جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حسن النية في التعاقد

دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون

مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص القانون الخاص

من إعداد الطالب:

جنـــــان عيسى

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

تشـــــوار جيلالي

لجنة المناقشة :

.أ.حميدو زكية	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. تشوار الجيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
د. بسعيد مراد	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية: 1437-1438ه/ 2016-2017م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقديـــــــر

إلى والدي رحمه الله ووالدتي أطال الله عمرها

إلى أسرتي الكريمة الكبيرة والصغيرة على صبرها وتحملها لي طيلة تحضير هذه الرسالة التي إستغرقت وقتا طويلا.

كما أقدم شكري وتقديري إلى أستاذي الكبير الجليل تشوار جيلالي المشرف الذي تكرم مشكورا بالإشراف على رسالتي وعلى رحابة صدره من خلال ما قدمه إلى من نصائح وإرشادات وعلى صبره لغاية إنجاز هذه المذكرة، كما أوجه شكري لجنة المناقشة المحترمين على قبول مناقشة هذه المذكرة ..

كما أقدم تشكراتي الخالصة أيضا إلى جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقائد بتلمسان .

إلى جميع الزملاء والزميلات، خاصة من ساعدني وشجعني من قريب أو بعيد في إعداد هذه المذكرة.

إلى وطني العزيز الذي إحتضنني ووفر لي كل سبل العلم والمعرفة والعمل مجانا حفظه الله ورعاه.

(وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب)

الآية رقم 88 سورة هود

(قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم)

الآية رقم 32 سورة البقرة

صدق الله العظيم

مقدمـــــــــــة

مقدمـــــــــة:

يحتل العقد مكانة كبرى في التعامل، ويعتبر الوسيلة والأداة القانونية الوحيدة لتعامل الأفراد فيما بينهم للسلع والخدمات ، غير أن تزايد وتنوع هذه الحاجات أدى إلى تصادم وتعارض الإرادات في إكتساب تلك الحاجات ،فأصبح من الضرورة بمكان وضع نظام بجانب هذه الحاجات كي لا تطغى حاجة الإنسان على حاجة غيره ،ولا تصطدم حرية الفرد بحرية سواه، هذا ما حذى بالمشرع إلى تنظيم العقد، وتنظيم بعض العقود الهامة التي لها أهمية في الحياة اليومية، ما يسمى بالعقود المسماة.

وقد بدأت العقود شكلية ،وكان الشكل هو الذي يجعل العقد تاما ولم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإتمام العقد ،غير أن تحولات المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر من خلال التطورالسريع للحياة وما نجم عنه من إزدياد وتنوع حاجات الإنسان، أخذت الشكلية وطأتها تخف شيئا فشيئا وبدأت تظهر البوادر الأولى لمبدأ سلطان الإرادة نتيجة ظهور بعض الأفكار التي تنادي بالحرية في جميع مجالات الحياة ، وأصبحت الإرادة هي المصدر الوحيد لأي إلتزام قانوني،على نحو مساو للقانون، والتي تقوم على ثلاثة مبادئ في العقد ،هي الحرية التعاقدية،القوة الإلزامية للعقد . والأثر النسبي له[1] .

غير أنه ونظرا لجورهذا المبدأ وما نجم عنه من هيمنة الطرف القوي على الضعيف بدأ العقد يفقد حقيقته وأبعاده لصالح الطابع المادي وبدأت المذاهب الإشتراكية تنتشر [2].فتدخل الفقه[3] و القضاء لحماية الطرف الضعيف ،وإقامة التوازن في العلاقات [4]، كما بدأت تظهر أفكار مناهضة ومناقضة لمبدأ سلطان الإرادة، فاصبحت الإرادة ليست هي وحدها تنشأ الإلتزام

---

[1] توفيق حسن فرج ،مصادر الإلتزام ،ط2 منشورات الحلبي الحقوقية ،،بيروت ،لبنان 2008 ،ص 10.

2علي علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1998،ص23.

3 BERLIOSE,Ggeorge,Le contrqt d'adhetion ,these ,paris 1973,librarie generale de droit et de jurisprudence ,2_em edition1976,p9. مقتبس عن لعشب محفوظ بن حامد ،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري ،المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990ص 11 .

4 توفيق حسن فرج ن المرجع السابق ،ص 10.

بل هناك عوامل أخرى تجد مصدرها في القانون والعدالة والأخلاق والنظم الإجتماعية [1]، فظهرت فكرة حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي .وقد بدا هذا واضحا في عقود الإذعان،ومحاربة الإستغلال،وفي الأخذ بنظرية العيوب الخفية و عدم تنفيذ الإتفاقات التي يكون سببها غيرمشروع . وفي نفس الصياغ ظهرت مطالب الفقه [2] لأجل أخلقة نظام العقد وضرورة إصباغ العقد بقواعد وإلتزامات مستمدة من قواعد الأخلاق ،فانعكس هذاعند مراجعة مدونة القانون المدني الفرنسي ، فكان مصطلح حسن النية هو المدلول القانوني للحد من طغيان مبدأ سلطان الإرادة لتحقيق الأمن القانوني من خلال الثقة والإئتمان وجعلها مصدرا للإلتزامات إلى جانب الإرادة .

فتم الإعتراف بمبدأ حسن النية كأول مرة في مدونة القانون الفرنسي في المادة 1134منه المطابقة لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري ، فإذا كانت الإرادة هي التي تحدد الإلتزامات طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 قانون مدني فإن حسن النية هو الذى هو الذى يقود الإرادة لتنفيذ هذه الإلتزامات وممارسة هذه الحقوق طبقا للمادة 107 من القانون المدني.

ومماالشك فيه أن مبدأ حسن النية في العقود موضوع له أهمية بالغة لعدة إعتبارات قانونية وموضوعية وعملية يمكن حصر أهمها فيمايلي:

-بأنه موضوع يحظى بقبول عملي كبير،لأنه مرتبط بالإنسان الذي خلق لغاية سامية من أجل التعاون والتكافل الإجتماعي، وليس لإشباع شهوات مادية عن طريق العقد ،ولقد أكد القرآن الكريم الطبيعة الإجتماعية للإنسان فى قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ ﴾ [3].كما أشار إلى المنهج المنظم لحياته في قوله تعالى ﴿قُلۡنَا ٱهۡبِطُواْ مِنۡهَا جَمِيعٗاۖ فَإِمَّا يَأۡتِيَنَّكُم مِّنِّي هُدٗى

---

[1] جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ط2 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2008، ص 58.

1 خاصة الفقيهين (Domat,Pothier) ،مقتبس عن أكثر ،إميل طوبيا ،المرجع السابق ،ص 58وما بعدها.

[3] الحجرات الآية 13

فَمَن تَبِعَ هُدَايَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴿٣٨﴾ ﴾،وكماأوضح رائد علم الاجتماع العلامة- ابن خلدون[1] – " لا بد للإنسان من الاجتماع في الحياة مع سائر أعضاء المجتمع لأنّه مدني واجتماعي بالطّبع ،لا يمكنه العيش على انفراد" ، فكان المبدأ لهذا المبدأ قيمة إجتماعية تتمثل في المحافظة على هذاالتعايش ونبذ التناحر.هذا ما يفسر ويكرس اهتمام الفقه والقضاء الحديث لتناول ودراسة هذا الموضوع رغم صعوبته ونقص المرجعية فيه من جهة ،ونتيجة تطور أساليب المناورات والإحتيال وجعل العقد وسيلة لها وكذا نقص الوازع الديني وفشل النظريات التقليدية في حماية العقدوالمتعاقدين من هذه المنـــاورا ت الاحتيالية التي تتطوّر بتطوّر المجـــتمع وتضارب المصالح و تجعل من الإنسان وسيلة لتحقيق هذه الأهداف لا غاية لها.

-كما تظهر أهمية هذه الدراسة من الناحية القانونية في الموزانة بين نظامين متضادين تاريخيا في نظام العقد ، هامامبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ حسن النية في العقود وتبيان حدود كل منهما،وما تطرحه من مسألة قانونية أخرى هي تبيان حدود تدخل القاضي بدواعي حسن النية لتعديل العقد.

- كمايثير هذا الموضوع صعوبة إلمام القانون بهذا المبدأ النفسي الأخلاقي ومعرفة مدى إئتلام القاعدة القانونية مع القاعدة الأخلاقية، نتيجة الجمود والقصور الذي تعرفه النصوص فدراسته تعتبر نوع من المجازفة من خلال الغوص في نفسية المتعاقد وماتطرحه من إشكالات قانونية متعلقة بإثبات حسن وسوء نية المتعاقد وهي من الأمور الغيبية التي لا يعلمها إلا الله .وما يترتب على ذلك من حكم أو آثار مختلفة .

-إن دراسة حسن النية في مجال العقود له أهمية بالغة ، وذلك من خلال المحافظة و الموازنة بين نظامين مستقلين هما النظام اللاتيني القائم على النزعة الذاتية التي تحمي

1 أب ولد أمباري ، حسن النية في القانون الدولي ، رسالة ماجستيرفي القانون الدولي والعلاقات الدولية ،كلية الخقوق ،جامعة الجزائر ،2001،2000،ص 6.

الإرادة الباطنة ،والنظام الأنقلو سكسوني القائم على النزعة المادية التي تحمي الثقة ،وإستقرار التعامل .

-وأخيرا فرغم أهمية هذا الموضوع لإعتنائه بالجانب العملي الواقعي ،فإنه لم يحظ بالاهتمام الكافي من طرف الباحثين والدارسين لصعوبة البحث في هذا الموضوع ،الشئ الذي دفعني إلى اختياره، لعل بهذه الدراسة الفت النظر إلى هذا المدلول القانوني، ليكون إنشاء الله تعالى لبنة في سبيل تسليط الضوء عليه من طرف الباحثين والدارسين. خلافاً ذلك الفقه الاسلامي ، الذي أفاض في هذه المسألة، نظرا لأهمية حسن النيةفي العقود في الشريعة الإسلامية، والتي كانت سباقة في وضع هذا المبدأ كأساس لها قبل أن تنص عليها القوانين الوضعية في قوانينها، الداخلية والخارجية وفي تطبيقات وتعاريف متنوعة ومختلفة، عصية على التحديد.

على ما سبق ذكره كان إختياري لهذا الموضوع ،وأردت أن تكون هذه الدراسة مقارنة لما وصل إليه الفقه الإسلامي نظرا لثراء هذا الفقه في هذا المجال، وكذلك بإعتبارمباديء الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون المدني[1] .

من جانب آخر ،فإن هذا الموضوع فرغم أهمية فإنه لا يخلو من صعوبات صادفتني أثناء دراسته ، والتي تتمحور في جملتها حول نقص المرجعية باللغة العربية، وصعوبة الترجمة.وشح حتى النصوص القانونية المتعلقة به في مجال العقود، وذلك نتيجة لغموضه ومرونته ، فهو يشكّل عقبة في وجه كل محاولة لتعريفه ، فكل ما هنالك إلا مؤشّرات تساعد على التّقرّب من مضمونه .

هذا الواقع السابق ذكره ،إنعكس على المجال القانوني، وأضحى هذا الموضوع يثير العديد من التساؤلات والنقاط القانونية ، أردت الإجابة عليها من خلال الإنطلاق في طرح

1 المادة الأولى من القانون المدني نصت على (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه ،وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..).

إشكالية الموضوع والتي تتمحورحول ماهية مبدأ حسن النية كنظام قانوني مستقل عن بقية النظم القانونية ، وما هي أدواره و آثاره المتعددة والمختلفة في التصرفات العقدية ؟

وللإجابة على هذا التسائل إنطلقت في دراسة هذا الموضوع، منتهجا المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال إستقراء نصوص القانون وتحليلها معتمدا في ذلك على أراء الفقه، ومستدلا بأحكام القضاء، مستعملا التدرج في طرح الأفكار،و ما خلص إليه الفقه الإسلامي في هذا الإطار ،واعتمدت في دراسة هذا الموضوع الخطة التالية والتي قسمتها إلى فصلين هما:

الفصل الأول: ماهية حسن النية في التصرفات العقدية.

الفصل الثاني : آثار حسن النية في التصرفات العقدية

الفصل الأول

ماهية حسن النية في التصرفات العقدية

رغم القبول القانوني لمبدأ حسن النية في جميع المجالات، إلا أن ذلك لم يسعف الفقه القانوني بتحديد ماهيته، وذلك نظرا لمضمونه الأخلاقي وطابعه المتغير من واقعة إلى أخرى ومن شخص لآخر، على إعتبار أنه يتعلق بخفايا النفوس ،لذلك سنحاول من خلال هذا الفصل الأول تحديد ماهية حسن النية ، من خلال مبحثين هما :

المبحث الأول : تأصيل حسن النية ومفهومه وأساسه في التصرفات العقدية.

المبحث الثاني:مجال حسن النية في التصرفات العقدية.

المبحث الأول

تأصيل حسن النية، مفهومه وأساسه في التصرفات العقدية .

لقد سجل حسن النية حضوره عبر مختلف العصور باعتباره أحد المفاهيم الراسخة في أذهان المجتمعات القديمة وكعامل أساسي لفض النزاعات، كما أنه يدعم عوامل الاستقرار نتيجة للثقة في التعامل والتي تقتضيها ضرورات التعامل عند كل مجتمع، لتتلون فكرة حسن النية بثقافة ذلك المجتمع وباهتماماته، الأمر الذي يجعل من العسير تحديد مفهوم واضح ومحدد للمبدأ.لذلك سنتطرق في(المطلب الأول) إلى تأصيل المبدأ ومفهومه في التصرفات العقدية ،وفي (المطلب الثاني) إلى أساس حسن النية في العقود .

المطلب الأول

تأصيل المبدأ ومفهومه في التصرفات العقدية.

رغم أن اهتمام الفقه القانوني بفكرة حسن النية حديث النشأة،إلا أن جذورها في الواقع تعود إلى القوانين القديمة ، فنظرا لطابعه الأخلاقي ،فكان المبدأ يتلون بتلون الحضارة وتقاليد كل فترة لذلك فقد وجدت لها تطبيقات معتبرة في العصر الروماني، ثم القانون الكنسي، والقانون الفرنسي القديم، إ لى أن استقرت في مختلف نظم القوانين المعاصرة، ومنها القانون الجزائري. كما كرست الشريعة الإسلامية منذ ظهورها فكرة حسن النية في مختلف مصادرها ونصوصها، مما يعكس أن الشريعة الإسلامية كانت

سباقة في ذلك بالاعتراف بأهمية العقود والموازنة بين المصالح المختلفة، والعمل على الوفاء بالعهود .

الفرع الأول

تأصيل مبدأ حسن النية

أولاً:حسن النية في العصور القديمة .

لقد عرف مبدأ حسن النية، وقبل أن يستقر في صورته الحالية كالتزام قانوني،عرف مدلولا خاصا في العصرين اليوناني والروماني، حيث ساهمت هاتان الفترتان في بناء صورته الحالية، بل أن البعض يعتبرهما أساس البناء القانوني بصفة عامة. ونتيجة انشغال اليونان بمشاكل الحياة لا التطرق إلى طبيعة العدالة[1]، انصرف الفكر عندهم إلى صياغة قواعد عملية لتطبيق معايير حسن النية على المشاكل اليومية التي يصادفها المرء في حياته اليومية من معاني العمل الحميد، الأمر الذي يستدعي منا التركيز على العصر الروماني الذي كان له الفضل في ظهور مبدأ حسن النية في النظام القانوني.

أ:حسن النية عند الرومان:

لقد ظهر مبدأ حسن النية في العصر الروماني الذي كان له الفضل والدور الكبير في ظهور عدة نظم قانونية مازالت موجودة حتى الوقت الحاضر، ومن خلال اطلاعنا على المؤلفات الفقهية التي تحدثت عن القانون الروماني تبين أن هذا القانون في مجال العقود مر بعصرين.

1 أب ولد أمباري ،حسن النية في القانون الدولي ، رسالة ماجستيرفي القانون الدولي والعلاقات الدولية ،بن عكنون، الجزائر ،2000-2001،ص 21

1 العصر الأول:ضرورة الشكلية لقيام العقود:

وهو عصر الشكليات [1]، حيث كانت العقود لا تنعقد إلا إذا اتبعت مراسيم وأوضاع معينة، وذلك نتيجة الأفكار التي سيطرت على واضعي القانون الروماني أنذاك.كما لم يكن لوصف النية أي دور حيث كانت الحقوق تمارس بصورة مطلقة بغض النظر عن نية صاحبها[2] وإن كان من إيجابيات الشكلية حمل المتعاقدين على التفكير جديا قبل الإقدام على إبرام التصرفات خشية شطط الإرادة، وسبق اللسان، وأيضا تحديد المكان والوقت الذي يتمّ فيه الاتفاق.فإن مايعاب عليها أنها قاصرة ولامكانة للإرادة فيها حيث ينعقد التصرف بمجرد إتمام الإجراءات الشكلية ولو كانت الإرادة معيبة. كما أنها كثيرا ما تؤدي إلى بطلان التصرفات بسبب نقص شكل بسيط أو نسيان إجراء أو إغفاله. نتيجة هذه العيوب السالفة، وما عرفه الرومان في جميع النواحي ونتيجة السرعة في المعاملات اصبحت الشكلية عائقا لا دافعا للتعاقد . هذا ما أدى إلى ظهور العصر الثاني، الذي فيه بدأت تظهر البوادر الأولى لحسن النية.

2-العصر الثاني:الرضائية في العقود (ظهور حسن النية):

لم يبق الحال على ما عليه في العصر القديم، ولكن حدثت تطورات في جميع ميادين الحياة الاجتماعية والاقتصادية، أدى إلى تخفيف حدة الشكليات .الأمر الذي أدى إلى إعتبار الإتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين ،وبالتالي إنتصار مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود دون أن يقضي على الأوضاع الشكلية [3] . وبدأت تظهر البوادر الأولى

1-فمن هذه الشكليات في البيع عند الرومانيين كان يسمى "مانيسباسيو Mancipacio" وقد يسمونها أيضا طريقة النحاس أو الميزان، لأنهم يوجبون فيها حمل الميزان والضرب بالنقد النحاسي، ولم يكن قابل للبيع إلى الأموال المنقولة، ولما سوغوا بيع الأراضي كان لابد في عقد "المانيسباسيو" - أنظر الحقوق الروماني Droit Romain لكل من الأستاذين مونية و جيفار الفرن سين، مقتبس عن ،مصطفى أحمد الزرقاء ،،المرجع السابق ،ص 297..وكذلك علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام،في القانون المدني الجزائري، ط 1998،ديوان المطبوعات الجزائرية،الجزائر 1988 ص23.

2 - عبد الحفيظ بلخيظر، الإنهاء التعسفي لعقد العمل،ط 1 دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 1986،ص 28.

3 محمد تقية، مصادر للإلتزام (لإرادة المنفردة) :، الديوان الوطني للشغال التربوية،الجزائر، 1992، ص 5.

لحسن النية في القانون [1] بصفة عامة وفي العقود على وجه الخصوص ، ففي العقود ظهرت فكرة عدم الغش في التصرفات وعدم إكراه المتعاقد على إبرام العقد نتيجة إهتمام رجال القانون لدراسة المناورات الإحتيالية ومختلف ضروب الغش [2] .كما كان بإمكان القاضي أن يحكم في حدود معينة وفق العدالة الطبيعية وأن يقدر حسن أو سوء نية بين الأطراف وفق لتقدير الوقائع التي تؤدي إلى معقولية هذا الواجب.

ورغم ظهور مبدأ حسن النية في هذا العصر إلا أنه لم يكن له دور كامل وشامل في جميع العقود، ذلك لأن العقود في القانون الروماني كانت تنقسم إلى قسمين، عقود حرفية التنفيذ وتسمى عقود القانون الضيق، وأخرى تسمى عقود حسن النية فالأولى يتقيد بها القاضي حرفيا من غير البحث في نية المتعاقدين من حسن أو سوء، بينما الثانية يمكن للقاضي أن يراعي ما تستلزمه العدالة وحسن النية بين المتعاقدين [3]، والتي تعتبر كإستثناء من الأصل الذي مازال فيه السلطان للشكل على حساب الإرادة والنية.

ب :حسن النية في القانون الكنسي:

وهو القانون الذي أخذت به أوروبا في العصور الوسطى بعدما صارت الكنيسة قوة لها مقومات الدولة الحالية،فقد تأثر رجال الكنيسة بالمذاهب الفلسفية وخاصة منها ما يتعلق بالأخلاق [4]، وظهرت مرحلة جديدة من مراحل الرضائية والتي كانت قائمة على أساس الدين والأخلاق[5]، ونتيجة تأثير علماء اللاهوت سهل الإعتراف بفعالية الوعود المجردة من

بالإظافة إلى ذلك عرف هذا القانون نظام التقادم المكسب المبني على حسن النية والسبب الصحيح لكي يضع حدا لتزعزع الملكية وعدم إستقرارها ،عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب [1]الملكية ،المجلد2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 1998.ص 990.

كان القانون الروماني يعتبر الغش جريمة من الجرائم يطلقون عليه إسم "ماشيناسيو"، مقتبس عن محمود توفيق اسكندر، وضع العقود المدنية والقانون الجنائي، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص .64

1- حسين عامر،المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)ط 2،دار المعارف، القاهرة 1979، ص299.

[4] خالد عبدحسين الحديثي ،تكميل العقد،ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2012،ص 94.

5- عبد الحليم عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 22 .

أي شكل[1]، وكانت المحاكم البابوية بمثابة محاكم درجة ثانية، وقد ظهرت أحكام القانون في مجال العقود منذ بداية القرن السادس عشر، فقد كان رجال الكنيسة يفكرون بعقلية رجال الدين، حيث يربطون بين الأعمال والنيات، ويحتكمون لقواعد الدين في مجال العقود والتي تتطلب من المتعاقد عن تكون نواياه متفقة مع مقاصد الشرع. [2] و من بين القواعد التي تقوم عليها المسيحية وساعدت على قيام حسن النية في العقود، وجوب الوفاء بالوعد، وعدم تنفيذ الإتفاقات التي يكون غرضها غير مشروع ،ضرورة الإخلاص الواجب على كل إنسان، وهذه الأصول السابقة تعكس وجوب تنفيذ العقود بحسن النية ،وبما يتعلق مع العدالة والأخلاق [3]، وما كاد أثر الدين يضعف حتى حلت محله نظريات إقتصادية وفلسفية وسياسية مشبعة بروح الفردية بلغت أوجها في القرن الثامن عشر الشيء الذى أدى إلى تلاشي الصبغة الدينية عن مبدأ حسن النية وأصبح لها مدلول والتزام قانوني [4]في القوانين الحديثة.

ج:حسن النية في القانون الفرنسي القديم :

وهو القانون الذي يعتبر إمتدادا للقانون الروماني الذي إنتقلت معظم نصوصه إمتدادا له ، فكان يعتبر حسن النية معاكسا للغش وللخداع [5]،غير أن دور النية في ظل هذا القانون كان منكمشا، حيث ظل متمسكا بالقاعدة الرومانية "أن الاتفاق لا يرتب التزام" هذه

1- جاك غستان ،المطول في القانون المدني ،ط 2 ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،لبنان ،2008، ص 58.

