإمبراطورية الرومانية القديمة على يد الجرمان عام 476 م، وينتهي بالقرن الخامس عشر ميلادي بسقوط القسطنطينية على يد العثمانيين عام 1453 م.

أنظر: د/ مفيد الزيدي، المرجع نفسه، ص 227.

(2) لقد أثرت الديانة المسيحية في القانون الروماني، ونلمس هذا الأثر من خلال ظهور القانون الكنسي، الذي ظهر في البداية لتنظيم العلاقات بين أتباع الكنيسة حينما كانت المسيحية محل اضطهاد من أباطرة روما، وهو من وضع رجال الدين المسيحي، وكانت أهم مصادره مبادئ القانون الطبيعي والعدالة فضلاً عن قرارات المجامع الدينية. وبدأ تنافس بين القانون الروماني والقانون الكنسي، لكن بعد سقوط الدولة الرومانية الغربية بدأ القانون الكنسي في الازدهار وخاصة في العصور الوسطى. وقد تسربت بعض مبادئ القانون الكنسي إلى القانون الفرنسي القديم ومنه إلى القوانين الغربية الحديثة، من أبرزها مبدأ سلطان الإرادة، التعادل بين التزامات طرفي العقد، الاعتداد بالقصد الجنائي.

أنظر: د/ صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 178، 179.

بمقتضى حسن النية. ومن ثم فإن القانون الكنسي، أصبح يمثل مرحلة جديدة من مراحل الرضائية، حيث ازدهرت في ظلّه، إلا أنها كانت رضائية قائمة على أساس من الدين والأخلاق، غير أن الاهتمام بالإرادة لم يكن اهتماما خالصا فما زال عنصر الشكل لم ينعدم تماما لكنه تطور، ثم انتهى الأمر بعد ذلك بظهور مبدأ سلطان الإرادة العقدية، وأصبح لهذا المبدأ مكانة جذبت إليه كثيرا من دول العالم، وهكذا أطلق القانون الكنسي الحرية للإرادة في التصرفات⁽¹⁾، فحررها من قيود الشكل التي كان القانون الروماني قد أحاطها بها، وأصبحت الإرادة عند الكنسيون كافية وحدها لإنشاء الالتزام، غير أنه ربطها من ناحية أخرى باشتراط مشروعية الغرض الذي ترمي إليه، ومن ثم بدأت فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع للتعاقد تبرز لدى الفقهاء الكنسيون، واختفت النظرية التقليدية للسبب التي كانت تجعل كل التزام سببا في الالتزام المقابل⁽²⁾.

وبذلك ساهم القانون الكنسي إسهاما كبيرا في إبعاد الشكلية عن العقود وجعل للأخلاق دورا هاما فيها، فقد أوجب الوفاء بالتعهدات وتعادل الالتزامات الناشئة بين المتعاقدين، وحرّم الغش والغبن والغرر والربا، وأجاز تعديل الالتزامات بسبب تغير الظروف، وأوجب أن يكون الباعث على التصرفات مشروعاً. وكل ذلك يدخل ضمن مبدأ حسن النية في تكوين العقد وتنفيذه⁽³⁾. وبالتالي راجت فكرة حسن النية في العقود، في القرون الوسطى أيضا، عند الفقهاء الكنسيين، وأنصار القانون الطبيعي⁽⁴⁾. وقد كان لهم — أي للكنسيون — مفهوم خاص عن حسن النية، إذ رأوا بأنه: (الاعتقاد الخالص من الشوائب، والذي يكتفي فيه بمجرد البعد عن الإثم والحرام)⁽⁵⁾.

كما ننوه هنا أيضا، بأن اقتباس الكنسيون لمؤسسة حسن النية عن القانون الروماني، يعتبر إنجازا كبيرا، لما نجم عن ذلك من تداعيات عظيمة الأثر للأجيال والعصور اللاحقة بأسرها خاصة من خلال نقلها عنهم لبقية العائلات التشريعية الكبرى لعالمنا المعاصر، وخصوصا منها في الفضاء الغربي الحديث والحالي، لكن يعتبر بلا شك الإنجاز الأهم والأبرز من قبل فقهاء القانون الكنسي المسيحي — للإنسانية — في حياة التزام حسن النية في العقود، هو كما نرى في قيام هؤلاء بتعميم النظام القانوني لعقود حسن النية كما رأيناها آنفا في القانون المدني الروماني على جميع العقود، بحيث أنها صارت كلها سواء من حيث طبيعتها

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 21، 22.

(2) د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 74.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 22، 23.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 44.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 30.

القانونية أو من حيث نظامها القانوني، من عقود حسن النية بدون التفرقة فيما بينها وبين عقود القانون الضيق⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حسن النية في القانون الفرنسي والقانون الجزائري

لمعرفة تطور مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي والقانون الجزائري، سنقسم هذا الفرع إلى قسمين، الأول يخص مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي، والثاني يخص مبدأ حسن النية في القانون الجزائري.

أولاً: حسن النية في القانون الفرنسي

ظل القانون الفرنسي القديم متمسكاً بالقاعدة الرومانية القديمة القائلة (أن الاتفاقات لا ترتب التزامات)، وهذه القاعدة حالت دون تقدم فكرة المقاصد والنيات في العقود والتصرفات، وبالتالي لم يزد 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 التصرفات لم تجد سبيلها في القانون الفرنسي إلى غاية القرن الثاني عشر، لكن بعد هذا التاريخ أصبح لفكرة الباعث دور في القانون الفرنسي القديم، وتأكدت القاعدة المتمثلة في أن الاتفاق يرتب آثاراً 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 كانت بعيدة وغير مباشرة، لأن لها تأثير كبير على الإرادة التعاقدية⁽²⁾. وبالتالي في القانون الفرنسي الحديث اختلف التقسيم الروماني بين عقود حرفية التنفيذ وعقود حسن النية، وكل الاتفاقات أصبح يجب

(1) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 10.

فقد طبق مشروع القانون الفرنسي سنة 1804، لنفس ما ساد لدى الفقهاء الكنديين المسيحيين، فلم يميز بين عقود حسن النية وعقود القانون الضيق، وجعل كل العقود تتم بحسن نية. أنظر: د/ سفيان القرقي، المرجع نفسه، هامش 42 مكرر ص 10. وبالتالي يمكن القول هنا أن التشريعات العربية هي أيضاً تأثرت بما ذهب إليه المشرع الفرنسي – المتأثر بالفقه الكنسي المسيحي – في جعل العقود كلها تتم بحسن نية، والتشريع الجزائري هو بالطبع من بين هذه التشريعات العربية.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 24، 25، 26.

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⁽¹⁾.

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⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا أيضا، إلى أنه في فرنسا، لفترة طويلة، لم تعتمد المحاكم فيها على مفهوم حسن النية إلا نادرا (استثناء)، لدرجة أنه كان يمكن اعتبار أن هذا المفهوم هو بدون جدوى⁽³⁾. فرغم نص المشرع الفرنسي على حسن النية في الفقرة الثالثة من النص المدني الفرنسي، إلا أن القضاء الفرنسي لم يعمل لا بمفهوم 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⁽⁴⁾، 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 النوع المعتمد من طرفها، في حين أنها لم تقدم ما يبين أنها قامت بإرشاد المؤمن له عن الأنواع المعتمدة، وأنها أخذت الأقساط لمدة 3 سنوات⁽⁵⁾. ومن ذلك الوقت مفهوم حسن النية يثير العديد من التساؤلات إلى يومنا هذا⁽⁶⁾.

(1) Jean Carbonnier, **Droit Civil, Les Obligations**, Tome 4, 22^e édition refondue, Collection Thémis – Droit privé, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2000, p. 226.

(2) (La notion de bonne foi, dans l' a. 1134, al. 3, aurait pu être de grande conséquence).

Voir: Jean Carbonnier, Ibid, p. 227.

(3) (Pendent longtemps, il fut exceptionnel que les tribunaux fissent appel à cette notion, au point qu' on avait pu la considérer comme inutile). Voir: Jean Carbonnier, Ibid, p. 227.

(4) Amandine Assaillit, (La bonne foi et la loyauté contractuelle), Master Pratiques Juridiques et Judiciaires, Faculté de Droit, Université de Nîmes, Promotion 2006 – 2007, Disponible sur internet: http://www.masterdroit.fr/3_Ressources_Fiches.htm

(5) Civ. 1, 20 mars 1985, B. 1985.1., n°102: une compagnie d'assurance n'est pas de bonne foi si elle refuse de payer l'indemnité pour vol d'un véhicule sous le prétexte que l'antivol n'était pas d'un modèle agréé alors qu'elle n'établit pas qu'elle avait indiquée à l'assuré les types agréés et qu'elle avait encaissés les primes pendant trois ans.

Voir: Amandine Assaillit, Ibid.

(6) Amandine Assaillit, Ibid.

ثانياً: حسن النية في القانون الجزائري

إن مبدأ حسن النية في العقد هو مبدأ يجد مكانه في التشريعات التي تعطي دوراً للبواعث والنيات في التصرفات القانونية⁽¹⁾، إذ عن طريق مراقبة مشروعية الباعث يبسط القانون ظلال الأخلاق على دائرة التعاقد بين الأفراد وفي معاملاتهم الخاصة، ويراقب بذلك مشروعية البواعث والنوايا⁽²⁾، وبالنظر للمشرع الجزائري نجده قد نص في المادة 97 ق.م.ج: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً).

وهذا يعني أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد⁽³⁾، كما أنه نص صراحة على اشتراط حسن النية في تنفيذ العقد، في الفقرة الأولى من المادة 107 ق.م.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 المحكمة 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)⁽⁴⁾.

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 Le bon père de famille)⁽⁵⁾.

ونشير هنا، إلى أن القانون المدني المصري له أيضاً، في نظرنا، الفضل في الصياغة القانونية – باللغة العربية – التي جاءت بها النصوص المتعلقة بحسن النية في القانون المدني الجزائري، إذ نعتبر ذلك واضحاً لكل من يقارنها بنصوص القانون المدني المصري، الذي تأثرت به معظم القوانين المدنية العربية⁽⁶⁾، ولذلك يعتبر كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي مصدراً تاريخياً بالنسبة

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 28.

(2) د/ محمد حسين منصور؛ د/ سمير عبد السيد تناغو، القانون والالتزام، نظرية القانون – نظرية الحق – نظرية العقد – أحكام الالتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد وأحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 85.

(3) أنظر أكثر عن ذلك: د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 75، 76.

(4) قرار المحكمة العليا، رقم 116541، بتاريخ 1994/11/30، غير منشور. أشار إليه: أ/ عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 233، 234.

ننبه هنا بأن العقد العرفي أصبح لا يعتد به إذا كان محرراً بعد تاريخ 01 جانفي 1971 م.

(5) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

(6) لعل ذلك يعود إلى محاولة رجال القانون العرب إلى توحيد التشريع بين الأقطار العربية، لما بينها من تقاليد مشتركة، وأوضاع اجتماعية متشابهة.

إلى كثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص القانون المدني الجزائري⁽¹⁾. كما لا ننسى 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 استمد من القانون المدني الفرنسي، فالشريعة الإسلامية تهتم هي أيضا بالنيات والمقاصد، وستؤكد 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 الجزائرية⁽²⁾، إذ أننا نعلم أن القانون المدني الجزائري صدر في 26 سبتمبر سنة 1975 و وضع موضع التنفيذ بأثر رجعي ابتداء من 5 جويلية 1975، وبالرجوع إلى المحاكم الجزائرية، نجد أن هناك قرار من المحكمة العليا الجزائرية صادر في 21 مارس سنة 1983⁽³⁾، يخص حسن النية في عقد العارية، وبالتالي 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 وقع في أيدينا من قرارات في هذا المجال، وقد يظهر غير ذلك إن وجدت قرارات قضائية جزائرية أخرى تثبت غير ما ذهبنا إليه في هذا المقام.

وبالرجوع أيضا إلى النصوص والأحكام الخاصة المنتثرة في ثنايا متن القانون المدني الجزائري، نلاحظ أن مصطلح حسن النية تكرر عدة مرات فيه، فورد بلفظ صريح في: م/82، م/85، م/107، م/141، م/146، م/147، م/192، م/198، م/268، م/359، م/373، م/399، م/409، م/485، م/501، م/595، م/785، م/788، م/791، م/813، م/814، م/819، م/824، م/825، م/828، م/835، م/836، م/837، م/842، م/885، م/933، م/964، م/970، م/985، م/995، م/996، م/997. أما مصطلح سوء النية فقد ورد بلفظ صريح في القانون المدني الجزائري في: م/147، م/187، م/309، م/375، م/540، م/814، م/825، م/838، م/843.

(1) د/ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 308.

(2) بالمقارنة مع القانون المدني الفرنسي الذي صدر في 1804، وتم العمل بحسن النية في العقود في المحاكم الفرنسية في سنة 1985، وقد سبق ذكر ذلك.

(3) قرار المحكمة العليا، رقم 28121، بتاريخ 1983/03/21، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 174، جاء فيه: (إذا كان المطعون ضده اعترف بأن الطاعن أعاره السكن المتنازع عليه لمدة (13) شهرا، فإن القرار الذي اعتبر أن المطعون ضده شاغلا عن حسن نية دون تبرير مصدر حسن نيته يكون قد تناقض في تعليقه ولم يوفق بين المبدأ القانوني المذكور بين ما قضى به من مقتضيات. إن الشخص الذي يجعل تحت تصرفه السكن على وجه الإعارة والإحسان ثم يسعى ليصبح مستفيدا بدل من أحسن إليه لا يمكن بأي وجه اعتباره ذا نية حسنة.).

إضافة إلى ذلك، ورد حسن النية أيضا في القضاء الجزائري⁽¹⁾، وهذا دليل على الأهمية التي أعطاهها القانون والقضاء الجزائري إلى مبدأ حسن النية في العقود، وسوف نذكر ذلك بالشرح المفصل فيما بعد في هذه الدراسة.

(1) فمن بين القرارات القضائية التي ورد فيها ذكر حسن النية: بالنسبة لتنفيذ العقد بحسن نية: قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 52061، بتاريخ 15/01/1990، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 01، ص 113. أشار إليه كل من: أ/ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 62، 63؛ عمر حمدي باشا، القضاء المدني، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 45.

ومن بين القرارات القضائية التي ورد فيها سوء النية: بالنسبة لسوء النية في عقد الإيجار: قرار المحكمة العليا، رقم 50602، بتاريخ 29/05/1989، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 03، ص 158؛ قرار المحكمة العليا، رقم 107519، بتاريخ 07/02/1994، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 02، ص 31.

المطلب الثاني

حسن النية في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية كما اهتمت بالنية في العبادات والتقرب إلى الله عز وجل، فإنها أيضا اهتمت بالنية في العقود والمعاملات المالية، بغض النظر إلى كون النية التي تأخذ بها باطنة أم ظاهرة أم كلاهما معا.

ولكن هناك⁽¹⁾ من يقول أن النية لا تدخل في العقود بل هي تدخل في العبادات، فحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)، هو يقتصر على العبادات دون المعاملات، لأن الشريعة الإسلامية بها نوعين من الأحكام: أحكام دينية تستند على النوايا وتتعلق بصلة الإنسان بربه، وأحكام قضائية تقوم على الظاهر وتتعلق بصلة الإنسان بالمجتمع، ولا يكون الحساب فيها على مجرد النية لتعذر الوقوف على ما خفي وقر في القلب، ويستندون في ذلك إلى حديث للرسول (ص) - متفق عليه - عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ)، وحديث للرسول (ص) - متفق عليه - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ص): (إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنِّ أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا، مَا لَمْ تَعْمَلْ أَوْ تَتَكَلَّمْ).

وهناك من يذهب إلى القول بأن الفقه الإسلامي معروف عنه أنه لا يقيم وزنا واعتبارا للنوايا الباطنية في إبرام العقود فهو يأخذ بالمعيار الموضوعي ولهذا لا يحفل بمبدأ حسن النية والذي هو أمر شخصي، وأن الفقه الإسلامي قريب في ذلك من النظام الإنجلوسكسوني⁽²⁾.

غير أن هذا القول في غير محله، لأن الشريعة الإسلامية لا تعني بالشكل وبالمظهر فقط وإهمال بواطن وأسرار الأشياء، بل تحرص أشد الحرص على أن تكون استجابة أو امرها والامتناع عن نواهيها عملا للظاهر والباطن يحيا فيه جسم العمل بروحه ويلتقي فيه شكله وموضوعه، ويتفق معناه وصورته، ولا تستخفي فيها المعاني تحت ستار الألفاظ المبهمة، لذلك كان حراما أن يتحايل الناس على أحكامها

(1) ذكر هذا الاتجاه: د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 215، 216.

(2) يزيد أنيس نصير، "مرحلة ما قبل إبرام العقد"، دراسة مقارنة، "عقد التفاوض بحسن نية"، الجزء الثاني، تاريخ قبوله للنشر 2000/11/23، بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي: www.arablawninfo.com، ص 12.

لينفلتوا من قيودها، فإن وقع في ذلك كان سعياً في دين الله بالفساد لإبطاله حكمة الشارع ونقضه لحكمه الذي احتال عليه⁽¹⁾.

كما نص الفقهاء على قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وهذه القاعدة من الأدلة المعتبرة في تصحيح العقود بمقاصد الناس ومعانيهم، فلا تترتب العقود على مجرد الألفاظ، وإنما تترتب على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد، وأن المقاصد هي حقائق العقود وقوامها، وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالاتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له، وتقيد اللفظ به، وترتب الحكم بناء عليه⁽²⁾.

كما أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه كالنائم، والناسي، والسكران، والجاهل، والمكره، والمخطئ، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاءً لما يجب اعتباره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه⁽³⁾.

وبالتالي في الفقه الإسلامي العبرة في تحديد معاني العقود وحلها وحرمتها وصحتها وفسادها بالمقاصد والنيات، لا بمجرد الألفاظ، فلا عبرة بظاهر اللفظ إذا ثبت أن القصد والنية خلافه⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى)، فهو حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة، وقد اتفق الشافعي وأحمد على أنه ثلث العلم. وقد قال الإمام أحمد بأن أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث، فذكر منها حديث: (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ). ومما يدل على أهمية النية دخولها في سبعين باباً من أبواب الفقه وقد قال بذلك الإمام الشافعي، ومما تدخل فيه النية في العقود: كنيات البيع والهبة والوقف، والقرض، والضمان، والإبراء، والحوالة، والإقالة، والوكالة،

(1) د/ سعد الدين صالح دداس، " منع الحيل والأخذ بالأحوط عند المالكية وأثره في رعاية المقاصد الشرعية "، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد العشرون، ذو القعدة 1424 هـ، يناير 2004 م، ص 300.

(2) سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 2002، ص 126.

(3) د/ مزهر بن محمد بن ظافر القرني، " الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة "، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد الثالث، رجب 1420 هـ، ص 40.

(4) أ/ عبد الفتاح نقيه، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1998، ص 247.

وتفويض القضاء، والإقرار، والإجارة، والوصية، والعق، والتدبير، والكتابة، والطلاق، والخلع، والرجعة، والإيلاء، والظهار، والأيمان والقذف⁽¹⁾.

وعموماً، فقد أكدت الشريعة الإسلامية على المكانة الهامة لحسن النية في التصرفات بصفة عامة والعقود بصفة خاصة، فتضافرت الآيات القرآنية على تشريع مبدأ حسن النية في التصرفات، ومن هذه الآيات القرآنية قول الله عز وجل: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }، الآية 01 من سورة المائدة. وقوله: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }، الآية 29 من سورة النساء. وقوله: { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }، الآية 02 من سورة المائدة. وقوله أيضاً: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ }، الآية 90 من سورة النحل. وقوله عز وجل أيضاً: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ }، الآية 27 من سورة الأنفال. وقوله: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ }، الآية 119 من سورة التوبة. وقوله: { وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ }، الآية 283 من سورة البقرة. وهذه الآيات ما هي إلا غيض من فيض ما جاء به القرآن الكريم.

(1) ورد ذلك في الأشباه والنظائر للسيوطي. نقلاً عن: أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، الأمانة في إدراك النية، تحقيق ودراسة الدكتور مساعد بن قاسم الفالح، الطبعة الأولى، مكتبة الحرمين، الرياض، 1988، ص 06، 07. كما قيل أن الفقه يدور على أربع أحاديث، أي تكفي الإنسان لدينه، وهي: أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات)، والثاني قوله: (من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه)، والثالث قوله: (الحلال بين والحرام بين)، والرابع قوله: (لا يكون المؤمن مؤمناً حتى لا يرضى لأخيه إلا ما يرضى لنفسه). وهناك من يضيف إلى هذه الأحاديث الأربعة حديث خامس هو: حديث (الدين النصيحة)، وهناك من يؤكد على الأحاديث الثلاثة الأولى ويجعل الحديث الرابع هو: (إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً) بدلاً من حديث (لا يكون المؤمن مؤمناً حتى لا يرضى لأخيه إلا ما يرضى لنفسه). أنظر أكثر: د/ عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 131، 132.

ويقول أيضاً الشيخ محمد صالح المنجد في فتوى رقم 70446 من موقع الإسلام سؤال وجواب: (المقاصد لها موقع كبير مهم من الفقه، وحسبك من ذلك أن من القواعد الكلية الكبرى قاعدة: الأمور بمقاصدها، المأخوذة من قول النبي صلى الله عليه وسلم: (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَّا نَوَىٰ) رواه البخاري (1) ومسلم (1907). قال السيوطي رحمه الله: " اعلم أنه قد تواتر النقل عن الأئمة في تعظيم قدر حديث النية: قال أبو عبيدة: ليس في أخبار النبي صلى الله عليه وسلم شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه. واتفق الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل وابن مهدي وابن المديني وأبو داود والدارقطني وغيرهم على أنه ثلث العلم، ومنهم من قال: ربه " إلى أن قال: " وقال الشافعي: يدخل في سبعين باباً " انتهى من "الأشباه والنظائر" ص 9). أنظر: الشيخ محمد صالح المنجد، الفرق بين القصد والنية وأهمية المقاصد في الفقه، فتوى رقم 70446، موقع الإسلام سؤال وجواب، موقع دعوي علمي تربوي يهدف إلى تقديم الفتاوى والإجابات العلمية، على موقع

وأهمية مبدأ حسن النية في التصرفات، دلت عليها أيضا أحاديث كثيرة ومتعددة في السنة النبوية الشريفة⁽¹⁾، ونذكر منها ما يلي: عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن محمد بن إبراهيم التيمي عن علقمة بن وقاص عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال الرسول (ص): (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَهَجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا، فَهَجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ) حديث متفق على صحته. وعن الشافعي رحمه الله قال الرسول (ص): (الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا) رواه البيهقي في (السنن الكبرى). وقوله (ص): (مَنْ عَشَنَّا فَلَيْسَ مِنَّا) رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وعن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري رضي الله عنه أن رسول الله (ص) قال: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) حديث حسن⁽²⁾. وعن عقبة بن عامر قال أيضا الرسول (ص): (الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا وَفِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ) رواه ابن ماجه. وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال رسول الله (ص): (لَا يَجْتَمِعُ الْكُفْرُ وَالْإِيمَانُ فِي قَلْبِ امْرِئٍ، وَلَا يَجْتَمِعُ الصِّدْقُ وَالْكَذِبُ جَمِيعًا، وَلَا تَجْتَمِعُ الْخِيَانَةُ وَالْأَمَانَةُ جَمِيعًا) رواه أحمد من رواية ابن لهيعة. وعن حكيم بن حزام رضي الله عنه، قوله عليه الصلاة والسلام: (الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا) رواه البخاري. وعن عبد الله بن عمرو، قال النبي صلى الله عليه وسلم: (أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدَعَهَا: إِذَا حَدَّثَ كَذَبًا، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ) رواه البخاري ومسلم.

وعن ابن مسعود رضي الله عنه، أن رسول الله (ص) قال: (عَلَيْكُمْ بِالصِّدْقِ، فَإِنَّ الصِّدْقَ يَهْدِي إِلَى الْبِرِّ، وَإِنَّ الْبِرَّ يَهْدِي إِلَى الْجَنَّةِ، وَمَا يَزَالُ الرَّجُلُ يَصْدُقُ، وَيَتَحَرَّى الصِّدْقَ حَتَّى يُكْتَبَ عِنْدَ اللَّهِ صِدْقًا. وَإِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ، فَإِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إِلَى الْفُجُورِ، وَإِنَّ الْفُجُورَ يَهْدِي إِلَى النَّارِ، وَمَا يَزَالُ الرَّجُلُ يَكْذِبُ، وَيَتَحَرَّى الْكَذِبَ حَتَّى يُكْتَبَ عِنْدَ اللَّهِ كَذَابًا) رواه البخاري ومسلم. وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، أن رسول الله (ص) قال: (لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَتَاجَسُوا، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ آتَبَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخَطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ) رواه البخاري ومسلم.

(1) ويقول الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني في هذا الصدد: (وهذه الأحاديث، وإن كان بعضها قد يعتريه الظن من جهة الثبوت أو من جهة الدلالة أو من الجهتين معا، إلا أن في مجموعها ما يفيد القطع بثبوتها ودالاتها، فتتزل هذه الأحاديث الكثيرة والمتنوعة في الأبواب الفقهية منزلة نص قاطع عام يفيد على وجه اليقين ثبوت مبدأ حسن النية في التصرفات الشرعية، وتحريم سوء النية فيها بجميع صورته، وكافة حالاته). أنظر أكثر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 129 وما بعدها.

(2) رواه ابن ماجه، والدارقطني، وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ، عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي مرسلًا، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضا.

وعن معمر بن أبي معمر - وقيل ابن عبد الله بن نضلة - رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مَنْ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ)⁽¹⁾.

وعموماً من خلال هذه الأحاديث النبوية، يتبين أن رسول الله (ص) نهى عن تلقي الركبان، وأن يبيع حاضر لباد، وعن النجش، والتصرية، وأن يستام الرجل على سوم أخيه، كما منع بيع المسلم على بيع أخيه، والشراء على شرائه، وحرم الاحتكار، ونهى عن بيوع الغرر، وحرم أكل المال بالباطل. ونهى أيضاً عن التدليس في بيوع الأمانة، وهي بيع التولية وبيع الوضعية وبيع المرابحة، وسميت ببيوع الأمانة لاستناد تحديد الثمن فيها إلى أمانة البائع في الإخبار بالثمن الأصلي الذي اشترى به السلعة من غير بينة ولا استحلاف، ولذلك يلزم البائع أن يكون أميناً صادقاً في الإخبار بالثمن الأصلي الذي اشترى به السلعة، فإن كذب في الإخبار به كان سيء النية حيث يعتبر كذبه خيانة وتغريراً (أو تدليسا) بالمشتري⁽²⁾.

إضافة إلى القرآن الكريم والسنة النبوية، نجد أيضاً أن الصحابة رضي الله عنهم أفتوا في قضايا متعددة عرضت عليهم، تفيد هذه الفتاوى اتجاههم نحو إبطال التصرفات المشوبة بسوء النية⁽³⁾.

ورغم ما سبق ذكره، فإن الفقهاء المسلمون، لم يهتموا بوضع النظريات العامة، وإنما كانوا يجتهدون في وضع الحلول وإعطاء الآراء في المسائل التطبيقية، لأن الفقه الإسلامي ينطلق من الحالات، بعكس الفقه الغربي في معظمه، ينطلق من النظريات⁽⁴⁾، ومن هذا المنطلق يمكننا استبعاد وجود نظرية عامة لحسن النية في العقود في الفقه الإسلامي.

ولكن حتى ولو أن الفقهاء المسلمون لم يأتوا بنظرية عامة لحسن النية في العقود⁽⁵⁾، إلا أن هناك أدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة وفي فقه الصحابة - مثل ما سبق ذكره - تدل دلالة قاطعة على أن

-
- (1) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وصححه وابن ماجه ولفظهما قال (صحيح) لا يحتكر إلا خاطيء.
 - (2) د/ محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج، عمان، الأردن، 2010، ص 520، 521.
 - بيع التولية في الاصطلاح، هو بيع السلعة بثمنها الأول دون زيادة عليه أو نقص منه، وقيل هي بيع بثمن سابق. أما بيع الوضعية هي بيع السلعة بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع نقصان شيء معلوم منه. أما بيع المرابحة في الاصطلاح، هي بيع السلعة بثمنها الأول الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم القدر للبائع والمشتري.
 - أنظر: د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 520.
 - (3) أنظر أكثر في ذلك: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 157 وما يليها.
 - (4) د/ راشد راشد، (الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس، 1984، ص 24.
 - (5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 32.

الشريعة الإسلامية حثت المسلمين على التمسك بالأخلاق الحسنة⁽¹⁾، فحسن النية بذلك يجد مجالا واسعا في الشريعة الإسلامية التي يحظى الالتزام الأخلاقي فيها باعتبار خاص لا يوجد في القوانين الوضعية يترتب على مخالفته مخالفة للمقاصد السامية التي يحض عليها التشريع⁽²⁾، لأن الأحكام التي تدل عليها نصوص الشريعة الإسلامية كالوفاء بالعهد، والعدل، وآداء الأمانة، والصدق... إلخ، هي أمهات الفضائل وقواعد الأخلاق، التي تقرها الفطر السليمة، ولا تستقيم حياة الأمم بدونها، لأنها الأساس المكين لكل مجتمع إنساني في أي عصر، وهي بذلك قواعد أساسية أبدية لا تحتل تأويلا ولا نسخا منذ أوحى بالنصوص التي تقرها، كما يقضي العقل بأنها محكمة. ونفس الشيء بالنسبة للنصوص التي تحرم أضرارها، كالظلم، والخيانة، والكذب، والنكث في العهد، فهي أيضا نصوص محكمة لذاتها، لأنها قررت مبادئ وأحكاما تتصل بمعان هي في ذاتها خالدة، تقرها الفطرة الإنسانية السليمة، كما يقضي العقل بأنها محكمة⁽³⁾.

إذن الشريعة الإسلامية - مثل ما قال العالم الأوروبي " هاملتون " - هي ثمرة نموذجية لمجتمع أخلاقي⁽⁴⁾، وهذا ما جعل الدكتور عبد الحلیم عبد اللطيف القوني يقول أن مدى نظرية حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من مداها في القوانين الوضعية⁽⁵⁾. كما ذهب الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، إلى القول بأن المتدبر لأحكام الشريعة الإسلامية، ومقاصدها في التصرفات يتبين أن لحسن النية مكانة هامة بين المبادئ القانونية التي تحكم التصرفات والعقود، وأن جوهر حسن النية في إبرام العقود يتجسد في حديث رواه مسلم عن أنس بن مالك رضي الله عنه، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ)، إذ أن هذا دليل على أن المؤمن ملزم بمراعاة المصالح الخاصة لأخيه المؤمن مثل ما يحافظ على مصالحه الشخصية⁽⁶⁾.

كما يتبين أيضا، أن المصدر الأصلي لنشأة مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية هو التشريع، الذي ينحصر في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وليس لاجتهاد الفقهاء المسلمين فضل في وجوده، أي لم يكن وليد اجتهادهم كما هو الحال في بعض الأحكام⁽⁷⁾، لكن هذا لا يعني أن الفقهاء المسلمين لم يهتموا بحسن النية بل أخذت عندهم أيضا مكانة هامة، فلم يغيب عن ذهنهم هذا المبدأ، وقد سبق أن ذكرنا ذلك، ونضيف هنا قول الشاطبي في مؤلفه "الموافقات": (إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات)،

(1) أنظر بتفصيل أكثر عن هذه الأدلة والشواهد: د/ عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 100 وما يليها.

(2) أب ولد أمباري، المرجع السابق، ص 19.

(3) أ/ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 189.

(4) أ/ عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه، ص 141.

(5) د/ عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 94.

(6) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 31، 32.

(7) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 248.

وقول ابن القيم في مؤلفه الشهير "إعلام الموقعين": (إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله)، ويقول أيضا ابن القيم في موضع آخر من نفس الكتاب: (فالنية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها)⁽¹⁾.

بالإضافة لما سبق، نجد سفيان القرقي في رسالة الدكتوراه الخاصة به، بعد أن استعرض مجموعة من الأدلة والشواهد، أكد على الجذور الإسلامية الصلبة لحسن النية في العقود وبالخصوص في تنفيذها⁽²⁾. وهناك أيضا من أكد وجود مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي، فقال: (إن الفقه الإسلامي، المؤكد لمبدأ البر بالعهود وحسن النية في المعاملات بين الناس واحترام الأقوال الجدية، قد منح الإرادة المنفردة، مكانتها الحقيقية، ورتب على مقاصدها المشروعة آثارها الشرعية، مخلصا إياها من الشكليات)⁽³⁾. وبالتالي اهتم الفقه الإسلامي بقاعدة حسن النية خلال مرحلة تكوين العقد، ومرحلة تنفيذه⁽⁴⁾، لأن الشرع الإسلامي حرم سوء النية⁽⁵⁾.

والعوامل التي ساعدت على قيام مبدأ حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي، هي: مبدأ سد الذرائع، قاعدة الأمور بمقاصدها، قاعدة تحريم الحيل، مبدأ جعلية الآثار العقدية، حجية القرائن في الإثبات⁽⁶⁾.

(1) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع نفسه، ص 250.

(2) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 14.

فقد أورد العديد من الشواهد تدل على أن لحسن النية جذورا لا شك في انتمائها للتشريع الإسلامي، من بينها: أن كتابات بعض الفقهاء الذين تناولوا بالنظر التشريع الإسلامي المقارن، توصلوا لاستنتاجات بوجود جذور أصيلة لمبدأ حسن النية في الشريعة (مثل الأستاذ صبحي المحمصاني في مصنفه الدعائم الخلفية). وأن الأعمال التحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود التونسية وتقرير الأستاذ صانتيلا في إطارها تعتبر حجة قوية على ذلك، والأستاذ صانتيلا هو مستشرق إيطالي متخصص في الفكر الإسلامي، قام بتأليف المشروع التمهيدي لمجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي حاول فيه التوفيق بين القانون الغربي المستمد من القانون الروماني والفقه الإسلامي، ولقد سطر في مقدمة مشروعه المبادئ الأساسية للقانون المدني الإسلامي وحصرها في مبادئ أساسية ثلاثة وهي: الحرية والمساواة وحسن النية. أنظر أكثر عن جذور مفهوم حسن النية في الفضاء العربي - الإسلامي: د/ سفيان القرقي، المرجع نفسه، ص 11 وما يليها.

(3) د/ راشد راشد، المرجع السابق، ص 170.

(4) أ د/ العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 67، 70، 71.

(5) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 161.

(6) أنظر بالتفصيل عن هذه العوامل وعلاقتها بمبدأ حسن النية في التصرفات: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 231 وما يليها.

المبحث الثاني

مفهوم حسن النية وطبيعته

وتمييزه عما يشبهه في العقود

بعد أن تطرقنا إلى لمحة تاريخية عن نشأة مبدأ حسن النية، فإنه لا بد من معرفة مفهوم حسن النية في العقود، لأن دراستنا لا تكون لها قيمة علمية أو حتى عملية إلا بمعرفة هذا المفهوم الذي يدور عليه كل جزء من هذه الدراسة، كما لا بد من معرفة طبيعته وما يميزه عما يشبهه في العقود، وكل ذلك سنتناوله في المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم حسن النية وطبيعته في العقود.

المطلب الثاني: تمييز حسن النية في العقود عما يشبهه.

المطلب الأول

مفهوم حسن النية وطبيعته في العقود

سنقسم هذا المطلب بدوره إلى فرعين: الأول نخصه لمعرفة مفهوم حسن النية في العقود، والثاني نتطرق فيه لتمييز حسن النية في العقود عما يشبهه.

الفرع الأول

مفهوم حسن النية في العقود⁽¹⁾

يعتبر حسن النية في العقود مركبا إضافيا من جزئين هما: حسن، ونية. وحتى يمكننا تعريف المركب الإضافي يتعين علينا أن نتعرض بالتعريف بكل جزء من أجزائه على حدة، فنعرف الحسن ثم نعرف النية، وإذا ما وصلنا إلى ذلك يسهل علينا تعريف المركب الإضافي المتمثل في: حسن النية.

أولا: تعريف الحسن

الحسن نقيض السوء، ففي الآية رقم 07 من سورة الإسراء، قال الله تعالى: {إِنْ أَحْسَنْتُمْ أُحْسَنْتُمْ وَأَنْفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا}.

والحسن كلمة تدل على كل ما هو جميل ومحمود ومدوح، أما السوء كلمة تدل على كل ما هو قبيح ومذموم⁽²⁾.

وقد أثير سؤال هنا: ما هو معيار الحسن والقبح في الأعمال؟، فقول بأن الحسن كلمة تدل على كل ما هو جميل ومحمود ومدوح في نظر الشرع، وأن السوء كلمة تدل على كل ما هو قبيح ومذموم في نظر الشرع أيضا⁽³⁾.

(1) يقابله في القانون الروماني (bona fides)، وفي اللغة الفرنسية (bonne foi)، وفي اللغة الإنجليزية (good faith).

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 41.

كما تم تعريف الحسن والقبح بأن: (الحسن ما استكمل صفات تبعث على الرضا وتدعو إلى المدح. والقبح ما فاتته هذه الصفات فكان مبعث الذم والاستهجان). أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، المرجع السابق، ص 72.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 45.

وقد ورد في المعجم الفلسفي: (اختلف في الحسن والقبح هل هما ذاتيان أو عرضيان، واستمسك المعتزلة بذاتيتهما، فالحسن عندهم حسن لذاته والقبح قبيح لذاته، وهما كذلك دائما وفي كل حال، وبذا يمكن إدراكهما بالعقل، ولذا سميا بالحسن =

وأما بالنسبة لنا فنحن نبحت عن معيار الحسن و القبح في الأعمال بوجهة النظر القانونية، ولذلك وجدنا من قال أن: (ضابط مصدر الحسن في القانون الوضعي هو الشعور الأخلاقي لمجتمع معين في عصر معين، والمستند في هذا الشعور هو قيم هذا المجتمع وأخلاقه المستمدة من الدين، والعقل، والعرف المستند إلى العقل، إلى جانب الهوى، وبخاصة في المجتمعات الغربية. أما في الفقه الإسلامي فإن ضابط مصدر الحسن يختلف حسب المراد بالحسن، فإن أريد به ما وافق ولائم الغرض أو كونه صفة كمال فإنه عقلي. وإن أريد به كونه يتعلق به المدح عاجلاً والثواب أجلاً فإن العقل يدرك الحسن في الأشياء ولكن لا يترتب الثواب إلا بالشرع، كما أن بعض الأشياء لا يدرك حسننها أو قبحها إلا بالشرع، فإذا أمر الشارع بالشيء صار حسناً، وإذا نهى عن شيء صار قبيحاً⁽¹⁾.

ويقول فارس حامد عبد الكريم أن: (العقل الإنساني هو ميزان الحكم في النهاية على ما هو صواب وخطأ وعدل وظلم وحسن وقبح وخير وشر، فإذا كان المشرع قد أحال القاضي إلى معيار معين محدد بنص القانون، فالقاضي ملزم باتباع ما يفرضه المعيار المنشأ بواسطة القانون. أما في الأحوال التي يترك المشرع فيها للقاضي سلطة التقدير في الحكم، فلا شك أن عقل القاضي هو من سيحسم النزاع في النهاية بعد أن يستخدم أدوات العقل من تحليل واستنتاج ومنطق سليم، فيكون بذلك قد لجأ إلى معيار المعقولية وإن لم يسمه بالاسم⁽²⁾.

وبالتالي المعقولية معيار من معايير تحديد حسن النية، والسلوك المعقول هو الذي يوافق العقل ويعد عادلاً في ظروف معينة، ومناسب وملائم وهو معيار موضوعي، فلا يهم وفقاً لهذا المعيار فيما إذا تصرف العازم على التعاقد وفقاً لما اعتقد به صادقاً، فهو يهتم بدلاً من ذلك بما إذا كان شخص، قد تصرف جاهداً، أو مارس التصرف بحذر. فالمعقولية تعبر عن العديد من المقضيات التي من الواجب إنجازها منها ما هو متعلق بتوقعات الأطراف من الطرف المقابل، ومنها ما يتعلق بالوقت الذي ينجز فيه الالتزام، ومنها المدة التي من الواجب التوصل فيها إلى اتفاق⁽³⁾.

= والقبيح العقليين، وبيان الشرع لهما إثبات لا إخبار. وقال الأشاعرة بعرضيتهما، والحسن عندهم ما حسنه الشرع والقبيح ما قبحه). أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، المرجع السابق، ص 72، 73.

(1) حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري، (حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية)، دراسة مقارنة، ملخص بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، السنة الجامعية: 1426-1427هـ، مأخوذ من موقع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الإنترنت: <http://research.imamu.edu.sa/contents/Pages/default.aspx>

(2) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 97.

(3) أنظر: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 149، 150.

ثانياً: تعريف النية

تعددت تعريفات النية، لكنها عموماً عند الفقهاء المسلمين لا تخرج عن: القصد وعزم القلب على أمر معين في الحال أو في المآل⁽¹⁾. فأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي في كتاب له اسمه (الذخيرة) عرف النية بأنها: (قصد الإنسان بقلبه ما يريد به فعله فهي من باب العزم والإرادات لا من باب العلوم والاعتقادات). وابن قيم الجوزية عرفها بأنها: علم الفاعل بما يفعله وقصده به، والعامل المختار لا يفعل فعلاً يسبق تصوره وإرادته وذلك حقيقة النية فليست النية أمراً خارجاً عن تصور الفاعل وقصره. والسيوطي قال: النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقاً من جلب نفع أو دفع ضرر حالاً أو مآلاً، والشرع خصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى وامتنال حكمه. والنووي عرف النية: عزم القلب على عمل فرض أو غيره⁽²⁾. كما قيل أن النية: (استقرار القلب على أمر مطلوب وتوجه تام وميل كامل بطريق القصد إلى أمر مطلوب)⁽³⁾. أما العلامة الشيخ علي سلطان محمد القاري فيقول بأن: (النية انبعاث النفس وتوجهها وميلها إلى ما ظهر لها أن فيه غرضها إما آجلاً وإما عاجلاً)⁽⁴⁾. وبالتالي حسب ما سبق، القصد والعزم هو مدلول الكلمة عند أهل اللغة وفقهاء المسلمون⁽⁵⁾.

أما في القانون، فرغم الدور الجوهرية الذي تلعبه النية في القانون المدني، إلا أنه ليس هناك تعريف لها أو تحديد لمدلولها سواء في نصوصه أو فقهه أو قضائه رغم أنها من الألفاظ المتكررة الذكر في الكثير من نصوصه⁽⁶⁾، ورغم أن استلزام وجود النية، هو الذي يميز التصرف القانوني عن كل من الواقعة القانونية والعمل القانوني غير الإرادي⁽⁷⁾.

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 75 ؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 103.

(2) أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، الأمنية في إدراك النية، المرجع السابق، هامش 2 ص 116.

(3) نقلاً عن: د/ محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، القصد المدني قبل التعريف، دراسة تحليلية تركيبية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 13.

(4) أنظر: العلامة الشيخ علي سلطان محمد القاري، تطهير الطوية بتحسين النية، علق عليها وخرج أحاديثها مشهور حسن سلمان، سلسلة رسائل علي القاري 2، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر (بيروت) ؛ دار عمار للنشر والتوزيع (عمان)، 1989، ص 53.

(5) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 103.

أنظر مجموعة من تعاريف علماء اللغة في النية (النية فيها لا تخرج عن القصد والعزم): كالفيروزآبادي في (القاموس المحيط)، والجوهري في (الصحاح)، والطريحي في (مجمع البحرين)، وابن منظور في (لسان العرب)، و الفيومي في (المصباح المنير). أنظر: فخر المحققين محمد بن الحسن بن المطهر الحلي، الرسالة الفخرية في معرفة النية، تحقيق صفاء الدين البصري، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد، إيران، 1411 هـ ، هامش 4 ص 32.

(6) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 104.

(7) د/ محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 195.

وعموماً، النية عند فقهاء القانون، هي لا تخرج عن كونها انعقاد العزم على أمر⁽¹⁾ معين يرتب عليه القانون أثراً من الآثار. وقد عرفها الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، بأنها: (العزم على أمر معين، وهي القوة المحركة للإرادة نحو الغرض المباشر للشخص)⁽²⁾، ويعرفها الدكتور عبد الحميد الشواربي: (النية إرادة متجهة نحو هدف ما)⁽³⁾.

وفي القانون المدني يستعمل المصطلحان النية والقصد كمترادفين، فتارة يذكر المشرع مصطلح (قصد)، وأحياناً أخرى يذكر مصطلح (نية)⁽⁴⁾. ومن بين استعمالات القصد في القانون المدني بمعنى النية، ما يلي:

- قصد الإضرار بالغير: وهو من بين حالات التعسف في استعمال الحق (م 124 مكرر ق.م.ج.).
- قصد الغش الصادر من المدين للإضرار بدائنيته، أو تفضيل بعضهم على بعض دون حق (م 196 ق.م.ج.).

أما استعمالات النية في القانون المدني بمعنى القصد، فمن بينها ما يلي:

- حسن النية وسوئها في التصرفات القانونية (م 85، 107 ق.م.ج.)، وفي كسب الحقوق العينية وحيازتها (م 824، 835 ق.م.ج.).
- النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير عبارات العقد (م 111 ق.م.ج.).
- النية في تحول العقد (م 105 ق.م.ج.).

وتختلف النية عن بعض ما يشبهها من المصطلحات كالعزم والخاطر والضمير والإرادة والباعث:

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 63.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 135.

(3) د/ عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 06.

(4) د/ محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 41.

ويقول أيضاً الشيخ محمد صالح المنجد في فتوى رقم 70446 من موقع الإسلام سؤال وجواب:

(...ومن تعريف القرافي يتبين أن النية والقصد متقاربان، ولهذا عرف النية بالقصد، لكن ذهب ابن القيم رحمه الله إلى أن بينهما فرقا، قال: "فالنية هي القصد بعينه ولكن بينها وبين القصد فرقان: أحدهما: أن القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره. والنية لا تتعلق إلا بفعله نفسه، فلا يتصور أن ينوي الرجل فعل غيره، ويُتصور أن يقصده ويريده. الفرق الثاني: أن القصد لا يكون إلا بفعلٍ مقدورٍ يقصده الفاعل. وأما النية فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه... فالنية تتعلق بالمقدور عليه والمعجوز عنه، بخلاف القصد والإرادة فإنهما لا يتعلقان بالمعجوز عنه، لا من فعله ولا من فعل غيره" انتهى من "بدائع الفوائد" (190/3). نقلا عن: الشيخ محمد صالح المنجد، المرجع السابق.

فالفرق بين النية والعزم هو أن العزم لا بد وأن يكون مسبوق بتردد أما النية فإنه لا يشترط فيها ذلك⁽¹⁾، لأن القصد (النية) لا يحتمل التردد فهو توجيه العزم، والتردد هي مرحلة إما أن يتراجع بها الإنسان عما يريد، أو ينعقد عزمه ويتوجه إلى ما يريد، وهو بهذا التوجه أصبح عازما وقاصدا⁽²⁾. أما الخاطر والنية فهما يتفقان في كونهما من طبيعة ذاتية نفسية داخلية إلا أن الخاطر يختلف عن النية من حيث الأثر، فالخاطر لا يترتب عليه أثر من الآثار إلا إذا صارت نية، أي بمعنى آخر الأثر يترتب على النية لا على الهواجس والخواطر وأحاديث النفس، التي تدور في أعماق النفس، وإن كان لها دور في تكوين النية⁽³⁾.

وهناك أيضا فرق بين النية والضمير (النفس)، فالضمير ملكة فطرية غير معصومة من الوقوع في الزلل، أما النية تختلف عنه من حيث المعنى ومن حيث المجال، إذ أن النية تجد مجالها في حيز التصور الذهني، فهي نهاية المراحل التي تدور داخل الإنسان ويكون للضمير تأثير عليها⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للفرق بين النية والإرادة، فإن تعبيرات الفقهاء المسلمون في المذاهب المختلفة لم تفرق بين النية والإرادة، وإنما جاءت معظمها لتدل على أنهما بمعنى واحد⁽⁵⁾. كما ذهب إلى ذلك أيضا رجال القانون فلم يفرقوا بينهما، فعندهم النية مع العزم إرادة باطنة، وهي مع العزم والقدرة المتحركة في العالم الخارجي إرادة ظاهرة⁽⁶⁾. أي أن النية لدى هذا الرأي تتوقف عند اليقين ولا تصل إلى العزم، لأنها إذا بلغت حد العزم صارت إرادة باطنة، فإذا توافرت لها القدرة الحركية من عالم النفس إلى عالم المحسوسات صارت إرادة ظاهرة. ورغم أن هذا الرأي حاول التمييز بين النية والإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، إلا أنه لم يف بإعطاء معنى حقيقي للنية، ويعلل ذلك الدكتور شيرزاد عزيز سليمان فيقول:

(لأنه جعل وصول التصرف الذهني إلى حد العزم إرادة باطنة إلا أن الذي نراه هو أن النية هي عزم الشخص على أمر معين، وهذا العزم يتولد منه إرادة، والفرق بين النية والإرادة هو، أن الأولى خطاب

(1) فخر المحققين محمد بن الحسن بن المطهر الحلي، المرجع السابق، هامش 4 ص 32.

(2) د/ محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 36.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 67.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 74.

(5) أنظر أكثر عن النية والإرادة في هذه المذاهب: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 53 وما يليها.

وإن كان بين الإرادة والنية عموم وخصوص، فلفظ النية من جنس لفظ الإرادة، ويعبر عنها بنوع من إرادة كما يعبر بها على نفس المراد. أنظر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 57.

فقد قال أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي في كتابه الأمنية في إدراك النية: ((إعلم أن (جنس النية هو الإرادة)، وهي صفة تقتضي التخصيص لذاتها عقلا شاهدا أو غائبا)).

أنظر: أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ص 116.

(6) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 57.

مع النفس وليس متوجها إلى شخص آخر، بينما الإرادة هي طلب الأمر في الحيز المادي، ولا بد من أن تشهر إلى العالم الخارجي سواء بالطلب من شخص آخر، أو بفعل مادي يحقق ما اعتزم عليه الشخص، وبعبارة أخرى فإن العزم تحرك الإرادة، وليس هو الإرادة ذاتها⁽¹⁾.

وبالتالي الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يعرف النية بأنها: (العزم على أمر معين، وهي القوة المحركة للإرادة نحو الغرض المباشر للشخص)، أما الإرادة فيعرفها بأنها: (الرغبة في الحصول على شيء معين، وهذا الشيء في العلاقات التعاقدية، يفترض أن يكون عائدا إلى شخص آخر غيره، وهو عندما يرغب في هذا الشيء عليه أن يطلبه من مالكة، أو أي شخص ذو صفة، وإلا فلا تعتبر رغبته هذه، أو بالأحرى إرادته تعاقدية). ويعلق أيضا الدكتور شيرزاد عزيز سليمان على من يجعل النية والإرادة شيئا واحدا، فيذهب إلى القول بأن اعتبار النية والإرادة شيء واحد، يعد خلط بينهما، فالنية والإرادة حسبه مختلفان لأن النية ذو طبيعة ذاتية بحتة، لا حاجة لأن يظهرها الشخص، لأنها غير متوجهة إلى شخص آخر بل هي قرار مع النفس (أي هي خطاب مع النفس)، وبالتالي لو اعتبرت النية هي الإرادة فهذا يعني أننا قررنا للنية طبيعة موضوعية. أما الإرادة فهي متوجهة إلى شخص آخر معين، وهي ذو طبيعة موضوعية وهذا رغم أنها هي أيضا في الأصل ظاهرة نفسية إلا أنها لترتب عليها آثارا قانونية يجب أن تكون ظاهرة إلى العالم الخارجي. كما لا يسوغ الخلط بين الإرادة الباطنة والنية، لأن التعارض بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، يأتي نتيجة عدم الفلاح في التعبير عن الإرادة (الحقيقية) التي تولدت عن النية، لأن التعبير عن الإرادة هو الوسيلة التي تظهر بها الإرادة إلى الحيز الخارجي، وهذا أقل ما يتطلبه القانون لكي يكون للإرادة وجودها القانوني، ولكن قد لا يكتفي القانون بالتعبير عن الإرادة وحسب، بل يتطلب فوق ذلك أن يتخذ التعبير وجهة معينة عن طريق إعلام شخص معين، فيصبح الإعلام جزءا من التعبير، وعندئذ لا يكون للإرادة وجود قانوني إلا بهذا الإعلام، وهذا أعلى درجة يمكن أن يتطلبها القانون لكي يكون للإرادة وجودها القانوني. وبالتالي عند ظهور الإرادة الباطنة (الحقيقية) يعتد بها القاضي بدلا من الاعتراف بالإرادة الظاهرة (المخالفة للحقيقة)، ومن هنا جاءت التفرقة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وإلا فإن الإرادة هي واحدة في حقيقتها، لا تتعدد فالنية الواحدة تتولد منها إرادة واحدة بصدد شيء، أو أمر معين ولا يقبل العقل والمنطق أن يكون الأمر على خلاف ذلك، اللهم إلا إذا كان الشخص مترددا وهذا ينفي قيام النية. وبالإضافة لما سبق، فإن النية والإرادة مختلفان من حيث الموضوع، فالنية تنصرف إلى إنجاز عملية قانونية تعاقدية، كالبيع أو الشراء أو القرض... إلخ، أما الإرادة تنصرف إلى الحصول على محل معين، فإرادة المشتري هي الحصول على المبيع، وإرادة البائع

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 133.

هي الحصول على الثمن، بينما نية البائع والمشتري في هذه الحالة هي البيع والشراء أي إنجاز العملية القانونية⁽¹⁾.

ورغم أن النية والإرادة مختلفان في عدة نقاط، وتختلف النية عن كل من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، إلا أن ذلك لا يعني فصل النية عن الإرادة فصلاً تاماً، إذ أن النية والإرادة يتفقان من حيث أنهما يهدفان إلى غاية أو باعث يجول في نفس الإنسان بصدد أمر معين، فاعتبر النية والإرادة (وسائل مترابطة للوصول إلى غاية)، حيث أن التفكير في أمر معين يؤدي إلى قرار ذاتي بشأن هذا الأمر، ومن ثم يتولد عن هذا القرار رغبة في الحصول على أمر معين، فهذا القرار يعد نية الشخص أما الرغبة فهي الإرادة، وهذه النية والإرادة تهدفان إلى غاية (أو باعث) تتحقق نتيجة تنفيذ هذه الإرادة. فالنية إذن هي نتيجة للمداورات العقلية، أما الإرادة هي نتيجة للنية أي نتيجة العزم. أما الغاية فهي المقصود من العملية القانونية المزمع إجراؤها، والغاية في العمليات الذهنية تأتي في المقدمة، لكن وقوعها في العالم المادي يأتي متأخر⁽²⁾.

أما بالنسبة للفرق بين النية والباعث، فكل منهما هو أمر شخصي ومن سرائر الإنسان، لكن الباعث يختلف عن النية، في أنه يحرك النية⁽³⁾، لتقوم هذه الأخيرة بتوجيه الإرادة إلى الغرض المباشر من التعاقد، أي أن الباعث يدفع النية صوب الغاية المحددة والهدف المراد تحقيقه، فالباعث إذن هو الغرض البعيد الغير مباشر الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد⁽⁴⁾. ويرى الفقه الإسلامي، بأنه رغم الاختلاف بين النية والباعث إلا أنه يمكن استعمال كل منهما بمعنى واحد، فيعبر عن الباعث بلفظ النية لأنهما من طبيعة واحدة وقل أن توجد النية متجردة عن الباعث⁽⁵⁾. ولكن هناك من يخالف هذا الرأي، فيذهب إلى القول بأن استعمال النية والباعث بمعنى واحد سيؤدي إلى الخلط بينهما، وبالتالي مخالفة الواقع، لأن النية والباعث رغم أنهما من طبيعة واحدة فعلاً إلا أن الباعث يختلف عن النية، في أنه هو الذي يحرك النية، كما يختلفان في أن⁽⁶⁾:

— الحكم القانوني لكليهما لا يكون دائماً هو نفسه في الحالة الواحدة، فقد يكون الباعث مشروعاً لكن النية ليست حسنة، وقد تكون النية حسنة لكن الباعث الدافع إلى التعاقد غير مشروع. مثال ذلك التاجر

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 135، 136.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 137.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 65.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 213؛ د/ محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 197.

(5) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 65. وفي نفس هذا المعنى: د/ محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 195 وما يليها.

(6) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 213، 214.

الذي يروج لبضاعته من خلال إعلان كاذب، فترويج البضاعة هو باعث مشروع لكن نيته غير حسنة وهي التضليل وإخفاء حقيقة البضاعة المعلن عنها. أما المتعاقد الذي يكون صادقا مع الطرف المقابل فيكشف عيوب المبيع الظاهرة والخفية، لكنه يرمي وراء تعاقد هذا ارتكاب جريمة بحق شخص آخر، ففي هذه الحالة توجد النية الحسنة تجاه المتعاقد الذي يتعامل معه، ولكن الباعث لا يعد مشروعاً فيبطله القانون.

— أن الباعث غير المشروع يعتبر إخلالاً بالمصلحة العامة للمجتمع مباشرة لأن الشخص أخل بالنظام العام والآداب العامة، حتى ولو لم يكن قد أخل بالمصلحة الخاصة للطرف المقابل في العقد. بينما الإخلال بالتزام حسن النية في العقد يعتبر إخلالاً بالمصلحة الخاصة لأن الشخص يخل بالعلاقة القائمة بينه وبين الطرف المقابل في العقد.

— أن الإخلال بمشروعية الباعث الدافع للتعاقد هو البطلان في جميع الحالات وفي جميع العقود، أما الإخلال بحسن النية أثناء التعاقد متفاوت، فقد يكون تعويضاً، وقد يكون الجزاء هو بقاء العقد صحيح وليس إبطاله.

ثالثاً: تعريف حسن النية كمركب إضافي

تنص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية)⁽¹⁾. والملاحظ لهذا النص القانوني يجد أنه يوجب الالتزام بحسن النية في العقد، إلا أنه لا يعرفه، لأن التشريعات عموماً تتحاشى ذكر تعريف لحسن النية تاركة ذلك للفقهاء والقضاء، وبالرجوع إلى هذين الأخيرين نجد أن إيجاد تعريف موحد لحسن النية في العقد هو أمر يصعب تحقيقه، لأن إصطلاح حسن النية يعتبر اصطلاحاً واسعاً، وبالتالي لا يوجد مفهوم عام وشامل ومحدد

(1) يقابلها المادة 129 من التقنين المدني البحريني، والمادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 243 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والفقرة الأولى من المادة 148 من القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من المادة 149 من القانون المدني السوري، والفقرة الأولى من المادة 202 من القانون المدني الأردني، والفقرة الأولى من المادة 150 من القانون المدني العراقي، والفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 1337 من القانون المدني الإيطالي، والمادة الأولى من القانون المدني الياباني، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 7/1 من الفصل الأول من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون المقارن في روما (مبادئ يونيدروا UNIDROIT).

لحسن النية⁽¹⁾، وإنما يتوقف الأمر على الظروف والملابسات التي تنشور فيها مسألة تنفيذ العقد ومسألة تفسيره⁽²⁾، ومسألة تكوين العقد.

ويرجع صعوبة الحصول على تعريف عام ومحدد لحسن النية إلى عوامل متعددة منها⁽³⁾:

— مرونة مفهومه وتغير مضمونه من زمان إلى زمان آخر ومن مكان إلى مكان آخر.
— اختلاط القانون بالأخلاق في تحديد مضمون حسن النية، وذلك رغم أن القانون والأخلاق مختلفين في نظامهما.

— تشابه حسن النية بالكثير من المفاهيم والنظريات القانونية الأخرى (كنظرية الباعث الدافع إلى التعاقد، وفكرة النظام العام والآداب العامة، ونظرية الإرادة الباطنة، ونظرية التعسف في استعمال الحق، والاحتياط على القانون، ونظرية الأوضاع الظاهرة... وغيرها). كما أنه يختلط أيضا بعناصر كثيرة مجاورة له وتتبع معه من منبع واحد داخل الإنسان، وهذه العناصر هي: الجهل، الغلط، الخطأ، إذ في الغالب نلاحظ أن الفقهاء يتحدثون عن هذه العناصر في معرض الحديث عن حسن النية أو سوءها.
— اختلاف الأنظمة القانونية السائدة في العالم المعاصر، إذ تختلف النظرة حول مفهوم حسن النية من نظام إلى آخر (فهناك أنظمة الـ Common Law، وأنظمة القانون المدني Civil Law، وهناك الأنظمة المتأثرة بالشريعة الإسلامية كقوانين البلاد العربية، وغيرها من الأنظمة).

— أن حسن النية له أدوار عديدة ومتباينة في التصرفات القانونية مما يؤدي إلى اختلاف المعنى المقصود به من حالة إلى أخرى بحسب الدور الذي يلعبه، كما أن نطاق تطبيقه مختلف، وهو يعتمد على الواقعة التي ينطبق عليها أو المجال القانوني الذي يوجد فيها، ففي مجال تنفيذ العقود هو الأمانة وأبوابها، وفي إطار كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة نجده يعني الجهل بالعيب الذي يشوب التصرف،

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 81؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 134؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 132؛ د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 154؛ د/ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 388؛ د/ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 438؛ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة الدكتور فيصل كلثوم، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000، ص 269.

(2) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 438.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 134، 121؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 133؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 79، 80.

وينطبق ذلك أيضا على سوء النية فهو في مجال تنفيذ العقود نجده يعني الغش والخيانة، وفي إطار كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة نجده يعني العلم بالعيب الذي يشوب التصرف.

— قلة الدراسات العلمية الدقيقة والمتخصصة حول حسن النية ومجالات تطبيقه.

ورغم صعوبة تحديد مفهوم حسن النية، فإن ذلك لم يمنع جانب من الفقه من تعريفه⁽¹⁾، فهناك في الفقه الوضعي المصري والفرنسي⁽²⁾، من يرى أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا، وبالتالي يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب المشرع على العلم بها أثرا قانونيا⁽³⁾. وحسب هذا الرأي فإن حسن النية يعتبر حالة سلبية في الشخص ولا يمثل موقفا إراديا عمديا، إذ أنه ليس قصدا وإنما هي حالة فكرية تتصل بعنصر العلم⁽⁴⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة العلم الذي يؤدي إلى سوء النية بهذا المعنى، فمنهم من يقول بأن العلم البسيط لا يكفي بل أن العلم الذي يؤدي إلى فساد النية هو ذلك العلم الأكيد الذي اعتمد على أسس صحيحة سليمة لا يأتيها الشك ولا يحوم عليها غير اليقين، لأن العلم البسيط الذي لا يتعدى حد الإشاعة فيه هدم لصيانة المعاملات بين الناس ونفورهم من التعامل الضروري لنشاط الحياة الاقتصادية⁽⁵⁾، وهناك من لا يؤيد هذا الرأي، ويقول أن العلم البسيط الذي لا يصل إلى درجة اليقين إن لم يكن بإمكانه أن يزيل ذلك الوضع الوهمي الذي يخدع الغير فإنه يمكن أن يجعل الشكوك تحوم حوله، وأن الشك في هذا الفرض يقوم مقام سوء النية، فالشك يهدم ذلك المعيار الذاتي القائم على عدم العلم، لأن حسن النية يفترض اعتقادا ثابتا وجازما لدى المتصرف له بصحة صفة المتعامل معه⁽⁶⁾، فلا يشوبه أي شك في ذلك، وأدنى شك ينتفي مع حسن النية مباشرة، فيصبح الشخص سيء النية، لأن حسن النية يفرض على الشخص عند إبرامه تصرف معين أن يبحث كافة الاحتمالات التي تثار حولها الشك لمعرفة الحقيقة، لكن الشخص الذي يسرع ويصر على إبرامه مع شكه في احتمال وجود عيب يشوب سند المتصرف يعتبر شخصا مقصرا

(1) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 83.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 81.

(3) ذكر هذا الاتجاه: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 81؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127، 128؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 134.

(4) د/ سلامة عبد الفتاح حليبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 176؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 83.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، هامش 01 ص 128.

(6) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، هامش 01 ص 128؛ د/ سلامة عبد الفتاح حليبية، المرجع السابق، ص 177.

أو مهملاً، وهذا ينزله منزلة الشخص سيء النية⁽¹⁾. وهناك قضاء لمحكمة النقض المصرية يؤيد ذلك، فعرف حسن النية: (اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية)⁽²⁾.

وحسن النية بمعنى الجهل المبرر بواقعة معينة، يجد سنداً له في بعض نصوص القانون وأحكام القضاء في مصر وفرنسا⁽³⁾، وكذلك في الجزائر نجد الفقرة الأولى من المادة 824 ق.م.ج تنص على ما يلي: (يفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم). كما نجد المادة 825 ق.م.ج تنص على أنه: (لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير. ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى، ويعد سيء النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه). وقد أخذت بذلك أيضاً المحكمة العليا الجزائرية في قراراتها⁽⁴⁾.