4 عبد الرحمان مصطفى عثمان ،نظرية السبب في القانون المدني ،أطروحة دكتوراه ،جامعة القاهرة 1948،ص162 ،مقتبس عن عبد الطيف القوني ،المرجع السابق، ص 162.

[3] Pollok and Maittond , History of english Law,second ED,1968.p186,192.

4 - Romain loir, Les fondements de l'egxigences de bonne foi en droit français des contrats، Lille2, 2001/2002. P18

5- عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في التعاقد، دراسة مقارنة ، ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2006.

القاعدة التي حالت دون تقدم فكرة المقاصد والنيات في العقود والتصرفات[1]،لأن حسن النية لا يمكن أن تجد مكانها في ظل نظام يحد من دور الإرادة في التصرفات القانونية وظل الأمر على حاله لغاية صدور مجموعة نابليون المدنية . تحت تاثير الفقيهين(Pothier-Domat)[2] في تسويغ القوة الإلزامية للعقد التي ترتكز بالنسبة إليهما على واجب أخلاقي ضميري يتمثل في إحترام الوعد ووجوب النية الحسنة والإنصاف، والقانون الطبيعي .

ثانياً: حسن النية في القوانين الحديثة .

لقد عرف حسن النية وجوده في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة، سواء في قوانين النظام المكتوب، أو النظام الأنقلو سكسوني،و في الشريعة الإسلامية باعتبارها نظاما قانونيا صالح لكل زمان ومكان.

أ:حسن النية في قوانين النظام المكتوب:

نتيجة تطور مبدا سلطان الإرادة وما نجم عنه من ظهور مبدأ الرضائية المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على توافق الإرادتين وبمعزل عن اي شكلية بدأ تركيز رجال القانون يتحول تدريجيا من الجهة التي تصدر عنها التصرفات الخادعة إلى الجهة التي تمارس تجاهها،ما أدى لتقدير البواعث والنيات في التصرفات ،فاعتبر أن الخداع إضافة لكونه جرما مدنيا يؤثر مباشرة في رضا المتعاقد المخدوع الذي يقدم على إبرام العقد تحت تأثير غلط مثار دافع للتعاقد، ونتيجة لهذا التطور أصبح التدليس عيب من عيوب الرضا وجرما مدنيا في حد ذاته متميزا عن عيب الغلط لكونه يتعرض في الوقت نفسه لمبدأ حسن النية التعاقدي والإستقامة التعاقدية وينم عن سوء نية واضحة [3]، كما تم

---

6 عبد الحليم عبد الحليم عبد اللطيف القوني حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون، ط 1،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2004، ص 24.

1همما الفقيهين اللذان يرجع لهما الفضل في وضع النظرية العاماة للعقد، لأكثر توضيح ،مقتبس عن إميل طوبيا،المرجع السابق،ص 58 وما بعدها.

3 GHESTIN،Jacques ;Traite de droit Civil ،La Formation du contrat LGDT، Delta ،1993،p 523 .

تبني مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود في أغلب التشريعات، خاصة المشرع الفرنسي الذي تبعته معظم التشريعات، فقد نص في المادة 1134من القانون المدني على وجوب تنفيذ العقد بحسن النية، وهي المادة المطابقة لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري . كما نص القانون المدني السويسري الذي هو أكثر تكريسا لمبدأ حسن النية في مجال ممارسة الحقوق، حيث تقضي المادة 3 منه بأن يلزم كل شخص بممارسة حقوقه وتنفيذ التزامه وفق قواعد حسن النية، حيث لا يحمي القانون التعسف الظاهر.

كما لعب حسن النية دورا كبيرا في القانون الألماني، إذا نجد له تطبيقات تشريعية فيما يتعلق باكتساب الثمار،والوفاء بالديون، ونقل ملكية المنقولات، والتصرفات المبرمة من المالك الظاهر، كما نص صراحة على تفسير وتنفيذ العقود بحسن النية [1] ، كما إعتبرت المادة 242 من القانون المدني الألماني حسن النية أساس بطلان الشروط التعسفية، إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك ما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات.[2]

ب :حسن النية في النظام الأنقلوسكسوني

يختلف هذا النظام عن التشريعات اللاتينية، ذلك أن يقوم على أحكام القضاء والقانون عندهم قانون جامد ومطلق لا يهتم بالبحث عن النوايا، ويتميز هذا القانون عن التشريعات الأخرى بفكرة الاعتبار المرادفة للسبب في التشريعات اللاتينية، ولكن هذه الفكرة موضوعية ذات طابع مادي، بحيث أن هذا الاعتبار لا يعد مشروع إلاّ إذا كان له وجود في نظر القانون وليس لدى عاقديه، وبالتالي لايمكن الجزم بوجود إلتزام عام بحسن النية كما في التشريعات اللاتينية، وإنما هناك بعض التطبيقات المتفرقة في بعض العقود

---

1 – المادتان 157و242 قانون مدني ألماني، مقتبس عن عبد الحكم فودة، تفسير العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002،ص 157،هامش .

2 – بودالي محمد، الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ط 2 دارهومة ، الجزائر 2010، ص19.

المسماة والتي تتميز بطابعها المبني على الثقة المتبادلة مثل عقد التأمين، حيث نصت المادة 17من عقد التأمين البحري على ضرورة حسن النية عند إنعقاد العقد وعند تنفيذه.[1]

ورغم طبيعة هذا القانون السالف ذكره إلا أن القضاء الإنجليزي لم يساير هذا النمط وأصبح يتصرف بمرونة في القضايا المطروحة عليه وفقا لحسن نية المتعاقد فكان أول ظهور لمبدأ حسن النية كان في القرن السابع عشر من طرف القضاء بمنح كبير القضاء سلطة التدخل من أجل فرض حسن النية هذا ما يفسر بطلان الكثير من الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب العامة استنادا إلى عدم مشروعية المحل في بعض العقود [2]، هذا ما يفسر أن مبدأ حسن النية في التصرفات العقدية في القانون الإنجليزي قام على يد القضاء، ما يظهر من خلال ترديد كلمة الضمير كثيرا في أرجاء المحاكم مع كثير من المعاني كالثقة الحسنة ،والعقل ،والحق وغيرها من المعاني حسب كل واقعة[3].كما أصدرت محاكم المستشارين عدة أحكام تتضمن تنفيذ الإلتزامات وفقا للمقاصد والمعاني ومراعاة الظروف ومنع الغش [4].

ج:حسن النية في الشريعة الإسلامية

إذا كان حسن النية في القانون الوضعي تطور عبر مراحل المختلفة من مباديء القيم والأخلاق إلى مصاف المباديء والقواعد القانونية، وإن كان دوره في العقود مرتبط بدور وتطور الإرادة، فعلى خلاف ذلك في الشريعة الإسلامية فالعقود في المعاملات الأصل فيها الإباحة متى كانت متطابقة مع مقاصد الشرع وتحقق مصالح العباد المختلفة والتي تقوم على أساس الرضا الكامل الصحيح [5] لأنها تقوم على أسس أخلاقية سليمة

---

1 – عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 183.

2 أب ولد أمباري ،المرجع السابق ،ص 21.

[4] عبد الجبار الملا صالح ،ط1 ،1975بغداد 1975،مقتبس عن خالد عبد حسين الحديثي ،المصدر السابق،ص 95.

5 –مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام،الفقهي الإسلامي في ثوبه الجديد،ط9، مطابع ألف باء، الأديب دمشق، 1968،ص41.

أساسها على الإستقامة والعدل في التصرفات، فتوجب أن يرقب المتعاملون فيما بينهم أعلى مثل العدل والإحسان والتضامن مما يوفر جوا من الثقة والطمئنينة، بغية تحقيق المصلحة الشرعية المقصودة من هذه التصرفات .يقول في هذا الأستاذ صبحي المحماصي :" إن العقود مبنية في الأصل على الإستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع فالوفاء بالعهود والوعود وهي من نتائج الأمانة والصدق" [1]في جميع العقود وقد تجد حسن النية في التصرفات في الشريعة الاسلامية اساسها من آيات وأحاديث كثيرة تدور حول ضرورة الوفاء بالعقود، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل . كما أنه لاعلاقة للإرادة في تحديد الحقوق والإلتزامات،على إعتبار أن الشارع هو الذي يرتب آثار التصرفات التي يبرمها الأفراد، فما على المكلف إلا إبرام العقد بما له من إرادة وقدرة على ذلك، لكن آثار العقود وما يترتب عليها من حقوق والتزامات هي من صنع الشارع،طبقا لقاعدة جعلية الآثار، كما أن العقود في الشريعة الإسلامية مرتبطة بمسألة العقيدة والإيمان المتمثل في القول والعمل [2]، لأن العمل في الإسلام متعلق بالغايات والدوافع الباعثة عليه ويؤسس ذالك ما رواه الشيخان: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو لامرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه » [(3)].

وهذا كله ما يعكس حسن النية في العقود في الشريعة الإسلامية، والتي كانت سباقة في ذالك لوضع هذا المبدأ قبل أن تنص عليها القوانين الوضعية في قوانينها، الداخلية

---

1 صبحي المحمصاني، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت 1976،ص 496.،مقتبس عن عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص36.

[2]عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، المرجع السابق ،ص195

3-رواه إمامَا المحدِّثين: أبوعبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرةِ بن بَرْدِزْبَهْ البخاريُّ، وأبو الحسين مسلم بن الحَجَّاج بن مسلمٍ القُشيريُّ النيسابوريُّ في صحيحيهما اللذين هما أصح الكتب المصنف ،ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، ج1، مؤسسة الرسالة، 2001م-1422هـ، ص59.

والخارجية وفي تطبيقات وتعاريف متنوعة ومختلفة لم ترقى ولم تصل لحد الآن لتحديد مفهومها وحصرها كنظام قانوني مستقل .

وما نخلص من خلال هذه الإطلالة التاريخية أن مبدأ حسن النية مصطلح ضارب بجذوره في التاريخ وتطور عبر مختلف العصور إلى أن أصبح مبدأ تنص عليه جميع القوانين في تشريعاتها لاسيما في مجال العقود ،وهو مرتبط إرتباطا وثيقا بدور الإرادة في خلق الإلتزام ، حيث أنه لم يكن له الاثر البارزا في القانون الروماني لقيامه على الشكلية الإحتفالية ،وبدأت تظهر أكثر بظهور مبدا سلطان الإرادة في العقود ،كقيد على هذا المبدأ ،كما كان لهذا المبدأ أثرا بارزا في الفقه الإسلامي نتيجة قيام العقود في الشريعة على الرضائية .وما دام جميع القوانين نصت عليه في قوانينها، ،إلا أن هذا الإعتراف أصبح في الوقت الراهن يثير الكثير من الإشكالات والتساؤلات لدى الفقه خاصة في تحديد مفهومه فما هو مدلول هذاالمبدأ ؟

الفرع الثاني

مفهوم مبدأ حسن النية.

رغم أن القبول العملي والقانوني لمبدأ حسن النية حيث أنه أصبح جزء لا يتجزأ من النظم القانونية سواء الداخلية أو الدولية ، حيث من الصعب إنكار وجوده. ولكن الصعوبة تكمن تعريف هذا المبدأ تعريفا جامعا مانعا وفي حصره ليكون نظاما أومفهوما قانونا مستقل عن باقي النظم والمفاهيم القانونية .

أولاً:تعريف حسن النية.

بالإطلاع على أحكام القانون وأراء الفقه، تبين لنا أنه من الصعب تحديد تعريف موحد لحسن النية [1]،وإنما هناك مجموعة تعاريف فقهية مختلفة ومتعددة تتضمن مزايا أخلاقية كالنزاهة والأمانة، كما يعبر عنها في بعض النصوص القانونية بأنها تعبيرا عن حالة ذهنية غامضة ويرجع عدم وجود تعريف موحد لمبدأ حسن النية للإعتبارات التالية.

1.Ghestin Jacque,Traite' de droit Civil, Le contrat Formation .1988.pp 203،204.

1 -إن لحسن النية أدوارا وآثارا تختلف باختلاف كل حالة، مما يترتب عليه اختلاف التعريف من حالة إلى أخرى [1]. بل حتى في العقد يختلف مضمونه وتعريفه من مرحلة لأخرى ، ففي نطاق التنفيذ يعني بحسن النية الإستقامة والنزاهة، وفي مرحلة ابرام العقد تعني إنعدام نية التدليس والتضليل.

2 -إن حسن النية فكرة تختلط فيها الأخلاق بالقانون، مما يجعلها صعبة التحديد باعتبار أن لكل منهما نظام مستقل يعمل فيه.

3 -إن لحسن النية طبيعة تستمد من ذات الشخص الذي يراد الحكم على سلوكه، لذلك فهي تختلط بكثير من الأمو51515151ر النفسية الأخرى.[2]

انطلاقا من التحديات المشار إليها سابقا، وضرورة إيجاد تعريف جامع مانع لحسن النية سنحاول تحديد تعريف جامع لحسن النية من خلال جمع القواسم المشتركة لهذه التعاريف الفقهية وتطبيقاته القانونية المختلفة وقبل التطرق لذلك سوف نتعرض إلى تعريف الفقه الإسلامي لمبدأ حسن النية.

1- تعريف الفقه الإسلامي:

ينطلق الفقه الإسلامي لتعريف حسن النية بتعريف كل جزء مكون لها أي تعريف الحسن والنية، ثم يتطرق إلى تعريفها كمركب إضافي وشامل.

تعريف الحسن :

هي كلمة تدل على كل ما هو محمود وأخلاقي [3]، لكن الإشكال يثور لدى الفقهاء حول معيار الحسن والقبح [4]، ذهب الأصوليون إلى أن الحسن والقبح شرعيان أي ما حسنه

---

[1] خالد ،عبد الحسين الحديثي ،المرجع السابق،ص 90. ،

2- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق ص 53إلى74 .

3 المرجع السابق، ص 41.

3 إختلف الفقه، في مسألة الحسن والقبيح إلى ثلاثة مذاهب، الأول وهومذهب المعتزلة يرى أن معيار الحسن والقبح هو العقل، اما المذهب الثاني وهو مذهب الأشاعرة وجمهور الأصوليين فيرون أن معيار الحسن والقبح هو الشرع ، أما المذهب الأخير وهو رأي أبي منصور، وما ذهب إليه محققو الحنفية، وبعض الأصوليين وفريق من الجعفرية،

الشرع فهو حسن وما قبحه الشرع فهو قبيح، وبالتالي فإن ميزان الأعمال هو الشرع، فإذا أتى العمل موافقا لما جاءت به الشريعة من أحكام، حكمنا بحسنه، وإذا أتى مخالفا لأحكامها حكمنا بقبحه [1]، ولا مجال للعقل في ذلك إلا في الأمور التي تلائم الطباع، وبالتالي كان الميزان القويم للعمل هو الشرع لقوله ﴿ وإن هذا صراطي فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله﴾[2].

تعريف النية:

معناها القصد والعزم [3]، والنية عند العرب تدور في مجموعها حول القصد، والقصد إلى الشيء هو التوجه بالنفس إليه، والنية لد جميع الفقهاء لا تخرج عن القصد وعزم القلب عن فعل الشيء في الحال والمآل[4].

والقانون الوضعي لا يفرق بين النية والإرادة، فالنية لديهم هي إرادة باطنة [5]، وهي مع العزم والقدرة المتحركة في العالم الخارجي إرادة ظاهرة، يقول الأستاذ الدكتور حمدي

فيرون أن معيار الحسن والقبح وهو أمر بينهما بحيث ماهو حسن بالعقل لأنه ينهى عنه الشرع،والعكس صحيح، أنظر في هذا محمد تقية، الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،ط 2 ، 1994،ص:72و73.

1. وهبه الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي،ج 1،ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1986م-1406هـ، ص 116.

2. سورة الأنعام الآية 153 .

[3]عبد المنعم موسى إبراهيم ،المرجع السابق،ص 02.

4- مقتبس عن عبد الحليم عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 46.عرف المالكية النية القصد إلى الشيء والعزيمة على فعله .كما عرفها الحنفية بأنها قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل، وعند الشافعية هي القصد وعزم القلب على عمل فرض أو غيره، وعرفها الحنابلة بأنهاقصد القلب للشيء والعزم عليه، مقتبس عن على التوالي، أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1 ، ج 1 ،ص 333.أنظر في الفقهى الحنفي، زين الدين أبن نجيم، شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان إبن علي الزيعلي، دار الكتاب الإسلامي، 1315،ج 1 ص24 ،و لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ، دالر الكتب العلمية، بيروت لبنان، 29.، و سعد الدين مسعود بن عمر شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت [دون ، ج 1ص 175.أما بالنسبة للفقه الشافعي إرجع شمس الدين محمد بن احمد الحطيب الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة ألفاظ المنهاج، المكتبة التوفيقيية، بدون ط ج 1 ص 299. أما الفقه الحنبلي إرجع للأبي إسحاق برهان الدين محمد بن مفلح، المبدع شرح المقنع دار الكتب العلمية ج 1ط1، بيروت، 1997 ص 35.

5 -عبد الحكم فودة، المرجع السابق،ص 66.

عبد الرحمن «فالإرادة في جوهرها حقيقة باطنة مقدمتها اتجاه الإنسان بتفكيره إلى أمر معين، ثم تدبر هذا الأمر والاستقرار على اتخاذه بعقد العزم وجزمه في هذا الاتجاه، غير أن هذه الإرادة وهي كامنة في النفس لا تنتج أثرا طالما أنها لم تخرج إلى حيز الوجود متجسدة في التعبير عنها بوسيلة من الوسائل التي يقرها القانون »[1]، ويقول الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي «إن الرضا عادة يتكون من إرادتين تندمج إحداهما في الأخرى، وتتكون منهما إرادة عليا تشتمل على هاتين الإرادتين، ومن ثم تكون هذه الإرادة العليا هي إرادة كل من الطرفين- أي بمعنى أنهما عند تمام الرضا يعتبران أنهما يريدان نفس الشيء، ولهذا تسمى هذه الإرادة التعاقدية الإرادة المشتركة والنية المشتركة ».[2]

تعريف حسن النية كمركب إضافي

إذا كان الحسن هو ما حسّنه الشرع والنية هي قصد وعزم القلب إلى أمر معين، فما معنى حسن النية كمركب إضافي في الشريعة الإسلامية.

بضم وتوحيد التعريفين السابقين إلى بعضهما، نجد أن مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية يقصد به قصد الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في تصرف معين، أو قصد مطاوعة أحكام الشريعة الإسلامية. ويقصد بالتصرف هو كل ما صدر من الشخص من قول أو فعل.أما أحكام الشرع، فإننا إذا مانظرنا إليه في مجال المعاملات، فإننا تتمثل في الأمر بالأمانة المتمثل في الصدق والإخلاص وغير ذلك من المعاني التي يتحقق بها أوامر الشرع وأحكامه[3] .وبمفهوم المخالفة فإن سوء النية هو قصد عدم الإلتزام بأوامر الشرع وأحكامه في العقود والتصرفات[4] .

---

[1] عبد الحليم عبد الحليم عبد اللطيف القوني ،المرجع السابق ،ص 57.

2 عبد الحي حجازي،النظرية العامة للإلتزام ،39 ،مقتبس عن عبدالطيف القوني ،المرجع السابق،ص 57

3 محمد شكري الجميل العدوى، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن،2010، ص 132.

4. نفس المرجع ، ص 127.

2- تعريف القانون الوضعي للمبدأ

رغم الإعتراف القانون بمبد حسن النية في مختلف القوانين الداخلية والخارجية العامة والخاصة[1] إلا أن ذلك لم يسعف لتعريفه نتيجة للإعتبارات السابقة ذكرها، لذلك سنحاول تعريف المبدأ من خلال تطبيقاته المختلفة في القانون وما ذهبت إليه تعاريف الفقه المختلفة لهذا المدلول القانوني.

التعريف القانوني :

على غرار باقي التشريعات [2]لم يهتم المشرع الجزائري بتعريف حسن النية حتى لا يقع في إشكالات قانونية، تاركا ذلك للفقه والقضاء الذي يهتم في تحديد وتدقيق المصطلحات القانونية . غير انه من خلال الإطلاع على نصوص القانون المدني تبين أنه إشتمل على تطبيقات مختلفة ،تصب في مجملها حول الجهل،أو عدم العلم بواقعة أو تصرف ما . ففي الحيازة في المنقول ،فهي الجهل بالإعتداء على حق الغير، وفي أحكام الإلتصاق عرفها المشرع بجهل الباني بأنه يبني في أرض الغير، وقد ألزم القانون المتعاقدين بوجوب الإلتزام الإستقامة والنزاهة صراحة أو ضمنا ولم يحدد تعريف له مثل ما نصت عليه المادة 107من القانون المدني على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه حسن النية.

التعريف الفقهي :

على غرار المشرع لم يفلح الفقه ولم ترق محاولاته لإيجاد تعريف موحد لحسن النية إلى الحد الذى يجعلها واضحة ومحددة، حيث أدت هذه المحاولات إلى وجود تعاريف متعددة ومختلفة مع ميزة مشتركة أنها تتضمن عبارات أخلاقية كالصدق والأمانة

---

1 لقد كانت لحسن النية عدة تطبيقات كثيرة في القانون المدني ، أو في القوانتين العامة كالقانون الإداري الذي يعترف بتنفيذ العقود بحسن النية ،كما ظهر المبدأ في القانون الدولي بدخول معاهذة فيينا 1969، حيث عبرت لجنة القانون الدولي 1966 بالقول:"إن فكرة حسن النية تطبق على جميع العلاقات الدولية، ولكن تكتب أهمية خاصة في قانون التعهذات ويجب الإقرار عليها ببالطبع في مجال تفسير المعاهذات.مقتبس عن حسن بنة ،المرجع السابق، ص35.

[2]خالد عبد الحسين الحديثي ،المرجع السابق،ص 91.

والنزاهة والاستقامة والإخلاص في التعامل مع الغير، والصدق والإستقامة على وجه أوسع [1]و النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو القصد السوي [2] والتعامل بصدق واستقامة مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة [3] ، وما يعاب على هذه التعريفات أنها تحوي عبارات عامة مبهمة وبراقة، تتسم بالغموض و عدم الدقة تحتاج في حد ذاتها للتحديد ، امام هذا القصور والتشتت في أراء الفقه ، جعل هذا الأخير في البحث لإيجاد تعريف واضح ودقيق لهذا المدلول القانوني يقترب من المعنى الحقيقي للمبدا، ويشمل كل هذه التعاريف المختلفة وقد إستند الفقه في ذلك إلى معيارين هما، المعيار الشخصي أو الذاتي والمعيار الموضوعي .

-المفهوم الذاتي:

يرى هذا الاتجاه أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة، يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا [4]، بحيث يختلف الحكم التشريعي إختلافا متعارضا تبعا لتحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو ذاك التصرف .فمفهوم حسن النية بهذه الصورة هو الشخص محل الحكم على تصرفه، كما يعرفها بادفونان « حالة ذهنية يمكن بمقتضاها إعفاء الشخص الذي يعتقد خطأ أن تصرفه وفق القانون من آثار عدم المشروعية التي رتبها»[5].كالجهل بالعيب الذي يشوب التصرف، كمن يتلقى حقا وهو يظن أنه تلقاه من ذي صفة، أوالذي يتسلم المال الغير مستحق ولايعلم أنه غير مستحق، ولقد

---

1 F،GORPHE. Le principe de bonne foi,thèse ,Paris,1928 ,p09.

المدني ،ط 2 ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مقتبس عن جاك غستان ،المطول في القانون ،لبنان ،2008،ص 261.