وهناك رأي آخر يرفض التسليم بأن حسن النية هو الاعتقاد المخالف للحقيقة أي الجهل بالعيب، ويعتقد هذا الرأي أن حسن النية هو الغلط المبرر المشروع، والذي لا يكون إلا بانتفاء أي خطأ من جانب الغير، أي انتفاء الخطأ بنوعيه الخطأ العمدي، والخطأ غير العمدي، لأن الجهل المبني على الإهمال يدخل في نطاق سوء النية وليس حسنها، وبالتالي يعد سيء النية ليس فقط من يقصد الإضرار بالغير، وإنما كذلك من يصيب الغير بضرر نتيجة إهماله وعدم احتياظه⁽⁵⁾، أي أننا هنا نقصد الخطأ القانوني المتمثل في عدم الإضرار بالغير وبالتالي شخص حسن النية هو من لم يضر بالغير ولم يهمل ولم يقصر. كما يضيف هذا الرأي أن الغلط المبني على الجهل، هو عبارة عن حالة سلبية نفسية داخلية خاصة بالإنسان، ويصعب إقامة الدليل عليها، أو على عكسها، ومن ثم وجب الإلتجاء إلى معيار موضوعي بمقتضاه نقيس السلوك على الشخص المعتاد الذي يطلق عليه (رب الأسرة الحريص) فإن ثبت أنه تعمد التعامل مع العلم بانعدام صفة المتصرف، أو أنه ثبت أنه لم يتخذ الحيطة والحذر الذين يلتزم بهما عادة هذا الشخص المعتاد، كان سيء النية، ويحرم من الحماية، وبالتالي من لا يتعامل بخفة ورعونة أو عدم احتياط يعد

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 82، 83 ؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 136.

(2) أنظر: نقض مدني مصري في 29 يناير 1948، الطعن رقم 148، س 16 ق، مجموع محمود عمر، 5/529، 530.

نقلا عن: د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، هامش 2 ص 137.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 83، 84.

(4) فمثلاً: بشأن اعتقاد الشخص بحسن نية أن له الحق في إقامة منشآت على أرض مملوكة للغير: قرار المحكمة العليا، رقم 48167، بتاريخ 1988/10/26، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 03، ص 23.

(5) ذكر هذا الاتجاه: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 128، 129.

حسن النية، ويستحق الحماية. وبعبارة أخرى يمكن القول أن أصحاب هذا الرأي يضيفون إلى المعيار الشخصي المتمثل في الجهل بواقعة، معيار آخر موضوعي، هو الشخص المعتاد⁽¹⁾.

كما أن هناك رأي آخر يقول أن حسن النية ليس هو الجهل بالعيب ولا هو الغلط المبرر أو المشروع، ويرى أن حسن النية ذو معنى عام وهو قصد التزام حدود القانون، فذهب – هذا الرأي – إلى تحليل مصطلح حسن النية لأنه يرى بأن تعريف المركب الإضافي يعتمد على تحليل معنى كل جزء من أجزائه، فيقول بأن النية هي القصد وعزم القلب على شيء معين، ومن ثم فهي إرادة باطنة طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني معين ويتم الاستدلال عليها بطريقة غير مباشرة، عندما يلابسها تصرف خارجي للشخص، وتصبح للنية أهمية في التصرفات عندما يقرر القانون تحديد وصف وآثار تصرف معين في ضوء حسن النية وسوءها، ومن ثم فإن النية إذا ظلت مستترة في نفس صاحبها دون أن تبرز إلى العالم الخارجي بعلامات وقرائن خارجية فإن القانون لا يعبأ بها ولا يرتب عليها أثراً. أما الحسن أو سوء فهمها عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين، هذه القيم تتبع من القواعد والنواميس التي تسود المجتمع في عصر من العصور، وعلى ذلك يكون الشخص حسن النية إذا هو سلك الطرق السوية في تصرفاته والتي تتمثل في الأمانة وبابها، ويكون سيء النية إذا هو سلك الطرق غير السوية التي تتمثل في الخيانة وبابها⁽²⁾.

ويوضح أنصار هذا الرأي – في تبريرهم له – أن المراد قصد الالتزام وليس الالتزام ذاته، لأن قصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام، إذ قد يقصد الشخص الالتزام بحدود القانون ورغم ذلك تقع منه المخالفة إما لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع، وإما لجهله بالقانون، وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات، كما أن التزام الحدود الواردة في القانون لا يمكن أن يتصادم مع استغلال الشخص لرخص نص عليها ومنحها القانون، كما أنه لا يتعارض مع الثغرات الموجودة في نصوص القانون مع سماحها للشخص باكتساب مزايا كثيرة على حساب غيره، أو تضييع فرصة عليه بسبب حصول الشخص عليها لوجود الفارق بين حسن النية في الأخلاق والقانون، فقواعد الأخلاق لا تعطي للشخص الحق في اقتناص فرصة من الممكن أن تحقق للغير، بينما القانون يسمح بذلك طالما كان ذلك في إطار القانون وأحكامه⁽³⁾.

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 128، 129؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 82، 83؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 136، 137، 138.

(2) ذكر هذا الاتجاه: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 132، 133؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 86؛ د/ سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 178؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 140.

(3) د/ سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 179؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 87، 90، 91.

كما أن أنصار هذا الرأي اعترضوا على تعريف حسن النية بأنه الجهل بواقعة معينة وبأنه يختلف عن القول بأن حسن النية هو الاعتقاد المغلوط، فقاموا بإيضاح الفوارق بين حسن النية والغلط، فمن ناحية يرون أن الغلط ليس مفترضا ومن هنا يجب على من يدعيه إثباته، أما حسن النية فهو القاعدة والأصل ومن يدعيه لا يقع عليه عبء الإثبات وإنما يقع هذا العبء على من يدعي العكس. ومن ناحية أخرى يعترضون على أن هناك فارقا بين الغلط والجهل، ففي كلاهما الشخص مفترق للحقيقة غير أن الجهل عبارة عن صورة بسيطة مفادها أن واقعة معينة لم تصل إلى علم شخص معين، فيكون ذهنه بشأنها في حالة حياد لأنه لا يعلم الحقيقة ولا يعتقد في غيرها بخلاف الغلط فهو وهم (اعتقاد مخالف للحقيقة)، فيفترض غياب الحقيقة وحلول فكرة غير صحيحة محلها في ذهن من وقع في الوهم وذلك مثل أن لا يعلم شخص أن ابن المورث يحجب الأخ والتوهم أن هذا الأخير يرث بالرغم من وجود هذا الابن⁽¹⁾.

وقد جاء حسن النية بهذا المعنى في بعض نصوص القانون وأحكام القضاء في الجزائر، كأن يعتبر الشخص حسن النية إذا اتبع ما فرضه القانون بشأن تصرف معين، ومثال ذلك أن يوجب اتباع إجراء معين (كالتسجيل) حتى تنتقل الملكية.

وهناك من الباحثين أيضا من يعرف حسن النية بأنه: (إرادة مطاوعة القانون)⁽²⁾.

وعموما، فإنه لا يوجد هناك فرق جوهري بين الآراء السابقة، لأن معنى حسن النية الذي ذهب إليه الرأي المتمثل في قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون أو إرادة مطاوعة القانون، يجمع في حد ذاته مضمون ما ذهب إليه الرأي القائل بأنه الجهل المبرر أو الاعتقاد المغلوط، لأن القول بأن حسن النية هو الجهل المبرر أو الاعتقاد المغلوط، هو في الحقيقة مبني على موقف قصدي من المتصرف،

(1) د/ سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، ص 180.

وبالتالي سوء النية - حسب هذا الرأي - هو: (عدم الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون). و من أنصار هذا الرأي: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 87؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 141. وبنوه هنا إلى أن هناك من يذهب إلى نقد تعريف حسن النية بأنه: (قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون)، فيقول بأن هذا التعريف: (لا يفي حسن النية في إبرام العقود معناه، لأنه يجعل من الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون مسألة شخصية بحتة مما لا يمكن الكشف عنها بسهولة، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن مطاوعة القانون ليس بالضرورة أن يكون فقط من خلال حسن النية، فهناك الكثير من النظريات الأخرى تدخل في نطاق مطاوعة القانون، وأنه يحاول الفصل عنوة بين القانون والأخلاق، في الوقت الذي لا يمكن إنكار وجود البعد الأخلاقي في القواعد القانونية بشكل عام، وقواعد حسن النية بشكل خاص). أنظر: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127.

(2) ذكر هذا الاتجاه: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 126.

فالشخص الذي يتصرف وهو يجهل أنه يعتدي على حقوق الغير، أو الشخص الذي يبرم تصرفا وهو يعتقد أنه يتعامل مع ذي صفة، كل منهما هو شخص قصد التزام حدود القانون ولم يقصد الخروج عليها⁽¹⁾.

وهناك من ذهب إلى نقد كل من تعريف حسن النية بأنه (الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا معينا)، وتعريف حسن النية بأنه (الغلط المبرر المشروع)، فيقول بأن هذين التعريفين: (يصلحان تعريفا لحسن النية في مجال الحيازة، ونظرية الأوضاع الظاهرة، وتطبيق أحكام التقادم الخمسي، ولا يفيانه حقه في مجال العلاقات التعاقدية، لأنه ينظر إليه على أنه موقف سلبي. وهذا يخالف واقع هذا المبدأ الذي يتعدى كونه موقفا سلبيا، لأنه يتطلب من المتعاقد مواقف تتسم بالإيجابية، فهو يتطلب سلوكا وليس امتناعا عن سلوك فقط، أو حالة ذهنية بحتة، أو حتى ولو كانت هذه الحالة الذهنية مصاحبة لعناصر الإهمال والرعونة وعدم اتخاذ الحيطة اللازمة. وإن كان لهذا المفهوم سند في القانون، كما مر بنا، فإن الواضح من هذا السند القانوني هو أنه يتعلق بالحيازة، وتطبيق أحكام التقادم ولا يمكن تعميم مفهومه إلى المجالات الأخرى التي تلعب فيه حسن النية دوره في مجال العقد. رغم عدم إنكارنا لأهمية العلم بالواقعة محل النظر لتحديد حسن النية من عدمه في بعض فروضه، كما وأن التعريف بتركيزه على الخطأ سواء أكان عمديا أم إهمالا يقترب من مفهوم حسن النية في إبرام العقود خطوة أخرى غير أنه ليس تعريفا كاملا له)⁽²⁾.

وإلى جانب ما سبق ذكره، هناك رأي آخر يضاف إلى الآراء السابقة، يذهب إلى جعل معنى حسن النية متمثل في مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد. فنجد الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يقول بأن حسن النية في إبرام العقد هو (التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل)، وبالتالي الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يرى بأن معيار مراعاة المصالح المبررة، أو المشروعة، هو أعم المعايير، ومن الممكن جمع المعايير الأخرى تحت ستارها، نظرا لشمول العبارة وعموميتها، لأن المعايير الأخرى أيا كانت تؤدي في النهاية إلى مراعاة المصالح المبررة للطرف المقابل⁽³⁾.

ونلاحظ هنا أن هذا الرأي، قد اتبع الاتجاهات الحديثة التي تقر حسن النية في إبرام العقود، والتي تتطلب من المتعاقد مراعاة المصالح المبررة والمشروعة للطرف المقابل، بجانب ما يسعى إليه في تحقيق مصلحته، فوفقا لهذا المعيار فإن الشخص يمنع من ممارسة حقوقه الخاصة، أو تنفيذ التزاماته الخاصة إذا

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 90.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 129.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 157.

ما ثبت بأن مصالح الطرف المقابل كانت أكثر أهمية⁽¹⁾.

كما نجد عبد المنعم موسى إبراهيم يقول: (حسن النية هو أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الآخر من أوضاع، وأن تتفذهما وفقا لذلك وليس كما تريد)⁽²⁾.

وهناك من ينظر إلى مفهوم حسن النية من المنظور العكسي له وهو مفهوم خاص يقوم على أساس استثنائي قوامه استبعاد سوء النية. إذ أن القضاء الإنجليزي يرى بأن أفضل طريقة لتعريف حسن النية هو القول بأنها غياب سوء النية، وهذا يعني أن على القاضي الذي يتعرض لهذا الموضوع أن يستبعد في المقام الأول سلوكات معينة غير مقبولة ومن خلال ذلك فإنه يستطيع أن ينفذ إلى المفهوم الإيجابي لحسن النية.

وقد ذهب إلى مثل ذلك البروفيسور روبرت سمرس (Robert Summers) الذي شدد على أن الطريقة الفضلى لتعريف حسن النية هو معرفة ما يعنيه سوء النية ويقول بأن: (بعض الاصطلاحات ليس لها في ذاتها معنى إيجابي عام ضمن سياقاتها...وحسن النية هو من قبيل هذه الاصطلاحات لذلك يجب تعريفه، لا من خلال معرفة ما هو، بل من خلال معرفة ما ليس هو، إذ أن حسن النية يعمل كـ (مستثني Excluder) فهو يستثني الكثير من الأشياء في سياقه، وتأثيره يتمثل في استثناء تلك الأنواع من السلوكيات غير اللائقة المعتبرة سوء النية)⁽³⁾.

غير أن هناك من الفقهاء من لا يعتبر أن حسن النية هو عكس سوء النية فيقول:

(قد يسبق إلى الذهن في هذا النطاق أن حسن النية هو عكس سوء النية، ولكن ليس هذا هو المراد، إذ أن سوء النية يتأتى غالبا في علم المتعاقد، أو كان في إمكان علمه بما يشوب تعاقد من عيوب، ولو اعتبرنا حسن النية عكس سوء النية؛ لاقتصر حسن النية على الجهالة بهذه العيوب فقط). ولذا نجد هذا الرأي قد عرف حسن النية بأنه: (الإخلاص والأمانة فيما يقصد المتعاقدان، وفيما يهدفان إليه من وراء العملية التعاقدية)⁽⁴⁾.

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 154.

فقد كان القانون المدني الألماني يقرر معيار الثقة والأمانة في تحديد حسن النية عموما، إلا أن المعيار الجديد الذي أدخل في القانون المدني الألماني نتيجة الإصلاحات التي أجريت عليها مؤخرا في سنة (2002) يتمثل بمعيار مراعاة المصلحة المشروعة للطرف المقابل، وقد أشار القانون المدني الهولندي الجديد إلى معيار المصلحة الخاصة للمتعاقد، مما يعني أن هذا المعيار أصبح يعول عليه في أوروبا عموما. أنظر: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 156.

(2) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 83.

(3) نقلا عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 123.

(4) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 264.

أما تعريف البروفيسور الأمريكي روبرت سمرس (Robert Summers) لحسن النية السابق ذكره، والذي يمثل الاتجاه الذي ذهب إلى محاولة معرفة حسن النية من خلال نقيضه، وهو سوء النية، فقد علق عليه الدكتور شيرزاد عزيز سليمان فقال: (ومع أن الأشياء تعرف بأضدادها فإن هذه المعرفة هي ليست بذاتها بل بغيرها، وقد لا تكون هذه المعرفة كاملة لجميع جوانب الموضوع بل لبعضها، وهذا هو الحال مع التعريف محل المناقشة. فهو من جانب، لا يبين لا ذاتيات حسن النية، ولا خاصياتها بل أنه يؤدي إلى معرفة بعض مناقضاتها، ولا يحصرها، ومن جانب آخر فإن سوء النية هو الآخر مستعص على التعريف، وليس مفهوما حديا، وهذا ما يجعل هذه الطريقة في التعريف غير منطقية بالنسبة لحسن النية، فالأولى، بنظرنا، الانشغال بتعريف ذات الشيء وهو حسن النية، بدلا من نقيضه والذي هو سوء النية⁽¹⁾.

وهناك من يعرف حسن النية في العقد على أساس مفاهيم أخلاقية تحتاج في حد ذاتها لضبط معناها كالإخلاص، والصدق، والنزاهة، والاستقامة، والأمانة، وشرف التعامل، والثقة، والضمير والشعور بالتضامن الاجتماعي، فهذه الأفكار مطاطية وفضفاضة ومساءئل غير قابلة للضبط وتتسم بالغموض وعدم التحديد وتتغير من زمان لآخر ومن مكان لآخر، ويلعب القاضي في تحديدها دورا ملموسا وهي تقع ضمن السلطة التقديرية له⁽²⁾.

وهناك من يلحق مفهوم حسن النية بمفهوم لا يقل عنه ضبابية، فيلحقه بالنظام العام، أو يلحقه بالإتصاف، ويوجد أيضا رأي آخر يعتبر إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده جدواه وقيمتها،

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 124.

(2) أنظر في نفس هذا المعنى: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 162.

— فحسب جاك غستان: حسن النية هو مرادف للصدق والاستقامة على وجه أوسع. أنظر:

جاك غستان، المرجع السابق، ص 261.

— وقيل أيضا أن حسن النية معناه: الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش أو الإخلاص في تنفيذ ما التزم به الشخص. أنظر:

عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 03.

— أما الدكتور مصطفى العوجي يعرف حسن النية بأنه: (التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها والتزم بها كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة). أنظر:

د/ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 114.

— وبعض الفقهاء الإيطاليين يعرفون حسن النية بأنه: (الانفتاح (الشفافية)، توخي النزاهة، والشعور بالتضامن الاجتماعي).

نقلا عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 132.

ويعتبر أن تلك المفاهيم يعترتها لبس وغموض، وبالتالي اتجه إلى اعتبار حسن النية مفهوماً مستقلاً يمتلك مبررات وجوده وأهميته⁽¹⁾.

أما الدكتور عبد الحميد الشواربي فقد عرف حسن النية كما يلي: (حسن النية يتمثل في انتفاء الخطأ العمد، وانتفاء الغش، وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء النية، وانتفاء الخطأ الجسيم)⁽²⁾. وبالتالي هنا الدكتور عبد الحميد الشواربي عرف حسن النية من خلال انتفاء بعض أنواع سوء النية، لذا فإن النقد الذي يمكن لنا أن نوجهه لتعريفه هو أن دليلاً متكاملًا لجميع أنواع سوء النية شيء مستحيل، أما الأنواع التي ذكرها الدكتور عبد الحميد الشواربي فهي من بين التي عرفتھا المحاكم في قراراتها القضائية⁽³⁾، والتي نص عليها في نصوص القانون المدني.

وهناك من يكتفي بالقول بأن مبدأ حسن النية في بادئ الأمر كان يفرض على المتعاقد موقفاً سلبياً يفرض عدم اتخاذ المتعاقد مسلكاً ينطوي على غش، أو سوء نية، ثم تطور وأصبح يفرض على المتعاقد أن يتخذ موقفاً إيجابياً يفرض التعاون وعدم الاكتفاء بالامتناع عن سوء النية⁽⁴⁾. وبالتالي حسن النية قد يكون إيجابياً عندما يتطلب من الشخص القيام بتصرفات إيجابية معينة تعبر عن نقائه وصدق طوبته، وقد يكون حسن النية سلبياً عندما يتطلب من الشخص الامتناع عن إتيان تصرفات معينة تتنافى مع القصد السوي⁽⁵⁾.

وفي هذا الصدد، وجدنا الدكتور رياض عيسى يقول بأن مبدأ حسن النية وفقاً لتطبيقاته في القانون المدني الجزائري يرتبط بمفهوم فردي ينظر إليه من زاوية المتعاقد الذي أصابه ضرر بسبب فعل المتعاقد الآخر دون أن ينظر إليه من وجهة نظر اجتماعية. لذلك لم يكن لهذا المبدأ سوى أثر سلبي بموجبه يتمتع المتعاقد من القيام بعمل يتنافى مع طبيعة العلاقة العقدية من أجل الحصول على منفعة غير مشروعة أو القيام بعمل من شأنه الإضرار بالمتعاقد الآخر دون أن يتضمن أثراً إيجابياً من شأنه إلزام

(1) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 89 وما يليها.

(2) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 05.

(3) فقد ورد في التعليقات الواردة في التصريحات (Restatements) الأمريكية: (إن دليلاً متكاملًا لجميع أنواع سوء النية شيء مستحيل لكن الأنواع التالية من بين التي عرفتھا المحاكم القضائية في قراراتها القضائية: مراوغة روح الصفقة غياب اليقظة ووجود التراخي، جعل التنفيذ غير متكامل إرادياً، واستغلال السلطة في فرض الشروط، والتدخل في تنفيذ الطرف الآخر أو الفشل في التعاون فيه). نقلاً عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 123.

(4) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 265.

(5) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 154 ؛ د/ أمين دواس، " المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي "، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، المجلد الخامس، العدد الأول، صفر 1429هـ، فبراير 2008م، ص 169.

المتعاقدين معا بالتعاون والمشاركة الفعلية في تنفيذ العقد تنفيذا عينيا على وجه صحيح، وبصورة تتفق مع المصلحة الاجتماعية التي يستهدف العقد تحقيقها⁽¹⁾.

ويوجد أيضا من يرى أن هناك طبيعة مزدوجة لمفهوم حسن النية، فهي: أولا وضعية نفسية وفكرية تقوم بالشخص وهي حالة التصور الخاطئ (la croyance érronée)، وهي ثانيا قاعدة سلوك وتنقسم هاته القاعدة السلوكية بدورها إلى صنفين: قاعدة تقليدية وهي الالتزام بتجنب سوء النية – وخاصة نية الإضرار بالغير – وقاعدة أحدث منها تؤسس للسلوك القويم والتي تعبر عن النزاهة والثقة والإخلاص. والقانون الألماني – الذي هو إحدى أبرز مصادر التأثير الغربية – قد كرس المفهوم المزدوج لحسن النية، فحسن النية – التصور الخاطئ هي الـ Guter Glaube، أما حسن النية السلوكية فهي الـ Treu und Glauben⁽²⁾.

ويقترح سفيان القرصي، في رسالة الدكتوراه الخاصة به، تعريفا آخر لحسن النية، وبحسب عباراته ذاتها التي وردت في أطروحته، يقول بأنه يمكن أن نقتراح (تصنيفا دقيقا بعض الشيء لمفهوم حسن النية

(1) د/ رياض عيسى، " القواعد الأساسية في تنفيذ عقود خطة التنمية المنعقدة بين الوحدات الاقتصادية في القطاع العام "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بين عكنون، جامعة الجزائر، المجلد الثاني والعشرون، العدد الأول، مارس 1985، ص 242.

(2) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 02، 03.

– عرف حسن النية في قاموس قانوني بأنه: (حالة نفسية يعتقد صاحبها خطأ أن تصرفه قانوني، لذلك يقيم القانون وزنا لهذه الحالة فيحمي صاحبها مما قد يجره عليه خطأ تصرفه مثل صاحب اليد الذي يعتقد أنه تملك العين من مالها الحقيقي، ومثل من يبني على أرض غيره معتقدا أنه ملك له، ومثل من يرث سلعة وديعة فيبيعه لأنه يجهل أنها وديعة. وتأتي لفظه حسن النية بمعنى الأمانة حيث يقال مثلا: إنه يجب تنفيذ الاتفاق بحسن نية). أنظر: إبراهيم نجار ؛ أحمد زكي بدوي ؛ يوسف شلالا، القاموس القانوني (فرنسي – عربي)، الطبعة الرابعة، مكتبة لبنان، 1995، ص 43.

– كما قال بعض الفقهاء الفرنسيين عن حسن النية (Bonne Foi): بأن استخدام هذا المصطلح يشيع بمعنيين: حسن النية هو النزاهة (الاستقامة) في إبرام وتنفيذ التصرفات القانونية، ولكن يمكن أن يكون حسن النية أيضا اعتقاد خاطئ (غير صائب) وغير قائم على الخطأ (غير خطئي)، بوجود أو عدم وجود واقعة أو حق أو قاعدة قانونية. وحسن النية هو مفترض دائما. والنص الفرنسي الأصلي هو كما يلي:

(Le terme est usité dans deux acceptions.

La bonne foi est en premier lieu la loyauté dans la conclusion et l'exécution des actes juridiques. Mais la bonne foi peut être également la croyance érronée et non fautive en l'existence ou l'inexistence d'un fait, d'un droit ou d'une règle juridique. La bonne foi est toujours présumée.)

Voir: Raymond Guillien ; Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard ; Gabriel Montagnier, **Lexique des termes juridiques**, 15^e édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 83.

العام يشذ به عن تعريفه الأولي والمألوف في الفقه)، ويضيف – سفيان القرصي – فيقول: (وذلك بأن تصير بمقتضاه حسن النية – شعور الاعتقاد النفسي *bonne foi – croyance* الموازية لحسن النية – القاعدة السلوكية لا تنحصر في مجرد شعور الاعتقاد الخاطيء بل تكون شاملة لشعور الاعتقاد المشروع للشخص القانوني *bonne foi – croyance légitime* عامة بوجود ثقة مشروعة بالغير من حيث أنها مبررة بغض النظر إن كانت في الواقع خاطئة أم لا وحيث تمثل بذلك حالة حسن النية – الاعتقاد الخاطيء *bonne foi – croyance erronée* جزءا خاصا من المفهوم الأوسع الذي يشملها وهو مفهوم حالة حسن النية – الثقة المشروعة أو الاعتقاد المشروع – *bonne foi – confiance légitime* فتكون بذلك ما نصفه بحسن النية – الاعتقاد الخاطيء المشروع *croyance légitime* في مقابلة حسن النية – الاعتقاد الصحيح المشروع *bonne foi – croyance erronée légitime* وذلك في حين تشكل حالات حسن النية – نظرية الظاهرة – *bonne foi – la théorie de l'apparence* إحدى الحالات الخصوصية المندرجة تحت بند حسن النية – الاعتقاد الخاطيء. المشروع الأعم⁽¹⁾.

من خلال ما سبق ذكره، يمكن القول أننا رغم ما عايناه من بحث متعب عن تعريف جامع مانع لمفهوم حسن النية في العقد، إلا أننا حقيقة لم نجد ما كنا نبحت عنه، لأن حسن النية ببساطة ذو مفهوم واسع فعلا كما ذهب إليه الفقهاء، ومن يحاول إيجاد تعريف جامع مانع له ستواجهه الحقيقة التي وصلنا إليها دون أن ندعي هنا السابق في الوصول إلى ذلك، ولم نشأ القول أن الأمر مستحيل كما ذهب إليه البعض، لأننا لو قلنا أن تعريف حسن النية مستحيل فهذا يعني أن القاضي أصلا لا يمكن أن يصف شخصا بأنه حسن النية أو سيء النية، ولكن الأحكام القضائية تثبت أن في الكثير من القضايا والحالات وصف القاضي نية الشخص بالحسن أو السوء، وبالتالي يجب الاعتراف بأن حسن النية ذو مفهوم واسع لكنه في نفس الوقت ليس مستحيل.

ولذا نتفق مع من قال بأن: (ليس لمبدأ حسن النية معنى ثابت ومحدد فهو يأخذ معناه من الوقائع الخاصة بكل قضية)⁽²⁾.

ولنساهم في محاولة إيجاد تعريف لحسن النية في العقد، فإننا نقول بأن حسن النية هو: (مراعاة عدم الإضرار بالمصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد). والمتصفح لهذا التعريف المختار يجد

(1) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 391.

التعريف الأولي والمعروف في الفقه، يقصد به التعريف الذي يعتمد على الطبيعة المزدوجة لمفهوم حسن النية السابق الذكر.

(2) ذهب إلى ذلك: يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 10، 11.

أنه لا يختلف كثيرا عن تعريف الدكتور شيرزاد عزيز سليمان لحسن النية (الذي سبق ذكره)⁽¹⁾، فكلاهما يهتم بمراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل، غير أن التعريف الذي بصده الآن يشمل كل مراحل العقد وليس مرحلة إبرام العقد فقط.

ومراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل لا يتم ولا يتحقق إلا من خلال الالتزام بعدم الإضرار بهذه المصالح، لأن تحقيق الهدف المراد من العقد لا يكون إلا من خلال تطبيق قاعدة: لا ضرر ولا ضرار⁽²⁾، وعلى هذا الأساس عرفنا حسن النية بأنه مراعاة عدم الإضرار بهذه المصالح.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لحسن النية في العقود

إن حسن النية قد يكون التزاما قانونيا، أو قاعدة قانونية واردة ضمن النظام القانوني⁽³⁾، وفي نفس الوقت مبدأ قانونيا عاما⁽⁴⁾.

أولاً: حسن النية في العقود بوصفه التزاما قانونيا

إن حسن النية لا يتطلب فقط السلوك بل قد يتطلب الامتناع عن سلوك، لأنه التزام والالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل⁽⁵⁾، وذلك ما تراه غالبية فقهاء القانون، إذ عندهم التزام حسن النية في العقود رغم أنه ذات طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون التزاما حقيقيا في الحياة التعاقدية يترتب عنه التزامات لا تقل في العموم وفي التجريد وفي الإلزامية عن أي من الالتزامات التعاقدية أو القانونية الأخرى⁽⁶⁾. 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 والتمييز

(1) فقد عرفه بأنه: (التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل).

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 154.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 167.

(4) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 94.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 138، 139.

(6) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 21.

لدى من يوجه إرادته، فلا يمكن بذلك وصف شخص بأنه حسن أو سيء النية إذا كان هذا الشخص مجنون أو عديم التمييز أو سكران أو نائم أو مغمى عليه⁽¹⁾.

وحسن النية بوصفه التزاما قانونيا، له كذلك خصائص معينة تتمثل في: أنه التزام مفروض على أطراف العملية التعاقدية، أي أنه التزام متبادل مفروض على كلا الطرفين معا، فيكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه بهذا الالتزام، كما أنه التزام وقائي أو حمائي لأنه يفرض بغية الوقاية من وقوع الضرر، وهو أيضا التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية، إذ على كلا الطرفين التزام حسن النية وليس محاولة الالتزام به، وإلا يعد الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه مخلا به، وهو أيضا التزام جوهري أو أساسي لا يستقيم بدونه العقد، كما أنه التزام ذو طبيعة ذاتية، لأن الحسن وصف يلحق بالنية في تحركها الإرادي والنية خفية محلها مكامن الإنسان (القلب) أين لا يمكن الاطلاع عليها من قبل الغير، كذلك التزام حسن النية قد يكون التزاما سابقا على التعاقد وذلك عندما يفرض والعقد لم يتم بعد (أي ما يسمى التزام حسن النية قبل التعاقد وبمعنى آخر التزام حسن النية في إبرام العقد)، وقد يكون التزاما متزامنا مع حياة العقد (أي التزام حسن النية التعاقدية وبمعنى آخر التزام حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد)⁽²⁾.

والتزام حسن النية في العقد رغم أنه لا يختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة، من حيث أن كلاهما يقتضي مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها، إلا أنه في نفس الوقت يختلف معها من حيث أن جزاء مخالفة النظام العام والآداب العامة هو البطلان في جميع الحالات، أما جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية هو أساسا التعويض. كما يختلفان من حيث أن القانون من خلال التزام حسن النية في العقد يرمي إلى تحقيق مصلحة مباشرة وأخرى غير مباشرة، فالمصلحة المباشرة هي تحقيق المصالح الخاصة للطرف المقابل في العقد، لأن الإخلال بالتزام حسن النية من قبل متعاقد يؤدي مباشرة إلى زعزعة مصالح المتعاقد الآخر، والمصلحة غير المباشرة هي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، أما بالنسبة لفكرة النظام العام والآداب العامة فالقانون من خلالها يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع على حساب المصلحة الخاصة لأحد الأفراد، لأن الأولى بالنسبة له هي المصلحة المباشرة أما الثانية فهي المصلحة غير المباشرة، وبالتالي الإخلال بالنظام العام والآداب العامة يؤدي إلى المساس بالمصلحة العامة

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 169، 170.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 182، 183.

وننوه هنا إلى أنه بالرغم من أن التزام حسن النية في العقود هو التزام جوهري وأساسي في العقد، إلا أن سفيان القرجي، في رسالة الدكتوراه الخاصة به، يقول بأن: (الطبيعة الأمرة للالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد لا تؤثر على صفته كالتزام ثانوي وفرعي في العقد إذ على الرغم من أهميته القسوى واقعا وقانونا في منظومة العقد فإن هذا لا يرفعه قانونا إلى مصاف ومراتب الالتزامات الأصلية...بوصفه أنه قانونا ليس ركنا من أركان العقد).

أنظر: د/ سفيان القرجي، المرجع السابق، ص 928، 929.

للمجتمع بشكل مباشر، وإن كان هناك إخلال بالمصلحة الخاصة لأحد الأفراد فإنه يكون غير مباشر. ويختلف أيضا التزام حسن النية في العقد عن فكرة النظام العام والآداب العامة، في أن كل منهما يهدف إلى غرض معين يختلف عن الآخر ولا يمكن الاستغناء عن أحدهما بحجة وجود الآخر، وبالتالي كل واحد منهما يعد آلية مستقلة من آليات تنظيم العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

وقيل أيضا عن التزام المتعاقد طبقا لحسن النية بأنه التزام تعاقدي، فإذا ما حاد عن هذا المبدأ في المطالبة بحقه فيكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزام عقدي، هو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ وبذلك لا حاجة إلى تقرير مسؤوليته على أساس المسؤولية التقصيرية لتعسفه في استعمال حقه⁽²⁾. ونلاحظ هنا أن من ذهب إلى هذا القول الذي نحن بصدد، كان يقصد به ما يسمى بالتزام حسن النية التعاقدية أي التزام حسن النية في تنفيذ العقد.

ثانيا: حسن النية في العقود بوصفه قاعدة قانونية

القاعدة بوجه عام هي أمر كلي ينطبق على جزئيات، ويقول الجرجاني: (القاعدة هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها)، أما القاعدة بوجه خاص، فهي صيغة تنظم سلوكا وعملا أو تفكيراً وبحثاً، ومنه قواعد السلوك وقواعد المنهج⁽³⁾.

ويقول الفقيه بولنجي أن: (القاعدة القانونية هي عامة، لأنها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال والوقائع. لكنها من زاوية أخرى تعتبر خاصة، إذا ما تعلق الأمر بأعمال أو وقائع محددة. والمبدأ بعكس ذلك يكون عاما إذا ما تضمن سلسلة غير محددة من التطبيقات)⁽⁴⁾.

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 211، 212.

(2) د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 314. ونوه هنا إلى ما قاله آلان بينابنت، أن بعض القرارات، في زمن أول، قبلت أن فكرت التعسف في استعمال الحق تجد مكانها في المادة التعاقدية، غير أن هذا التيار الاجتهادي بقي محدودا، إلى أن تم استبدال تيار عصري أقوى منه، بالرجوع إلى فكرة حسن النية لشل تنفيذ اشتراط عقدي يقود إلى نتيجة مناقضة للإنصاف. والاجتهاد المعاصر يربط بالفعل التزام الاستقامة وحسن النية المذكور في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي - المقابلة للمادة 107 من القانون المدني الجزائري - بفكرة كون الدائن يجب أن لا يتعسف في استعمال حقه، فالتعسف مناقض لحسن النية، كأن يتمسك بالبنود الفاسخة في شأن أخطاء طفيفة للحصول على نفع غير مسوغ. أنظر:

آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات (الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2004، ص 263.

(3) مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، المرجع السابق، ص 144.

(4) نقلا عن: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 93، 94.

وحسب غالبية فقهاء القانون، حسن النية في العقود رغم أنه ذات طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط وكاملة الخصائص في النظام الوضعي⁽¹⁾.
 وخصائص حسن النية في العقود باعتباره قاعدة قانونية، تتمثل فيما يلي: أنه قاعدة سلوك اجتماعية، تفرض على الأطراف العازمة على التعاقد سلوكا معيناً يتمثل بتنفيذ التزامات إيجابية وأخرى سلبية في علاقتهم بالطرف المقابل، وهو مراعاة مصلحة هذا الطرف المقابل. كما يرى أغلب الفقهاء بأن حسن النية من القواعد الآمرة، وهذا يعني بأنه من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه. وقد ورد في القانون المدني الفرنسي والمصري عبارة (حسن النية في تنفيذ العقد) مسبوقاً بعبارة (يجب) – وينطبق ذلك أيضاً على القانون المدني الجزائري – وهذا يؤدي إلى القول بأن حسن النية يعد في ظل هذه القوانين من النظام العام أيضاً، لأنه ليس هناك ما يدل على كونه من القواعد المفسرة⁽²⁾، ولأن وجود حسن النية – بوصفه قاعدة قانونية – يؤدي إلى حماية المصلحة العليا للمجتمع، أي حماية النظام العام والآداب العامة، وكذلك لأن حسن النية في العقود والنظام العام والآداب العامة، يقتضي كل منهما مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها والإخلال بها⁽³⁾.

وبالتالي هنا سلطة القضاة هي تقديرية وليست مطلقة، ويستمد القاضي ذلك من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها، لأن مباشرة هذه السلطة تخضع دائماً لمبدأ المشروعية، أي سيادة القانون، كما أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا التي تراقب حسن تطبيق القانون⁽⁴⁾. وبسبب هذه السلطة التقديرية للقضاة وصف حسن النية من حيث طبيعته التقديرية بأنه مفهوم إطاري يفوض للقاضي من قبل المشرع أمر تحديد مضمونه وضبط نظامه القانوني⁽⁵⁾.

(1) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 21.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 189، 190.

وننوه هنا إلى أن حسن النية في تنفيذ العقود قاعدة ورد ذكرها في العديد من القوانين المدنية، منها القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 107 منه، أما حسن النية في إبرام العقود فرغم عدم النص عليه صراحة في القانون المدني الجزائري، إلا أنه يعتبر هو أيضاً قاعدة قانونية قياساً على حسن النية في تنفيذ العقود، لأن القوانين المدنية التي لم يرد فيها ذكر لحسن النية في إبرام العقود، قد توصل الفقه والقضاء عندهم إلى اعتباره موجوداً من خلال القياس على حسن النية في تنفيذ العقود، منها الفقه والقضاء في فرنسا، وهولندا وبعض البلدان العربية، وينطبق ذلك أيضاً على القانون المدني الجزائري. أنظر: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 189.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 211، 212.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 166.

(5) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 924.

ثالثاً: حسن النية في العقود بوصفه مبدأ قانونياً⁽¹⁾

حسن النية مبدأ قانونياً عاماً، ويؤكد ذلك ما يلي⁽²⁾:

— أن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصراً.

— هناك عدة تطبيقات في القانون المدني أخذ المشرع عند وضعه لهذا القانون حسن النية بعين الاعتبار.

— الكثير من الفقهاء يعتبرون أن حسن النية مبدأ قانونياً عاماً، ويذكرون بأن جدوى هذا الموقف ما يلي:

جمع كل الحلول المتعلقة بفكرة عامة واحدة (سواء كانت هذه الحلول قانونية أو من استنتاج القضاء)،

اعتماد حسن النية كمبدأ للتمكن من تجاوز الصيغة الواردة في المادة 107 من القانون المدني الجزائري،

اعتماد حسن النية لتبرير جميع الحلول الخاصة الجديدة واستنباط فروع جديدة لحسن النية.

ويقول الفقيه PH. Stoffel-Munck ، بأن حسن النية هو مبدأ تنفيذ وليس التزام خاص، لذا

قد يكون جزاء الإخلال بهذا المبدأ هو مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية⁽³⁾. وبذلك يرى

PH. Stoffel-Munck بأنه من المنطقي أن يتم معاقبة التعسف في استعمال الحق الذي ينتج عن

العقد على أساس التقصير، وهذا ما يعطي شرعية للمسؤولية التقصيرية بين المتعاقدين، وبالتالي التخلي

عن فكرة وجوب وجود التزام خاص بحسن النية لتفضيل وجود مبدأ حسن النية⁽⁴⁾.

وبما أن حسن النية في مجال التعامل هو مبدأ قانوني، فهو بالتالي يتميز بصيغ المبادئ القانونية

المتماثلة في المرونة، وعدم التحديد، والانطباق على فروع وحالات عدة، مما يفسح المجال أمام

(1) المبدأ من الناحية المنطقية هو القضية التي يستتبع منها ولا تستتبع هي من قضية أخرى ، ويقول الجرجاني في

التعريفات: (المبدأ ما يعلم بذاته ويحصل منه العلم بشيء آخر).

أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، المرجع السابق، ص 167.

أما المبادئ القانونية العامة، هي المبادئ التي تستخلص من الأحكام التفصيلية للقانون ، والتي يمكن أن تتخذ أساساً لاستنباط

الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص.

أنظر: مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1999، ص 131.

(2) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 94.

(3) نقلاً عن:

Martin Briot de La Crochais, (L'abus Dans Les Contrats), Préparation à l'épreuve de droit, Agrégations d'économie et gestion, Centre national d'enseignement à distance (CNED), En cours de travail la buffatière, février 2006, Disponible sur internet dans Les Carnets de L'université Paris Descartes: <http://blogs.parisdescartes.fr/briot/weblog/2023.html> , p. 12.

(4) (il est logique de sanctionner un exercice abusif d'un droit issu du contrat sur un fondement délictuel, légitimant ainsi une responsabilité délictuelle entre contractant, rejetant l'idée d'une obligation spécifique de bonne foi pour privilégier l'existence d'un principe de bonne foi.)

Voir: Martin Briot de La Crochais, Ibid, p. 11.

القاضي للاجتهاد فيها، وإيجاد الحلول القانونية الواقعية للوقائع المعروضة أمامه، هذه الأخيرة التي يصعب حصرها وعدها، لأنها متباينة الجوانب، متشعبة النواحي، متجددة المظاهر. ويعبر الفقهاء المسلمون عن هذه الحالة بالقول أن: (النصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي، علم قطعاً أن الاجتهاد، والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد)⁽¹⁾.

وبالتالي مبدأ حسن النية لا يلجأ إلى حلوله المادية الفنية إلا بعد انتفاء النص القانوني الخاص ثم القياس، وهو بذلك يشكل مبدأ من المبادئ الجامعة⁽²⁾، ويمكن للقضاء أن يكرسه حتى ولو لم يتم النص عليه صراحة في القانون⁽³⁾، وهو أيضاً مبدأ ذو طابع ذاتي وموضوعي شامل⁽⁴⁾.

كما يعد من المبادئ الأخلاقية بحسب الأصل تغلغل في نطاق القانون، وصار جزءاً منه⁽⁵⁾، ويعتبر ذلك جواباً عن التساؤل حول ما إذا كان المبدأ العام لحسن النية ليس له سوى مدى أخلاقي وليس له مدى قانوني؟، لأن هذا المبدأ بالفعل لم يبق على صعيد الضمير الخفي وحسب، إذ لوحظ انطلاقاً من التطبيقات الوضعية المختلفة، أن هناك تطبيق لقاعدة مضرة، وبالتالي للمفسر أن يستخرج وللإجتهاد أن يكرس، كعنصر من القانون الوضعي، هذا المبدأ العام الذي يصلح كتوجيه للتفسير ولا سيما تفسير القوانين الجديدة⁽⁶⁾.

وحسن النية كمبدأ قانوني يكون مستمداً من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين، كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع. وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئياً عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ، وهي تساهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام والآداب العامة، والتي بدورها تقيّد الحرية التعاقدية للأفراد. وعلى هذا الأساس بالذات يرى عبد المنعم موسى إبراهيم أنه لا يمكن إلحاق حسن النية كمبدأ قانوني بالنظام العام، وهذا ما يُفهم من قوله ما يلي: (... فكيف لهذا النظام العام والذي يستوحي من المبادئ العامة للقانون، والتي هي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود أن يحتوي حسن النية كمبدأ قانوني، ويكون مصدراً لقوته وإلزاميته. ولكن هذا الاستيعاب لم يحصل، وذلك يرجع بدون شك إلى التردد في جعل الجزاء القاسي المخصص للنظام العام في خدمة مفهوم حسن النية الذي لا يقل عنه ضبابية)⁽⁷⁾.

(1) نقلاً عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 163.

(2) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 923.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 95.

(4) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 924.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 169.

(6) جاك غستان، المرجع السابق، ص 269.

(7) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 90.

المطلب الثاني

تمييز حسن النية في العقود عما يشبهه

هناك مجموعة من المفاهيم والنظريات التي تتشابه مع حسن النية في العقود، لذا فإن المعيار المميز لحسن النية في العقود عن جميع ما عداه من النظريات والمفاهيم الأخرى يتمثل في خاصيتين معا وهما: الأولى أنه التزام قانوني يقتضي العمل وفق ما ينسجم مع المصالح المبررة للطرف المقابل (أي مراعاة مصالحه)، والثانية أنه التزام متبادل بين الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾. وفي هذا المطلب، سنكتفي بتمييز حسن النية في العقود مع ما نراه أكثر تشابها معه، وذلك كما يلي:

الفرع الأول

تمييز حسن النية عن حالات حماية غير حسن النية

إن القانون في أحوال عديدة يشترط توفر حسن النية لدى الغير في سبيل تطبيق نص قانوني متعلق بحق أو بدعوى قضائية، منها: حسن النية الذي يتطلبه تطبيق نظرية الأوضاع الظاهرة، ونظرية الحيازة، والصورية، والدعوى البوليصية.

أولاً: تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة وفي نطاق نظرية الحيازة سنتناول تمييز حسن النية في العقود، عن كل من حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة، وحسن النية في نطاق نظرية الحيازة، كما يلي:

1 – تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة

وصفت نظرية الظاهر بأنها نظرية احتياطية، فلا تلجأ المحاكم إليها إلا في الأحوال الاستثنائية الخاصة حيث لا تسعها أية وسيلة قانونية أخرى لإشباع الحاجة إلى الأمان في المعاملات القانونية وتشجيعها، وبالتالي نظرية الظاهر تلجأ إليها المحاكم عندما لا تجد أساساً قانونياً آخر لما تتبعه من حلول، أما إذا حدث العكس ووجدت وسيلة قانونية أخرى قابلة للتطبيق فلا يتم اللجوء إلى نظرية الظاهر، وبالتالي لا محل للقول بتطبيق نظرية الظاهر في حالة يكون فيها تطبيق غير الظاهر من القواعد سهلاً،

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 211.

ومثال ذلك أنه لا مجال للقول بأن التصرف في المنقول صحيح باعتبار الظاهر، فهذا تفسير غير مقبول لأن هذا التصحيح يستند إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحق مادام المتصرف إليه حسن النية ولديه سبب صحيح⁽¹⁾.

وحسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة يختلف عن حسن النية في العقود في معناه، وفي طبيعته وفي من وجه إليه. فهو في نظرية الأوضاع الظاهرة يقصد به عدم العلم بالعيب الذي يشوب مركز المتعامل، بينما في العقود هو الالتزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة للطرف المقابل، وبمعنى آخر حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة هو حالة سلبية تتمثل بعدم العلم بواقعة معينة، أما حسن النية في العقود هو موقف يتسم بالإيجابية لأنه التزام، والالتزام قد يتطلب عملاً أو امتناعاً عن عمل أو نقل حق عيني. كذلك حسن النية في العقود هو التزام على عاتق طرف في العقد اتجاه الطرف المقابل، أما حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة هو مجرد حالة ذهنية في نفس الغير، فهو يعد شرطاً لتطبيق النظرية. إضافة لذلك، حسن النية في العقود يجب توافره في المتعاقد، وتتوجه آثاره إلى الطرف المقابل في العقد، أما حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة يجب توافره في الغير المتعامل مع صاحب الظاهر، ولا تتوجه آثاره إلى الطرف المقابل في العلاقة (المتمثل في صاحب الظاهر)، ولكن تتوجه آثاره إلى شخص آخر متمثل في صاحب الحق (إذ أن الغير وصاحب الحق هما ضحية الوضع الظاهر الذي تولد منه التعامل). وبالتالي مجال حسن النية في إبرام العقود مختلف عن مجال حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة، وليس من الممكن تعميم معنى حسن النية في إبرام العقود ومقتضياته على ما هو متطلب في نطاق نظرية الأوضاع الظاهرة⁽²⁾.

2 - تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في نطاق نظرية الحيازة

حسن النية في العقود يختلف عن حسن النية في نظرية الحيازة، ففي الحالة الأولى حسن النية يتعلق بالحيازة وغير متعلق بالتصرف القانوني، أما في الحالة الثانية حسن النية يتعلق بتصرف قانوني وهو العقد وغير متعلق بالحيازة، وهذا يعني أن مجال تطبيق حسن النية في نظرية الحيازة مختلف عن مجال تطبيق حسن النية في العقود، الذي هو تكوين العقد ومراحله. كذلك في نظرية الحيازة حسن النية محله الجهل بالاعتداء على حق الغير وليس المتعاقد معه، أي أن آثاره تتوجه إلى حق الغير، أما حسن النية في العقود تتوجه آثاره إلى مصالح الطرف المقابل (المتعاقد معه) وليس الغير، لأنه مبدأ يحكم علاقة المتعاقدين فقط، ولا شأن له بمصالح الغير، سواء تضرر منه أو أفاد، لأن مصالح الغير مسألة تحكمها نظريات قانونية أخرى، كفكرة النظام العام والآداب العامة وفكرة الباعث وغيرها. أما بالنسبة لتوافر

(1) د/ سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، ص 117.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 220، 221.

حسن النية لدى الحائز فهو مفيد له شخصياً، وغير مفيد للغير، بعكس الحال بالنسبة لحسن النية في العقود، حيث توافره في المتعاقد هو مفيد للمتعاقد المقابل لأنه يؤدي إلى صيانة حقوق هذا الأخير، بينما الغير ربما يتضرر من وجود حسن النية لدى الحائز. إضافة لذلك حسن النية في نظرية الحيازة هو عدم العلم بواقعة معينة، وهذا يعني أنه هنا حالة سلبية ونفسية وليس قاعدة سلوك مفروضة بالقوة من قبل المجتمع، وبالتالي يختلف عن حسن النية في إبرام العقود الذي هو قاعدة سلوك اجتماعية يتمثل في مراعاة مصالح الطرف المقابل، والتصرف معه بنزاهة ومعقولية... إلخ. وخلاصة القول هنا أن حسن النية في العقود وحسن النية في نظرية الحيازة، رغم أنهما ذات تسمية واحدة إلا أنهما أمران مختلفان، من حيث معنى حسن النية ومحتواه ووظيفته، وغرض المشرع في إقراره، ومن حيث من يتوجه إليه بآثاره⁽¹⁾.

ثانياً: تمييز حسن النية في العقود عن الصورية وعن حسن النية في الدعوى البوليسية

سنتناول هنا تمييز حسن النية في العقود، عن كل من الصورية، وحسن النية في الدعوى البوليسية، كما يلي:

1 - تمييز حسن النية في العقود عن الصورية

إن المتعاقدين في الصورية يتفقان على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب، لغرض ما يخفيانه عن الغير، فيكون العاقدان في هذه الحالة في مركزين متباينين متعارضين، أحدهما مركز ظاهر، لكنه كاذب غير حقيقي، يعتقد الغير أنه هو الحقيقة بعينها، والآخر مركز حقيقي مخفي عن الغير. فهنا يوجد التصرف الظاهر، وهو التصرف الصوري، ويوجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي⁽²⁾. وبالتالي للغير (الخلف الخاص ودائني أي من أطراف التصرف الصوري) متى كان حسن النية أن يتجاهل وجود العقد المستتر ويتمسك بسريان أو بحجية العقد الظاهر بالنسبة إليه طالما وجد ذلك في مصلحته، لأن الغير الذي تعامل مع أطراف الصورية إنما كان مُدخلا العقد الظاهر في اعتباره، وهذا العقد خَلق وضعاً ظاهرياً غير حقيقي فانخدع به الغير، وبالتالي لا يمكن أن يحتج عليه إلا بالعقد الذي أحيط به علماً وهو العقد الظاهر، ومن ناحية أخرى يمكن للغير إثبات صورية العقد وبالتالي إثبات العقد المستتر والتمسك به وإعمال آثاره. لكن إذا تعارضت مصلحة الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر، مع مصلحة الغير الذي يتمسك بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأول، لحماية استقرار المعاملات⁽³⁾.

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 226، 227.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 228.

(3) سر كوت إسماعيل حسين، الظاهر ودوره في الإثبات، دراسة مقارنة في القانون الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 31، 32.

وبالنسبة للعلاقة بين الصورية وحسن النية في العقود، يمكن القول بأنه ليس هناك علاقة بينهما، إذ رغم أنهما يتفقان من حيث الطبيعة، إلا أن الصورية تختلف عن حسن النية في العقود من حيث أن الأولى تهدف إلى حماية مصالح الغير حسن النية بينما الثانية تهدف إلى حماية مصالح الطرف المقابل في العقد⁽¹⁾.

2 – تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في الدعوى البوليسية

إن ما قيل بشأن العلاقة بين حسن النية في العقود ودعوى الصورية يمكن أن يقال بشأن العلاقة بينه وبين الدعوى البوليسية (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين)، لأن الدعويين تشتركان في وحدة الغرض، وهو الطعن في تصرف صادر من المدين إضراراً بدائنيته، حماية لمصالح الغير حسن النية، من خلال المحافظة على الضمان العام له. وبالتالي يختلف حسن النية في العقود عن الدعويين من حيث أن المشكلة في الدعويين ليس بين طرفين متعاقدين بل بين المتعاقدين المتواطئين من جانب (فيشكلون معاً طرفاً واحداً) وبين الغير (الدائن) المتضرر من ذلك التصرف، أما حسن النية في العقود فهو مقرر لتنظيم العلاقة بين المتعاقدين أنفسهم وهذا غير موجود في الدعويين البوليسية والصورية. مع العلم هنا، بأنه في كل من الدعوى البوليسية ودعوى الصورية يجب أن يكون المتعاقدين متواطئين، أو على الأقل أن يكون الطرف المتصرف إليه عالماً، أو بإمكانه أن يعلم بإعسار المدين، أو الزيادة في إعساره حتى يمكن للغير أن يطعن في تصرف المدين⁽²⁾.

الفرع الثاني

تمييز حسن النية عن سوء النية والاحتياط على القانون

سنتناول هنا تمييز حسن النية عن كل من سوء النية، والاحتياط على القانون، فيما يلي:

أولاً: تمييز حسن النية عن سوء النية

عُرف سوء النية بأنه قصد عدم الالتزام بأوامر الشرع الإسلامي وأحكامه، أو بالحدود الشرعية والقانونية في العقود والتصرفات⁽³⁾. وعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه سلوك غير صحيح يأخذ بدرجات

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 231، 232.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 236.

(3) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 147.

متفاوتة شكل عدم الصدق، الخيانة، وحتى عدم الاستقامة (النزاهة) ويؤدي دائما إلى نظام غير حمائي يميز، حسب الحالات، تفاقم المسؤولية وفقدان ربح أو الانتقاص من حق⁽¹⁾.

وبالنسبة لأوجه الاختلاف، حسن النية يختلف عن سوء النية من حيث كل من: المعنى، الافتراض وعدمه، الطلب في كل منهما، الارتباط بقواعد الدين، الارتباط بقواعد الأخلاق، والنتيجة المترتبة على كل منهما. فمن حيث المعنى هما نقيضان يدل كل منهما على معنى يناقض المعنى الذي يدل عليه الآخر، واختلافهما في المعنى راجع لاختلافهما في المبنى (اللفظ). أما من حيث الافتراض وعدمه، فحسن النية أمرا مفترضا، لكونه الأصل في كل إنسان بأصل خلقه وفطرته، وبالتالي لا يحتاج في إثبات وجوده إلى دليل، ويعد ادعاؤه أمرا مقبولا بدون دليل، أما سوء النية فهو أمرا غير مفترض ولا يمكن افتراضه، وادعاؤه أمرا غير مقبول بغير دليل، ويحتاج لإثباته إلى دليل، ويقع على من يدعي وجوده أو من له مصلحة في التمسك به عبء إثباته بكافة طرق الإثبات، لأنه خلاف الأصل الذي هو حسن النية. كما يختلفان من حيث أن الطلب في كل منهما ليس واحدا، فالطلب في حسن النية هو طلبا للفعل، أما الطلب في سوء النية هو طلبا للترك، لأن حسن النية يعني بالأمور الفاضلة والمحمودة التي يجب الالتزام بها كالأمانة والإخلاص... إلخ، أما سوء النية يعني بالأمور القبيحة المذمومة التي يجب تركها. ويختلفان أيضا من حيث الارتباط بقواعد الدين، فحسن النية يرتبط ارتباطا وثيقا بقواعد الدين لأنه التزام ما أمر الشرع به، أما سوء النية يختلف تماما إذ أنه ليس من الدين في شيء فهو لا يرتبط بالدين لأنه ترك ما أمر الشرع بالتزامه. ومن حيث الارتباط بقواعد الأخلاق، نجد حسن النية يعني بالمثل العليا التي تمثل محور قواعد الأخلاق، نظرا للصلة الوطيدة بينه وبين هذه القواعد، وبخلاف ذلك فإن سوء النية يعني بأمور تتنافر مع قواعد الأخلاق وبالتالي هو بعيدا كل البعد عن القواعد الأخلاقية ومكارمها. أما بالنسبة للنتيجة المترتبة على كل منهما فهي أيضا تختلف، إذ يترتب على حسن النية تحقيق العدالة بين أطراف العملية التعاقدية للتوازن الذي يحدثه في الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العملية، وبالتالي الثقة والطمأنينة في التعامل، الأمر الذي يعود بالنفع الكثير على هؤلاء الأطراف وعلى المجتمع. أما سوء النية فينتج عنه انتفاء العدالة بين أطراف العملية التعاقدية لحدوث خلل واضطرابات في الحقوق والالتزامات الناشئة عن

(1) والنص الفرنسي الأصلي هو كما يلي:

(Comportement incorrect qui participe, à des degrés divers, de l'insincérité, de l'infidélité, voire de la déloyauté conduit toujours à un régime de défaveur qui se marque, selon les cas, par l'aggravation de la responsabilité. La perte d'un bénéfice ou l'amointrissement d'un droit.)

Voir: Raymond Guillien ; Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard ; Gabriel Montagnier, **Lexique des termes juridiques**, op. cit, p. 400.

العقد، وبالتالي عدم التوازن في المصالح، مما يؤدي إلى انعدام الثقة والطمأنينة في التعامل، وبالتالي انتشار الفوضى وفساد المجتمع⁽¹⁾.

وهناك أيضا أوجه اتفاق بين سوء النية وحسن النية، فكلاهما موقف عمدي، لأن النية قصد شيء والحسن والسوء أوصافا لها، والوصف يتبع موصوفه في كل شيء، فإذا كانت النية حسنة كان التصرف حسنا، وإن كانت النية سيئة كان التصرف سيئا. كما أن كلاهما موقف خاص بصاحبه، لا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص لمعرفة حقيقة اتجاه نيته، وهما أيضا ذو طبيعة ذاتية، ويقاسان في التصرفات بمعيارين ذاتي وموضوعي⁽²⁾.

ثانيا: تمييز حسن النية في العقود عن الاحتيال على القانون

في الاحتيال على القانون يفترض أن المتعاقدين، وقد وجدا أمام عدة سبل، يختاران منها ما يتيح لهما تحاشي تطبيق قاعدة قانونية مرهقة لهما، وهذا الاختيار في الأصل، حر في القانون ولا يؤدي إلى بطلان العقد إلا استثناء، مثل بيع الوفاء وبيع الآجال، فهذه البيوع تعد باطلة في نظر المشرع. وبالتالي يتشابه حسن النية، والاحتيال على القانون، من حيث أن كلاهما يتعلق بالنوايا وخفايا المتعاقدين، وفي نفس الوقت يختلفان من حيث أن النية غير الحسنة تتجه بآثارها إلى المساس بمصالح الطرف المقابل الذي يتعاقد معه الشخص، بينما الذي ينوي الاحتيال على القانون نواياه تتوجه بآثارها إلى الحيلولة دون تطبيق نص قانوني كان من المفروض أن يطبق لولا وجود هذا الاحتيال لديه. إضافة لذلك فإن نية الاحتيال على القانون تختلف عن انتفاء حسن النية، من حيث أن الطرف المقابل قد يكون متواطئا في الكثير من الأحيان مع من يتعاقد معه، وعالم بأن الذي يلجأ إلى الاحتيال على القانون نيته منصرفه إلى إخفاء حقيقة الواقع بل أنه يشاركه في هذه النية من أجل الحصول على ما يحتاجه، وبالتالي المسؤولية القانونية تترتب على كليهما اتجاه هذا الفعل. أما في حالة انتفاء حسن النية، فإن الطرف الآخر الذي يتضرر من ذلك، هو في الغالب، لا يكون عالما بانتفاء حسن النية لدى الطرف المقابل⁽³⁾.

(1) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 147 وما يليها.

(2) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 154 وما يليها؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 92 وما يليها.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 214، 215، 216.

المبحث الثالث

نطاق حسن النية في العقود

ودوره ومعايره

هذا المبحث سنتناول فيه نطاق حسن النية في العقود لمعرفة ما إذا كان وجوب حسن النية يقتصر على مرحلة تنفيذ العقود أم لا، ثم نتطرق بعد ذلك إلى معرفة دور حسن النية في العقود لنتأكد من مدى أهميته، ثم نتعرف على معايير تمييز حسن النية في العقود، وكل ذلك في مطلبين اثنين كالآتي:

المطلب الأول: نطاق حسن النية ودوره في العقود.

المطلب الثاني: معايير التمييز لحسن النية في العقود.

المطلب الأول

نطاق حسن النية ودوره في العقود

هذا المطلب سنقسمه بدوره إلى فرعين: الأول لمعرفة نطاق حسن النية في العقود، والثاني لمعرفة دوره، وذلك كما يلي:

الفرع الأول

نطاق حسن النية في العقود

لا يقتصر مبدأ حسن النية على تنفيذ الالتزامات العقدية، لأنه يعم تنفيذ الالتزامات كافة أياً كانت مصدرها، فواجب الإنفاق على قريب، هو التزام فرضه القانون، رغم أنه ليس التزام عقدي إلا أنه يجب أن ينفذ هو أيضاً بحسن نية، فلا يقتر في الإنفاق ولا يستغل ولا يحقر من وجبت عليه نفقته⁽¹⁾. ولكن على الرغم من أن هذا المبدأ يسود كافة الالتزامات إلا أن معظم تطبيقاته تتجلى في نطاق نظرية العقد⁽²⁾، لذا نصت الفقرة الأولى من المادة 107 ق.م.ج على ما يلي: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية).

وبالتالي أكد المشرع الجزائري على مراعاة حسن النية أثناء تنفيذ العقد⁽³⁾، أما بالنسبة للفقهاء⁽⁴⁾

(1) أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ د/ عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، دون سنة نشر، ص 13.

(2) إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 65.

(3) حتى تنفيذ العقود المبرمة بين وحدات القطاع العام تخضع هي أيضاً إلى مبدأ حسن النية، والقضاء الإداري طبق هذا المبدأ في العقود الإدارية.

أنظر: د/ محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المطبعة الرسمية، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص 81، 82.

(4) أنظر مثلاً: د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97 ؛ د/ إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 159 ؛ د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 53 ؛ أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 68 ؛ د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 314 ؛ د/ محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المرجع السابق، ص 81، 82 ؛ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 311 ؛ د/ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 295 ؛ د/ نادية فضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 76.

والقضاء⁽¹⁾ الجزائريين، فهما أيضا يؤيدان ما ذهب إليه المشرع في القانون المدني الجزائري، لأن وجوب تنفيذ العقد بحسن النية، له أهمية بالغة في العقد وخاصة في تحقيق التوازن العقدي.

غير أن التساؤل الذي يثور أكثر أمام نص المادة 107 ق.م.ج هو فيما يتعلق بحسن النية في إبرام العقود، وكذلك الشأن بالنسبة لمرحلة تفسير العقد، فهل يمكننا القول بوجود هذا المبدأ في هاتين المرحلتين أيضا في القانون المدني الجزائري؟. وسنجيب عن هذا التساؤل فيما يلي:

أولا يجب الإشارة هنا، بأن مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزائري، من الصعب الحصول عليها أو أنها لا توجد أصلا⁽²⁾، ونشير أيضا إلى أن القانون المدني الجزائري يعتبر من بين معظم القوانين المدنية العربية المتأثرة بموقف المشرع الفرنسي الذي لم يورد هو أيضا نصا صريحا يقرر فيه مبدأ حسن النية في إبرام العقود واقتصر ذكره في مرحلة التنفيذ فقط.

ورغم كل ذلك، فإنه كما قال الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، بأنه: (ليس من الضروري ورود المبادئ القانونية ضمن النصوص والقواعد القانونية، فقد يحصل أن يوجد مبدأ ولم ينص عليه صراحة، أي أن عدم ورود النص صراحة حول مراعاة حسن النية في إبرام العقود لا يسد أمامنا الباب في البحث والتقصي حول وجوده)⁽³⁾.

وبالرجوع إلى الفقه والقضاء الفرنسيين، نجدهما مستقران اليوم على أن حسن النية في إبرام العقود مبدأ عام يشمل مجال تطبيقه مرحلة التفاوض والإبرام، رغم عدم وجود النص الصريح في القانون الفرنسي بصده⁽⁴⁾. واتبع أغلب الفقهاء في الدول العربية ما اقتنع به القضاء والفقه في فرنسا⁽⁵⁾، فذهبوا هم أيضا إلى ضرورة القول بأن مبدأ حسن النية المفروض من قبل المشرع في مرحلة تنفيذ العقد

(1) إذ قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين، ينفذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. أنظر: قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 52061، بتاريخ 15/01/1990، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 01، ص 113. أشار إليه كل من:

أ/ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 62، 63؛ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 10؛ عمر حمدي باشا، القضاء المدني، المرجع السابق، ص 45.

وقد تكرر هذا المبدأ في قرارات قضائية أخرى للمحكمة العليا، مثل: قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 191705، بتاريخ 24/10/1999، المجلة القضائية لسنة 1999، عدد 02، ص 95.

(2) د/ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 308.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 86.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 78.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 83.

أنظر مثلا: د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 250؛ د/ عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 156؛ د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 188؛ يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 13.

لا يقتصر على هذه المرحلة فقط بل يشمل أيضا المراحل السابقة على التعاقد، إلا أنهم يختلفون حول الأساس الذي تقوم عليه آراؤهم⁽¹⁾.

أما في الجزائر ومع سكوت الفقه عن التحليل القانوني الدقيق لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد⁽²⁾، فإنه يمكن القول بأنه ليس هناك ما يمنع الأخذ بما ذهب إليه الفقه والقضاء المقارن والاسترشاد بهما حول تقبل مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد مثل مرحلة تنفيذه، حتى ولو لم ينص القانون على هذا المبدأ في المرحلة السابقة للعقد، لأن تنفيذ العقد بحسن نية لا يكون إلا إذا كان العقد مبنيا على حسن النية من بدايته، أما إن كان العقد مريضا في بدايته، فإنه لا يمكن أن يستقيم بعد ذلك. والملاحظ أيضا لبعض النصوص القانونية المتناثرة في القانون المدني الجزائري، يجد أن هناك تطبيقات لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، فهناك نصوص تتعلق بكل من: عيوب الإرادة، الإيجاب والقبول، الوكالة والنيابة في التعاقد...إلخ.

إضافة لذلك، فإن القانون المدني الجزائري رغم عدم نصه صراحة على مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، إلا أن المادة الأولى منه تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عند غياب النص التشريعي الذي يمكن تطبيقه، والشريعة الإسلامية تقر هذا المبدأ كما سبق ذكره في بداية هذه الدراسة⁽³⁾. إذن يمكن أن نقول بأن المشرع الجزائري يقر ضمنيا بوجود مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد إلى جانب ما نص عليه صراحة في المادة 107 ق.م.ج المتعلقة بوجود المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد. وهناك أيضا فقهاء بالجزائر ذهبوا إلى مثل ذلك، فاعتبروا بأن المشرع الجزائري أشار ضمنيا إلى حسن النية في المرحلة السابقة للعقد في المادة 107 ق.م.ج⁽⁴⁾.

(1) فمنهم من يرى أن أساس مبدأ حسن النية في إبرام العقود، هو نص القانون المدني على أن السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة يعتبر تدليس، ومنهم من يذهب إلى أن الأساس القانوني نجده في نص القانون المدني على التزام الأمانة والثقة في تفسير العقد، ومنهم من يستند إلى نص القانون المدني على أن تنفيذ العقد يتم بحسن نية وبالتالي لا يتم تنفيذ العقد بحسن نية إلا إذا كان العقد مبنيا على حسن النية من بدايته، وذهب رأي آخر إلى أن الأساس لمبدأ حسن النية قبل التعاقد هو نص القانون المدني على أنه يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا. أنظر أكثر عن هذه الآراء:

د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 83، 84.

(2) باستثناء الأستاذ الدكتور بلحاج العربي - حسب اعتقادنا - الذي وجدناه قد أزال الغموض عن مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد في القانون المدني الجزائري، وأجاب عن بعض التساؤلات الهامة التي يثيرها مبدأ حسن النية في هذه المرحلة وفقا للقانون المدني الجزائري. أنظر: أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 65 وما يليها.

(3) كما يمكن القول هنا أيضا، بأن الدليل على أن الشريعة الإسلامية تقر بمبدأ حسن النية في كل من المرحلة السابقة للعقد ومرحلة تنفيذه، قد نستمده - في نظرنا - من القاعدة الشرعية المشهورة المتمثلة في: (ما بني على باطل فهو باطل).

(4) مثل: أ د/ العربي بلحاج ؛ د/ علي فيلاي ؛ د/ علي علي سليمان. أنظر: أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 65.

ويقول الدكتور محفوظ لعشب: (يجب أن لا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط، وإنما يجب الأخذ به قبل ذلك، أي في مرحلة وضع الشروط التعاقدية. يتحقق ذلك بصياغة الشروط صياغة تقنية فنية واضحة تدل على حسن نية واضعها لتكون بعيدة عن التأويل وقابلة للتحليل المنطقي)⁽¹⁾. إضافة لما سبق، مبدأ حسن النية يجب احترامه أيضا في مرحلة تفسير العقد، لأن التنفيذ والتفسير عمليتان متكاملتان وغير منفصلان، فلا يمكن حل مشكلة تتعلق بتنفيذ العقد قبل القيام بتفسيره وفقا لمبدأ حسن النية⁽²⁾. وقد أشار المشرع الجزائري بشكل ضمني على مبدأ حسن النية في مرحلة تفسير العقد عندما نص في المادة 111 ق.م.ج بأنه يجب الاستهداء بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، عند البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فهذه إشارة إلى مبدأ حسن النية الذي يستلزم مثل هذه الأمانة والثقة⁽³⁾. وذهب أيضا الفقه الجزائري إلى وجوب احترام مبدأ حسن النية في تفسير العقود⁽⁴⁾.

إذن، من خلال ما سبق، مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري، ليس قاصرا على تنفيذ العقد، لأن نطاقه أوسع من ذلك بكثير، وإذا كان قد نص عليه صراحة بخصوص تنفيذ العقد، إلا أن المبدأ مطلوب أيضا أثناء تكوينه، وتفسيره. ويمكن أن نلخص كل ذلك بقول القاضي (Mestre)، بأن: (العقد يشكل بالتأكيد جسما وحيدا، ومن الحيوي أن يرويه حسن النية تماما)⁽⁵⁾.

وبعد أن توصلنا إلى وجوب توفر حسن النية في جميع مراحل العقد، فإن التساؤل الذي يثير نفسه الآن هو: هل مرحلة ما بعد انقضاء العقد هي أيضا تستوجب توفر حسن النية فيها؟، وهذا التساؤل يثور عندما يصبح العقد لا وجود له، فهل نستمر هنا في احترام التزام تنفيذ العقد بحسن النية؟. هنا نقول بأن محكمة النقض الفرنسية أجابت عن ذلك في قرار لها بتاريخ 14 سبتمبر 2005⁽⁶⁾، يتعلق بقضية أبرم فيها وعد بالبيع بشرط موقف (أي شرط معلق) يتمثل في أن العقار المبيع يجب أن يكون محرر من كل انشغال وقت البيع بعقد رسمي، لكن هذا الشرط لم يتحقق في الفترة التعاقدية المتفق عليها، وأصبح الوعد ملغى. وبعد أزيد بقليل من ثلاثة أشهر بعد انقضاء هذا العقد، المتعهدين (الواعدين) السابقين باعوا

(1) د/ محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المرجع السابق، ص 84.

ذهب أيضا إلى أن حسن النية يسود إنشاء العقد: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 314.

(2) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 156، 157.

(3) ذهب إلى مثل ذلك بشأن القانون المدني المصري: يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 13.

(4) مثل: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 314 ؛ د/ محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المرجع السابق، ص 85.

(5) نقلا عن: جاك غستان، المرجع السابق، ص 268.

(6) Cass. 3^e Civ, 14 sept. 2005, D.2006, n°11 note D. MAZEAUD.

Voir: Amandine Assaillit, op. cit.

العقار لمشتريين (متصرف لهم) آخرين. فقام المستفيدون من الوعد المنقضي بالمطالبة بتعويضات، فحكم لهم قضاة الموضوع بالتعويضات، ورأوا أنه كان على الواعدين السابقين الاتصال بهم ليقدموا لهم اقتراح جديد، لكن هذا القرار تم نقضه من طرف محكمة النقض الفرنسية، التي قررت أن التزام حسن النية يفترض (يقتضي) وجود علاقات تعاقدية، وأن هذه الأخيرة تنقضي عند تخلف الشرط الواقف الذي كانوا خاضعين له، وأن محكمة الاستئناف خرقت الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

دور حسن النية في العقود

مبدأ حسن النية لا يخلو من خصوم هاجموا فكرته واعترضوا عليها، وأهم تلك الاعتراضات ما يلي:

— قيل عنه بأنه يتضمن مبدأ أخلاقياً، ونصوص القانون يجب أن تقتصر على وضع مبادئ والتزامات قانونية، فلا تضع مبادئ أخلاقية، فإذا كان من الضروري رفع هذا المبدأ الأخلاقي إلى منزلة الالتزام القانوني والنص عليه في القانون، فمن الواجب أن تحدد نصوص القانون مضمون هذا المبدأ، وكيفية تطبيقه على المعاملات التي ينظمها، وبيان الجزاء المترتب على مخالفته⁽²⁾.

— قيل أن تطبيق مبدأ حسن النية له آثار اقتصادية سلبية بوضعه عوائق أمام النشاط الاقتصادي دون تحقيق مردود، فهو يؤدي إلى الزيادة في كلفة التعاقد وخاصة فيما يتعلق بمرحلة التفاوض في العقد.

(1) (La question se pose lorsque le contrat n'existe plus. Faut-il continuer à respecter l'obligation d'exécution de bonne foi ? La Cour de cassation a répondu à cette question dans un arrêt du 14 septembre 2005. En l'espèce, une promesse de vente avait été conclue sous la condition suspensive que le bien vendu soit libéré de toute occupation au jour de la vente par acte authentique. Or, cette condition ne s'étant pas réalisée dans le délai contractuellement convenu, la promesse était devenue caduque. Un peu plus de trois mois après la disparition de ce contrat, les ex-promettants avaient vendu l'immeuble à d'autres acquéreurs. Les bénéficiaires de la promesse disparue demandèrent des dommages-intérêts. Les juges du fond leur accordent des dommages-intérêts estimant qu'ils auraient dus être contactés pour leur soumettre une nouvelle proposition. Mais cette décision sera censurée par la Cour de cassation parce qu' *"en statuant ainsi, alors que l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli, la Cour d'appel a violé"* l'article 1134 al. 3 du Code civil.). Voir: Amandine Assailit, Ibid.

(2) نقلا عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 98.

كما أنه يحد من الحرية الاقتصادية التي يتمتع بها الأفراد، ويعطي للقضاء مجالاً للتدخل في أمر يعتبر شأناً خاصاً بالطرفين، وعلى حساب حرية الفرد في تخطيط وتنظيم شؤونه الخاصة. ويعتبر أيضاً التزاماً مرهقاً فهو يفرض على أحد الطرفين أن يتصرف لما فيه مصلحة الطرف الآخر، على حساب مصلحته الخاصة⁽¹⁾.

— قيل بأن هذا المبدأ يلزم المتعاقدين بما وراء السطور، ويعطي القاضي سلطة خطيرة لأنه بموجبها يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي ذلك إهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾.

— قيل بأنه ذو طبيعة شخصية، تستوجب بحوثاً نفسية في غاية الصعوبة والخطورة. وقيل أيضاً بأنه مبدأ غامض جداً ويخل بمبدأ التأكيد في التعاقد، ويؤدي إلى تحكم القضاء، وتعدد القرارات القضائية بصدد حالات ووقائع مماثلة (أي نتائج متباينة ومتعارضة في التطبيق)⁽³⁾.

— هناك من ذهب إلى القول بقلة الجدوى من دور التزام حسن النية الذاتي في تنفيذ العقود، لأن مفهوم حسن النية الذاتي — حسب هذا الرأي — هو مجرد مفهوم قانوني زائد عن الحاجة، وبالتالي التزام حسن النية اليوم — حسب هذا الرأي — يجب أن يكون ضمن ما يكونه أساساً قانونياً موضوعياً أو يختفي⁽⁴⁾. وقال البعض أن من الأسباب الجوهرية لعدم الأخذ بمبدأ حسن النية هو الأخذ بالمعيار الموضوعي في تكوين وتنفيذ العقد، هذا المعيار لا يأبه لنية طرفي العقد ولا يقيم وزناً لبواعثها الداخلية، ولهذا كان من البديهي أن لا يجد مبدأ حسن النية طريقاً سهلاً لنظرية العقد⁽⁵⁾.

— هناك من قال بعدم جدوى مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن العقدي، وذهب إلى ذلك الدكتور بودالي محمد فقال: (إذا علمنا أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد. فإن ذلك قد يفسر انعدام الاجتهاد القضائي في هذا المجال. ويؤدي إلى القول بعدم

(1) نقلاً عن: يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 06، 07.

(2) أنظر: الأعمال التحضيرية المصرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني. نقلاً عن:

أديب استانبولي؛ شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، نصوص قانونية - أعمال تحضيرية - مذكرات المشروع التمهيدي - اجتهاد قضائي - تعليقات فقهية، من المادة 1 حتى المادة 164، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1992، ص 656.

(3) نقلاً عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 120.

مبدأ التأكيد مفاده أن للمتعاقد أن يكون بمأمن من المسؤولية التعاقدية إلا إذا دخل في التعاقد وألزم نفسه من خلال ما ورد فيه.

(4) من بين الفقهاء الذين ذهبوا إلى ذلك: الفقيه G.LYON CAEN، والفقيه A.RIEG، والفقيه Y.PICOD.

أنظر: د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 112، 113.

(5) ذهب إلى ذلك: يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 07.

جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن التعاقدى (1).

و ردا على هذه الانتقادات الموجهة لمبدأ حسن النية، نقول بأن هذا المبدأ يلعب دورا لا يستهان به في مختلف العقود والمعاملات القانونية:

— فهو من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق سواء كان ذلك على مستوى القانون العام أو على مستوى القانون الخاص (2)، وسواء عند تنفيذ العقد أو خلال المرحلة السابقة على تنفيذه (3). وهو أيضا من المبادئ الموجهة في مجال التجارة لا يمكن تجاهله (4). كذلك مبدأ حسن النية هو مبدأ فسيح المدى واسع النطاق يتسع ليشمل جميع التصرفات والعقود، لدرجة أن الفقه نظر إليه نظرة الإكبار والتقدير إلى حد جعل البعض يقول: (والمبدأ كما ترى متواضع العنوان ويختفي هذا التواضع إذا استقرأت منه المعنى في تطبيقات المحاكم، وحتى هذا العنوان المتواضع كثيرا ما يفسح الطريق في كتابات بعض الكتاب لأضخم الأسماء وأهميتها فلا يرتضون عنه بديلا أقل من اسم التضامن الاجتماعي، تلك أسماء ضخمة ولكنها لا تعني في الواقع أكثر مما يعني مبدأ حسن النية، ولا تتسع لأكثر مما تتسع له (5).

(1) د/ محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 53.

كما قال الدكتور بودالي محمد في موضع آخر: (إذا راجعنا القانون الجزائري عموما، فإننا لا نصادف فيه مبدأ عاما يضمن بشكل مباشر توازن العقد. إلا أن القواعد العامة في القانون المدني تضمنت عددا من التقنيات التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي).

ونلاحظ هنا بأن الدكتور بودالي محمد، في نظرنا، قد وقع في تناقض، فمن جهة يضع قاعدة حسن النية من بين التقنيات القانونية العامة المتاحة لتحقيق التوازن العقدي بين الشروط التعسفية (الغبين والاستغلال، قاعدة حسن النية، نظرية السبب)، ومن جهة أخرى يذهب، في موضع آخر سبق ذكره، إلى القول بعدم جدوى مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن العقدي. أنظر: د/ محمد بودالي، المرجع نفسه، ص 48.

(2) يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 01.

وصف أيضا مبدأ حسن النية بأنه مبدأ عالميا تأخذ به كافة النظم القانونية دون استثناء، و وصف كذلك بأنه مبدأ جوهرى ومبدأ حيوي وغير ذلك من الأوصاف. أنظر:

يزيد أنيس نصير، المرجع نفسه، ص 02 ؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 118.

(3) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 170.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 107.

(5) قال بذلك الدكتور حلمي بهجت بدوي. نقلا عن: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 450.

وقال الدكتور السيد بدوي: (إن القانون لو لم ينص على هذا المبدأ لكان قد اتخذ سبيله في القضاء تطبيقا بلغ مع عمومه حدا اقتضى التشريعات أن تتناوله بالصياغة...)، وبالتالي حسب الدكتور السيد بدوي فإن هذا المبدأ هو من المسلمات واجبة التطبيق دون حاجة إلى نص عليه. نقلا عن: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، هامش 02 ص 450.

— مبدأ حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي⁽¹⁾. وهنا ننوه إلى أن هناك من يعتبر أن القاعدة الأخلاقية أسمى من القاعدة القانونية، ويعتبر ذلك تطورا نحو قواعد أفضل إذا أخذ المشرع بها⁽²⁾، وهذا ينطبق على مبدأ حسن النية، لأنه لعب دورا مهما في تطوير قواعد القانون التي تنظم المعاملات⁽³⁾.

— أما بالنسبة لعدم النص على جزاء على عدم احترام حسن النية، فقد قيل — ردا على ذلك — بأن من الأفضل ترك جزاء عدم احترام حسن النية لتقدير القضاء ليقرره بالكيفية التي تتناسب مع ظروف كل قضية على حدة بما يحقق قدرا من المرونة⁽⁴⁾.

— مبدأ حسن النية يؤدي إلى تسهيل عمل القضاء، لأن المرونة التي يحققها، تعد من ضرورات العمل القضائي المتمثل في محاولة إيجاد الحلول الواقعية للوقائع المعروضة أمام القاضي بتفاصيل وخصوصية قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة للقانون. وبما أن مبدأ حسن النية، يؤدي إلى تسهيل عمل مؤسسة القضاء، فهذا يعني أن حسن النية يحقق وظيفة مؤسسية⁽⁵⁾.

— مبدأ حسن النية يؤدي إلى التخفيف من شدة تنفيذ الاتفاقات تنفيذا حرفيا، أي أنه يخفف من شدة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعطي لأحد المتعاقدين حق التمسك بما ورد في العقد حرفيا حتى ولو أضر هذا التمسك بالطرف الآخر. وهذا يعني بأن مبدأ حسن النية يؤدي إلى الموازنة بين تنفيذ العقود طبقا لما تقضي به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبين مبدأ عدم الإضرار بالغير في التصرفات⁽⁶⁾.

— يهدف إلى حماية الثقة والائتمان وحماية الأوضاع الظاهرة فيؤدي إلى المحافظة على استقرار التعامل، ويهدف أيضا إلى تحقيق العدالة بين أطراف العقد فيحافظ على التوازن بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد. كما يهدف إلى حماية الحقوق (خاصة حماية الطرف الضعيف)، والتخفيف من المخاطر الاقتصادية التي تصيب الأطراف في علاقاتهم ببعضهم البعض⁽⁷⁾.

— كما يقول الدكتور محفوظ لعشبة أن مبدأ حسن النية: (يؤلف كلا لا يتجزأ ومجال تطبيقه يشمل طبقا لما يدل عليه هذا المحتوى سواء للأطراف المتعاقدة أو الغير، أو ما يحيط بالعقد من ظروف

(1) قال بذلك العميد Ripert. نقلا عن: جاك غستان، المرجع السابق، ص 269.

أنظر أيضا: د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 438 ؛ د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 10.

(2) نقلا عن: د/ محفوظ لعشبة، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 25.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 99.

(4) نقلا عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 100.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 165، 166.

(6) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 319.

(7) يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 14 ؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 14 ؛ د/ عبد الحليم عبد

اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 321.

اقتصادية واجتماعية تختلف من مجتمع إلى آخر، ومن اتجاه إلى آخر. وعليه فإن مبدأ ((حسن النية)) ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة أخلاقية يجب أن تسود جميع أعمال الفرد والجماعة قصد الوصول إلى التطبيق السليم لمختلف المعاملات والعلاقات التعاقدية سواء في القطاع العام أو الخاص⁽¹⁾.

— مبدأ حسن النية يظهر كمكمل لمبدأ العدالة⁽²⁾، لأن الهدف الرئيسي منه، هو تحقيق المساواة الواقعية المسلوقة من الأطراف المتعاقدة الضعيفة⁽³⁾.

— مبدأ حسن النية استخدم لتبرير الكثير من النظريات القانونية، منها نظرية الظروف الطارئة ونظرية التعسف في استعمال الحق. كما أنه شرط لتطبيق نظريات أخرى، كالأوضاع الظاهرة، وكسب الملكية، وأحكام التقادم الخمسي، ورفع الدعوى البوليصة في إحدى فروعها. كما قد يترتب على توفره لدى الشخص، التخفيف من مقدار التعويض المترتب بذمته في بعض الحالات⁽⁴⁾.

— الأخذ بمبدأ حسن النية يؤدي إلى مرونة القانون وتطبيقه، فيساهم في إرساء قواعد ذات طبيعة نسبية ومرنة، ويساهم في تطوير قواعد جامدة. وسبب ذلك هو أن عدم حصر القانون لحالات الأخذ بحسن النية في العقد، يسمح للقاضي بأن يجتهد ويمعن النظر في الحالات العديدة التي تعرض عليه للفصل فيها، ويمكن بذلك مواكبة المستجدات التي تطرأ في الحياة العملية بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية في أي زمان وأي مكان⁽⁵⁾. وخير دليل واقعي على ذلك هو ما حدث لكل من التقنين البروسي الصادر عام 1788م والقانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804م، إذ أن الأول سرعان ما أكل عليه الدهر وشرب، وطواه النسيان بعد الفشل، لأنه حاول أن يعطي أدق تنظيم قانوني لكل مسألة يمكن تصورها، أما الثاني فقد ظل حيا منذ صدوره إلى غاية يومنا هذا بفضل عموميته لأنه عالج المسائل القانونية بمبادئ عامة واسعة، وترك للقضاة مهمة التوفيق بين القانون وبين مطالب الحياة الاجتماعية التي تتجدد من حين لآخر⁽⁶⁾.

— كما أن القول بأن مبدأ حسن النية يؤدي إلى تحكم القضاء، قد رد عليه بأن ذلك نظرة تشاؤمية للقضاة، وهو يخالف المبدأ القانوني القائل بأن الأصل في الإنسان براءة الذمة، وأنه على فرض وجود انحراف في القضاة، فإن المعالجة الصحيحة لمثل هذه الظاهرة ليس في تقييدهم ووضع قواعد جامدة لهم

(1) د/ محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المرجع السابق، ص 83.

(2) جاك غستان، المرجع السابق، ص 261.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 158.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 13.

(5) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 438.

(6) نقلا عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 163، 164.

للحكم بموجبها، بل الصحيح هو تحسين طريقة اختيار القضاة، وتأهيلهم، بدلا من الخشية من تعسفهم، أو الانحراف عن جادة الحق، وحكم القانون⁽¹⁾.

– وقيل أيضا بأن مبدأ حسن النية في العقود، له وظيفة مزدوجة (نظرية وفنية): الوظيفة النظرية الذاتية (تترجمها عبارة حسن النية الذاتية)، والوظيفة الفنية الموضوعية (تترجمها عبارة حسن النية الموضوعية). فالوظيفة النظرية الذاتية (أي الوظيفة النظرية ذات الطبيعة القانونية الذاتية الإرادية) تتعلق بدوره كمجرد أساس قانوني إرادي أخلاقي غير مباشر للالتزامات الإرادية الذاتية في العقد، أي الالتزامات التي أرادتها الإرادة النفسية الحقيقية والواقعية المشتركة للمتعاقدين هم بعينهم دون سواهما بالنسبة لكل عقد على حدة. أما الوظيفة الفنية الموضوعية (أي الوظيفة الفنية ذات الطبيعة القانونية الموضوعية) تتعلق بدوره كأساس قانوني موضوعي مباشر لترسانة الالتزامات الفرعية الموضوعية والإضافية في العقد⁽²⁾.

– يلعب مبدأ حسن النية دورا أكبر في انعقاد عقد التأمين وتنفيذه، عن الدور الذي يقوم به – نفس هذا المبدأ – في انعقاد أو تنفيذ سائر العقود، فيتميز هنا عقد التأمين عن سائر العقود الأخرى⁽³⁾. لذا نجد كثير من الشراح درجوا على وصف عقد التأمين بأنه من عقود حسن النية⁽⁴⁾. ولا ننسى هنا أيضا بأن عقد الوكالة هو أيضا من بين عقود منتهى حسن النية، وبالتالي يلعب فيه أيضا مبدأ حسن النية دورا أساسيا. – كما يقوم مبدأ حسن النية بوظيفة تكميلية بحيث يتم وفقا له تكملة النقص في العقد وسد فجواته، وذلك أمر يجعله في مصاف الشروط الواردة في العقد⁽⁵⁾.

– حسن النية يؤدي إلى ضمان سلامة رضا الطرف المقابل⁽⁶⁾، ويشجع على التعاون والثقة المتبادلة وتحري الصدق والصراحة في المعاملات، ويُشعر المتعاقدين بالطمأنينة أكثر عند تعاملهم مع بعضهم البعض، فيؤدي هذا إلى نمو وزيادة المعاملات بين الناس، ويحقق وضعًا اقتصاديًا واجتماعيًا متطورًا.

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 165.

(2) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 942.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 187.

(4) ويرجع ذلك إلى أن المؤمن لا يستطيع في كثير من الأحيان أن يأخذ فكرة حقيقية عن الخطر المؤمن منه ودرجة جسامته إلا عن طريق ما يدلي به المستأمن من بيانات، عند طلب التأمين، ولهذا وجب أن يكون طالب التأمين حسن النية في الإدلاء بهذه البيانات، أي يكون حسن النية في إبرام عقد التأمين. أما حسن النية في تنفيذ عقد التأمين، فيكون بالامتناع عن كل ما يؤدي لزيادة الخطر، وإخطار المؤمن بكل ظرف يؤدي إلى زيادة درجة احتمال وقوع الخطر، أو زيادة درجة جسامته، كما على المؤمن له أيضا أن يعمل على الحد من آثار الخطر إذا تحقق. وبالتالي إذا لم يلتزم المؤمن له بحسن النية يكون عقد التأمين قابلا للإبطال لمصلحة المؤمن. أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 190، 191.

(5) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 170.

(6) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 158 ؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 04.

المطلب الثاني

معايير التمييز لحسن النية في العقود

الحسن والقبح من المفاهيم النسبية والمعارية⁽¹⁾، فهما من المفاهيم النسبية لأن مضمونها يتأثر بعوامل الزمان والمكان، فما يعتبر قبيح في مجتمع معين قد لا يعتبر كذلك في مجتمعات أخرى، وما يعتبر قبيح في زمان معين قد لا يعتبر كذلك في أزمنة لاحقة. أما كونهما من المفاهيم المعيارية فذلك لأنهما يحددان بالقياس إلى معيار.

والمعيار هو الذي يعرف به الشيء معرفة مزيلة للبس والإبهام⁽²⁾. أما المعيار القانوني فيعرفه فارس حامد عبد الكريم بأنه: (أداة فكرية مرنة للتوجيه التشريعي والقضائي لتقييم أفكار ووقائع بالاستناد إلى معطيات ومفاهيم اجتماعية وسياسية واقتصادية سائدة مما يترتب عليه تقرير حق أو فرض واجب)⁽³⁾. وما دام الحسن والسوء وصفان يلحقان بالنية، والنية خفية مستترة، فهي إذن في حاجة إلى ضوابط تحكمها⁽⁴⁾، وتعيين الضابط لاستيعاب جميع حالات حسن النية أو سوء النية ليس بالأمر السهل.

فقد خيل للكثيرين بأن معيار حسن النية معيار ذاتي صرف لا ضابط له لأنه يقتضي استقصاء النوايا الباطنية والكشف عن الدوافع النفسية، ولذلك أقدم المشرع الألماني على استبعاده، وأحل محله معياراً مادياً لا يقتضي الكشف عن دخائل النفس ويتمثل في الأمانة والثقة المتبادلة التي يوجبها عرف التعامل⁽⁵⁾. والقول بأن معيار حسن النية هو معيار موضوعي فقط، هذا يعني أن نخرج حسن النية عن طبيعته الذاتية، ونجعله ذا طبيعة مادية بحتة، مما جعل البعض من الفقهاء يرد بأن ذلك غير دقيق لأن حسن النية مبدأ ذو طبيعة ذاتية لا يجوز تجاهلها ولا يصح إنكارها، والقول بعدم ذاتية حسن النية يؤدي إلى تجاهل الدور الهام للنية في التصرفات القانونية⁽⁶⁾.

(1) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 47.

(2) فارس حامد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 8.

كما عرف المعيار بأنه: (نموذج أو مقياس مادي أو معنوي لما ينبغي أن يكون عليه الشيء). أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، المرجع السابق، ص 188.

(3) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 16.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 95.

(5) أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ/ د/ عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 12.

(6) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 308.

أما القائلين بأن لحسن النية معيارا ذاتيا شخصيا فقط، فهم متأثرون بمفهوم حسن النية في نظرية الحيازة وأحكام الظاهر والتقدم الخمسي، وحماية الغير حسن النية، لأن المشرع في الكثير من القوانين يقرر لحسن النية، وفق هذا المفهوم، معيارا ذاتيا بحسب الأصل، ولو أنه أرفقه بمعيار موضوعي وهو إمكانية العلم، وسهولته من قبل المدين⁽¹⁾.

أما لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري، فقد قامت بحذف المعيار المادي المتمثل في (ما يقتضيه العرف في شرف التعامل) استنادا إلى أن (عموم تعبير حسن النية فيه ما يغني عن هذا المعيار المادي)، لذلك ذهب العلامة السنهوري إلى القول بأن المشرع المصري تبنى معيارا ذاتيا فقط قوامه نية العاقد والذي أخذ به المشرع الفرنسي، وعزف عن الأخذ بالمعيار المادي الذي أخذ به المشرع الألماني⁽²⁾. ولكن الحقيقة هي ما ذهب إليه بعض الفقهاء في القانون – معارضين بذلك السنهوري – إذ يؤيدون الحذف الذي قامت به لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري، فهذا الحذف حسبهم هو ليس عزوفاً عن الأخذ بالمعيار المادي الذي أخذ به التقنين الألماني، لأنهم يرون أن اصطلاح حسن النية من السعة بحيث يسمح بتقدير حسن النية أو سوءها وفقا للمعيارين معا⁽³⁾.

وهذان المعياران الذاتي والمادي متكاملان، لأن حسن النية كمعيار ذاتي صرف يقتضي الوقوف عند نية الشخص الباطنة وهو أمر يفضي إلى صعوبة الكشف عن النية واستحالة استقصائها أحيانا، لذلك القاضي عادة يقوم بالاستعانة بمعايير مادية ليصل إلى هذه النية، ومن بين هذه المعايير: العرف وقواعد

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 185.

(2) فالسنهوري يرى أن حذف عبارة " شرف التعامل "، يدل على حذف المعيار المادي الموضوعي لحسن النية والإبقاء على المعيار الشخصي فقط.

وقد ذهب مثل ذلك الدكتور وليد صلاح مرسي رمضان، فهو أيضا لا يحبذ الجمع بين المعيارين ويثمن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي – حسب اعتقاده في اتخاذ المعيار الشخصي لوحده – ويعتبره تفوق على النظم الوضعية في تحقيق العدالة بين الناس، ويقول بصدد ذلك: (أما القانون، فوفقا لما ذهب إليه بعض شراحه، أنه يجمع بين المعيارين، الشخصي والمادي، وفي هذا تخبط، لأن القياس على شخص آخر فيه إجحاف بالشخص صاحب التصرف الذي يقاس تصرفه، هل تم بحسن نية أم لا ؟). أنظر: د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 271.

وعكس ذلك ذهب بعض الباحثين إلى أن المشروع التمهيدي لم يجمع بين معيارين ولم يجعل منهما معيارا ذاتيا مستمدا من حسن النية، ولكن جمع بين ضابطين كلاهما موضوعي، لكن الأول منهما مستمد من مقتضيات حسن النية، والثاني منهما مستمد من شرف التعامل. نقلا عن: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 307، 308.

(3) د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 178.

المهنة ونزاهة التعامل⁽¹⁾. إضافة لذلك، فإنه لا يمكن الأخذ بالمعيار الذاتي لوحده، لأنه معيار غير منضبط وغير مستقر والقاضي يملأ مضمونه وفقاً لكل حالة على حدة، وبالتالي قد يكون أداة للتحكم القضائي واختلاف الأحكام رغم تشابه الوقائع، وهذا ما دعا إلى ضبط هذا المعيار – كما سبق ذكره – بضوابط موضوعية⁽²⁾.

ولهذا ذهب الدكتور علي علي سليمان إلى القول بأن: (حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي (Le bon père de famille)⁽³⁾.

و في الفقه الإسلامي، حسن النية في التصرفات يقاس بمعيارين متكاملين أحدهما ذاتي يرجع فيه إلى نية المتصرف وقصده الداخلي الذي يجب الرجوع إليه أولاً، وثانيهما موضوعي يرجع فيه إلى موضوع التصرف وشكله الظاهر، ويلجأ إليه عند العجز عن معرفة اتجاه نية المتصرف⁽⁴⁾.

لكن الدكتور وليد صلاح مرسي رمضان يرى بأن في الفقه الإسلامي، يقاس حسن النية بالمعيار الشخصي الذي ينظر إلى تصرف الشخص المتعاقد نفسه، ولا يقاس بالمعيار المادي الذي ينظر إلى شخص آخر، لأن تحقيق العدالة التي جاءت بها الشريعة يكون من خلال مراعاة الاختلاف بين الناس في الأمزجة والطباع، وهذا لا يتم حسب الفقه الإسلامي إلا من خلال المعيار الشخصي الذي يميز بين حسن النية وسيئها⁽⁵⁾. كما يرى الدكتور وليد صلاح مرسي رمضان بأن المعيار في الفقه الإسلامي هو قدرة الإنسان وطاقته، وهو بلغة القانون معيار شخصي وليس معيار مادي، كما يرى بأن هذا المعيار الشخصي يظهر بشكل واضح في قوله تعالى: { لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا }⁽⁶⁾.

(1) أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ د/ عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 12 ؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 308 ؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 261، 262 ؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 185 ؛ د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 388 ؛ د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 178.

وذهب إلى ذلك أيضاً عبد الجبار ناجي الملا صالح، فقال: (والواقع أن حسن النية في تنفيذ العقود، يقاس بالمعيارين، الذاتي والموضوعي، فعلى المتعاقد أن يتجنب الخطأ العمد تجاه المتعاقد الآخر، فإذا تجنب الخطأ العمد فمن الواجب عليه لكي يتصف بحسن النية تماماً أن يتجنب بالإضافة إلى ذلك خطأ الإهمال، وهو الخطأ الذي يقدر كلا عنصريه بمعيار موضوعي). نقلا عن: د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، هامش 1 ص 268.

(2) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 106.

(3) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 260.

(5) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 271.

(6) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع نفسه، ص 252.

وهناك أيضا من يذهب إلى القول بأن الفقه الإسلامي معروف عنه أنه لا يقيم وزنا واعتبارا للنوايا الباطنية في إبرام العقود فهو يأخذ بالمعيار الموضوعي ولهذا لا يحفل بمبدأ حسن النية والذي هو أمر شخصي، وموقفه - أي الفقه الإسلامي - قريب من النظام الإنجلوسكسوني⁽¹⁾.

وعموما، فإن الراجح لدينا في هذا الصدد، هو أن حسن النية بلا شك يقاس بمعيار ذاتي وبمعيار موضوعي في آن واحد، وهذين المعيارين يصبان في مصب واحد، وهو امتناع المتعاقد من الإتيان بعمل يضر بمصلحة المتعاقد الآخر أو الحصول منه على كسب غير مشروع، سواء كان هذا العمل متعمدا أو غير متعمد⁽²⁾.

وبما أن حسن النية وسوء النية يتم التمييز بينهما من خلال جمع كلا المعيارين المادي والشخصي معا دون أن ينفرد أحدهما عن الآخر، فإننا سنتناول هذين المعيارين فيما يلي:

الفرع الأول

المعيار الذاتي لحسن النية⁽³⁾

إن المعيار الذاتي لحسن النية في العقد، يقصد به النظر إلى نية المتصرف المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء، وبالتالي البحث عن العوامل النفسية التي حركت النية. أما أساس المعيار الذاتي لمبدأ حسن النية في التصرفات بصفة عامة والعقود بصفة خاصة، فهو فكرة العدالة وقواعد الأخلاق⁽⁴⁾.

وحسن النية الذاتي هو حالة ذهنية، أي موقف نفسي للشخص يتم الكشف عنه من خلال دلائل خارجية، يمكن تقديرها ووزنها وفقا لمعايير قانونية موضوعية، حسب سلوك الرجل المعتاد، ليتم الحكم بحسن نية الشخص من عدمه، أي بمعنى آخر يتم البحث في الذات عن حقيقة الاتجاه الإرادي لنتهي إلى حسن النية تبعا لقرائنه الدالة عليه⁽⁵⁾.

ويمكن تطبيق المعيار الذاتي لحسن النية في حالات كثيرة لا يمكن لنا فيها قياس أو تقدير الالتزام المترتب على طرف ما بشكل موضوعي، فالالتزام بوسيلة والذي تترك فيه هذه الوسيلة إلى السلطة

(1) يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 12.

(2) د/ رياض عيسى، المرجع السابق، ص 242.

(3) المعيار الشخصي (الذاتي) عرف بأنه: (معيار من شأنه أن تقاس مسؤولية الشخص بالنظر إلى شخصه هو). أنظر:

مجمع اللغة العربية، معجم القانون، المرجع السابق، ص 142.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 295.

(5) أب وولد أمباري، المرجع السابق، ص 25.

التقديرية للشخص الملتزم يصعب قياسه أو تقديره، وأيضا جميع الالتزامات التي تعتمد في أساسها على المحاكمة العقلية للشخص الملتزم أو تقديره أو إدراكه أو فهمه الشخصي حيث يرجع فيها إلى المعيار الذاتي⁽¹⁾.

ويؤخذ أيضا بالمعيار الذاتي لحسن النية عندما يتطلب القانون علم أو جهل الشخص بواقعة معينة يرتب عليها أثارا قانونية محددة.

وفي المعيار الذاتي لا تقوم المسؤولية إذا ثبت أن الشخص تصرف بحسن نية ولم يكن يقصد إحداث الضرر، بينما قد تقوم مسؤولية الشخص إذا تصرف بسوء نية ولو لم يحدث ضرر نتيجة سلوكه⁽²⁾. أي أن المتعاقد يكون حسن النية ذاتيا في العقد عندما لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر سواء في إبرام العقد أو تنفيذه، لأن نية الإضرار تنفي حسن النية⁽³⁾. وبمعنى آخر نية الإضرار بالغير هي سوء نية ذاتي⁽⁴⁾.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني: (ولا أكون مغاليا إذا قلت: أن نية الإضرار بالغير في التصرفات، هي سوء النية في أبشع صورة وأشد حالاته)⁽⁵⁾. كما يقول أيضا في موضع آخر: (نية الإضرار في التصرفات إذا وجدت تزيد سوء النية عمقا وصعودا فتجعله تدليسا أو غشا أو تواطؤا، ذلك أن هذه الصور تكون نية الإضرار فيها متوافرة بصورة منافية للأخلاق، كما أن نية الإضرار هي التي تميز هذه الصور عن بعضها، ذلك أنه إذا وجدت نية الإضرار في تكوين العقد جعلت سوء النية تدليسا، وإذا وجدت في تنفيذه جعلت سوء النية غشا، وإذا اشترك طرف ثالث في التدليس أو الغش كان سوء النية تواطؤا فحسن النية إذن: أعم من أن يكون انتفاء نية الإضرار، كما أن سوء النية أعم من أن يكون في نية الإضرار)⁽⁶⁾.

وقد نصت العديد من التشريعات على حسن النية الذاتي⁽⁷⁾، ومن بينهم القانون المدني الجزائري، فنص

(1) يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 12.

(2) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 122.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 297.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 306.

(5) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 263.

(6) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 304.

أما الاستدلال على نية الإضرار بالغير، فيتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي، في أن ذلك يتم من خلال: التصرف مع انعدام المصلحة الجدية المشروعة، أو التصرف مع العلم بالضرر الذي يصيب الغير. أنظر:

د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 303.

(7) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 296.

على الغلط والعلم بواقعة والجهل بواقعة⁽¹⁾، وغيرها من التطبيقات التي سنوردها في هذه الدراسة.

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي لحسن النية (المعيار المادي)⁽²⁾

رغم أن المعيار الموضوعي في الوقت الحاضر يهيمن تشريعاً وفقها وقضاء على قواعد المسؤولية المدنية ويغطي معظم المجالات التي تتناولها، إلا أنه لا يحل محل المعيار الذاتي أو يزيحه بالمرّة⁽³⁾. ويمكن تطبيق المعيار الموضوعي لحسن النية في حالات لا يمكن لنا فيها قياس أو تقدير الالتزام المترتب على طرف ما بشكل ذاتي، فإذا كان محل الالتزام مثلاً الالتزام بنتيجة محددة، أو يتعلق بكفاءة وقدرة الملتزم أو يتعلق بكفاءة أو قدرة أجهزة أو مواد فإن المعيار الموضوعي هو الذي يتوجب تطبيقه لأن مثل هذه الأمور يمكن قياسها أو تقديرها بشكل موضوعي صرف⁽⁴⁾.

كذلك مخالفة أحكام القانون وقيم المجتمع يعد قرينة قانونية قاطعة تفرض على الشخص سلوكاً معيناً حتمياً، إذ أن الشخص إذا خالف أحكام القانون وقيم المجتمع يعتبر كأنه قصد تلك المخالفة، من دون حاجة للنظر إلى حقيقة الواقع أو حقيقة اتجاه إرادته⁽⁵⁾. وفي هذا الصدد، نجد المشرع في القانون المدني قد نص على أن العقد لا يلزم كلا من المتعاقدين بتنفيذ ما تناوله من التزامات فقط بل يلتزم كل منهما أيضاً بتنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزمات، سواء التي وردت في نصوص قانونية، أو التي يقتضيها العرف،

(1) فمثلاً نصت الفقرة الأولى من المادة 824 ق.م.ج على ما يلي: (يفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم).

هذه الفقرة الأولى من المادة 824 ق.م.ج، المقابلة للفقرة الأولى من المادة 965 من القانون المدني المصري، بينت بأنه لا يكفي لكي يكون الحائز حسن النية تماماً أن يجهل بأنه يعتدي على حق الغير - حسن النية الذاتي - وإنما اشترطت لاعتباره كذلك ألا يكون جهله مبنيًا على خطأ جسيم - حسن نية موضوعي - فنص هذه الفقرة قد جمع بين المعيارين الذاتي والموضوعي، لأن أحدهما لا يكفي لحماية الحائز، وإنما الذي يحميه نص الفقرة كاملاً هو حسن النية التام.

أنظر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 306.

(2) المعيار الموضوعي (المادي) عرف بأنه: (المعيار الذي لا ينظر إلى شخص المسؤول، بل يرجع في تقدير المسؤولية إلى شخص عادي على درجة معقولة من اليقظة والتبصر). أنظر: مجمع اللغة العربية، معجم القانون، المرجع السابق، ص 143.

(3) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 107.

(4) يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 12.

(5) أب ولد أمباري، المرجع السابق، ص 25 ؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 305.

أو تتطلبها العدالة بحسب طبيعة الالتزام. أي أن القانون والعرف ضوابط موضوعية يستدل بموجبها على حسن النية⁽¹⁾، وبالتالي يكون الشخص سيء النية موضوعيا إذا لم يتبع ذلك.

ومثال ذلك إذا فرض المشرع طريقا معيناً يجب اتباعه، كما في حالة نقل ملكية العقارات، حيث فرض طريقاً يجب على المشتري اتباعه، وهذا الطريق هو القيام بتسجيل العقار محل العقد، فإذا قام المشتري باتباع هذا الطريق الذي رسمه المشرع كان حسن النية أما إذا قصر وأهمل في ذلك كان سيء النية موضوعياً وإن كان حسن النية ذاتياً. ولذلك لو حدث وباع البائع العقار مرة ثانية وقام المشتري الثاني بتسجيل عقده، فإنه يفضل عن المشتري الأول المهمل ما لم يكن هناك تواطؤ بين البائع والمشتري الثاني⁽²⁾.

وهذا يعني أيضاً بأن الشخص يكون حسن النية موضوعياً عند انتفاء الإهمال والتقصير، وبالتالي الإهمال والتقصير هو سوء نية موضوعي⁽³⁾.

كذلك اشتراط علم الشخص لتحقيق الأثر القانوني رغم أنه معيار ذاتي، إلا أن اشتراط أن يكون من السهل عليه العلم هو معيار موضوعي، لأنه عبارة عن ما ينبغي أن يعلمه شخص معتاد من نفس طائفة الفاعل وإن لم يعلمه المدعى عليه ذاته بتقصير منه لأنه كان ينبغي عليه أن يعلم⁽⁴⁾.

وقد يكون التوازن بين مصالح المتعاقدين هو المعيار الموضوعي لحسن النية، فإذا تصرف الشخص بكل حيطة وحذر وكان له في تصرفه مصلحة، ولكن أصاب تصرفه الغير بأضرار رغم أنه لم يقصد الإضرار والإهمال في تصرفه، فتصرفه هنا رغم أنه مشروع إلا أنه يحدث اختلال في توازن المصالح المتعارضة في العقد، لأن استعماله لحقه المشروع أضر بمصالح الغير، فهنا تجرى المقارنة بين مصلحة من له الحق في التصرف التي تعود عليه من جراء استعماله، وبين الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذا الاستعمال، ويستخدم القاضي معايير الموازنة والترجيح بين درجات هذه المصالح المتعارضة، فيرجح مصلحة على أخرى، فإن توصل إلى أن مصلحة المتصرف مرجوحة، وأن الأضرار التي أصابت الغير هي الراجحة كنا أمام سوء نية موضوعي، وإن توصل إلى أن مصلحة المتصرف راجحة، وأن الأضرار التي أصابت الغير هي المرجوحة كنا أمام حسن نية موضوعي⁽⁵⁾. ويذهب في هذا الصدد الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني إلى درجة القول بأنه يمكن اعتبار التوازن بين المصالح هو المعيار الموضوعي لحسن النية والمعايير الأخرى الموضوعية ترجع إليه⁽⁶⁾.

(1) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 105.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، هامش 1 ص 99.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 306.

(4) فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 105.

(5) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 295، 296.

(6) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 293.

إضافة لما سبق، فإن من بين المعايير الموضوعية أيضاً للتمييز بين حسن النية وسوء النية: نزاهة التعامل، والأمانة، والثقة، والمعقولية، والعدالة⁽¹⁾، ومعيار الرجل المعتاد (رب الأسرة الحريص)⁽²⁾.

لكن معيار الرجل المعتاد⁽³⁾، ليس مقبول عند الدكتور نعمان خليل جمعة، فقد قال: (...وغير مقبول أيضاً استعارة معيار الرجل المعتاد المستخدم في تحديد معنى الخطأ لكي نستخدمه في مجال حسن النية، فالخطأ من ناحية، سلوك خارجي يمكن إخضاعه لمعيار موضوعي، بينما النية عنصر نفسي داخلي، ومن الصعب فصله عن باقي العناصر المكونة لداخل الإنسان وتقييمه خارج هذا النطاق. المعيار الموضوعي في مثل هذه الحالة قد يؤدي إلى نتائج مخالفة للواقع وظالمة. ومن ناحية أخرى ظهر معيار الرجل المعتاد في مجال الخطأ لتحديد الواجبات العامة التي يجب احترامها. ومجال الواجبات العامة يكون عند انتفاء قصد الإضرار بالغير، وعند عدم وجود واجب محدد عقلي أو قانوني، لأن المجتمع استقر على ضرورة احترام حد أدنى من الواجبات التي تجد مصدرها ليس فقط في قواعد القانون، وإنما أيضاً في قواعد السلوك الأخرى مثل قواعد الدين، والأخلاق، والمجاملات الاجتماعية. ونظراً لأن هذه القواعد تسعى إلى المثالية فإنها متشعبة وشاملة. ومن هنا لزم معيار الرجل المعتاد ليقصر الاحترام على الواجبات المعقولة والتي تكون الحد الأدنى اللازم لاستقرار النظام في المجتمع. إذن الرجل المعتاد هو معيار لقياس السلوك غير العمدي وحيث لا يوجد واجب قانوني محدد. فما حاجتنا إلى هذا المعيار والحسن والسوء في النية عمديان، لأن أي منهما ليس سوى قرار داخلي يتخذه صاحبه، فالنية هي القصد، وهي انعقاد العزم، فلا يوجد في هذا المجال أمر غير محدد، أو غير عمدي حتى نلجأ إلى وحدة قياس نقيمه بها، فالأمر هنا بالغ التحديد فالنية إما سيئة وإما حسنة⁽⁴⁾.

ومن خلال ما قاله الدكتور نعمان خليل جمعة، عن معيار الرجل المعتاد كمعيار لحسن النية، يمكن القول بأنه — في نظرنا — لا يعترف بالمعيار الموضوعي لحسن النية، ويعتبر حسن النية معيار ذاتي فقط، وهذا يظهر جلياً من خلال قوله بأن حسن النية: (موقف ذاتي خاص بصاحبه ولا يمكن تقديره إلا

(1) أنظر في مثل هذا المعنى: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 185، 186.

(2) أنظر: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 186؛ فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 86؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

(3) الشخص المعتاد يقصد به شخص مجرد يمثل ما هو وسط بين الأشخاص من حيث الحرص والعناية، الذكاء والفتنة، العلم والخبرة، النزاهة والأمانة. أي استبعاد الصفات الذاتية للشخص، والوقوف عند الصفات العامة التي تتوافر في مجموعة الأشخاص الذين يمثلهم الشخص العادي، وهذا ما جعل معيار الشخص المعتاد هو معيار موضوعي وليس ذاتي. أنظر: د/ جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 360.

(4) نقلاً عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 187، 188.

بالنسبة لشخص معين بخصوص واقعة معينة محددة. فغير مقبول أن نصف شخصا بأنه سيء النية ما لم يثبت بالفعل أنه سيئها⁽¹⁾.

ورغم أن هذا الرأي صحيح إذا وجه كنفذ لمن ذهب إلى القول بقياس حسن النية بالمعيار الموضوعي فقط، غير أنه ليس صحيح قياس حسن النية بالمعيار الذاتي لوحده أيضا، وبالتالي نرجع ونقول أن الأصح في التمييز بين حسن النية وسوء النية، هو الاعتماد على المعيارين الشخصي والموضوعي معا.

(1) نقلا عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 187.

خلاصة الفصل الأول

من خلال هذا الفصل، تبين لنا أن مفهوم حسن النية في العقود قديم قدم الإنسانية، إذ يرجع أصله إلى الاسم الروماني Bona Fides، وهذا المصطلح الروماني قبل أن يصبح ذو مدلول قانوني، فإنه في الأصل كان مفهوما أخلاقيا ودينيا، أي أنه كان يتمثل في الـ FAS ثم أصبح الـ FIDES ثم انتهى به الأمر إلى الـ BONA FIDES الرومانية الشهيرة. وبالتالي مفهوم حسن النية، جاء نتيجة تطور تاريخي ومخاض فكري وفلسفي، وعوامل متعددة ساعدت على وجوده، خاصة عامل تأثر الفقهاء الرومان بالفلسفة اليونانية القديمة القائمة على فكرة القانون الطبيعي والعدالة، وكان رائدهم في ذلك الفقيه الروماني شيشرون الذي بفضلته تحول مبدأ حسن النية من مجال الأخلاق إلى واجب قانوني.

وبذلك ظهر مبدأ حسن النية في العقود بحلول العصر العلمي (130 ق م – 284 م) ، لتخفيف صرامة بعض النصوص القانونية التي قد يؤدي تطبيقها حرفيا إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها. من خلال البحث أيضا عن نشأة مبدأ حسن النية في كل من القانون الروماني والكنسي والفرنسي والجزائري، والشريعة الإسلامية، تؤكد لنا بأن الجذور العميقة والعتيقة لحسن النية في العقود ساهمت بشكل كبير في رسم ملامح وبصمات المفهوم الحديث لحسن النية في العقود، وبالتالي تم التخلي في القانون الحديث عن التمييز بين العقود الذي كان سائدا عند الرومان، والمتمثل في تقسيم العقود إلى طائفتين: عقود حرفية التنفيذ (contrat de droit strict) التي تتدرج تحتها كل العقود الشكلية ، وعقود حسن النية (contrat de bonne foi). وكان الفضل الكبير للفقهاء الكنسيين في تخلي القوانين المعاصرة على هذا التمييز الروماني بين العقود، إذ راجت عندهم فكرة حسن النية في العقود في القرون الوسطى، فساهموا بتعميم حسن النية على جميع العقود، بحيث أنها صارت كلها من عقود حسن النية دون التفرقة فيما بينها وبين عقود القانون الضيق.

تبين لنا أيضا أن القانون المدني الجزائري اتخذ موقفاً مؤيداً لمبدأ حسن النية في العقود، مثل أغلبية القوانين المعاصرة المقارنة، لأن هذا المبدأ يلعب دورا لا يستهان به.

تبين لنا كذلك، أن هناك أدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة وفي فقه الصحابة، تدل دلالة قاطعة على أن الشريعة الإسلامية حثت المسلمين على حسن النية في العقود والتصرفات.

واتضح من خلال هذا الفصل أيضا، أن القانون المدني الجزائري لم يعرف حسن النية، وترك ذلك للفقهاء والقضاء، وعند رجوعنا إلى الفقه والقضاء وجدنا أن إيجاد تعريف موحد لحسن النية في العقد هو أمر يصعب تحقيقه، لأنه اصطلاح واسع. لكن رغم صعوبة تحديد مفهومه، إلا أن ذلك لم يمنع جانب من الفقه من تعريفه، فهناك من يرى أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا، وبالتالي يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب المشرع على العلم بها أثرا قانونيا (المادة 825 ق.م.ج، والفقرة الأولى من المادة 824 ق.م.ج).

وهناك من يرى أن حسن النية هو الغلط المبرر المشروع. وهناك من يرى أن حسن النية ليس هو الجهل بالعيب ولا هو الغلط المبرر أو المشروع، فيرى أن حسن النية ذو معنى عام هو قصد التزام حدود القانون، أو هو - عند البعض الآخر - إرادة مطاوعة القانون.

كما هناك من ينظر إلى مفهوم حسن النية من المنظور العكسي له وهو مفهوم خاص يقوم على أساس استثنائي قوامه استبعاد سوء النية. وهناك من عرف حسن النية في العقد على أساس مفاهيم أخلاقية تحتاج في حد ذاتها لضبط معناها كالإخلاص، والصدق، والنزاهة، والاستقامة، والأمانة، وشرف التعامل، والثقة، والضمير، والتضامن الاجتماعي.

هناك أيضا من يلحق مفهوم حسن النية بمفهوم آخر، فيلحقه بالنظام العام، أو يلحقه بالإنصاف، واعتبر عند البعض مفهوما مستقلا عن ذلك. كما هناك من حاول جمع أنواع سوء النية، رغم أن ذلك شيء مستحيل. وذهب رأي آخر إلى أن هناك طبيعة مزدوجة لمفهوم حسن النية، فهي: أولا وضعية نفسية (التصور الخاطيء)، وهي ثانيا قاعدة سلوك. وجعل البعض معنى حسن النية متمثل في مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد.

من خلال كل هذه التعاريف، اتفقنا مع من قال بأنه: (ليس لمبدأ حسن النية معنى ثابت ومحدد فهو يأخذ معناه من الوقائع الخاصة بكل قضية).

ولنساهم في محاولة إيجاد تعريف لحسن النية في العقد، قلنا حسن النية في العقود هو: (مراعاة عدم الإضرار بالمصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد).

رأينا في هذا الفصل أيضا أن حسن النية هو التزاما قانونيا، وقاعدة قانونية، وفي نفس الوقت مبدأ قانونيا عاما. ويتميز عن جميع ما عداه من النظريات والمفاهيم الأخرى، فيتميز عن حالات حماية غير حسن النية (نظرية الأوضاع الظاهرة، نظرية الحيازة، الصورية، الدعوى البوليسية)، ويتميز أيضا عن كل من سوء النية، والاحتيال على القانون.

ولا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ، وإنما يشمل جميع مراحل العقد، فنص عليه المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأولى من المادة 107 ق.م.ج فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، وضمينا في مرحلة إبرامه (المرحلة السابقة للتعاقد)، وضمينا أيضا في مرحلة تفسيره (من خلال النص على الأمانة والثقة في المادة 111 ق.م.ج)، أما بالنسبة لمرحلة ما بعد انقضاء العقد فحسب محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 14 سبتمبر 2005، فإن التزام حسن النية يقتضي وجود علاقات تعاقدية، وبالتالي لا يستوجب التزام حسن النية بعد انقضاء هذه العلاقة العقدية.

ويقاس حسن النية في العقود بمعياريين متكاملين أحدهما ذاتي يرجع فيه إلى نية المتعاقد وقصده الداخلي الذي يجب الرجوع إليه أولا، وثانيهما موضوعي يرجع فيه إلى موضوع العقد وشكله الظاهر، ويلجأ إليه عند العجز عن معرفة اتجاه نية المتعاقد.

الفصل الثاني

مقتضيات مبدأ حسن النية وأثرها في العقود

تمهيد وتقسيم

بعد أن تعرفنا في الفصل الأول عن ماهية مبدأ حسن النية في العقود، من خلال التطرق للمحة تاريخية عن نشأته، ومعرفة مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود، وكذلك من خلال تناولنا لنطاق حسن النية في العقود ودوره ومعاييرها، تبين لنا أن مبدأ حسن النية يسيطر ويهيمن على جميع العقود، وفي جميع مراحلها، من مرحلة تكوينها، مروراً بمرحلة تفسيرها، انتهاءً بمرحلة تنفيذها، وما يهمننا في هذه الدراسة ليست هذه المراحل التي تمر بها العقود بل هو ما يقتضيه حسن النية فيها، والأثر المترتب على ذلك.

وعلى هذا الأساس، قسمنا هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: مقتضيات حسن النية في تكوين العقود.

المبحث الثاني: مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود.

المبحث الثالث: الأثر المترتب على مقتضيات حسن النية في العقود.

المبحث الأول

مقتضيات حسن النية في تكوين العقود

تحظى مرحلة تكوين العقود بأهمية كبيرة في العقود التقليدية والحديثة (الإلكترونية)، وتستغرق أحياناً وقتاً طويلاً، لما تتضمنه من تحديد لأبعاد التعاقد النهائي وكيفية تنفيذه، فهي تشمل مرحلة المفاوضات ومرحلة صدور الإيجاب ومرحلة القبول، وتنتهي بمجرد اقتران القبول بالإيجاب، فهذا الاقتران هو الحد الفاصل بين المرحلة السابقة على التعاقد وبين مرحلة إبرام العقد، لأن تكوين هذا الأخير يستلزم ركن جوهري وهو التراضي الذي يقوم عند تلاقي إرادتا المتعاقدين (الإيجاب والقبول) بقصد إنشاء علاقة قانونية ملزمة لهما.

وعلى هذا الأساس، سنبحث مقتضيات حسن النية في مرحلة تكوين العقود، من خلال المطالبين

الآتيين:

المطلب الأول: مقتضيات حسن النية في التراضي.

المطلب الثاني: مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود.

المطلب الأول

مقتضيات حسن النية في التراضي

التراضي كما يسميه البعض الرضا، هو ركن جوهري في العقد، ومن مستلزماته أن يكون ثنائياً. والرضا معناه اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين ومحدد، أو هو انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد. وبما أن التراضي هو ركن العقد، فإن ذلك يقتضي أن يكون موجوداً، وأن يكون صحيحاً، إذ أن كل إرادة في انعقاد العقد يلزم لها أن تكون موجودة وصحيحة⁽¹⁾، والتعبير عن هذه الإرادة قد يقوم به الشخص بنفسه، أو يصدر ممن ينوب عنه في ذلك.

وعليه، للتعرف على مقتضيات حسن النية في التراضي، سنتناول فرعين في هذا المطلب، الأول نتحدث فيه عن مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد، أما الثاني نخصه لمقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته.

الفرع الأول

مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد

الأصل هو أن يتم التراضي بين أصليين يتعاقدان بأنفسهما ولحسابهما، لكن رغم ذلك فقد يبرم العقد بطريق ما يسمى النيابة.

والنيابة هي حلول إرادة شخص (يسمى النائب) محل إرادة شخص آخر (يسمى الأصيل) في القيام بتصرف قانوني تنصرف آثاره إلى الأصيل. أي أن إبرام التصرف القانوني بإرادة النائب لا يجعل من هذا الأخير طرفاً في العقد، بل يظل الأصيل الذي يتم العقد باسمه ولحسابه هو طرف العقد الذي تنصرف إليه آثاره مباشرة، فيكسب كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يرتبه من التزامات⁽²⁾، وذلك رغم عدم ظهور الأصيل بشخصه في إبرام العقد، وبالتالي يكون طرفاً العقد هما الأصيل والمتعاقد معه، أما النائب فتنتهي مهمته بإبرام العقد لحساب الأصيل.

(1) د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 73، 74.

(2) فقد قضت المحكمة العليا بأن قضاة المجلس القضائي طبقوا القانون عندما اعتبروا المدير التجاري الذي أمضى البروتوكول بتفويض من الشركة المتعاقدة لم يتجاوز حدود نيابته، وحملوا الشركة مسؤولية العقد.

أنظر: قرار المحكمة العليا، رقم 47734، بتاريخ 1988/04/24، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 03، ص 77. كما نقضت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس القضائي لما قضاوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونياً عندما قاضى الوكيلين دون الأصيل.

أنظر: قرار المحكمة العليا، رقم 59293، بتاريخ 1990/06/27، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01، ص 16.

أشار إليه: أ/ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 45.

ومقتضيات حسن النية في النيابة بإبرام العقود هي نفس المقتضيات التي من الواجب مراعاتها في التعاقد أصلاً، ولكن قد يتطلب القانون، أو الظروف في بعض الحالات التزامات إضافية. وبالتالي على النائب أن يوافق نيته مقتضيات حسن النية في إبرام العقود تجاه من يتعاقد معه لحساب الأصيل، لأن إرادة الأصيل لا تشترك في إبرام العقد محل النيابة. ومن إحدى تلك المقتضيات هو بيان الشخص لصفته عند التعاقد، إذ أن التزام حسن النية يقتضي من النائب أن يبين شخصيته للطرف المقابل، ويعلمه بأنه يتعاقد لحساب شخص آخر نيابة عنه، وخصوصاً في العقود المبرمة بين الغائبين⁽¹⁾، لأن من مقتضى حسن النية في التعامل بصفة عامة، حق كل متعاقد في العلم بصفة المتعاقد معه وما إذا كان يتعاقد أصالة عن نفسه أو نيابة عن غيره، كلما كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار بحسب طبيعة المعاملة أو ظروف الحال⁽²⁾.

أما في التعامل بالوسائل المؤتمتة أي إذا كان العقد مبرماً بطريقة إلكترونية وليست تقليدية، ففي هذه الحالة فإن الذي يلتزم بمقتضيات حسن النية هو الشخص المنشئ، وبالتالي حسن النية يقتضي من المنشئ عند إعداده للبرمجة أن يبين للمتعاقدين معه بأن الذي يجيب على طلباتهم، وعروضهم، وسيط، أو وكيل إلكتروني مؤتمت، وليس شخصاً طبيعياً⁽³⁾.

كما يقتضي حسن النية في النيابة في إبرام العقد، أن تنتفي عيوب الإرادة في إرادة النائب، وبالتالي إذا كانت إرادة النائب معيبة فإن العقد يكون قابل للبطالان لمصلحة الأصيل رغم أن إرادة هذا الأخير لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، أما إذا كانت إرادة النائب سليمة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة فإن العقد صحيح رغم تعيب إرادة الأصيل.

أما من حيث أثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو افتراض العلم بها حتماً، نميز حالتين⁽⁴⁾:

1 - إذا تصرف النائب (الوكيل) دون تعليمات محددة من قبل الأصيل (الموكل): فإن شخص النائب، وليس الأصيل، هو محل الاعتبار من حيث أثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو افتراض العلم بها حتماً، حتى لو كان الأصيل حسن النية، بأن كان لا يعلم بحالة المدين المالية، ومثال ذلك: إذا اشترى

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 297، 298.

مع العلم أنه يكفي لإعلام المتعاقد معه بالنيابة أن النائب يذكر بأنه يتعاقد نيابة عن غيره وليس بالأصالة عن نفسه ولو لم يذكر اسم الأصيل طالما قبل ذلك المتعاقد معه أو أنه سيذكر اسم من ينوب عنه فيما بعد. أنظر:

د/ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 95.

(2) د/ همام محمد محمود زهران، المرجع نفسه، ص 94.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 299، 300.

(4) وقد نصت المادة 73 ق.م.ج: (إذا تم العقد بطريقة النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً. غير أنه إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها).

النائب منقولا من غير مالكة، وكان النائب سيء النية أي أنه يعلم بأن من باع إليه المنقول لم يكن مالكا له، فهنا لا يجوز للنائب أن يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة المالك لأنه (أي النائب) سيء النية، ولا يغير من الأمر شيئا أن يكون الأصيل حسن النية، إذ لا تنتقل الملكية بالحيازة إلى الأصيل ولو كان حسن النية⁽¹⁾.