2-عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 153.

4 – مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ، ط4،منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2007،ص123.

4- علي سيد حسن، الالتزام في عقد البيع، دار النهضة العربية، ص38.

[5] BASDEVANT Jules, .Dictionnaire de la terminologie de droit intrnationl,Pedon ,1960,P91

مقتبس عن أب ولد امباري المرجع السابق،ص 24 .

نص المشرع على ذلك في كثير من النصوص سواء بصورة صريحة أوضمنية يستعمل فيها مصلحات للتعبير عنها كالجهل، أو عدم العلم .

وبالتالي فإن حسن النية في هذه الصورة هو حالة ذهنية أو موقف نفسي يتمّ التعبير عنه من خلال مؤشرات خارجية يمكن تقديرها ووزنها وفق معايير قانونية موضوعية حسب سلوك الرجل المعتاد، مما يفترض معه انعدام الخطأ [1] والشك [2]في الشخص المتمسك بحسن النية، أي كي يكون كذلك، يجب بلوغ الحد الأدنى من اليقظة، فحسن النية يجب أن لا تكون عمياء بل واعية وعلى بصيرة فهي كما يقول VOIRIN:« ليست وسيلة لإنقاذ المهملين والمغفلين بل هي حماية مخصصة لضحايا الإعتقاد المشروع »[3]. وحسن النية في هذه الصورة مفترض وعلى من يدعي خلاف ذلك اثبات العكس.ولم يأخذ الفقه الإسلامي بهذا النوع من حسن النية وذلك نظرا للطابع الموضوعي الذي تميز به .

- حسن النية الموضوعي.

إن مدخل حسن او سوء النية هو ليس مدخلا شخصيا، وإنما الم دخل هنا موضوعي، أي ينظر إليه لمجرد صدور السلوك من صاحبه، دون النظر إلا إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه او لا يعلم .إذا فحسن النية هنا ينظر فيه إلى مدى مطابقة سلوك المتعاقد لمقتضيات حسن النية التي تقوم على دعائم أخلاقية ثابتة ومباديء

3- والخطأ المعني هو الخطأ الجسيم الذي لا يرتكبه إلا الشخص المهمل قليل العناية،مقتبس عن منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المصري دار الكتاب الحديث ً.بدون تاريخ ،ص 67.

2-حسن النية بأنها"إعتقاد المتصرف إليه اعتقادا تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا كان هذا الإعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية ،نقض مدني 1948/01/29،طعن رقم 148 ص ؤ16 مجموعة محمود عمر ص 529،530، مقتبس عن محمد شكري الجميل العدوى، المرجع السابق ص 137 هامش ،عرفت محكمة النقض المصرية

3 – « La théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime. »

مقتبس عن محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص ،أطروحة لنيل دكتوراة دولة في القانون الخاص ،جامعة الجزائر ,1998،ص 116

دينية تؤمن بها الجماعة، وتمثل بالنسبة لها مجموعة القيم والمثل التي تهيمن على تعاملاتها وقد نص القانون المدني على تطبيقات لذلك في نظرية الغلط في المادة 82 ف2 التي تقيم الغلط على صفات جوهرية في الشيء، كما نصت المادة 85 منه على حسن النية الموضوعي في قولها : « ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على مايقضي به حسن النية» . كما يجد حسن النية الموضوعي أساسه في المادة 107ف2 « ولا يقتصر العقد على ما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته طبقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية، و ما يقتضيه العرف في شرف التعامل.

كما يقصد بحسن في هذا الإطار ضرورة إحترام نصوص القانون في مجموعها والاتفاقات[1] التي إلتزم بها الشخص على نفسه بصرف النظر عن حقيقة الواقع وما إذا كان المتعاقد يجهل وجود القاعدة القانونية التي تخاطب تصرفه أم لا، فيكون حسن النية إذا جاء تصرفه مطابقا للقانون، والعكس من ذلك يكون سيء النية إذا خالف القانون بغض النظر عن كان قصده من عدمه في تطبيق القانون ، وقد حدد الأستاذ عبد اللطيف القوني تعريف حسن الموضوعي بأنها « قصد إلتزام الحدود التي يفرضها القانون »، وقصد التوضيح أكثر فيقول « قصد الالتزام وليس الالتزام في حد ذاته أي النتيجة الفعلية من الالتزام »[2]، إذ قد يقصد المرء الالتزام بحدود القانون ورغم ذلك تقع عليه المخالفة لعدم إزالة كل حقائق الموضوع أو لجهله بالقانون، وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات ،أو عدم الإحاطة بالظروف المحيطة به. فعلى سبيل المثال لا يستفيد من مقتضيات حسن النية،من يشتري أرض من اجل البناء عليها دون التأكد من صلاحياتها للغرض الذي اشتراها من أجله من المصالح المعنية – المصالح التقنية والتعمير في البلدية–، أو عن طريق مخطط شغل الأراضي الذي توجد به كافة المعلومات عن القطع

1 عبد الحليم عبد اللطيف القوني ،المرجع السابق،ص 305.

1 عبد الحليم عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 75.

الأرضية الواقعة داخل البلدية الصالحة للبناء مع كيفية البناء عليها.وكذلك شراء العقارات خلافا لما يفرض القانون من شكلية.[1]

3- اثر التعريف المزدزج لحسن النية

- التعريف المزدوج للمبدأ :

من خلال التعريفين السابقين لحسن النية يمكن استنتاج مايلي:

- إن حسن النية في القانون والفقه الإسلامي في العقود ليس أمر نفسي كبقية الأمور النفسية التي تختلج في نفس الإنسان، بل هو وصف وإنعكاس للنية عن طريق السلوك الذى يصدر عن المتعاقد والتي يعبر عنها بالطرق المحددة قانونا وتنتج أثرها وفقا له، أي لايكون لحسن النية أي وجود أثر قانوني إلا ّاذا إرتبطت بسلوك خارجي [2]، كذلك الأمر لدى الفقه الإسلامي لأن حسن النية ليس مؤاخذة على خواطر الناس حتى لا تؤدي بغلبة الخواطر عليهم، لأن المؤاخذة على الخواطر في الفقه الإسلام ي لا تكون إلا في الحسنات فقط، أما السيئات فلا يؤاخذ عليها ما لم يعمل بها، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح الذي رواه ابن عباس، حيث قال :« إن الله كتب الحسنات والسيئات ثم بين بعد ذلك، فمن هم بحسنة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة، فإن هو هم بها فعملها كتبها الله له عنده عشر حسنات إلى سبع مائة ضعف إلى أضعاف كثيرة، ومن هم بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة فإن هو هم بها فعملها كتبها الله له سيئة واحدة »[3] .

---

1 نقص مدني جلسة 54/04/13 و كذلك جلسة 1973/1/30 مقتبس عن : عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 88 ،كما ذهبت المحكمة العليا على أنه لايتم بيع العقار إلا في الشكل الرسمي مع مراعاة القوانين المنظمة للشهر العقاري،قرارالمحكمة العليا بتاريخ 2013/12/12،ملف رقم 0812732،المجلة القضائية 2014،عدد 1.

2 يكون لحسن النية لحسن أو سوء النية أثر إذا ما إرتبطت بسلوك خارجي كما هو في إختلاف قواعد الضمان،للتفصيل أكثر مقتبس عن نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود ،المباديء الأساسية في القانون، بدون طبع، دار المعرفة الجامعية،الأزاريطة، مصر،دون سنة طبع ،ص 15.و16.

3 محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج5، دار ابن كثير، 1993م -1414هـ، ص2381..

إن هذا التعريف لحسن النية يهدف إلى تحقيق الأمن القانوني بين أطراف العقد على وجه الخصوص ،وعلى أفراد المجتمع على وجه العموم من خلال الإستقامة والنزاهة في التصرفات ، كما يحقق العدالة والمساواة بينهم.

– إن وجود تعريفين لمبدأ حسن النية يؤدي إلى إفراغها من مضمونها الأصلي، وينفك ارتباط مبدأ حسن النية بقواعد الأخلاق بالرجوع إلى المثال السابق والأمثلة منه كثيرة تعج بها المحاكم فالذي يشتري بعقد عرفي ولم يلتزم بما يقتضي به القانون من إجراءات شكلية لضرورة نقل الملكية [1] وبالتالي فهو غير محمي قانونا ولا قضاءا [2] رغم أنه في الواقع وفي نظر الأخلاق ذو نية حسن النية، وقدلا يعامل حسن النية معاملة تفضيلية رغم أنه كذلك، وكذلك ،ما مانصت عليه المادة 307من القانون المدني «يلزم البائع في بيع ملك الغير بتعويض المشتري ولو كان حسن نية ». وهذا بخلاف الشريعة الإسلامية الغراء بحيث تقوم فيها حسن النية على مقتضيات أخلاقية في كل الظروف لا نجده في القوانين الوضعية، لأنها تقوم على مقاصد سامية وكاملة تشمل للأشياء التي تعبر غشا و تدليسا فتحرمها كما تتسع لقواعد الإيثار والتسامح كتحريم السوءعن الكذب والكتمان إلى مراتب الإحسان والتسامح في التصرفات. وذلك نابع من أن حسن النية في الفقه الإسلامي غير منفصل عن معناه الأخلاقي[3].

– تغليب حسن النية الموضوعي في مجال العقود،الذي يقوم على معايير أخلاقية وضرورة سلوك المتعاقد لنصوص القانون بحيث أن المفهوم الذاتي لم يمكن تصوره إلا في حدود ضيقة في عيوب الإرادة، بل أكثر من ذلك فإن حسن النية الموضوعي يعتبر

---

2 المحكمة العليا بتاريخ : 2008/10/15،رقم 743702وبتاريخ:2009/11/12رقم549408و رقم 491615بخصوص شروط إنتقال الملكية العقارية، مجلة المحكمة العليا،الغرفة العقارية، الجزء الثالث،عدد خاص 2010.ص

3 المحكمة العليا بتاريخ:2012/06/14،ملف رقم ،716159،العدد2 ،2012،ص 398. حيث ذهبت إلى أن العقد شريعة المتعاقدين تطبق على العقد الرسمي وليس العرفي في العقارات.

3 عبد الحليم عبد الحليم عبد اللطيف القوني ،المرجع السابق،ص 614.

قيد عليه[1]، لأنه إلتزام نص عليه القانون بصورة صريحة أو ضمنية في جميع مراحل العقد. وهذا يتوافق ما ذهب إليه الفقه الإسلامي ذو النزعة الموضوعية المتغلبة [2].

– إن الأخذ بهذا المفهوم المزدوج ينبني عليه وجود نوعين من حسن النية خاصة في مجال العقود، ما يثيره من إشكالية الموازنة بين حسن النية الموضوعي القائم على إستقرار المعاملات، وحسن النية الذاتي القائم على النية الحقيقية[3] .

ثانيا: طبيعة حسن النية وتمييزه عن بعض المفاهيم القانونية

انتهينا إلى تعريف حسن النية والتطرق إلى ذلك من زاويتين هما حسن النية الشخصي الممزوج بالطبعة الأخلاقية وزاوية حسن النية الموضوعي أو المادي الذي يقوم غالبا على الفصل بين الإطار القانوني والأخلاقي. هذا الاختلاف أدى إلى تباين الفقه في تحديد طبيعة هذا المبدأ فمنهم من ذهب إلى انه ذا طبيعة أخلاقية، ومنهم من ذهب إلى انه ذا طبيعة قانونية لذلك سوف نتطرق إلى تحديد طبيعته بالتطرق إلى هذين الرأيين ووجهة كليهما(أولاً) ثم التعرض في الأخير إلى طبيعته كمبدأ مستقل(ثانياً).

1 مثل مانصت عليه المادة 85 من القانون المدني بقولها:" ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية".

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،ط 2 منتشورات الحلبي الحقوقية، دمشق 1998،ص 105،وعبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، ط 1969،ص 237

3 إرجع لما يأتي، ص41.

1 -طبيعة مبدأ حسن النية :

رغم الاعتراف القانوني بمبدأ حسن النية بمختلف صوره السابقة، وتطبيقاته المختلفة في مختلف الأوضاع القانونية إلا أن هناك من شكك في هذا الطابع، على أساس أن المبدأ رغم اعتراف القانون به إلا أنه يظل محافظا على طابعه وضمونه الأخلاقي . غير أن هناك من الفقه إتجه لتأكيد الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية شأنه شأن باقي المفاهيم والنظم التي نص عليها القانون .

أ -حسن النية ذا طبيعة أخلاقية:

لقد جعل البعض [1]من مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقيا أكثر مما هو قانوني، فهو لا يعد إلا كونه وصفا للنية التي تعتبر ذات طبيعة نفسية وداخلية، وكل ما يدور في الخير النفسي فهو ذات طبيعة أخلاقية على خلاف القانون الذي يقتصر نطاقه على السلوك الخارجي للإنسان.

ورغم انفصاله في بعض الأحيان عن مضمونه الأخلاقي فان ذلك لم يكن سوى استثناء و إن هذا الأخير لم ينتقص من طابعه الأخلاقي الأصلي وكما أن تعريف الاستثناء لا يكون إلا بالرجوع إلى الأصل.

غير انه يأخذ على هذا الرأي انه قائم على أسس عقلية سليمة.علماً أن إفراغه من طابعه القانوني يؤدي إلى تجريده من الطابع الإلزامي الذي تقوم عليه القاعدة القانونية [2] كما قد يؤدي حسن النية بهذه الصورة استغلال الإنسان لأخيه ويكون من اللازم اللجوء إلى حل خارج القانون لإعادة التوازن بين طرفي العلاقة التقاعدية ، لذلك اعتبر VOUIN حسن النية يفرض التطبي ق الدقيق بكل ضمير للوعد بقصد الحماية لكل من الطرفين

---

[1] ثروت حبيب ،الإلتزام الطبيعي ،حالاته وأثاره،مطبعة الرسالة ،1961،ص 40،مقتبس عن أب ولد أمباري ،المرجع السابق،ص 33.

2 تختلف القاعدة القانونية عن القواعد الإجتماعية الأخرى كامجاملات والتقاليد والأخلاق والدين بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة، اما القواعد الأخرى فإن تنظيمها يعتمد بالدرجة الأولى على الإحترام التلقائي له المدعم في حالة المخالفة بالجزاء المعنوي المتمث في الإستنكار والمعاملة بالمثل،مقتبس عن نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 24.

وإخضاع الالتزام لمبدأ الإنصاف الاجتماعي وهذا ما يعكس الطبيعة القانونية لحسن النية، بل أصبح له تطبيقات مختلفة [1].

ب حسن النية ذا طبيعة قانونية :

يرى هذا الاتجاه استقلالية فكرة حسن النية عن قواعد الأخلاق، وبالتالي فإنها فعلا وإن كانت قاعدة أخلاقية فإنها تطورت وارتقت عبر مراحل الزمن لمرتبة القواعد القانونية وأصبحت جزء لا يتجزأ من النظام القانوني .لكن هذا الإتجاه ورغم إعترافه بالطابع القانوني لحسن النية، إلا أنهم إختفوا في قالبه أو شكله القانوني، فجانب ذهب على أنه مبدأ قانوني على غرار المباديء القانونية الأخرى، اما الجانب الثاني فيرى بأنه قاعدة قانونية[2] .

-حسن النية قاعدة قانونية :

عرف بعض الفقهاء القاعدة القانونية بأنه معيارا سلوكيا قابلا للانطباق على خصوصيات كل حالة بذاتها كما يرى مطاتي « على أنها الطريقة القانونية التي تملي على القاضي الأخذ بعين الاعتبار كنموذج للسلوك الاجتماعي المتوسط والقديم بالنسبة لصنف الأعمال التي هو بصدد القضاء بشأنها" »[3] والقاعدة القانونية هي التي تنظم سلوك الفرد بغيره والتي تتميز بالتجريد وجاءت لتنظيم المجتمع ويترتب على مخالفتها تطبيق الجزاء الذى تفرضه السلطة العامة . كماهي أداة استعملت بمناسبة حالات خاصة كدليل يستعين به القاضي ويترك له مجالا للاجتهاد الحر.

كما تحدث بعض الفقهاء عن هذا القالب بوصفه مفهوما متحركا يسمح بتدخل نشيط لحسن النية في المادة التعاقدية، غير أن هناك عدة انتقادات وجهت لهذا المفهوم:

– إن قالب حسن النية لا يتفق فقط مع حسن النية التعاقدي، لأن هناك حالات يقع فيها اعتبار حسن النية الفردية.

---

1 جاك غسان، المرجع السابق، ص 269.

2 عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص46.

3سطاتي، القاعدة القانونية ،رسالة باريس،1921،مقتبس عن عبد المنعم موسى إبراهيم ،المرجع السابق،ص 92.

– أن قالب حسن النية يفترض اعتماد تعريف مسبق لا نموذج السلوك الاجتماعي الوسط، وهذا ما لايتوافق مع طبيعة حسن النية المتغيرة بل أن من الصعوبة بما كان ثم مقارنة السلوك كل متعاقد بهذا النموذج وهذا ما يجعلنا نقع فيما خشينا أن نقع فيه لما تجنبنا القاعد الموضوعية المحرزة التي تلغي عنصر الفردية في القالب.

حسن النية مبدأ قانوني:

تتفق جميع التشريعات أنه لايجوز للقاضي أن ينكل عن الفصل في النزاع المطروح أمامه بزعم أن النظام القانوني يخلو من حكم ينظم الواقعة بصفة ضمنية وصريحة، وبالتالي لابد على القاضي من الفصل في النزاع وفقا لمبدأ حسن النية وقواعد العدالة وقد نصت الكثير من التشريعات في قوانينها على تطبيق مبادي القانون في حالة عدم وجود نص في القانون، وقد إختلفت في التعبير عنه فالقانون المدني الإيطالي أحال القاضي على المباديء العامة في قانون الدولة، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الصيني أحال على مباديء القانون العامة كما عبر القانون المدني المصري عن ذلك بالإحالة على القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهو الشيء نفسه في القانون المدني الجزائري في المادة الثانية منه، وبالتالي يعتبر مبدأ حسن النية من المبادىء القانونية الهامة في قوانين جميع الدول خاصة في مجال العقود .

وحسب هذا الاتجاه، يمكن اعتبار حسن النية مبدأعاما خاصة يتلائم مع طبيعة حسن النية المتغيرة ،كمأأن المبادئ القانونية غير محددة حصرا، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، نجد أن هناك عدة تطبيقات لحسن النية في القانون، وهذا ما يؤكد أن حسن نية مبدأ قانونيا عاما. ويترتب على ذلك ما يلي:

– جمع كل الحلول المتعلقة بفكرة عامة واحدة سواء كانت هذه الحلول قانونية أو استنتاج القضاء.

– مضمونه: اعتماد حسن النية كمبدأ للتمكن من تجاوز الصيغة الواردة في المادة **107** من القانون المدني.

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

وأخيرا يمكن القول أن اعتبار حسن النية مبدءا قانونيا يترك الأشكال قائما في المجال التعاقدي بين حسن النية التعاقدي والقوة الملزمة للعقد، وقد حلت بعض التشريعات الأجنبية هذا الإشكال باعتبار أن احترام المقصد المشترك للأطراف والقوة الملزمة للعقد يمثل تطبيقا خاصا لمبدأ حسن النية الذي من شأنه إدخال المرونة على هذا التطبيق.
ويمكن أيضا للقضاء أن يكرس حسن النية كمبدأ قانوني دون الحاجة إلى تدخل المشرّع،إذ كما يقول البعض «إن مبدأ حسن النية هو في الحقيقة وعلى غرار المبادئ العامة القانونية الأخرى من استنباط القضاء ويستمد أساسه من سلطة القاضي »[1].

ج - الطابع المزدوج لحسن النية :

رغم إعتراف القانون بالطابع القانوني للمبدأ، إلا أن الإستغراق فيه يؤدى لا محالة إلى إفراغ حسن النية من مضمونه الأخلاقي، لذلك فإن حسن النية من طبيعة مزدوجة قانونية وأخلاقية هي ووسيلة قانونية التي يلجأ إليها المشرع، والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية ضمن القانون الوضعي.[2]

حيث يرى هذا الإتجاه أن رغم إعتراف القانون بحسن النية ، إلا أنه له مضمون أخلاقي، بحيث يجب أن تفهم وتفسر ضمن إطارها، ويقتضي في كل حال أن يؤخذ في الإعتبار سلوك معين في العلاقة التعاقدية يحكم في ضوئه على سلوك أحد أطراف العقد الذي يحدد المشرع أو الإجتهاد درجته ،وهذا الطابع المزدوج للمبدأ يعكس تلاحم القاعدة

1 الصادق بلعيد: حول الدور الإنشائي للقاضي في وضع القواعد، الجامعة التونسية 1973، ص184.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص95.
2 G.ripert .La règle moral dans les obligation Civile N 157 مقتبس عن المرجع السابق ،157.

الأخلاقية مع القاعدة القانونية[1].

ولا شك في ذلك أن هذا الطابع المزدوج لمبدأ حسن النية يظهر أكثر في الفقه الإسلامي من القانون الوضعي ،لأن قواعد الفقه الإسلامي لا تفصل بين قواعد الدين والأخلاق ،ويظهر هذامن خلال إستهجان الفقه الإسلامي لجميع التصرفات المخالفة لحسن لنية ،كالغش والخيانة ،والمخالفة لقواعد الأخلاق .

د-حسن النية التعاقدي :

إذا كان حسن النية هو قاعدة قانونية في بعض النصوص القانونية ومبدأ عام يعلو هذه التشريعات، فإنه في المجال التعاقدي وإذا ما نظرنا إليه من زاوية أطراف العلاقة التعاقدية فهو إلتزام وواجب تعاقدي على جميع أطراف والغير إحترامه، حتى يعتبر إلتزام عقدي واجب على كل متعاقد ولو لم ينص عليه في بنود العقد، ويرجع له الفضل في ظهور الكثير من الإلتزامات المنبثقة منه، وإذا ما أمعنا النظر في مضمون هذا الالتزام نرى بأنه التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، بحيث يقتضي على كل طرف أن يلتزم بمقتضاه بحسن النية الواجب الالتزام بها في كل مراحل العقد، وذلك بإتباع المسلك المألوف والمعتاد، بعيدا عن الغش والخداع، وما يعرف من كتمان تدليسي، تتنافى مع ما يقضي به هذا المبدأ.[2]

وفي الأخير بقي أن نقول ترجيح المدلول القانوني لحسن النية سواء كان قاعدة قانونية يطرح إشكالية التمييز بينه وبين بعض المفاهيم التي تختلط به في النظرية العامة للعقد والتي تكون محل دراستنا التالية .

---

[1] مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات بحسون، بيروت 1992،ص 29.

2 حسام الدين الأهواني-مرجع سابق-ص12 وما بعدها.