2 – إذا تصرف النائب (الوكيل) بموجب تعليمات محددة من قبل الأصيل (الموكل): فإن في هذه الحالة يجب الرجوع إلى شخص الأصيل، وليس النائب، فيما يتعلق بأثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو افتراض العلم بها حتما، وبالتالي ليس للأصيل سيء النية أن يتمسك بحسن نية النائب، فالأصيل لا يمكن أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو (أي يعلمها الأصيل ويجهلها النائب)، أو كان من المفروض أن يعلمها (أي الأصيل)، ومثال ذلك: أن الأصيل لا يحق له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول في مواجهة المالك، لأنه (أي الأصيل) سيء النية⁽²⁾.

كما أن الأصل أن النائب سواء كان حسن النية أم سيئها، إذا تجاوز عن حدود نيابته، فإن التصرف الصادر منه غير نافذ في حق الأصيل⁽³⁾، طبقا لما نصت عليه المادة 74 ق.م.ج⁽⁴⁾. لكن الالتزام بحسن النية يقتضي الخروج عن هذا الأصل، فيوجب الاعتداد بالنيابة الظاهرة رغم انقضائها في الحقيقة⁽⁵⁾، وذلك في حالة ما إذا كان المتعاقد معه حسن النية، وبالتالي ينصرف أثر العقد إلى الأصيل رغم مجاوزة النائب لحدود نيابته، لأن الأصيل هنا صدر منه سلوك ساهم في إنشاء مظاهر خارجية – تنسب إليه بتقصير أو بغير تقصير منه على توافر هذه النيابة – حازت الثقة المشروعة لدى المتعاقد معه حسن النية، هذا الأخير الذي – دون خطأ أو تقصير منه في استطلاع الحقيقة – اطمأن إلى ما استند إليه النائب من نيابة سواء كان هذا النائب حسن النية بدوره أو كان سيء النية. وبالتالي في هذه الحالة على الأصيل إثبات

(1) د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 53 ؛

د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 123.

(2) د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع نفسه، ص 123، 124.

(3) وبالتالي لا يكون أمام الذي أبرم النائب معه العقد على هذا النحو إلا أن يرجع على النائب بالتعويض لجبر ما قد يكون قد لحقه من أضرار من جراء عدم نفاذ العقد. غير أنه لا محل لهذا التعويض إلا إذا كان من تعاقد مع النائب قد اعتقد – دون ثبوت خطأ في جانبه – بأن العقد قد أبرم في حدود النيابة. أنظر:

د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 54.

(4) تنص هذه المادة: (إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل).

(5) فالمتعاقد معه رغم أنه مكلف بالثبوت من قيام النيابة المدعى بها ومن حدودها، إلا أنه غير ملزم بالثبوت من استمرارها إذا لم توجد مظاهر خارجية توحى بانقضائها، أو إذا وجدت مظاهر خارجية منسوبة للأصيل مؤيدة لبقائها واستمرارها. أنظر: د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 98.

سوء نية المتعاقد معه، أو إثبات تقصيره في استطلاع حقيقة انقضاء النيابة رغم وجود المظاهر الخارجية التي كانت متاحة له. وعليه فإننا هنا نجد الحالات الثلاثة التالية⁽¹⁾:

— الحالة الأولى: حسن نية كل من المتعاقد معه والنائب:

وتتحقق هذه الحالة عندما تنقضي فيها النيابة دون أن يعلم النائب بذلك، ويتعاقد بموجب هذه النيابة مع المتعاقد معه الذي لا يعلم بدوره بانقضاء النيابة لأنه اطمأن للنيابة الظاهرة للنائب، وبالتالي تنصرف آثار العقد إلى الأصيل، وهذه هي الحالة التي ورد بها نص المادة 76 ق.م.ج⁽²⁾.

— الحالة الثانية: حسن نية المتعاقد معه وسوء نية النائب:

فهنا المتعاقد معه حسن النية اطمأن إلى مظهر قيام النيابة واستمرارها من خلال واقعة احتفاظ النائب بسند نيابته، لثقة المتعاقد معه في المظاهر الخارجية المؤيدة لبقاء النيابة المنسوبة للأصيل، وبالتالي لا يعلم المتعاقد معه بأن النائب على علم بانقضاء النيابة. وهذه الحالة قد تكون بسبب خطأ الأصيل الذي لم يسحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة.

فهنا العقد ينصرف أثره إلى الأصيل أو خلفه العام رغم انقضاء النيابة، لأن النيابة الظاهرة تستند إلى مظهر خارجي منسوب إلى الأصيل، غير أن ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية التقصيرية للنائب اتجاه الأصيل عما صدر عنه من خطأ.

غير أن العقد لا ينصرف أثره إلى الأصيل أو خلفه العام إذا كانت النيابة الظاهرة لا تستند إلى مظهر خارجي منسوب إلى الأصيل، سواء بتقصير أو بغير تقصير منه (أي من الأصيل)، كما هو الحال في انقضاء النيابة بعزل النائب والتي أعلن الأصيل عن انقضائها — بما يمكن تبينه — ويرد سند الوكالة، وهنا تقوم مسؤولية النائب سبب النية اتجاه المتعاقد معه حسن النية.

— الحالة الثالثة: سوء نية المتعاقد معه:

ليس للمتعاقد معه سبب النية الذي يعلم بحقيقة النيابة أن يستند إلى النيابة الظاهرة المستفادة من بقاء سند النيابة في يد النائب، سواء كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة أو سبب النية يعلم بانقضائها. لأن هذه المظاهر الخارجية لم تولد لدى المتعاقد معه سبب النية أي ثقة مشروعة تستوجب حمايتها. وعلى من يدعي سوء نية المتعاقد معه أن يثبت ما يدعيه.

(1) د/ همام محمد محمود زهران، المرجع نفسه، ص 98 وما يليها.

(2) تنص هذه المادة: (إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه). ومثال عن حسن نية النائب وحسن نية المتعاقد معه: أن النائب يجهل إلغاء الوكالة أو يجهل موت الموكل، والمتعاقد معه يجهل ذلك أيضا لأنه اطمأن للنيابة الظاهرة للنائب المستفادة من احتفاظ النائب بسند نيابته.

إضافة لما سبق ذكره، هناك بعض الحالات يستوجب فيها القانون ضمانا لحسن النية في إبرام العقود أن يأخذ النائب الإذن من الأصيل، أو من المحكمة عند إبرامه العقد، منها: تعاقد الشخص مع نفسه⁽¹⁾، الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 77 ق.م.ج، كما يلي: (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة). وبالتالي المشرع الجزائري منع تعاقد الشخص مع نفسه إذا كان بدون ترخيص (إذن) من الأصيل، سواء كان هذا الشخص نائباً عن المتعاقد معه فقط (فيكون أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الشخص المتعاقد معه)، أو كان نائباً عن كلا المتعاقدين معا (أي عن الأصيل وعن المتعاقد معه). وعلّة هذا المنع هو حماية مصلحة الأصيل، غير أن هذا المنع ليس مطلقاً، لأنه يصبح جائز في حالات ثلاث وهي: إذا أقر الأصيل ذلك، أو إذا أجازت نصوص قانونية ذلك (كإجازة تعاقد الأب مع نفسه لحساب القاصر)، أو إذا أجازت ذلك قواعد التجارة (كتعاقد الوكيل بالعمولة في عقد البيع لحساب طرفي العقد).

ومن الأمثلة التي منع فيها المشرع الجزائري تعاقد الشخص مع نفسه، ما نصت عليه المادة 410 ق.م.ج، والتي ورد فيها ما يلي: (لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى).

أما الجزاء المترتب عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في النيابة في إبرام العقد فقد يكون القابلية للإبطال أو البطلان المطلق⁽²⁾.

الفرع الثاني

مقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته

لوجود التراضي وصحته، يقتضي حسن النية في العقود كل من الالتزام بالإعلام والالتزام بالاستعلام، يقع كل منهما على عاتق كلا الطرفين في العقد، كما يقتضي أن يتم التعبير عن الإرادة بحسن نية، وأن يكون هناك انتفاء لعيوب الإرادة. وسنتطرق إلى كل ذلك كما يلي:

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 298.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 300.

أولاً: الالتزام بالإعلام والاستعلام

سننكلم على كل من الالتزام بالإعلام والالتزام بالاستعلام فيما يلي:

1 – الالتزام بالإعلام (Obligation d'informer)

يقوم الالتزام بالإعلام⁽¹⁾ على مبدأ حسن النية وينبثق منه⁽²⁾، ومحتوى هذا الالتزام (السابق للتعاقد) يتمثل في أنه إذا كان أحد المتعاقدين يعلم أو كان عليه أن يعلم بواقعة يعرف أهميتها الحاسمة بالنسبة للمتعاقد الآخر، فإنه يُلزم بأن يقوم بإعلام هذا المتعاقد الآخر الذي كان يستحيل عليه الاستعلام بنفسه أو الذي كان بإمكانه شرعاً أن يثق بشريكه في التعاقد بسبب طبيعة العقد أو صفة المتعاقدين أو الإعلام غير الصحيح الذي أعطاه إياه هذا الشريك⁽³⁾.

ويقتضي حسن النية في التعامل 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، وهذا إذا 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 من العقد، وذلك حتى يتخذ هذا الأخير الأوضاع الوقائية المناسبة لتفادي مثل هذه الخطورة ويطبق ذلك في المقام الأول على صانع وبائع الأشياء الخطرة. والواقع أن هذا الالتزام بالتحذير ليس التزاماً مستقلاً بذاته، ولكن هو التزاماً مكملاً للالتزام بالإعلام، وبالتالي يعتبر التزاماً مشدداً بالإعلام، فإذا تضمن التحذير بيانات غير صحيحة يعد ذلك من قبيل الغش التجاري. ونفس الشيء بالنسبة للالتزام بالنصيحة فهو جزء لا يتجزأ من الالتزام بالإعلام وهو درجة متقدمة من درجاته، كما أنه التزام مشدد مثل الالتزام بالتحذير، ويثبت الالتزام بالنصيحة على المدين المحترف في المجال الذي يتم فيه التعاقد، وبالتالي يلزم المدين المحترف

(1) يسمى أيضاً: الالتزام بالتبصير، الالتزام بالمصارحة، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، الالتزام بالإخبار، الالتزام بالإفشاء.
(2) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 26 ؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 382 ؛ عروبة شافي عرط المعموري، (التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد)، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008، ص 117 ؛ حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 303، 304.

ولكن تجدر الإشارة هنا إلى أن اعتبار حسن النية كأساساً قانونياً للالتزام بالإعلام، قد انتقد عند البعض فذهب إلى القول بأن مبدأ حسن النية لا يعني إلا بمرحلة تنفيذ العقد، وهو الأمر الذي لا يتوافق بشكل كلي مع الالتزام بالإعلام، لكون هذا الأخير يرافق كل مراحل العقد بدءاً من تكوينه ومروراً بإبرامه وانتهاءً بتنفيذه.

أنظر: د/ نور الدين الناصري، " الالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني "، مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، قسم مقالات قانونية، تاريخ النشر 11 يوليوز 2011، على موقع الإنترنت: <http://www.majalah.new.ma>، ص 04.

(3) جاك غستان، المرجع السابق، ص 730.

بتقديم النصيحة إلى الشخص غير المحترف الذي يرغب التعاقد معه فيبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية الفنية والمالية. فالالتزام بالنصيحة إذن – الواقع على عاتق المهني – هو أيضا قائم على مبدأ حسن النية⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك فإن الميكانيكي عليه أن ينبه زبونه إلى عدم تناسب التكاليف اللازمة لإصلاح سيارة بالنسبة لقيمتها⁽²⁾.

وبالتالي حسب ما سبق، فإن الالتزام بالإعلام له أهمية قصوى، حيث أنه لا يمكن أن يستعلم كل متعاقد عن كل الأشياء محل العقد، وهو كذلك وسيلة لإعادة التوازن المفقود بإلزام الطرف الأكثر علماً بإعلام الطرف الأقل علماً.

ويقول جاك غستان عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد: (إذا لم يكن من المناسب أن يكون موجب الإعلام بديلاً عن عيوب الرضا فإنه في وسعه إكمال العيوب بشكل مفيد)⁽³⁾. وبذلك يقوم الالتزام بالإعلام بتوفير رضا الطرف الآخر، الأمر الذي يعني بأنه يؤدي وظيفة وقائية، لأنه يهدف إلى تجنب عيوب الإرادة. كما أنه التزام يتصف بالعمومية، لأنه التزام سابق على إبرام العقود جميعها، لا يقتصر على عقد دون آخر، غير أن التطبيق العملي أفرز أهمية وجوده في بعض العقود، أكثر من بعضها الآخر⁽⁴⁾، وفي هذا الصدد يقول عبد المنعم موسى إبراهيم بأنه: (من الصعب تصور واجب عام للإعلام حيث نجده في كافة العقود، لكن مبدأ حسن النية يقود إلى إقراره كل مرة يلاحظ فيها عدم التوازن في المعلومات)⁽⁵⁾.

ويقع الالتزام بالإعلام على كاهل كل من طرفي العلاقة العقدية، أي يقع على كل من الدائن والمدين، وقد يلتزم به أحد طرفي العقد المزمع إبرامه فقط تجاه الطرف الآخر، وهذا هو الغالب وقد يلتزم به طرفا العقد معاً، كل تجاه الآخر، فيكون الواحد منهما دائماً ومديناً في نفس الوقت في مواجهة الآخر⁽⁶⁾.

أما شروط الالتزام بالإعلام فيمكن اختصارها – مثل ما ذهب إليه البعض – في شرطين فقط: الشرط الأول هو معرفة المدين بالمعلومات وبمدى أهميتها بالنسبة للدائن، والشرط الثاني هو جهل الدائن بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلاً مشروعاً⁽⁷⁾.

بالإضافة لما سبق، فإن الالتزام بحسن النية في إبرام العقود، يتطلب أيضاً التزام المتعاقد بتصحيح البيانات والمعلومات السابقة حتى وإن كان معتقداً صحتها حين إبدائه لها، ومعنى هذا الالتزام هو أن

(1) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 151 وما يليها.

(2) Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, **Droit civil**, 5^e édition, Collection Aide – émoire, Dalloz ; Sirey, Paris, 1999, p. 206.

(3) جاك غستان، المرجع السابق، ص 691.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 382.

(5) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 7.

(6) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 383 ؛ عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 117.

(7) ذهب إلى ذلك: عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 124 وما يليها.

المتعاقد الذي يتبين لاحقاً بأن البيانات، أو المعلومات، التي أعطاها للمتعاقد الآخر، لم تكن صحيحة أو كانت صحيحة، ولكن لم تعد كذلك، عليه أن يعلمه بالواقعة الحقيقية، أو المستجدة⁽¹⁾.

والالتزام بالإعلام نجده على الخصوص في المقتضيات العامة للقانون المدني وكذلك في قانون حماية المستهلك، وتوجد تطبيقات عديدة له، منها:

أن القانون المدني يفرض على البائع أن يبين بوضوح ما الذي يلتزم به، تحت طائلة تفسير كل غموض ضده. لذا نصت المادة 352 ق.م.ج على التزام إعلام المشتري بالمبيع علماً كافياً، فوردت كما يلي: (يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع). وبالتالي يلجأ دائماً لإعمال مسؤولية البائع، الذي كانت رغبته في إبرام العقد بحماس قد جعلته يهمل إعطاء معلومات سابقة لزيونه، والتي من شأنها قد تجعله يتخذ قراره بالشراء أم لا، وعندما يبرم العقد يكون على عاتق البائع أيضاً التزام بالإعلام، فيجب عليه أن يقدم للمشتري كل الإرشادات الضرورية حول شروط الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء استعمال الشيء، كما يجب عليه أن يقدم على الأقل دليل الاستعمال⁽²⁾.

ويكون على البائع التزام بالإعلام على وجه الخصوص عندما يكون المنتج جديداً أو معقداً أو منتج خطير⁽³⁾. كما يكون الإلتزام بالإعلام أكثر اتساعاً عندما يكون المشتري جاهلاً بقواعد استعمال المبيع أكثر مما لو تعلق الأمر بمشتر محترف، أما إذا قرر المشتري الجاهل أن يستعمل الشيء استعمالاً غير مألوف، يجب عليه إخطار البائع المحترف بذلك إن أراد الحصول على معلومات⁽⁴⁾.

كما أن الشخص العادي إذا تعاقد مع شخص محترف، تقوم قرينة لصالحه بأن المتعاقد المحترف يعلم البيانات المطلوبة وبتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، وهذه القرينة يطلق عليها الفقه المعاصر " قرينة تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد سيء النية "، ويترتب على ذلك تشديد مسؤوليته وعدم استفادته من شروط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان⁽⁵⁾.

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 388.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 305، 306.

(3) جاك غستان، المرجع السابق، ص 720.

(4) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 306، 307.

وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أن الفقيه الفرنسي (J. Mestre) يرى أن هناك قساوة على المهني، لأن المتعاقد المهني رغم أنه يمتلك بصورة عامة وسائل إعلام ليست لدى الجاهل، غير أن إهمال حماية رضاه يؤسف عليها. نقلاً عن:

جاك غستان، المرجع السابق، ص 713.

(5) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 94.

وبالتالي يقع الالتزام بالإعلام على عاتق البائع الحرفي، غير أن القول بأن الالتزام بالإعلام يقع حتماً على عاتق البائع الحرفي، هذا لا يعني بأن البائع غير المحترف معفياً من كل التزام، لأن البائع غير المحترف معفي من أن يشترط منه تقديم المعلومات التقنية، لكنه غير معفي من أن يقول بأمانة ما يعرفه من معلومات، أي بمعنى آخر أن البائع غير المحترف مسؤولاً عن تزويد المشتري بمعلومات له علم بها، غير أنه لا يكون مسؤولاً عن تزويد المشتري بمعلومات لا علم له بها⁽¹⁾.

كما تجدر بنا الإشارة هنا إلى أنه بالنسبة للالتزام بالإعلام المستند إلى ضمان العيوب الخفية، فإنه رغم أن علم البائع ليس شرطاً لالتزامه بالضمان، لأن القانون المدني ينص على أن البائع يضمن هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده، إلا أنه مع ذلك يلعب علم البائع بالعيب الخفي دوراً مهماً في مجال الضمان من ناحيتين، الأولى: بطلان شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان بالنسبة للعيب الذي يعلمه البائع ويتعمد إخفاءه غشاً منه، أما الثانية: أن التزام البائع بتحمل العيب بدعوى الضمان وتحديد مدة سقوط هذه الدعوى بالضمان يتوقف على مدى علمه بالعيب، لأن تعمد البائع إخفاء العلم بأسباب الضمان يعتبر غشاً وبالتالي سوء نية، ولذلك يقع على المشتري عبء إثبات علم البائع بأسباب الضمان من أجل التمسك بتشديد المسؤولية العقدية⁽²⁾.

وكتطبيق آخر للالتزام بالإعلام، صدر قرار من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 25 فيفري 1997، أثار في تغيير اتجاه القضاء، ففُضى بأن الطبيب عليه التزام بالإعلام، وعليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام. وصدر أيضاً من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 29 أفريل 1997 قرار قضى بنفس ذلك المعنى فيما يخص المحامين⁽³⁾.

ونص القانون الجزائري هو أيضاً على إلزام الطبيب بإعلام مريضه، فالطبيب عليه أن يقوم بتتوير مريضه وتبصيره بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته وما يقترحه له من وسائل وطرق لمداواته وعلاجه. وبالتالي قبل أن يباشر الطبيب على مريضه أي إجراء جراحي أو تدخل علاجي، عليه أن يحصل على رضى مريضه بذلك، وأن يزوده بالمعلومات والبيانات الكافية التي تسمح لمريضه ونهيء له وسائل التعبير عن إرادته في قبوله أو رفضه لهذا التدخل العلاجي أو الإجراء الجراحي⁽⁴⁾. وبالتالي إذا أخل الطبيب (أو الجراح) بهذا الالتزام، قامت مسؤوليته العقدية في مواجهة المريض في حالة قيام العقد الطبي، أو مسؤوليته قبل التعاقدية عن خطئه في المرحلة السابقة على التعاقد عند عدم إبرام العقد، وهي

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 308.

(2) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 127.

(3) Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 172.

(4) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 237.

المسؤولية التصيرية وفقا لأحكام المادة 24 ق.م.ج⁽¹⁾.

ونفس الشيء بالنسبة للمحامي، فقد فرض عليه القانون الجزائري أيضا التزاما بإعلام موكله عن كل ما يتعلق بقضيته.

كما نجد أيضا أن القانون الجزائري في عقود التأمين – تطبيقا للالتزام بالإعلام – كلف المتعاقد بتقديم المعلومات أو البيانات التي تعلق عليها شركة التأمين أهمية بالغة أو قصوى في عملية التعاقد، وأوجب أن تكون هذه البيانات صحيحة ولا تخالف الواقع.

وبذلك فإن المستأمن الذي يعمد إلى إخفاء أو تقديم بعض البيانات الكاذبة مع علمه بأهمية هذه البيانات في اعتبار المؤمن لتقدير الخطأ المؤمن منه تقديرا صحيحا، هو مستأمن سيء النية يرتب عليه القانون جزاء قاسي يتمثل في بطلان عقد التأمين مع ضياع حقه من استرداد ما دفعه من أقساط، وإلزامه بدفع الأقساط التي حلت ولم يكن تم تحصيلها بالفعل وذلك على سبيل التعويض، كل ذلك حتى ولو لم يكن للكتمان أو الإعلان الكاذب أي دور في وقوع الكارثة⁽²⁾، وقد نصت على هذا الجزاء المادة 21 من الأمر 95 - 07 المتعلق بالتأمينات⁽³⁾.

أما المستأمن حسن النية الذي يكتف عن المؤمن معلومات جوهرية بالنسبة لهذا الأخير، وهو يجهل أهميتها بالنسبة له – فلم يقصد من عدم الإفضاء أو من الإفضاء غير الصحيح الإضرار بالمؤمن – فإنه لا يتعرض لجزاء البطلان، ولكن يتعرض لجزاء خفيف يتناسب مع حسن نيته⁽⁴⁾، لأن المستأمن هنا

(1) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 95.

(2) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 258، 259.

ويلاحظ هنا أن أحكام البطلان هنا تشذ عن أحكام البطلان المعمول بها وفقا للقواعد العامة التي تعيد الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد. لأن البطلان هنا في عقد التأمين لا يستطيل مداه لكافة الآثار الناجمة عن العقد بالنسبة للطرفين، وإنما يزول أثر عقد التأمين بالنسبة للمؤمن فقط فينقضي التزام المؤمن بتغطية الخطر أو بدفع مبلغ التأمين، بينما تبقى آثار العقد قائمة في جانب المستأمن الذي يحرم من استرداد ما أداه من أقساط منذ قيام عقد التأمين، فضلا عن التزامه بدفع الأقساط المستحقة والتي لم يكون قد سبق له الوفاء بها للمؤمن. أنظر: عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 260.

(3) الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 هـ الموافق لـ 25 يناير 1995 م يتعلق بالتأمينات (ج.ر، عدد 13 لسنة 1995).

فنص المشرع الجزائري في هذه المادة على ما يلي: (كل كتمان أو تصريح كاذب متعمد من المؤمن له، قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، ينجر عنه إبطال العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من هذا الأمر. ويقصد بالكتمان، الإغفال المتعمد من المؤمن له للتصريح بأي فعل من شأنه أن يغير رأي المؤمن في الخطر. تعويضا لإصلاح الضرر، تبقى الأقساط المدفوعة حقا مكتسبا للمؤمن الذي يكون له الحق أيضا في الأقساط التي حان أجلها مع مراعاة الأحكام المتعلقة بتأمينات الأشخاص، وفي هذا السياق يحق له أن يطالب المؤمن له بإعادة المبالغ التي دفعها في شكل تعويض).

(4) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 252، 258.

بحسن نية أغفل تقديم بيان مؤثر عند إبرام عقد التأمين. وبالتالي حسب المادة 19 من الأمر 95 - 07 المتعلق بالتأمينات⁽¹⁾، يختلف الجزاء بين حالة اكتشاف حقيقة المعلومات المكتومة أو الكاذبة قبل وقوع الكارثة أو الحادث المؤمن منه، وبين اكتشافها بعد حدوث الكارثة أو وقوع هذا الحادث. فإذا كان المؤمن قد اكتشف المخالفة قبل تحقق الخطر المؤمن منه، فإن له الخيار بين إبقاء العقد مع زيادة الأقساط أو له طلب فسخ العقد، وإذا فسخ العقد فإن المؤمن لا يكون ملتزماً بضمان الخطر ولا يكون له الحق في طلب الأقساط اللاحقة على لحظة الفسخ، أما ما قبضه من أقساط حتى هذه اللحظة فهي حق خالص له لأنها إنما كانت مقابل خطر كان يتعهد بتغطيته. أما في حالة اكتشاف المخالفة بعد تحقق الخطر، فالجزاء هو تخفيض مبلغ التعويض بما يتناسب مع قيمة الأقساط المدفوعة تلك التي كان من الواجب على المستأمن دفعها لو كان المؤمن على علم بأوصاف الخطر الحقيقية، وذلك تطبيقاً لمبدأ تناسب القسط مع الخطر، ويطبق هذا الجزاء حتى ولو كان البيان المخفي أو الكاذب لا صلة له بوقوع الكارثة. وسبب ذلك هو أن المستأمن حسن النية لا يجب حرمانه من أي ضمان، ولهذا يمكن تأمينه جزئياً وفي حدود الأقساط التي دفعها⁽²⁾.

كما نجد الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للعقد، لا يناقش فيه هذه الأيام بسبب ضرورة حماية المستهلك من بين المتعاقدين الضعفاء⁽³⁾، وقد أشار المشرع الجزائري إلى إلزامية إعلام المستهلك على شكل مبدأ عام في المادتين 17 و 18 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁴⁾، وبالتالي يفرض على المهني الالتزام بإعلام المستهلك، بطريقة واضحة قبل إبرام العقد.

أما إعلام المستهلك الإلكتروني، فقد نصت المادة الثانية من القانون الفرنسي المؤرخ في 04/08/1994، والمسمى بقانون "توبون" (Toubon)، على ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني عن السلعة أو الخدمة المراد التعاقد بشأنها، وخاصة عند التعاقد عبر الإنترنت أو بوسيلة إلكترونية، وعلى وجه الخصوص في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة، وتعيين نطاقه وماله من ضمان، وكذلك طريقة

(1) فنص المشرع الجزائري في المادة 19 المذكورة في هذا الأمر، مايلي: (إذا تحقق المؤمن قبل وقوع الحادث أن المؤمن له أغفل شيئاً أو صرح تصريحاً غير صحيح، يمكن الإبقاء على العقد مقابل قسط أعلى يقبله المؤمن له أو فسخ العقد إذا رفض هذا الأخير دفع تلك الزيادة. ويتم ذلك بعد خمسة عشرة (15) يوماً من تاريخ تبليغه. في حالة الفسخ يعاد للمؤمن له جزء من القسط عن المدة التي لا يسري فيها عقد التأمين.

إذا تحقق المؤمن بعد وقوع الحادث، أن المؤمن له أغفل شيئاً أو صرح تصريحاً غير صحيح، يخفض التعويض في حدود الأقساط المدفوعة منسوبة للأقساط المستحقة فعلاً مقابل الأخطار المعنية مع تعديل العقد بالنسبة للمستقبل.)

(2) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 253، 260، 261.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 08.

(4) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 45.

التشغيل أو الاستعمال، وكيفية الدفع والضمانات، وتنظيم الفواتير والإيصالات وغيرها. وهو ما أكدته المرسوم الفرنسي رقم 741 لسنة 2001، والذي صدر إعمالاً للتوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 (المادة 4 منه)، على ضرورة أن يتم إعلام المستهلك في الوقت المناسب (وهو المرحلة السابقة على التعاقد)، قبل إبرام كل عقد يتم عن بعد (أي بوسيلة إلكترونية)⁽¹⁾. كما أن المادة 25 من القانون الإلكتروني التونسي⁽²⁾، اشترطت على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد، مجموعة من المعلومات عن السلعة أو الخدمة المراد التعاقد الإلكتروني بشأنها، وهذا يعني أن القانون الإلكتروني التونسي نص على الالتزام القانوني بتقديم المعلومات اللازمة، السابق على إبرام العقد، الذي يتم عبر الوسائط الإلكترونية المؤمنة، ويتم تقديم هذه المعلومات بصفة واضحة ومفهومة بعيدة عن الغموض⁽³⁾.

والإخلال بالالتزام بالإعلام، تتعدد الجزاءات المدنية التي تترتب عليه تبعاً لما يشكله من حالات، فقد يكون عدم الإعلام سبباً في وقوع الطرف المقابل في الغلط، أو قد يكون عدم الإعلام تدليلاً، أو يكون إخلالاً بالقواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية أو الاستحقاق⁽⁴⁾، كما قد يعتبر الإخلال بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد خطأً تقصيري.

وبالتالي الإخلال بالالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، قد يجعلنا بصدد أحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية (المادة 124 ق.م.ج)⁽⁵⁾. لكن هناك من يرى غير ذلك فيقول بأن الالتزام بالإعلام رغم أنه يتموقع قبل إبرام العقد، إلا أنه ذو طبيعة عقدية منذ ذلك الحين⁽⁶⁾. وهناك أيضاً من يؤكد بأن الرأي الحديث يذهب إلى القول بأن الالتزام يتحدد طبيعته حسب الالتزام المخروق، هل هو عقدي أم لا؟ وليس على أساس الوقت الذي وقع فيه خرق هذا الالتزام. أي هل الالتزام بالإعلام المخروق يفرضه العقد أو الواجب العام؟⁽⁷⁾، فإن فرضه العقد يكون الخطأ عقدياً، وإن فرضه الواجب العام بالالتزام

(1) أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 35.

(2) القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، المؤرخ في 2000/08/09، والمتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية.

(3) أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 34.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 391؛ عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 216.

(5) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 86.

(6) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 305.

(7) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 28.

أما ما كان سائداً فيما سبق هو رأي تقليدي يذهب إلى أن الخطأ هنا ليس عقدياً وبالتالي يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل ضمن المسؤولية التقصيرية، لأن الخطأ حصل خارج فترة العقد، أي في الفترة السابقة له. أنظر:

عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 28.

حسن النية فإن الخطأ يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل ضمن المسؤولية التقصيرية. وقد يكون جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام من خلال نظرية الغلط، ونقصد بذلك أن إبطال العقد للغلط قد يمثل في الوقت ذاته جزاء وعقاباً على مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك عندما يمتنع أحد العاقدين عن إعلام الآخر بالمعلومات والبيانات المتصلة بالأمر الجوهري في العقد رغم علمه بها وبمدى أهميتها بالنسبة للشخص الذي تعاقد معه، أو حينما يخل بالتزامه هذا الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد لجهله بها جهلاً ناتجاً عن تقصيره في البحث عنها أو أداء واجب الاستعلام بشأنها، حتى يتمكن من إعلام العاقد الآخر بها. فهنا مخالفة الالتزام بالإعلام تمكن العاقد الغالط من المطالبة بالتعويض إلى جانب طلبه إبطال العقد للغلط، نتيجة عدم تقديم المعلومات والبيانات الجوهريّة المتصلة بالعقد، أي بمعنى آخر نتيجة عدم تقديم المعلومات والبيانات التي يعجز الدائن بهذا الالتزام عن العلم بها أو الاستعلام عنها بوسائله الخاصة، لأن إعلامه بالمعلومات الجوهريّة كان من شأنه أن يقلل من احتمال وقوعه في الغلط بعد أن هياً له الإعلام السابق على التعاقد⁽¹⁾.

كما قد يكون جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام من خلال نظرية التدليس، فقد جرت أحكام القضاء الفرنسي على أن إخلال أحد المتعاقدين بالتزام الإفشاء ببيانات معينة يعتبر من أهم الحالات الأساسية للتكتمان التدليسي المؤدي إلى بطلان العقد⁽²⁾. ونصت على ذلك أيضاً الفقرة الثانية من المادة 86 ق.م.ج، كما يلي: (ويعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة).

كذلك أحكام ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية – خاصة في عقود البيع والإيجار والعارية والوديعة – تعتبر من أهم الأسس القانونية التي يمكن الاستناد إليها لتطبيق بعض جزاءاتها التعاقدية على المتعاقد الذي يخل بالتزامه بالإعلام⁽³⁾. وبالتالي التساؤل الذي يمكن أن يثار بهذا الصدد هو: ما مدى إمكان تطبيق الجزاء المقرر نتيجة مخالفة أحكام الضمان في العقود التي تلقي على عاتق أحد أطرافها الالتزام بالضمان سواء ضمان التعرض القانوني أو الاستحقاق أم ضمان العيوب الخفية، وبعبارة أخرى ما هي الآثار التي يضيفها الالتزام بالإعلام على الجزاءات المقررة للالتزام بالضمان ومدى تطبيق هذه الجزاءات على الإخلال بالالتزام بالإعلام كمقتضى من مقتضيات حسن النية في التعاقد؟.

ففي ضمان التعرض والاستحقاق يجوز للمتعاقدان أن يعدلا بالزيادة أو النقصان أو الإسقاط في الضمان، ويبطل كل شرط لإسقاط أو إنقاص الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الغير. ولكن عند تطبيق ذلك على المتعاقد المحترف الملتزم بالإعلام، نعلم أنه بالنسبة له توجد قرينة افتراض علمه، أي

(1) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 219، 220.

(2) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 221.

(3) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 229.

يعتبر متعاقد سيء النية، وبالتالي يترتب على ذلك أنه عند إخلال البائع المحرف بالالتزامه بإعلام المشتري بالارتفاقات الخفية فإنه بوصفه بائعاً محترفاً سيفترض سوء نيته وأنه قد تعمد إخفاء حق الغير، وبالتالي لن يتمتع بأي شرط لإنقاص أو إسقاط الضمان، ويقع باطلاً كل شرط للإعفاء من المسؤولية في هذا الصدد دون الحاجة لتكليف المشتري بعبء إثبات سوء نية البائع. كذلك من ناحية ثانية فإنه يترتب على إخلال البائع المحترف بالالتزامه بإعلام المشتري واستعمال قرينة اعتباره سيء النية، أنه يتحمل الجزاء الكامل المقرر عند الاستحقاق، فيلتزم بأن يرد للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية والثمار ولاسيما المصروفات الناقصة والكمالية والتي لا يلتزم بها سوى البائع سيء النية. كما أنه في ضمان العيوب الخفية، عند إخلال البائع بالالتزام بالإعلام بالأوصاف الأساسية للمبيع فإن البائع يتحمل نفس جزاء البائع سيء النية المخل بالالتزامه بضمان العيوب الخفية، من ناحيتين: من ناحية أولى: نص القانون على عدم ضمان البائع للعيوب التي كان المشتري يعلمها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد، ولكن في نفس الوقت نجد القانون قد حمل البائع الضمان في هذه الحالة إذا كان سيء النية قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه. أما من ناحية ثانية: نص القانون على بطلان شروط الإعفاء من الضمان بالنسبة للبائع سيء النية⁽¹⁾.

وما قلناه فيما يخص البائع سيء النية في تحمله لكافة نتائج العيب الخفي، يقال نفس ذلك فيما يخص تحمل البائع سيء النية لكافة نتائج ضمان التعرض القانوني والاستحقاق. وبالتالي الإخلال بالالتزام بالإعلام في مجال ضمان التعرض والعيوب الخفية يمثل نوعاً من التشديد أو الافتراض لهذا الضمان نتيجة لطبيعة هذا الالتزام بالإعلام، لكونه وسيلة لحماية الرضا، وإعادة التوازن للاختلال في المراكز العقدية⁽²⁾.

ولكن وجوب الضمان على عاتق المدين الذي أخل بالالتزامه بالإعلام عن العيوب الخفية، أو عن الأسباب المحتملة لحدوث التعرض أو المطالبة باستحقاق الشيء محل العقد كلياً أو جزئياً، لا ينفي عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ذاتيته الخاصة به ويبقى محتفظاً باستقلاله عن هذه النظريات، بدليل أنه قد تقوم المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام على عاتق المدين به، بعيداً عن النظريات التقليدية سالفة

(1) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 230 وما يليها؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 543 وما يليها.

(2) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 233؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 545.

وفي هذا الصدد، يرى جاك غستان بأن هناك تلازم حتمي بين التزام البائع بضمان العيوب الخفية وبين التزامه — قبل التعاقد — بالإدلاء بالبيانات والأوصاف الأساسية المتعلقة بالمبيع، وأنه لا يقدر في هذا التلازم أن العيب غالباً ما يكتشف أثناء تنفيذ العقد لأنه من الضروري أن يكون سابقاً على إبرام العقد حتى يدخل في نطاق التزام البائع بضمانه. نقلاً عن: عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، هامش 3 ص 233.

الذكر (نظرية عيوب الإرادة " الغلط أو التدليس "، ونظرية الالتزام بالضمان)، فيلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به من جراء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ولو لم يكن هناك غلط، أو تدليس، أو حتى ما يوجب الضمان على عاتقه⁽¹⁾.

أما بالنسبة للإخلال بإعلام المستهلك نميز بين الآثار المترتبة عن إخلال المحترف (المتدخل) بالالتزام بإعلام المستهلك قبل التعاقد، وبين الآثار المترتبة عن إخلال المحترف بالالتزام بإعلام المستهلك بعد التعاقد. إذ أن آثار الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد قد يكون المسؤولية المدنية للمحترف أو المسؤولية الجنائية أو إجراءات تحفظية وردعية أخرى، فالمسؤولية المدنية للمحترف تتمثل في أن للمستهلك المطالبة بإبطال العقد والرجوع على المحترف بمقتضى المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم إعلامه على نحو صحيح ودقيق، أما المسؤولية الجنائية فهي عقوبة جزائية تتراوح بين تطبيق غرامة مالية والحبس أو السجن أو إحدى هاتين العقوبتين، أما الإجراءات التحفظية والردعية الأخرى فتتمثل إما في إلزام المحترف وعلى نفقته بالسحب المؤقت للبضاعة من مسار عرضها للاستهلاك لإعادة مطابقتها أو تغيير مقصدها، وإما تتمثل في السحب النهائي أي الحجز الفوري للمنتج من قبل السلطة الإدارية المختصة. أما آثار الإخلال بالالتزام بالإعلام بعد التعاقد فقد يكون المسؤولية المدنية للمحترف أو المسؤولية الجنائية، غير أن المسؤولية المدنية للمحترف بعد التعاقد تتمثل في أن للمستهلك الحق في المطالبة بفسخ العقد والرجوع على المحترف بمقتضى المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ التزام عقدي. أما المسؤولية الجنائية فتتراوح العقوبة الجزائية بين تطبيق غرامة مالية والحبس أو السجن أو إحدى هاتين العقوبتين⁽²⁾.

إذن من خلال ما سبق ذكره، فإن الجزاءات المدنية للإخلال بالإعلام قبل التعاقد هي مرتكزة وقائمة في غالبيتها على أنظمة قانونية مختلفة، فمن هذه الجزاءات ما يركز على القواعد العامة للمسؤولية المدنية (أي المسؤولية التقصيرية)، ومنها ما يركز على نظرية الغلط، ومنها ما يركز على نظرية التدليس، أو يركز على نظرية الالتزام بالضمان (الالتزام بضمان التعرض أو ضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية)⁽³⁾، وبالإضافة لذلك هناك عقوبات جزائية نص عليها قانون حماية المستهلك

(1) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 234.

(2) محمد عبيدي، مداخلة بعنوان (حق المستهلك في الإعلام)، يوم دراسي حول الوسم وإعلام المستهلك، وزارة التجارة، فندق الشيرطون، الجزائر، يوم 07 جويلية 2007: <http://www.mincommerce.gov.dz>

ننوه هنا إلى أن السيد عبيدي محمد، هو رئيس جمعية الأمان لحماية المستهلك والبيئة لولاية الأغواط (بالجزائر).

(3) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 214.

وننوه هنا إلى أن الاجتهاد المصري عمل على تحرير التزام الإعلام من نظرية عيوب الإرادة، وضمان العيوب الخفية، حيث عاقب عليها مباشرة عبر المسؤولية السابقة للتعاقد للمدين بالمعلومات (المسؤولية التقصيرية). نقلا عن:

عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 08.

والمتمثلة في غرامة مالية والحبس أو السجن أو إحداهما⁽¹⁾. وفي أغلب الحالات يكون الجزاء المترتب هو البطلان، غير أنه قد يكون التعويض هو الجزاء المترتب عن مخالفة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وبالتالي قد تدق التفرقة بين البطلان والتعويض كجزئين يترتبان عن مخالفة هذا الالتزام، فإذا كان من شأن العلم بهذه المعلومات أن يحول بين المتعاقد وبين إبرام العقد كلية، فإن الجزاء هو البطلان، وأما إن كان من شأن الإقبال على إبرام العقد، ولكن بشروط أخرى، فإن الجزاء هو التعويض، وذلك لتعلق الأمر بتعيب الرضا في الحالة الأولى دون الثانية⁽²⁾. وليس ببعيد عما سبق ذكره هناك من يميز بين الحماية التقليدية والحماية غير التقليدية لحماية ضحية مخالفة ما يفرضه حسن النية من التزام بالإعلام، فالحماية التقليدية تتمثل في أنه إذا نسب إلى أحد الطرفين إخلال بالالتزام بالإعلام، فإن للمتضرر أن يطلب إبطال العقد الذي أبرم بالإضافة للتعويض (وذلك في حالة تأسيس الدعوى على وجود عيب في الرضا أو دعوى ضمان العيوب الخفية)، وإما أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر مع الإبقاء على العقد (وذلك عند كتمان معلومات في الفترة السابقة للعقد لا يؤدي كتمانها إلى وقوع الطرف الآخر في الغلط أو التدليس... إلخ). أما الحماية غير التقليدية فتتمثل في القوانين التي تحمي المستهلك⁽³⁾.

عموماً، فإن الإخلال بالالتزام بالإعلام، لا يثار بشكل مفيد، إلا إذا كان بإمكان الدائن التدرع بمعرفة المدين وبجعله هو⁽⁴⁾.

2 – الالتزام بالاستعلام (Obligation de s'informer)

الالتزام بالاستعلام هو التزام مقابل للالتزام بالإعلام يقع على عاتق الدائن بالالتزام، كما أنه هو أيضا مثل الالتزام بالإعلام يقوم على مبدأ حسن النية⁽⁵⁾، ونعني بذلك أن حسن النية كما يفرض على المتعاقد الالتزام بالإعلام، فإنه يفرض أيضا على المتعاقد الآخر الالتزام بالاستعلام لأن الغاية من التعاقد لا يمكن بلوغها إلا بالإفصاح من قبل أحد المتعاقدين واستعلام المتعاقد الآخر.

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 313.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 391.

(3) ذهب إلى ذلك: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 26 وما يليها.

(4) جاك غستان، المرجع السابق، ص 694.

(5) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 24، 26.

وقد قال القاضي السيد (Gonthier) في حكم المحكمة العليا في كندا الصادر بتاريخ 25 جوان 1992، بأنه من الممكن تلخيص نظرية إجمالية لالتزام الاستعلام تركز على التزام حسن النية في المجال العقدي. نقلا عن: جاك غستان، المرجع السابق، ص 730.

ونطاق الالتزام بالإعلام يحدده الالتزام بالاستعلام، لأن الالتزام بالإعلام يبدأ حيث ينتهي الالتزام بالاستعلام، أي لا يبدأ إلا إذا قام الطرف الآخر بالاستعلام⁽¹⁾. وبمعنى آخر عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام المفروض على كل متعاقد يقف الالتزام بالإعلام⁽²⁾، لأن القانون لا يحمي المهمل لمصلحته متى كان راشدا وذا أهلية للتعاقد، فيتحمل مسؤولية تصرفاته. وبالتالي إذا قصر الشخص في الالتزام بالاستعلام فإنه يكون مخطئا بالإهمال أو عدم التبصر أو الحرص الذي يثير مسؤوليته الشخصية ولا يسمح له بالتمسك بمقتضيات حسن النية⁽³⁾.

وهيئات التحكيم تتجه بوجه عام إلى منح الالتزام بالاستعلام الأولوية على الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالإعلام بكل شيء هو من قبيل التزويد والتجاوز ومفتقر إلى حد كبير إلى الواقعية⁽⁴⁾. والأمر ذاته في فرنسا، إذ أن المحاكم ترد دعوى البطلان المقدمة من أحد طرفي العقد، إذا ثبت لها أنه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك⁽⁵⁾.

والعناصر الرئيسية للالتزام بالاستعلام، حسب القاضي السيد (Gonthier)، تتمثل في: أولاً المعرفة الحقيقية أو المفترضة للإعلام الصادر عن المتعاقد المدين بالتزام الإعلام، وثانياً استحالة قيام الدائن بالتزام الاستعلام بنفسه أو الثقة المشروعة للدائن تجاه المدين⁽⁶⁾.

وقد يكون التزام الاستعلام مطلوب أكثر في الحالات التي يرد فيها العقد على الأشياء المستعملة، ولكن هذا لا يلغي التزام الطرف المقابل بالإعلام، ومن ضمن ذلك الإعلام بدرجة استهلاك الشيء⁽⁷⁾، لأن

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 381.

(2) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 19؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 386؛ عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 131.

وحسب الفقيه الفرنسي (P. Jourdain) فإن التزام الاستعلام هو مبدأ لا يمثل فيه التزام الإعلام إلا استثناء، أي أنه على المتعاقد أولاً أن يستعلم هو نفسه في النطاق الممكن الذي يستطيعه، قبل أن يشكو من جهله. نقلا عن: جاك غستان، المرجع السابق، ص 705.

(4) د/ محمد حسام محمود لطف، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995، ص 20.

(5) نقلا عن: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

فمحكمة النقض الفرنسية في أحدث أحكامها، رفضت إبطال العقد للكتمان التديليسي استنادا إلى أن المتعاقد كان يلتزم بالاستعلام بنفسه عن البيانات المطلوبة. نقلا عن: عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 131.

(6) ذكر القاضي السيد (Gonthier) هذه العناصر الرئيسية للالتزام بالاستعلام، في حكم المحكمة العليا في كندا، الصادر بتاريخ 25 جوان 1992، نقلا عن: جاك غستان، المرجع السابق، ص 730.

(7) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

هناك مبدأ يقول بأن (هناك التزام إعلام من لا يستطيع الاستعلام)⁽¹⁾، كمن لا يستطيع معرفة العيوب الخفية مثلاً.

وبقدر ما يكون طرفا العقد مهنيين يضعف الالتزام بالإعلام، وبقدر ما يكون البائع مهني والمشتري غير مهني يكون الالتزام بالإعلام مطلوب أكثر لدى البائع وعدم معرفة المشتري مغتفرة⁽²⁾، لأن المهني (بصفة عامة سواء أكان بائعاً أو مشترياً)، لا يستطيع التذرع بعدم معرفته بالشيء أو بمواصفاته، أو فاعليته طالما أن هذا الشيء يقع ضمن مهنته أو اختصاصه، أما إذا كان المهني يجهل فعلاً تلك المواصفات أو الفعالية، فيترتب عليه الالتزام بالاستعلام⁽³⁾.

وطبيعة الالتزام بالاستعلام ترتبط بطبيعة الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالاستعلام هو مجرد وسيلة لتحصيل المعلومات المتصلة بالعقد وإعلام الدائن بأن عليه الالتزام بالإعلام، وبالتالي من الطبيعي أن تأخذ الوسيلة (أي الالتزام بالاستعلام) حكم النتيجة (أي الالتزام بالإعلام)، كما أن طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هي بدورها – من حيث درجة العناية التي يطلب من المدين بذلها في تنفيذه – تختلف حسب طبيعة ونوع المعلومات التي يلتزم المدين بإعلامها لدائنه، فعندما تكون هذه المعلومات معلومات جوهرية متصلة بموضوع التعاقد، فإن إلزام المدين – مهنياً أو غير مهني – بالاستعلام عنها ثم التزامه بإعلام الدائن بها يكون التزاماً بنتيجة، فلا يعفى المدين من أداء هذين الالتزامين المرتبطين ببعضهما إلا باثباته للسبب الأجنبي. أما إذا كانت هذه المعلومات معلومات فنية ودقيقة غير جوهرية، فإنه لا يلزم بها إلا المدينون المهنيون الذين تتوافر لديهم بحكم مهنتهم إمكانية العلم بها، وبالتالي المدين غير المهني يعفى من أدائها، ويكون التزام المهني بها التزاماً ببذل عناية⁽⁴⁾.

ثانياً: حسن النية في التعبير عن الإرادة

يقتضي التزام حسن النية من المتعاقدين في التعبير عن الإرادة التعاقدية: الالتزام بالوضوح حتى لا يعتقد غير الحقيقة، وهو يأتي بعدة صور منها: الوضوح في اللغة، الوضوح في شروط العقد، الوضوح في برمجة الحاسوب الآلي⁽⁵⁾.

(1) إذ يجب الأخذ في الحساب الاستحالة التي قد يواجهها الدائن بالالتزام بالاستعلام في معرفة الإعلام في أول الأمر، ثم في الثقة المشروعة التي أولها في المتعاقد الآخر وفقاً لمبدأ حسن النية. أنظر أكثر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 705 وما يليها.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 23.

(4) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 128.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 283.

ويثور التساؤل هنا عن التزام الوضوح في حالة السكوت عن التعبير عن الإرادة التعاقدية، أي هل يمكن فرض التزام الوضوح على حالات السكوت في التعبير عن الإرادة؟. هنا لا محل للبحث عن هذا الموضوع في صدد الإيجاب، لأن الإيجاب ينطوي على عرض موجه من شخص إلى آخر أو على الجمهور، فلا يتصور أن نستخلص الإيجاب من السكوت، وإنما يعرض هذا البحث بصدد القبول، فإذا سكت من وجه إليه الإيجاب، فلم يصدر منه أي تعبير صريح عن موقفه من هذا الإيجاب، ولم يرق بأي عمل إيجابي يمكن أن يستخلص منه قبول أو رفض، فإن حسن النية يقتضي هنا أن المتعاقد إذا لم يشأ أن يقبل الإيجاب أن يصرح برفضه، فإذا سكت واستمر سكوته فترة معقولة، فإن هذا السكوت يولد لدى الموجب ثقة مشروعة في قبول إيجابه، وبالتالي يعد القانون السكوت في هذه الحالة قبولا تطبيقا لمبدأ حسن النية في إبرام العقد⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور شيرزاد عزيز سليمان : (العبرة في حالة السكوت هي بالظروف الملازمة جميعا وهل يمكن أن يستخلص منها طبقا لمقتضيات حسن النية، واجب الإفصاح على من وجه إليه الإيجاب إذا ما قرر الرفض بحيث لا ينتظر حتما في حالة القبول أن يصل إلى الموجب رد صريح؟ وعلى ذلك يكون استخلاص القبول من السكوت، ولو اتصل الإيجاب بتعامل سابق، مسألة موضوعية)⁽²⁾. والسكوت عمدا عن ظرف معين يهيم المتعاقد الآخر معرفته يعتبر كافيا لقيام التدليس، خاصة إذا تبين أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بالأمر الذي سكت عنه المتعاقد الآخر عمدا، كأن يبيع البائع منزلا للمشتري ويكتم عنه أنه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة، كما يكون السكوت العمدي تدليسا أيضا إذا كانت طبيعة العقد تستلزم الكلام، وفي القضاء الفرنسي يتحقق التدليس بالسكوت العمدي في كل حالة يكون فيها السكوت إخلالا بحسن النية والثقة التي يكون من حق المتعاقد الآخر أن يعتمد عليها، وخاصة بين الورثة والشركاء، وبين الوكيل والموكل⁽³⁾.

ولم يغفل المشرع الجزائري النص على أن كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد يعتبر تدليسا يجيز للمدلس عليه إبطال العقد، فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 86 ق.م.ج، ما يلي: (ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة). وهذا هو أيضا المبدأ الذي سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية، بإعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا⁽⁴⁾، لكن إذا كان المتعامل حرفيا (أو مهنيا) فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 289 وما يليها.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 293.

(3) د/ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 87.

(4) نقلا عن: أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 78.

والتدليس إذا تمكن من معاينة الشيء المباع قبل الشراء⁽¹⁾.

والجزاء المترتب عن الإخلال بالتزام الوضوح يختلف باختلاف الأحوال، فقد يكون الإخلال به مشكلا للغلط أو التدليس أو غيرها من عيوب الإرادة، فيكون الجزاء المقرر لتلك العيوب، هو الجزاء المترتب عن عدم الالتزام بالوضوح⁽²⁾.

كما حرص أيضا المشرع على حماية الطرف الضعيف من احتمالات سوء النية الآتي من جانب الطرف القوي من خلال الصياغة الغامضة أو الملتوية... إلخ⁽³⁾، وبالتالي الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام الوضوح في عقود الإذعان، وعقود المستهلكين هو تفسير العبارة لصالح الطرف المذعن (دائنا كان أو مدينا)، أو المستهلك، لأن الطرف القوي هو الذي يستأثر بصياغة الشروط في هذه العقود، وبالتالي عليه تحمل نتائج صياغته الغامضة، وتفسير العقد لصالح تلك الأطراف. أما في الحالات التي بإمكان المتعاقد مناقشة شروط العقد وبنوده، حتى وإن قام أحد الطرفين بصياغة العقد، فإن القاعدة هي: الشك يفسر لمصلحة المدين⁽⁴⁾.

إضافة لما سبق، فإنه من المعلوم بأن التعبير عن الإرادة الصادر من الشخص قد يكون إيجابا أو قبولا، والإيجاب هو التعبير عن الإرادة البات الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين والموجه إلى المتعاقد الآخر بقصد إحداث أثر قانوني، والقبول هو التعبير عن الإرادة البات الصادر عن المتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب، وهو الكلام الثاني الذي يؤدي ارتباطه وتوافقه مع الكلام الأول (الإيجاب) إلى انعقاد العقد⁽⁵⁾، وبالتالي المسؤولية عن عدم مراعاة حسن النية خلال الانعقاد عن طريق الإيجاب

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 101365، بتاريخ 1993/06/23، غير منشور، ورد فيه: (حيث يشير الطاعن إلى أن العنب المباع كان مصابا بأمراض الكرم، وأن البائع كتم هذا المرض قصد بيع العنب وبذلك فإنه غش المشتري، وكان على قضاة المجلس أن يبطلوا العقد المتنازع عليه طبقا للمادة 86 من القانون المدني. لكن حيث أنه من دراسة القرار المطعون فيه يتبين أن إبرام عقد البيع تم بعد المزاد العلني وبعد معاينة الأشياء المبيعة. وحيث أنه كحرفي لا يمكن له الادعاء بالغش والتدليس مادام أن البيع تم عن طريق المزاد العلني وأنه بإمكان المشتري أن يعاين الشيء المباع قبل المشاركة في المزاد العلني. حيث أن الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه). أشار إليه: عمر حمدي باشا، القضاء المدني، المرجع السابق، ص 32؛ أ/ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 49، 50؛ أ/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 78.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 332.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 294.

فالعاقد الذي هو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وتحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض. أنظر:

د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 41.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 332.

(5) د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 85، 94.

والقبول، قد تتوافر عندما يتم سحب الإيجاب أو الامتناع عن القبول دون وجه حق⁽¹⁾. والمسؤولية هنا هي ليس عن مجرد العدول عن الإيجاب في حد ذاته، أو الامتناع عن القبول في حد ذاته، لأن العدول عن الإيجاب أو الامتناع عن القبول كلاهما جائز، وإنما عن قطعه للمرحلة السابقة للتعاقد - التي يدخل الإيجاب والقبول ضمن مراحلها - دون مبرر مشروع⁽²⁾.

فبالنسبة للإيجاب، فإنه في حالة عدم اقترانه بمدة محددة، رغم أنه يحق لمن صدر منه إيجاب أن يعدل عنه طالما لم يقترن به قبول، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فهي مقيدة بمبدأ حسن النية الذي يقضي بأن العدول عن الإيجاب لا بد أن يكون لباعث مشروع، أما إذا كان باعث الشخص على العدول هو مجرد الإضرار بالطرف الآخر، كان سيء النية ومخطئاً، وتتعقد مسؤوليته التقصيرية، بشرط أن يعتبر العدول خطأً يستوجب التعويض، إذ أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية مبنية على الخطأ⁽³⁾. وسحب الإيجاب بسوء نية، يكون مثلاً لو كان الموجب قد أصدر إيجابه دون أن تكون لديه أي نية لإبرام العقد.

أما إذا اقترن الإيجاب بمدة محددة فإن الموجب يلزم بهذه المدة، وبالتالي عدول الموجب قبل هذه المدة المحددة لا يترتب عليه أي أثر، بل يظل الإيجاب قائماً، فإذا تم قبوله خلال هذه المدة انعقد العقد، لأن انعقاد العقد هو التعويض العيني للضرر الذي يصيب الموجب له من جراء إخلال الموجب بالتزامه بالبقاء على إيجابه لمدة معينة⁽⁴⁾، فإذا انتهت المدة المحددة للقبول، سواء كان الأجل صريحاً أو ضمناً (يستفاد هذا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة)، فإن الإيجاب يسقط دون حاجة إلى سحبه (المواد 59، 61، 63، 65، 67، 68 و69 ق.م.ج)⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للقبول، فمن حيث الأصل، أن الشخص الذي وجه إليه الإيجاب ليس ملزماً بقبوله، لأن له حرية القبول أو الرفض، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة دائماً، وإنما هي مقيدة، فتنهض المسؤولية بحق من وجه إليه الإيجاب إذا تعسف في استعمال حق الرفض، في حالة ما إذا كان الشخص الذي وجه إليه الإيجاب هو الذي طلب من الموجب أو دفعه إلى التقدم بالإيجاب، فإنه يكون قد ولد الثقة لدى الموجب في وقت انعقاد العقد، لذا يتحمل المسؤولية الناتجة عن رفض الإيجاب الصادر عن الموجب إذا لم يقدم

(1) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 172، 173.

(2) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 169.

(3) د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 32.

(4) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 170. وفي مثل هذا المعنى أنظر:

أد/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 17.

(5) أد/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 17.

أسباب مشروعة⁽¹⁾، وبالتالي في هذه الحالة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب يلتزم بتعويض أي موجب يتقدم إليه لدى رفضه إيجابه، وهذا التعويض قد لا يكون ماليا بل قد يصل إلى حد تمام العقد على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك⁽²⁾.

ثالثا: انتفاء عيوب الإرادة

يقتضي حسن النية في إبرام العقود، انتفاء عيوب الإرادة، هذه الأخيرة في القانون المدني الجزائري، تتمثل في: الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال.

فانتفاء هذه العيوب في إبرام العقود يدل على سلامة الإرادة واستقامة القصد، أما وجودها عند إبرام العقود يدل على سوء النية وخبث النية.

وقد تعرض القانون المدني الجزائري لأحكام الغلط في المادة 85 منه، ولأحكام التدليس في المادتين 86 و87 منه، ولأحكام الإكراه في المادتين 88 و89 منه، ولأحكام الاستغلال في المادة 90 منه. وعيوب الإرادة تنطبق على التعاقد عن طريق العقود الإلكترونية أيضا، وبالتالي العقود الإلكترونية تستوي مع العقود التقليدية في هذا الصدد⁽³⁾.

والتساؤل الذي قد يثار هنا بشأن حسن النية وعيوب الإرادة، هو: هل عيوب الإرادة يمكن أن تغني عن مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد؟.

ونجيب عن ذلك، بأن هذا القول غير صحيح، لأن الأصح في نظرنا هو رأي الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني، الذي ذهب إلى القول بأن عيوب الإرادة، كل عيب فيها يحتاج إلى شروط يلزم توافرها فيه حتى يكون مؤثرا، وإن هذا من شأنه أنه قد توجد حالات يكون المتعاقد فيها سيء النية، لكن يصعب حماية الغير أو الطرف الآخر عن طريق أي عيب من عيوب الإرادة لعدم توافر شروطه، فكان مبدأ حسن النية مغطيا مساحة تعجز عيوب الإرادة عن تغطيتها، حيث يعتبر هذا المبدأ بهذه الوظيفة متمما ومكملا لنظرية عيوب الإرادة، لأنه يؤدي وظيفتها وزيادة⁽⁴⁾. وقد قيل كذلك بأن أساس الالتزام

(1) د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 34؛ د/ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 67.

ونقصد هنا دعوة التجار وأصحاب الفنادق والمطاعم والمحلات التجارية للناس، فالعرض من هؤلاء يعتبر دعوة للتعاقد لا إيجابا، واستجابة الناس لهذه الدعوة تعتبر إجابا نهائيا ملزما لا يحق لصاحب الدعوة أن يرفضه إلا لسبب مشروع وإلا عد متسفا في استعمال حق الرفض وتحققت مسؤوليته. وبالتالي إيجاب الناس هنا يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه الإيجاب لا يجوز له أن يرفض إذا كان السبب غير مشروع.

(2) د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 34.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 301.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 349.

بالإعلام هو قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق أهدافها لأنها لا تدخل إلا في مرحلة عيوب الإرادة وبشروط معينة قد لا تتوفر جميعها، رغم وجود خلل أو عدم توازن في المصالح المتبادلة في العقد⁽¹⁾، والالتزام بالإعلام قد سبق أن ذكرنا أنه من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود.

من خلال ما سبق، حسن النية يقتضي في إبرام العقود انتفاء التدليس، لأن هذا الأخير عبارة عن استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، سواء كان هذا التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو عالما به، وبالتالي استعمال الطرق الاحتيالية بقصد التضليل يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود⁽²⁾. كما يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة لم يكن يعلم بها المدلس عليه (طبقاً للفقرة الثانية من المادة 86 ق.م.ج).

وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود التدليس بكافة طرق الإثبات، يتمثل في: إما المطالبة بإبطال العقد أو التعويض فحسب، أو المطالبة بالإبطال والتعويض معاً⁽³⁾.

أما بالنسبة للإكراه فهو أعلى درجات سوء النية، لأن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد⁽⁴⁾، وبالتالي حسن النية في إبرام العقود يقتضي انتفاء الإكراه، وهذا الأخير عبارة عن ضغط مادي أو أدبي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه، وبالتالي هنا المكره انتزعت منه إرادته رهبة لأنه اختار إبرام العقد لاتقاء شر المكره الذي هدد به، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود.

وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الإكراه بكافة طرق الإثبات، يتمثل في: أن يطلب المتعاقد المكره إبطال العقد مع التعويض، أما إذا كان الإكراه من الغير ولم يستطع المتعاقد

(1) أنظر عن اختلاف الفقه والقضاء حول أساس الالتزام بالإعلام: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 09.
(2) فمثلاً: ورد بخصوص التصريح الكاذب لدفع المتعاقد إلى التعاقد: قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 233625، بتاريخ 2001/01/17، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 02، ص 109. حيث استعمل البائع حيلة تتمثل في أنه صرح للمشتري بأنه يستطيع تشييد بناء على الأرض محل التعاقد، وأن شركة سونلغاز سوف لا تتعرض للمشروع، في حين أن الأمر عكس ذلك مما يشكل تدليساً معيباً لرضا لأن المشتري لو علم بهذه الحيلة لما أبرم العقد.
وكتطبيق أيضاً عن التدليس أي عن لجوء المدين إلى الوسائل الاحتيالية أو الأعمال المادية لخداع المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد، قد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية تاجر سيارات بسبب تلاعبه بعداد سرعة السيارة بسوء نية بقصد إيقاع المشتري في الغلط على الرغم من أن المشتري كان يعمل في نفس مهنة البائع، وذلك على أساس أن مثل هذا التصرف الصادر من هذا البائع سيء النية يجعل جهل المشتري بالمعلومة المتصلة بعدد الكيلومترات التي قطعها السيارة جهلاً مشروعاً حتى وإن كان مهنيًا، وبالتالي فإن تصرف البائع من شأنه أن يوجب المسؤولية على عاتقه.

نقلاً عن: عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 188.

(3) أ/ عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص 26.

(4) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 09.

المكره إثبات تورط المتعاقد معه، فليس له إلا الرجوع على الغير بدعوى المسؤولية التقصيرية طالباً التعويض فحسب⁽¹⁾.

كذلك حسن النية يقتضي في إبرام العقود انتفاء الاستغلال، لأن هذا الأخير عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر حتى يحصل على عدم التوازن (التعادل) في قيمة الالتزامات، فتكون بذلك التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد⁽²⁾، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود، لأن المستغل لديه نية خبيثة في الاستفادة من الضعف الذي في الطرف المستغل سواء كان طيشاً بيناً أو هوى جامحاً. وبالتالي جزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الاستغلال، يتمثل في دعويان هما الإبطال وإنقاص الالتزامات: فالمتعاقد المستغل إذا طالب بإبطال العقد كان للقاضي السلطة التقديرية في إجابة طلبه أو العدول عن ذلك والاكْتفاء بإنقاص التزامات المتعاقد المستغل ليردها إلى الحد الذي يرتفع معه الاختلال الفاحش في الأداءات. أما إذا اختار المتعاقد المستغل طلب إنقاص الالتزامات فحسب، لم يكن للقاضي إبطال العقد. وفي كلتا الحالتين يستطيع دائماً المستغل أن يتوقى البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هو عرض ما من شأنه إزالة الغبن، سواء كان في شكل دفع مبلغ نقدي أو أداءات عينية أو غيرها⁽³⁾.