2 تمييز حسن النية عن بعض المفاهيم القانونية :

إذا كان حسن النية هو التزام تعاقدي مفروض على كل متعاقد، في الميدان التعاقدي ،فنظرا لطابعه المتغير ،ومحتواه الأخلاقي ،فإنه قد يتداخل ويشتبه في كثير من الأحيان مع بعض المفاهيم القانونية القريبة منه كالعدالة، والإرادة، والباعث والغلط.

أ -حسن النية والعدالة:

إن فكرة العدالة ليست بالفكرة الجديدة، فقد أخذت مكانا خصبا للبحث من طرف فلاسفة العهذ الروماني، ويحوط بهذا المبدأ الكثير من الغموض والإبهام ،وهي في الحقيقة مجموعة أسس ثابتة ،تنشيء القانون الأعلى للبشرية،والنظام المثالي الذي يتعين الوصول إليه[1]، ويفهم من ذلك أن فكرة العدالة تعدت النظام القانوني الواحد أو نظرية قانونية معينة، ولقد اختلف الفقه بخصوص استقلالية مبدأ حسن النية وفكرة العدالة، فذهب الرأي الأول إلى اعتبار حسن النية هي العدالة، باعتبار حسنه النية مبدءا عاما يأخذ به في أحكام القضاء على اعتبار أن العدالة توجبه، فهما يلتقيان في صف الأحاسيس المبهمة التي ليس في وسعها إستبعاد القوة الإلزامية للتعهدات ، فإن القاضي إذ ا ما ارتكز على حسن النية فهو يرتكز على قواعد الإنصاف، بما يتفقان في السلوك الظاهري للعدالة مع حسن النية الموضوعي، حيث أن العدالة لا تتصل بالسلوك الباطني للشخص بل تتعدى ذلك إلى سلوكه الظاهري، فهي تلزمنا بماهو واجب علينا نحو غيرنا، وهذا ما يتفق مع حسن النية الموضوعي.

غير أن هذا التشابه لا يصل إلى حد التطابق الكلي، فقد يختلف المبدأ على فكرة الإنصاف من عدة نواحي، فمن الناحية التاريخية في الميدان التعاقدي ففكرة العدالة سابقة في وجودها عن مبدأ حسن النية [2]باعتبار هذا الأخير في أصله مبدأ أخلاقي ارتقى إلى

---

[1] عبد الحكم فودة،المرجع السابق،ص 180.

[2] ديلا فرنح ،تدخل القاضي في العقد ،رسالة 1935،ص 202،مقتبس عن عبد المنعم موسى إبراهيم،المرجع السابق،ص 91.

قواعد القانون لإضفاء الطابع الآخلاقي على العقد [1].،كما أنها لا تتصل بالسلوك الباطني الشخصي مثل حسن النية ،كما يختلف المبدئان عن بعضهما البعض من حيث دور وظيفة كل منهما في العلاقة التعاقدية، فتظهر العدالة كعامل أو وسيلة لإعادة التوازن المختل نتيجة الظروف الطارئة الغير متوقعة طبقا للمادة 107 فقرة أخيرة من القانون المدني، بحيث يصبح الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين، وقد تتدخل العدالة لتكملة العقد وفي كل الحالات ولعدم وجود النص يتدخل القاضي طبقا للمادة الأولى من القانون المدني، مستندا في ذلك إلى قواعد العدالة، وبالتالي فإن القاضي يكون مقيدا في استناده إلى العدالة بنص القانون، بينما نجد دور حسن النية في العلاقة العقدية تكييف الالتزام وملائمته مع المعطيات الجديدة دون الخروج عن روح الالتزام، فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني خلاف العدالة، قد يؤدي ذلك إلى تجاوز مضمون العقد ومخالفته. كما أن اعتبار حسن مبدأ قانوني يعتبر قيد على القاضي يجب الرجوع إليه في تفسير الالتزام، وتكييفه بدون الرجوع إلى نص آخر.

غير أنه لا يجوز الإسراف في الفصل بينهما،فإن كانت العدالة لا تتصل بالسلوك الباطني للشخص المتمثل في حسن النية الذاتي ،فإن حسن النية الموضوعي تلتقي مع العدالة ،كما أن كل قضية مفصول فيها وفقا لحسن النية التي تؤدي إلى حل عادل [2]، فوحدة العلاقة بينهما تتحقق من ناحية النتيجة المستهذفة وهي الحل العادل.

ب-حسن النية والإرادة :

لكي يوجد الرضا، يجب أن تكون هناك إرادة، فإذا إنعدمت الإرادة لأي سبب من الأسباب لايمكن أن يتوافر الرضا، وهي التي يقصد صاحبها إحداث الأثر القانوني، والفقه لايفرق إصطلاحا بين النية والإرادة وهما توجه القلب نحو المقصود المراد [3]، فكما لا

---

[1] جاك غستان ،المرجع السابق ،ص58 . .

2 أب ولد امباري ،المرجع السابق،، ص 42.

[3] محمد شكري الجميل العدوى ،المرجع السابق،ص 113 .

يكون للإرادة أثر إلا إذا تم التعبير عنها وخرجت إلى الوجود ،فكذلك حسن النية ، فلا يكون لها أثر قانوني إلا إذا إتخذ الفرد في سبيل رغبته مسلك خارجي ،فيكون حسن أوسيء النية أثر إذا إرتبطت بسلوك خارجي،كما هوالحال في إختلاف قواعد الضمان في حالة حسن النية عنه في حالة سوئها. غير أنه وإن كان الأصل في العقود حرية وسلطان الإرادة فإن الإتجاهات الإجتماعية التي تسود في الوقت الحاضر تجعلها غير قادرة على القيام بهذا الدور[1]، وتورد لها الكثير من القيود كحسن النية [2].

ت-حسن النية والغلط :

إذا كان الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص ويصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه للتعاقد [3]، فهو حالة تقوم في النفس على توهم غير الواقع بأن تكون هناك واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها ، فإنها تلتقي مع حسن النية في هذا الحيز النفسي في الإعتقاد لذلك يعرف أغلب الفقه حسن النية بأنها غلط يقع فيه الشخص.

غير أنه و كان هذا التعريف يلتقي مع حسن النية السلبي في الاعتقاد الخاطئ، فلابد أن يكون هذا الغلط مغتفرا حتى يستقيم حسن النية [4]، كما أن الغلط بهذا المفهوم لا يلتقي مع حسن النية الإيجابي الذي يتضمن الاستقامة والنزاهة في التعامل والابتعاد عن استعمال وسائل الغش والتحايل[5].

كما أن حسن النية هو أوسع مدى ومجال من الغلط، فهو يتضمن عنصرين، عنصر الإعتقاد الخاطيء وعنصر الإخلاص في التعامل كما يمكن ان يوجد بوجود الغلط

---

1 توفيق حسن فرج،النظرية العامة للالتزام(مصادر الإلتزام)،ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2008،ص76.

[2] جاك غستان ،المرجع السابق،ص 58.

3 علي حسين نجيدة، ضمان عيوب البيع الخفية في عقد البيع في القانون المصري والمغربي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1986،ص 139.

4 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية ،المرجع السابق.ص 1139.

5-محمود زواوي، المرجع السابق ، ص112.

أو بدونه، فالغلط بالنسبة لحسن النية يقوم بدور الدافع لا غير [1]حيث انه كما سيتم تفصيله لاحقا، يغطي جميع المراحل العقدية بخلاف الغلط الذي لا يمكن التمسك به، إلاّ للمتعاقد الذي عيبت إرادته عند إنشاء العقد.

كما أنه ليس كل غلط يقع فيه الشخص يجعله حسن النية، فقد يقع الشخص في غلط، ولكن لا يعتبر ولا يستفيد من مقتضيات حسن النية، وذلك نتيجة تسرعه وعدم إدراكه وإلمامه بالموضوع، فمن يشتري أرض من اجل البناء عليها دون التأكد من صلاحياتها للغرض الذي اشتراها من أجله عن طريق المصالح التقنية والتعمير في البلدية، أو عن طريق مخطط شغل الأراضي الذي توجد به كافة المعلومات عن القطع الأرضية الواقعة داخل البلدية الصالحة للبناء مع كيفية البناء عليها، لايعتبر حسن النية ولا يستفيد من الحماية القانونية .

ج-حسن النية والباعث :

لقد نص المشرع الجزائري على ركن السبب في المادتين 98،97 مدني، والتي تم تعديلها بموجب القانون 05/ 10 بعد تدارك الخطأ في الصياغة القديمة تحت عنوان المحل والسبب وفي الحقيقة هما ركنان مستقلان عن بعضهما [2]، والسبب في النظرية التقليدية لا يتأثر بنوايا المتعاقدين [3].أما في النظرية الحديثة فيتمثل السبب في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية، هذا ما حذا بعدم التفرقة بين النية والباعث لدى الفقه ،باعتبار أن الباعث هو الذي يحرك الإرادة ويدفعها نحو تحقيق غرض معين من الأغراض [4]. فالباعث هنا يلتقي مع مبدأ حسن النية على

---

1 DECOTTINGNIES Roger, L'erreur de droit, RTDC 1951,p311. مقتبس عن محمود زواوي ،المرجع السابق ،ص 112

2علي علي سليمان ، المرجع السابق،ص

3علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 243 وما بعدها. .

4 محمد شكري الجميل العدوى، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن،2010.،ص 119.

اعتبار كلاهما نفسيان وهو الذي يحرك النية ويدفعها صوب الغاية المحددة والهدف المراد تحقيقه. فيصبح المتعاقد حسن إذا كان الباعث مشروع ويكون سيء النية إذا الباعث عكس ذلك .

وإن كان حسن النية والباعث يقتربان من ناحية المضمون والغاية فإنهما يختلفان كثيرا من الناحية القانونية، فالسبب الدافع للتعاقد كركن يضيق بمبدأ حسن النية الذي يعلو على التشريعات وهو امر واجب تقصيه في كل مراحل العقد [1]، بل حتى قبل وبعد قيام العلاقة التعاقدية وبأدوار متعددة، كما أن السبب ما هو إلا تطبيق من تطبيقات حسن النية ، محصور في ركن العقد ،ولا يرتب القانون على تخلفه سوى البطلان .

المطلب الثاني

أساس حسن النية في التصرفات العقدية

إنتهينا فيما سبق للطابع القانوني لحسن النية رغم محتواه الأخلاقي، وهو أمر واجب تقتضيه جميع التشريعات في قوانينها ،غير أنه رغم هذا الإعتراف والقبول القانوني لا يوجد في القانون نص صريح يرجع إليه كأساس لحسن النية كما في النظم القانونية الأخرى، هذا ما أدى إلى إختلاف الفقه القانوني حول أساسها فمنهم من يرجع أساسها لمضمونها الأخلاقي والواقع المتغير من واقعة لأخرى ومن شخص لآخر ،أما جانب آخر فيرى أن أساس حسن النية في العقود هو القانون وليس خارجه .

الفرع الأول

أساس حسن النية خارج القانون .

نظرا لطبيعة حسن النية وطابعه المتغير من شخص لأخر فإن من الصعب بمكان ان يستوعب القانون الأدوار المتعدد لها، وبالتالي فأساس حسن النية يكون في مضمونها الأخلاقي أو في الواقع المتغير .

1 راجع ما سيأتي ص 46 وما يليها.

أولاً : الأخلاق كأساس لحسن النية

أمام مضمون مبدأ حسن النية الأخلاقي يرى جانب من الفقه والإجتهاد القرارات القضائية أن أساس حسن النية هو الأخلاق التي تعتبر أحد القواعد القانونية التي تهدف إلى تنظيم المجتمع ،يقول الفقيه ريبار بأن « حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي»[1] .

ويتجلى هذا الأساس خاصة في نظرية التضامن والإيثار التي ظهرت على اثر انتكاس مبدأ سلطان الإدارة، وما واجهته هذه الأخيرة من انت قادات شديدة نتيجة قصور النظم العقدية الأخرى في حماية العقد و المتعاقدين ،حيث كانت تغذيه عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية،فأصبحت الإرادة غير كافية لوحدها لتوليد الإلتزام ،بل لا بد أن يأخذ عوامل خارجية أخرى ،ومنها الأخلاق التي فرضت على المتعاقدين وجوب الإستقامة والنزاهة في التصرفات ،ولم تكتفي بذلك السلوك الإيجابي بل تفرض على طرفي العلاقة سلوكا ايجابيا بالتعاون والتضامن وعدم الاكتفاء بالامتناع عن سوء النية، باعتبار ان الإنسان لا يستطيع ان يعيش الا في مجتمع يتعامل فيه الناس بعضهم بعض. وقد شبه البعض من الفقه العقد المدني بالعقد الاجتماعي عند روسو ، من أجل الوصول إلى هدف روحي أسمى.

وقد طبقت محكمة بيروت القاعدة الأخلاقية في نزاع طرح أمامها يتعلق بإنهاء العقد دون إخطار المتعاقد مسبقا أو إعذاره ، رغم ورود بند في العقد ينص على ذلك لأن هذا يشكل مباغتة للمدين لا تتسم بها الخلقية الإنسانية .وقد ورد في قرار المحكمة: "وحيث أن هذه القاعدة التي أخذت بها المحكمة دون أن تكون مكرسة بنص صريح مستخرج من المباديء القانونية العامة وتنبثق بداهة ومنطقا وعدالة من مقومات التسامح

---

1 GEORGE,RIPERT، dans les obligation civile N' 243

مقتبس عن إلى جاك غستان ،المرجع السابق،ص .269

الذي يصدر من صميم الإنسانية والخلقية وحسن النية ولا يعقل ولا يقبل أن ينقلب أضرار للمتسامح معه. "[1]

غير أنه ورغم رجاحة قواعد الأخلاق كأساس لحسن النية إلا أنه ما يأخذ عليها أنها الإعتماد عليها يفقد حسن النية طابعها القانوني الذي تم الإعتراف به من قبل التشريعات ، كما أن قواعد الأخلاق وإن كانت مستمدة من القيم العليا والسائدة في كل مجتمع ،فإنها تتغير بتغير إهتمامات ،وقيم ذلك المجتمع ،وبالتالي لا تصلح بأن تكون كأساس لمبدأ حسن النية .

ثانياً : الواقع كأساس لحسن النية .

ذهب بعض آخر من الفقه[2] إلى أن حسن النية نجد أساسه من الواقع، والذي يعتبر قريب من مدلول حسن النية ويشمل جميع حالاته وهو متروك تقديره للقاضي المطروح أمامه النزاع الذي يحدد العناصر المستخلصة من ظروف القضية على حدى ،والتي يستخلصها من الواقع دون رقابة عليه من قضاة الموضوع [3] ،فيقدر حسن نية المتعاقد حسب ظروف كل قضية مطروحة أمامه.

ولكن يأخذ على هذا الرأي وإن كان متوافق مع طبيعة مبدأ حسن النية المتغيرة من واقع إلى آخر ،إلا أنه لايصلح كمستند يقوم عليه المبدأ لأن هذا الواقع متغير مع ظروف كـــــــــــــــل قضية، وحسن النية في حاجة لأركان ثابتة تبررها تجد مصدرها في القانون .كما أن إرجاع أساس حسن النية للقاضي من شأنه المساس ببنود العقد ومضمونه ،الأمر الذى لابد من وجود سلطة تعمل على مراقبة القاضي في حالة الإنحراف عن أهذاف العقد.

---

1 إستئناف بيروت ،قرار 22 كانون الأول 1983 مجموعة حاتم 1985 ص 442،مقتبس عن مصطفى العوجي، العقد ، المرجع السابق ،ص 727.

2 مصطفى العوجي، العقد ، المرجع السابق ،ص 122.

3 RIGAUX.francois.La nature du contrôle de la cour de cassation .These .Bruxelle 1966.p75.

الفرع الثاني

أساس حسن النية في القانون .

يرجع أغلبية الفقه اساس حسن النية إلى القانون ،غير أنهم يختلفون إختلاف واضح في هذا الأساس، فمنهم من يرجع حسن النية إلى مبدأ قانوني يتجاوز التشريع (أولاً) ومنهم يرجع أساسه إلى التشريع(ثانياً).

أولاً: أساس حسن النية مبدأ قانوني يسمو على العقد والتشريع.

إن أساس حسن النية إذن هو مبدأ قانوني يسمو على التشريع الوضعى والذى إعتمدته أغلب التشريعات في قوانينها ،فهو يشكل مبدأ قائم ومستقل بذاته عن باقي المبادىء القانونية كالعدالة، واعتبار مبدأ حسن النية كاساس من شأنه إدخال جميع حالات حسن النية ،وتجعلنا نتجنب القاعدة القانونية الضيقة. غير أن قبول المبدأ كأساس لحسن النية يصلح و يمكن التعويل عليه كأساس لحسن النية في مختلف الأوضاع القانونية المختلفة لحسن النية غير أن الإعتماد عليه كأساس في العقود فيه نوع من المجازفة لغموضه وعدم وضوحه، لذا وجب البحث عن اساس حسن النية في التشريع .

ثانياً:الأساس التشريعي لحسن النية .

رغم ضرورة حسن النية في النظام القانوني للعقد غير أن الفقه إختلف حول أساسه التشريعيى نظرا لتغير مضمونه في مختلف النصوص ،ومن جانب آخرنص المشرع على وجوب تنفيذ العقد بحسن النية في المادة 107 من القانون المدني ، مما طرح إشكالا حول أساسها في المراحل الأخرى منه ، وبالتالي فإن أساس حسن النية يكون خارج نظرية العقد(أولا)،أو يكون داخل نظرية العقد(ثانيا).

أ-أساس حسن النية خارج نظرية العقد: من خلال الإطلاع على على المؤلفات المختلفة فإن نظرية الخطأ هي الأقرب لأن تكون كأساس لحسن النية في التشريع طبقا للمادة 124 من القانون المدني لأن الواجب العام يقتضي عدم الإضرار بالغير .

1- الخطأ الغير مشروع كأساس لحسن النية .

يقول هذا الرأي أن أساس حسن النية هو الخطأ الذي يعتبر عنصر من عناصر المسؤولية المدنية باعتباره يستغرق جميع أنواع الخطأ بما فيها الخطأ المترتب على مخالفة حسن النية يقول طالما انه ليس هناك تعريف قانوني لحسن النية فانه من المتعذر أن يتولى احد هذا التعريف وان كان يفر إجمالا ما ذهب إليه بلانيول من الخطأ هو إخلال بالتزام سابق ناشئ عن القانون أو العقد أو الأخلاق ، ويمثل كذلك الخطأ في هذا المجال واجبا عاما بعدم الإضرار بالغير ، وقد يتولد الخطأ في المجال التعاقدي من المتعاقد الذي تسبب في وضع ظاهر وثق فيه الغير ورتب عليه حقوقا نظرا لحسن نيتهم ، حيث ذهبت غرفة العرائض الفرنسية في قرارها أن الموكل أخطأ لعدم تحديد مهام الوكيل بدقة مما تترتب عليه من مظهر خدع الغير [1] كما يظهر الخطأ عند تنفيذ العقد أكثر عنه في مرحلة إبرامه ، عند إخلال المتعاقد بالتزاماته وبالتالي عدم الالتزام بحسن النية.

ولكن يأخذ على هذا الرأي انه رغم وجاهته كأساس لحسن النية خاصة في مرحلتي المفاوضات وبعد نهاية العقد إلا انه لايمكن الأخذ به كأساس لحسن النية ، بل إن إدخالها وإرجاعها للخطأ يؤدي إلى تشويهها من مضمونها، وإدخالها في مجال الخطأ الذي يعتبر مستقلا عنها تمام الاستقلال ، وان كان لا دخل لحسن النية بشان من تتوافر لديه أركان المسؤولية المدنية ،إذ يلزم من ارتكب الخطأ من تعويض المضرور عما لحقه من ضرر ولو كان الفاعل حسن النية كما انه من ناحية أخرى يمكن التذرع بحسن النية للإفلات من المسؤوليةعن الأضرار التي تلحق بالغير في حالة استعمال المرء لحقه ولم يرتكب خطأ ، مما يتعين قصور فكرة الخطأ كأساس لحسن النية.

---

1 Encyciopedie. Dallos.droit civile .Apparence -1970-n 21 ،المرجع انظر محمود زواوي السابق،ص52.

ب- أساس حسن النية في النظرية العامة للعقد :

إختلف الفقه حول أساس حسن النية في العقد ،حيث ذهب الإتجاه الأول إلى أن اساس حسن النية في العقد هو المادة 107 سالفة الذكر، بينما يفرق الإتجاه الثاني بين أساس حسن النية عند إبرام العقد ، وعند تنفيذه .

-يرى أنصار الإتجاه الأول أن أساس حسن النية في العقود هي المادة 107من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 148من القانون المدني المصري، والتي نصت صراحة على وجوب تنفيذ العقد بحسن النية على إعتبار أن هذه المادة تستغرق جميع مراحل العقد وليس مرحلة التنفيذ فقط . حيث ذهب بعض من الفقه ىأن مبدأ حسن النية لا ينحصر تطبيقه في مرحلة تنفيذ العقد فحسب،بل ينسحب إلى جميع مراحله بما في ذلك مرحلة التفاوض ومرحلة الإبرام [1] .وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على « أنالعقد وإن كان شريعة المتعاقدين ،فليس ثمة عقود تحكم المباني دون المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ،فحسن النية أصبح يظلل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أو بكيفية تنفيذها ، وبذلك أصبحت كافة العقود – في ظل القانون الحديث – تستظل بمبدأ حسن النية»[2].

كما كرست المحكمة العليا [3] هذا الطرح واعتبرت أن حسن النية المنصوص عليه في المادة 107 من القانون المدني مشترط في مختلف مراحله ،سواء عند نشأته أو تفسيره

---

1 MUZY. The good faith principale in contrat law and the precontractual duty to disclose : comparative analyse of new differences in legal in legal cultures،December2000. P9 -http/WWW.icer،it/docs/2000/Musy192000.pdf on16/01/2009

منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك على المنتجات، دار الجامعة الجديدة،اط 2013 الإسكندرية ، 2ص70.

3 المحكمة العليا في 1990/01/15،المجلة القضائية 1990،عدد1،ص 113.

أو بصدد تنفيذه ، غيرأن جانب من الفقه [1] يفرق بين أسس حسن النية في العقد حسب كل مرحلة من مراحله.

-عند إبرام العقد:

إعتمد الفقه على عدة نصوص مختلفة حسب كل وضع مثل التدليس المنصوص عليه في المادة 86 من القانون المدني في حالة وقوع المتعاقد في غلط نتيجة المناورات والطرق الإحتيالية التي لجأ إليها المتعاقد الآخر لكسب رضا المتعاقد [2] . وقد توسع الإجتهاد في تأسيس سوء النية على التدليس ولو تمثلت في مجرد كتمان بسيط [3] . كما يمكن الإعتماد على نظرية العيوب الخفية في حالة وجود في الشيء المبيع عيوب خفية وقدأخفاها البائع متعمدا على المشتري وبسوء النية، وكذلك العلم الكافي بالمبيع في عقد البيع ما نصت عليه المادة 352 من القانون المدني.كما يمكن الإعتماد على نص المادة 124 مكرر من القانون المدني في حالة إساءة إستعمال الحق العقدي ، وبالتالي فأسس حسن النية كثيرة ومختلفة في العقود هذا ما يفسر تطبيق هذه النصوص مع إقرانها بوصف نية المتعاقد كلما كان لذلك مقتضى عند تطبيقها من طرف القضاء.

-في مرحلة تنفيذ العقد :

يرى الفقه أن أساس حسن النية عند تنفيذ العقد يتجلى في نص المادة 107 من القانون المدني وفي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

فمن حيث المادة 107 من القانون المدني رغم أنها نصت صراحة على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، إلا أن هناك إتجاه آخرمن الفقه يرى أن أساس حسن النية هو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

إذ ذهب أنصار هذا الإتجاه الاخير إلى أن أساس حسن النية هو القاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني والتي لها

---

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم ،المرجع السابق ،ص 35

2 عبد المنعم مومسى إبراهيم ،المرجع السابق ص 35.

3 بيار إميل طوبيا الغش والخداع في القانون الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان 2009،ص 181.

مقتضيتين الأول وهو تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية ، أما الثاني هو عدم تعديله إلا باتفاق الأطراف أو لأسباب التي يقررها القانون .

غير ان الجدير بالإشارة أن هذا الرأي يستقيم كأساس لحسن النية إلا أن تطبيقه الصارم يؤدي إلى الإخلال بمبدأ حسن النية في حد ذاته باعتبار أن هذا الأساس هو أساس يرجع إلى مبدأ سلطان الإرادة والذي يعول على الإرادة في تحديد الالتزامات وإنشاء الحقوق . فإذا كان المشرع الفرنسي قد قرر في المادة 1134 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين فقد قرر في الفقرة الثالثة منها على وجوب تنفيذ العقود بحسن النية ، و في المادة 1135 منه ان العقد لايلزم المتعاقدين بما ورد فيه فقط، بل يلزمها أيضا بما تقتضيه العدالة والعرف وبما يقرره القانون من احكام طبقا لطبيعة الالتزام فهل بعد ذلك يمكن التسليم بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كأساس لحسن النية.

ولكن أمام هذه الآراء المختلفة نقول بأن أساس حسن النية إذن هو مبدأ قانوني في صلب العقد وليس مبدأ عام من مباديء القانون ،مثل بقية المباديء الأخرى ،ويدخل في صلب النظام القانوني للعقد [1]، وإن إنصهر أحيانا ضمن التشريع في قواعد قانونية مثل مانصت عليه المادة 107 من القانون المدني فإن هذا لايعكس طابعه المبدئي. فهو يدخل في صلب النظام القانوني للعقد، وقد كرست محكمة التحكيم حسن النية كمبدأ قانوني في صلب النظام القانوني للعقد في قرارها بتاريخ 1981/03/04 [2]المؤيد من طرف محكمة باريس حيث اعتبرت ان حسن النية عند تكوين وتنفيذ العقد مباديء عامة تقوم عليها التجارة الدولية، كما إعتبرت محكمة التجارة في فينا بتاريخ 1981/06/29 أن قرار التحكيم لم يستند إلى العدالة بل إلى أسباب قانونية، إذ أن حسن النية والإستقامة في

1 مصطفى العوجي،العقد، المرجع السابق، ص123.

2 Ghestin Traité de droit civil ; le contrat formation .LGDJ .1988 ,no.186 Cour d'urbitrage de la chanber de commerce intrnational . Cas n°3131 Viennne 26 Octobre 1979 Revue de l'arbitrage 1983 p525.

-مقتبس عن عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص171.

التعامل التجاري الدولي يشكلان مبدأ قانونيا عاما وقد أيدت المحكمة العليا هذا الرأي بتاريخ 1982/11/18 واعتبرت أن الإعتماد على مباديء حسن النية والثقة المتبادلة لحل النزاع من قبل المحكمين يشكل تطبيقا لمبدا أساسي في القانون المدني [1] ،وأن مبدأ حسن النية مبدأ يسمو على التشريع،أمر يتوافق مع إتساع ومرونة حسن النية التي يصعب ضبطها ، كما يترك المجال واسعا لتحديد مفهومه وأثاره حسب ظروف وواقع كل قضية على حدى.وبما أن مبدأ حسن النية يشكل مسألة قانونية، فهو يقع تحت رقابة المحكمة العليا شأنه في ذلك شأن باقي المبادي والتشريعات التي يقوم عليها القانون .

وما نخلص إليه في هذا الإطار أن جميع تطبيقات حسن النية تصلح لأن تكون أساس لحسن النية سواء كانت نصوص صريحة أو ضمنية، ففي مرحلة التنفيذ يمكن للقاضي الاستناد لنص المادة 107 من القانون المدني وفي سوء النية عند إبرام العقد،يمكن الاعتماد على المادة 86 من القانون المدني المتعلقة بأحكام التدليس، وفي التعسف في استعال الحق العقدي يمكن الإستناد لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني[2] .

هذا وإن تعددت أسس حسن النية، فهذا لا ينقص من قيمتها، بل العكس من ذلك، يدل على أهميتها، كما أنها تظل أمرا ضروريا يجب تقصِّيه من طرف القضاء عند نشوب النزاع، وذلك خلافاً للفقه الإسلامي وضع أسس قوية ومتينة لحسن النية في العقود نظرا لأهميتها في الإسلام، فمحورها الذي تدور عليه الرضا المبني على الوفاء لتحقيق الغايات والمصالح التي من اجلها شرعت العقود والتي لاتخلو من مظاهر الأخلاق والتسامح بما تضمنته من وفاء وتكافل، وتضامن، وتراحم، غايتها النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، والتي جاءت أدلتها في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وإجماع الفقهاء.

---

[1] Jaque,Ghestin ،Traite de Droit Civil، Le contrat ،fornation ،LGDJ .1988 ،N 186 .

2-الرأي الغالب في الفقه والقضاء في غالبية الدول بأن المسؤولية عن التعسف في إستعمال الحق العقدي تقصيرية ولو كان الحق تعاقدي، مقتبس عن، بلخيظر عبد الحفيظ المرجع السابق، ص 16.

الفرع الثالث

مشروعية حسن النية في الشريعة الإسلامية

إذا كان أساس حسن في القانون يختلف باختلافها وتلونها فإنها هي أساس العقود في الشريعة الإسلامية، وذلك نظرا لأهميتها الشرعية بحيث تجد مشروعيتها في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وإجماع الفقه وبعض القواعد الفقهية الأصولية .

أولاً: في القرآن الكريم :

نظر لأهمية العقود في الشريعة الإسلامية فإن مشروعيتها تتمثل في أمرين، الأول وهو النهي عن أكل أموال الناس بالباطل عند إبرام التصرفات ، والثاني وجوب الوفاء بالعقود والعهود ويكون في مرحلة تنفيذها .

1-النهي عن أكل أموال الناس بالباطل:

ينهى المولى عز وجل عباده المؤمنين عن أكل أموال الناس بالباطل بأي نوع من المكاسب الغير شرعية كالخيانة والخداع والغش وما شابهها، وبالتالي تعتبر سوء النية من أسباب أكل أموال الناس بالباطل، ودلت على ذلك آيات كثيرة في القرآن الكريم مثل قوله تعلى ﴿ ولا تـــاكلوا أموالكم بالباطل وتدلو بها إلى الحكام لتأكلو فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم لا تعلمون ﴾[1] ،وفي قوله تعالى: ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تأكلو أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة حاضرة بينكم ﴾[2] يقول تفسير المنار في إستثناء الحالات التي يكون فيها أكل الأموال عن تراض يعتبر في حد ذاته توجيها وإرشاداعلى إلتزام حسن النية في العقود .والتراضى لا يكون في المعاملات إلا بحسن النية .يقول صاحب تفسير منار في تفسيره للآية السابقة والمعنى لا تقصدوا أكل أموال الناس بالباطل –سوء النية – أموال الناس ولكن أقصدوا أن تربحو بالتجارة التي صدرت عن تراض منكم –

1 سورة البقرة، الآية 188.

2 سورة النساء الآية رقم 29.

حسن النية –حتى تعيشو حياة طاهرة، شريفة تستقر فيها المعاملات وتنتظم، ويحيا فيها الناس آمنين مطمئنين على أموالهم وحقوقهم.

كما دلت آيات كثيرة على ضرورة الوفاء وعدم الغش في البيوع مثل قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ۖ وَأَوْفُواْ ٱلْكَيْلَ وَٱلْمِيزَانَ بِٱلْقِسْطِ ۖ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۖ وَإِذَا قُلْتُمْ فَٱعْدِلُواْ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۖ وَبِعَهْدِ ٱللَّهِ أَوْفُواْ ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١٥٢﴾ ﴾[1] كما أمر المولى تعالى بضرورة القسط والعدل في قوله تعالى وقالى تعالى ﴿وَأَوْفُواْ ٱلْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُواْ بِٱلْقِسْطَاسِ ٱلْمُسْتَقِيمِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾[2] وقوله تعالى أيضا ﴿وَزِنُواْ بِٱلْقِسْطَاسِ ٱلْمُسْتَقِيمِ ﴿١٨٢﴾ ﴾[3] ﴿وأقيموا الميزان بالقسط ولاتخسروا الميزان﴾[4]

ودلت هذه الآيات جميعها على إيفاء الكيل والميزان ،ومن أخل بذلك عن غير قصد وبحسن النية فلا حرج في ذلك ،كما توعد المولى عز وجل من يفعل ذلك بأشد العقاب[5].

2-الأمر بالوفاء بالعقود .

فدلت آيات كثيرة على وجوب بالوفاء بالعقود والعهود وآداء الأمانة في كثير من الآيات الكريمة مثل قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ۚ ﴾ وكذلك أمر الناس بأداء الأمانة في قوله ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ ﴾[6].

---

[1] سورة الأنعام الآية 152

[2] سورة الإسراء،الآية35.

[3] سورة الشعراء الآية 182.

[4] سورة الشعراء ،الآية182.

محمد الأمين بن محمد بن مختار الجنكي الشنقيطي،أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن،ج 7،دار

[5] الفكر،1415ه،1995م ،ص83.

6 سورة النساء الآية 58.

ثانياً :في السنة النبوية المطهرة .

لقد جاءت السنة النبوية مؤكدة لضرورة حسن النية في العقود ، مؤكدة أنها قوام التصرف ومن اهم الأحاديث المتفق عليه و يستدل به على ضرورة حسن النية في العقود هو الحديث المروي عن يحي بن سعيد الأنصاري عن محمد بن ابراهيم التميمي عن علقمة بن وقاس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ،قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «إنما الأعمال بالنيات ،وإنما لكل إمريء مانوى ،فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ،ومن كان هجرته إلى دنيا يصيبها أو إمرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه »[1]. كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالإستقامة في المعاملات، ونهى عن الغش والخداع في قوله صلى الله عليه وسلم « من غشنا فليس منا»[2] . وهذا ما يظهر استنكار الرسول صلى الله عليه وسلم لغش المسلم لأخيه المسلم في جميع العقود والتصرفات، وبالتالي من يفعل ذلك يكون خارجا عن جماعة المسلمين، وهذا الاستنكار واضح وصريح ولا خلاف . كما أمر صلى الله عليه وسلم بالمسامحة في المعاملات في قوله صلي الله عليه وسلم « رحم الله سمحا إذا إشترى سمحا إذا إقتضى »[3]

ثالثاً:مشروعية حسن النية في الإجماع .

لقد إستقر إجماع الفقهاء على ضرورة حسن النية في العقود، وتحريم وتجريم الغش والخداع في المعاملات . وإبطال التصرفات المبنية على الحيل وسوء النية ،كفتاوي تحريم نكاح التحليل عند عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ،وتحريم مسألة العينة التغليظ فيها لما فيها من حيل تؤدي إلى الربا.كما ثبت عن عبد الله ابن مسعود وعبد الله بن سلام وابن عمر ،وابن عباس أنهم نهوا المقرض قبول هذية المقترض ،وجعلوا قبولها يؤدي للربا[4]. كما توجد قواعد فقهية تؤسس حسن النية في في الفقه الإسلامي كقاعدة الأمور بمقاصدها وهي قاعدة مهمة حيث يرى الفقهاء كالشافعي وأحمد ،أبو داود والدارقطني أن

---

1 حديث متفق عليه أخرجه مسلم ،الصحيح بشرح النووي ،الجزء الخامس ،دار إحياء التراث العربي ،1551مقتبس عن عبد الحليم عبد اللطيف القوني المرجع السابق،ص 130.

[2]أخرجه مسلم في صحيحه (146)

3 حديث صحيح أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب البيوع، باب السهولة والسماحة في لبيع .

4 عبد الحليم عبد اللطيف القوني ،المرجع السابق ،ص 157

دليلها الحديث الشريف "إنما الأعمال بالنيات" [1] ومنه أن جميع أقوال الإنسان وأفعاله منوط حكمها بنيته، ومن ثم فإن سلوك بكونه شر أو خير بنتائج السلوك ومقصده.

المبحث الثاني

مجال حسن النية في التصرفات العقدية

إنتهينا فيما سبق إلى الأسس المختلفة لحسن النية والتي تتغير بتغير ما يمليه الإلتزام حسب ما يقتضيه مبدأ حسن النية في مختلف مراحل العقد ،من إعلان الرغبة في التعاقد لغاية تنفيذ العقد الذي إختاره المتعاقد بإرادته الحرة المخيرة ،وتضمن إلتزامات مختلفة يجب أن تنفذ وفقا لحسن النية في مختلف مراحل العقد، لذلك سنحاول تحديد مجال حسن النية من خلال الإرادة، ومن خلال دوره في مراحل العقد المختلفة .

المطلب الأول

حسن النية والإرادة

إذا كان لحسن النية معنيين معنى يحمل الاستقامة والنزاهة، ومعنى الاعتقاد المغلوط بوجود وضع قانوني يرتب عليه القانون أثرا ما، فهو في كلا الحالتين لا يخرج عن كونه سلوك شخصي صادر من الشخص المتعاقد، سواء كان هذا السلوك إيجابي أو سلبي. وبما أن حسن النية هو وصف للنية التي تعتبر الحلقة الأولى في سلسلة العمل الارادي، فينتهي الفرد بالعزم والتصميم إلى أمر معين، ومن ثم فالنية هي الإرادة [2]، كما أن لا وجود للإرادة إلا إذا صدرت عن صاحبها، وتم التعبير عنها بالطرق المقررة قانونا[3]. والعلاقة بين الإرادة الظاهرة والنية الحقيقية للمتعاقدين هي العلاقة ما بين قلب

---

1 حديث متفق عليه أخرجه مسلم ،الصحيح بشرح النووي ،الجزء الخامس ،دار إحياء التراث العربي ، 1551مقتبس عن عبد الحليم عبد اللطيف القوني المرجع السابق،ص 130

2 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 66.

3 تنص المادة 60 من القانون المدني على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة، او بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع الشك في دلالته على مقصود صاحبه،ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم

المرء ولسانه "وجعل اللسان على الفواء دليلا" [1]،لأن اللسان يخرج ما انطوت عليه النفس إلى العالم الخارجي، فيتم التفاهم والتعامل بين الناس، هذا في الأصل غير أنه غالبا ما تشطر الإرادة الظاهرة عن الباطنة، سواء كان ذلك قصدا [2] أوعن غير قصد[3]وأصبح أحد أطراف العقد يتمسك بالإرادة الباطنة ويتجاهل التعبير عنها لعدم تطابقها معه ،والآخر يتمسك بالتعبير ،للأنه الشيئ المحسوس الذي إطمئن له وكل منهما يدعي حسن نيته ،وكان على القاضي حسم النزاع [4] ،هذا ما أدى إلى إنقسام الفقه حول الإرادة الأولى بالإعتبار،الباطنة أم الظاهرة .

الفرع الأول

الإرادة الباطنة والظاهرة وموقف المشرع الجزائري

لقد اختلاف الفقه حول ترجيح إحدى الإرادتين على الأخرى فذهب الإتجاه الأول إلى الأخذ بالإرادة الباطنة أما الثاني فأخذ بالإرادة الظاهرة.

أولاً: حسن النية إرادة باطنة.

لقد سادت هذه النظرية في الفقه الفرنسي، وهي مستمدة من مبدأ سلطان الإرادة، بحيث تعتبر أن الإرادة الباطنة هي لب التصرف وقوامه. أما الإرادة الظاهرة ماهي إلاّ دليل عليها قابل لإثبات العكس، ولا وجود لهذه الأخيرة إلاّ بقدر مطابقتها للإرادة الباطنة. كما أن النية الحقيقية هي التي يرجع إليها لتحديد آثار العقد وتحديد الالتزامات، أي أن القاضي، وهو بصدد تفسير العقد غير مقيد بظاهر العقد، بل يجب عليه البحث عن إرادة

ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا وبالكتابة، أوبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع الشك .

1- وحيد الدين سوار، التعبيرعن الإرادة في الفقه الإسلامي،ط 2 ،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ،الجزائر 1979،ص 297.

2-. مثل الصورية المنصوص عليها في المادة 98في القانون المدني،

3- وكذلك نظرية التعبير عن الإرادة غي الفقه الإسلامي، إن الكلام لقي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلا، كذلك نظرية التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي.

[4] DELLANOY, Claude, l'ntterpretation des testament par les tribunaux,lille ,1937,p7.

-مقتبس عن عبد الحكم فودة ،المرجع السابق، ص 07.

المتعاقدين فيما إستقر في نفسيهما وانطوى عليه ضميرهما. وأن هذه الإرادة هي الجديرة بالإعتبار في خلق الإلتزام وتحديد مداه، وأن التعبير لا يعتد به إلا بقدر ما يفصح عنها – عن الإرادة– بالأمانة والإخلاص، وقد أسس أصحاب هذا الرأي حجتهم على ما يلي:

- أن العقد والالتزامات في القديم كانت تخضع للشكلية، ثم تطورت لتسود الرضائية، ولذلك فإن القوانين الحديثة تعتد بالرضا نفسه لا بشكله[1].
- أن النية الحقيقية للمتعاقدين يمكن إستخراجها من الإيجاب الذي يوجهه الموجب على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر، وأن هذه الإرادة هي الإرادة الجديرة بالإعتبار في خلق الإلتزام وتحديد مداه [2]،نويترتب على ذلك أن القاضي غير مقيد بظاهر العقد بل يجب عليه البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين .
- البحث عن حسن النية داخل الإرادة الباطنة يتفق مع طبيعتها النفسية، ومفهومها الأخلاقي، ويخرجها عن مفهومها المادي المجرد. وقدأخذ الفقه الإسلامي بهذه النظرية أكثر في فقه المالكية [3] والحنابلة، وقد استخدم أتباع هذه النظرية إلى أدلة كثيرة من أهمها "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى "[4]. واستدلوا على ذلك بقواعد أصولية باعتبار أنّ صيغ العقود هي إخبار عما في النفس، فإذا أراد الشخص التصرف عبّر عن نيته وليس بأي وسيلة. فإذا كان الخبر صادقا نشأ العقد، أما إذا كان كاذبا فلا ينشأ العقد [5]، وكذلك تنويع الجزاء إلى دنيوي وأخروي يقدم لنا دليلا قويا على مكانة النية في التصرفات في الفقه الإسلامي. كما أن بناء الحكم

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص23.

2 حسين عامر،المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)ط 2،دار المعارف، القاهرة 1979، ص 546.

2 يرى قول في المذهب المالكي ،إلى إنتاج النية الباطنة لآثرها الشرعي في بعض التصرفات ،ولو لم تفصح عن نفسها بتعبير خارجي ذي قيمة شرعية موضوعية ،وهذا مايعبر عن إتجاه المذهب المالكي العام نحو إختزام الإرادة الحقيقية ،راجع وخيد الدي

4- أخرجه البخاري.

5- لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 1997 ص12.

الشرعي على الظاهر المبني على توافر شروط صحته المتمثلة في الإيجاب والقبول غير كاف مالم يقترن بحسن النية أو حسن القصد .

ثانياً:حسن النية إرادة ظاهرة

فهذه النظرية قالت بها المدرسة الألمانية في منتصف القرن العشرين للحد من مبدأ سلطان الإرادة. مضمون هذه النظرية أن الإرادة هي شيء كامن لا يعتد بمظهرها النفسي، وإنما ينتج أثرا قانونيا هو الإفصاح عن الإرادة بغير ضرورة لتقصي ما جاء بالخواطر، وليس البحث في خفايا النفوس، إذ أن القانون ظاهرة إجتماعية، فيجب أن يكون للإرادة مظهرها المادي دون الإقتصار على المظهر النفسي وهو ما تستقر به المعاملات . فإذا أه درت الإرادة الظاهرة ، فإن الثقة وحسن النية التي تولدت في نفس المتعاقد الآخر قد تتزعزع ويؤدي ذلك لعدم إستقرار المعاملات ، وذلك حماية للمتعاقد والغير حسن النية الذي إطمئن لهذا العقد.

ولقد أخذ السواد الغالب في الفقه الإسلامي بهذه النظرية ما يكشف النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي. وردوا على أصحاب الإرادة الباطنة المستندين إلى الحديث النبوي"إنما الأعمال بالنيات" ،أنه في غير محله ،إذ أن الحساب على النية في غير محله – .فهذا الحديث مقصور على العبادات دون المعاملات، إذ الشريعة الإسلامية تعرف نوعين من الأحكام ،أحكام دينية،وأحكام قضائية، فالأولى تستند إلى النوايا، وتتعلق بصلة الإنسان بربه، بخلاف الثانية، فإنها تقوم على الظاهر، وتتعلق بصلة الإنسان بالآخرين والمجتمع. وإستدلو في ذلك بحديث قوله صلى الله عليه وسلم «إن الله تجاوز عن لأمتي ما حدثت به نفسها، ما لم تتكلم أو تعمل به » وكذا حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « إنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وفمن قضيت له بحق أخيه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها » [1]. وما نخلص إليه وإن كان لكل الرأيين حججه وإعتباراته التي يقوم عليها مسوغاته،فإن كلاهما لا يجحد الآخر، وإن كانت للإرادة الباطنة إعتباراتها في بعض الأحيان [2] فإن الغلبة صارت للإرادة الظاهرة[3].

---

1 البخاري بشرح العيني،مقتبس عن صبحي المحمصاني، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ط 2،دار العلم للملايين، بيروت 1979 ص429.

2 المادة 107 من القانون المدني .

3حسين عامر المرجع السابق، ص547.

ثالثاً:موقف المشرع الجزائري .

لقد إختلف الفقه الجزائري حول أخذ المشرع بالإرادة الظاهرة أم الباطنة ،فالأول[1] ذهب على أن المشرع أخذ بالإرادة الباطنة لأنه لا يعتد إلاّ بالإرادة المختارة السليمة من العيوب، لذلك فإن القانون المدني الجزائري يعتد بالغلط في المادة 81 من القانون وبالتدليس في المادة 86 وبالإكراه في المادة 88من نفس القانون ، والاستغلال في المادة 91، فيعتبرها عيوب يجيز فيها القانون لمن عيب إرادته، كما يعتد بالسبب الباعث في المادة 97 من القانون المدني ، كماألزم القاضي بالبحث عن النية المشتركة عند تفسير العقد ،وعدم التوقف عند التعبير في المادة 111من نفس القانون .