أما الغلط فهو يعيب الرضا لأنه عبارة عن وهم يقوم في ذهن العاقد فيصور له الأمر على غير الواقع وغير الحقيقة، ويكون هو الدافع الذي يدفع العاقد إلى التعاقد، ولا يشترط هنا أن يشترك المتعاقدان في الوقوع في الغلط، بل يكفي أن يقع فيه أحد الأطراف ولو جهله الثاني.

وأهم المسائل التي تنثيرها نظرية الغلط هي مسألة التوفيق بين مصلحة المتعاقد الواقع في الغلط ومصلحة الطرف الآخر في العقد، فالأولى تقتضي تمكين الواقع في الغلط من التحلل من العقد، والثانية تقتضي الإبقاء على العقد⁽⁴⁾. وبالتالي تعددت الآراء بشأن نظرية الغلط، فمنهم من ينظر إلى أن أساس نظرية الغلط هو استقرار المعاملات وبالتالي نظر إلى النظرية من زاوية المصلحة العامة، ومنهم من قال بأن أساس النظرية هو حماية الثقة المشروعة المتولدة لدى المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط، وبالتالي نظر إليها من زاوية المصلحة الخاصة للمتمسك تجاهه بالغلط (أي المتعاقد الذي إرادته ليست معيبة)، أما الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يرى بأن كل هؤلاء أغفلوا النظر إلى الغلط من جانب مصلحة المتمسك بالغلط، فيقول: (... إذ أن هذه النظرية مبنية على أساس احترام مقتضيات حسن النية من قبل المتمسك تجاهه بالغلط، إذ أن حسن النية يقتضي منه إعلام الطرف المقابل بأنه واقع في الغلط، وهذا ما يبرر

(1) أ/ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 28.

(2) د/ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 99، 100.

(3) أ/ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 31.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 307.

اشتراط علم المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط. ورب معترض يقول سلمنا بأن العلم بالغلط يقتضي إعلام المتعاقد معه بالغلط، ولكن كيف يبررون الحالات الأخرى التي لم يعلم المتعاقد بالغلط، بل كان مجرد سهولة العلم به أو وقوعه في نفس الغلط (الاشتراك في الغلط) ؟ للرد على هذا الاعتراض نقول بأن سهولة العلم بالغلط يقتضي من المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط التزاماً إضافياً بالتحقيق (Duty to investigate) من عدم وقوع المتعاقد المقابل في الغلط من خلال الاستفسار منه عما يبتغيه من التعاقد، على موضوع العقد، أو أن يطلب منه تأكيداً على ما يريده، وبعد أن يتأكد من وقوع المتعاقد في الغلط، يعلمه بأنه واقع في الغلط. أما في حالة وقوعه نفسه في الغلط (أي الغلط المشترك) فهنا يقتضي حسن النية في إبرام العقود منه التزام التسامح في إبطال العقد للغلط، لأنه نفسه كان واقعا في ذات الغلط (1).

ولحماية المتعاقد الآخر الذي قد يفاجأ بإبطال العقد لغلط ما في صفة في الشيء لم يكن يدري شيئاً من أهميتها، فإنه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع (يخالف) حسن النية، طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 85 ق.م.ج⁽²⁾، التي جاء فيها: (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي حسن النية).

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 309.

أي أن الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، يرى بأن إعمال نظرية الغلط المعيب للإرادة وإعطاء الحق للمتعاقد الواقع في الغلط بنقض العقد، هو على أساس إخلال المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط – الذي إرادته غير معيبة – بالالتزام بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود، وهذا ما يفسر أيضاً ترجيح الكفة في تطبيق هذه النظرية لصالح الغلطان، وليس لصالح إرادة المتمسك تجاهه بالغلط التي هي ليست معيبة. أنظر: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 307، 308.

(2) ونشير هنا إلى أنه في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، قال عبده محرم بك تعليقا على المادة 124 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 85 ق.م.ج، أن الرخصة الممنوحة للمتعاقد الذي يقع في غلط طبقاً للقاعدة العامة يجب ألا يساء استعمالها، وبعبارة أخرى أن هذه الرخصة قيدها المشرع بشرط ألا تتعارض مع ما يقتضي به حسن النية، ولكن حلمي عيسى باشا أظهر عدم موافقته على أن تكون قاعدة بطلان العقد للغلط مشروطة بحسن النية لأنه من الصعب على المتعاقد الآخر الذي يكلف بإثبات سوء النية أن يتبينه. وأضاف إلى ذلك علوية باشا فقال بأن القاعدة العامة تجيز لمن وقع في غلط جوهرى أن يطلب إبطال العقد ولذلك يجب أن يترك للقاضي تقدير حسن النية من عدمه. وقد رد الدكتور بغدادى على تلك الاعتراضات فقال بأن المادة لا تتكلم عن طبيعة الغلط وإنما هي خاصة بالتمسك به فالشخص الذي أراد أن يشتري ساعة من ذهب ثم ظهر أنها من فضة فمع أن له الحق في طلب إبطال العقد لهذا الغلط فلا يجوز له التمسك به مادام البائع قد أظهر استعداده في تنفيذ ما يريده وهذا الحكم ما هو إلا تطبيق لنظرية سوء استعمال الحق.

كما نشير أيضاً إلى أن الفقرة الثانية من المادة 85 ق.م.ج المقابلة للفقرة الثانية من المادة 124 من القانون المدني المصري ما هي إلا تطبيق للقاعدة الواردة في الفقرة الأولى. أنظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني. نقلًا عن: أديب استانبولي؛ شفيق طعمة، المرجع السابق، ص 437، 438.

والحكم بعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية، يعتبر تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾، لأن حسن النية يقتضي أن لا يقع تعسف في استعمال حق من الحقوق ومنها الحق في إبطال العقد.

والمقصود هنا بحسن النية هو ليس حسن النية الذي يتعارض مع سوء النية، وإنما المقصود به نزاهة التعامل. أما نص الفقرة الأولى من المادة 85 ق.م.ج، فهو أقل غموضاً وهو يقرر مبدأ عاماً، ويهيء بهذا نطاقاً أرحب لإعمال الأحكام المتعلقة بحسن النية فيجاوز بذلك حدود الخصوصيات⁽²⁾.

تطبيقاً لذلك نص المشرع صراحة على أهم تطبيق لذلك، في الفقرة الثانية من المادة 85 ق.م.ج التي جاء فيها: (ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد)، وبالتالي نص المشرع هنا على أنه يسقط الحق في إبطال العقد لغلط وقع فيه المتعاقد، إذا أبدى المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد الغلط، لأن الفائدة من استعمال حق إبطال العقد لغلط قد انتفت، وبالتالي يبقى العقد صحيحاً أي يبقى المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه مع المتعاقد الآخر، وذلك على أساس أن العلة في طلب البطلان هي أن العاقد الغلط لو علم بحقيقة الأمر لما أقدم على التعاقد، فإذا زالت هذه العلة بأن توافرت له فرصة الحصول على ما كان يرغب فيه فلا يبقى له عندئذ وجه حق للتمسك بالبطلان⁽³⁾.

مثال ذلك أن يشتري شخص شيئاً يعتقد أنه أثري فيتضح له أنه ليس كذلك، فهنا رغم أن المشتري يملك حق التمسك بالبطلان بدون شك، لكن إذا عرض عليه البائع أن يعطيه التمثال الأثري الذي أراد شراؤه — وبالتالي البائع هنا أبدى حسن نيته — فإن المشتري لا يجوز له أن يصر على التمسك بإبطال العقد بحجة أنه وقع في الغلط، لأن إصراره هنا يعتبر خروج عن مقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل.

هناك من انتقد حكم عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، فقال بأنه ينطوي على ظلم بحق العاقد الغلط، لأنه لا يتمكن من إبطال العقد للغلط عندما يكون العاقد الآخر سيء النية، أي عالماً بالغلط، وبالتالي يرى هذا الرأي ضرورة فسح المجال أمام العاقد الغلط لإبطال العقد، وقد أيد بعض شراح القانون هذا الرأي، فدعوا إلى ضرورة إلزام العاقد الآخر بتعويض العاقد الغلط عما أصابه

(1) د/ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 84 ؛ د/ محمد حسين منصور ؛ د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 56 ؛ د/ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 188.

(2) أنظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني. نقلاً عن: أديب استانبولي ؛ شفيق طعمة، المرجع السابق، ص 438، 440.

(3) وهذا لا يعني أن المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزم بإبرام عقد جديد، بل يلزم بالعقد الذي قصد إبرامه إذا كان العقد القابل للإبطال متضمناً لكل شروط العقد الجديد الذي قصد المتعاقد إبرامه. كما لا يلزم بإكمال العقد القابل للإبطال — بإضافة شرط مثلاً — حتى ينشأ العقد الجديد.

من ضرر نتيجة سوء نية المتعاقد الآخر ، حتى لا يؤدي الأمر إلى اعتبار سوء النية في هذا الصدد مغامرة ناجحة من قبل المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

أما بالنسبة لعدم جواز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع (بخالف) حسن النية، فهناك من يرى بأنه مادام التدليس ينطوي على إيقاع المتعاقد في غلط مستثار، فإنه يمكن تقييد التمسك به بنفس القيد الذي يتقيد به التمسك بالغلط التلقائي، فلا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية، وبالأخص يبقى المدلس عليه ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد⁽²⁾.

غير أن هناك من يذهب عكس ذلك فيقول بأن حكم عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية هو حكم يعني الغلط التلقائي لا الغلط المدبر – أي التدليس – لأن المدلس يكون دائماً ذا نية سيئة تحرمه من حماية القانون⁽³⁾.

لكن هناك أيضاً رأي وسط بين هذين الرأيين السابقين، يذهب إلى القول بأن اعتبار التدليس نوعاً من الغلط يمكن مبدئياً من تطبيق ذات القاعدة المأخوذة بها في الغلط – وهي عدم جواز تمسك المدلس عليه بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية – إلا أن تعارض عمل المدلس ذاته مع حسن النية لا يدع مجالاً لإعمال هذه القاعدة، لأنه إذا كان المتعاقد المدلس قد كشف بالتدليس الصادر منه على سوء نيته، فإن إصرار المتعاقد المدلس عليه على التحلل من عقده مع هذا المتعاقد سيء النية لا يمكن أن يكون مخالفاً لحسن النية مهما كان ما يعرض من شروط لإزالة أثر التدليس الذي وقع منه. ومع ذلك فإذا كان التدليس صادراً من الغير، ففي هذه الصورة وحدها – حسب هذا الرأي – يتصور أن يكون التمسك بالتدليس – باعتباره غلطاً – متعارضاً مع حسن النية، إذا لم يستطع المدلس عليه إثبات علم المتعاقد الآخر بالتدليس⁽⁴⁾.

كما نجد أيضاً في هذا الصدد، من لا يحبذ الأخذ بهذه الآراء على إطلاقها، ويرى أنه من الأولى أن يكون للقاضي السلطة التقديرية في ذلك ويقدر كل حالة على حدة⁽⁵⁾.

(1) نقلا عن: د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 218، 219.

(2) د/ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 173.

(3) ذهب إلى ذلك: د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 126.

(4) د/ مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 170، 171.

أي أن هذا الرأي يحاول التوفيق بين حالتين، فيرى بأن قاعدة عدم جواز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية لا تنطبق إلا في الحالة التي يكون التدليس فيها قد صدر من الغير. أما إذا كان التدليس صادراً من المتعاقد الآخر، فلا يجوز أن ينسب تعسف إلى المتعاقد المدلس عليه، إذا أصر على إبطال العقد، رغم العرض المقدم، لكي يتحلل من علاقته بمن أظهر نحوه سوء النية بشكل واضح من خلال تعمد تضليله.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 318.

ونحن من جانبنا، نجمع بين هذه الآراء كلها، فنرى أنه لا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية، لأن المدلس سيء النية فلا يمكن أن تكافأه على سوء نيته، ولكن يجوز ذلك إذا صدر التدليس من الغير ولم يتم إثبات علم المتعاقد معه بهذا التدليس. ولكن في نفس الوقت يمكن للقاضي أن يأخذ بغير ذلك عند تقديره للحالة المعروضة عليه للفصل فيها وفقا لسلطته التقديرية.

المطلب الثاني

مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود

مرحلة التفاوض قبل العقدية - التي نحن بصدد دراستها - تختلف عن التفاوض اللاحق لإبرام العقد، كأن يتفق المتعاقدان على التفاوض فيما بينهم كلما طرأ طارئ أو استجد أمر خلال تنفيذ العقد، أو أن يتفقا على التفاوض كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته المترتبة عن العقد. فالالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد يدخل في دائرة القانون حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة طبقاً لما تقرره النصوص القانونية⁽¹⁾.

والحاجة الماسة لإجراء التفاوض الذي يتم في المرحلة قبل العقدية - محل دراستنا - تظهر بوضوح أكثر في الكثير من العقود الدولية وخاصة تلك التي تتمتع بأهمية مالية كبيرة، مثل: عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التقيب عن المعادن، وعقود التوريدات الضخمة، وعقود الإنشاءات الهندسية، هذه العقود يتولى احتكار تنفيذها غالباً المشروعات العملاقة ذات القوميات المتعددة⁽²⁾.

وعرف التفاوض على العقد بأنه أي اتصال أو تشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي وإبرام عقد معين⁽³⁾. كما عرفه حمدي محمود بارود فقال بأنه: (تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية وتجارية يتبادلها الأطراف للتعرف على الصفة المزمع إبرامها، وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتها)⁽⁴⁾.

وبرجوعنا إلى القانون المدني الجزائري نجد المشرع لم يهتم بمرحلة التفاوض، أما القضاء الجزائري فمزال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام⁽⁵⁾. لكن رغم عدم الاهتمام بمرحلة التفاوض، إلا أن المبدأ العام

(1) حمدي محمود بارود، " القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة

الدولية "، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو 2005، ص 129، 130.

(2) حمدي محمود بارود، المرجع نفسه، ص 128.

(3) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 170.

(4) حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 127.

(5) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 11.

الذي تشترك فيه معظم القوانين المقارنة اليوم هو مبدأ المفاوضات العادلة، أي التفاوض بحسن نية⁽¹⁾. هذا المبدأ أي مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، لم ينص عليه صراحة القانون المدني الجزائري، ورغم ذلك فإن الأستاذ الدكتور بلحاج العربي يعتبر أن مبدأ حسن النية منصوص عليه ضمناً، سواء في المرحلة السابقة للتعاقد، أو في المراحل التالية على إبرام العقد (المادة 107 والفقرة الثانية من المادة 172 وغيرها من القانون المدني الجزائري)⁽²⁾. ولذلك يرى الأستاذ الدكتور بلحاج العربي بأن القانون المدني الجزائري يستحسن أن يتضمن نصاً صريحاً على الالتزام بالتفاوض بحسن نية، فيقترح إضافة فقرة جديدة للمادة 107 ق.م.ج يكون نصها كالآتي: (يجب على الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد التعامل بنزاهة وأمانة وحسن نية)، وهذا النص ينطبق على إبرام العقود التقليدية والحديثة (أي عبر الإنترنت)⁽³⁾. وهناك أيضاً فقهاء جزائريين آخرين يتفقون مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور بلحاج العربي من أن مبدأ حسن النية منصوص عليه ضمناً في القانون المدني الجزائري، وقد سبق أن ذكرنا ذلك عندما تطرقنا إلى مدى اقتصار هذا المبدأ على مرحلة تنفيذ العقود.

ونحن نرى مع غيرنا، أن التشريعات التي أخذت صراحة بالمبدأ العام للتفاوض بحسن نية تفضل عن غيرها من التشريعات، سواء التي أخذت به ضمناً – كالقانون المدني الجزائري – أو التي أخذت ببعض تطبيقاته، لما في ذلك من قطع لأي شك قد يثور حول ضرورة التفاوض بحسن نية، لاسيما أن التشريعات التي تنص صراحة على التفاوض بحسن نية يمكن في ظلها تكييف المسؤولية عن المفاوضات ببسر وسهولة⁽⁴⁾.

(1) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 168، 169.

نشير هنا إلى أن التشريعات المقارنة يختلف موقفها من تنظيم الالتزام بحسن النية خلال مرحلة التفاوض: فبعض القوانين تذهب صراحة إلى فرض التزام عام بمراعاة حسن النية خلال المرحلة قبل التعاقدية، كالقانون المدني الإيطالي واليوغسلافي واليوناني والياباني. وهناك تشريعات أخذت ضمناً بالمبدأ العام للتفاوض بحسن نية، وهذا هو الموقف الذي تبنته معظم القوانين المدنية العربية، إن لم يكن جميعها، تأثراً منها بالقانون المدني الفرنسي. وترفض قوانين أخرى مبدأ التفاوض بحسن نية وتستعيز عنه بقواعد خاصة تحرم بعض أوجه التفاوض التي تكون بغير حسن نية. والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي هما من أهم القوانين التي لا تتضمن مبدأ عاماً للتفاوض بحسن نية. ومع ذلك، فقد قام القضاء الإنجليزي والأمريكي باستحداث عدد من المفاهيم والآليات القانونية، من أجل جبر الضرر الناتج خلال مرحلة التفاوض على العقد، عن التصرف على نحو يخالف مقتضيات العدالة وقواعد المسؤولية عن الفعل الضار، ومن بين هذه المفاهيم والآليات: الإثراء بلا سبب والتدليس، والوعد المحدد والمنافسة غير المشروعة. نقلاً عن: د/ أمين دواس، المرجع نفسه، ص 174 وما يليها. وأنظر في مثل هذا المعنى: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 50 وما يليها.

(2) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، هامش 1 ص 12.

(3) أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 44.

(4) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 177.

ويجب عدم الخلط هنا بين الالتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد، لأن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فالمتفاوض يظل متمتعاً بكامل حريته في التعاقد أو عدمه، وبالتالي يجوز أن يضع حداً للمفاوضات والامتناع عن إبرام العقد، دون أن يتقيد بأي التزام عقدي، لكن يشترط أن يتم ذلك استناداً لأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية⁽¹⁾. أي في إطار ما يتطلبه حسن النية في المفاوضات، من أمانة وشرف وموضوعية ونزاهة وصدق، فتكون المفاوضات بذلك بعيدة عن الأكاذيب والحيل والخداع.

وبما أن مبدأ حسن النية يعتبر مبدأ غامضاً وخاصة من حيث ترتيب آثار مباشرة في دائرة القانون الوضعي، فإن الرأي الراجح يري ضرورة صياغة مقتضيات حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد في صورة التزامات قانونية محددة يمكن عقاب من يخالفها، وفي نفس الوقت يكون من الممكن استيعابها قانوناً.

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب، فرعين اثنين: الأول نتعرف فيه على الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض، أما الثاني نتطرق فيه لطبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض.

الفرع الأول

الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض

إن الالتزامات الأساسية الناشئة عن مرحلة التفاوض، تخرج جميعاً من قاعدة حسن النية وإعمال مبادئ الجدية والصدق والصرامة والأمانة⁽²⁾، ونذكر منها ما يلي: الالتزام بالتفاوض بحسن نية، الالتزام بالجدية في التفاوض، الالتزام بالتعاون، الالتزام بضمان السرية، الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، الالتزام بحماية المتفاوض الآخر وصحته في بعض البلدان⁽³⁾.

(1) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 69.

(2) د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 14؛ أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 60.

(3) أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 64 وما يليها؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 342 وما يليها؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 42 وما يليها؛ د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 18 وما يليها.

هذه الالتزامات التي نوردتها في هذا المجال، لا نقدمها على سبيل الحصر، بل يمكن أن يضاف إليها أي التزام آخر، يجد أساسه في قاعدة حسن النية⁽¹⁾. ويعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو الالتزام الرئيسي، أما الالتزامات الأخرى هي التزامات مكملة أو مساعدة، تقوم بجواره جنباً إلى جنب، فهي تطبيقات متفرعة عن مبدأ حسن النية⁽²⁾.

أولاً: التزام الجدية والاعتدال والتعاون في التفاوض

يفرض حسن النية في التفاوض على العقود، كل من التزام الجدية والاعتدال، والتزام التعاون، وسنتناولهما فيما يلي:

1 – التزام الجدية والاعتدال في التفاوض

الالتزام بالاعتدال والجدية يفرض على كل من المتفاوضين الحرص على أن تبلغ المفاوضات غايتها من حيث التوصل إلى إبرام عقد معين⁽³⁾.

فيلتزم كل متفاوض بالاعتدال والجدية في مقترحاته، وبالتالي يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة والتفكير، ولا يطرح ما هو مؤكد الرفض منها، حيث لن يكون نتيجة ذلك إلا تأخير إتمام عملية التعاقد أو دفع الآخر إلى صرف النظر عنها كلية، فإذا كانت المقترحات غير مفيدة فلا مجال لقبولها، ويعد المتفاوض الذي تقدم بها منتهكاً للالتزام بالاعتدال والجدية في التفاوض، كما يتعين ألا يرفض المتفاوض الآخر ما عرض عليه إذا كان عرضاً معتدلاً وجدياً ومنطقياً. كذلك لا يجوز التفاوض بصورة صورية، لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد. ولا يجوز أيضاً للمتفاوض إتيان 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 مجرد المراوغة لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين أو التعرف على أسرارهم الفنية والمالية⁽⁴⁾.

وجزاء الإخلال بالتزام الجدية في التفاوض هو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف المقابل أثناء التفاوض نتيجة لعدم الجدية، هذا بالدرجة الأساس، كما قد يكون الجزاء متمثلاً باعتبار العقد منعقداً في بعض الحالات التي يعدها المشرع كذلك⁽⁵⁾.

(1) د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع نفسه، ص 16.

(2) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 64، 65. أنظر أيضاً في مثل هذا المعنى: د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 17.

(3) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 121.

(4) د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 29؛ أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 68 وما يليها.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 347، 348.

2 - التزام التعاون في التفاوض

هذا الالتزام يتمثل في التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المتفاوضة للوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية إما بانعقاد العقد محل التفاوض وإما بغض النظر عنه كلية⁽¹⁾. والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالتعاون هي مسؤولية سابقة على التعاقد⁽²⁾.

ويرى البعض في الفقه الإيطالي بأن التزام التعاون لا يأتي بشكل مستقل بمعزل عن المقتضيات الأخرى، كالالتزام الجدية، والاستمرار في التفاوض، وعدم قطعه دون مبرر مشروع، والالتزام بالمحافظة على الأسرار، والالتزام بالإعلام، وغيرها، بل أن الوفاء بهذه المقتضيات، والمقتضيات الأخرى لحسن النية في إبرام العقود يؤدي إلى تحقيق التعاون. ولكن الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يرى بأن الالتزام بالتعاون قد يأتي بشكل مستقل عن الالتزامات الأخرى المنبثقة عن حسن النية في إبرام العقود كما هو الحال بالنسبة لإتمام الشكلية، وتحديد ثمن المعقود عليه، والتعاون مع المستهلكين⁽³⁾.

ثانياً: الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع

يلتزم المتفاوض بالاستمرار في التفاوض، وعدم قطعه دون مبرر مشروع، لذا سنتناول أولاً الالتزام بالاستمرار في التفاوض، وثانياً الالتزام بعدم قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، فيما يلي:

1 - الالتزام بالاستمرار في التفاوض

التزام حسن النية يقتضي من الأطراف الاستمرار في التفاوض بحسن نية إلى أن يتوصلوا إلى الاتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة، أما إذا نكل أحد الطرفين عن الاستمرار في التفاوض، والوصول إلى الاتفاق، فإنه يكون مخلاً بمقتضيات حسن النية، لأن اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة. ويرى الفقه بأن الاستمرار بالتفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية، ولا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد، ولكن قد يعد في بعض الأحيان التزاماً بنتيجة، ويظهر لنا ذلك في حالة الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد النهائي، مع ترك المسائل الثانوية، أو التفصيلية، لاتفاق لاحق، إذ أن اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة، فإذا اتجهت نية الأطراف إلى عد العقد النهائي منعقداً حتى ولو لم يصل طرفي التفاوض إلى اتفاق بشأنها، كان الأمر يتعلق بالالتزام بنتيجة، على عكس الأصل العام في أنه التزام ببذل عناية⁽⁴⁾.

(1) د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 28.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 400.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 395.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 348، 349.

2 – الالتزام بعدم قطع التفاوض بدون مبرر مشروع

قطع التفاوض من حيث المبدأ لا يترتب عليه أي أثر قانوني على التفاوض، لأن المفاوضات تعتبر مجرد عمل مادي يقوم به العاقد المفاوض لا أثر قانوني له، وبالتالي كل متفاوض حر في قطعه المفاوضات في الوقت الذي يريد، ولهذا من يعدل عن المفاوضات لا تتحقق مسؤوليته، كما لا يمكن أن يطالب بتقديم تبرير العدول، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل هي مقيدة بمراعاة مقتضيات حسن النية في إبرام العقود⁽¹⁾، وبالتالي قطع المفاوضات لا يعقد أي مسؤولية للمتفاوض إذا احترم قاعدة حسن النية في التفاوض وما يتفرع عنها من التزامات⁽²⁾. أما إذا تم قطع المفاوضات فجأة، بدون مبرر مشروع، أو لأي سبب غير موضوعي، فإن المتفاوض يعد مخطئاً وتتعدّد مسؤوليته المدنية⁽³⁾.

وبالتالي المفاوضات قد يتم إنهاؤها لمبرر مقبول (أي قطع مبرر للتفاوض)، وقد يتم إنهاؤها لمبرر غير مقبول (أي قطع غير مبرر للتفاوض):

– وتكون المفاوضات قد تم إنهاؤها لمبرر مقبول إذا صار انعقاد العقد بالنسبة لأحد الطرفين غير ممكن لظروف موضوعية استجرت عليه أثناء المفاوضات على العقد، أو إذا كان السبب الذي لأجله تم قطع المفاوضات على العقد متوقفاً منذ البداية بالنسبة للطرف الآخر، أو إذا ما توافر سبب يحق معه للطرف الذي أنهى المفاوضات فسخ العقد فيما لو تم إبرامه، أو إذا ما تحفظ أحد الطرفين منذ البداية على إنعقاد العقد⁽⁴⁾.

– وتكون المفاوضات قد تم إنهاؤها لمبرر غير مقبول، إذا تم مثلاً:

– قطع المفاوضات دون سبب جدي عن طريق تحلل أحد الطرفين من الشروط التي سبق التفاهم عليها بأي شكل من الأشكال خلال التفاوض على العقد، أو رفضه لشروط تحقق مصلحته قدمها له الطرف الآخر من تلقاء نفسه أو بناء على طلبه، أو يقترح بنوداً وشروطاً في العقد لا تكون مقبولة بالمطلق، أو يستمر في رفض كل الاقتراحات التي يقدمها الآخر بالرغم مما تتسم به من اعتدال ومنطقية. أو أن يتم قطع المفاوضات دون سبب جدي عن طريق إخلال أحد الطرفين بواجب التعاون مع الآخر من أجل استكمال إبرام العقد⁽⁵⁾، كأن يتراخى في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض، أو يتأخر بغير عذر مقبول عن حضور جلساتهما، أو يرفض بغير مبرر تعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية مختلف عليها⁽⁶⁾، أو يتخلف عن تسجيل العقد لدى الجهة المعنية، أو أن يبدأ سرا مفاوضات موازية مع طرف ثالث بعد أن يكون قد قطع شوطاً كبيراً في المفاوضات الأولى، وذلك أمر يشكل إخلالاً بالتوقع المشروع للطرف الذي بدأ معه

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 350؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 43، 44.

(2) د/ محمد حسام محمود لطفی، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 102.

(3) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 72؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 45.

(4) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 171.

(5) د/ أمين دواس، المرجع نفسه، ص 171، 172.

(6) د/ محمد حسام محمود لطفی، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 28، 29.

المفاوضات أولاً بأنه لا يتفاوض مع سواه على العقد المزمع إبرامه، أو أن يبدأ المفاوضات بهدف حرمان الشخص الذي يتفاوض معه من فرصة أخرى أفضل للتعاقد مع غيره⁽¹⁾.

— إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع، رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد⁽²⁾.

— الإخلال بالثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف المقابل، فالطرف الذي أنهى المفاوضات يكون مسؤولاً تجاه الطرف الآخر في المفاوضات الذي تولدت لديه الثقة في أن العقد سينعقد، وبخاصة إذا ما كان الطرف المخل هو الذي ولد هذه الثقة لدى الآخر من خلال عدم إبلاغه له في الوقت المناسب بنيته الحقيقية عدم إتمام العقد⁽³⁾.

أما بالنسبة لجزاء الإخلال بالالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، فقد ثارت إشكالية متى يعد هذا القطع غير مشروع يخالف مبدأ حسن النية ومتى لا يعد كذلك⁽⁴⁾. وعموماً ودون الخوض في تفاصيل ذلك، فإننا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي القائل بأنه من غير الممكن التسليم بالقاعدة المطلقة المتمثلة في قاعدة ترتيب المسؤولية عن القطع غير المبرر، بل ينظر في كل حالة على حدة، لتقدير سلوك من قطع المفاوضات⁽⁵⁾.

كذلك المرحلة التي يتم فيها قطع المفاوضات تلعب دوراً بارزاً في تحديد وجود السبب الجدي من عدمه، فإذا ما تم قطعها بعد أن بدأت بفترة قصيرة فلا يتصور قيام المسؤولية عن ذلك، أما إذا تم إنهاؤها بعد أن قطعت شوطاً كبيراً، فعلى الأغلب أن تتقرر المسؤولية بحق الطرف المخل، خاصة إذا اقترن إنهاء المفاوضات بظروف أخرى تبرر ذلك. لكن لا يجوز أن يفهم أن المفاوضات يجب أن تؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد، بل على العكس من ذلك، فأحياناً قد لا يتم إبرام العقد رغم أن المفاوضات تمت من قبل الطرفين وفقاً لمقتضيات حسن النية⁽⁶⁾.

ثالثاً: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وعدم إجراء مفاوضات موازية

حسن النية يفرض كذلك في التفاوض على العقود، كل من الالتزام بالمحافظة على سرية المعاملات، والالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، وستتناول هذين الالتزامين كما يلي:

(1) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 172.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 351.

(3) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 171؛ د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 351.

(4) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 357.

(5) نقلاً عن: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 358.

(6) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 172.

1 - الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

إن مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات أو المعلومات، هو أن يتمتع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها، وأن يتمتع أيضاً عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها (أي بدون رضا صاحب المعلومات السرية)⁽¹⁾. وبالتالي الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يعني التزام المتفاوض باعتبار ما كان قد علمه " كأن لم يكن "⁽²⁾.

ولهذا الالتزام صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام، فحيثما وجد التزام بالإعلام، وجب عدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها بطريقة مضرّة بالمتعاقدين الآخر⁽³⁾. وبالتالي قد يجد المتعاقد نفسه تجاه مسؤوليتين، مسؤولية تجاه من تعاقد معه عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، ومسؤولية قبل صاحب الأسرار الذي يحق له محاسبته عن إفشائها، فهنا فإن الوفاء بأحد الالتزامين سيؤدي حتماً إلى الإخلال بالالتزام الآخر، وبالتالي هناك تعارض بين التزامين قائمين على عاتق نفس الشخص، خاصة إذا كان الشخص محترفاً كالمحامي أو الطبيب، وبالتالي حل هذا الإشكال يتمثل في أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار يعلو على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ولكن في الوقت نفسه يجب تحديد البيانات والمعلومات التي يمكن أن توصف بأنها من قبيل الأسرار التي لا يجوز البوح بها، فما يعتبر من الأسرار فإنه لا يدخل في نطاق الالتزام بالإعلام، أما ما لا يعتبر من الأسرار فإنه يدخل ضمن نطاق الالتزام بالإعلام، وبالتالي قمنا هنا بالتوفيق بين مختلف المصالح التي تقف خلف هذين الالتزامين المتقابلين. فالمحامي مثلاً للتوفيق بين واجب المحامي في الحفاظ على أسرار موكله القدامى وواجبه في إعلام عملائه الجدد يقتضي القول بأن على المحامي أن يقوم بتحذير هؤلاء متى استطاع القيام بذلك دون إفشاء أسرار موكله⁽⁴⁾.

ومن غير المعقول أن يتمتع المتعاقد عن كشف جميع المعلومات التي تلقاها من المتعاقد الآخر بمناسبة التفاوض وعملية إبرام العقد، لذا نجد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يشمل فقط المعلومات التي تعد بطبيعتها أسراراً وهي المسائل التي يترتب بإعلانها ضرر للمتعاقد المقابل⁽⁵⁾، كما أن هناك من يرى بأن مضمون الالتزام بالسرية لا يشمل فقط هذه المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها، فيضيف إليها نوع ثاني من المعلومات يتمثل في تلك المعلومات التي يسبغ عليها صاحبها طابع السرية

(1) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 75.

(2) د/ محمد حسام محمود لطف، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 31.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، هامش 3 ص 366.

(4) عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 171، 172.

(5) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 363؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 51، 52.

فيلزم المحافظة على سريتها ، والمعيار في ذلك - حسب هذا الرأي - هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه، إذ أن هذه المعلومات تأخذ طابع السرية لأن الشخص لا يعلنها إلا لشخص آخر يثق بأنه لن يستغلها ضده⁽¹⁾.

والتزام السرية ليس مطلقاً، بل قد يأذن صاحب السر بإفشائه (كأن يفضي به لوسائل الإعلام)، أو يصرح القانون في بعض الأحوال بوجود الإفصاح عن المعلومات السرية لإخبار السلطات العامة عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها⁽²⁾.

كذلك الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، هو التزام بتحقيق نتيجة، لأن حسن النية يقضي قطعاً، أن يحافظ كل متفاوض على الأسرار التي تتكشف له أثناء المفاوضات والمباحثات، فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه، ليمنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها، ولكن يجب أن يمتنع عن ذلك بالفعل، وإلا انعقدت مسؤوليته المدنية⁽³⁾.

وفي الجزائر، نجد القانون الجزائري بصفة عامة يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فنجد القانون الجزائري يحمي البيانات التقنية، وأسرار المعرفة الفنية، وكذا الأسرار الصناعية، وأسرار الأعمال، وغيرها من الأسرار الفنية والتقنية والأسرار المالية، فضلاً عن المهارات الفنية والخبرات التقنية المكتسبة التي يطلع عليها المتفاوضون في مرحلة التفاوض، وهي أسرار محمية مدنياً وجنائياً، بشكل خاص، ومثال ذلك براءة الاختراع، والعلامات التجارية، والرسوم والنماذج الصناعية، وكذا معطيات أنظمة المعالجة الآلية، فهي في إطار هذا الالتزام تتمتع بحماية قانونية خاصة في المنظومة القانونية الجزائرية⁽⁴⁾. بالإضافة لذلك هناك قوانين تفرض الالتزام بالمحافظة على السرية على الطبيب أو الصيدلي أو المحامي...إلخ.

أما جزء الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، فإن الرأي السائد فقهاً وقضياً في فرنسا يذهب إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالالتزام سرية البيانات والمعلومات، وذلك لعدم وجود اتفاق صريح عليه⁽⁵⁾، وبالتالي يمنع على المتفاوض أن يقوم بالإفشاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء مفاوضات العقد، استناداً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽⁶⁾.

والتعويض هو الجزاء الرئيسي على الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، لأن الطرف المخل بهذا الالتزام يستحيل عليه أن ينفذه عيناً، بعد أن أخل به، لأن الالتزام في هذه الحالة يعد التزاماً بالامتناع

(1) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 52.

(2) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 363؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 53.

(3) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 126، 127.

(4) أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 73، 74.

(5) أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 75.

(6) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 51.

عن عمل، ويعد المؤمن على السر منفذاً لالتزامه، مادام ممتنعاً عن إفشائه، فإن أفشاه اعتبر مخالفاً بالتزامه، وتعذر عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، لأن ما وقع من مخالفة لا يمكن تداركها، وفي مثل هذه الحالة، لا يبقى أمام صاحب السر سوى اللجوء إلى التعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، بالإضافة إلى التدابير الأخرى التي تحد من استخدام السر الاستخدام غير المشروع⁽¹⁾. بالإضافة إلى هذا، فقد قرر القانون الجزائي عقوبات جنائية، لكل من قام بوسيلة غير مشروعة بالكشف عن هذه المعلومات السرية أو بحيازتها أو باستخدامها، مع علمه بسريتها أو بأنها متحصلة عن تلك الوسيلة⁽²⁾.

2 – الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل

يرى البعض بأن من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود الامتناع عن إجراء مفاوضات موازية – بشأن العملية محل التفاوض – مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات. وهناك رأي ثاني آخر يذهب إلى القول بأن الأصل هو أن حسن النية لا يقتضي عدم إجراء مفاوضات موازية فهي جائزة ومشروعة كقاعدة عامة، لأن التزاماً بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات، معناه في الحقيقة مصادرة حرية التعاقد وحرية المناقشة من أساسها. وبالتالي لا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة، يسمى شرط القصر أو الاستبعاد (lock-out clause). وهناك رأي ثالث ذهب إليه الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، يرى بأن الذي يقتضيه حسن النية في هذه الحالة ليس متمثل بعدم إجراء مفاوضات موازية، بل بعدم إخفائها، فالطرف المقابل يجب أن يلتزم بالشفافية في تفاوضه، ويفصح عن وجود مثل هذا التفاوض الموازي، حتى يكون الطرف المتفاوض معه على بينة من هذا الأمر، ويحتاط لنفسه، ولا يعول كلياً على هذه المفاوضات، بل يكون في حساباته أن هناك مفاوضات تجري بموازاة ما يجري معه من مفاوضات⁽³⁾. أي أن حسن النية – حسب هذا الرأي – يقتضي عدم إخفاء وجود المفاوضات الموازية، أي عدم إجراء

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 373.

وليس هناك مانع قانوني للجمع بين جزاء البطلان وجزاء التعويض معاً. أنظر: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 393.

(2) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 128.

(3) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 393، 394.

ننوه هنا بأن اتفاق قصر التفاوض هو من بين الاتفاقات المؤقتة التي تصدر في مرحلة التفاوض، وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات متوازية مع الغير لمدة معينة. أنظر:

عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 267.

مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، وبالتالي لا يعتبر الشخص مخالفاً لالتزام حسن النية إذا أعلم من يتم التفاوض معه بهذه المفاوضات الموازية.

غير أننا - في نظرنا - نعتقد بأن وجوب الإفصاح بالمفاوضات الموازية قد يؤدي إلى المنافسة غير المشروعة، لأن من يعلم بوجود مفاوضات موازية، قد يبذل قصارى جهده حتى تفشل هذه المفاوضات الموازية وذلك حتى ولو تطلب منه الأمر أن يقوم بأساليب احتيالية أو غير مشروعة (كالتهديد أو التجسس) لتحقيق هدفه. وبالتالي إذا قلنا بأن حسن النية يقتضي عدم إخفاء المفاوضات الموازية، فإنه في نفس الوقت يمكن القول - في نظرنا - أن حسن النية يفرض أيضاً على من أعلم بهذه المفاوضات الموازية أن لا يتخذ أي أساليب غير شرعية قد تعيقها.

الفرع الثاني

طبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض

هناك من يرى بأن المسؤولية المدنية قبل التعاقدية هي ليست مسؤولية عقدية بالمفهوم التقليدي الذي يفترض وجود عقد صحيح وإخلال بالتزامات نص عليها هذا الأخير، وليست مسؤولية تقصيرية بالمفهوم السائد في الأحكام التي تنظم هذه المسؤولية، بل هي مسؤولية من نوع خاص سابقة على إبرام العقد، إذ أنه لا يمكن للقاضي الحكم بتكوين العقد إلا على سبيل الاستثناء، كما أنه لا مجال لإدانة المسؤول إلا بأداء تعويض عادل⁽¹⁾.

غير أننا نتفق مع من ذهب إلى القول بأن المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض على العقد ليست مسؤولية من نوع خاص، وإنما هي مسؤولية مدنية عادية، قد تكون مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، وأن هذه التسمية ما هي إلا لتحديد المرحلة (أي الفترة الزمنية) التي تنشأ خلالها هذه المسؤولية وهي مرحلة التفاوض على العقد. دون أن ننسى أن في بعض الأحوال - كبعض أحوال قطع المفاوضات - قد تقوم المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في آن واحد، وبالتالي لا بد من تحديد ما إذا كان يجوز للطرف

(1) ذهب إلى ذلك: أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 05.

هذا الرأي نقد من طرف الدكتور أمين دواس فذهب إلى القول بأنها محاولة لا جدوى منها اعتبار المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة المفاوضات مسؤولية من نوع خاص. أما الدكتور محمد حسام محمود لطفي، فيقول بأن المنطق لا يجانب من ينادي بالدراسة المتأنية للرأي القائل بابتداع نوع ثالث للمسؤولية تتحدد شرائطه وفقاً لاحتياجات العدالة. أنظر:

د/ أمين دواس، المرجع السابق، هامش 125 ص 180 ؛ د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 82.

المتضرر أن يختار بينهما⁽¹⁾.

وبالتالي الإخلال بالالتزام العقدي الذي يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض (أي عقد التفاوض) ، يرتب بالضرورة تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى ولو تسفر المفاوضات على إبرام أي عقد. وقد ذهب إلى ذلك الرأي السائد في فرنسا ومصر، وكذلك في الجزائر⁽²⁾. أما الحالات الأخرى – من حالات المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض – التي لا تتوفر فيها اتفاقات مبدئية، فالاتجاه السائد في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر يعتبرها مسؤولية تقصيرية⁽³⁾، لعدم وجود العقد، وبالتالي لا مجال للمسؤولية التعاقدية قبل انعقاد العقد، وهذا هو الأصل العام.

تطبيقاً لما سبق ذكره، فإن الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض على العقود، إذا لم يتم النص عليه صراحة (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه) ، فإنه في الأصل العام ، يرتب المسؤولية التقصيرية (المادة 124 ق.م.ج) ، وهذا هو الرأي الذي استقر عليه معظم الفقه المعاصر في فرنسا ومصر والجزائر وأيده القضاء وذهب إليه أيضا الفقه الإسلامي⁽⁴⁾.

لكن استثناء، تكون المسؤولية عن الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية (المادة 107 ق.م.ج)⁽⁵⁾ ، إذا كان هناك إخلال بالتزام عقدي متمثل في التزام حسن النية في التفاوض (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه) ، يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض (أي عقد التفاوض) ، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى

(1) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 188، 189.

(2) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 171 وما يليها. وفي مثل هذا المعنى أنظر: أمين دواس، المرجع السابق، ص 178 ؛ د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 68.

(3) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 178 ؛ أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 153، 154 ؛ د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 87. أنظر أيضا: قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 258113، بتاريخ 2002/01/30، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 02، ص 120. قضت المحكمة العليا فيه من أن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استنادا لأحكام المادة 176 من القانون المدني.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 548 ؛ د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 86، 87 ؛ أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 69، 70، 175.

وننوه هنا بأنه إذا لم يترتب أي ضرر للطرف الآخر، فلا مسؤولية قانونا، لأن المادة 124 ق.م.ج بعد إعادة صياغتها ضمن تعديلات 2005 م، أصبحت تشترط لقيام المسؤولية عن الفعل الضار وجود الخطأ، حتى ولو تم قطع المفاوضات بسوء نية. وبالعكس يلتزم الطرف المخل بمفاوضات العقد، بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك. أنظر: أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 177.

(5) في مثل هذا المعنى أنظر: أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 155.

ولو تسفر المفاوضات على إبرام أي عقد.

أما عند توافر المسؤولية العقدية والتقصيرية معاً، فقد اتجه أغلب الفقه الجزائري إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤولين، استناداً إلى استقلال كل من المسؤولين بنظام قانوني خاص، مما يؤدي إلى استبعاد إحداهما من نطاق الأخرى⁽¹⁾، وبالتالي الدائن (المتضرر) لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين. واستقر اجتهاد المحكمة العليا، على أنه من غير المقبول قانوناً، أن يحصل المتضرر على تعويضين عن ضرر واحد⁽²⁾، وعلى أن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام عقدي تحكمها المسؤولية العقدية أساساً، لأن علاقة الدائن بالمدين مرجعها العقد⁽³⁾.

أما بالنسبة للأضرار التي يمكن أن يتم التعويض عنها عند الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية فهي لا تقع تحت حصر، نظراً إلى اختلاف طبيعة المفاوضات من عقد إلى آخر⁽⁴⁾.

(1) من بينهم: د/ محمد صبري السعدي، د/ محمد حسنين، أ د/ بلحاج العربي، د/ علي فيلاي. أما د/ علي علي سليمان ذهب إلى عكس ذلك فقال بأنه متى توافرت شروط الدعويين، يمكن للدائن (أي المتضرر) أن يرفع الدعوى التي يختارها. أشار إليهم: أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 180.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 130299، بتاريخ 1996/01/17، غير منشور. أشار إليه: أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 180؛ قرار المحكمة العليا، رقم 34000، بتاريخ 1984/11/07، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 55.

(3) قرار المحكمة العليا، رقم 77237، بتاريخ 1992/05/11، غير منشور؛ قرار المحكمة العليا، رقم 41112، بتاريخ 1990/05/28، المجلة القضائية، عدد 02، ص 117 (استحالة التنفيذ يتم حسمها على شكل تعويضات). أشار إليهما: أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 180؛ قرار المحكمة العليا، رقم 34951، بتاريخ 1985/10/30، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02، ص 44 (جواز طلب فسخ العقد مع التعويض)؛ قرار المحكمة العليا، رقم 34000، بتاريخ 1984/11/07، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 55.

(4) د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 190.

المبحث الثاني

مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود

هناك مسألتين هامتين في العقد ، التنفيذ والتفسير فهما مرتبطتان مع بعضهما البعض لأن التنفيذ يقتضي التفسير ولأنهما يؤديان إلى نتيجة واحدة⁽¹⁾، ويؤكد ذلك الدكتور عبد الحكم فودة فيقول: (فالتنفيذ والتفسير عمليتان متكاملتان وغير منفصلتين، إذ كيف يمكن حل مشكلة متعلقة بالتنفيذ قبل إجراء التفسير، الذي يتعين أن يتم وفق مبادئ حسن النية وشرف التعامل)⁽²⁾. ومبدأ حسن النية إذا كان قد لعب دوره في مرحلة إبرام العقد، فله أيضا دوراً في مرحلة تفسيره، أما مرحلة التنفيذ فدوره فيها يكون أهم وأخطر من دوره في مرحلة الإبرام ومرحلة التفسير⁽³⁾. وعليه، سنتناول أولاً مبدأ حسن النية في تفسير العقود من خلال المطلب الأول، ثم نتطرق ثانياً إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال المطلب الثاني.

(1) أنظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني. نقلا عن: أديب استانبولي ؛ شفيق طعمة، المرجع السابق، ص 656.

(2) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 157.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 409.

المطلب الأول

حسن النية في تفسير العقود

إن القاضي عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بتنفيذ العقد، يقوم أولاً بتحديد مضمون العقد ثم يعقب ذلك بتفسيره، وتحديد مضمون العقد هو: (تعيين ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات، مع ما يستتبع ذلك من استكمال ما لم يكن قد جرى به التصريح فيه)⁽¹⁾، أي يحدد حتى الالتزامات الضمنية في العقد. أما التفسير فيقصد به: (تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به)⁽²⁾.

وبالرجوع إلى نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 111 ق.م.ج، نجد أنه جاء فيه ما يلي: (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

من خلال هذا النص القانوني، يتضح أن المشرع الجزائري ألزم القاضي بقواعد معينة عند تفسير العقد للتوصل إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين التي تمثل إرادتهما الحقيقية، ومن بين هذه القواعد: الاستهداء بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

وبالتالي جعل المشرع الجزائري الأمانة والثقة ضابطان لتفسير العقود، وبالرجوع إلى مبدأ حسن النية ومقتضياته، نجد الأمانة والثقة من بين ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل⁽³⁾، ولذلك يمكن القول — في نظرنا — أن مبدأ حسن النية في تفسير العقد منصوص عليه ضمناً في نص المادة 111 ق.م.ج.

وبذلك، الأمانة والثقة من وسائل التعرف على حسن نية المتعاقدين، يستوحيهما القاضي من داخل العقد⁽⁴⁾، أما تفسير التصرفات القانونية بحسب حسن النية، في نظر الأستاذ جورف، فهو يعني — قبل كل

(1) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 59.

(2) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 17.

وليس المقصود هنا غموظ اللفظ، بل المقصود غموض المعنى، فإذا كان المعنى واضحاً فلا تفسير، والمقصود بالمعنى الواضح ليس هو الواضح الظاهري، بل الواضح الحقيقي، الذي يعكس الإرادة الحقيقية للطرفين، فقد يعبر الطرفان بعبارات واضحة الدلالة في معنى ليس هو المعنى المقصود. أنظر: د/ عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 17.

(3) في مثل هذا المعنى أنظر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 451، 441.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 398.

شيء - البحث عن النية الحقيقية للطرفين واحترامها⁽¹⁾.

وبالتالي مبدأ حسن النية بما يقتضيه من أمانة وثقة، يؤدي إلى مساعدة القاضي عند تفسير العقد في التعرف على نية المتعاقدين المشتركة، كما أنه يؤدي إلى حسن تطبيق القانون متمثلاً في حسن تفسير العقود⁽²⁾.

أما بالنسبة للنية المشتركة للمتعاقدين، فهي لا يقصد بها، تلك الإرادة الباطنة التي تستخلص بمعايير ذاتية، بل الإرادة الباطنة الموضوعية، التي تستخلص بمعايير موضوعية، هي طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات⁽³⁾. وبالتالي للوصول إلى معرفة النية المشتركة بين الإرادتين، يحاول القاضي أن يكشف عن الإرادتين الباطنيتين لكل من المتعاقدين بواسطة إرادتهما الظاهرتين (تعبيرهما)، ليتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقاً⁽⁴⁾، ويهتدي في ذلك بالوسائل التي نص عليها المشرع في المادة 111 ق.م.ج، وهي طبيعة التعامل (أي نوع العقد الذي يرد عليه التفسير)، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وبالعرف الجاري في المعاملات.

ويقتضي مبدأ حسن النية في التفسير، عدم التقيد بالعبارات الواردة في العقد، إذا كانت لا تعبر بحق عن نية المتعاقدين، أي يقتضي تفسير العقود بمرونة وبحسب ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وبالتالي عدم تفسيرها حرفياً⁽⁵⁾، والقاضي يلتزم بذلك عند تفسير العبارات الغامضة أو المتعارضة في الاتفاقات المختلفة، فيرفض كل تفسير يبني على ما يتنافى مع حسن النية والأمانة كسوء النية أو الرغبة في التضليل أو الغش، كما أنه يأخذ بما تمليه الثقة المشروعة، والمفترضة في المعاملات⁽⁶⁾، وبالتالي لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع، وقد تكون هذه الإرادة هي نية المتعاقد الحقيقية.

(1) نقلاً عن: د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 157.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 441؛ د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 438.

(3) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 357.

(4) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 102.

(5) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 18، 69.

فالمحكمة العليا قضت بأنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. لذا اعتبرت قضاة المجلس القضائي استعملوا حقه في تأويل عبارات العقد عندما قاموا بتفسير عقد عرفي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبناءه الواجب تسديدها. أنظر:

قرار المحكمة العليا، رقم 149300، بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 02، ص 51.

(6) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 438.

كذلك مبدأ حسن النية من خلال الأمانة والثقة، يقتضي شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الإرادة الصادرة من المتعاقد الآخر، أي يقتضي أن يكون المتعاقد حسن النية أثناء التعبير عن إرادتهما، فالمتعاقد إذا كان على علم بأن تعبير المتعاقد الآخر قد تضمن خطأ أو غموض في الصياغة أو قصور، أو على الأقل كان في استطاعته أن يتبين ذلك، فإن حسن النية في التعامل يقتضي ألا يستغل هذا الخطأ أو الإبهام أو النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها⁽¹⁾، فمثلاً إذا كان العقد قد روعي فيه توافر عنصر من عناصر الضرر، فإن الأمانة والثقة تقتضيان الإقتصار في تحديد التزامات كل متعاقد على الحدود التي كانت مفهومة فيما بينهما، دون أن تجاوز ذلك إلى مخاطر لم تدخل في حسابهما⁽²⁾، ويتنافى أيضاً مع حسن النية في التعبير أن تكون للمتعاقد إرادتان أحدهما ظاهرة غير حقيقية وأخرى باطنة حقيقية يتمسك بها لحساب نفسه ويستخدمها بما يتعارض مع مصالح الطرف الآخر⁽³⁾.

كذلك من مقتضيات حسن النية في تفسير العقد، أن يتم التفسير في ضوء روح العقد والغرض منه، فيستلهم القاضي الغرض والقصد من العقد عند إيراد المتعاقدين له. كما يقتضي حسن النية أيضاً إعمال الكلام خير من إهماله متى أمكن، فمثلاً لو قال رجل وقفت داري على أولادي وليس له إلا أولاد أو أولاد تعين حمل المعنى عليهم، وهذا التفسير تستلزمه قواعد حسن النية، وبالتالي إذا تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي يحمل على معناه المجازي، أما إذا تعذر إعمال الكلام يهمل لأنه ليس من حسن النية في التفسير حمل الألفاظ على معان لا تحملها الألفاظ، لأن ذلك يكون ضرباً من العبث الذي يجب أن ينتزه عنه المفسرون. كما يقتضي حسن النية أيضاً حمل المطلق على إطلاقه حتى يقوم دليل على تقييده نصاً أو دلالة⁽⁴⁾.

يجب مراعاة حسن النية أيضاً في تفسير عقود الإذعان، فحسن النية رغم أنه مطلوب في تفسير العقود، بصفة عامة، إلا أن له دور هام في عقود الإذعان بصفة خاصة، وبالذات عقود التأمين، إذ يكثر غالباً فيها إسقاط حق المستأمن في التعويض رغم حسن نيته، خاصة إذا لم يكن بإمكان الشخص العادي المتواجد في نفس الظروف أن ينفذ الشرط بالدقة الوارد بها في العقد، كما يتنافى مع حسن النية التمسك

(1) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 438؛ د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 198؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 399.

(2) د/ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 199.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 399.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 399، 400.

بحرفية الشروط التي انتهت الحكمة من تنفيذها⁽¹⁾.

وهناك أحكاماً قضائية (فرنسية) فسرت عقود الإذعان تفسيراً واسعاً راعت فيه مقتضيات مبدأ حسن النية، منها ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 14 فيفري 1929 من أن تغيير المستأمن اسمه في الوثيقة لا يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض، إذ لا يؤثر ذلك على أبعاد الخطر المؤمن منه، خاصة وقد أعطى المستأمن بيانات أخرى كافية تحدد شخصيته كعنوانه ومهنته⁽²⁾.

وطبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 112 ق.م.ج، إذا شك القاضي في التعرف على نية المتعاقدين المشتركة فإن هذا الشك يفسر لمصلحة المدين في العقد، وفي هذا إعمال لمبدأ حسن النية في تفسير العقد⁽³⁾، فأولاً لأن الأصل براءة ذمة المدين من أي التزام وأن ترتيب الالتزام في ذمته استثناء، ومن المقرر أنه لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء، فإذا قام شك في التزام ذمة المدين وجب الرجوع إلى الأصل وهو براءته، وبالتالي على الدائن أن يزيل هذا الشك ويثبت الالتزام، وثانياً لأن المدين عادة يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبذلك يعمل المشرع على حمايته⁽⁴⁾، غير أنه يرد استثناء على قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 112 ق.م.ج، يتمثل في أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (ولو كان دائناً)، فإذا كان المدين هو الطرف المذعن فسر الشك لمصلحته، وإذا كان الطرف المذعن هو الدائن فسر الشك لمصلحته كذلك.

ولا يتعين فهم معيار حسن النية بمفهوم مجرد، أي بعيداً عن طرفي العقد، بل على ضوء فهم الطرفين له، فمثل العرف الذي لا يؤخذ من أحكامه إلا بالقدر الذي نمي إلى علم المتعاقدين بالفعل، فإن حسن النية هو أيضاً يؤخذ به من خلال الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فمعايير الأمانة والثقة وحسن النية، رغم أنها معايير موضوعية، إلا أنها ليست مجردة مطلقة، بل نسبية متصلة بطرفي التعاقد، فهي ليست معايير خارجية مستقلة تقف في مقابل إرادة المتعاقدين تناقضها وتتغلب عليها، بل أن المفروض فيها أنها تكشف عنها، وتكمل ما يوجد منها بالتعبير الرئيسي الذي تضمنه العقد⁽⁵⁾.

(1) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 423. تجب الإشارة هنا إلى أن الإبهام الذي يكتنف بعض عقود الإذعان، ليس وليد الصدفة دائماً، وليس أيضاً وليد رعونة واضعه وهو المحترف أو المتعاقد القوي، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمداً، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد. أنظر:

د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 61.

(2) نقلاً عن: د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 424.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 408.

(4) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 103؛ د/ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 135، 136.

(5) د/ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 275، 276.

ويثور هنا التساؤل عن دور قاضي الموضوع بالنسبة لحسن النية ؟

ويجاب عن ذلك بأن حسن النية هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قضاة الموضوع، شريطة أن لا يؤدي إعماله إلى تحريف العقد بطريق غير مباشر، ويرجع اعتباره من مسائل الواقع إلى أن إعماله يستلزم تنفيذ وقائع مادية متصلة بالعقد للوقوف على ما إذا كانت تكشف عن حسن نية المتعاقد أو سوء نيته، وهو أمر يستقل به قضاة الموضوع، شريطة تسبب ما ينتهي إليه في هذا الصدد بأسباب سائغة مقبولة. ذلك إذا تعلق الأمر بتفسير الغامض من شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بالإضافة إليه، فإن المسألة تصبح مسألة قانون⁽¹⁾.

أي أن الاستدلال على الإرادة الباطنة باستخدام معيار حسن النية يعد من مسائل الواقع المتروكة لتقدير القاضي دون رقابة من المحكمة العليا، إلا عندما يعدل عن المعنى الواضح - استناداً لهذا المعيار - دون ذكر مبررات هذا العدول، أو لم يكن ما ورد في هذا الصدد كافياً لحمل النتيجة التي انتهى إليها، عندما يقع حكمه تحت رقابة المحكمة العليا لتحريفه العبارات الواضحة للعقد⁽²⁾.

وقد صدر عن محكمة النقض المصرية ما يلي: (تفسير العقد طبقاً لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية وحسن النية من مسائل الواقع التي تخضع لسלטان محكمة الموضوع)⁽³⁾. ويقول أيضاً حمدي باشا عمر في هذا الصدد: (إن مسألة تقدير النية الحسنة تعد مسألة موضوعية يرجع تقديرها إلى قاضي الموضوع)⁽⁴⁾.

(1) د/ عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 506، 507.

(2) د/ عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 276.

(3) نقض مصري مؤرخ في 1977/05/16 في الطعن رقم 811 لسنة 43 ق - 28 - 1214 ، وبفس المعنى نقض

مصري مؤرخ في 1966/11/15 - 17 - 1688. نقلا عن: د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 44.

(4) عمر حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 64.

المطلب الثاني

حسن النية في تنفيذ العقود

كأصل عام يتفق كل من الفقه والقانون في أن كل التزام له طريقته في التنفيذ، وأن هذا التنفيذ لا بد أن يتم بحسن النية، وهو التزام يقع على عاتق الطرفين، فالمدين يلتزم بحسن النية في تنفيذ التزامه، والدائن يلتزم بحسن النية في المطالبة بالتزامه. و بمعنى آخر، يجب على كلا المتعاقدين (الدائن والمدين) أن يكونا حسنا النية في تنفيذهما لبنود العقد وما ورد به⁽¹⁾. وحسن النية في تنفيذ العقد، معناه أن ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد أو جعلها أكثر كلفة دون مبرر⁽²⁾.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على تنفيذ العقد بحسن نية، وعلى مثل ذلك نصت كل من: الفقرة الثالثة من المادة 1134 قانون مدني فرنسي، المادة 02 قانون مدني سويسري، المادة 1375 قانون مدني إيطالي، وكذلك بقية التشريعات الحديثة.

وحسن النية في العقود له مظاهر متعددة لا تعد ولا تحصى، لذا نجد الكثير من الفقهاء، يذهبون إلى إمكانية ربط حسن النية التعاقدية بالتزامات، وبذلك يظهر حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني، من خلال التزامات، من أهمها: الالتزام بالأمانة، الالتزام بالتعاون، الالتزام باحترام الثقة المشروعة، الالتزام بالنزاهة، الالتزام بالإعلام، الالتزام بالإستعلام، الالتزام بالنصيحة، الالتزام بالتحذير، الالتزام بالإينصاف.

وفي هذا الصدد قال جوسران في مقالة بعنوان " ازدهار المفهوم الاقتصادي ": (القانون نفسه الذي أدار وجهه عن القاضي إلى حسن النية وإلى الإينصاف وإلى العرف والعادة، ودعا هذا القاضي إلى الغوص في أعماق محتوى العقد لاكتشاف التزامات جديدة من شأنها أن تتنوع وتتعدد عبر الأجيال تحت ضغط العوامل الفردية والاقتصادية والاجتماعية)⁽³⁾. وهناك أيضا من ذهب إلى القول بأن فكرة حسن النية قد أخذت أبعاداً جديدة في العصر الحديث، حيث جرى التركيز على الثقة المشروعة في التعامل،

(1) د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص 269 ؛ د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 171، 172 ؛ د/ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 212.

(2) أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ/ د/ عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 12.

(3) نقلا عن: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 142، 143.

وضرورة التعاون بين العاقدين عند التعاقد وعند التنفيذ، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالنصيحة، وكلها أوجه جديدة لمبدأ حسن النية⁽¹⁾.

ويقول سفيان القرصي في رسالة الدكتوراة الخاصة به المعنونة بـ (واجب حسن النية في تنفيذ العقود)، أن: (واجب حسن النية في تنفيذ العقود يعتبر من أكثر مفاهيم الأخلاق القانونية شمولية وكثافة وعمقاً، إذ فضلاً عن البعد الأخلاقي المتعلق به في حد ذاته... فإن تركيبته الهيكلية والوظيفية تعتبر من أكبر مظاهر الطبيعة الأخلاقية القانونية، إذ يعتبر واجب حسن النية في تنفيذ العقود من خلال فروعه وعناصره المكونة له من أكثر المفاهيم القانونية استهلاكاً للأخلاق القانونية بكل أصنافها: فواجب الأمانة هو تكريس مطلق لصنف أخلاق الشرعية القانونية... في حين أن واجب الإنصاف... يعتبر أبرز تكريس — بلا منازع في ميدان تنفيذ العقود — للصنف الآخر من الأخلاق القانونية وهو إذن صنف أخلاق المشروعية الطبيعية⁽²⁾.

وحسب الأستاذ picod وعدد من الفقهاء الآخرين بالقانون المقارن، حسن النية يعتبر مفهوم أشمل من الأمانة (loyauté) التي تعتبر — بالمقارنة مع حسن النية — مفهوماً محدوداً، وكذلك مفهوم الإنصاف (l'équité) بدوره مفهوم محدود، ومنوط بوظائف محددة. كما هناك عدد من الفقهاء في القانون المقارن يعتبرون الإنصاف إحدى مظاهر حسن النية وجزءاً منه بمنطق الفرع للأصل، وبالتالي هذين المفهومين المحدودين هما بطبيعتهما جزء من المفهوم الشامل لحسن النية⁽³⁾.

وعليه سنطرق هنا، إلى الالتزامات التي يقتضيها مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، كما يلي:

(1) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 470.

(2) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 21، 22.

الترام حسن النية في تنفيذ العقود هو أبرز مظاهر تواجد الخلق في المادة القانونية من خلال ما يسمى بالخلق القانوني، إذ يجب بهذا المفهوم التمييز بين طرفي نقيض: الأخلاق الصرفة التي تبقى دائماً قاعدة أخلاقية ولا تتحول أبداً إلى قاعدة وضعية، وبين القانون الخالص وهو القاعدة الوضعية المستمدة والمستوحاة من اعتبارات وضعية خالصة وخاصة بالسياسة التشريعية والقانونية المتبعة من طرف المشرع دونما اعتبار حقيقي أو أساسي بالعناصر والدعائم الخلقية وحيث تغلب في هذا الإطار اعتبارات الجدوى الاجتماعية والاقتصادية على اعتبارات العدل، وحيث يتوسطهما بذلك صنف مختلط هو صنف ما يسمى بالخلق القانوني، وهو نوع متوسط بين القاعدتين الأخلاقية والقانونية لكونه يجمع بين خصائص كلتي المؤسستين فهي قاعدة تجد مصدرها في القاعدة الأخلاقية، كما أنها تجد من حيث طبيعتها وأساس قوتها الإلزامية في المجتمع وبين الأفراد في القاعدة القانونية جميع خاصياتها وخصائصها. أنظر: د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 20.

ننبه هنا بأن هناك نوعين من الأخلاق القانونية (la morale juridique):

النوع الأول: أخلاق الشرعية القانونية (la morale légale)، أما النوع الثاني: أخلاق المشروعية الطبيعية (la morale naturele ou légitime). أنظر: د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 22.

(3) نقلاً عن: د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 208.

الفرع الأول

الالتزام بالأمانة والنزاهة

في هذا الفرع سنتكلم عن الالتزام بالأمانة والالتزام بالنزاهة، كما يلي:

أولاً: الالتزام بالأمانة (la loyauté)⁽¹⁾

إن الفقرة الأولى من المادة 107 ق.م.ج. المقابلة للفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، هي أساس التزام الأمانة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁽²⁾. وتعتبر الأمانة، من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فلا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة، لذلك المشرع الجزائري نص على الأمانة في المعاملات، فأشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 111 ق.م.ج.، المتعلقة بالتفسير، التي سبق ذكرها، والتي جاء فيها ما يلي: (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد... مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين...)، وبالتالي جعل المشرع الجزائري الأمانة ضابطاً لتفسير العقود ، مثل ما ذهب إليه المشرع المصري⁽³⁾، كما أنه خص الالتزام بالأمانة بنص قانوني (أي الفقرة 02 من المادة 111 ق.م.ج.)، لذلك يمكن القول مثلما قال سفيان القرقي في رسالة الدكتوراه الخاصة به، بأن المشرع خص الالتزام بالأمانة بنص قانوني لكي يقوم بدور الأساس القانوني العام للالتزامات الإضافية والفرعية الموضوعية كالالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود الذي يعتبر واحداً من أبرزها⁽⁴⁾. والدكتور عبد الحلیم عبد اللطيف القوني ، يري هو أيضاً أن كثيراً من الالتزامات العقدية ترجع إلى فكرة الأمانة (كالالتزام بالإفشاء بالعيوب الخفية والالتزام بالإخطار عن بيان هام في العقد ، والالتزام بعدم المنافسة ، والالتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية)⁽⁵⁾. والالتزام بالأمانة عرّفه أيضاً الفقه الجزائري⁽⁶⁾، والفقه الإسلامي⁽⁷⁾ ، ويقول الدكتور

(1) ننوه هنا إلى أن بعض الاجتهادات في الفقه الفرنسي، ذهبت إلى التمييز بين مفهومي أمانة المتعاقد والأمانة التعاقدية، غير أننا هنا - مثل ما ذهب إليه سفيان القرقي - سنتناول التزام الأمانة كمفهوم موحد وشامل ولا نميز بين هذين المفهومين. أنظر: د/ سفيان القرقي، المرجع نفسه، ص 211.

(2) Christian Larroumet, **Droit Civil, Les obligation, Le contrat**, Tome 3, 3^e édition, Collection Droit civil, Série Enseignement, Economica (paris) ; Delta (beyrouth), 1996, p. 593.

(3) في هذا المعنى أنظر: د/ عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 451.

(4) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 256.

(5) د/ عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 452.

(6) أنظر مثلاً: د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97 ؛ أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 67.

(7) أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 70.

عبد الحليم عبد اللطيف القوني بهذا الصدد: (نقول بكل موضوعية، إن معظم ما كتبه الفقه الوضعي الغربي والشرقي عن واجب الأمانة في المعاملات يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في هذا الشأن ، فإن هناك نمطاً من العقود يقوم على الأمانة بكل ما تعنيه هذه الكلمة، حتى الفقهاء القدامى درجوا على تسميتها ببيع الأمانة، وهي بيع المرابحة والتولية والوضيعة وبيع الاسترسال⁽¹⁾. كما هناك أيضاً عقود تعتبر عقود الأمانة، تتمثل في الشركة والإيداع والوكالة⁽²⁾.

والأمانة التزام على عاتق كل من الدائن والمدين، وفي حالة عدم احترام هذا الالتزام، يترتب على ذلك جزاءات يمكن تطبيقها⁽³⁾.

ويرى الدكتور سفيان القرصي أن التزام حسن النية في تنفيذ العقود يتسع من خلال الالتزام بالأمانة للالتزامين تعاقديين أساسيين هما : التزام التعاون في تنفيذ العقود ، والتزام عدم التعسف في تنفيذ العقود وخاصة عند إنهائها ، الأول يعيش وينمو في أوقات الحياة الطبيعية للعقد، والثاني يولد ويزدهر في أوقات الأزمة العقدية⁽⁴⁾.

وعموماً، الالتزام بالأمانة في تنفيذ العقود يشمل ما يلي:

1 – الوفاء بالالتزامات

الوفاء في العقود هو قيام كل من المتعاقدين بأداء كل ما عليه من التزامات أداء كاملاً لا نقص فيه⁽⁵⁾. والالتزام بالأمانة يفرض على المتعاقدين أن يقوم بالوفاء بالتزاماته، فيكون بذلك المتعاقد حسن النية، إذا قام بالوفاء بالتزاماته العقدية ، أما إذا لم يقم بالوفاء بها فإنه يعد سيء النية ، لأن تنفيذ العقود في القانون المدني لا يتم إلا بقيام المتعاقدين بالوفاء بالالتزامات التي تم الاتفاق عليها.

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 452.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 453.

(3) Amandine Assailit, op. cit.

(4) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 210.

ننوه هنا إلى أن سفيان القرصي في رسالة الدكتوراه الخاصة به، تأثر بما ذهب إليه الأستاذ بيكود، لأن هذا الأخير قام بالتقسيم بين التزامات خارج أوقات الأزمة العقدية والتزامات أوقات الأزمة العقدية. والأزمة العقدية لها عنصرين مادي موضوعي وآخر ذاتي شخصي، الأول هو الحادث الغير العادي والثاني هو نشوء خلاف وتنازع بين أطراف العقد، وبالتالي الأزمة العقدية – حسب تعريف سفيان القرصي – هي كل حادث غير عادي طرأ في العقد لا ينتمي إلى مجال الحياة الطبيعية فيه (مثل عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وفاة متعاقد، فقدان أهلية، تغير في اقتصاد العقد المالي بسبب ظروف طارئة...إلخ)، ويكون قد وقع هذا الحادث بسببه خلاف ونزاع بين الأطراف المتعاقدة. أنظر: د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 327.

(5) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 417.

وقد قيل بشأن ذلك أن: (أسمى مظهر لحسن النية هو احترام الالتزام الموعد به)⁽¹⁾.

وبالتالي على المتعاقد أن ينجز مهمته، ويواجه الصعوبات التي تعترض هذه المهمة، وهذا إلى غاية نهاية تنفيذها إلا إذا تم الأمر بخلافها أو التخلي عنها إذا كان ذلك ممكناً أو إلى غاية الميعاد المتفق عليه. وهذه حالة المحامي الذي عليه متابعة القضية إلى نهايتها وحتى بعد ذلك، لتحليل نتائج القرار⁽²⁾، أو المهندس المعماري أو المقاول الذي عليه إنجاز (تنفيذ) البناء إلى غاية تسليمه⁽³⁾. كذلك من تعاقد مع مقاول لإقامة مبنى يلتزم بالقيام بما عليه لبدء التنفيذ ومن ذلك تسليم موقع التنفيذ⁽⁴⁾.

وبالنسبة لعقد الإيجار، ذهبت المحكمة العليا في القرار رقم 190 - 116 بتاريخ 10 جانفي 1995، إلى ما يلي: (إن المستأجر حسن النية بمفهوم المادة 514 من ق. م هو الذي يفي بالتزاماته التعاقدية، ومن ضمنها استغلاله الهادئ للأمكنة، وأن اعتداء أعضاء عائلة المستأجر على المؤجر بالسب يفقد هذا الأخير حسن نيته وبالتالي حقه في البقاء بالأمكنة)⁽⁵⁾.

وأشارت إلى ذلك أيضا المحكمة العليا في القرار رقم 927 - 26 بتاريخ 07 جوان 1982، مجلة الاجتهاد القضائي، ص 122 : (- حيث أن المدعى عليها بررت وجودها في الأمكنة بسند إيجاري وهو عقد إيجار كتابي وقد وفّت بكافة التزاماتها الإيجارية - حيث أن شرطي حسن النية والسند الإيجاري مصدرى الانتفاع والوفاء بالالتزامات متوفرة في المدعى عليها). كما ورد في القرار رقم 185 - 71 بتاريخ 13 جانفي 1991، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 3، ص 101: (حيث يعاب على القرار المنتقد مخالفته لأحكام المادة 514 من ق. م خاصة وأن المدعي في الطعن حالياً قد وفى بجميع التزاماته ويشغل المحل بحسن نية)⁽⁶⁾.

وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أن الفقرة الثانية من المادة 514 ق.م.ج، قبل إلغائها بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 مايو 2007 (ج. ر، عدد 31 ص 6)، عرفت النية الحسنة كما يلي: (وبعد شاغلا عن حسن نية المستأجر الأصلي، والمستأجر الفرعي، والمتنازلون عند انتهاء مدة الإيجار، وكذلك الشاغلون للأماكن بمقتضى إيجار مكتوب أو شفوي، أو إيجار فرعي صحيح، أو تنازل صحيح لعقد سابق أو مقايضة، إذا وفوا بتعهداتهم).

(1) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 83.

(2) CA Aix-en-Provence, 9 juill. 1961, D. 1961, 593. Voir: Amandine Assailit, op. cit.

(3) Cass. 3e Civ., 6 nov. 1984, JCP G 1985, IV, 24. Voir: Amandine Assailit, Ibid.

(4) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 474.

(5) أشار إليه: عمر حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 65.

(6) أشار إليهما: عمر حمدي باشا، المرجع نفسه، ص 66.

وبالتالي حتى يكون المستأجر حسن النية يجب عليه القيام بالالتزامات التي فرضها عليه القانون أو العقد، فيكون المستأجر سيء النية عند عدم دفع بدل الإيجار في المواعيت المحددة، لأن دفع قيمة الإيجار هو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المستأجر، وأن التأخير الكبير في الدفع يعد مؤسسا لسوء النية، وكذلك التأخيرات المتتالية التي لا يبررها عذر مشروع. كذلك يكون المستأجر سيء النية إذا قام بتغيير تخصيص الأماكن، لأن المستأجر ملزم بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له، ومن بين حالات تغيير تخصيص الأماكن تحويل المحل السكني إلى محل مهني أو إلى استعماله في نشاط تجاري كمقر لشركة أو لمخزن تابع لمحل تجاري. كما يعتبر المستأجر سيء النية إذا شتم المؤجر أو ضربه وجرحه عمداً، أو سرق الكهرباء من عداد المالك، أو تنازل عن حق الإيجار أو الإيجار الفرعي دون الموافقة الصريحة للمؤجر⁽¹⁾.

والمستعير في عقد العارية عليه أن يلتزم برد الشيء المستعار بعد الاستعمال، لأن العارية عرفت في المادة 538 ق.م.ج بأنها: (العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال).

وبالتالي المستعير الذي لا يقوم برد الشيء المستعار بعد الاستعمال، يعد شخصاً سيء النية، لأنه لم يفي بالتزامه برد الشيء المستعار، وسعى ليصبح مستفيداً بدل من أحسن إليه، وهناك قرار قضائي صادر من المحكمة العليا بشأن ذلك، جاء فيه: (إذا كان المطعون ضده اعترف بأن الطاعن أعاره السكن المتنازع عليه لمدة (13) شهراً، فإن القرار الذي اعتبر أن المطعون ضده شاغلاً عن حسن نية دون تبرير مصدر حسن نيته يكون قد تناقض في تعليقه ولم يوفق بين المبدأ القانوني المذكور بين ما قضى به من مقتضيات. إن الشخص الذي يجعل تحت تصرفه السكن على وجه الإعارة والإحسان ثم يسعى ليصبح مستفيداً بدل من أحسن إليه لا يمكن بأي وجه اعتباره ذا نية حسنة.)⁽²⁾.

كذلك الشخص قد يتسلم سكن على سبيل الإعارة لكنه يظل محتفظاً بهذا السكن ويزعم أنه مؤجراً إليه وأنه دفع كراءه لعدة شهور دون تسلم وصل إيجار أي دون وجود حجة تدل على وجود عقد إيجار⁽³⁾، فإن هذا يدل على سوء نية هذا الشخص المستعير لأنه لم يقم بالوفاء بالتزامه برد السكن المستعار.

غير أنه في نفس الوقت قد يكون المؤجر هو الشخص سيء النية عندما يقوم بإيجار سكن لمستأجر، لكن يبرم معه عقد إعارة وفقاً لما يتطلبه القانون ليدل ذلك على وجود علاقة إعارة بدلاً عن علاقة

(1) عمر حمدي باشا، المرجع نفسه، ص 64، 65.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 28121، بتاريخ 1983/03/21، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 174.

(3) ورد في قضية صدر بشأنها: قرار المحكمة العليا، رقم 35780، بتاريخ 1984/11/26، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 01، ص 172. أشار إليه: عمر حمدي باشا، القضاء المدني، المرجع السابق، ص 130.

الإيجار، ثم يزعم المؤجر بأن العلاقة هي إعارة وليس إجارة، رغم أنه أخذ من المستأجر حسن النية بدل إيجاره للسكن.

2 – تنفيذ ما ورد في العقد وملحقاته

يقتضى حسن النية في تنفيذ العقد ألا يقتصر تنفيذ العقد على ما ورد فيه وإنما يشمل أيضاً ما يكون من ملحقات الشيء محل الالتزام ، والذي لا تكتمل المنفعة المقصودة إلا به. وفكرة الملحقات تتسع لتشمل الملحقات القانونية، والتي تنتقل من أحد المتعاقدين إلى الآخر وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة، كما تشمل الملحقات الضرورية، سواء كانت من مستلزمات طبيعة الحق، أو وفقاً لمبدأ حسن النية في التنفيذ، والقاضي هو الذي يفصل في هذا الوصف عند النزاع⁽¹⁾.

3 – تنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزماته

نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 107 ق.م.ج: (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون ، والعرف ، والعدالة ، بحسب طبيعة الالتزام).

وبالتالي لا يلزم العقد كلا من المتعاقدين بتنفيذ ما تناوله من التزامات فقط، بل يلتزم كل منهما أيضاً بتنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزماته التي وردت في نصوص قانونية، أو التي يقتضيها العرف، أو تتطلبها العدالة بحسب طبيعة الالتزام، ويكون كل منهما سيء النية إذا لم يفعل ذلك⁽²⁾.

4 – مراعاة القانون واحترامه

لقد اعتبر القضاء الجزائري أن الشخص الذي يراعي القانون ويحترمه هو شخص حسن النية، وبالتالي من يخالف ما ذهب إليه القانون ولا يحترمه يعد شخص سيء النية، وذلك ما نستشفه من قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه : (ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المشتري حسن النية في استغلال الثمار مادام أنه اشترى النخيل بعقدين موثوقين فإن قضاة الموضوع برفضهم الحكم بمقابل الاستغلال طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً)⁽³⁾.

(1) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 476.

(2) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97، 98.

(3) قرار المحكمة العليا، رقم 38.340، بتاريخ 1987/05/20، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 03، ص 19. أشار إليه: أ/ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 530.

وهناك أيضاً قرار قضائي للمحكمة العليا في المادة الاجتماعية، ورد فيه أن المادة 514 من القانون المدني تشترط لقيام حسن نية الشاغل أن يكون الانتفاع بالأمكنة عن طريق الإيجار، وعدم إثبات صفة المستأجر حسب الطرق القانونية يحرم الشاغل من الاستفادة⁽¹⁾.

وفي قرار قضائي آخر جاء فيه: (...ومن المقرر أيضاً أن الإيجار طلبياً وليس حملياً فسوء نية المستأجر في مجال تسديد الإيجار لا تتحقق إلا بعد توجيه إنذار بالإدلاء بعقد غير شرعي باق دون جدوى بعد مرور شهر كامل على تبليغه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون)⁽²⁾.

وبالتالي في مجال تسديد بدل الإيجار، لا يعتبر المستأجر سيء النية، إلا إذا قام المؤجر بتوجيه إنذار له لم يكن له أي جدوى لعدم تسديد المستأجر بدل الإيجار رغم إنذاره.

من خلال ما سبق، نجد أن النية الآثمة هنا تتجسم في عمل يتخذ سمة عدم المشروعية ومن السهل عندئذ تبعاً لطبيعة العمل المرتكب، الحكم على هذا العمل بكونه جريمة مدنية. لكن سوء النية لا يتخذ دائماً مظهر عدم المشروعية بل يمكن أن يتخذ صورة عمل قانوني، وعندئذ لا يكشف العمل القانوني بحد ذاته عن الغش، بل لا بد من البحث في حقيقة نية القائم بالعمل القانوني، كحالة الوكيل بالإدارة الذي يقوم بأعمال وتصرفات قانونية ظاهرها تنفيذ عقد الوكالة وباطنها التواطؤ والغش⁽³⁾.

5 - احترام الثقة المشروعة

تعتبر الثقة المشروعة مظهراً من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فكل متعاقد له الحق في أن يثق في المتعاقد الآخر لما يفترضه في هذا الأخير من نزاهة وشرف⁽⁴⁾. لذا نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 111 ق.م.ج المتعلقة بالتفسير، بأن الاستهداء في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين يتم: (... بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ...)، وبالتالي يلتزم المتعاقد بمراعاة الثقة المشروعة المتولدة لدى المتعاقد المقابل.

والثقة المشروعة هي حالة ذهنية واقعية لدى المخاطب بالإرادة، ومراعاة هذه الحالة الذهنية الواقعية لدى المخاطب يقوم على أساس التزام صاحب الإرادة بحسن النية في العقود تجاهه إذ أنه يقتضي منه بأن

(1) قرار المحكمة العليا، رقم 80264، بتاريخ 10/02/1992، نشرة القضاة، عدد 52، ص 129.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 50602، بتاريخ 29/05/1989، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 03، ص 158.

وننوه هنا أن في هذا القرار نظراً لمرور خمس سنوات على بدل الإيجار المطالب به وبالتالي تقادم تقادم مسقطاً، ونظراً أيضاً لعدم تحقق سوء نية المستأجر، فإن المحكمة العليا نقضت قرار قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف فيما يخص تسديد الإيجار المجدد.

(3) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 09، 10.

(4) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 455.

يراعي حالة الثقة المتولدة لدى المتعاقد المقابل. ويتطلب هذا الالتزام أن المتعاقد لا يفاجأ المتعاقد الآخر بأي شيء قد يؤثر سلباً على التعاقد. والاشتراط بأن تكون الثقة مشروعة يعد من الأمور المهمة، لأن عدم مشروعيتها يعني عدم وجود عنصر المفاجأة لدى الشخص، وهذا يعني، أنه كان عالماً بالإرادة الحقيقية الموجودة من قبل المتعاقد الآخر. فمثلاً إذا أخطأ الشخص في عدم اتخاذ الحيطة، والحذر عند إقدامه على التصرف بناء على الإرادة الظاهرة للطرف المقابل، بينما كان يعرف الحقيقة بشأن نوايا هذا الأخير، فهنا وإن كانت هناك ثقة، فهي تكون ثقة غير مشروعة⁽¹⁾.

ويذهب بعض الفقه، إلى أن بعض تطبيقات الثقة المشروعة، تلتقي مع ما أطلق عليه بالالتزام بالتعاون بين طرفي العقد في تنفيذ الالتزامات العقدية. وقد استظهرت - حسب هذا الرأي - بعض الأحكام تطبيقات محددة لهذا التعاون بحسبانه انعكاساً للثقة المشروعة في المعاملات ومظهراً قوياً من مظاهر حسن النية⁽²⁾.

كما هناك نمطاً من العقود يقوم على اعتبارات الثقة الشخصية البحتة، التي تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين إلى نوع من الشركة موحدة المصالح. ومن هذه العقود التي تقوم على اعتبارات الثقة المشروعة عند إبرامها وعند تنفيذها، عقد الشركة وعقد العمل وعقد الوكالة، فإذا أبصرنا هذه الثلاثة لوجدناها تقوم على ثقة كل من المتعاقدين في الآخر، فالشخص في هذه العقود لا يختار إلا من يثق في أمانته ونزاهته وشرفه بغض النظر عن أي شيء آخر⁽³⁾.

تطبيقاً لذلك أيضاً، فإن المصرف (البنك) ملزم بعدم خرق الثقة المشروعة التي يضعها فيه العميل عند التعاقد⁽⁴⁾، لأن العميل عندما يختار مصرفاً معيناً للتعاقد معه من أجل الحصول على التمويل، فهو يبني اختياره في المقام الأول على مجموعة معطيات موضوعية، تشكل مجتمعة السمعة التي يتمتع بها البنك، سواء على صعيد قوة مركزه المالي والاقتصادي أو على صعيد الخدمات المميزة التي يقدمها لعملائه في معرض منحه التمويل، وإضافة إلى ذلك، فإنه يبني اختياره غالباً على معطيات شخصية، مرتبطة بعلاقته السابقة بهذا المصرف، ومدى رضاه عن تعامله معه في مختلف مستويات العمل. وهذه المعطيات مجتمعة تولد لدى العميل ثقة معينة يضعها في البنك الذي يتوجه إليه للحصول على التمويل. فمثلاً في علاقة البنك بعميله: إذا أهمل العميل المحافظة على قيمة المال المرهون، المعد كضمانة لإيفاء

(1) د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 149.

(2) ذهب إلى ذلك: د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 475.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 456، 457.

(4) د/ لبنى عمر مسقاوي، "مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد القرض المقترن برهن أموال نقدية"، تعليق عن قرار رقم 2006/52 عن الغرفة الرابعة لمحكمة التمييز المدنية اللبنانية صادر في 2006/03/6، مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت، العدد الرابع، السنة الثالثة والأربعون، 2009، ص 1487.

القرض عند الاستحقاق، مما أدى إلى أن الضمانة فقدت قيمتها بشكل نهائي، فإن البنك إذا استمر لسنوات عدة ساكتاً عن مطالبة هذا العميل بقيمة القرض، لكن بعد أن أصبحت قيمة دين القرض تفوق بأضعاف مضاعفة القيمة الأساسية للقرض، تقدم بدعوى اتجاه عميله للمطالبة بالدين المترتب عليه، حيث لم يعد هناك من جدوى لإنفاذ المقاصة بعد فقدان الضمانة لقيمتها بشكل نهائي، أي أنه أجل استحقاق القرض لسنوات بعد انهيار قيمة الضمانة، فهنا البنك تصرفه على الشكل الذي تم فيه يخالف مقتضيات حسن النية من عدة نواح: فمن الناحية الأولى، البنك كان عليه على الأقل أن يعلم عميله بشكل دوري عن رصيد دينه، وهو يكون بذلك قد خالف التزام الإعلام الملقى على عاتق المصارف، والذي يشكل أحد تطبيقات حسن النية في تنفيذ العقود. ومن الناحية الثانية: تأخير البنك لاستحقاق القرض لسنوات مع ما ترافق معه من تضاعف لقيمة الدين وانعدام لقيمة الضمانة بشكل لم يعد يفيد معه إجراء المقاصة، وهو تصرف مخالف بحد ذاته لمقتضيات حسن النية. فسوء النية هنا يتمثل بالإقدام على التصرف مع معرفة عواقبه المضرة بالطرف الآخر، أي بمعنى آخر التصرف مع قصد الإضرار بالغير. والضرر الذي يمكن أن يلحق بالعميل نتيجة لتصرف البنك هنا لا يخفى على هذا الأخير الذي استفاد من تدهور قيمة العملة لتحقيق مكاسب على حساب عميله، وبذلك يكون قد خرق الثقة المشروعة التي أولاه إياها عميله عند التعاقد، كما أن تمسك البنك بالمطالبة بحقه الناتج عن عقد القرض على النحو الذي تم فيه، يشكل تعسفاً في استعمال الحق مبني على سوء النية وعلى الانحراف عن غاية الحق في آن واحد⁽¹⁾. وبالتالي تحقيق مصلحة العميل في إطار العمليات المصرفية بشكل عام هو أمر تحكمه مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود⁽²⁾.

وتصرف البنك بحسن نية تجاه عميله، يكون بما يتوافق مع وظيفته وأهمية دوره الاقتصادي، لأن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بشكل عام يُطلب الالتزام به بصورة أكثر إلحاحاً وتشدداً من قبل المصارف في إطار علاقاتها مع زبائنهم، وفي إطار دورها على الصعيد الاقتصادي العام، إذ لا يخفى على أحد مدى الأضرار التي يمكن أن تلحق بالاقتصاد في حال أتيحت للمصارف أن تتصرف بسوء نية وبما يتعارض مع الدور المتميز للقطاع المصرفي على الصعيد الاقتصادي. ونتيجة لهذا الواقع، فإن الفقه الفرنسي ينتشدد في تقدير سوء نية البنك، بحيث يستنتجها من مجرد علمه بالضرر الذي يمكن أن يلحق بعميله نتيجة للتصرف الخاطئ حتى ولو كان هذا التصرف ناتجاً عن الإهمال⁽³⁾.

(1) د/ لبنى عمر مسقاوي، المرجع نفسه، ص 1490، 1491.

ننوه هنا بأن العلاقة بين البنك وعميله يحددها عقد أساس منشئ للدين (هو عقد القرض) وعقد تبعية يشكل ضماناً لإيفاء الدين (عقد رهن الأموال النقدية)، وبالتالي مناقشة حق أو التزام أي من الطرفين يجب أن تتم بالنظر إلى العقدين معا بوصفهما وحدة متكاملة تعبر عن إرادة الأطراف. أنظر: د/ لبنى عمر مسقاوي، المرجع نفسه، ص 1489.

(2) د/ لبنى عمر مسقاوي، المرجع نفسه، ص 1489.

(3) د/ لبنى عمر مسقاوي، المرجع نفسه، ص 1493.

ثانياً: الالتزام بالنزاهة

يقتضي حسن النية نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص⁽¹⁾. والإخلاص، قال بشأنه الإمام أبو حامد الغزالي: (إعلم أن كل شيء يتصور أن يشوبه غيره فإذا صفا عن شوبة وخلص عنه سمي خالصاً، ويسمى الفعل المصفي المخلص إخلاصاً)⁽²⁾. أما النزاهة لغة هي البعد عن السوء وترك الشبهات.

وبالتالي التزام حسن النية في تنفيذ العقود من خلال التزام النزاهة، يقتضي: انتفاء نية الإضرار بالغير، انتفاء العش، انتفاء الخطأ الجسيم، انتفاء التعسف في استعمال الحق.

1 - انتفاء نية الإضرار

إن الإخلال المتعمد بالالتزامات لا يدل على سوء النية في كل الأحوال، بل لثبوت سوء النية قانوناً يقتضي أن يتم الإخلال بالالتزامات بصورة إرادية أولاً وأن يكون هناك هدف آخر أبعد يقصده المخل بالتزاماته، وهذا الهدف هو الإضرار بالطرف الآخر، وبالتالي هذا الهدف هو الذي يسبغ صفة السوء على نية من يخل بالتزاماته، فسوء النية إذن هو نية تسبب الضرر⁽³⁾.

ولهذا السبب حسن النية في العقود يقتضي انتفاء نية الإضرار، فالمتعاقد الذي يقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر يعتبر سيء النية، أما الذي لم يقصد أن يضر بالطرف الآخر في العقد يعتبر حسن النية. والنية في اللغة تعني إرادة متجهة نحو هدف ما أو الرغبة في تحقيق نتيجة معينة، وبالتالي نية الإضرار تعد متوفرة والخطأ العمد محققاً، كلما ارتكب العمل وكان الضرر الناشئ عنه أمراً لازماً، لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل⁽⁴⁾، أي أن النتيجة (الضرر) لم تكن تحدث لولا مبادرة الشخص بهذا العمل.

ولا يشترط حتماً أن تتجه النية إلى الإضرار بالغير مباشرة، بل يكفي أن تتجه إلى الانتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير⁽⁵⁾.

(1) د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 295.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 424.

(3) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 06.

(4) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 08.

ولا ينبغي هنا أن تختلط فكرة الخطأ العمد بفكرة الخطأ الإرادي التي تعني الإخلال الإرادي بالالتزام ذاته، ذلك أن الخطأ العمد يجب أن يتميز بأن قصد الإضرار لدى الفاعل هو الباعث على الفعل الضار. أنظر:

د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 06.

(5) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 06.

تطبيقاً لما سبق، صدر قرار من المحكمة العليا، ورد فيه أنه من المقرر شرعاً أنه يبطل الحبس (أي الوقف) عندما يحرر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث⁽¹⁾. والحبس يبطل أيضاً إذا حصل بنية الإضرار بدائني الحبس⁽²⁾.

تطبيقاً لذلك أيضاً، إذا قام المدين بتصرفات ضارة بدائنه بحيث تؤثر على الضمان العام، فإنه طبقاً للمادة 191 ق.م.ج يحق للدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات يطلب فيها عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن المدين إضراراً بدائنه. وهدف المشرع الجزائري من النص على هذه الدعوى هو حماية الدائنين من التصرفات التي تنقص من حقوق المدين أو تزيد من التزاماته، والتي يعتمد إليها المدين إذا ساءت حالته المالية للإضرار بدائنيه والنكايه بهم، مثل التصرف بالبيع في الأموال الظاهرة كبيع منزل له لكي يخفي ثمنه عن دائنيه، وأيضاً محاباة الغير من أقاربه بهبة أمواله أو بيعه إياها بثمن زهيد بخس.

2 - انتفاء الغش⁽³⁾

التزام النزاهة يفرض على المتعاقد أن يتعامل مع المتعاقد الآخر دون غش منه، وهذا يؤدي بدوره إلى القول بأن مبدأ حسن النية يقتضي من المدين أن يمتنع عن كل غش بالدائن أثناء التنفيذ، كذلك الحال أيضاً بالنسبة للدائن في مواجهة المدين⁽⁴⁾، لأن الغش يعتبر مرادفاً للخطأ العمدي الذي يتمثل في الامتناع عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد⁽⁵⁾، وبالتالي يعتبر (أي الغش) في نظرية الالتزام العقدي مرادفاً

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 230617، بتاريخ 16/11/1999، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 311. أشار إليه: عمر حمدي باشا، القضاء المدني، المرجع السابق، ص 158.

(2) د/ عبد السلام ذهني بك، " التوازن في عناصر الكيان الوجودي وفي الحقوق العامة والخاصة جزاء الاختلال التوازني والتعسفي الخاص عملياً وقضائياً "، نص المحاضرة التي أقيمت بدار نقابة المحامين الوطنيين في شهر ديسمبر سنة 1945، مجلة المحاماة، النقابة العامة للمحامين المصرية، العدد التاسع والعاشر، السنة الخامسة والعشرون، 1945، منقول عن مجلة المحاماة الإلكترونية، شبكة عمران القانونية، مصر، العدد الأول، 10 مارس 2010: www.ibrahimomran.com

(3) عرف الغش بأنه: (الخروج على حسن النية في التعامل عمداً). أنظر: مجمع اللغة العربية، معجم القانون، المرجع السابق، ص 119.

أنظر أيضاً عن الغش: المواد 182، 185، 192، 352، 379، 383، 384، 427، 440، 490، 729 من ق.م.ج .

(4) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 473.

(5) المستشار عز الدين الدناصوري؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1988، ص 967.

لاصطلاح سوء النية⁽¹⁾، رغم أن الخطأ العمدي ينطوي دائماً على سوء النية، أما الغش لا يشترط فيه توافر قصد الإضرار بالدائن⁽²⁾.

والدكتور عبد الحميد الشواربي يقول قياساً على تعريف التدليس في (تكوين العقد) بأن التدليس في تنفيذ العقد، وهو ما يدعى بالغش في هذه الحالة، هو: (استخدام المدين، بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، الوسائل التضليلية لإيقاع الدائن في غلط يدفعه إلى قبول التنفيذ بالكيفية المعيبة التي تم بها)⁽³⁾. وبالتالي حسب الدكتور عبد الحميد الشواربي، فإن الركن المعنوي للغش يتمثل في القصد أو الرغبة في التضليل توصلًا لغرض غير مشروع، وبذلك لا يقوم الغش رغم التضليل الحاصل، إذا قدم المدين إلى الدائن، معلومات غير صحيحة عن حسن نية دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة، أو إذا أهمل في تقديم بعض المعلومات التي من شأن عدم تقديمها إيقاع الدائن في غلط، فلا يعد غاشاً رغم أنه أوقع الدائن في غلط، لأن الغش لا قيام له دون إرادة قاصدة إلى تضليل الغير. أما الركن الموضوعي للغش فهو يتخذ صورة (فعل) أو (كتمان)، والفعل هو عبارة عن (الوسائل الاحتمالية كالكذب) التي يجب أن تبلغ حداً معيناً من الجسامه لكي يتحقق الركن الموضوعي للغش، أما الكتمان فالفانون لا يحضره إلا عندما يكون من طبيعة مؤثرة على الطرف الآخر⁽⁴⁾.

والغش في البيع أو في العقود الأخرى التي تقتضي تسليم أعيان منقولة، قد يقترن بتكوين العقد فيكون الغش دافعاً إلى التعاقد (التدليس)، غير أن هذا الغش ينتقل إلى مرحلة التنفيذ عندما يبادر بتسليم وتسلم المبيع أو الأعيان المنقولة التي ترد عليها العقود الأخرى. وقد لا يحدث الغش أثناء تكوين العقد (التدليس) بل يحصل أثناء تنفيذه، وذلك في حالة التلاعب بحقيقة الأشياء أو وزنها بعد تكوين العقد وأثناء التسليم بحيث يتوهم المشتري أو المستلم للشيء بأنه يشتري أو يستلم نفس الأشياء التي تعاقد على شرائها أو نقل ملكيتها أو الانتفاع بها إليه⁽⁵⁾.

(1) المستشار عز الدين الدناصوري؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 985.

(2) المستشار عز الدين الدناصوري؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 967.

(3) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 09.

مع العلم هنا أن التدليس والاستغلال، وإن كانا متميزين عن الغش في القاعدة العامة إلا أنهما يعتبران من تطبيقاته، إذ أنهما يقعان في مرحلة تكوين العقد، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد أو خارج دائرة التعاقد.

(4) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 10.

(5) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 12.

وتطبيقاً لذلك، نجد المحكمة العليا قد أشارت ، بأنه يعد غشا تسليم كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك ، بدلا من أن تسلم نفس الكمية بذور البطاطا حسب العقد المبرم بين الطرفين ، ومن ناحية ثانية أن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة ومصابة بمرض ، بحيث أن صاحبة الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

ورد أيضاً في قرار آخر للمحكمة العليا، بأن الغش يفترض وجود مناورات لمغالطة القضاة لكسب الدعوى، وبالتالي إذا قام المتعاقد بمناورة تدليسية يترتب عليها مغالطة المتعاقد الآخر للحصول منه على مصلحة، يعتبر قد غش المتعاقد الآخر في العقد، لذا فإن المتعاقد ينسب إليه الغش الشخصي إذا قام بمناورات تدليسية لإخفاء عمله في شركة أخرى وتحصل مع ذلك بدون حق على الرجوع إلى عمله مع أجوره لكامل الفترة التي زعم أنه توقف فيها عن العمل⁽²⁾.

وتعمد عدم تقديم معلومات صحيحة (أي تعمد تقديم معلومات خاطئة)، اعتبرته أيضاً المحكمة العليا غشاً يؤدي إلى بطلان العقد، فجاء في إحدى قراراتها: (لما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من المدعين، فهذا يشكل غشاً من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع ومن ثم فإن قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم تسببياً كافياً)⁽³⁾.

أما في عقد البيع ، فإن تعمد إخفاء عيب من العيوب الخفية في المبيع يعد غشاً ، ونصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 383 ق.م.ج، كما يلي: (غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه). وقضت المحكمة العليا هي أيضاً على أن إخفاء البائع على المشتري لعيب في المبيع يعتبر ذلك غشاً منه، فجاء في قرار لها: (متى أخضع القانون سقوط دعوى لضمان العيب في البيع بالتقادم لانقضاء سنة من يوم تسليم المبيع لشرط عدم قيام البائع بإخفاء العيب على المشتري غشاً منه فإن القضاء برفض الدعوى على أساس السقوط بالتقادم القصير، يكون قد أخطأ في تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 383 من ق.م.

لما كان الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي الذي بعد إلغائه الحكم القاضي على البائع بأدائه تعويضاً للمشتري من جراء وجود مستأجر في العين المبيعة، أبطل الدعوى على أساس أنها لم تقم إلا

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 213691، بتاريخ 2000/02/16، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 01، ص 125.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 84.375، بتاريخ 1992/09/28، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 04، ص 127. أشار إليه: عمر حمدي باشا، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 143.

(3) قرار المحكمة العليا، رقم 148561، بتاريخ 1997/04/30، المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 02، ص 47.

بعد مضي أكثر من سنتين، يكون أغفل البند المدرج في العقد المتضمن تصريح البائع بخلو العمارة من المستأجرين قد أخطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽¹⁾. ونستشف من هذا القرار، أن وجود مستأجر في العين المبيعة قد اعتبر عيب خفي لأن البائع صرح كذباً بخلو العين المبيعة من المستأجرين، وبالتالي مادام هناك غشاً من طرف البائع في إخفاء العيب فإن دعوى ضمان العيوب الخفية لا تسقط بالتقادم القصير.

ونفس ذلك قضت به المحكمة العليا فيما يخص عيب خفي يعلمه بائع قام ببيع جرار لمشتري، يتمثل في أن الرقم التسلسلي لهيكل الجرار يحتوي على عيب ولا يحمل خاتم المراقبة بعد الترقيم الذي وقع في إعادة ترقيم هيكل الجرار⁽²⁾.

وعكس ما سبق، إذا لم يكن هناك تعمد لإخفاء العيب، فهذا يعني أن الغش غير موجود، وقد ورد قرار من المحكمة العليا بشأن ذلك، يتعلق بعدم إخفاء عيب خفي من طرف البائع، حكم لصالح البائع بسقوط دعوى الضمان المرفوعة ضده بعد مرور سنة من تسليم المبيع، وبالتالي سقطت دعوى الضمان بالتقادم لانقضاء الغش من طرف البائع لعدم إخفائه العيب⁽³⁾.

كما يكون البائع أيضاً حسن النية إذا قام بضمان صلاحية المبيع، ثم بعد أن ظهر عيب خفي في المبيع، قام بإصلاحه في مدة معقولة، وهذا ما نستشفه من قرار للمحكمة العليا، جاء فيه: (حيث أن قضاة المجلس بنوا قرارهم على أن النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بضمان خاص يتميز في زيادة الضمان بوجه عام وهذا ما استنتجوه من ضمان البائع لصلاحية المحرك المتنازع من أجله في مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسليمه للمشتري وهو الطاعن وهذا الاستنتاج واقعي وصحيح. وحيث أنه في هاتاه الحالة وعند توفر حسن النية لدى البائع ، فإن التعويض يكون بإصلاح العيب في مدة معقولة ، وهذا ما وقع باعتراف الطاعن الذي اختار استبقاء المبيع طبقاً للمادة 02/376 من القانون المدني، وأن المادة 375 الفقرة الأولى والمادة 376 من ق.م تطبقان في حالة رد المبيع خلافاً لموضوع الدعوى الحالية. وحيث أن عدم منح قضاة المجلس تعويضاً للطاعن عن مدة تعطيل سفينة الصيد يرجع إلى تقديرهم واستنتاجهم الذي توصلوا إليه في قرارهم المطعون فيه والذي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا

(1) قرار المحكمة العليا، رقم 20921، بتاريخ 02/03/1983، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04، ص 28. أشار إليه: أ/ عمر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 246.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 108317، بتاريخ 25/05/1994، غير منشور. أشار إليه: أ/ عمر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 243، 244.

(3) قرار المحكمة العليا، رقم 81462، بتاريخ 03/02/1993، غير منشور. أشار إليه: أ/ عمر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 247.

وبذلك يكونون قد عللوا قرارهم بما فيه الكفاية وطبقوا المواد المثارة من طرف الطاعن تطبيقاً سليماً، مما يستوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

أما بالنسبة لعقد الإيجار، فانطلاقاً من وجوب التزام حسن النية ومراعاته في نطاق العقود والتصرفات، صدرت نصوصاً تكون جزاءً رادعاً لسوء النية في الإيجار⁽²⁾. وأهم الصور التطبيقية لسوء النية في هذا العقد، تتمثل في صورتين: الصورة الأولى هي تأجير المعيب، والصورة الثانية هي تأجير المؤجر العين المؤجرة لمستأجر آخر أو لمستأجرين آخرين عن نفس مدة عقد إيجار المستأجر الأول أو عن مدة أو مدد تتداخل معها، فهاتين الصورتين هما من صور الإيجارات التي يجد فيها سوء النية أرضاً خصبة أو مجالاً فسيحاً له⁽³⁾.

ففي الصورة الأولى المتمثلة في تأجير المعيب، المؤجر سيء النية لأنه يقوم بتأجير الشيء المعيب مع علمه بما ينطوي عليه هذا الشيء المستأجر من عيب يحول من الانتفاع به أو ينقص من هذا الانتفاع، سواء كان ذلك العيب فيه بطبيعته أم بفعله منه (أي بفعل المؤجر). وقد نص المشرع صراحة على مسؤولية هذا المؤجر عن هذه العيوب التي يجدها المستأجر في الشيء المستأجر⁽⁴⁾. ولكن يشترط في العيب الذي يضمنه المؤجر - سيء النية - ما يلي: أن يكون العيب مؤثراً، وأن يكون خفياً، وأن يكون العيب غير معلوم للمستأجر عند إبرام عقد الإيجار⁽⁵⁾. وبالتالي إذا توافرت الشروط في العيب الموجود في العين المستأجرة كان المؤجر سيء النية وتحقق معه ضمانه لهذا العيب - وهذا هو أثر سوء النية في تأجير المعيب - فيكون بذلك للمستأجر الخيار بين أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً (أي إصلاح العيب)، أو فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة (وهنا يبقى العيب في العين المؤجرة على حاله)، مع التعويض في جميع الحالات إن كان له مقتضى (أي التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستأجر من جراء وجود العيب الخفي)، ما لم يثبت المؤجر أنه كان حسن النية، أي كان يجهل وجود العيب⁽⁶⁾.

أما بالنسبة للصورة الثانية لسوء النية في عقد الإيجار، المتمثلة في تأجير المؤجر العين المؤجرة لمستأجر آخر أو لمستأجرين آخرين عن نفس مدة عقد إيجار المستأجر الأول أو عن مدة أو مدد أخرى

(1) قرار المحكمة العليا، رقم 112116، بتاريخ 1994/06/08، غير منشور. أشار إليه: عمر حمدي باشا، القضاء المدني، المرجع السابق، ص 113، 114.

(2) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 719.

(3) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 696.

(4) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 708.

(5) ننوه هنا إلى أن الفقه الإسلامي يشترط في العيب المضمون على المؤجر سيء النية، سوى شرطين: أن يكون العيب مؤثراً، وألا يكون معلوماً للمستأجر. أما القانون المدني فإنه يشترط فوق هذين الشرطين شرط ثالث، هو أن يكون العيب الموجود بالعين المؤجرة خفياً. أنظر: د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 719.

(6) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 712.

تتداخل معها بحيث يحول ذلك دون انتفاع المستأجر الأول بالعين على النحو المتفق عليه في العقد. فهذه الصورة تعتبر من أبرز صور سوء النية في عقد الإيجار وأشهرها، لأن سوء نية المستأجر يظهر بوضوح فيها، فمن يقوم بذلك هو سيء النية، لأنه يقصد خداع الناس وغشهم والتحايل عليهم لتقاضي أموال كثيرة لا حق له فيها بطريق غير مشروع، استغلالاً لحاجة الناس الملحة إلى التأجير. وذلك يتنافى مع ما تقضي به قواعد الأخلاق الفاضلة التي لا تسمح بأن يقوم المؤجر بتأجير العين الواحدة مرتين عن مدة واحدة، أو عن مدد تتداخل مع بعضها. كما أن ذلك التصرف متناقض مع أهم التزام ينشئه أو يولده العقد على عاتق المؤجر سيء النية، وهو التزامه بضمان انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعاً هادئاً وكاملاً طوال مدة عقد الإيجار، وبالتالي هذا التصرف الواقع من المؤجر يعتبر تعرضاً للمستأجر، وبذلك يعتبر المؤجر سيء النية، لأن القاعدة تقول: (من وجب عليه الضمان لا يتعرض)⁽¹⁾.

والراجع في الفقه الإسلامي هو أن الأفضلية تكون للمستأجر الأول، وعدم الاعتداد بالعقود التالية لعقده، أما القانون المدني لمعالجة هذه المسألة - بالنسبة للأماكن الخاضعة لأحكام القانون المدني - أخذ بنظام المفاضلة بين المستأجرين على أساس وضع اليد (أي الحيازة) دون غش، أو تسجيل العقد بحسن نية⁽²⁾، وبالتالي يختلف القانون المدني عن الراجح في الفقه الإسلامي في معالجة هذه المسألة، إذ نصت المادة 485 ق.م.ج على ما يلي:

(إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة، تكون الأولوية لمن كان عقده سابقاً في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى.

وإذا كان للعقود نفس التاريخ تكون الأولوية لمن حاز الأماكن.

يجوز للمستأجر حسن النية، إذا حرم من هذه الأولوية مطالبة المؤجر بالتعويض)⁽³⁾.

3 - انتفاء الخطأ الجسيم

كان فقهاء القانون الفرنسي القديم يقسمون الخطأ العقدي إلى ثلاث درجات جسيم ويسير وتافه، فالخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالاً وهو أقرب إلى العمد ويلحق به، والخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه المتوسط أو المعتاد من الناس، والخطأ التافه هو الذي لا يرتكبه الشخص الحازم

(1) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 722، 723.

(2) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 744.

(3) هذه المادة قبل تعديلها بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي 2007، كانت محررة كما يلي:

(إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة أعطيت الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش.

أما المستأجر فله إذا حرم من الأولوية وهو حسن النية أن يطلب التعويض من المؤجر).

الحريص في أمره، وبالرغم من أن الفقه الحديث قد هجر نظرية تدرج الخطأ إلا أن لها بعض المظاهر في القانون المدني⁽¹⁾.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 824 ق.م.ج: (يفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم). وبالتالي يكون الشخص حسن النية عند انتفاء الخطأ الجسيم، أما عند القيام بارتكاب هذا النوع من الخطأ يعد الشخص سيء النية.

وذلك لأن الخطأ الجسيم لا يقع حتى من الشخص المهمل، فهو يقترب من الفعل أو الخطأ العمد ويلحق به الحكم، فجرى العمل على تسويته بالخطأ العمدي، لأن إثبات العمد غالباً ما يكون أمراً صعباً، ولذلك يقوم إثبات الخطأ الجسيم قرينة على توافر العمد في الخطأ⁽²⁾. وقيل أيضاً بأن الخطأ الجسيم ألحق بالغش تأثراً بالقاعدة اللاتينية التي تقول (Culpa lata dolo aequiparatur) أي أن الخطأ الجسيم يساوي الغش، مع أن هناك فرقاً بيناً بينهما، إذ أن الغش ينطوي على سوء النية، بينما الخطأ الجسيم قد يقع بحسن نية⁽³⁾.

والخطأ الجسيم هو: (خطأ غير عمدي وهو صورة من صور الإهمال وعدم الاحتياط ولكنه ينطوي على استهتار كبير بالحقوق وعدم تكرار بالغ بالالتزامات دون نظر إلى الضرر المحتمل من جراء هذا الاستهتار)⁽⁴⁾.

وقد ألحق المشرع الجزائري الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي في بعض نصوصه، كما هو الشأن في الفقرة الثانية من المادة 172، والفقرة الثانية من المادة 182، والمادة 185 ق.م.ج، كما خص الخطأ العمدي ببعض الأحكام في نصوص أخرى، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أنه بالنسبة للطائفة الأولى من النصوص يكفي الخطأ الجسيم بذاته لتطبيق ما تضمنته من أحكام، وبصرف النظر عن دلالاته على سوء النية، فلا يقبل من المدين الذي ارتكب خطأ جسيماً أن يثبت حسن نيته، لأن هذا الإثبات غير مجد مادام أن المشرع قد سوى صراحة بين الخطأ العمدي والخطأ الجسيم. أما بالنسبة للطائفة الثانية من النصوص حيث لم يلحق المشرع الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي، فقد يكفي إثبات سوء النية، وتطبق أحكام تلك النصوص على هذا الأساس إلا إذا أثبت مرتكب الخطأ أنه كان حسن النية رغم جسامته⁽⁵⁾.

(1) أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ د/ عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني

العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980، ص 166.

(2) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 413.

(3) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 177.

(4) المستشار عز الدين الدناصوري ؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 967.

(5) المستشار عز الدين الدناصوري ؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 985، 986.

4 - انتفاء التعسف في استعمال الحق

إن استعمال الحق بسوء نية هو تعسف لاستعمال الحق⁽¹⁾، ونظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات العامة في القانون المدني، وتبسط أحكامها على الحقوق جميعاً في نطاق دائرة القانون المدني محددة كانت هذه الحقوق أم مجرد حريات ومكانات قانونية⁽²⁾، وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية، في الأخذ بهذه النظرية.

هذه النظرية عندما انطلقت في القضاء الفرنسي والتشريع المصري، قامت في وجهها ثورة من خصومها أرادوا الوقوف دون نموها بحجة أن الأساس فيها إثبات سوء النية وهو عمل نفساني سيكولوجي، وهو من الوهن والضعف بما يجعل طريق الإثبات فيه محفوفاً بالمخاوف والمخاطر والخطأ والغلط، وبما يعرض الحقوق لخطر الزوال والانهيار، وفيه مساس بذات الحق وكيانه وأصله، ولكن نظرية التعسف في استعمال الحق أبت إلا أن تتطرق وتظهر في ميادين الحياة القضائية، وأخذت بها تشريعات عديدة وأقرتها أمم في نصوص قوانينها وأخذت الحملة عليها عندئذ تخف من وطأتها، فأصبح لا يخشى من الجانب البسيكولوجي فيها لأنها تتكون من عنصر نفساني أخلاقي لا بد فيه من الدخول في قرارة النفس للوقوف على ما عبثت به تلك النفس من رغبة الإيذاء بالغير ومن نية إيصال الأذى به⁽³⁾، ولهذا يعد عدم التعسف في استعمال الحق تطبيقاً للقاعدة الأساسية المتضمنة وجوب عدم الإضرار بالغير طوعاً ودون مبرر مشروع⁽⁴⁾. وبالتالي التعسف في استعمال الحق يناقض مبدأ حسن النية في استعمال الحق، أما انتفاء التعسف في استعمال الحق هو مظهراً من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، ومن إحدى مقتضياته⁽⁵⁾.

وبذلك نظرية التعسف في استعمال الحق، تحدد الطريقة التي يجب أن يسلكها صاحب الحق في استعمال حقه بحسن نية، لذا صرحت قوانين عديدة عن العلاقة المباشرة بين مبدأ حسن النية كفكرة كلية وبين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق⁽⁶⁾، من ذلك نص القانون المدني السويسري في المادة الثانية منه على أنه: (يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي

(1) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 15.

(2) بُه مويرويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 269.

(3) د/ عبد السلام ذهني بك، المرجع السابق.

(4) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 19.

(5) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 459؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 326؛ د/ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 172؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

(6) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 16.

يرسمها حسن النية أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون (، والقانون المدني السويسري في هذه المادة لم يحدد معياراً محدداً للتعسف⁽¹⁾ .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 124 مكرر من القانون المدني ، على التعسف في استعمال الحق، كما يلي:

(يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

— إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

— إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

— إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.) .

كما نص في الفقرة الأولى من المادة 691 ق.م.ج: (يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار).

وهناك تطبيقات عديدة للتعسف في استعمال الحق في تنفيذ العقود، منها:

1 — الفسخ التعسفي للعقد ، فهو مخالف لمقتضى حسن النية في تنفيذ العقود⁽²⁾ ، والفسخ التعسفي يمكن توقيعه في كافة أنواع العقود، وذلك بصرف النظر عن سبب الفسخ أكان بسبب وجود كون العقد من العقود غير اللازمة أم بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته⁽³⁾، فمثلا:

— في عقد العمل، يعتبر رب العمل الذي يستعمل حقه، في فصل العامل متعسفا في استعمال حقه، إذا كان الفصل بسبب مذهب العامل السياسي، أو عقيدته الدينية، أو بسبب انضمامه إلى نقابة، أو بسبب نشاطه النقابي، إذ يريد رب العمل من وراء ذلك أن يحرم عماله من حقوق مشروعة خولها لهم القانون،

(1) نقلا عن: بُو موبرويز، المرجع السابق، هامش 1 ص 78.

(2) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 470، 471.

(3) بُو موبرويز، المرجع السابق، ص 270.

الفسخ التعسفي للعقد (أي فسخ العقد دون مبرر)، يجب أن يتحقق فيه عنصر التعسف في استعمال حق الفسخ الذي يتمثل بمعايير التعسف في استعمال الحق وضابطاه، وهناك نوعين من معايير التعسف، أولهما المعايير العامة التي تحدد التعسف في استعمال الحقوق بصورة عامة، ومن ضمنها مكنة فسخ العقد (المعيار الشخصي نية الإضرار، المعيار الموضوعي رجحان الضرر، المعيار المختلط عدم مشروعية المصلحة)، وثانيهما المعايير الخاصة التي تحدد التعسف في استعمال حق الفسخ في عقود معينة، وهناك معياران، منها معيار مخالفة القانون، إذ قد يتدخل المشرع ليرسم طريقة الفسخ في عقود معينة، فيحصل التعسف في استعمال حق الفسخ إذا وقع الأخير بصورة مخالفة لما حدده القانون، والآخر هو معيار جديّة المبرر، إذ ينبغي وفقا له أن يكون للفاسخ مبرر جدي في فسحه، وهذا المعيار نسبيا، طالما يحدده العرف الجاري. أما ضابطا التعسف فيتمثلان بالغش وانتفاء المصلحة، فهذان الضابطان، يرتبطان أحدهما بالآخر ولا يمكن الفصل بينهما، وبالتالي وجود أحدهما لا يستغني عن الآخر، أي وجود أحدهما يدل على وجود الآخر. أنظر:

بُو موبرويز، المرجع نفسه، ص 269، 270.

وبالتالي رب العمل هنا قد استعمل حقه المشروع، في سبيل تحقيق مصلحة غير مشروعة⁽¹⁾. كما قضى القضاء الفرنسي باعتبار فصل العامل تعسفياً عندما ثبت أن صاحب العمل قد عين بعد فصله عاملاً جديداً في وظيفة كان يمكن أن ينقل إليها العامل المفصول⁽²⁾.

— في عقد الشركة يمكن لأحد شركائها أن يبدي رغبته في الانسحاب إذا كانت مدتها غير محددة (طبقاً للمادة 440 ق.م.ج). ولكن هذا الانسحاب من الشركة وتعرضها للخطر وسوء النهاية أمر يخضع لأصول التعسف، فإذا عابه التعسف وأراد الشريك المنسحب الإيداء بالشركة وبشركائها في سبيل قضاء لبنات خاصة به أصبح عمله تعسفياً وحق عليه جزاء التعسف وهو رفض انسحابه وضرورة بقاءه، كما إذا جاء وطلب الانسحاب وهو يرمي بذلك إلى محاولة الإفلات من الوفاء بحصته في رأس مال الشركة وهي الحصة التي أصبح هو مديناً بالذات بها للشركة باعتبار هذه الأخيرة كائناً معنوياً⁽³⁾. فلا يمكن إذن للشريك استعمال حقه في الانسحاب من الشركة غير محددة المدة، إلا إذا توافرت بعض الشروط، تتمثل في: أن يعلن الشريك مسبقاً عن إرادته في الانسحاب، فضلاً عن منح مهلة كافية ليتدبر باقي الشركاء الأمر، وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، كما يجب أن يكون الانسحاب عن حسن النية، فلا يصح الانسحاب الذي يشوبه غش، والقاضي يتمتع بالسلطة التقديرية في هذا المجال، ويجب الانسحاب في وقت مناسب أو لائق، ويعتبر الانسحاب الذي يتم أثناء أزمة تعرضت لها الشركة، أو أثناء خسارة لحقت بها وقتاً غير مناسب⁽⁴⁾.

— يرد في عقود البيع الإيجاري للسيارات أو غيرها، أن للبائع الحق في الفسخ قبل تسليم السيارة المببوعة ورد ما قبضه من العربون أو من قيمة الثمن مقدماً، وقد يرمي البائع في ذلك إلى غرض بيته في نفسه في أن يرد ما قبضه ويفسخ العقد عليه إذا ما لاحظ ارتفاعاً مفاجئاً في الثمن يستفيد من ورائه عند الفسخ ورد ما قبضه، فإذا فعل ذلك وتبينت ظروف ارتفاع الثمن ولوحظ أن في استخدام حق الاختيار هذا تعسفاً وجب تفويت الغرض الممقوت على صاحبه، ووجب القضاء بالتعويض العيني وهو تسليم السيارة، أو التعويض المالي، والمشتري في ذلك بالخيار إن شاء ذلك أو ذاك⁽⁵⁾.

(1) د/ أحمد الصويعي شليبيك، " التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في

الشريعة والقانون "، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والثلاثون، السنة

الثالثة والعشرون، ربيع الأول 1430 هـ، إبريل 2009 م، ص 57، 58.

(2) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 471.

(3) د/ عبد السلام ذهني بك، المرجع السابق.

(4) د/ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 76، 77.

(5) د/ عبد السلام ذهني بك، المرجع السابق.

2 – الاستعمال التعسفي لشروط التنقل، إذ أن المستخدم (رب العمل) ملزم بتنفيذ العقد بحسن نية، ويتعسف في حقه إذا فرض على الأجير (العامل)، في وضعية حرجة، التنقل فوراً إلى منصب ما يمكن لأجير آخر أن يشغله⁽¹⁾.

3 – كما تقضي المادة 187 ق.م.ج بأنه: (إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق، أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر). أي أن الدائن قد يتسبب في إطالة أمد النزاع – أثناء المطالبة بحقه – لتحقيق مصلحة لنفسه، هي زيادة مبلغ التعويض ، فإن هذا الدافع غير مشروع، والمصلحة التي يريد تحقيقها بهذا الدافع غير مشروعة أيضاً ، إذ لا يقوم على سبب مشروع ، ولهذا كان الجزاء أن يعامل بنقيض قصده، وهو تخفيض مبلغ التعويض ، أو عدم الحكم به إطلاقاً، حسب الأحوال⁽²⁾. وقد ورد في قرار للمحكمة العليا بأن طلب المدعى عليهم المقابل المتضمن تعويضهم مبلغ 50 ألف دج عن الدعوى التعسفية ، يعد وجيه ومؤسس، كون أن إعادة مرافعتهم حول ذات الموضوع يبين سوء نية المدعي ورغبته في إطالة أمد النزاع الذي سبق الفصل فيه⁽³⁾.

4 – التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ، إذ ينبغي على المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يتعسف في استعماله لهذا الحق، لأن ذلك من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد⁽⁴⁾.

5 – والشروط التعسفية في العقود ، هي أيضاً تدل على الظلم والتعسف اتجاه المتعاقد (خاصة إذا كان مشتري عادي أو مستهلك)، والقانون المدني الفرنسي لم يعالج هذه الظاهرة، أو على الأقل ظاهرة عقود الإذعان ، أما القانونين المصري والجزائري فقد نص كل منهما على كيفية مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان⁽⁵⁾. ويكون الشرط تعسفياً وباطلاً، إذا كان مجحفاً أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه ، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات⁽⁶⁾. وبالتالي وفقاً لنص المادة 110 ق.م.ج،

(1) Cass. soc., 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, n° 7/8, p. 734:

l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat, abuse de son droit en imposant au salarié, dans une situation critique, un déplacement immédiat sur un poste qu' un autre salarié pouvait occuper. Voir: Martin Briot de La Crochais, op. cit, p. 20.

(2) د/ أحمد الصويحي شليبيك، المرجع السابق، ص 60.

(3) حكم صادر عن القسم العقاري لمحكمة تمالوس، فهرس رقم 97/50، بتاريخ 1997/04/08. أشار إليه:

عمر حمدي باشا، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 53.

(4) د/ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 222 ؛ د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 644 ؛

د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 458 ؛ د/ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 159.

(5) د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 06.

(6) د/ محمد بودالي، المرجع نفسه، ص 19.

يمكن للقاضي إذا رأى أن الشروط تعسفية ومجحفة بالنسبة للطرف المذعن فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير، وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المذعن منها، فيصبح العقد سارياً دون تطبيق هذه الشروط التعسفية، ويقضي هذا النص أيضاً بأن كل اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

الفرع الثاني

الالتزام بالتعاون والإنصاف

يفرض حسن النية في تنفيذ العقود ، كل من الالتزام بالتعاون والالتزام بالإنصاف ، وسنتناولهما فيما يلي:

أولاً: الالتزام بالتعاون

التزام التعاون في تنفيذ العقود هو من بين مقتضيات التزام حسن النية في تنفيذ العقود ، وإحدى المظاهر الهامة والرئيسية المتفرعة عنه⁽¹⁾. والقوانين المقارنة الغربية أو البلاد العربية أو غيرها من بلدان العالم هي جميعاً تتفق على أن الالتزام العام بالتعاون الذي يقع على عاتق المتعاقدين هو أساسه حسن النية في تنفيذ العقود⁽²⁾.

والتزام التعاون في تنفيذ العقود يعيش وينمو في أوقات الحياة الطبيعية للعقد⁽³⁾ ، فتفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، التي هي علاقة تعاون وليست علاقة خصام ، أما بالنسبة لتضارب المصالح فلا يمنع من تعاون المتعاقدين⁽⁴⁾ ، لأن القواعد العامة في العقود تقوم على فكرة " تناقض المصالح " ، وبالتالي لا يمكن أن يسمح القانون أن تعلق إرادة بعض المتعاقدين على إرادة البعض من ذوي المصالح المتعارضة⁽⁵⁾.

ويعتبر الحقوقي Demogue هو أول من نظر في الفقه إلى التزام التعاون في تنفيذ العقود، وله عبارات شهيرة تتمثل في: (أن المتعاقدين يشكلون مجتمعاً صغيراً يلتزم فيه كل فرد بالعمل لتحقيق هدف مشترك والمتمثل في جملة الأهداف الفردية التي يرمي إليها كل فرد ، تماماً مثلما هو الأمر في الشركة

(1) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 273 ؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القونوي، المرجع السابق، ص 453 ؛

د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 475 ؛ د/ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 172.

(2) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 256.

(3) د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 210.

(4) د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 296، 297.

(5) د/ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 23.

المدنية أو التجارية⁽¹⁾. هذه العبارات منذ سنة 1931 تداولتها الكثير من الشروح الفقهية التي تعرضت لتحليل التزام التعاون ، ونظراً لكثرة تردها وصفت بأنها قد صارت ربما تقليدياً مألوفاً لا يغيب عن كل مقدمة أو ديباجة للأجزاء المخصصة في هذه الشروح لالتزام التعاون⁽²⁾، لأنه لم ينشغل أحد من الفقهاء أكثر من ديموج في إعطاء الوجه القانوني لالتزام التعاون⁽³⁾.

وسفيان القرصي في رسالة الدكتوراه الخاصة به، يعرف التزام التعاون في تنفيذ العقود بأنه: (هو كل سلوك وتصرف والتزام يتعلق بكيفية تنفيذ العقود يحمل على كاهل المتعاقدين سواء كان مديناً أو دائناً ولم يقع الاتفاق عليه بين المتعاقدين اتفاقاً حقيقياً وواقعياً ويرمي في أوقات الحياة الطبيعية للعقد إلى أن يقوم المتعاقد المكلف به ببذل كل ما في وسعه لكي يجني المتعاقد المنتفع به قدراً إضافياً من الفائدة المشروعة في العقد بما يتلاءم مع مبادئ حماية الضعيف وحسن التنفيذ في العقود ومبادئ التحضر في القانون الحديث)⁽⁴⁾.

وبمعنى آخر فإن التعاون يعني قيام كل متعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد إلى أفضل صورة وأحسن حال⁽⁵⁾، وبالتالي التزام التعاون يتعلق بتسهيل تنفيذ العقد⁽⁶⁾. فإذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام، فإن على المدين أن يختار أحسنها في رعاية مصلحته ومصلحة الدائن أيضاً، لأن مبدأ حسن النية يأبى أن يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفائدتها على حساب صاحبه ، وبالتالي على كل طرف أن

(1) R. Demogue: (les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler au but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile et commerciale) .

Voir: Martin Briot de La Crochais, op. cit, p. 14, 15.

كما ترجمت هذه العبارات أيضاً كما يلي: (أن المتعاقدين يشكلون مجتمعاً صغيراً يلتزم فيه كل فرد بالعمل لتحقيق هدف المجموعة ويتمثل هذا الهدف في جملة الأهداف الخاصة التي يرمي إليها كل فرد من أفراد هاته المجموعة مثلما هو الأمر في الشركة المدنية أو التجارية). أنظر: د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 213. ومن بين المراجع الحديثة التي تداولت هذه الجملة الشهيرة لديموج:

Jean Carbonnier, op. cit, p. 227.

(2) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 213.

(3) Jean Carbonnier, op. cit, p. 227.

(4) د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 216، 217.

(5) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 427.

(6) Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 206.