أما الإتجاه الآخر [2] فذهب أن المشرع الجزائري أخذ بالإردة الظاهرة مستدلين بأن المشرع أشار في المواد 59 و 60 ة61 من القانون المدني نص صراحة على الإرادة الظاهرة ، كما أنه لا يجوز التمسك بالبطلان إلا إذا كان المتعاقد الآخر المستفيد يعلم بذلك حقيقة أو حكما ،كما أن المادة 111 تلزم القاضي بعبارة العقد الواضحة وتمنعه من تأويلها.

غير أن هناك رأي وسط للأستاذ فيلالي الطيب [3]يرى فيه (أن المشرع الجزائري لم يأخذ لا بالإرادة الباطنة ،ولا بالإرادة الظاهرة وإنما إعتد تصورا جديدا يتأرجح بين النظريتين، ويرى أنه وإن كان الغلط من عيوب الرضا فإن المشرع لا يعتد به طبقا للمادة 41 إلا إذاكان في الصفة الجوهرية التي يراها الطرفان ولحسن النية، كذلك بالنسبة للمادة 2/111 التي تلزم القاضي بالبحث عن النية المشتركة ،حيث حددها ببعض المعالم هي طبيعة التعامل والثقة ،والأمانة والعرف .

محمد صبري السعدي ،ص98.وعلي بنشنب ،ص33، لبنى مختار ،مقتبس عن فيلالي الطيب ،المرجع السابق،ص 921

2 حميدة آيت حمودي ،المرجع السابق،ص 94.

[3] فيلالي الطيب،الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ،طبعة منقحة ومعدلة،موفم للنشر ، الجزائر 2010،ص 94.

وهذا الرأي هو الذي نأيده ،وحسن ما فعل المشرع لأنه ترك المجال للقاضي ،في ترجيح إحدة الإرادتين على الأخرى والموازنة بينهما وفقا لما يقتضيه حسن النية والذي سوف يتم التطرق إليه لاحقا .

الفرع الثاني

أثر إختلاف الفقه حول الإرادة على حسن النية .

يظهر أثر اختلاف الفقه حول تكريس احدى الإرادتين على حسن النية من خلال ترجيح حسن النية الذاتي أو الموضوعي وكذا الموازنة بينهما في التصرفات .

أولاً: حسن النية الذاتي و حسن النية الموضوعي

إذا كان إختلاف الفقه حول ترجيح إحدى الإرادتين على الأخرى هو إختلاف مذهبي لدى الفقه فإنه بالنظر إلى حسن النية ،فإن الإرادة الباطنة هي تكريس لحسن النية الذاتي المتمثل في إحترام الإرادة الحقيقية لتكريس العدالة[1] أما الإرادة الظاهرة فهي تتوافق مع حسن الموضوعي التي تحقق الأمن القانوني والثقة في المجتمع [2]، وكل منهما يحقق مصلحة ،لذلك ظهرت فكرة المفاضلة والموازنة بينهما في التصرفات ،الشيء الذي تقتضيه ضرورة ترجيح إحداهما على الأخرى ، ذلك ما نتتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانياً : الموازنة بين حسن النية الذاتي والموضوعي

إذا كان حسن النية الذاتي هو تكريس للإرادة الظاهرة ،وحسن النية الموضوعي تكريس للإرادة الظاهرة، فإن مسألة الموازنة بينهما لها أهمية عملية في ميدان العقود لتحديد المراكز والحقوق ،خاصة إذاكان كل أطراف العقد يتمسك بحسن نيته ،سواء الذاتية التي تمثل الإرادة الباطنة ،أو الذى إطمئن لهذا العقد ظاهرا وبنى عليه مصالحه طبقا لحسن نيته الموضوعية ،لذلك نتطرق إلى أهم الحلول التي تطرق إليه القانون للموازنة بينهما وتفضيل إحداهما على الأخرى .

---

1 حسين عامر، مرجع سابق، ص 546 ، وكذلك عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص230.

[2] حسين عامر، مرجع سابق، ص 546 ، وكذلك عبد الحليم عبد اللطيف القوني مرجع سابق، ص230

أ -في الإبطال لعيوب الرضا:

فالموازنة هنا تكون بين المتعاقد الذي عيبت إرادته والذي يتمسك بالعقد الظاهر، ففي التدليس والإكراه والإستغلال، فإنها تستجيب لقاعدة لايستطيع الشخص أن يتمسك بالغش الصادر منه، فإن جميع التشريعات لا تحمي الشخص سيء النية المدلس أوالذى صدر منه الإكراه على المتعاقد معه ،ويسوي الإجتهاد القضائي إذا كانت هذه المناورات صادرة منه أومن أشخاص تابعين له أو يستخدمهم [1]أو يستعين بهم في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية متى ثبت أنه علم بغشهم وتلاعبهم[2].

لكن المسألة تثار وتحتاج لتفصيل عندما يقع المتعاقد في غلط عفوي غير مستثار يعيب الإرادة، فهل ترجح مصلحة هذا المتعاقد الذي وقع في غلط تكريسا للعدالة، أو نفضل مصلحة المتعاقد معه الذي إطمأن لهذا العقد عن حسن النية؟

لموازنة هذه المسألة يجب ان لا ينفرد المتعاقد الذي وقع في الغلط دون أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه وإلا تزعزع التعامل ولم ينظبط فإذ لا يأمن المتعاقد حسن النية الذي إطمئن للعقد قد إنهار، فإن ثبت أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركا في الغلط، أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه وهو في الحالة الأولى حسن النية. ولكن مقتضى حسن النية أن يسلم بإبطال العقد وهو في الثانية سيء النية وإبطال العقد جزاء حق لسوء نيته، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير إبطال العقد[3].غير أنه في نظرنا أن المشرع مزج بين المعيارين معا وهو ما نلمسه من حلال الصيغة المادة 81 "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أويجب إعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية ، كما رجحت

---

[1] G.Marty et Phillip.Raynaud,Les Obligation ,Tome 1, Les Sources ،2eme edition Sirey 1998 ،n 58. Et BRINO,Oppeti,Dol,jurisclasseur civile ،edition 1991،article 1116 p 4.

2 محمد شتا أبو سعد، عقد البيع،الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي، مدينة نصر القاهرة، 1420ه، 2000م ص 42.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ،مصادر الحق ،المرجع السابق ،ص112 وما بعدها .

حسن النية الموضوعي في المادة 85 من نفس القانون ومنعت من يتمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن .

وقد رجح الفقه الإسلامي حسن النية الموضوعي على الذاتي في عيوب الرضا خشية من الزعزعة التقلقل بين الناس بحيث يضحي بالإرادة الحقيقية حتى يكفل إستقرار التعامل ويظهر ذلك من خلال الصياغة التي إعتمدها ،فهو يعتد بلإكراه وجعل له بابا قائما بذاته ،ويعتد بلإكراه بالتدليس ،فالتدليس له قوام ،والغلط هو أقل العيوب بروزا [1]. كما أن الإرادة الحقيقية محمية بالخيارات التي تحمي رضا المتعاقد من الغلط .

-حسن النية والقاصر:

يرى بعض من الفقه أن مصلحة القاصر مرجحة على مصلحة المتعاقد نظرا لحماية التي يخولها القانون للقاصر حتى على المتعاقد حسن النية [2]، غير أنه إذا إستعمل القاصر طرق احتيالية لإخفاء أهليته ما أوقع المتعاقدمعه في غلط وسبب له ضرر نتيجة إطمئنانه لهذا العقد، فهنا ترجح مصلحة المتعاقد حسن إستثناءا لسوء نية القاصر، فيكون هذا الأخير مسئولا عن التعويض للغش الذي صدر منه عملا بقواعد المسؤولية التقصيرية [3]. ومن صور تعويض المتعاقد حسن النية أن يحكم القاضي بإبقاء العقد وعدم إبطاله ويلزم القاصر بتنفيذه [4] غير أنه واجب حسن النية يفرض على البالغ حسن النية ألا يتمسك بالغلط الذي وقع فيه إذا أجاز الوصي هذا العقد [5]،وهذا الرأي هو الذي نؤيده حماية للقاصر نتيجة لعدم إكتمال قدراته الذهنية.

ب- في البطلان لعدم مشروعية السبب .

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ،ص 105

2 محمود زواوي ،المرجع السابق،ص 74.

3 نقض 1970/3/3 مجموعة الأحكام -21-رقم 64،ص 396،مقتبس عن محمد سعيد عبد الرحمان، نظرية الوضع الظاهر، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ،بيروت ،لبنان ، 2011،ص 247 .

4 نفس المرجع، ص 248.

5 مصطفى الجمال ،مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، 1999 ،ص 212.

إذاتمسك احد المتعاقدين بالبطلان لعدم مشروعية الغرض الشخصي لديه، وليس لدى المتعاقد معه علم بذلك،فقد يكون ذلك مفاجأة له، ذلك ان الغرض الشخصي بحسب طبيعته امر نفسي داخلي قد لا يكون معروفا من المتعاقد الأخر . وفي هذه الحالة يكون في بطلان العقد اهدار لمصلحة هذا المتعاقد واخلال بالاستقرار الواجب في المعاملات . لذلك تشترط التشريعات الحديثة لتمكين أحد المتعاقدين من التمسك ببطلان العقد لعدم مشروعية سببه ،أن يثبت علم المتعاقد معه أو إمكان علمه بالسبب الغير مشروع ، وقد نص نص المشرع الجزائري في المادة97 من نفس القانون على "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام كان العقد باطلا" هنا نتساءل عن أثر البطلان هل يسري على الذي كان لا يعلم بعدم المشروعية ،والذي كان يعلم ، وبالتالي المشرع الجزائري لم يولي إعتبار للمتعاقد معه، أم أن الأمر يتعلق بالصياغة فقط؟

أما الفقه الإسلامي فانقسم في مسألة الباعث إلى قسمين ،ذهب المذهبين الحنفي والشافعي إلى إغفال الإعتداد بالسبب الغير مشروع مالم يكن هذا السبب متضمنا في صيغة العقد ،على خلاف المذهبان المالكي والحنبلي فقد اعتدا بسبب العقد الغير مشروع. ولو لم تتضمنه صيغة العقد ،واكتفيا لذلك بإشتراط أن يكون المتعاقد الآخر يعلم بالغرض الشخصي أو بالسبب الغير مذكور في العقد أو يستطيع أن يعلم به [1]. كما رجح الفقهاء ضرورة علم الغير بالتصرف إذا إشتمل على ضرر في حقه طبقا لمفهوم العدالة ،وتكريسا لقاعدة الضرر مدفوع ،كما في عزل الوكيل[2] .

ت-المتعاقد حسن النية والغير حسن النية:

ترجح أغلبية التشريعات مصلحة الغير حسن النية على إرادة المتعاقدين النابعة عن سوء النية، مثل الصورية، بل أكثر من ذلك فإن مصلحة هذا الغير مرجحة حتى على صاحب الحق، تكريسا لنظرية الظاهر،وتطبيقا لقاعدة إنعدام الأثر الرجعي للتصرفات ولو

1 عبد المجيد الحكيم ،الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ،ج 1،ص109،مقتبس عن مصطفى الجمال ،المرجع السابق، ص 133.

2 وحيد الدين سوار ،المرجع السابق،ص 185.

كان المتعاقد الذي يتمسك بهذا الحق حسن النية، بغية من المشرع في ترجيح إستقرار المراكز والأوضاع. غير أن الفقه والقضاء أورد بعض الإستثناءات على هذه القاعدة تتعلق بطبيعة التصرف الذي استند فيه هذا الغير لترجيح مصلحته فقد يستند هذا الغير على تصرف ناتج عن عيب رضا فيرجح القضاء مصلحة الذي عيبت ارادته على الغير حسن النية ماعدا حالة التقادم المكسب ،رغم تراجع هذا الأخير لصالح الغير حسن النية الذي يتمسك بالتصرف الظاهر. أما الحالة الثانية فتتعلق عندما يتمسك الغير حسن النية بذلك الحق أو العقد الناشيء عن إرادة منعدمة، فترجح مصلحة المتعاقد حسن النية المنعدمة إرادته على الغير مهما كانت حسن نيته رغم ترجيح القضاء في بعض الأحيان للغير حسن النية الذي يتمسك بالمظهر.[1]

ج-ترجيح الفقه الإسلامي لحسن النية الموضوعي :

من قواعد العدل الأساسية أن الإنسان لا يسأل عن تصرفاته إلا إذا كانت صادرة عن إرادته واختياره،ومن قواعد العدل أيضا بناء أثار الأعمال جميعا عن نية صاحبها وعلى مقصوده منها. ودليل ذلك ما جاء في الحديث الشريف المتواترعن رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وانما لكل إمريءما نوى » [2] .وتطبق هذه القاعدة على العبادات والمعاملات [3]، ويسأل المرء ديانة عن العزم وإن كان باطنيا ولو لم يقترن بالعمل الظاهر، وسببه أن أحكم الحاكمين في أمور الدين هو الله تعالى، وهو يعلم الظاهر والباطن وما تخفي النفوس. أما في المعاملات، فلا يؤاخذ المرء بالقصد الباطني ما لم يخرج إلى حيز العمل، لأن العمل وحده يجعله ذا أثر إجتماعي، ولأن أحكام المعاملات لا تتناول من الأمور والأعمال إلا ما كان مقترن بهذا الأثر ، وبالتالي على القاضي في

---

1 فتيحة قرة، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة منشأة المعارف الإسكندرية 1988،ص 36. مقتبس عن محمود زواوي، المرجع السابق، ص 73.

2 علاء الدين الكساني ، ج 7 ،القاهرة،1327ه ،القاهرة ،ص 171. مقتبس عن صبحي المحمصاني الدعائم الخلقية المرجع السابق، ص478،

3 المرجع السابق، نفس الصفحة

مسائل المعاملات أن يتحرى النية في جميع الأمور، وأن يبني حكمها على أساسها [1]، جاء في القواعد الكلية «الأمور بمقاصدها »، ومما لاريب فيه ،أنه إذا إختلفت النية مع الظاهر، حكم بمقتضى النية الثابتة، إلا إذا تعلق بالظاهر حق الغير، هذا طبعا إذا كانت النية ظاهرة معروفة،لكن إذا تعذرت وتعسرت معرفتها، فللقاضي أن يحكم بالظاهر،لصعوبة إطلاع القاضي على الأمور الباطنة، وهذا معنى الحديث الشريف « نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر »[2]. وقد قال عمر ابن الخطاب « من أظهر منكم خيرا، ظننا به خير أجبناه عليه، ومن أظهر لنا شرا ظننا به شر وابغظناه عليه،سرائركم بينكم وبين ربكم ».

وفي الأخير يجب الإشارة إلى أن هناك فرق بين نظرة الدين والأخلاق ونظرة القضاء الى النية كما لاحظها فقهاء القانون وقالو بشأنها ما يشبه فقهاء الإسلام، ومن ثم نبهو إلى أن القانون ينظر إلى النية من ناحية تأثيرها على عمل الإنسان، وإنما الأفكار الباطنية، فبحثها يعود لقواعد الأخلاق.

ثالثا: حسن النية للملائمة بين الإرادتين:

إذا كانت الإرادة الباطنة هي تكريس لحسن النية الذاتي ،والظاهرة هي تكريس لحسن النية الموضوعي ،فإن حسن النية في حد ذاتها تلعب دورا هاما لتقصي الإرادة الأولى بالإعتبار– باطنة أم ظاهرة – خاصة عندما يطرح النزاع لدى القاضي ،فيستنبط هذا الأخير الإرادة الحقيقية طبقا لحسن النية عند التفسير ،هذا ما جعل الفقه يؤكد أن مبدأ حسن النية هو أمر هام يجب تقصيه عند البحث عن الإرادة الحقيقية[3] .

---

1 نفس المرجع، ص 479.

2صبحي المحمصاني فلسفة التشريع في الإسلام، دار المعرف للملايين، بيروت 1961،ص 298،مقتبس عن محمود زواوي، المرجع السابق، ص 30.

[3] حسين عامر ،المرجع السابق، ص 546.

المطلب الثاني

حسن النية في مراحل التصرفات العقدية.

لقد نصت المادة 107 من القانون المدني على وجوب تنفيذ العقد بحسن النية، فهل يفهم من ذلك أن حسن النية ليس لها ضرورة في مرحلتي المفاوضات وإبرام العقد أم الأمر خلاف ذلك،أي يفهم بصورة ضمنية ضرورة هذا المبدأ في هذه المرحلتين التنفيذ.لذلك نتطرق لحسن النية في مراحل العقد المختلفة، منها مرحلة المفاوضات (الفرع الأول) وفي مرحلتي إبرام العقد و تنفيذه(الفرع الثاني) .

الفرع الأول

ضرورة حسن النية في فترة المفاوضات .

ذهب بعض من الفقه [1]على ضرورة مبدأ حسن النية في مرحلتي المفوضات وإبرام العقد ولا تغني باقي الأحكام والقواعد القانونية على حسن النية مستدلين بأن المادة 107 من القانون المدني سالفة الذكر مأخوذة حرفياً من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي. وبالرجوع إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، فإن شراح ه ذه المادة يتفقون على ضرورة المبدأ عند فترة المفاوضات وعند إبرامه ، وما سكوت المشرع عن ذكر ذلك صراحة الا لتناقضات تقتضيها الصياغة القانونية [2].وبالتالي أصبح مبدأ حسن النية يظلل جميع العقود سواء فيما يتعلق بمضمونها أو فيما يتعلق بتنفيذها [3].كما أن مشروع التقنين المدني الفرنسي القديم نص على المبدأ في جميع مراحل العقد[4].

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2،ص288.مقتبس عن منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق ص 70،

2 مصطفى العوجي،العقد، المرجع السابق، ص 169.

3 منى أبو بكر الصديق، االمرجع السابق ، ص 70.

4 MESTRE Jacques,L'exigence de la bonne foi dans la conclusion du contrat ،Revue Tremestrrielle de Droit Civile ،1989 p 739.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/01/15 أن حسن النية في العقود مشترط سواء عند نشأة العقد أو في تفسيره أو بصدد تنفيذه .[1]

ونجد ضرورة توافر حسن النية في فترة المفاوضات وعند إبرام في مبررات عقلية لأن المشرع عند ذكره وجوب حسن النية لتنفيذ العقد، فمن باب أولى قبل وعند إبرامه باعتبار أن العقد لا يمكن تنفيذه إلا إذا كان صحيحاً ولا يكون كذلك إلا إذا روعيت فيه مقتضيات حسن النية في فترة المفاوضات وعند إبرامه[2].

أولا : التفاوض بحسن النية .

نتيجة أهمية مبدأ سلطان الإرادة في العقد لم تهتم الدراسات الفقهيةالمختلفة بمرحلة المفاوضات، فانصب البحث خصوصا على مرحلة تكوين العقد والتركيز على سلامة الإرادة من العيوب. ولكن مع إزدهار الحركة الإقتصادية وما تفرغ عنها من معاملات، وبالنظر لحجم العقود التي تبرم بين المتنجين والموزعين والمستهلكين، أصبحت هذه المرحلة تفرض نفسها، فماهي مرحلة المفاوضات واين تظهر علاقة حسن النية فبها؟ وما المسؤولية المترتبة على مخالفتها في هذه المرحلة ؟.

أ- تعريف مرحلة المفاوضات:

هي عبارة عن تبادل وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه، وتعبير عن مواقف من العروض والعروض المقابلة يتخذها المتفاوضون و التي تبدأ بعرض يقدمه أحد الطرفين للآخر طالباً الدخول معه في عقد للوصول لإتفاق نهائي[3]، وتسمى في الفقه الإسلامي بالمفاوضات أو المساومات وهذه المرحلة لها أهمية كبيرة في العقد التي سنتناولها في النقطة الموالية.

---

[1] قرار المحكمة العليا في 1990/01/15 المجلة القضائية 1993 عدد1، ص113

2الحماية التقليدية لا تظهر إلا في مرحلة لاحقة على الوقائع أو التصرفات القانونية، أما حسن النية في المفاوضات في حماية المستهلك، موضوعها حماية سابقة على العملية العقدية.،عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ،ص :409.

3 مصطفى العوجي ، العقد، المرجع السابق، ص 164،165.

ب- أهمية ودور حسن النية في فترة التفاوض:

تظهر أهمية المفاوضات في أنها فترة الإعداد للعقد . و كلما كان الإعداد جيداً كان العقد محققاً لمصلحة الأطراف، ومتضمناً من الشروط و البنود الواضحة التي تحول دون قيام منازعات بينهم . فإذا أسفرت المفاوضات إلى التعاقد كنا بصدد عقد جيد وكان الأطراف أمام مستقبل أفضل . أما إذا لم تستقر المفاوضات الدقيقة و المتأنية إلى التعاقد ، فإن تلك النهاية لا توصف إلا بأنها نهاية غير سعيدة . فعدم التعاقد خير من إبرام عقد يفتح باب النزاع و الصراع الذي قد يسفر إلى إرهاق الطرفين مادياً و معنوياً فمفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل ويمكن حصر اهمية المفاوضات في النقاط التالية:

- تمكن كلا الطرفين معرفة مدى استعداد كل طرف بقبول شروط و بنود الطرف الآخر فإذا كان العقد مثلاً عقد بيع يستطيع المشتري التعرف على المبيع و مشتملاته كما أن البائع يتمكن بتقدير قيمة الثمن و كيفية تحصيله . كما أن هذه المرحلة تساهم في تحديد شروط التعاقد و آثاره فالمفاوضات تهم التفاوض من حيث يستطيع من خلالها تبيان رأي من يتفاوض معه[1].

- عدم التوازن بين طرفي العلاقة العقدية نتيجة التقدم العلمي و ما رافقه من تطور في حقل الإنتاج على جميع الميادين ، و كذلك التفاوت بين البشر من ناحية العلم و المعرفة هذا ما أدى بالقضاء و التشريع إلى فرض التزامات تقوم على مقتضيات حسن النية و ذلك في فترة المفاوضات .

- أن مرحلة المفاوضات إذا كانت جدية و تم فيها مراعاة مقتضيات حسن النية فإنها تستطيع حماية رضا المتعاقدين من العيوب التي تطرأ عليها باعتبار أن نظرية عيوب الرضا أصبحت قاصرة عن تحقيق أهذافها بحيث عرف العصر الحديث إلى جانب الإرادة المعيبةبسبب الغلط و الخداع ، عدم التكافؤ في المعلومات و ذلك بسبب الجهل بالأمور أو عدم الخبرة ، ومن هنا فعلى كل متفاوض أن يحيط الآخر علماً بكل ما يعرفه

1- أنور سلطان ،الموجز في مصادر الالتزام منشأة التعارف بالإسكندرية، ط 1990، ص 70.

عن العقد المراد إبرامه من معلومات كي يقوم العقد على أساس من التوازن في المعلومات.

– تظهر أهمية المفاوضات بشكل كبير في التوفيق بين اعتبارين، الأول يتمثل في حماية الطرف الذين ذي وثق بجدية المفاوضات، والثاني هوحماية المفاوض وإجباراه من عقد لا يريده، وبالتالي على القاضي التوفيق بينهما مستعينا بمبدأ التفاوض بحسن النية .

ت– دور حسن النية في المفاوضات

طالما أن المفاوضات هي مبادرة شخصية لمناقشة موضوع العقد، فإن المبدأ الأساسي الذي يحكمها هو مبدأ حسن النية الذي يلعب دورا كبيرا في التوازن والتوفيق بين مبدأين، الأول وهو حرية الإنسان في عدم الالتزام بأي شيء يرغب الالتزام به، والثاني هو الإلتزام مع الآخرين حدود لا يجب تخطيها، تفاديا للأضرار المادية والأدبية التي يمكن أن تلحق بهم. حيث أيدت الغرفة المدنية الفرنسية حكم المحكمة الإبتدائية بتعويض المفاوض الذي أراد شراء عقار نتيجة للكتمان الخادع وإعطاء معلومات خاطئة حول طريقة دفع الثمن جزافا وبدون الإستدانة أوضمانة بنكية، وطلب من المفاوض البائع عدم تأجير طابق بأكمله في مفاوضات جرت بطريقة سريعة[1]. كما إعتبرت الغرفة المدنية لبوردو بأن يعتبر خطأ تقصيريا إقدام شركة على التفاوض مع مالك عقار لإستئجاره شرط أن يخرج المستأجرين منه، ومن ثم بعد قيام المالك بإخراج المستأجرين منه إمتنعت الشركة دون مبرر من إستئجار العقار متذرعة بوجود مشاكل[2].

1 Cass .Civ.1ere Cha.6 janvier, n II،1100661998.JCP .1998. II،110066. Note Bertrand Fages.

2 Appel Bodeaux 24.06.1997. N 04251

مقتبس عن مصطفى العوجي ، العقد، المرجع السابق، ص 169.

ثانيا: التزامات يفرضها حسن النية في مرحلة المفاوضات .

يفرض مبدأ حسن النية عدة إلتزامات في مرحلة المفاوضات وهي في الحقيقة من خلق القضاء، ونظرا لأهميتها فقد نصت عليها مختلف التشريعات، كالتزام بالإعلام وما ينبثق عليه من إلتزامات متداخلة به.

أ -الإلتزام بالإعلام:

لقد كان لمبدأ حسن النية اثر في ظهور إلتزام بالإعلام وتوسيع نطاقه ،حيث أصبحت المحاكم الفرنسية تعتير أن مخالفة إلتزام بالإعلام يترتب عليه خرق مبدأ حسن النية[1] ، وقد إعترف القضاء الفرنسي بهذا الإلتزام كمبدأ عام وكذا تم إعتماده من الفقه الفرنسي والمصري [2] .وتبنته العديد من التشريعات في نصوصها خاصة المتعلقة بالإستهلاك، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 17و18 في قانون حماية المستهلك كما نص عليه في قانون التأمين.

ويتضمن هذا الإلتزام بضرورة بإحاطة المتعاقد الآخر علما بكل ما يتعلق بالعقد ، بحيث يكون كل فريق في العقد على بينة تماما بما إلتزم به وبما وعد به ،وأن ما وعد به مطابق لما ينتظره من منفعة، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية أن إمتناع متعهد بيع الشقق عن إعلام المشتري بالأخطاء التي وقع فيها المهندس، ما رتب عنها غلق نافذتين يشكل خرقا لإلتزام بالإعلام ولمبدأ حسن النية الذي يسود العقود وبالتالي رتب عليه الأضرار اللاحقة بالمشتري والمتمثلة في تفويت فرصة شراء شقة أخرى يتناسب ثمنها في ذلك الوقت مع إمكانياته المالية[3].

---

[1] MUZY A,good faite principle in contrat law and the precontratual duty to disclose ;Comparative analise of new diffrence in legal cultures ,December,2000,p9. On 16/01/2009 http//www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf

مقتبس عن منى أبو بكر الصديق المرجع السابق ،ص 71 .

2 عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ص 366 .

3- Cass .Civ.3 Cha.17 nov 1998.1993. IR،259 et .JCP،1994،22283.

كما إستندت محكمة النقض الفرنسية للقول بقيام المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام لشركة التأمين بأن " شركة التأمين حين رفضت مبلغ التأمين عن حادثة سرقة سيارة احتجاجا بأن جهاز الإنذار لم يكن من الأجهزة المعتمدة، فإنها لم تكن حينئذ حسن النية وذلك إستنادا لأمرين، أولهما أن شركة التأمين لم توضح النماذج المعتمدة لهذة النوعية من الأجهزة، وثانيهما أن الشركة قامت بتحصيل الأقساط المستحقة عن ثلاثة سنوات" [1].

ويقوم إلتزام بالإعلام بدور كبير في حماية رضا الم تعاقد [2]، وهو يتضمن في عقد الإستهلاك عنصرين أساسيين احتدم الخلاف بين الفقه حول نطاق الالتزام بالإعلام فذهب فريق إلى حصره في الأشياء الخطيرة فقط. أما الفريق الثاني [3]فذهب إلى نطاق هذا الالتزام لا يمكن فقط على الأشياء التي تكون ذات الخطورة في طبيعتها وفي كيفية استعمالها بل يشمل أيضا جميع الأشياء التي تتميز بصفة الجدة والابتكار على اعتبار أن عدم شيوع هذه الأخيرة يحتم على البائع أن يفضي إلى المشتري بكيفية استعمالها لكي يتجنب أخطارها[4]، كما يتسع نطاق الالتزام بالإعلام إلى أقصى مداه ليصبح إلتزام بتحقيق

مقتبس عن مصطفى العوجي، العقد ، المرجع السابق،ص 181.

1 -CassCiv 20/03/1985،Bull Civ 1985,N102,p 93. 262 مقتبس عن جاك غستان ، المرجع السابق،ص

2-عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في التعاقد، المرجع السابق، ص 362.يرى بعض الفقه الإسلامي أن حماية الرضا عن طريق الخيارات، والعلة الدافعة لشرعية الخيارات هي اللإستيثاق من الرضا والتأكد من وجوده والموازنة بين مايعود على العاقد من نفع وما يغرم في سبيلها.تريه ثلاثة أيام، وقد كان حيان بن منقذ النصاري يغبن في كل بيعة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بايعت فقل لا خلابة أي لاخداع ولي الخيار ثلاثة أيام .وقد شرع بحديث النبي عليه الصلاة والسلام اذ جعل حيان بن منقذ الأنصاري بالخيار في كل مبيع يشتريه، وقس على البيع ما في حكمه من عقود المعاوضات.. أنظر في هذا محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة 1977،ص 431هام روى الحديث الحاكم في المستدرك، أنر مقتبس عن الزرقاء المرجع السابق ص368..

[3]منى أبو بكر الصديق ،المرجع السابق،ص 50 وما بعدها.

[4]ممدوح محمد مبروك،أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوحيا المعاصرة ،المكتب الفني الإصدارات القانونية،مصر2000.

نتيجة عندما يتعلق ا لأمر بمعلومات أشياء معقدة من الناحية التقنية وخاصة إن كانت ذات تكلفة عالية وتحتاج إلى خبرة فنية متقدمة وبالنظر كذلك لوضعية البائع والمشتري،[1] سواء قبل البيع أو بعده . فإذا تعلق الأمر بجانب آلي فأنه يجب على البائع أن يعطى النصائح اللازمة حول شرائه واستعماله بل تذهب أغلب المحاكم إلى إبداء النصح يتعلق بملائمة الجهاز لاحتياجاته وان الإخلال بهذا الالتزام يمكن أن يشكل مسؤوليته.

وقد حثت الشريعة الإسلامية على السماحة والتعاون في فترة المفاوضات وهذا لا يتعارض مع حرص كل طرف على مصالحه فهذا الالتزام تفرضه قواعد حسن النية التي بنيت على أسس ثابتة وأدلة راسخة أهمها قوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾[2]وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الدين النصيحة» [3].

وقد عرف الفقه الإسلامي نظام العقود اللازمة مايدخله خيار الرؤية وخيار العيب ويشترط فيها الخيار ،أي إختيار العاقد إمضاء العقد وفسخه ،والخيارات قسمان :قسم لا يثبت إلابالشرط ،أي لا يثبت إلا بالشرط أي بالإتفاق بين المتعاقدين ،فإذا لم يشترط فليس لأحد العاقدين أن يستقل بفسخ العقد ،وقسم يثبت بأسباب أخرى بوضع الشارع ،سببها تحقيق العدل في المعاملات والوصول إلى تمام الرضاوالتوسعة على المتعاقدين [4] . كما توجد بعض البيوع تتشابه مع إلتزام بالإعلام ،هي بيوع الأمانة و الإسترسال ،والوضيعة [5] .

من خلال ما سبق نستخلص أن التعامل بشرف واستقالة في فترة المفاوضات يكون بإعطاء كل المعلومات التي لها أهمية بموضوع العقد بالنسبة للمدين بالالتزام وك ذالك

1عبد المنعم موسى إبراهيم ،حسن النية في التعاقد ،المرجع السابق ، ص 15.

2سورة المائدة ، الآية 02.

3ابي الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم،ط1 ، دار الخلافة العلية،1330هـ ، كتاب الإيمان حديث 205

4 محمد حسنين ،نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي ،دراسة مقارنة،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر 1988،ص 19

5 وهي أن يستأمن المشتري البائع على البيع ،أو يسترسل البائع في وصف الشيئلأكثر توضيح ،مقتبس عن ،مصطفى الجمال،المرجع السابق،ص 75.

بلسداء النصح بالأشياء الخطيرة والمعقدة لتجنب مخاطرها ، وذالك كله للوصول إلى الأهداف والغايات المتوخاة من العملية موضوع التفاوض.

ولكن حسن النية في هذه المرحلة لا يعني سلوك الدائن بالالتزام سلوكاً سلبياً ، بل وجب عليه استعلام الطرف الآخر من كل ما من شأنه تحديد موضوع العقد وإلا اعتبر مهملاً ومقصراً الشيء الذي يتنافى مع حسن النية.

ب- الالتزام بالإستعلام .

إذا كان إلتزام الإعلام على عاتق[1] المدين فإنه يقابله إلتزام آخر في جهة الدائن هو وجوب الإستعلام ،فحدود موجب الإعلام تقف عندما يبدأ موجب الاستعلام المفروض على كل متعاقد لأن القانون لا يحمي من يهمل مصالحه متى كان راشدا وذا أهلية للتعاقد والإلتزام. فإذا كانت المعرفة مفترضة للمدين بوجب الإعلام، فإنها تفترض عدم توافرها للدائن بهذا الإلتزام، شرط أن يكون عدم المعرفة هذه مبررا بصورة مشروعة. أما إذا كان عدم المعرفة نتيجة خفة فيتحمل نتائج خفته وإهماله على النحو الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية[2].

هذا ما يفسر عدم قبول المحاكم دعاوي البطلان المقدمة من احد طرفي العقد للغلط إذا ثبت لها انه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك فقد ردت محكمة النقض دعوى وكيل ثانوي بيع السيارات على وكيل أصلي بالتعويض للضرر مؤسسة على المادتين 1382 و 1333 من القانون المدني الفرنسي لأن هذا الأخير أخبره بان البيوع المتوقعة تبلغ 370 سيارة للسنة المقبلة بينما لم تتجاوز 130سيارة معللة قرارها بأنه على مادام الوكيل الثانوي ممتهن فمفترض عليه الاطلاع على أوضاع سوق السيارات . وكذلك رفضت دعوى إبطال لعلة التدليس معتبرة انه كان بإمكان المدعي وهو بكامل قواه

---

[1]Req 7 jan 1901,D1901,01,128 (Le contractant qui s'est trompé parcequ' il a été crédule ou negligent dans ses verrification ne doits, en prendre qu' à lui –méme).
Req,15nov1927 ,G.p1928,01,80(La cheteur conscient doit se tenir en garde).

العقلية التحقق بنفسه من المستندات والوقوف على مدى انطباقها على الحقيقة والواقع وخاصة وانه مقبل على صفقة ذات تكلفة كبيرة وبالتالي يكون ج زاء عدم الاستعلام الخاطئ رد دعوى البطلان ودعوى المسؤولية باعتبار أن الخطأ الحاصل من جانب طالب البطلان بعدم الاستعلام غير مبرر وغير متسامح به [1]. ويرتبط التزام الاستعلام بمسألة الغلط باعتبار أن المدين إذ لم يقم بواجب الاستعلام الذي يفرضه التعاقد الذي عمد إليه ولم يكن من المتسامح بد لاً أن يمتنع أصلا فوقع في غلط فيكون فيها امتنع عنه قد ارتكب خطأ جسيم أو غير مغتفر ،فلا تقبل دعواه للغلط لان الاجتهاد الفرنسي يشترط أن يكون الغلط مغتفراً بمعنى أن لا ينطوي على خطأ فادح يخالف حسن النية[2].

ت-إلتزام الإستعلام **للإعلام:**

تطور الإجتهاد القضائي إلى أبعد من الإلتزام بالإعلام، بحيث أصبح يلزم المدين به، بضرورة إستعلام الدائن للإعلام [3] خاصة عندما يكون المدين له خبرة وإختصاص بأصول مهنته في هذا المجال التي لا يمكنه الإدعاء بجهلها،حيث يميز الإجتهاد القضائي بالنسبة لهذا الإلتزام بين المحترفين وغير المحترفين، فلا يرتب هذا الإلتزام إلا في الحالات التي يكون فيها هذا الأخير ممتهنا [4].حيث أيدت الغرفة المدنية حكم المحكمة القاضي بإبطال عقد البيع للغلط [5] لكتمان لأن الشركة البائعة ومدير أعمالها وهم محترفون في مجال الصفقات العقارية كانو ملتزمين تجاه المشتري عديم الخبرة بالتحقق من صلاحية وملائمة هذه الصفقة

---

[1] Cass,Civ,25/06/1980,G.p.1980.2.som مقتبس عن عبد المنعم موسى إبراهيم ،المرجع السابق ،ص 21

2 مصطفى العوجي ،العقد، المرجع السابق، ص 368 .

3 صدرت عدة أحكام من القضاء الفرنسي في هذا الإطار مثل

3fevrier 1981.D 1984.p 457. Cass 1ere Civ 15mai 2002.Gaz pall 2002 . 1ere Civ .18Avril 1989 . Cass 1ere Civ .p .1811، Bull Civ 2002.

4 بيار إميل طوبيا، المرجع السابق ،ص .78

5 نفس المرجع، ص 82.

لإحتياجاته بكافة الطرق والوسائل .

ج- الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات

متى بدأت المفاوضات دخل الطرفان فعلا في ع لاقة بينهما وقوام هذه العلاقة أن كل طرف بعث في نفس الآخر بأن سيناقش معه بجدية ورغبة كل ظروف العقد المراد إبرامه، وعلى هذا الأساس سيتكبد كل طرف في العملية نفقات وجهذ مثل إعداد دراسات وإنجاز خبرات وغير ذلك من الأمور . فإذا فوجيء أحد الطرفين بأن الطرف الثاني لم يكن جادا أو كان يقصد من هذه المفاوضات سوى الدعاية والإشهار أو مجرد استطلاع ظروف الآخر،فمن المؤكد ان هذا الطرف أي الأول يشعر بأن ثقته إهتزت نتيجة المفاوض سيء النية الذي لم يقصد العقد وإنما قصد أسباب أخرى،لذلك يلجأ بعض بعض المتعاقدين لتفادي هذه المشلة بإضفاء الطابع التعاقدي عل فترة المفاوضات " الكتاب المثبت،مذكرة تفاهم، إلتزام الشرف...." .

ح- الإلتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات

قد يحدث أثناء المفاوضات ان يزود احد المتفوضين بأسرار الصناعة أو التجارة، التي توجبها القانون أو طبيعة المفاوضات، فعلى فرض أن المفوضات لم تسفر على ابرام العقد، يبقى أن المفاوض الذي تحصل على أسرار صناعة أو تجارة الآخر أو أي معلومات خاصة بموضوع المفاوضة ملزم بحفظ السر، وعدم إفشاء المعلومات التي وصلت إليه من المفاوضة . تعد المحافظة على سرية المعلومات التجارية والصناعية وغيرها من المعلومات ذات الطابع السري التي يفضي بها حائز التكنولوجيا، بمقتضى الالتزام السابق، لطالب هذه التكنولوجيا خلال المفاوضات، من المبادئ الهامة التي تحكم فترة المفاوضات في هذه العقود[1] وغالبا مايشترط في الإتفاق المبدئي على التفاوض شرط

1 محسن شفيق- نقل التكنولوجيا – المرجع السابق- ص36 وما بعدها.

عدم البوح بالمعلومات وفي هذه الحالة تكون المسؤولية عقدية [1]، للإخلال ببند السرية الذي تقتضيه حسن النية والإستقامة في التعاقد.

وما نلخلص إلي أن مرحلة المفاوضات هي مرحلة هامة في حياة العقد لذلك نجد هناك إتفاقا وإجماعا على ضرورة بإلتزام المتعاقدين بما يقتضيه حسن النية في فترة المفاوضات والتي تم التطرق إليها سابقاً. ولقد أعطى الفقه الإسلامي أهمية كبيرة لهذه المرحلة وتسمى بمرحلة المساومات،تظهر من خلال تحريم الغش بين المتعاملين ووجوب إظهار البائع للمشتري ما يخفى عليه من عيوب قد تؤثر على رضائه بالمبيع أو على الأقل تقدير تقليل من ثمن هذا البيع، وإن لم يفعل البائع فقد أثم وارتكب محرما [2].

ثالثاً : قيام المسؤولية المترتبة على مخالفة حسن النية في فترة المفاوضات

قد يرتكب المفاوض خطأ نتيجة مخالفة الإلتزامات سابقة الذكر، فماهوطبيعة وأساس هذه المسؤولية؟.

أ-أساس المسؤولية

قد يرتكب المفاوض خطأ في فترة المفاوضات يؤدي إلى وقوع أضرار مع المتفاوض معه، وأساس الخطأ هومخالفة مبدأ حسن النية، فلا يشترط أن يكون التصرف الخاطيء بغية الإضرار بالمتفاوض معه الآخر، بل يجب أن يكون حاصل عن سوء نية [3]، أي أن يكون هذا الضرر نتيجة تصرف لا يقدم عليه الرجل العادي والمتبصر في

---

1 Voir Fady Namour,Les clause de secrelet ou la resarvation de L'information par le contrat ،Berouth 1996.p

-مصطفى العوجي، العقد، المرجع السابق، ص 198.

2 عمر أحمد عبد المنعم دبش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية ،دار الفكر العربي ،مصر، 2012 المرجع السابق، ص24.

3 Cass Civ ، 3oct 1972 Bul 2،N491.

علاقاته مع الآخرين، ويؤخذ في عين الإعتبار الضرر الناشيء عن تفويت فرصة الدخول في عقد صحيح[1] .

ب-طبيعة المسؤولية

لقد إختلف الفقه [2]حول طبيعة المسؤولية المترتبة على مخالفة مبدأ حسن النية في فترة المفاوضات،أو المسؤولية السابقة على التعاقد. فمن الفقه من قال ان هذه المسؤولية هي عقدية [3]، ومنهم من قال بأنها لاتتعدى كونها مسؤولية عن الفعل الضار، لأن الخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد ولا يمكن توقيع الجزاء بشأنه إلا من خلال أحكام المسؤولية التقصيرية[4]. و قد قضت محكمة النقض المصرية بأن "المفاوضة ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حُر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد ، دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان تحقق المسئولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض . وهناك إتجاه يذهب إلى المناداة بجعلها مسؤولية متميزة أي مسؤولية خاصة تتلاءم مع طبيعة المرحلة السابقة على التعاقد وحسن النية.

غير أن الرأي الذي نرجحه هو أن المسؤولية المترتبة على مخالفة حسن النية هي تقصيرية لغياب العقد رغم أن التمييز بينهما لايثور على مخالفة مبدأ حسن النية في التعاقد.

وقد إهتم الفقه الإسلامي بمرحلة المفاوضات واعتبر العدول عن المفاوضات حقاً مشروعاً للمتفاوضين لأنه يستعمل حق إجارة الشارع له إلا أن هذا الحق مقيد بعدم

---

1 Jaques, Bore ,L'indemnisation pour les chance perdues :une forme d' appréciations quantitative de la causalité d'un fait dommageable .JCP 1974 p2620.

2 صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول،العدد الثالث،1997 ص 130 .

3 يعد الفقيه (اهرنج) من انصاره هذا الإتجاه وذلك بفكرته (الخطأ عند تكوين العقد) ،مقتبس عن ،حسين عامر ،المرجع السابق،ص 38.

4 محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة ،القاهرة 1990ص 141.

الإضرار بالغير، أي أن لا يكون مقترن بخطأ يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير وبالتالي خروجا على مقتضيات حسن النية وبالتالي يخضع لأحكام الضمان في الفقه الإسلامي لأنه خرج بالحق الممنوح له عن أه دافه ومقاصده الشرعية وألحق ضرراً بالغير والضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»[1] ، كما أن اشريعة الإسلامية لم تنهى المتعاقدين فقط عن سوء النية في فترة المفاوضات ،بل تنهى حتى الغير،.لأن النبي صلي الله عليه وسلم نهى الرجل على خطبة أخيه في قوله « لايخطب أحدكم على خطبة أخيه »[2]،وكذلك نهى عن الرجل أن يبيع على بيعة أحيه

واستعراضا لما سبق وإن كانت مرحلة المفاوضات هي مرحلة سابقة على العقد فالفكرة الأساسية التي تقوم عليها هي مبدأ حسن النية الذي تمارس فيه حرية التعاقد لذي يبقى دوما مرافقا للمفاوضات والإتفاقات المهيئة للعقد النهائي، بحيث يتمكن كل فريق من مناقشة شرروط التعاقد بكل حرية ودون تعرضه لأي مسؤولية طالما أن حسن النية والإستقامة هما رائدان في التعامل مع الغير.

1 مسلم، المرجع السابق ، في البر والصلة باب تحريم الظلم حديث رقم 2577

2 محمد بن إدريس الشافعي،الأم ،ج5،دار المعرفة للوزيع والنشر 1410ه،1990م.ص 42

الفرع الثالث

حسن النية في إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه

تبدأ مرحلة إبرام العقد بعد إنتهاء مرحلة التفاوض بصدور ايجاب بات قائم على نية قاطعة في الارتباط بالتعاقد، فما دور حسن النية في مرحلة إبرام العقد ؟.

أولاً: دور حسن النية في مرحلة إبرام العقد

يظهر دور حسن النية في مرحلة العقد من خلال حماية الرضا وكذا تحديد مضمون العقد .

أ-حماية الرضا

بالإضافة إلى الإلتزام بالإعلام السابق على التعاقد فإن حسن النية يلعب لدور هاما من خلال حماية رضا المتعاقدان الذي يعتبر الركن الأساسي في العقد [1] من خلال مشروعيةة السبب الذي يعتبر ركن من أركان العقد. وكذا حماية المتعاقد من العيوب المبطلة حيث أعطى الفقه لحسن النية مكانة هامةً لسلامة الرضا ،حيث يتطلب حسن النية عند إبرام العقد ولو لم ينص عليه صراحة[2] .