يتعاون مع الآخر، فيحاول بكل جهده أن يبسر على الآخر التزامه⁽¹⁾، حتى يتم تنفيذ العقد على أحسن حال، لأنه مثل ما قال الدكتور علي فيلالي: (في الحقيقة فإن التنفيذ السيء يساوي في بعض الأحيان عدم التنفيذ)⁽²⁾.

والتزام التعاون يتميز بخاصية التنوع فيه فهو ليس واحداً وثابتاً في جميع العقود بل إنه ليس واحداً وثابتاً حتى في إطار العقد الواحد، وذلك عكس بقية الالتزامات الفرعية الموضوعية والإضافية التي تظل في جميع العقود واحدة وثابتة لا تتغير ، كالتزام التصحيحي الذي يبقى كما هو التزام بتصحيح العقد وبارجاعه إلى حدوده العادلة والمقبولة وذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد إعارة أو عقد بيع أو عمل أو غيرها، وكالتزام بعدم التعسف عند ممارسة حق الإنهاء العقابي للعقد الذي يبقى كما هو التزاماً بعدم استخدام صاحب الحق لحقه العقابي للطرف المقابل دون سبب مشروع يببرره، وذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد عمل أو عقد بيع أو غيرها من العقود ، وكالتزام بمراجعة العقود في صورة اختلال توازنها الاقتصادي الذي يبقى بذلك ثابتاً لا يتغير التزاماً بإرجاع اقتصاد العقد إلى حدود مقبولة ومتوازنة وذلك مهما تغير العقد الذي تعلق به أكان عقداً زمنياً أو عقداً فورياً وسواء كان عقد مقاوله أو عقد بيع أو غيرها من العقود . والأكثر من ذلك فإن التزام التعاون في تنفيذ العقود قد يتنوع ويتلون حتى في إطار العقد الواحد فلا يكون واحداً وثابتاً حتى في إطار نفس العقد وبين نفس المتعاقدين، فمثلاً في الالتزام بالتعاون في تنفيذ عقد البيع ، نجد البائع لن يكون عليه فحسب التزام بالتعاون في الوفاء اتجاه المشتري بالالتزام إعلامه ونصيحته حول كيفية استعمال المبيع وتحذيره من مخاطر استعماله ، بل يمكن أن يشمل إلى جانب ذلك التزامات أخرى تحمل على البائع وتندرج ضمن وفاءه بالالتزام بالتعاون، مثل التزامه بأن يسلم للمشتري جميع الوثائق والأوراق الضرورية لانتقال ملكية المبيع أو القيام بكل عمل من شأنه المساعدة على تسجيل حق المشتري بالسجل العقاري أو غيره من السجلات القانونية⁽³⁾.

وهناك حالات يتأكد فيها وجود التزام التعاون في تنفيذ العقود، انطلاقاً من طبيعة بعض العقود أو من موضوعها أو من صفة ومكانة المتعاقدين فيها، يفرض هذا الالتزام نفسه في هذه الحالات ويتأكد وجوده فيها. فبالنسبة لطبيعة العقود التي تفرض التزاماً متأكداً بالتعاون (عقود التعاون، العقود الدولية، العقود التجارية، العقود الزمنية)⁽⁴⁾، نجد أن هناك عدد من العقود تعتبر عقود التعاون بطبيعتها فتقوم أساساً على التعاون، مثل عقد الشركة، ففيه يجب بذل الجهود والتعاون بين الشركاء على تحقيق غرض مشترك يتمثل

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 453 ؛ د/ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 172.

(2) د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 296.

(3) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 233، 234.

(4) د/ سفيان القرقي، المرجع نفسه، ص 241.

في تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء، ونية المشاركة تعد ركناً من أركان عقد الشركة، وعليه فإن سوء تفاهم الشركاء يؤدي إلى إنهاء الشركة⁽¹⁾.

كما نجد أيضاً أن **العقود الدولية** بطبيعتها تفرض هي أيضاً التزاماً متأكداً بالتعاون في تنفيذ العقود، نظراً لبعدها المسافات الجغرافية بين المتعاقدين، ونظراً لامتدادها الزمني (أي إبرامها لمدة زمنية طويلة قد تفوق 5 سنوات)، ولخطورتها بين أطرافها ، وللحجم المالي والاقتصادي لهذه العقود سواء التي تبرم بين الشركات الخاصة أو بين الدول. كذلك نجد **العقود التجارية** تفرض طبيعتها التزاماً متأكداً بالتعاون عند تنفيذها، لأن قيامها واستمرارها يفرض السرعة والمرونة في المعاملات والثقة، كما أن الحاجة للالتزام التعاون تزداد في العقود التجارية إذا ارتبطت بصفقات من الحجم المالي والاقتصادي الهام أو ارتبطت بالعنصر الزمني⁽²⁾، فمثلاً المقاول الفرعية التي أصبحت أحد المظاهر الرئيسية في الصناعة الحديثة بمختلف أنواعها، تقوم أساساً على التعاون بين المتعاملين الاقتصاديين، لأن متطلبات الصناعات الحديثة قلصت من دور الصانع الرئيسي ، فأصبح يتكفل بالتصنيع فقط ، ويستعين بغيره في مجال تسويق وصيانة منتوجاته، ويتم كل ذلك في إطار اتفاقات تعاون⁽³⁾.

كذلك **العقود الزمنية** تفرض طبيعتها التزاماً متأكداً بالتعاون عند تنفيذها، إذ أنها تحتاج لاستمراريتها إلى الثقة والتعاون لتستمر إلى أكبر قدر ممكن من الزمن ، فتتجح في تحقيق أهدافها. كما أن **خصوصية موضوع بعض العقود** تفرض هي أيضاً التزاماً متأكداً بالتعاون عند تنفيذها، فمثلاً قد تكون عقود تنطوي على المساس بالحرمة الجسدية للإنسان، فيترجم الالتزام بالتعاون إلى التزام بضمان السلامة الجسدية يقع على عاتق المدين. كذلك **صفة ومكانة طرفي بعض العقود** قد تفرض هي أيضاً على الطرف المقابل التزاماً بالتعاون عند تنفيذها ، وبالتالي قد تكون **صفة ومكانة الدائن بالالتزام بالتعاون** كأن يكون الدائن طرفاً ضعيفاً (كالمستهلك في عقوده المختلفة أو المؤمن في عقد التأمين) أو رجلاً عادياً أو حتى محترفاً غير متخصص، وقد تكون **صفة ومكانة المدين بالالتزام بالتعاون** هي التي تفرض على الطرف المقابل التزاماً بالتعاون عند تنفيذها، كأن يكون المدين هو محترف متخصص، وبالتالي المحترف المتخصص يقع على عاتقه التزام بالتعاون احتراماً للثقة الخاصة التي يضعها المتعاقد في هذا المتخصص مقتنعاً بما له من إمكانيات اقتصادية ومهارة فنية ، وقد يكون المحترف المتخصص هو البائع التاجر أو الناقل أو

(1) د/ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 39 ؛ د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 297.

تنص المادة 416 ق.م.ج على أن: (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك).

(2) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 242 وما يليها.

(3) د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 297.

الطبيب أو المؤمن، أو المحامي أو المهندس... إلخ⁽¹⁾، وبالتالي الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين يجد تطبيقات هامة في العلاقات العقدية القائمة على الثقة الشخصية كعلاقة المحامي بموكله وعلاقة الموكل بالوكيل، وعلاقة سمسار البورصة بعملائه، فالمحامي مثلاً لا يقتصر عمله على متابعة الدعوى والدفاع فيها بل عليه واجب النصيحة قبل موكله، وأن يحاوره في شأن الإجراءات القضائية ومخاطرها ومدى ملاءمة الطعن في الحكم⁽²⁾.

ويقع الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود على عاتق المتعاقدين سواء أكانوا عند مرحلة تنفيذ العقد في وضعية المدين أم كانوا في وضعية الدائن. وبالتالي هناك صورتين: الصورة الأولى التي يكون فيها المدين بالالتزام بالتعاون في وضعية المدين في العقد ويكون الدائن بالالتزام بالتعاون في وضعية الدائن في العقد، وهذه هي الصورة الأكثر تداولاً في شروح الفقه، أما الصورة الثانية الأقل شهرة هي التي يكون فيها المدين بالالتزام بالتعاون في وضعية الدائن في العقد ويكون الدائن بالالتزام بالتعاون في وضعية المدين في العقد⁽³⁾.

وعموماً، فإن الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود له تطبيقات عديدة، منها ما يلي:

أن المدين يكون سيء النية عندما يتقل الدائن بتكاليف لا تتناسب مع مصلحته، كأن يرسل سلعة الدائن بتكاليف باهضة عن طريق الجو (الطائرة)، في حين أن الطرفين متفقين على إرسالها عن طريق البر أو البحر (وحتى ولو لم يتفقا على ذلك في العقد). ونفس الشيء بالنسبة للدائن يكون سيء النية إذا حمل المدين تنفيذاً يكلفه مبالغ (تكاليف) باهضة ولا يتناسب مع مصلحته، كأن يقوم المشتري بتهديد البائع بأن يقوم بفسخ العقد إذا لم يتسلم فوراً المبيع من البائع، في حين أن المشتري يعلم أن المبيع غير متوفر لدى البائع وقت البيع، مما يدفع البائع إلى اقتناء المبيع من مورد آخر بثمن باهض مقارنة بثمن المورد الذي اعتاد البائع على اقتناء السلعة منه⁽⁴⁾. كذلك المؤجر الذي يطلب من الكفيل – الذي يكفل المستأجر – بدلات الإيجار المستحقة عن مدة سنتين من الإيجار، في حين أنه لم يطلب فسخ عقد الإيجار، وهو يعلم أن المستأجر لم يمارس أبداً نشاطاً في الأمكنة المستأجرة، فهذا التصرف يدل على سوء نيته⁽⁵⁾.

(1) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 244 وما يليها.

(2) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 473.

(3) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 258.

(4) Christian Larroumet, op. cit, p. 591.

(5) Com. 5 décembre 1995, R.J.D.A. 1996, n° 456.

Le bailleur, qui réclame à la caution des loyers échus depuis plus de deux ans alors qu'il n'a pas demandé la résiliation du bail tout en sachant que le preneur n'exerçait plus d'activité dans les lieux loués, se comporte de mauvaise foi. Voir: Christian Larroumet, Ibid, p. 591.

وفي عقد النقل على الناقل أن يختار الطريق الأقل كلفة ، وإلا فلا يسأل العميل إلا عن مصاريف الطريق المعقول. وفي عقد النشر على المؤلف أن يقوم بتصحيح بروفات المصنف والتأشير عليها بإجازة الطبع وإلا فلا حق له في مساءلة الناشر عن الأخطاء الواردة في المصنف. وفي العقد المبرم بين الممثل وصاحب المسرح، على هذا الأخير أن يعد المسرح وأن يضعه تحت تصرف الممثل لإجراء البروفات اللازمة قبل الافتتاح. كما أن على مصلحة السكك الحديدية أن تزن البضائع بمجرد وصولها إلى محطة الشحن، فإذا تأخرت في ذلك فلا وجه لأن تطالب العميل بأجر تخزين عن فترة التأخير⁽¹⁾.

وفي عقد البيع نجد المادة 361 ق.م.ج تلزم البائع بأن يقوم بما هو ملزم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً، لذا نجد المحكمة العليا في قضية كان فيها التصرف المبرم بين أطراف العقد يتعلق ببيع أرض زراعية بتاريخ 19/09/1969، بعد أن ثبت لديها أن هذا العقد متوافر على جميع أركانه من وجود تراضي حول البيع والمبيع وتحديد الثمن، قضت بأنه كان يجب على البائع أن يسعي في الحصول على الترخيص الولائي الذي تنص عليه المادة 87 من المرسوم المتعلق بحرية التصرف في الأراضي الفلاحية، وأن امتناع البائع عن القيام بهذا الإجراء لا يجيز لهما أن يحتجا بخطئهما الشخصي، وبالتالي لا يجوز إبطال عقد البيع وطرد المشتري من الأرض، وبذلك نقضت المحكمة العليا القرار المتظلم منه والذي قضى بإبطال عقد البيع وطرد المشتري من الأرض، لأنه لم يتم تأسيسه تأسيساً قانونياً سليماً⁽²⁾.

بالإضافة لما سبق، فإن حسن النية يقتضي من خلال التزام التعاون، ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 476 ق.م.ج: (يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعاً لاتفاق الطرفين).

وعلى الدائن – تطبيقاً أيضاً للتعاون في تنفيذ العقود – أن يبذل ما يجب عليه لتقليل حجم الضرر الذي يلحق به نتيجة عدم التنفيذ، فمن اشترى جهازاً أو آلة يضمنها البائع لمدة محددة، عليه أن يقوم بالصيانة البسيطة التي تؤدي إلى تفادي الضرر أو التلف الأشد جسامة. كذلك تطبيقاً لالتزام التعاون، فإنه في عقد النشر يجب على الناشر أن يمكن المؤلف من فحص دفاتره لمعرفة عدد النسخ المباعة. ومن يتعاقد مع شركة الكهرباء لتوصيل التيار إلى مسكنه أو متجره له أن يطلب من الشركة أن يتم ذلك تحت إشراف مهندس من قبيله ، وعلى الممثل أو العامل الذي يتمتع عن العمل بسبب المرض أن يسمح بفحصه من جانب طبيب من قبل رب العمل ، وعلى من ينقل بضائع عن طريق السيارات أو السكك

(1) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 474.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 88014، بتاريخ 1993/05/26، غير منشور. أشار إليه:

أ/ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 40.

الحديدية أن يسمح بفحص محتويات ما ينقله للتأكد منها ومن عدم خطورتها⁽¹⁾.
وحسن النية يقتضي أيضاً - من خلال الالتزام بالتعاون - أن يقوم البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة لا يعكرها تعرض، لذا فرض المشرع على البائع التزاماً مزدوجاً بعدم التعرض الشخصي وبعدم تعرض الغير، حتى يكون المشتري متعاوناً مع البائع على دفع التعرض الصادر من الغير له، كأن يقوم البائع بالتدخل إلى جانب المشتري أو محله لدفع هذا التعرض⁽²⁾.

كذلك الالتزام بالتعاون، هو التزام إيجابي يقتضي القيام بعمل يتمثل في إعلام وإطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل ما هو أساسي لحسن تنفيذ العقد⁽³⁾، وبالتالي الالتزام بالإعلام هو مظهر خاص وأساسي للالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود⁽⁴⁾، فمثلاً: يلتزم الوكيل بأن يبادر بإخطار موكله بكل أمر يستوجب علمه وتدخله، وتلتزم شركة الإيداع في حالة حريق المخزن بأن تبادر بإخطار مالك البضاعة بأن الخبراء قد قدروها بأقل من قيمتها حتى يتخذ الإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه، ويلتزم العميل الذي يكلف سمساراً بالبورصة بإجراء عمل معين في البورصة فأجراه خلافاً للتعليمات بأن يبادر بإخطاره بخطئه حتى يغطي ذلك في جلسة البورصة التالية، ويلتزم البنك بإخطار العميل عن الصعوبات التي يصادفها قرض يخصه من دولة أجنبية، ويلتزم المنتج بأن يوضح خطورة الأشياء المنتجة، ويلتزم طبيب أمراض النساء بأن يبصر المريضة بأخطار الحمل بعد إجراء العملية الجراحية، ويلتزم المقاول بأن يخطر رب العمل بما استجد من قواعد البناء القانونية أثناء التنفيذ، وتلتزم شركة صيانة المصعد الكهربائي بإخطار المالك بالإصلاحات التي يستوجبها الاستعمال. وإذا تعاقد شخص على شراء كمية من البنجر وتضمن العقد بنداً بتحديد السعر حسب كمية السكر في البنجر، وجب على المدين أن يخطر الدائن للحضور عند التحليل الذي يحدد كمية السكر⁽⁵⁾. كذلك يلتزم كل من المتعاقدين بأن يخطر الآخر بالقوة القاهرة التي تؤخر التنفيذ. ويجب أيضاً على الدائن الذي يمهل مدينه أن يخطر الكفيل بذلك لعله يرجع على المدين، ويجب على المؤمن أن يخطر شركة التأمين بالحوادث التي تزيد أخطار التأمين والتي تقتضي دفع قسط أكبر مقابل تحمل الشركة تبعة هذه الأخطار، ويلتزم المشتري بإخطار البائع عن تعرض الغير⁽⁶⁾. كما نصت المادة 497 ق.م.ج: (يجب على المستأجر أن يخبر، فوراً، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج

(1) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 475.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 454.

(3) د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 296. أنظر أيضاً:

Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 205.

(4) أنظر أكثر وبالتفصيل عن الالتزام بالإعلام في تنفيذ العقود كمظهر خاص للالتزام بالتعاون:

د/ سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 273 وما يليها.

(5) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 470 وما يليها.

(6) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 453، 454.

العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها).

وسفيان القرجي في رسالة الدكتوراه الخاصة به، يسمي هذا النوع من الالتزام بالإعلام باسم (الالتزام بالإعلام المتعاون في تنفيذ العقود) ، لكن يجب هنا التمييز بين الالتزام بالإعلام المتعاون عن الأصناف الأخرى المشابهة له من الالتزامات بالإعلام، إذ أن الالتزام بالإعلام المتعاون له خصوصيات تجعل منه التزاماً منفرداً يختلف بذلك عن عديد من أصناف الالتزامات بالإعلام التي اكتسحت الميدان التعاقدية في عصرنا، فالالتزام بالإعلام المتعاون في تنفيذ العقود يختلف عن الالتزام بالإعلام في مرحلة تكوين العقود، هذا الأخير الذي يرمي أساساً إلى ضمان توفر الشفافية الكاملة حول العناصر الجوهرية في العقد التي تمثل الدافع الحاسم بالنسبة لأحد المتعاقدين لإبرام العقد، فلو لا اعتقاده بوجودها لما أقدم على إبرام العقد، وبالتالي تقادي كل غلط أو تدليس قد يقع في مرحلة إبرام العقد ، أما الالتزام بالإعلام المتعاون في تنفيذ العقود فهو لا يتعلق لا بمرحلة إبرام العقود ولا بعناصر جوهرية (لمحل العقد) في العقد دفعت لإبرام العقد بالنسبة لأحد المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد، ولكنه يتعلق بعناصر لها بالخصوص بعدها الاقتصادي العام وذلك على الطرف الدائن بها وهذا في مرحلة ما بعد تكوين العقد أي في مرحلة تنفيذه. ويختلف أيضاً الالتزام بالإعلام المتعاون عن الالتزام بالإعلام بالعيوب الخفية، فرغم أنهما يتعلقان بمرحلة تنفيذ العقود إلا أنهما يختلفان، فالالتزام بالإعلام عن العيوب الخفية يهدف إلى إشعار الدائن حول عناصر محددة في العقد تمثل حصراً كل عيب أو خلل أو نقصان في موضوع العقد، له طبيعة فنية قد تجعل منه خفياً على الدائن بحيث أن القدرة على كشفه قد تتجاوز قدرات الدائن الفنية العادية، أما الالتزام بالإعلام المتعاون في تنفيذ العقود هو يتعلق بعناصر هامة في العقد لها بعدها الاقتصادي العام بالنسبة للدائن ولكن دون أن تكون عيوباً أو نقصاً خفياً شاب موضوع العقد. كما يختلف الالتزام بالإعلام المتعاون في تنفيذ العقود عن صنف الالتزامات بالإعلام المتفق عليها بين أطراف العقد دون سواهم، حيث أن الالتزام الاتفاقي بالإعلام هو تنفيذ لالتزام يجد مصدر وجوده القانوني في اتفاق الأطراف ، أما الالتزام بالإعلام المتعاون هو تنفيذ لالتزام يجد مصدر وجوده القانوني في إرادة القانون والمجتمع التي فرضت هذا الالتزام على جميع المتعاقدين وليس فحسب على الأطراف هم دون غيرهم، فرضاً بالرغم عنهم إذا ما أرادوا رفض وجود هذا الالتزام⁽¹⁾.

وعموماً، فإن الالتزام بالإعلام المتعاون يعرفه سفيان القرجي، في رسالة الدكتوراه الخاصة به، تعريفاً عاماً، على أنه: (التزام طرف في العقد بمد المتعاقد المقابل بمعلومات تتعلق بعناصر في العقد لا تمثل بالنسبة للمتعاقد الدائن بالإعلام دوافع حاسمة لإبرام العقد كما أنها لا تمثل كذلك عيوباً خفية في موضوع العقد ولكنها معلومات تتعلق بعناصر في العقد تتصل بكيفية تنفيذ العقود المعنية بها

(1) د/ سفيان القرجي، المرجع السابق، ص 273، 274، 275.

انطلاقاً من قيمتها الاقتصادية العامة في هذه العقود وذلك كله على أساس الوفاء بالتزام عام بالتعاون في تنفيذ العقود فرضه القانون على كل المتعاقدين وليس إزاء طرفي كل عقد بمفرده هم فحسب دون غيرهم فرض أمر بقصد غاية ضمان تحقق قدر إضافي من الفائدة الإضافية المشروعة ، سواء الموضوعية أو الاتفاقية ، في هذه العقود فوق الفائدة العادية والفائدة الإضافية العادية في أوقات الحياة الطبيعية للعقد سواء بالنسبة للمتعاقد الدائن بالإعلام أو لكلي المتعاقدين معاً تجسيدا للمقاصد الموضوعية للعدالة وحماية الطرف الضعيف⁽¹⁾.

ومن مظاهر التعاون أيضاً، ما يلتزم به المتعاقد قبل المتعاقد الآخر من التزام بالتنبيه أو بالتحذير في بعض صور التعاقد على المواد الخطرة في ذاتها أو الخطرة في طريقة استعمالها، خاصة في علاقة المتعاقد المحترف مع المتعاقد غير المحترف، بل قد يصل الأمر إلى القول بوجود عدم التعاقد في ظروف معينة، كواجب المقاول أو المهندس المحترف في أن يمتنع عن تنفيذ منشأة فوق تربة لا تصلح لذلك⁽²⁾.

ثانياً: الالتزام بالإنصاف⁽³⁾

عرف الإنصاف (équité)، بأنه: (إحساس تلقائي صادق بما هو عدل أو جور ويقضي بإعطاء كل ذي حق حقه)⁽⁴⁾.

أما أرسطو فيعرف رقابة الإنصاف بكونها : (العدالة الأفضل التي تصحح العدالة القانونية وذلك لما تؤول هاته الأخيرة في إحدى الحالات الخاصة إلى نتائج غير عادلة بسبب العبارات العامة لتشريع ما أغفل التعرض لكل جوانب الحالة القانونية المعروضة). وبشأن هذا التعريف يقول سفيان القرقي في رسالة الدكتوراه الخاصة به ، بأن التعريف الشهير الذي صاغه الفيلسوف أرسطو لرقابة الإنصاف (أي رقابة المشروعية الطبيعية)، يظل تعريفاً صالحاً لكي يكون ليس فقط تعريفاً مناسباً بل ليكون التعريف الأفضل لرقابة المشروعية حتى في أيام عصرنا الحديث رغم المسافة التاريخية التي تفصله عن عصرنا⁽⁵⁾.

(1) د/ سفيان القرقي، المرجع نفسه، ص 276.

(2) د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 475.

(3) يرى البعض من الفقهاء أن حسن النية والإنصاف هما شيء واحد فيساوي بينهما، وهناك من يرى أن حسن النية جزءاً من الإنصاف أي الأولى وسيلة والثانية غايتها، أما الفقيه PICOD فيذهب إلى شمولية مفهوم حسن النية لكل من مفهومي الأمانة والإنصاف، فيكون هذين المفهومين جزءان من الكل المرتبط بهما ارتباطاً طبيعياً والمتمثل في حسن النية. أي أن حسن النية يشمل كل من الأمانة والإنصاف معاً، وبالتالي حسب الفقه الحديث ينخرط الجزءان (الإنصاف والأمانة) في الكل (حسن النية). نقلاً عن: د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 909، 910.

(4) مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، المرجع السابق، ص 26.

(5) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 490.

كما ورد نفس هذا التعريف – الذي قال به أرسطو – بعبارات أخرى كما يلي: (الإنصاف هو عدالة أفضل تصلح عدالة القانون إذا ما انتهت في حالة معينة إلى نتائج غير عادلة تبعاً للتعبير العامة لقانون لا يمكنه الإحاطة بكل شيء)، والإنصاف هنا – حسب تعريف أرسطو – هو التطبيق الجزئي لفكرة العدل على حالة معينة (أي أنه مفهوم أدنى من العدل)⁽¹⁾.

والالتزامات الفرعية والإضافية الموضوعية المنتمية للالتزام الإنصاف بوصفه جزءاً داخلياً من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، يمكن تقسيمها إلى : الالتزام التصحيحي في العقد ، والالتزام بمراجعة العقد، وبمعنى آخر يتسع الإنصاف إلى الالتزام التصحيحي والالتزام بمراجعة العقد⁽²⁾، وهذين الالتزامين المتفرعين من الالتزام بالإنصاف يتعلقا بأوقات الأزمة العقدية. فالالتزام التصحيحي في العقد، هو التزام بتصحيح العقد وإرجاعه إلى حدوده العادلة والمقبولة، وذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد إعارة أو عقد بيع أو عمل أو غيرها. وهذا الالتزام يترجم عبر مراقبة مشروعية (لا قانونية) المطالبة بإحدى حقوق العنف القانوني وهي المتعلقة بالمطالبة بتطبيق حرفي لقاعدة وضعية إما أن تكون بنداً تعاقدياً مجحفاً بالنسبة لإحدى المتعاقدين أو نص قانوني وضعي له صلة وتأثير حاسم على تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها، ملحقاً من وراء هذا ضرراً فادحاً وإجحافاً بحقوق إحداها. أما الالتزام بمراجعة العقد، يتعلق باختلال توازن العقود الاقتصادي، وبالتالي هو التزاماً بإرجاع اقتصاد العقد إلى حدود مقبولة ومتوازنة، وذلك مهما تغير العقد الذي تعلق به أكان عقداً زمنياً أو عقداً فورياً وسواء كان عقد مقاوله أو عقد بيع أو غيرها من العقود. وهذا الالتزام هو تقييد كذلك لإحدى حقوق العنف القانوني الأخرى وهي المطالبة بتنفيذ عقد اختلت عناصر العدالة والتكافؤ الاقتصادية المالية فيه. وبالتالي الالتزام بمراجعة العقد له حالات يقوم فيها، فهو يتسع لصورة الظروف الطارئة، كما يتسع لصورة الشرط التغريمي المجحف (أي الشرط الجزائي التعسفي)، كما أنه من الممكن أن يتسع أيضاً لصورة الغبن⁽³⁾.

وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أنه على عكس حقوق العنف القانوني الحاد في مادة الالتزام بعدم التعسف التي يكون موضوعها المادي ممارسة فعلية لحق إنهاء العقود، فإن حقوق العنف القانوني الحاد المترتبة عن التزام الإنصاف (بفرعيه الالتزام التصحيحي والالتزام بالمراجعة) تتعلق من حيث موضوعها

(1) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 140.

(2) د/ سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 465.

(3) د/ سفيان القرقي، المرجع نفسه، ص 233، 912، 935.

وبخصوص الغبن، فإن الفقه وفقه القضاء ما زال إلى اليوم في القانون المقارن وخاصة في القانون الفرنسي يميل إلى معالجة الأمر من زاوية تكوين العقود فحسب، وبالتالي – حسب سفيان القرقي – لقد حان أوان معالجة إشكالية الغبن في ظل منع إبطال العقود على أساس من زاوية تنفيذ العقود ومن زاوية التزام حسن النية. أنظر: د/ سفيان القرقي، المرجع نفسه، ص 919.

المادي بممارسة فعلية من طرف صاحب الحق لحقه في المطالبة بتنفيذ العقد أو إحدى بنوده أي لما يسمى بـ (حقوق القوة الملزمة للعقد)⁽¹⁾.

(1) د/ سفيان القرصي، المرجع نفسه، ص 468.

المبحث الثالث الأثر المترتب على مقتضيات حسن النية في العقود

أثر حسن النية في العقود، نقصد به الجزاء المترتب عن توافر حسن النية أو سوء النية لدى الشخص (أي جزم الالتزام بحسن النية أو الإخلال به)، وقبل التطرق إلى ما يترتب عن حسن نية الشخص أو سوء نيته، يجب أولاً معرفة إثبات حسن النية في العقود. لذا سنعالج هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: إثبات حسن النية في العقود.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على مقتضيات حسن النية في العقود.

المطلب الأول

إثبات حسن النية في العقود

من تطبيقات الظاهر أصلاً في القانون المدني أن الأصل في الإنسان حسن النية⁽¹⁾، وبالتالي الإثبات ينصب على سوء النية، لأن المرء لا يطلب منه إثبات ما هو أصل فيه، وإنما يطلب منه إثبات ما يناقض هذا الأصل، لذلك نقصد من إثبات حسن النية إثبات نقيضه وهو سوء النية⁽²⁾، وإثبات هذا الأخير هو أمراً ذا أهمية عظمى لسد الباب أمام كل من يحاول زعزعة استقرار العقود.

والتساؤل الذي يمكن إثارته هنا هو: على من يقع عبء إثبات سوء النية؟ والإجابة عن ذلك هي أن: من يتمسك بالظاهر أصلاً لا يكلف بالإثبات، وإنما يقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي خلافه⁽³⁾، لأن خلاف الظاهر أصلاً يمكن إقامة الدليل عليه. وبالتالي من يدعي خلاف حسن النية – أي يدعي سوء النية – عليه أن يثبت، لأنه يدعي خلاف الظاهر أصلاً، أما المدعى عليه بسوء النية فلا يقع عليه شيء، ولكن يقتصر أمره على إنكار ما يدعى به عليه دون أن يكلف بتقديم أي دليل على إنكاره⁽⁴⁾.

لذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة 824 ق.م.ج: (ويفترض حسن النية دائماً حتى يقوم الدليل على العكس). وهذه القاعدة القانونية المنصوص عليها في هذه المادة، وإن كانت في خصوص التقادم المكسب إلا أن العبرة هي بعموم اللفظ لا بخصوص السبب⁽⁵⁾. وفي نظرنا، نعتقد بأنه كان من الأجدر من المشرع الجزائري أن ينقل هذه الفقرة الثالثة من المادة 824 ق.م.ج، فيجعلها مادة مستقلة عن أحكام الحيازة، حتى يمكن أن تنطبق على كل التصرفات صراحة، وحتى لا يتم الالتجاء إلى القول بأن العبرة هي بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ومن خلال ما سبق، سوء النية يمكن إقامة الدليل عليه، فإذا تم إثبات سوء النية بالدلائل والبراهين، أصبح سوء النية هو الظاهر عرضاً.

(1) سركوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص 195.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 460.

(3) سركوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص 228.

(4) سركوت إسماعيل حسين، المرجع نفسه، ص 196؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 337.

(5) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، هامش 6 ص 149.

التقادم المكسب منصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 828 ق.م.ج كما يلي: (إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات).

والظاهر عرضاً يعرفه الباحث سر كوت إسماعيل حسين بتعريفين اثنين فيقول، بأنه عبارة عن: (ثبوت الواقعة التي يدعيها المدعي عند القاضي بالطرق القانونية)، أو (صفة تلحق بالواقعة التي يدعيها المدعي، بعد ثبوتها عند القاضي بالطرق القانونية)⁽¹⁾.

وبالتالي، يقع عبء الإثبات أولاً على من يدعي بخلاف الظاهر أصلاً، فإذا ما أثبت المدعي دعواه انتقل عبء الإثبات فيه إلى الخصم الآخر ليثبت الواقعة التي يدعي بخلاف الظاهر عرضاً، وهكذا قد ينتقل الظاهر عرضاً بين الخصوم حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيتحمل تبعه عجزه فيحكم عليه لانه⁽²⁾. أي أن المكلف بالإثبات هو من يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً⁽³⁾. والمدعي قد يكون مدعى عليه أصلاً في الدعوى أو مدعيها فيها، وقضت بذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها قررت فيه بأن: (المدعي ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء أكان مدعى عليه أصلاً في الدعوى أو مدعيها فيها)⁽⁴⁾.

وتطبيقاً لما سبق ذكره، إذا ادعى المتعاقد الأول بأن المتعاقد الثاني سيء النية، فهو هنا يدعي خلاف الظاهر أصلاً (وهو براءة الذمة أي هنا حسن النية)، فإذا أنكر المتعاقد الثاني - المدعى عليه - سوء نيته، فعلى المتعاقد الأول أن يثبت سوء نية المتعاقد الثاني، فإذا ما توصل المتعاقد الأول إلى إثبات سوء نية المتعاقد الثاني، فإن الذي كان ظاهراً أصلاً (أي حسن النية) يصبح لا يمثل الحقيقة وإنما أصبح الظاهر عرضاً أن المتعاقد الثاني - المدعى عليه - سيء النية، وإذا ما جاء المتعاقد الثاني - المدعى عليه - وأراد أن ينفي انشغال ذمته بسوء النية، وادعى براءة ذمته (أي حسن نيته)، انقلب الوضع فأصبح هو المدعي لأنه يدعي خلاف ما ثبت عرضاً، فيكون عليه إثبات دعواه فيما يتعلق بحسن نيته، فإذا نهض به حكم لمصلحته برفض دعوى خصمه المتعاقد الأول وإلا حكم عليه (أي على المتعاقد الثاني). وإذا كان عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً، فإنه قد يصعب إقامة الدليل بالنسبة لمن يقع عليه عبء الإثبات على النحو السابق، لدرجة أنه قد يستحيل عليه في بعض الأحيان إقامة الدليل، لذا تسهلاً عليه، يتدخل المشرع ويفترض ثبوت الواقعة التي يصعب أو يستحيل إثباتها، وذلك عن طريق قرائن قانونية، يقيمها لصالح المدعي يعني بموجبها من عبء إثبات الواقعة التي

(1) سر كوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص 233.

(2) سر كوت إسماعيل حسين، المرجع نفسه، ص 249.

والجدير بالذكر هنا، أنه من الناحية العملية فإن من عليه عبء الإثبات لا ينفرد بتقديم الأدلة بينما يقف الطرف الآخر مكتوف اليد حتى يفرغ الأول من تقديم أدلته، بل أن كلا من الطرفين يتقدم بأدلته فيوازن القاضي بينهما، ويحكم لمن ترجح أدلته على أدلة خصمه. أنظر: المستشار عز الدين الدناصوري؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 393.

(3) سر كوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص 229.

(4) نقض مدني مصري في 1977/1/12، الطعن رقم 51، س 28 ق، مجموعة أحكام النقض المدني، ص 232. نقلنا

عن: د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، هامش 3 ص 339.

يدعيها وهذا ما يطلق عليه بالوضع الظاهر فرضاً، وعليه فالظاهر فرضاً هو ما افترض القانون ظهوره عن طريق القرينة القانونية⁽¹⁾. ومن يدعي خلاف هذه القرينة يكون مدعياً خلاف الظاهر فرضاً وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه، ويجوز له أن يدحض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات⁽²⁾. وفي هذا الصدد تنص المادة 337 ق.م.ج: (القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

ونشير هنا، إلى أن القرينة القانونية لا تعفي من تقرر لصالحه من عبء الإثبات أو تتقل عبئه من خصم إلى آخر، وإنما هي نقل الإثبات من محل إلى آخر، أي إبدال إثبات واقعة بأخرى، وبمعنى آخر إبدال إثبات الواقعة الأولى بالواقعة الثانية، وبالتالي لا يزال من يحمل عبء الإثبات (أي إثبات الواقعة الأولى) ملزماً بإثبات هذه الواقعة الأخرى (أي الواقعة الثانية)، فيكون بذلك إثبات الواقعة الثانية – أي إثبات توافر شروط القرينة – أيسر من إثبات الواقعة الأولى، وهذا بدوره يعني أن القرينة تؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات إلى درجة كبيرة⁽³⁾.

وتطبيقاً لما سبق ذكره، من يدعي خلاف القرينة التي تدل على سوء النية أو حسن النية، يكون مدعياً خلاف الظاهر فرضاً وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه، ويجوز له أن يدحض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات.

وفي القانون المدني الجزائري هناك بعض الأمثلة (التطبيقات) التي وردت على أنها قرائن على سوء نية الشخص أو حسن نيته، فمثلاً طبقاً للمادة 499 ق.م.ج، فإن الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وهذه القرينة تدل على حسن نية المستأجر في تسديد الأقساط السابقة من بدل الإيجار.

وفي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، فإن الظاهر فرضاً تواطؤ المدين بمجرد العلم بإعساره، وبالتالي طبقاً للفقرة الأولى من المادة 192 ق.م.ج فإن مجرد علم المدين أنه معسر يعتبر قرينة كافية لافتراض وقوع الغش منه، وهذه قرينة تدل على سوء نية المدين.

كذلك المتعاقد العادي (الغير المحترف) إذا تعاقد مع شخص محترف، فإنه تقوم قرينة لصالحه أن المتعاقد المحترف يعلم البيانات المطلوبة وبتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، وهذه القرينة يطلق عليها

(1) سر كوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص 262، 263.

(2) سر كوت إسماعيل حسين، المرجع نفسه، ص 294.

(3) سر كوت إسماعيل حسين، المرجع نفسه، ص 314، 315.

الفقه المعاصر " قرينة تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد سيء النية " (1)، فيعتبر المتعاقد المحترف سيء النية إلى أن يثبت العكس، وذلك إذا كان الشخص المحترف يتعاقد في مجال تخصصه كالمحامي أو الطبيب أو البائع المحترف، وبالتالي على المحترف أن يثبت حسن نيته، لأن مسؤوليته مفترضة بقوة القانون، لا يمكن تفاديها إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المتضرر أو فعل الغير.

كما نشير هنا أيضاً، إلى أن طبيعة الأدلة التي يمكن أن يلجأ إليها المكلف بالإثبات لإثبات الواقعة المتنازع فيها (حسن النية أو سوء النية) لا توصل القاضي إلى اليقين التام (بحسن النية أو سوء النية)، لأنه من المستحيل في الغالب الوصول إلى الدليل القطعي الذي ينفي معه كل احتمال (2)، لذا الحقيقة القضائية ليست دائماً متفقة مع الحقيقة الواقعية (3)، وبالتالي إذا ثبت أن الشخص حسن النية موضوعياً، فهذا لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يكون حكماً قاطعاً على نية هذا الشخص، لأنه يمكن أن يكون الشخص حسن النية موضوعياً، ولكنه في الحقيقة سيء النية ذاتياً (شخصياً)، كما يمكن أن يكون العكس، أي أن يكون الشخص سيء النية موضوعياً ولكن حسن النية ذاتياً، كما يمكن أن يكون الشخص حسن النية موضوعياً وذاتياً في نفس الوقت (أي حسن النية تماماً) ، وقد يكون أيضاً سيء النية موضوعياً وذاتياً في نفس الوقت (أي سيء النية تماماً) .

وعليه يتبين لنا - في نظرنا - أن هناك أربعة حالات للشخص بالنسبة لحسن نيته أو سوء نيته وهي كما يلي:

- الحالة الأولى: أن يكون الشخص حسن النية ذاتياً وموضوعياً، وبالتالي توافر حسن النية لهذا الشخص من خلال كل من المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي معاً، يجب أن يكافأ عليه حتى يستمر الشخص في أن يكون حسن النية في كل تعامل من تعاملاته مع غيره في الوسط الذي يعيش معه، لأن عدم الاهتمام بحسن نية الشخص هنا سيؤدي إلى خلق شعور لديه بأن حسن نيته لن يستفيد منه، فيلجأ إلى سوء النية، مما سيؤثر ذلك سلباً على المجتمع.

- الحالة الثانية: أن يكون الشخص سيء النية ذاتياً وموضوعياً، وبالتالي توافر سوء النية لهذا الشخص من خلال كل من المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي معاً، يجب أن يعاقب عليه حتى لا يكرر الشخص ذلك، وإن كان هذا العقاب لا يفيد أحياناً في صد سوء نية الشخص إذا كان مريض بالإجرام،

(1) أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 94. وفي هذا المعنى أنظر:

قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 101365، بتاريخ 1993/06/23، غير منشور، مذکور سابقاً (العنب المباع كان مصاباً بأمراض الكروم، وأن البائع كتم هذا المرض قصد بيع العنب).

(2) سرکوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص 250.

(3) سرکوت إسماعيل حسين، المرجع نفسه، ص 314.

فإن ذلك على الأقل سيقبل من حدة سوء نيته بعض الشيء أو يقلل من نسبة الأشخاص سيئي النية لأن منهم من اعتبروا بعد معاقبتهم.

– الحالة الثالثة: أن يكون الشخص سيء النية ذاتياً وحسن النية موضوعياً ، وبالتالي هنا الشخص بالمعيار الذاتي هو سيء النية، أما بالمعيار الموضوعي هو حسن النية، والتساؤل الذي يمكننا إثارته هنا هو هل نعاقب هذا الشخص على حسن نيته الموضوعي أم نكافؤه على سوء نيته الذاتي؟، وهنا يمكن القول، بأنه مادام الشخص حسن النية موضوعياً فهذا يعني أن الإضرار بالأشخاص الآخرين سيقبل أو يندم، وبالتالي نعتقد أن الأمر يحتاج منا هنا إلى إهمال سوء نية الشخص الذاتي، والاعتداد بحسن نيته الموضوعي، فيكافأ على هذا الأخير، فلعل ذلك يجعله يتراجع عن سوء نيته الذاتي، كأن يستيقظ ضميره فيأنبه ليبين له أنه رغم سوء نيته الذاتي فقد تم مكافأته على حسن نيته الموضوعي، ولكن ذلك قد لا يحدث دائماً لأن الضمير يختلف من شخص لآخر، وبالتالي إن كان ضمير الشخص لا يبين له الطريق السوي فهنا إن ظهر بعد ذلك سوء نية الشخص الذاتي بعد مكافأته عن حسن نيته الموضوعي ، فيجب التصدي إلى ذلك بأي طريقة، لأن سوء النية يجب متابعته متابعة شرسة كلما تحين الفرصة لذلك وكلما ظهرت سوء نية الشخص للناس، وليس معنى ذلك أننا نأخذ هنا بالظاهر ، ولكننا مضطرين لمكافأة الشخص على حسن النية الموضوعي حتى ولو كان سيء النية ذاتياً، لأننا نعتقد أن الناس في مجتمع معين إذا رأوا شخص يظهر أنه حسن النية (أي حسن النية موضوعياً) ، ولا يعلمون بأنه سيء النية ذاتياً ، فإنهم إذا اكتشفوا أن القانون قام بعقابه رغم حسن النية الذي ظهر لهم، فإنهم سيفقدون الأمل من عدالة القانون، وبالتالي كان من الأولى حماية الشخص الذي يكون سيء النية ذاتياً وحسن النية موضوعياً، لأنه يحتمل – حتى ولو كان الاحتمال ضعيفاً – أن يرجع عن سوء نيته الذاتي.

كما أن معاقبة الشخص على سوء النية الذاتي رغم حسن النية الموضوعي، في بعض الأحيان، قد لا يكون له أية فائدة طالما بقي سوء النية في ذات الشخص ولم يضر به غيره أو أنه لن يؤدي إلى الإضرار بالغير، أي يمكن أن نقول هنا بعبارة أخرى يجب عدم معاقبة الشخص على سوء نيته الذاتي إذا كان غير مؤثر.

وعموماً – في نظرنا دائماً – تعتبر الحالة الثالثة هذه، من أصعب الحالات التي يمكن أن ينخدع فيها الناس بصفة عامة والقاضي بصفة خاصة، بحسن نية الشخص موضوعياً، لأن سوء النية الذاتي في غالب الأحيان سيكون له أثر يكتشفه الناس فيما بعد، فيصبح سوء نية موضوعي بعد أن كان سوء نية ذاتي، ويكون هذا الاكتشاف في غالب الأحيان متأخراً، مما جعل الناس في الوقت الحاضر أصبحوا يفترضون سوء نية الشخص الذاتي حتى ولو كان الشخص يظهر حسن نيته الموضوعي ، وذلك لتخفيف صدمة معرفة حقيقة الشخص وسوء نيته الذاتي، لأن بعد افتراض الناس لسوء نية الشخص ذاتياً، فإنهم سيأخذون حذرهم ويحرصون على مصالحهم من ذلك الشخص الذي يتعاملون معه ، فإن ظهر فيما بعد أنه حسن

النية ذاتياً مثل ما كان يظهر عليه في تعامله بأنه حسن النية موضوعياً، فهنا يتأكد الناس من حسن نية الشخص ذاتياً وموضوعياً، فيطمئنون له ويوطدون علاقتهم مع هذا الشخص وتزيد تعاملاتهم معه بشكل قد يكون ملفت للنظر لحسن طويته. أما إذا ظهر أن الشخص هو سيء النية ذاتياً رغم أنه كان يظهر حسن النية موضوعياً فإن الناس لن يصدّمهم ذلك ويكون الأمر بالنسبة لهم أمر عادي لن يضرهم ذلك في شيء لأنهم أخذوا حذرهم من سوء النية الذاتي لهذا الشخص، فيتأكدون من أن نظرته لهذا الشخص كانت صائبة وبالتالي يبتعدون عن التعامل معه لسوء طويته، أو يبقى التعامل معه ولكن بحرص وحذر أشد من الماضي خاصة إذا كان التعامل مع هذا الشخص لا غنى عنه لتحقيق مصالحهم. أي أنه في وقتنا الحالي، الناس عندهم الأصل في الشخص هو أنه سيء النية ذاتياً إلى أن يثبت عكس ذلك.

أما من ناحية القانون – خاصة القانون المدني – وكذلك الفقه الإسلامي، فإن الأصل هو أن حسن النية مفترض في الشخص، إلى أن يثبت العكس. وذلك طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 824 ق.م.ج التي جاء فيها: (ويفترض حسن النية دائماً حتى يقوم الدليل على العكس).

أي أننا من خلال الحالتين الأولى والثالثة السابقتي الذكر، يمكن أن نقول – في نظرنا – الأصل هو أن حسن النية الموضوعي يكافأ عليه الشخص سواء كان في الحقيقة حسن النية أو سيء النية ذاتياً، ولكن استثناءً يمكن معاقبة الشخص حسن النية موضوعياً إذا ثبت أنه سيء النية ذاتياً، ولكن بشرط أن يتم أولاً إثبات سوء نية الشخص ذاتياً، وثانياً أن سوء النية الذاتي الذي تم إثباته يجب أن يكون مؤثراً في مصالح الغير فيضر بهم لا محالة.

– الحالة الرابعة: أن يكون الشخص حسن النية ذاتياً وسيء النية موضوعياً، وهنا الشخص بالمعيار الذاتي هو حسن النية، أما بالمعيار الموضوعي هو سيء النية، وبالتالي التساؤل الذي نثيره هنا أيضاً هو هل نعاقب هذا الشخص على سوء نيته الموضوعي أم نكافؤه على حسن نيته الذاتي؟، وهنا يمكن القول، بأن الشخص سيء النية موضوعياً يجب معاقبته حتى لا ينتشر سوء النية في المجتمع، لكن في نفس الوقت هذا لا يعني أن نتجاهل حسن النية الذاتي لهذا الشخص، إذا تم إثباته، وبالتالي يمكن – في نظرنا – أن نعتبر أن حسن النية الذاتي للشخص هو ظرف مخفف للمسؤولية الناتجة عن سوء النية الموضوعي ويمكن أن يعفيها كلياً، وهذا ما يظهر بوضوح في حالة وجود حادث مفاجئ أو قوة قاهرة لا يد للشخص في حدوثها إذا نتج عن ذلك ضرر يستحق التعويض عنه عن طريق المسؤولية المدنية، فحدوث الضرر هو سوء نية موضوعي للشخص، ولكن إذا أثبت الشخص أن هناك حادث مفاجئ أو قوة قاهرة لا يد له فيها، فهذا يدل على أن هذا الشخص له حسن نية ذاتي يحتاج بالتالي لحمايته، وجعل حسن نيته الذاتي ظرف يخفف مسؤوليته أو يعفيه منها تماماً.

وبالتالي من خلال الحالتين الثانية والرابعة السابقتي الذكر، فإن الأصل – في نظرنا – هو أن سوء النية الموضوعي يعاقب عليه الشخص، سواء كان الشخص هو في الحقيقة حسن النية أو سيء النية

ذاتياً، لكن إذا ثبت حسن نية الشخص ذاتياً، فإن ذلك يعتبر ظرف مخفف لمسؤوليته المدنية وقد يعفيه منها تماماً.

أما إذا كان الشخص نفسه يثور الشك في نيته إن كانت حسنة أم سيئة، كأن تكون هناك دلائل على حسن نيته ودلائل أخرى عن سوء نيته في نفس الوقت، فهنا في حالة الشك نأخذ بحسن النية أولى وأرجح من الأخذ بسوء النية لأن الأصل هو حسن النية.

هذه الحالات السابقة الذكر - في نظرنا دائماً - تكون بالنسبة إذا كان الشخص الواحد يلتبس في حسن أو سوء نيته. وبالتالي التساؤل يثور إذا كنا بصدد مثلاً شخصان أحدهما يدعي أن الآخر سيء النية، في حين أنه هو ذاته سيء النية، فيدعي كل منهما أنه حسن النية وأن الآخر سيء النية، ففي هذه الحالة من ثبت حسن نيته هو الشخص الذي يقضي الحكم لصالحه، أما إذا تم إثبات سوء نية الشخص فإن الحكم لا يكون لصالحه وبالتالي يكون ضده، أما إذا كان كل منهما حسن النية فيجب هنا على القاضي الترجيح بين مصالهما، أما إذا كان كل منهما سيء النية فيجب هنا على القاضي النظر إلى من كان سوء نيته نتج عنه ضرر أخف من الضرر الناتج عن سوء نية الشخص الآخر.

وتجدر الإشارة هنا أيضاً، إلى أنه قد ثار جدل فقهي بشأن إثبات حسن النية، انحصرت أقوال فقهاء القانون فيه إلى ثلاثة آراء متباينة:

الرأي الأول يرى أن إثبات سوء النية يكون من خلال تفسير الإرادة الظاهرة، حيث يفترض عند تفسير العقد للتعرف على نية المتعاقدين، أن الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة حتماً. ولكن الدكتور عبد الرزاق السنهوري ينتقد هذا الرأي فيقول بأن ما ذهب إليه هذا الرأي، إن صح في الكثرة الغالبة من الأحوال، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصداً أمراً اتفقا عليه، ولكن عبرا عنه تعبيراً غير دقيق فتتحرف هنا الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة. أما **الرأي الثاني** يذهب إلى أن إثبات سوء النية يتم من خلال الإرادتين الظاهرة والباطنة أيضاً على سبيل التعاقب، ذلك أن التفسير يقع بداية على الإرادة الظاهرة، فإن كانت النية السيئة المذكورة في صلب العقد، بطل التصرف، أما إذا لم تكن هذه النية المذكورة في صلب العقد ومضمونه لكن دلت عليها قرائن وأمارات، فإن التفسير يرد على الإرادة الباطنة التي أثبتتها القرائن، وبالتالي هذا الرأي يجيز إثبات النية السيئة من خلال العقد ومن خارجه فهذا الرأي يوسع من دائرة إثبات النية السيئة، ووفقاً لهذا الرأي أيضاً إذا كان الباعث على التعاقد غير مشروع فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق بما فيها الشهود والقرائن البسيطة. أما **الرأي الثالث** يرى أن إثبات النية غير المشروعة يتم من خلال التعبير الرئيسي (أي الإرادة الممكن التعرف عليها) مضافاً إليها ظروف الواقع المتاحة للمخاطب، كالمواقف السابقة للمعبر وطريقة تعبيره، دون أن يتجاوز تلك الظروف التي يمكن للمخاطب أن يقف عليها ليستخلص منها الإرادة الحقيقية للمعبر⁽¹⁾.

(1) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 467، 468، 469.

ونفس الشيء بالنسبة للفقهاء المسلمون، اختلفوا في إثبات سوء النية في حالة عدم ظهورها في صلب العقد، لاختلافهم في مدى القاعدتين الفقهييتين فالعبرة بالمقاصد أم العبرة بالظاهر، فالأخذ بالقاعدة الأولى يؤدي إلى أن النية السيئة يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات التي تحيزها الشريعة لأن العبرة بالمقاصد الحقيقية الباعثة على هذه العقود، وبالتالي إذا لم تظهر النية السيئة من عبارات العقد فإنه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات الأخرى. أما الأخذ بالقاعدة الثانية يؤدي إلى أن النية السيئة لا يجوز إثباتها إلا من خلال العقد ذاته، بالظاهر من صلب العقد أي من خلال ألفاظ العاقدين في العقد وعبارتهما الظاهرة، فحسب هذا الرأي هو أن ظواهر الأمور هو المعول عليها لا بواطنها⁽¹⁾.

وعموماً، فإن القانون المدني والرأي الراجح في الفقه القانوني والفقه الإسلامي، يهتمون بالباطن وليس الظاهر، فيرون إثبات سوء النية في سائر العقود والتصرفات بكافة طرق الإثبات، سواء من داخل العقد من خلال ألفاظه أو من خارج العقد بما في ذلك البينة والقرائن دون الوقوف على الظاهر، لأن الغالب هو أن النية لا يكون منصوص عليها في صلب العقد، وبالتالي الأخذ بالباطن يوسع من دائرة الإثبات فيساعد بذلك على زيادة فرص ملاحقة سوء النية بثنى السبل، لأن سوء النية واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً، وبالتالي إثباتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، ومن ثم القضاء عليها بحكم عادل⁽²⁾.

وننوه هنا إلى أن طرق الإثبات في القانون المدني الجزائري محددة على سبيل الحصر أي نص عليها القانون فحددها في عدد معين وهي: الكتابة، شهادة الشهود، القرائن، الإقرار، واليمين⁽³⁾. أما في الفقه الإسلامي لا يوجد حصر لها، أي أن في الفقه الإسلامي كل ما يبين سوء النية ويظهره يعد طريقاً للإثبات⁽⁴⁾.

بالإضافة لما سبق، فإن المدين إذا كان ملزم بالتزام بوسيلة (بذل العناية) أي بأن يضع كل جهده ليتوصل إلى نتيجة، فيجب عليه أن يقوم بالتزامه كرجل عادي (رب الأسرة الحريص) (un bon père de famille)، وبالتالي يمكن للمدين بالتزام بوسيلة أن يعفى من كل مسؤولية أو جزءاً منها، إذا بين أنه قام بوضع كل جهده لتنفيذ التزامه، فكان بذلك حسن النية، ولكن العكس لو أن المدين ملزم بالتزام بنتيجة، يتحمل مسؤوليته إذا لم يقم بذلك، لأنه يعتبر سيء النية، إلا إذا وجد سبب أجنبي يمكن أن يعفيه من المسؤولية.

(1) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 353.

(2) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 358، 359؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 470.

(3) نص عليها في المواد من 323 إلى 350 ق.م.ج.

(4) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 359، 360.

وما يجب أن نشير إليه أيضاً بخصوص إثبات حسن النية في العقود ، هو أنه من المهم أن نعرف بأن هناك حالات خاصة لا عبرة فيها بإثبات حسن النية أو سوء النية في العقود، ومن بين هذه الحالات الخاصة ما يلي:

1 - حالة التصرف في مرض الموت: فقد نصت المادة 776 ق.م.ج على ما يلي: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه). وبالتالي كل عمل قانوني يصدر في مرض الموت ، كالبيع والهبة إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع ، فإنه يعتبر وصية ولو كان الشخص المريض حسن النية أو سيئ النية ، وبمعنى آخر لا يهم هنا إن كان المريض المشرف على الهلاك قد قصد حرمان الورثة من الميراث أم لم يقصد ذلك، لأن تصرفه في مرض الموت يعتبر وصية نظراً للظروف النفسية المحيطة به وهو مشرف على الهلاك.

2 - طبقاً للمادة 199 ق.م.ج فإنه إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي. وهذا يعني أن العبرة هنا بالعقد وليست بحسن أو سوء النية.

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على مقتضيات حسن النية في العقود

يسمح حسن النية في تنفيذ العقود بمكافأة المدين عن حسن نيته، وبالمقابل يقتضي سوء النية التشدد مع المدين سيء النية في مسؤوليته⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين: الأول نتناول فيه جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود (أي مكافأة المتعاقد حسن النية)، والثاني نتطرق فيه إلى جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العقود (أي معاقبة المتعاقد سيء النية).

الفرع الأول

جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود

إن جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود يتمثل فيما يلي:

أولاً: تطبيق نظرية الظروف الطارئة

اختلف الرأي في أساس نظرية الظروف الطارئة، فقيل إنه المبدأ الذي يقضي بأن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية ، وقيل إنه المبدأ الذي يقضي بأن المدين في الالتزام التعاقدية لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع، وقيل إنه مبدأ الإثراء بلا سبب، وقيل إنه نظرية السبب ، وقيل إنه نظرية التعسف في استعمال الحق⁽²⁾.

وما يهمنا هنا هو مبدأ حسن النية كأساس لهذه النظرية، إذ أنه للدفاع عن تطبيق هذه النظرية ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن تطبيق النظرية هو إعمال مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، لأن هذا المبدأ يقتضي عدم تنفيذ الالتزام إلا في حدود ما هو متوقع ومألوف في معاملات الأشخاص، أما إذا تغيرت الظروف على نحو غير عادي بما يقلب التوازن المالي بينهم، فإن الواجب يقتضي إجراء التعديل

(1) د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 388.

(2) د/ عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 27.

اللازم⁽¹⁾. كذلك القضاء الألماني، اعتبر حسن النية هو أساس مراجعة العقد للظروف الطارئة⁽²⁾. كما أن عدد من الدول كرسّت نظرية الظروف الطارئة وأسسها على مفهوم حسن النية⁽³⁾.

لكن هناك من يرى أن الأساس ليس حسن النية لأن حسن النية لا يمكن أن ينتقي عن الدائن الذي يطالب بحق خوله له العقد، لمجرد أن حصوله على هذا الحق يهدد المدين به بخسارة فادحة. كما يرى أن التعسف في استعمال الحق هو أيضا لا يمكن أن ينسب لمثل هذا الدائن⁽⁴⁾.

ونظرية الظروف الطارئة نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج كما يلي: (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)، كذلك القضاء الجزائري عمل أيضاً بهذه النظرية⁽⁵⁾. وبالنسبة للفقهاء الجزائري هناك من يرى أن الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج كان ينبغي أن توضع استثناء من المادة 106 ق.م.ج، أي أن نظرية الظروف الطارئة هي استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽⁶⁾. وفي هذا الصدد يقول الدكتور علي علي سليمان : (نظرية الظروف الطارئة التي تقتضي تعديل العقد قضاء ، جاءت استثناء لعدم جواز تعديله، لا استثناء لوجوب تنفيذه بحسن النية)⁽⁷⁾.

(1) نقلا عن: د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 481، 482.

(2) Jean Carbonnier, op. cit, p. 227.

(3) وننوه هنا إلى أن الدول الأوروبية فيها صنفين: الصنف الأول كرس النظرية على مستوى التشريع مثل إيطاليا وبولونيا، أما الصنف الثاني كرس النظرية على مستوى القضاء مثل ألمانيا. أما الدول العربية فنصت صراحة على النظرية في تشريعها: سوريا وليبيا والعراق والجزائر ومصر والسودان. أنظر عن موقف التشريعات الأجنبية من هذه النظرية: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 102 وما يليها.

أما المشرع اللبناني لم ينص على نظرية الظروف الطارئة، واجتهاد المحاكم اللبنانية هو أيضاً لم يكرس مبدأ إعادة النظر في الالتزامات العقدية نتيجة للظروف الطارئة. نقلا عن:

د/ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 95.

(4) د/ عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 28.

(5) مثلاً: قرار المحكمة العليا، رقم 99694، بتاريخ 10/10/1993، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 01، ص 217. يتعلق بظرف طارئ هو أن السوق محل العقد بقي مغلقاً بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي. أشار إليه:

عمر حمدي باشا، القضاء المدني، المرجع السابق، ص 46.

(6) مثل : د/ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 98 ؛ د/ إدريس فاضلي ، المرجع السابق ، ص 132 ؛

د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 53.

(7) أنظر: د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 1992، ص 90. نقلا عن: د/ محمد بودالي، المرجع السابق، هامش 1 ص 53.

ونقل الفقرة الثالثة من المادة 107 إلى المادة 106 ق.م.ج، على اعتبار أن نظرية الظروف الطارئة استثناء لعدم جواز تعديل العقد، هو رأي صائب فيما ذهب إليه، غير أننا في نفس الوقت نرى أن نظرية الظروف الطارئة هي فعلاً ليست استثناء لوجوب تنفيذ العقد بحسن نية، ولكنها أيضاً – في نظرنا – تطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، لأن الالتزام بمراجعة العقد، يفرض تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

والالتزام بمراجعة (بإعادة مناقشة) العقد (obligation de renégociation du contrat) – حسب ما ورد في القضاء الفرنسي – هو من بين الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية بين المتعاقدين في تنفيذ العقود⁽¹⁾. كما أن فكرة إعادة النظر في الالتزامات العقدية من قبل القاضي تستند إلى أخلاقية التعامل وعدالة العقد وحسن النية كقاعدة أساسية في ممارسة الحقوق⁽²⁾، وبالتالي يمكن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة لصالح الشخص حسن النية.

ثانياً: إدخال المرونة على الشرط الجزائي (أي تخفيضه)

الشرط الجزائي يراد به الاتفاق مقدماً بين الدائن والمدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في تنفيذه.

والفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج، قد أجازت للقاضي بأن يتدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي (أي مبلغ التعويض) عن طريق التخفيض، إذا أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي كان مفرطاً (أي مبالغاً فيه) أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

وفي هذا الصدد، يقول عبد المنعم موسى إبراهيم بأنه: (إذا كان حسن النية بإمكانه أن يفعل فعله في حالة الظروف الطارئة ويتدخل لإعادة التوازن المفقود بالنسبة للعقد، فمن باب أولى أن يتدخل لتعديل البند الجزائي بالاستناد لحسن النية حسب المادة 221 موجبات وعقود. فالبند جزء من العقد، فمن يستطيع الأكثر يستطيع الأقل)⁽³⁾.

(1) Com., 3 novembre 1992, JCP 1993, II, 22164, note Virassamy ; comp. Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, D. 2004, 1754, note Mazeaud. Voir: Patrick Canin, **Droit Civil, Les obligations**, 3^e édition, Collection Les fondamentaux – Droit, Hachette Supérieur, Paris, 2007, p. 64.

Voir aussi: Christian Larroumet, op. cit, p. 593.

(2) د/ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 95.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 115.

ننوه هنا إلى أن المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني تنص: (إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف). نقلاً عن: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 217.

ثالثاً: إعطاء حسن النية نظرة الميسرة

من بين الحالات التي يعتد بها المشرع بحسن النية في تنفيذ العقود: نظرة الميسرة⁽¹⁾. ونظرة الميسرة مقررة في معظم القوانين، والشريعة الإسلامية قد سبقت هذه القوانين⁽²⁾، فشرعت نظرة الميسرة بقول الله عز وجل: { وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ }⁽³⁾، وقول الرسول (ص): (من يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة). أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص على نظرة الميسرة في الفقرة الثانية من المادة 281 ق.م.ج كما يلي: (غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين ، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها). وإعطاء المدين مهلة (نظرة الميسرة) للوفاء بدينه أمر جوازي للقضاء ، فيتمتع بسلطة تقديرية في منح المدين هذه المهلة إذا قدر أن ظروفه تبررها، كما أن له رفضها إذا رأى ذلك⁽⁴⁾.

وبالتالي إذا رأى القاضي أن المدين حسن النية وأن عدم تنفيذه لالتزامه يعود لظروف خارجة عن إرادته، أو أن ما لم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملة، أو أن الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة هذا التأخر ، فإن القاضي يرفض الحكم بفسخ العقد ويمنح المدين نظرة الميسرة. وإذا منح القاضي المدين نظرة الميسرة فعلى المدين القيام بتنفيذ التزامه في غضون، وليس له أن يتعدها. ولكن إذا لم يستطع ذلك وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال قائمة فليس هنا ما يمنع المحكمة من منحه نظرة مرة ثانية⁽⁵⁾.

ويمكن أيضاً للقضاء أن يمنحوا المستأجر آجال وفاء، حتى ولو كان المؤجر خاضع لقواعد المحاسبة العمومية⁽⁶⁾.

ويجوز كذلك للقاضي إذا كان بصدد ظروف طارئة، أن يقوم بوقف تنفيذ التزام المدين حسن النية إذا كانت الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلاً حتى تزول، وذلك إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم

(1) د/ محمد حسين منصور ؛ د/ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 154.

(2) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 119.

(3) الآية 280 من سورة البقرة من القرآن الكريم.

(4) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 122.

(5) أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ/ د/ عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص 178.

(6) Cass., avis, 29 juin 2001, Bull. civ. n°4 ; R., p. 586.

Les juges peuvent accorder des délais de paiement au locataire, même lorsque le bailleur est soumis aux règles de la comptabilité publique. Voir: Amandine Assailit, op. cit.

للدائن، ويكون ذلك نوعاً من نظرة الميسرة التي نص عليها في المادة 281 ق.م.ج ، ولكن يشترط أن لا تزيد مدة الوقف عن سنة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العقود

لا جزاء على سوء نية الشخص إلا إذا ثبت سوء نيته في تعاقد⁽²⁾، وجزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في تكوين العقود، هو كل من: بطلان العقد ، والمسؤولية السابقة للتعاقد (التعويض) عندما يكون سوء نية أحد الأطراف قد نتج عنه ضرر للطرف الآخر⁽³⁾.

أما بالنسبة لجزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقود، أي جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية التنفيذي، فإن سوء النية في الفقرة الأولى من المادة 107 ق.م.ج المقابلة للفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي يمكن أن يبزر المسؤولية العقدية للمدين أو فسخ العقد⁽⁴⁾. كما هناك جزاءات أخرى تتمثل فيما يلي:

أولاً: رد الثمار من طرف الحائز سيء النية

إذا توافرت شروط البطلان، فإن القاضي يعلن بطلان العقد، وبالتالي البطلان ينتج عنه اختفاء بأثر رجعي للعقد، لكن أحياناً بين إبرام العقد وبطلانه، يكون الشيء محل العقد قد أنتج ثماراً. لذلك فإن السؤال المثار هنا هو معرفة هل ترد الثمار التي عند الشخص الحائز للشيء ؟. والإجابة عن ذلك هي أن الحائز إذا كان حسن النية، بأنه لا يعلم بعيوب العقد، يمكن له أن يحتفظ بالثمار، أما إذا كان الحائز سيء النية، أي كان يعلم بالعيوب التي كانت في العقد، فإن عليه رد الثمار لسوء نيته⁽⁵⁾.

(1) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

(2) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 333.

(3) Christian Larroumet, op. cit, p. 589.

Voir aussi: Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 172.

(4) La mauvaise foi dont il est question à l'article 1134, al. 3 peut parfaitement justifier la responsabilité contractuelle du débiteur ou la résolution du contrat.

Voir: Christian Larroumet, op. cit, p. 589.

(5) Amandine Assaillit, op. cit.

ثانياً: عدم إمكانية المطالبة بالحقوق الناشئة عن العقد

إن المتعاقد سيء النية لا يمكنه أن يطالب بحقوقه الناشئة عن العقد، فلا يمكنه المطالبة (الدفع) بالتنفيذ، أو التعويضات، وكذلك الفسخ⁽¹⁾.

ثالثاً: إبطال العقد لسوء النية في تعيين الثمن

إن القضاء الفرنسي على أساس مفهوم سوء النية في تنفيذ العقد، منذ قرارات 1 ديسمبر 1995 يبطل عقود ذات التنفيذ المستمر (des contrats à exécution successive) التي يكون فيها الثمن غير محدد بحسن نية (التعسف في تحديد الثمن)⁽²⁾.

رابعاً: إبطال تأثير الشروط الفاسخة إذا كان الدائن سيء النية

بعض العقود (كالإيجار، والقرض...)، تتضمن شروط فاسخة، أي شروط تؤدي تلقائياً إلى فسخ العقد إذا لم يحم المدين بالوفاء بالتزامه⁽³⁾.

وحسب محكمة النقض الفرنسية، إذا عرضت الشروط الفاسخة أمام القاضي، فإن تطبيقها يبقى خاضعاً لمقتضيات حسن النية طبقاً للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾، وبالتالي على أساس هذه المادة، القضاء الفرنسي لا يسمح للدائن من إثارة الشرط الفاسخ إذا قام بذلك بسوء نية⁽⁵⁾.

أي أن الشرط الفاسخ يقتضي تطبيقه بحسن نية ، فلا يحق لأي متعاقد أن يطلب تطبيقه ما لم يكن حسن النية، ولا يطبق الشرط الفاسخ إذا تبين أن المتعاقد الممتنع عن التنفيذ كان حسن النية ويستند في امتناعه إلى حق أو لاه آياه القانون (كالقوة القاهرة) ويحول دون تطبيق الفسخ، ومثال ذلك أنه رغم

(1) Amandine Assaillit, Ibid.

(2) La bonne foi dans la détermination du prix: C' est la notion de mauvaise foi dans l'exécution du contrat que la jurisprudence depuis des arrêts du 1 er décembre 1995 annule des contrat à exécution successive, dont le prix n'est pas fixé de bonne foi.

Voir: Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 206.

أنظر أيضاً:

Ass. Plén. 1^{er} décembre 1995, D. 1996. 13, conclusions Jéol et note Aynés .

Voir: Christian Larroumet, op. cit, p. 593.

(3) Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 206.

(4) Selon la Cour de cassation si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste néanmoins subordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'article 1134 du Code civil. Voir: Amandine Assaillit, op. cit.

(5) Christian Larroumet, op. cit, p. 593. Voir aussi: Patrick Canin, op. cit, p. 64.

توافر شروط بند الفسخ الحكمي لعدم تسديد بدلات مستحقة، إلا أنه لا يمكن الحكم بالفسخ إذا كان عدم تسديد البدلات المستحقة هو بحسن نية كأن يكون ذلك راجعاً لقوة قاهرة (حرب)⁽¹⁾.

كما يمكن للقضاة أن يقوموا برفض فسخ العقد من طرف المتعاقد عندما يكون هذا الأخير سيء النية، أي أثاره بنية خبيثة، وهذه حالة ما إذا كان الدائن قد لجأ للشرط الفاسخ في الفترة التي يعلم فيها بأن المدين لا يستطيع الرد عليه بطريقة مناسبة، ومثال ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قررت بأن إنذارات تنفيذ التزام متوقع لتطبيق الشرط الفاسخ ، أصبحت بدون أثر عندما افتقر المؤجر لحسن النية لما نفذها خلال عطل المدين⁽²⁾.

وبالتالي لا يمكن للمدين أن يتفادى الشرط الفاسخ إلا من خلال ادعاء سوء نية الدائن. والكثير من القرارات القضائية الفرنسية رفضت فعلاً تطبيق الشرط الفاسخ في هذه الحالة⁽³⁾:

— منذ 15 ديسمبر 1976، الغرفة الثالثة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ضبطت (أوقفت) سوء نية دائن لتبنيه رسمي في البلدية، في غياب مستأجر، وقضت بأن التبنيه الرسمي لا ينتج أثره إلا من يوم استخراجه من البلدية⁽⁴⁾.

(1) قرار صادر عن محكمة الاستئناف المدنية في الشمال (اللبنانية)، غرفة رابعة، رقم 513، بتاريخ 2008/07/14. أنظر: مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت، العدد الرابع، السنة الثالثة والأربعون، 2009، ص 1588. يتعلق هذا القرار بدعوى ترمي إلى إخلاء منتجع سياحي لتحقيق شروط بند فسخ حكمي تبعاً لعدم تسديد بدلات مستحقة (أي تتعلق بعقد استثمار).

(2) Cass. 3^e Civ., 16 octobre 1973, Bull. civ III, n° 529, p 386.

la Cour de cassation décida que les sommations d'exécuter l'obligation prévue dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, devaient être sans effet lorsque le bailleur avait manqué à la bonne foi en les faisant effectuer pendant les vacances du débiteur.

Voir: Amandine Assailit, op. cit.

(3) Le débiteur ne peut alors invoquer pour se défendre que la mauvaise foi du créancier. Plusieurs décisions de jurisprudence ont effectivement refusé d'appliquer la clause résolutoire dans ce cas.

Voir: Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 206.

(4) Dès le 15 décembre 1976. la 3^e chambre civile de la cour de cassation avait retenu la mauvaise foi du créancier pour un commandement fait « en mairie », en l'absence du locataire, décidant que le commandement ne prendra effet que du jour du retraitement en mairie.

Voir: Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, Ibid, p. 206.

— محكمة استئناف باريس الغرفة السادسة في 19 جوان 1990، اعتبرت المؤجر سيء النية لأنه رفض تقديم وصولات للمستأجرين، الذين لا يمكنهم بالتالي كسب حقوقهم في المساعدات السكنية⁽¹⁾.
— الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 31 جانفي 1995 قضت بأن البنك سيء النية ولا يمكنه أن يثير الشرط الفاسخ المتضمن في قرض عقاري، مادام رأس المال تم الوفاء به والبنك ينتظر 6 سنوات قبل تسليم تنبيه رسمي⁽²⁾ في أواخر إجراءات الحجز العقاري⁽³⁾.

خامساً: جزاءات مدنية خاصة على سوء النية المتمثل في الغش والخطأ الجسيم

إن المشرع اتخذ من غش المتعاقد المدين أو خطئه الجسيم دلالة أو قرينة واضحة على سوء نيته في الإضرار بالمتعاقد الآخر الدائن بالالتزام، لذلك فإن المتعاقد في هاتين الحالتين أي الغش والخطأ الجسيم ليس جديراً بأي رعاية أو حماية يقرها القانون للمتعاقد حسن النية جزاءً له على سوء نيته⁽⁴⁾، ولهذا السبب رتب القانون أحكاماً خاصة على سوء النية المتمثل في ارتكاب الغش والخطأ الجسيم⁽⁵⁾، وهي كما يلي:

— التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة⁽⁶⁾. فقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 182 ق.م.ج. وقد وردت هذه المادة كما يلي: (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون

(1) La cour d'appel de Paris (6^e chambre 19 juin 1990) a considéré un bailleur de mauvaise foi car il refusait de donner des reçus aux locataires , qui ne pouvaient ainsi pas faire valoir leurs droits aux allocations logement.

Voir: Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, Ibid, p. 206.

(2) التنبيه الرسمي يقوم به الدائن (البنك) يطالب فيه المدين بالتنفيذ كمقدمة للتنفيذ الجبري (الحجز).

(3) La 1^e chambre civile de la cour de cassation (31 janvier 1995) a jugé qu'une banque était de mauvaise foi et ne pouvait évoquer la clause résolutoire insérée dans un prêt immobilier alors que le capital avait été remboursé et que la banque avait attendu 6 ans avant de délivrer le commandement aux fins de saisie immobilière.

Voir: Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, Ibid, p. 206.

(4) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 472.

(5) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 34 ؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 551 ؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 472.

(6) د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص 472 ؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 551 ؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 34 ؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 127 ؛ أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ/ د/ عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص 168، 169.

هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

— امتناع إمهال المدين في حالة ارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم، لأن نظرة الميسرة تمنح للمدين حسن النية⁽¹⁾.

— بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم⁽²⁾. فقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة 178 ق.م.ج، كما يلي: (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

— عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له⁽³⁾، وعدم جواز التأمين عن الخطأ الجسيم. فطبقاً لنص المادة 102 من قانون التأمينات رقم 95 - 07 المذكور سابقاً، فإن المؤمن لا يضمن أخطاء المؤمن له المتعمدة أو الجسيمة. كما نصت المادة 110 من نفس قانون التأمينات، بأن التأمين يعتبر لاغياً في جميع حالات الغش الذي يرتكبه المؤمن له. كذلك نصت المادة 73 من نفس قانون التأمينات، أنه عندما يتسبب المستفيد عمداً في موت المؤمن له (أي المؤمن على حياته)، يكون تعويض الوفاة غير واجب الأداء (أي يسقط الحق في التأمين). كما نصت المادة 47 من نفس قانون التأمينات، بأنه يجب على المؤمن أن يضمن الأشياء المؤمن عليها من كل ضياع أو فقدان أثناء الحريق، غير أن هذا الضمان لا يشمل الأشياء التي تفقد بسبب خطأ من المؤمن له. إضافة لذلك تقضي الفقرة الأولى من المادة 622 ق.م.ج بسقوط الحق في التأمين بسبب خرق المؤمن له للقوانين أو الأنظمة، إذا كان ذلك الخرق جنائياً أو جنحة عمدية. وعكس ما سبق ذكره فإنه طبقاً للمادة 12 من قانون التأمينات، يلتزم المؤمن بتأمين الخسائر والأضرار الناتجة عن الخطأ غير المتعمد من المؤمن له.

(1) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 38؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 555.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 552؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 35؛

د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 413، 414؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 178؛

أ/ محمد طه البشير؛ أ/ عبد الباقي البكري؛ أ/ د/ عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني

العراقي، المرجع السابق، ص 171، 172.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 556؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 39.

— مسؤولية المدين عن غشه أو خطئه الجسيم حتى لو كان التزامه التزاماً ببذل عناية، يقاس بمعيار الرجل المعتاد⁽¹⁾. وقد نصت على ذلك المادة 172 ق.م.ج، كما يلي: (في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم).

— جواز مطالبة المدين الذي قام بغش أو خطأ جسيم بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي (تعديل الشرط الجزائي بزيادته)⁽²⁾. وقد نصت على هذا الحكم المادة 185 ق.م.ج، كما يلي: (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً).

— جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية وجواز تخفيضها أو عدم القضاء بها إطلاقاً⁽³⁾. فالقانون المدني الجزائري يجيز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية إذا ثبت أن الضرر الذي يتجاوز الفائدة قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم. وإذا كانت كثير من الدول أجازت التعامل بالفائدة بين الأفراد إلا أن المشرع الجزائري حرم التقاضي بالفائدة بين الأفراد إذ نصت المادة 454 ق.م.ج: (القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع بطلان كل نص يخالف ذلك)، بينما أجاز المشرع الجزائري التعامل بالفائدة لمؤسسات القرض وهذا ما نصت عليه المادة 455 ق.م.ج بأنه يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الادخار. وأشارت بذلك أيضاً المادة 456 ق.م.ج فجاء فيها بأنه يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضاً قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية⁽⁴⁾.

كما أن الفوائد يجوز تخفيضها أو عدم القضاء بها إطلاقاً، إذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغشه أو خطئه الجسيم. وقد نصت على ذلك المادة 187 ق.م.ج: (إذا تسبب الدائن بسوء نيته، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر).

(1) د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 178.

(2) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 554؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 37.

(3) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 554؛ د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 37.

(4) د/ عبد القادر البقيرات، محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية — نظرية التاجر — المحل التجاري — الشركات التجارية — الشيك، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 17.

سادساً: جزاءات مقررة لمخالفة أحكام الضمان⁽¹⁾

في العقود التي تلقي على عاتق أحد أطرافها الالتزام بالضمان سواء ضمان التعرض أو الاستحقاق أم ضمان العيوب الخفية – خاصة في عقود البيع والإيجار والعارية والوديعة – وقع المشرع جزاءاً عند مخالفة أحكام هذا الضمان. وبالنسبة للآثار التي يضيفها حسن أو سوء النية في الجزاءات المقررة بالالتزام بالضمان، فسندرسها هنا في إطار عقد البيع – وينطبق ذلك على بقية العقود – كما يلي:

تجدر بنا الإشارة هنا أولاً إلى أن القوانين تفرق بين علم المشتري بأسباب الضمان بصفة عامة، وبين علم البائع، فحسن أو سوء النية كشرط للرجوع بالضمان على البائع، لا يثور إلا بالنسبة للمشتري، بحسب ما إذا تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب⁽²⁾.

فبالنسبة لاستلزام شرط حسن نية المشتري في ضمان العيوب الخفية، فإنه لا صعوبة في هذا الصدد حول أثر علم المشتري بالعيوب، ذلك أنه إذا كان العيب ظاهراً، لا يتحقق معه الضمان، كما أنه إذا كان خفياً وعلم به المشتري، فلا يكون له الرجوع بالضمان كذلك، أي أنه يلزم لرجوع المشتري في حالة ضمان العيوب الخفية أن يكون العيب خفياً، وغير معلوم له. وعلى ذلك فإن شرط حسن النية يعتبر شرطاً لازماً للرجوع بالضمان في حالة ظهور عيب في المبيع⁽³⁾، فالمشتري إذا سكت رغم علمه بالعيوب الخفية كان سيء النية، وبالتالي لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان. ذلك أن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر، ولا يعتبر من العيوب الخفية، وكذلك يكون الحكم إذا ما علم المشتري بالعيوب عن طريق البائع نفسه، لأن المشتري إذا كان يعلم بوجود العيب، ولكنه أقدم على الشراء رغم علمه به، فإنه يكون قد اشترى وهو على بينة من الأمر، ويفترض في هذه الحالة أن العيب لا أثر له على استعمال الشيء، وأنه قد تنازل عن الرجوع على البائع بالضمان⁽⁴⁾، أما إذا كان المشتري حسن النية فإن البائع (حسن أم سيء النية) يلتزم بالضمان. ولكن يكون البائع مسؤولاً عن العيب ولو كان ظاهراً، عندما يثبت المشتري أن البائع قد عمد إخفاء العيب عنه غشاً منه.

أما بالنسبة لأثر نية المشتري في رجوعه بضمان الاستحقاق، أي أثر علم المشتري وقت العقد بسبب الاستحقاق، فإن المادة 375 ق.م.ج ليس فيها أية إشارة لشرط حسن نية المشتري، وبالتالي نرجع للقواعد العامة في التنفيذ بمقابل بطريق التعويض، وطبقاً لهذه القواعد نجد أن مدى التعويض لا يختلف باختلاف

(1) هي أيضاً من بين جزاءات الإخلال بحسن النية في تنفيذ العقود. أنظر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 542.

(2) د/ توفيق حسن فرج، " أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان "، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، 1971، ص 184.

(3) د/ توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 185، 186.

(4) د/ توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 190.

نية الدائن⁽¹⁾، أي أنه في حالة ضمان الاستحقاق فإن حسن نية المشتري بجهله لسبب الاستحقاق عند البيع أو سوء نيته بعلمه به لا يؤدي إلى سقوط الضمان إلا إذا اقترن هذا الأخير بشرط عدم الضمان في العقد. أما بالنسبة للبائع فإن الضمان يقع عليه مهما بلغ حسن نيته أو حرصه، لكن الضمان قائم بالطبع بأكثر صرامة في نتائجه إذا كنا بصدد سوء نية⁽²⁾. أي أن البائع يلتزم بالضمان في جميع الحالات، بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته، سواء تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق، أم بضمان العيوب. ولا يثور الأمر إلا بالنسبة لنطاق الضمان، أي مدى ما يلتزم به البائع نحو المشتري، إذا ما ثبت الضمان لهذا الأخير⁽³⁾.

أما التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع عند الرجوع عليه بالضمان، فطبقاً للمادة 375 ق.م.ج، فإن التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع في حالة الاستحقاق الكلي يتكون من العناصر التالية:

بالنسبة لقيمة المبيع : المشتري (حسن أو سيء النية) يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق من البائع (سواء حسن أو سيء النية) وفقاً لأحكام التقنين المدني الجزائري⁽⁴⁾، وبالتالي لا أثر لعلم المشتري بخطر استحقاق المبيع على التزام البائع برد قيمة المبيع وقت نزع اليد حتى ولو كان البائع حسن النية، لأنه يكفي لنشوئه أن يحرم المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، وليس في مقدوره دفعه، فسوء نية البائع لا تؤثر على التزامه بالتعويض عند الاستحقاق.

أما بالنسبة لقيمة الثمار التي يردها المشتري إلى المالك الذي استحق المبيع (المستحق)، فهي الثمار التي يحوزها وهو سيء النية، ويعتبر سيء النية من يوم إعلانه بعريضة افتتاح دعوى استحقاق من طرف المستحق. أما الثمار التي حازها المشتري وهو حسن النية، فإنه يكتسبها ولا يلزم بردها إلى المستحق، وبالتالي لا حق له بالرجوع على البائع بها (المادة 375، الفقرة الثانية من المادة 825، الفقرة الأولى من المادة 837 ق.م.ج)⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للمصروفات التي قد يصرفها المشتري على المبيع : فهي إما أن تكون مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو كمالية: فبالنسبة للمصروفات الضرورية، أي ما أنفقها المشتري على المبيع من مصروفات ضرورية لحفظه فإن المستحق هو من يلتزم بها، وبذلك فإن المشتري لا يطلبها من البائع (عن طريق دعوى الضمان)، وإنما يطلبها من المستحق (المادة 839 ق.م.ج)⁽⁶⁾.

(1) د/ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 145.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 378.

(3) د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 184.

(4) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 143.

(5) د/ محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 144 ؛ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 417.

(6) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص 418 ؛ د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 144.

أما المصروفات النافعة فهي المصاريف التي أنفقها المشتري على المبيع والتي ليست ضرورية لحفظه وصيانته لكنها تزيد من قيمته، كالأشجار التي تغرس في الأرض المبيعة أو زيادة طابق في بناية، فإن المشتري يطلبها من البائع (طبقاً للمادة 839 التي أحالت إلى المادتين 784 و 785 ق.م.ج)، لكن هنا يختلف الأمر إذا كان المشتري الذي أنفق مصاريف نافعة على المبيع، هو حسن النية أو سيء النية: ففي حالة ما إذا كان المشتري حسن النية أي لم يكن يعلم بسبب الاستحقاق أثناء قيامه بهذه النفقات، فإن البائع مخير بين أن يرد للمشتري قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع ما يقابل الزيادة في قيمة المبيع. وبما أن البائع لن يدفع للمشتري إلا أقل القيمتين، فإنه باستطاعة المشتري الرجوع على البائع بالخسارة اللاحقة به على أساس التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب⁽¹⁾.

أما إذا كان المشتري سيء النية، أي كان على علم وقت إنفاقه للمصاريف النافعة على البيع بسبب استحقاق الغير للمبيع، كان حكمه كحكم الباني سيء النية أن يخضع لخيار المستحق (المالك)، إذ يجوز لهذا الأخير (أي المستحق) الخيار في أن يطلب من المشتري (سيء النية) في أجل سنة إزالة المنشآت التي قام بها المشتري (سيء النية) مع التعويض عند الاقتضاء، أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمة ما أحدثه المشتري من منشآت مستحقة الإزالة (في حالة الهدم)، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها⁽²⁾. وتبعاً لذلك، فإن البائع مخير بين أن يدفع للمشتري قيمة المنشآت مستحقة الإزالة (في حالة الهدم)، أو أن يدفع له مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها. وإن كان ما حصل عليه المشتري من البائع لا يصل إلى مقدار ما أنفقه فعلاً، فإنه يرجع بالفارق عليه على أساس التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب. أما بالنسبة للمصاريف الكمالية وهي ليست ضرورية لحفظ المبيع وصيانته، وليست نافعة، وإنما ينفقها المشتري في تجميل المبيع أو زخرفته، فليس للمشتري أن يطالب بها المستحق لأنه غير ملزم بها، كما ليس له مطالبة البائع بها إذا كان هذا الأخير حسن النية، لأن المدين حسن النية لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع، ولأن قيام المشتري بمصاريف كمالية وضياع هذه المصاريف عليه باستحقاق المبيع يعتبر ضرراً غير متوقع لا يسأل عنه المدين إلا إذا وقع منه غش، وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 375 ق.م.ج بأنه يمكن للمشتري المطالبة بالمصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية. أي أن المصاريف الكمالية في حالة استحقاق المبيع لا يتحملها المستحق الذي لا ذنب له في ذلك (فهو غير ملزم بها)، وإنما يتحملها البائع سيء النية لأنه كان على علم بسبب الاستحقاق وأخفاه غشاً على المشتري. أما إذا كان البائع حسن النية فلا يحق للمشتري أن يطالبه بما صرفه نظير تلك المصاريف الكمالية، وليس له أيضاً أن يطالب المستحق بالتعويض عنها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 418، 419.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص 419؛ د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 144.

أن يرد المبيع بحالته الأولى ، وللمستحق أن يختار استبقاء التحسينات الكمالية مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم (طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 839 ق.م.ج). أما بالنسبة للمصاريف القضائية (مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق)، فإن هذه المصاريف القضائية يتحملها البائع (حسن أو سيء النية) ، لكن يستثنى من ذلك المصاريف القضائية بخصوص دعوى الاستحقاق، التي كان في مقدور المشتري تفاديها بإعلام البائع بدعوى الاستحقاق ، أي أن المصاريف القضائية المترتبة من وقت عدم الإعلام بدعوى الاستحقاق تكون على عاتق المشتري⁽¹⁾.

بالإضافة للعناصر السابقة، أضاف المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 375 ق.م.ج عبارة عامة تحيط بكافة عناصر التعويض أراد بها التذكير بالقواعد العامة وهي (وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع)، فيعوض المشتري مثلاً عما فاتته من كسب نتيجة لفوات صفقة رابحة، ويكون له الرجوع على البائع بمصاريف عقد البيع كالمسرة ورسوم التسجيل⁽²⁾.

أما بالنسبة للتعويض الذي يلتزم به في ضمان الاستحقاق الجزئي للمبيع، فطبقاً للمادة 376 ق.م.ج، نميز بين حالتين: فإذا كانت الخسارة الناتجة عن الاستحقاق الجزئي هي خسارة جسيمة ، أي إذا استحق بعض المبيع، وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، فهنا للمشتري خيارين، فالخيار الأول هو أن يرد المبيع وما أفاده منه من ثمار للبائع، ويطالبه بالتعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق كلياً، والخيار الثاني هو أن هذا المشتري يستبقي المبيع، ويطلب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق. أما إذا لم تكن الخسارة جسيمة فإنه يتعين على المشتري أن يستبقي المبيع ويطلب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق. وإذا استبقى المشتري المبيع فلا يقتصر التعويض في كافة الأحوال على قيمة الجزء المستحق، بل يدخل فيه ما فاتته من كسب باعتباره عنصراً من عناصر الضرر تطبيقاً للقواعد العامة⁽³⁾.

ومن أحكام ضمان الاستحقاق أيضاً، أنه يقع باطلاً شرط إنقاص أو إسقاط ضمان الاستحقاق، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الغير (الفقرة الثالثة من المادة 377 ق.م.ج)⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لضمن العيوب الخفية ، فقد أحال المشرع في المادة 381 ق.م.ج ، إلى المادة 376 من نفس القانون الخاصة بالاستحقاق الجزئي. كذلك طبقاً للمادة 384 ق.م.ج، فإن شرط إسقاط أو إنقاص

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 419، 420، 421.

(2) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 145.

(3) د/ محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 147، 148.

(4) د/ محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 149، 150.

ضمان العيوب الخفية يرتب أثره بالنسبة لسائر العيوب ما عدا العيب الذي تعمد البائع إخفاءه غشاً منه⁽¹⁾. كذلك طبقاً للمادة 383 ق.م.ج، تسقط دعوى ضمان العيوب الخفية بعد مرور سنة من تسليم المبيع تسليمياً فعلياً إذا كان البائع حسن النية بصرف النظر عن وصول المشتري إلى كشف العيب الموجب للضمان أو عدم وصوله إلى ذلك، وبالتالي المشرع لم يربط بين اكتشاف العيب وسريان التقادم، أما إذا أثبت المشتري بأن البائع قام بإخفاء العيب غشاً منه، فهنا جزاءاً لسوء نية البائع لا تسقط دعوى الضمان بمرور سنة، بل يكون التقادم لهذه الدعوى حسب القواعد العامة بمعنى بعد مرور خمسة عشر سنة من تاريخ انعقاد البيع وليس من وقت التسليم. وبالتالي لا يستطيع البائع سيء النية أن يتمسك بهذه المدة (أي مدة السنة من تاريخ تسليم المبيع فعلياً) لتمام التقادم إذا أثبت المشتري أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه، لأن مدة التقادم جزاءاً لسوء نيته أصبحت 15 سنة من يوم انعقاد البيع وليس من وقت التسليم⁽²⁾.

(1) د/ محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 161، 163.

(2) وقد ورد بشأن ذلك: قرار للمحكمة العليا، رقم 20921، بتاريخ 1983/03/02، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04، ص 28.

فهنا دعوى الضمان لم تسقط رغم مضي أكثر من سنتين، لأن البائع سيء النية أخفى وجود مستأجر في العين المبيعة، وصرح (أي البائع) - في البند المدرج في العقد - بخلو العمارة من المستأجر. أشار إليه:

عمر حمدي باشا، القضاء المدني، المرجع السابق، ص 116.

وهناك أيضاً قرار للمحكمة العليا، رقم 165792، بتاريخ 1998/05/20، النشرة القضائية لسنة 1999، عدد 56، ص 98. ورد فيه: (إن دعوى الضمان تقام خلال سنة ابتداءً من وقت تقديم الشيء المبيع، إلا أن البائع لا يمكنه ذكر التقادم لسنة إذا ثبت أنه أخفى العيب بصفة تدليسية عملاً بنص المادة 383 من القانون المدني). أشار إليه:

عمر حمدي باشا، المرجع نفسه، ص 117.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال هذا الفصل، تبين لنا أن حسن النية في تكوين العقود، يقتضي لوجود التراضي وصحته: الالتزام بالإعلام والالتزام بالاستعلام، الالتزام بالوضوح في التعبير عن الإرادة، عدم سحب الإيجاب أو الامتناع عن القبول دون وجه حق، انتفاء عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال)، عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية، ويذهب البعض أيضاً إلى عدم جواز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية.

أما في النيابة في التعاقد يقتضي حسن النية: بيان الشخص لصفته عند التعاقد (أي صفة النائب)، انتفاء عيوب الإرادة في إرادة النائب، عدم تجاوز النائب عن حدود نيابته، أخذ النائب الإذن من الأصل أو من المحكمة عند إبرامه العقد وذلك في بعض الحالات التي يستوجب فيها القانون هذا الإذن ومنها تعاقد الشخص مع نفسه.

أما بالنسبة للتفاوض على العقود، فإن حسن النية يقتضي التزامات منها: الالتزام بالتفاوض بحسن نية، الالتزام بالجدية في التفاوض، الالتزام بالتعاون، الالتزام بضمان السرية، الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل. وهذه الالتزامات ليست على سبيل الحصر، بل يمكن أن يضاف إليها أي التزام آخر، يجد أساسه في قاعدة حسن النية. ويعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو الالتزام الرئيسي، أما الالتزامات الأخرى فهي التزامات مكملة أو مساعدة، تقوم بجواره جنباً إلى جنب، فهي تطبيقات متفرعة عن مبدأ حسن النية. أما الإخلال بالالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض على العقود، إذا لم يتم النص عليه صراحة (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه)، فإنه في الأصل العام، يترتب المسؤولية التقصيرية، لكن استثناءً، تكون المسؤولية عقدية، إذا كان هناك إخلال بالالتزام عقدي متمثل في التزام حسن النية في التفاوض (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه)، يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي.

كما تبين لنا من خلال دراسة هذا الفصل، أن الأمانة والثقة من بين وسائل التعرف على حسن نية المتعاقدين عند تفسير العقد، يستوحيهما القاضي من داخل العقد، وبالتالي في مرحلة تفسير العقود يقتضي مبدأ حسن النية أن لا تفسر العقود حرفياً، ولكن تفسر بمرونة وبحسب ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وكذلك تفسير عقود الإذعان يجب أن يتم هو أيضاً وفقاً لمبدأ حسن النية، أما بالنسبة لمسألة تقدير النية الحسنة فهي تعد مسألة موضوعية يرجع تقديرها إلى قاضي الموضوع.

أما بالنسبة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فإنه يقتضي التزام الأمانة، ويشمل هذا الأخير كل من الوفاء بالالتزامات، وتنفيذ ما ورد في العقد وملحقاته، وتنفيذ ما يترتب على العقد من

مستلزماته، ومراعاة القانون واحترامه، واحترام الثقة المشروعة. وبجانب الالتزام بالأمانة يقتضي أيضاً حسن النية التنفيذي التزاماً آخر يتمثل في التزام النزاهة، وهذا الأخير يشمل انتفاء نية الإضرار بالغير، وانتفاء الغش، وانتفاء الخطأ الجسيم، وانتفاء التعسف في استعمال الحق. بالإضافة للالتزام بالأمانة والالتزام بالنزاهة، نجد حسن النية في تنفيذ العقود يقتضي أيضاً كل من الالتزام بالتعاون والالتزام بالإينصاف، إذ أن الالتزام بالتعاون يتعلق بتسهيل تنفيذ العقد، ويقتضي بدوره الالتزام بالإعلام المتعاون والتزام التنبيه أو التحذير، أما الالتزام بالإينصاف فهو بدوره يتسع إلى الالتزام التصحيحي للعقد والالتزام بمراجعة العقد.

كما اتضح من خلال هذا الفصل، أنه بالنسبة لإثبات حسن النية في العقود، فإن الأصل في الإنسان حسن النية، وبالتالي الإثبات ينصب على سوء النية، لأن المرء لا يطلب منه إثبات ما هو أصل فيه، وإنما يطلب منه إثبات ما يناقض هذا الأصل، ويثبت ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية.

أما بالنسبة لأثر حسن النية في العقود، فيقصد به الجزاء المترتب على الالتزام بحسن النية أو الإخلال به، وبالتالي يسمح حسن النية في تنفيذ العقود بمكافأة المدين عن حسن نيته بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإدخال المرونة على الشرط الجزائي (أي تخفيضه)، وإعطاء نظرة الميسرة، وبالمقابل لذلك يقتضي سوء النية التشدد مع المدين سيء النية في مسؤوليته، فيكون جزاء الإخلال بحسن النية في تكوين العقود، هو بطلان العقد، والمسؤولية السابقة للتعاقد (التعويض) عندما يكون سوء نية أحد الأطراف قد نتج عنه ضرر للطرف الآخر. ويكون جزاء الإخلال بحسن النية في تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقود، المسؤولية العقدية للمدين أو فسخ العقد. وهناك أيضاً جزاءات أخرى تتمثل في: رد الثمار من طرف الحائز سيء النية، وإبطال تأثير الشروط الفاسخة إذا كان الدائن سيء النية، وإبطال عقود ذات التنفيذ المستمر التي يكون فيها الثمن غير محدد بحسن نية (إذ أن القضاء الفرنسي قام بإبطالها على أساس مفهوم سوء النية في تنفيذ العقد)، كما أن المتعاقد سيء النية لا يمكنه أن يطالب بحقوقه الناشئة عن العقد (فلا يمكنه المطالبة (الدفع) بالتنفيذ أو التعويضات أو الفسخ)، وهناك أيضاً جزاءات مقررة لمخالفة أحكام الضمان، وجزاءات مدنية خاصة على سوء النية المتمثل في الغش والخطأ الجسيم (تتمثل في التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، امتناع إمهال المدين في حالة ارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم، بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه وخطئه الجسيم، عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له وعدم جواز التأمين عن الخطأ الجسيم، مسؤولية المدين عن غشه أو خطئه الجسيم حتى لو كان التزامه التزاماً ببذل عناية، جواز مطالبة المدين الذي قام بغش أو خطأ جسيم بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي أي تعديل الشرط الجزائي بزيادته، جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية وجواز تخفيضها أو عدم القضاء بها إطلاقاً).

الخاتمة

إن النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، تتلخص فيما يلي:

- أن مبدأ حسن النية رغم أنه من أصول وأبعاد أخلاقية، إلا أن ذلك لا يقلل أو يضعف من شأنه، بل على العكس من ذلك فهي تكون سنداً وعاوناً له في التطبيق، لتحقيق هدفه ودوره في العقود والتصرفات.
- مهما اختلفت محاولات تعريف حسن النية في العقود، إلا أنها تتفق جميعاً في أن كل من مفهوم حسن النية و سوء النية هو مفهوم واسع، وصعب التعريف والإحاطة بكل جوانبه.
- أن فكرة حسن النية هي فكرة خصبة لا تقف عند حدود التطبيقات التي وردت في هذا البحث، فهي مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس.
- أن مبدأ حسن النية هو مبدأ غامض وخاصة من حيث ترتيب آثار مباشرة في دائرة القانون الوضعي، لذا فإن الرأي الراجح يرى ضرورة صياغة مقتضيات حسن النية في صورة التزامات قانونية محددة يمكن عقاب من يخالفها وفي نفس الوقت يكون من الممكن استيعابها قانوناً.
- يقتضي حسن النية في العقود والتصرفات: الالتزام بالأمانة، والنزاهة، والتعاون، والإعلام، والاستعلام، والنصيحة، والتحذير، والإنصاف، واحترام الثقة المشروعة.
- تبين لنا أن المشرع الجزائري نص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، كما نص عليه ضمناً في كل من المرحلة السابقة على التعاقد، ومرحلة تفسير العقود، وبالتالي مبدأ حسن النية مطلوب في جميع مراحل العقود طبقاً للقانون المدني الجزائري.
- تبين لنا أيضاً أنه حتى ولو لم يتمكن المشرع الجزائري من معالجة كل حالات سوء النية، نظراً للتطورات التي يشهدها المجتمع، فإن ما يحسب لصالح المشرع الجزائري هو نصه على هذا المبدأ فلم يغفل ذكره ضمن نصوص القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين، كما أنه بالنص على الالتزامات التي يقتضيها حسن النية في العقود (كالأمانة والثقة والإعلام...)، يسهل على القاضي من متابعة سوء النية في أغلب الحالات التي تعرض عليه، فإذا فلت الشخص سيء النية في مرة من المرات فإنه لن يستطيع ذلك في كل الأوقات، وبالتالي مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري يمكن له أن يحقق التوازن العقدي في كثير من الأحيان.
- أن التفرقة بين حسن النية وسوء النية في العقود والتصرفات، بقدر ما هي صعبة، بقدر ما هي مهمة من ناحية الآثار التي تترتب على كل منهما، سواء من ناحية آثار الالتزام بحسن النية أو من ناحية آثار الإخلال بحسن النية، وعليه إذا استطاع القاضي أن يستوعب المعايير المستقاة من الفقه والاجتهاد الثابت للمحكمة العليا، فإنه سيعرف لا محالة متى يكون الحكم على شخص بحسن النية أو سوء النية.

— أن في القانون المدني والفقہ الإسلامي، للتمييز بين حسن النية وسوء النية في العقود والتصرفات، هناك معيارين متكاملين يجب توافرها معاً للقول بوجود حسن النية التام من عدمه في العقود، وهما: المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، فنلجأ إلى المعيار الذاتي وفي حالة العجز نلجأ إلى المعيار الموضوعي.

— تبين لنا أن الأصل هو حسن النية لدى الشخص، أما إثبات حسن النية فيكون ذلك بإثبات نقيضه وهو سوء النية، ويمكن إثبات حسن النية أو سوء النية بكافة طرق الإثبات القانونية.

— من خلال البحث وجدنا أن ما يوجبه حسن النية في خصوص عقد بعينه يعتبر من مسائل الواقع، التي يترخص فيها قاضي الموضوع بسلطته التقديرية، وليس من مسائل القانون، وبالتالي لا يخضع حكم القاضي لرقابة المحكمة العليا ما دام جاء تقديره سائغاً.

— كما تبين أن القانون المدني الجزائري رتب جزاءً على كل من الالتزام بحسن النية في العقود، والإخلال به.

ومن بين ما يمكن اقتراحه على المشرع الجزائري هو أن ينص صراحة وبكل وضوح، على ما يلي:

— (يجب أن يتم التفاوض وإبرام وتفسير وتنفيذ العقود والتصرفات بحسن نية).

— (يكون الشخص حسن النية عند مراعاته عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد أو التصرف).

— (يقتضي حسن النية في العقود والتصرفات: الالتزام بالأمانة، والنزاهة، والتعاون، والإعلام، والاستعلام، والنصيحة، والتحذير، والإنصاف، واحترام الثقة المشروعة، وكل ما من شأنه أن ينفي سوء النية لدى الشخص).

— (يفترض حسن النية في العقود والتصرفات، إلى أن يثبت عكس ذلك).

— (يقتضي حسن النية ألا يتمسك العاقد الغالط بطلب الإبطال متى أبدى العاقد الآخر استعداداً للتنفيذ بما يزيل أثر الغلط).

وأخيراً أرجو من الله العلي القدير، أن أكون قد وفقت في إظهار هذا البحث كما يجب، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله، وصحبه أجمعين.

قائمة المصادر والمراجع

I — باللغة العربية

أولاً — القرآن الكريم

ثانياً — السنة النبوية

ثالثاً — النصوص القانونية

- 1 — الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- 2 — الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 هـ الموافق لـ 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13، المؤرخة في 8 مارس 1995، معدل ومتمم.
- 3 — القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

رابعاً — الكتب

- 1 — د/ أبو طالب (صوفي حسن)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جامعة القاهرة، 2007.
- 2 — فخر المحققين ابن المطهر الحلي (محمد بن الحسن)، الرسالة الفخرية في معرفة النية، تحقيق البصري (صفاء الدين)، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد، إيران، 1411 هـ .
- 3 — إبراهيم (عبد المنعم موسى)، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 4 — أحمد (إبراهيم سيد)، الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
- 5 — د/ الأحمد (محمد سليمان)، النظرية العامة للقصد المدني، القصد المدني قبل التعريف، دراسة تحليلية تركيبية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 6 — استانبولي (أديب) ؛ طعمة (شفيق) ، التقنين المدني السوري ، نصوص قانونية — أعمال تحضيرية — مذكرات المشروع التمهيدي — اجتهاد قضائي — تعليقات فقهية ، من المادة 1 حتى المادة 164، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1992.
- 7 — د/ بودالي (محمد)، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 8 — بينابنت (آلان)، القانون المدني، الموجبات (الالتزامات)، ترجمة القاضي (منصور)، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- 9 – أ/ البكري (عبد الباقي) ؛ أ/ البشير (محمد طه) ؛ أ د/ الحكيم (عبد المجيد)، **الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980.**
- 10 – _____ ، **القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، دون سنة نشر.**
- 11 – أ د/ بلحاج (العربي)، **الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.**
- 12 – بن شيخ آث ملويا (حسين)، **المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008.**
- 13 – د/ الجبوري (ياسين محمد)، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.**
- 14 – د/ الجمال (مصطفى محمد)، **مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.**
- 15 – د/ جعفر (محمد سعيد)، **مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 1999.**
- 16 – د/ الديب (محمود عبد الرحيم)، **الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.**
- 17 – المستشار الدناصوري (عز الدين) ؛ د/ الشواربي (عبد الحميد)، **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1988.**
- 18 – أ/ دربال (عبد الرزاق)، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004.**
- 19 – د/ زهران (همام محمد محمود)، **الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.**
- 20 – د/ حلبية (سلامة عبد الفتاح)، **أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.**
- 21 – حمدي باشا (عمر)، **دراسات قانونية مختلفة، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006.**
- 22 – حسين (سرکوت إسماعيل)، **الظاهر ودوره في الإثبات، دراسة مقارنة في القانون الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.**
- 23 – د/ حسنين (محمد)، **عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.**

قائمة المصادر والمراجع

- 24 – الكبي (سعد الدين محمد)، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 2002.
- 25 – د/ لظفي (محمد حسام محمود)، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995.
- 26 – _____ ، النظرية العامة للالتزام، المصادر – الأحكام – الإثبات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007.
- 27 – د/ لعشب (محفوظ)، دراسات في القانون الاقتصادي، المطبعة الرسمية، الجزائر، دون تاريخ نشر.
- 28 – _____ ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 29 – مؤبرويز (به)، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 30 – د/ منصور (أمجد محمد)، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- 31 – د/ منصور (محمد حسين) ؛ د/ تتاغو (سمير عبد السيد)، القانون والالتزام، نظرية القانون – نظرية الحق – نظرية العقد – أحكام الالتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد وأحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 32 – د/ سلطان (أنور)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 33 – د/ سليمان (علي علي)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 34 – د/ سليمان (شيرزاد عزيز)، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008.
- 35 – د/ السعدي (محمد صبري)، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، الجزء الأول ، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
- 36 – _____ ، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام – التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- 37 – عبد الكريم (فارس حامد)، المعيار القانوني، الطبعة الأولى، دون ناشر، بغداد، 2009.
- 38 – د/ عبد الرحمن (حمدي)، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 39 – د/ العدوي (جلال علي)، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 40 – د/ العدوي (محمد شكري الجميل)، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج، عمان، الأردن، 2010.
- 41 – د/ العوجي (مصطفى)، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 42 – د/ فاضلي (إريس)، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 43 – د/ فودة (عبد الحكم)، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- 44 – _____، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 45 – د/ فيلاي (علي)، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 46 – د/ الفتلاوي (صاحب عبيد)، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1998.
- 47 – د/ فضيل (نادية)، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 48 – العلامة الشيخ القاري (علي سلطان محمد)، تطهير الطوية بتحسين النية، علق عليها وخرج أحاديثها سلمان (مشهور حسن)، سلسلة رسائل علي القاري 2، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر (بيروت)؛ دار عمار للنشر والتوزيع (عمان)، 1989.
- 49 – د/ القوني (عبد الحليم عبد اللطيف)، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 50 – القرافي (أبي العباس أحمد بن إريس)، الأمانة في إدراك النية، تحقيق ودراسة الدكتور الفالح (مساعد بن قاسم)، الطبعة الأولى، مكتبة الحرمين، الرياض، 1988.
- 51 – د/ رمضان (وليد صلاح مرسي)، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

قائمة المصادر والمراجع

- 52 – د/ الشواربي (عبد الحميد)، **المشكلات العملية في تنفيذ العقد**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
- 53 – أ/ تقيّة (عبد الفتاح)، **تفسير النصوص والقواعد الفقهية**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1998.
- 54 – غاستان (جاك)، **المطول في القانون المدني، تكوين العقد**، ترجمة القاضي (منصور)، مراجعة الدكتور كلثوم (فيصل)، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000.

خامساً – الرسائل الجامعية

- 1 – ولد أمباري (أب)، (حسن النية في القانون الدولي) ، بحث لنيل رسالة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الدراسية 2001 – 2002.
- 2 – المعموري (عروبة شافي عرط)، (التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد)، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008.
- 3 – د/ القرقي (سفيان)، (واجب حسن النية في تنفيذ العقود)، في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار، السنة الدراسية 2010 – 2011.
- 4 – د/ راشد (راشد)، (الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس، 1984.

سادساً – مقالات وأبحاث وتعليقات

- 1 – بارود (حمدي محمود)، " القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية "، **مجلة الجامعة الإسلامية بغزة**، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو 2005.
- 2 – د/ ددّاش (سعد الدين صالح)، " منع الحيل والأخذ بالأحوط عند الملكية وأثره في رعاية المقاصد الشرعية "، **مجلة الشريعة والقانون**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد العشرون، ذو القعدة 1424 هـ، يناير 2004 م.
- 3 – د/ دواس (أمين)، " المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي "، **مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية**، جامعة الشارقة، المجلد الخامس، العدد الأول، صفر 1429 هـ، فبراير 2008 م.

قائمة المصادر والمراجع

- 4 - د/ الزبيدي (مفيد)، " بدايات النهضة في أوروبا أواخر العصر الوسيط "، دراسة في المجتمع المدني، مجلة مركز الوثائق والدراسات الإنسانية، جامعة قطر، العدد الثامن، السنة الثامنة، 1996.
- 5 - د/ مسقاوي (لبنى عمر)، " مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد القرض المقترن برهن أموال نقدية "، تعليق عن قرار رقم 2006/52 عن الغرفة الرابعة لمحكمة التمييز المدنية اللبنانية صادر في 2006/03/6، مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت، العدد الرابع، السنة الثالثة والأربعون، 2009.
- 6 - د/ عيسى (رياض)، " القواعد الأساسية في تنفيذ عقود خطة التنمية المنعقدة بين الوحدات الاقتصادية في القطاع العام "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بين عكنون، جامعة الجزائر، المجلد الثاني والعشرون، العدد الأول، مارس 1985.
- 7 - د/ فرج (توفيق حسن)، " أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان "، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، 1971.
- 8 - د/ القرني (مزهر بن محمد بن ظافر)، " الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة "، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد الثالث، رجب 1420 هـ.
- 9 - د/ شليبيك (أحمد الصويغي)، " التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون "، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والثلاثون، السنة الثالثة والعشرون، ربيع الأول 1430 هـ، إبريل 2009 م.

سابعاً - المعاجم والقواميس

- 1 - بدوي (أحمد زكي) ؛ نجار (إبراهيم) ؛ شلالا (يوسف)، القاموس القانوني (فرنسي - عربي)، الطبعة الرابعة، مكتبة لبنان، 1995.
- 2 - مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1983.
- 3 - مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1999.

قائمة المصادر والمراجع

ثامناً — مراجع ومصادر القرارات القضائية

- 1 — أ/ بن سعيد (عمر)، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 2 — حمدي باشا (عمر)، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 3 — _____، القضاء المدني، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 4 — المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، صادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر.
- 5 — المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02، صادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الحراش، الجزائر.
- 6 — المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 03، صادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر.
- 7 — المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 03، صادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر العاصمة.
- 8 — المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 02، صادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1995.
- 9 — المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 02، صادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
- 10 — المجلة القضائية لسنة 1999، عدد 02، صادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
- 11 — المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 01، صادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر.
- 12 — المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 02، صادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع دار القصبه للنشر، الجزائر، 2002.
- 13 — مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت، العدد الرابع، السنة الثالثة والأربعون، 2009.
- 14 — نشرة القضاة، عدد 52، وزارة العدل، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997.

تاسعاً — المحاضرات

- 1 — د/ البقيرات (عبد القادر)، محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية — نظرية التاجر — المحل التجاري — الشركات التجارية — الشيك، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

عاشراً – المجلات الإلكترونية

1 – د/ الناصري (نور الدين)، " الالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني "، مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، قسم مقالات قانونية، تاريخ النشر 11 يوليوز 2011، على موقع الإنترنت:

<http://www.majalah.new.ma>

2 – د/ ذهني (عبد السلام بك)، " التوازن في عناصر الكيان الوجودي وفي الحقوق العامة والخاصة جزاء الاختلال التوازني والتعسفي الخاص عملياً وقضائياً "، نص المحاضرة التي أقيمت بدار نقابة المحامين الوطنيين في شهر ديسمبر سنة 1945، مجلة المحاماة، النقابة العامة للمحامين المصرية، العدد التاسع والعاشر، السنة الخامسة والعشرون، 1945، منقول عن مجلة المحاماة الإلكترونية، شبكة عمران القانونية، مصر، العدد الأول، 10 مارس 2010:

www.ibrahimomran.com

إحدى عشر – مراجع الإنترنت

1 – عبيدي (محمد)، مداخلة بعنوان (حق المستهلك في الإعلام) ، يوم دراسي حول الوسم وإعلام المستهلك، وزارة التجارة، فندق الشيرطون، الجزائر، يوم 07 جويلية 2007:

<http://www.mincommerce.gov.dz>

2 – العماري (حسن بن هندي بن محمد الهندي)، (حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية)، دراسة مقارنة ، ملخص بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية ، قسم السياسة الشرعية ، المعهد العالي للقضاء ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية، السنة الجامعية: 1426 - 1427هـ، مأخوذ من موقع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الإنترنت:

<http://research.imamu.edu.sa/contents/Pages/default.aspx>

3 – الشيخ المنجد (محمد صالح)، الفرق بين القصد والنية وأهمية المقاصد في الفقه، فتوى رقم 70446، موقع الإسلام سؤال وجواب، موقع دعوي علمي تربوي يهدف إلى تقديم الفتاوى والإجابات العلمية، على موقع الإنترنت:

<http://www.islam-qa.com>

4 – نصير (يزيد أنيس)، " مرحلة ما قبل إبرام العقد "، دراسة مقارنة، " عقد التفاوض بحسن نية "، الجزء الثاني، تاريخ قبوله للنشر 2000/11/23، بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي:

www.arablawninfo.com

1 – Ouvrages

- 1 – Canin (Patrick), **Droit Civil, Les obligations**, 3^e édition, Collection Les fondamentaux – Droit, Hachette Supérieur, Paris, 2007.
- 2 – Carbonnier (Jean), **Droit Civil, Les Obligations**, Tome 4, 22^e édition refondue, Collection Thémis – Droit privé, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2000.
- 3 – Hess-Fallon (Brigitte) ; Simon (Anne-Marie), **Droit civil**, 5^e édition, Collection Aide-mémoire, Dalloz ; Sirey, Paris, 1999.
- 4 – Larroumet (Christian), **Droit Civil, Les obligation, Le contrat**, Tome 3, 3^e édition, Collection Droit civil, Série Enseignement, Economica (paris) ; Delta (beyrouth), 1996.

2 – Dictionnaires

- 1 – Guillien (Raymond) ; Vincent (Jean), sous la direction de Guinchard (Serge) ; Montagnier (Gabriel), **Lexique des termes juridiques**, 15^e édition, Dalloz, Paris, 2005.

3 – Sur internet

- 1 – Assailit (Amandine), (La bonne foi et la loyauté contractuelle), Master Pratiques Juridiques et Judiciaires, Faculté de Droit, Université de Nîmes, Promotion 2006 – 2007, Disponible sur internet: http://www.masterdroit.fr/3_Ressources_Fiches.htm
- 2 – Briot de La Crochais (Martin), (L’abus Dans Les Contrats), Préparation à l’épreuve de droit, Agrégations d’économie et gestion, Centre national d'enseignement à distance (CNED), En cours de travail la buffatière, février 2006, Disponible sur internet dans Les Carnets de L'université Paris Descartes: <http://blogs.parisdescartes.fr/briot/weblog/2023.html>

الفهرس

الصفحة	الموضوع
--	شكر و عرفان
--	إهداء
--	قائمة الاختصارات العربية والفرنسية
01	مقدمة
06	الفصل الأول: ماهية مبدأ حسن النية في العقود
07	المبحث الأول: لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في العقود
08	المطلب الأول: حسن النية في القوانين
08	الفرع الأول: حسن النية في القانون الروماني والقانون الكنسي
08	أولاً: حسن النية في القانون الروماني
15	ثانياً: حسن النية في القانون الكنسي
17	الفرع الثاني: حسن النية في القانون الفرنسي والقانون الجزائري
17	أولاً: حسن النية في القانون الفرنسي
19	ثانياً: حسن النية في القانون الجزائري
22	المطلب الثاني: حسن النية في الشريعة الإسلامية
29	المبحث الثاني: مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود
30	المطلب الأول: مفهوم حسن النية وطبيعته في العقود
30	الفرع الأول: مفهوم حسن النية في العقود
30	أولاً: تعريف الحسن
32	ثانياً: تعريف النية
37	ثالثاً: تعريف حسن النية كمركب إضافي
49	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحسن النية في العقود
49	أولاً: حسن النية في العقود بوصفه التزاماً قانونياً
51	ثانياً: حسن النية في العقود بوصفه قاعدة قانونية
53	ثالثاً: حسن النية في العقود بوصفه مبدأ قانونياً
55	المطلب الثاني: تمييز حسن النية في العقود عما يشبهه
55	الفرع الأول: تمييز حسن النية عن حالات حماية غير حسن النية

55	أولاً: تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة وفي نطاق نظرية الحيابة.
55	1 – تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة
56	2 – تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في نطاق نظرية الحيابة
57	ثانياً: تمييز حسن النية في العقود عن الصورية وعن حسن النية في الدعوى البوليصية
57	1 – تمييز حسن النية في العقود عن الصورية
58	2 – تمييز حسن النية في العقود عن حسن النية في الدعوى البوليصية
58	الفرع الثاني: تمييز حسن النية عن سوء النية والاحتيال على القانون
58	أولاً: تمييز حسن النية عن سوء النية
60	ثانياً: تمييز حسن النية في العقود عن الاحتيال على القانون
61	المبحث الثالث: نطاق حسن النية في العقود ودوره ومعايير
62	المطلب الأول: نطاق حسن النية ودوره في العقود
62	الفرع الأول: نطاق حسن النية في العقود
66	الفرع الثاني: دور حسن النية في العقود
72	المطلب الثاني: معايير التمييز لحسن النية في العقود
75	الفرع الأول: المعيار الذاتي لحسن النية
77	الفرع الثاني: المعيار الموضوعي لحسن النية (المعيار المادي)
81	خلاصة الفصل الأول
83	الفصل الثاني: مقتضيات مبدأ حسن النية وأثرها في العقود
84	المبحث الأول: مقتضيات حسن النية في تكوين العقود
85	المطلب الأول: مقتضيات حسن النية في التراضي
85	الفرع الأول: مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد
89	الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته
90	أولاً: الالتزام بالإعلام والاستعلام
90	1 – الالتزام بالإعلام
100	2 – الالتزام بالاستعلام
102	ثانياً: حسن النية في التعبير عن الإرادة
106	ثالثاً: انتفاء عيوب الإرادة
113	المطلب الثاني: مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود

115	الفرع الأول: الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض
116	أولاً: التزام الجدية والاعتدال والتعاون في التفاوض
116	1 – التزام الجدية والاعتدال في التفاوض
117	2 – التزام التعاون في التفاوض
117	ثانياً: الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع
117	1 – الالتزام بالاستمرار في التفاوض
118	2 – الالتزام بعدم قطع التفاوض بدون مبرر مشروع
119	ثالثاً: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وعدم إجراء مفاوضات موازية
120	1 – الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
122	2 – الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل
123	الفرع الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض
126	المبحث الثاني: مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود
127	المطلب الأول: حسن النية في تفسير العقود
132	المطلب الثاني: حسن النية في تنفيذ العقود
134	الفرع الأول: الالتزام بالأمانة والنزاهة
134	أولاً: الالتزام بالأمانة
135	1 – الوفاء بالالتزامات
138	2 – تنفيذ ما ورد في العقد وملحقاته
138	3 – تنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزماته
138	4 – مراعاة القانون واحترامه
139	5 – احترام الثقة المشروعة
142	ثانياً: الالتزام بالنزاهة
142	1 – انتفاء نية الإضرار
143	2 – انتفاء الغش
148	3 – انتفاء الخطأ الجسيم
150	4 – انتفاء التعسف في استعمال الحق
154	الفرع الثاني: الالتزام بالتعاون والإنصاف
154	أولاً: الالتزام بالتعاون
162	ثانياً: الالتزام بالإنصاف

165	المبحث الثالث: الأثر المترتب على مقتضيات حسن النية في العقود
166	المطلب الأول: إثبات حسن النية في العقود
175	المطلب الثاني: الجزاء المترتب على مقتضيات حسن النية في العقود
175	الفرع الأول: جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود
175	أولاً: تطبيق نظرية الظروف الطارئة
177	ثانياً: إدخال المرونة على الشرط الجزائي (أي تخفيضه)
178	ثالثاً: إعطاء حسن النية نظرة الميسرة
179	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العقود
179	أولاً: رد الثمار من طرف الحائز سيء النية
180	ثانياً: عدم إمكانية المطالبة بالحقوق الناشئة عن العقد
180	ثالثاً: إبطال العقد لسوء النية في تعيين الثمن
180	رابعاً: إبطال تأثير الشروط الفاسخة إذا كان الدائن سيء النية
182	خامساً: جزاءات مدنية خاصة على سوء النية المتمثل في الغش والخطأ الجسيم
185	سادساً: جزاءات مقررة لمخالفة أحكام الضمان
190	خلاصة الفصل الثاني
192	الخاتمة
194	قائمة المصادر والمراجع
203	الفهرس
207	ملخص المذكرة باللغة العربية
208	ملخص المذكرة باللغة الفرنسية
209	ملخص المذكرة باللغة الإنجليزية

ملخص المذكرة باللغة العربية

ظهر مبدأ حسن النية في العقود بحلول العصر العلمي (130 ق م – 284 م)، للتخفيف من صرامة بعض النصوص القانونية التي قد يؤدي تطبيقها حرفياً إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها، وهو من المبادئ الأساسية التي تم تكريسها سواء على مستوى القانون العام أو على مستوى القانون الخاص، نظراً لدوره الهام من الناحيتين النظرية والعملية، إذ هو مصدر خصب للقاعدة القانونية، وأحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والقاضي لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، لذا لم يغفل المشرع الجزائري عن هذا المبدأ فأورد حسن النية في القانون المدني، مثل غيره من التشريعات الحديثة. ولكن رغم ذلك فإن هذا المبدأ يثير الكثير من الإشكاليات المختلفة، منها الإشكالية التي حاولنا الإجابة عنها، والتي تثار أيضاً في الحياة العملية، وهي: هل كل ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني بخصوص مبدأ حسن النية في العقود كافٍ للتصدي لجميع حالات سوء النية، أم أن تحقق ذلك أمر صعب عليه نتيجة لما تشهده العقود من تطورات قد لا تسمح بالوصول إلى معرفة إن كان الشخص حسن أم سيء النية؟. وللإجابة عن هذه الإشكالية، اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، وقسمنا البحث إلى مقدمة عامة وفصلين اثنين، يتناول الأول ماهية مبدأ حسن النية في العقود، والثاني مقتضيات مبدأ حسن النية وأثرها في العقود؛ وكل فصل منهما يشتمل على مباحث تحتوي بدورها على مطالب، ثم ختمنا بخاتمة فيها نتائج وتوصيات.

من خلال هذه الدراسة، توصلنا إلى جملة من النتائج، أهمها: أولاً، أن حسن النية يجب توافره في جميع المراحل التي تمر بها العقود، وأن تطبيقاته العديدة والمتنوعة لا تخرج عن حدود مراعاة عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد. ثانياً، أن التمييز بين حسن النية وسوء النية في العقود يتم من خلال معيارين متكاملين، وهما المعيار المادي والمعيار الشخصي. ثالثاً، أن القانون فرض على كل من المتعاقدين: الالتزام بالأمانة، النزاهة، التعاون، الإعلام، الاستعلام، النصيحة، التحذير، الإنصاف، احترام الثقة المشروعة وغيرها من الالتزامات، وهي في مجملها التزامات قانونية يقتضيها حسن النية في العقود، وينتج عن الالتزام أو الإخلال بها آثاراً قانونية.

ملخص المذكرة باللغة الفرنسية

Le principe de bonne foi dans les contrats est apparu dans l'ère scientifique (entre 130 avant J-C et 284 après J-C) pour atténuer la rigueur de certains textes juridiques dont leur application à la lettre contredirait l'esprit de justice et son essence. C'est l'un des principes fondamentaux consacrés soit au niveau du droit public ou privé vu l'importance de son rôle du point de vue théorique et pratique, car c'est une source fertile pour la règle juridique et l'un des moyens utilisés par le législateur et le juge pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif. Pour cela, le législateur algérien s'est soucié de citer ce principe de bonne foi dans le droit civil tel que les autres législations modernes. Malgré cela, ce principe soulève de nombreuses problématiques, comme celle que nous avons essayé de répondre, et qui est posée aussi dans la vie pratique : Dans le droit civil, est-ce que tout ce que le législateur algérien a codifié à propos du principe de bonne foi dans le contrat, est suffisant, pour se confronter contre tous les cas de mauvaise foi, ou bien, trouve-t-il que sa réalisation serai difficile vu l'évolution des contrats, qui ne permet pas de reconnaître si la personne est de bonne ou de mauvaise foi ?.

Pour répondre à cette problématique, nous avons adopté la méthodologie descriptive d'analyse. Et nous avons divisé l'exposé en une introduction générale et deux chapitres : le premier aborde la substance du principe de bonne foi dans les contrats et le deuxième traite les exigences du principe de bonne foi et ses effets dans les contrats ; chaque chapitre d'entre eux comprend des Sections, contenant à son tour des paragraphes. Enfin, nous achevons cet exposé avec une conclusion et des recommandations.

A partir de cette étude, nous avons atteint un certain nombre de résultats : Premièrement, la bonne foi est exigée dans toutes les étapes du contrat, et ses applications nombreuses et variées veillent à ne pas nuire à l'intérêt justifié et légitime de l'autre partie dans le contrat. Deuxièmement, la distinction entre une personne de bonne foi et de mauvaise foi dans les contrats se fait à travers deux critères complémentaires : matériel et personnel. Troisièmement, le droit impose aux deux contractants : L'obligation de loyauté, d'honnêteté, de coopération, d'information, de conseil, d'avertir, d'équité, de respect de la confiance légitime, et d'autres obligations, qui sont dans l'ensemble, des obligations juridiques exigeantes par la bonne foi dans les contrats, et leur exécution ou inexécution produit des effets juridiques.

ملخص المذكرة باللغة الإنجليزية

The principle of good faith in contracts has appeared in the scientific age (between 130 BC and 284 AD) in order to mitigate the rigor of some legal texts whose literal application would contradict the spirit of justice and its essence. That is one of the fundamental principles enshrined either on the public or private level due to the importance of its role in terms of theory and practice, as it is a fertile source for the legal rule and one of the ways by which the legislator and the judge enter the moral rule in the law. To do this, the Algerian legislator has mentioned the principle of good faith in civil law as other modern legislations. Nevertheless, this principle raises many issues, such those we have tried to answer to, and that arose in everyday life : In the civil law, is all the Algerian legislator has codified about the principle of good faith in contract is enough to cure all cases of bad faith, or, does it he find that its realization will be difficult given the evolution of contracts, which can not recognize if the person has right or bad faith?

To cure this problem, we have adopted the methodology of descriptive analysis. And we divided the presentation into a general introduction and two chapters : the first deals with the substance of the principle of good faith in contracts and the second deals with the requirements of the principle of good faith and its effects in contracts each chapter of sections of them comprises, contains also paragraphs. Finally, we conclude this presentation with a conclusion and recommendations.

From this study, we achieved a number of results : first, the good faith is required in all stages of the contract, and its many and varied applications shall ensure not to harm the justified and legitimate interest the other party in the contract. Second, the distinction between a person having good faith and bad faith in contracts is done through two complementary criteria: equipment and personnel. Third, the law requires two contractors : The duty of loyalty, honesty, cooperation, information, advice, advise, fairness, respect for legitimate expectations, and other obligations, which are on the whole, demanding legal obligations of good faith in contracts and their execution or failure produces legal effects.