هذا ما جعل أن الفقه الإسلامي يرتب إنزال الحكم الشرعي ليس على الشروط والأركان الظاهرة من إيجاب وقبول، لأن أخوف مايفتي به ويؤسس الحكم عليه الشروط وحدها والإستغناء عن حسن النية أو حسن القصد، فعلى سبيل المثال، في الزواج المثلي فقد تتوافر الشروط الشرعية من إيجاب وقبول والولي والمهر والشهود، مع توافر الواجبات التي تلحق بالشروط من الإشهار والتوثيق، و لايمكن الحكم بصحة العقد حسب الظاهر ، حيث بعد التدقيق والتمحيص نجده ما هو إلا شرعنة للعلاقات الجنسية بناءً على فقه المقاصد والمآلات، ففي هذا العقد مقصد واحد هو تحقيق الرغبة الجنسية، متناسيا المقاصد الأخرى من الزواج والمتمثلة في السكن لقوله تعالى ﴿ومن آياته أن خلق لكم

---

1 توفيق حسن فرج،النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق ، ص75.

2 Mestere, Lexigence de bonne foi dans la conclusion du contrat .R.T.D.C .1989 p736.
مقتبس عن جاك غستان ،المرجع السابق، 267.

من أنفسكم أزواجا لتسكنو إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك آيات لكم لعلكم تتفكرون﴾[1]،كذلك من مقصد الزواج إنجاب الذرية لقوله تعالى ﴿والله جعل لأنسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ﴾[2] إذن فبناء الحكم الشرعي لدى الفقه الإسلامي على أساس النيات .

كما جعل المشرع من حسن النية اساس ووسيلة لحماة الرضا والعقد من التعسف في إستعمال حق الإبطال والبطلان وبالتالي لايستطيع من يتمسك ببطلان العقد لعدم المشروعية ما لم يثبت أن المتعاقد يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم بعدم المشروعية. كما أن الذي لا يتمسك بالغلط لا يجوز له أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية[3]،إذا أبدى المتعاقد معه نيته و إستعداده لتنفيذ العقد، لكن ما مدى كفاية نظرية عيوب الإرادة؟ أو هل تغني هذه النظرية على مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد .

1-قصور نظريتي عيوب الرضا والعيوب الخفية

لقد عرف العصر الحديث بالإضافة إلى عيوب الرضا بسبب الغلط والتدليس.عدم التكافأ في المعلومات بسبب الجهل بالأمور وعدم الخبرة، وقد لا تتوافر الشروط القانونية للتمسك بالإبطال للغلط في النظرية العامة، حيث أنه للتمسك بالتدليس طبقا للمادة 86 من القانون المدني يشترط استعمال المتعاقد المدلس وسائل إحتيالية ومناورات لأجل إيقاع المتعاقد معه والحصول على رضاه .أما الغلط فاشترطت المادة 41 من القانون المدني أن أن يكون الغلط في صفة جوهرية في الشيء، وكذلك بأن يكون المتعاقد معه هوالآخر قد وقع فيه أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه. وهذه الشروط يمكن أن لاتتوافر دائما وبالتالي تقيد من إستخدام الإبطال للغلط التعاقدي. فوجود الإلتزام بالإعلام الذي يعتبر مقتضى من مقتضيات حسن النية يسهل كثيرا المطالبة بالبطلان للغلط الذي

1 سورة الروم، الآية 21.

2 سورة النحل، الآية 72.

3المادة 85 من القانون المدني.

لايشترط الشروط السابقة[1]، حيث أن الإجتهاد الحديث لا يشترط وسائل إحتيالية أو كذب لطلب الابطال، بل مجرد الكتمان يوفر عنصر الغلط وبالتالي يخفف على المتعاقد الذي وقع في غلط عبء الإثبات، وبالتالي فمخالفة لتزام بالإعلام قبل التعاقدي يعتبر قرينة على الغلط.

أما بالنسبة لنظرية العيوب الخفية، لقد نظم وضع القانون المدني الفرنسي القديم أحكام ضمان العيوب الخفية وكانوا يفرقون بين البائع حسن نيته والبائع سيء النية ، ومع التطور والتطور الذي حصل ونتيجة عدم التكافؤ بين المتعاقدين خلص القضاء إلى إفتراض سوء النية على عاتق المحترف [2]،باعتبار البائع المحترف من المفترض أن يكون لا يجهل الشيء الذي يصنعه أو يبيعه الأمر الذي يعتبر مقصراً أو مهملاً نتيجة عدم فحص المبيع قبل بيعه و إما لرقص الكفاية والعناية اللازمة لكشف هذا العيب فينسب إليه في كلتا الحالتين الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية .

ب-تحقيق العدالة العقدية

وذلك من خلال تحديد مضمون العقد [3]،ول يكون هناك عدالة عقدية إلا إذا حسنت نوايا المتعاقدين ، ذلك في ظل تعاقد يشوبه سوء النية لا يمكن تحقيق أي قدر من العدالة التي ينشدها أطراف التعاقد ، وحسن النية يقتضي الموازنة بين مصالح الطرفين ولو اقتضى الأمر التضحية بمبدأ سلطان الإرادة . فتحديد مضمون العقد في عقد التأمين مثلا يقوم على ما يعطيه المؤمن له للمؤمن من معلومات والتي تتناسب مع الخطر المؤمن عليه.

---

1 عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 383.

[2]بودالي محمد ،المرجع السابق، ص 69

3جاء في مشروع التمهيدي للمادة 148 من القانون المدني، (إن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني كما كان الشأن عند الرومان ،فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بمضمونها أو فيما يتعلق بكيفية تنفيذها) ،مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني نالجزء الثاني صحيفة 288 مقتبس عن إلى حسين عامر، المرجع السابق،ص546 ،وكذلك منى أبو بكر الصديق،المرحع السابق،ص 70هامش.

ومن أهم أسس تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة والتى إعتنت الشريعة الإسلامية بتظيمها:العدالة والمساواة ،لاضرروولاضرار،الضرر يزال ،إرتكاب أخف الضررين ،الضرورات تبيح المحضورات والضرورة تقدر بقدرها ،وأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة [1].

كما قد عرف التشريع قصور نظرية سلطان الإرادة التي ترى في كمول الرضا غاية في تحقيق التوازن من خلال تدخل المشرع لإعادة التوازن بين المتقابلين كما في الغبن وعيوب الرضا فأصبح ما يصبو إليه المشرع في نظر القانون الموضوعي هو هو إرضاء الحاجات التي يتيح تحقيقه من خلال العدالة التبادلية. فحماية الرضا في حد ذاتها وسيلة لإحترام العدالة العقدية، هذا مايفسر التطور الجديد في العقود وفقا لحسن النية لتحقيق العدالة العقدية [2]بتدخل المشرع بتنظيم بعض العقود، والمهل لحماية الرضا وتحقيق توازن حقيقي لا مفترض.

وقد حرصت الشريعة الإسلامية على التوازن العقدي ، فلا تسمح لطرفي العلاقة بفعل يؤدي إلى تفوقه على حساب الطرف الأخر بغير حق يقول ابن القيم في إعلامه" فهذه الشريعة شرعها الذي علم ما في ضمنها من المصالح والغايات المحمودة وما من خلافها من ذلك صد ، ذالك ألا ترى أن الشارع حرم بيع الثمار قبل نضجها وصلاحها لما فيه من مفسدة التشاحن والتشاجر ولما يؤدي إليه من جور إن منع الله الثمرة، في أكل مال أخيه عدوناً وظلماً". [3]

ثانياً :حسن النية في مرحلة التنفيذ

بعد ما ينتهي القاضي من تفسير العقد والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين مستندا في ذلك إلى حسن النية الشخصي أو الموضوعي تأتي المرحلة الأخيرة والحاسمة في العلاقة العقدية وهي مرحلة تنفيذ ه ،وهي مرحلة هامة وحاسمة في حياة العقد وهنا

[1] نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود ، المرجع السابق، ص 06..

2 جاك غستان، مرجع السابق، ص 258.

3 ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث ،

تظهروتتجلى مكانة حسن النية أكثر في هذه المرحلة لتنفيذ الالتزامات المحددة في العقد. لذلك نصت مختلف التشريعات [1]ومنها المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني صراحة على على وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن النية كما أن الأساس القويم الذي اعتمدته الشريعة الإسلامية هو التنفيذ وذلك في قوله تعالى ﴿ يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾[2]. فدلالة الآية من الوضوح على دلالة حسن النية في مرحلة هذا التنفيذ.

أ-أهمية مرحلة التنفيذ

إن مرحلة تنفيذ العقد باعتبارها آخر مرحلة لها أهمية كبيرة باعتبارها نتاج وثمرة العمليات السابقة، وهي المرحلة التي كان المتعاقد ينتظرها للحصول على النتائج التي كان يتوخاها من التعاقد. لذلك تتجلى أهمية هذه المرحلة في النقاط التالية:

- إن حسن النية في هذه المرحلة تكشف عن النية الحقيقة والهادفة من وراء التعاقد التنفيذ حيث تزول كل الشكوك والظنون حول المغزى من التعاقد سواء كانت الشكوك لانعدام السبب المشروع أو تحايل عن القانون أو غير ذلك.
- انتقال من مرحلة حسن النية الذاتي إلى حسن النية الواقعي الملموس ،فقد يتحجج المتعاقد في مرحلة إبرام العقد بوقوعه في عيب من عيوب الإرادة سواء كان عفوي أو مستثار ، بينما في مرحلة التنفيذ فكل شيء واضح وكل غموض تم إجلائه سواء بوضوح الالتزام أو بتفسيره عن طريق القاضي في حالة غموضه .
- أن هذه المرحلة هامه من خلال إرتباطها بنظامين متناقضين في نظرية العقد،هما قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني والثانية وجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن النية المنصوص عليه في المادة 107منه.

---

3 مثل المشرع الفرنسي في المادة 1134منه،والمصري في المادة 148من القانون المدني المصري و221 من قانون الموجبات اللبناني و المادة 114من قانون المعاملات المدنية السوداني. .

2 سورة المائدة ،الآية الأولى .

-تظهر الأهمية لهذه المرحلة في الانتقال بالمدين من مرحلة التنفيذ الاختياري إلى مرحلة التنفيذ الجبري في حالة تعنت هذا الأخير والإخلال بالتزامه في التنفيذ كما نظم المشروع هذه الفترة إجراءات وقواعد موضوعية من اجل حماية الدائن من تقاعس وتحايل المسبق أكثر من هذا فقد رتب على مخالفة تعنت المدين في تنفيذ التزاماته جزاءات جزائية.

ب-إلتزامات يفرضها حسن النية عند التنفيذ

أن مرحلة التنفيذ هي المرحلة الهامة في حياة العقد لأن العقود تنشأ لتنفذ فيلعب حسن النية دورا هاما في هذه مرحلة التنفيذ ، لأن كل متعاقد ينتظر تحقيق الأهداف والغايات كما توخاها عند إبرام العقد وعدم تحويل العقد لغير هذه الوجهة المبتغاة، لذلك فإن حسن النية يفرض إلتزامات على أطراف العلاقة -دائن ومدين- والمتمثلة في الوفاء وعدم التعسف وإرهاق المدين والتعاون بين المتعاقدين في تنفيذ الإلتزام، وهذه الإلتزامات سوف نتطرق إليها بالتفصيل عند دراسة المبحث المتعلق بحسن النية والقوة الملزمة للعقد.

وقد أوجبت الشريعة الإسلامية حسن النية في تنفيذ العقود والعهود، فجاءت الشريعة واضحة في كلماتها ومعانيها، فمصطلح الوفاء بالعقود المنصوص عليه في عدة آيات بينات هوأساس حسن النية في مرحلة التنفيذ ، ذلك أن الشريعة الغراء قامت منذ بدايتها على مبدأ الوفاء بالعقود والالتزامات التي يقطعها الإنسان على نفسه والوفاء بالعقود هو الإتيان به كاملا غير منقوص، وفي جميع مراحل العقد خاصة التنفيذ فهي كلمة لاتقال إلا لمن نفذ إلتزاماته طبقا لحسن النية وأحسن في ذلك [1]، وقد أكدت آيات كريمة وأحاديث شريفة أهمية الوفاء، كقوله ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾[2]،ومن الأحاديث ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم « ثلاث ليس لأحد من الناس فيهن رخصة، برالوالدين

1 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع سابق، ص 177.

2- سورة المائدة، آية1.

مسلما كان أو كافرا، والوفاء بالعه د لمسلم كان أو كافرا وأداء الأمانة إلى مسلم كان أو كافرا »[1].

ثالثاً : حسن النية في بعض العقودالخاصة

إذا كان مبدأ حسن يشمل جميع العقود على خلاف ما كان عليه لدى الرومان، أين كانو يفرقون بين عقود حرفية التنفيذ وعقود رائدها حسن النية في التنفيذ ،غير أنه من ناحية الواقع نجد أن بعض العقودالمبنية على الثقة المتبادلة بين أطرافها كعقد التأمين والبيع تتطلب حسن النية أكثر من غيرها، ولهذا توصف بأنها عقود منتهى أو رائدها حسن النية بالمقارنة مع العقود الأخرى والتي وإن يشترط فيها حسن النية إلا أنها أقل درجة من الأولى لذلك نتطرق إلى حسن النية في عقدي التأمين والبيع [2] .

أ-في عقد التأمين

يذهب غالبية الفقه بوصف عقد التأمين أنه من عقود حسن النية، لأن هذه الأخيرة تعتبر من مستلزمات عقد التأمين سواء عند نشوء عقد التأمين أو عند تنفيذه.

فتحديد مضمون العقد من حقوق وإلتزامات الأطراف مبني على ما يقدمه المؤمن له للمؤمن من معلومات وظروف صحيحة من شأنها مساعدة هذا الأخير في تقدير الخطر الذي يتحمل عبئه، وفقا لما نصت عليه المادة 15 من قانون التأمين.

كماألزمت المادة 153 من نفس القانون المؤمن له إعلام المؤمن أثناء تنفيذ العقد بتغيير الخطر وتفاقمه، إذا كان خارج عن إرادة المؤمن له خلال سبعة ايام إبتداءا من تاريخ وقوعه وإطلاعه عليه، وذلك حتى يتسنى للمؤمن إتخاذ الإجراءات التي يراها

1- رواه البيهقي في شعب الإيمان عن علي بن أبي طالب.

2 يرى بعض من الفقه من أن مبدأ حسن النية يعك كافة العقود ،إلا أن درجة إقتضاء المبدأ يتفاوت من نوع من العقود إلى نوع آخر ،فثمة عقود تتطلب خسن النية على نحو متشدد ،كما هو الحال لعقود التأمين التي يشترط إزائها توافر حسن النية لدى المستامن في إدلائه بكافة البيانات والمعلومات المتصلة لالحطر وتفاقمه ،ومخالفة ذلك سواء بالإدلاء ببيانات كاذبة أو ،أم حتى بإخفاء معلومات مؤثرة عن المؤمن يمثل خرقا لمبدأ حسن النية ،كما أن هناك عقود أخرى ،وإن إستندت إلى مبدأ حسن النية ،إلا أن ذلك يكون على نحو أقل تشددا من النوع السابق ،مثل عقد الوكالة ،والشركة . مقتبس عن سهير منتصر،الإلتزام بالتبصير دار النهضة العربية، القاهرة 1990،ص 30. مقتبس عن منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق ص 70.

ناجعة له كأن يقترح قسطا جديدا وفقا لقاعدة إستمرارية العقد أو فسخ العقد [1]. وذلك في حالة عدم الإتفاق على الشروط الجديدة .

وفي حالة تحقق الخطر، فقد ألزمت المادة 155 من نفس القانون المؤمن له بوجوب تبليغ المؤمن عن كل حادث ينجر عنه الضمان فور إطلاعه عليه وفي أجل لا يتعدى سبعة أيام إلا في حالة الظروف القاهرة أو القوة القاهرة فهو ملزم بإعلام المؤمن بالخطر الجاري لأن هذا الأخير لايستطيع التأكد من وقوع الخطر وتقديره وجسامته مهما كانت الظروف إلا بمساعدة المؤمن له طبقا للمادة 15 من قانون التأمين ،كما يلزم القانون المؤمن له عدم المبالغة فيه وذلك تفاديا لأي إثراء يعود إليه وما يتعارض والطابع التأميني للضرر، تحت طائلة إبطال العقد في حالة قيام المؤمن له بكتمان أو تصريح كاذب متعمد.
كما ألزم المشرع والقضاء أن تكون بنود شروط الإسقاط من حق التعويض في حالة إخلال المؤمن له بإلتزاماته بشروط معينة كأن تكون الكتابة المتعلقة بشرط البطلان بأحرف واضحة.

ب-**عقد البيع**

يعتبر عقد البيوع من أهم العقود المسماة في القانون المدني ،لأكثرة إنتشاره ووإرتباطه بحق الملكية ،ويظهر حسن النية في هذا العقد خاصة في ركنيه المحل ،فإذاكان يشترط في محل العقد طبقا للنظرية العامة أن يكون معينا أو قابل للتعيين، فإن المشرع لم يكتفي بهذا الحكم وأوجب في المادة 352 من القانون المدني أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ،ويعتبر العلم كافيا إذا إشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.ولا يكون ذلك إلا إذا أدلى البائع للمشتري بكافة البيانات التي تتعلق بوضع المبيع ،وكل ما ينقص منه عيب أو مانع مادي أو قانوني ينقص من استعماله والإستفادة منه .

ولا يمكن للبائع التخلص من إلتزامه بإعلام المشتري إلا إذا كان تضمن العقد أن المشتري كان عالما بالمبيع طبقا للمادة 352 فقرة 2من القانون المدني ،أو عند حدود إلتزام المشتري بالإستعلام عن الصفقة التي يريد الإقبال عليها كما تم التطرق إليه سابقا .

1 سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية، كليك للنشر، ط 1 2008،، ص98

وقدعرف الفقه الإسلامي بعض البيوع تتطابق مع حسن النية، مثل بيوع الأمانة و الإسترسال ،كما نصت الشريعة لإسلامية على خيار الرؤية لصالح المشتري الذي يغني على الوصف ويرتب الحق في الفسخ لصالح المشتري في حالة خلو المبيع من الأوصاف.

وفي حالة إبرام عقد البيع يلتزم البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ،ويقوم بماهو لازم لنقل المبيع للمشتري ،وأن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا ، كما رتبت القانون إلتزام بضمان البائع في حالة وجوب عيب المبيع وحددت أحكامه طبقا لحسن وسوء نية البائع كما إفترض الفقه والقضاء قرينة سوء النية في البائع المهني [1] ،كما يضمن البائع إستحقاق المبيع وعدم التعرض للمشتري فيه، ويتدخل متى أخبره المشتري في الوقت المناسب كما يقتضيه حسن النية ،فإذا لم يتدخل وجب عليه الضمان [2]، فإذا لم يخبر المشتري البائع في الوقت المناسب وصدر حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فقد المشتري حقه في الرجوع بالضمان على البائع إلا إذا كان الحكم الصادر ضد المشتري ناتج عن تدليس من هذا الأخير أو ناتح عن خطأ جسيم منه يتعارض مع حسن النية .

ولما أصبحت أحكام عقد البيع غير ملمة بمقتضيات حسن نية أكثر ،ونظرا لأهمية عقد الإستهلاك باعتباره يتعلق بالسلع والخدمات متعلقة بالإنسان، وتطور المنتجاة الصناعية المختلفة أدت إلى ظهور عقد الإستهلاك حماية المستهلك كطرف ضعيف في في عقد البيع وليس كمتعاقد على قدم المساواة مع المنتج والبائع المهني.عن طريق تضمينه محموعة من الإلتزامات يقتضيها مبدأ حسن النية ، ويظهر ذلك جليا في الدول التي تتزايد فيها النصوص التي تحمي المستهلك ،ففي فرنسا أصدر المشرع العديد من التشريعات التي تتعلق جميعها بحماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية وتفرض عليه بصفة خاصة إلتزاما بالإعلام لصالحه [3] ووضعت قيود على بعض البيوع في مثل البيع بالمنزل ،ووضعت جزاءات جزائية على كل من يرسل أي منتوج للمستهلك دون طلب

1جيروم هوييه، العقود الرئيسية الخاصة، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2003 ص، 334.

[2] عبدالحليم عبد الطيف القوني ،المرجع السابق ،ص 612..

3 منى أبو بكر الصديق ،المرجع السابق،ص 85.

مسبق من هذا الأخير ويصحبه برسالة تشير إلى إمكانية قبوله ولو كان الإرسال دون مقابل.

ولقد نص المشرع الجزائري على عقد الإستهلاك بمقتضى القانون 03/09 وضمنه مجموعة من الإلتزامات تقتضيها حسن النية ،كإلتزام بالإعلام المنصوص عليه في المادة 17 وهو إلتزام يرمي إلى حماية المستهلك وتمكينه من إقتناء الخدمة أو السلعة وكل ماهو مرتبط بالبيع حيث نصت المادة 17 السالفة الذكر «يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوح الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو أي وسيلة أخرى »، كما نص المشرع على ضرورة مطابقة المنتوح مع المواصفات القانونية والقياسية المطابقة حيث نصت المادة 10فقرة 1 « يجب على كل متدخل إحترام إلزامية أمن المنتوج الذي يضعه للإستهلاك » ،غير أن شهادة مطابقة المنتوج لا تكفي ،في حالة بيع المنتوح ولا بد من إلتزام ببيان خطورة إستعمال الشيء وأن يكون ذلك بكتابة كاملة وواضحة ، بحيث إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن إكتفاء الصانع بالإشارة إلى الإستعمال المتضمنة إلى ضرورة عدم ملامسة هذه المادة للجلد دون بيان مدى خطورتها على العينين وحثت المستعملين إلى إتخاذ الإحتياطات اللازمة [1]التي من شأنها الحفاظ على سلامتم المنشودة طبقا لمبدأ حسن النية.

مقتبس عن منى أبو بكر المرجع السابق ،ص 73 .

1 Cass،Civ.14/12/1982.

وأخيرا ،ما نخرج به من دراسة هذا الفصل هوأن مبدأ حسن النية مدلول قانوني إرتقى من قواعد الأخلاق إلى قواعد القانون، منصوص عليه وله تطبيقات متعددة في القانون خاصة في نظام العقود والذي يتضمن معنيان،الأول ذاتي والمتمثل في الإستقامة والنزاهة في التعامل مع الغير،والثاني موضوعي يتمثل في إحترام إرادة الغير الذي إطمئن للعقد وكذا نصوص القانون في عمومها .

غير أن القانون رتب على المتعاقدان واجب إحترام هذا المبدأ طيلة مراحل العقد المختلفة ،ورتب على على ذلك أحكام وأوضاع يستفيد منها المتعاقد والغير الذي وجد في هذا الوضع،كما ألزم القاضي ضرورة التقيد به في حالة نشوب نزاع بين أطرافه لتحديد مضمون العقد ،لكي يستطيع كل أطرافه تنفيذه على نحوما يقتضيه المبدأ ،وإلا اصبح كل طرف مسؤولا عن أفعاله لمخالفته لسوءنيته ،تلكم هي آثار حسن النية في التصرفات والتي ستكون محل دراسة الفصل الثاني من الموضوع.

الفصل الثاني

آثار حسن النية في التصرفات العقدية

بعد أن أنتهيتا في الفصل السابق إلى تحديد المفهوم القانوني لحسن النية وأدواره المتعددة ومقتضياته، وتقريره من طرف كل التشريعات الداخلية والدولية، غير أن تطبيقه يظهر أكثر أهمية في مجال العقود بحيث يفرض على المتعاقدين والقاضي والغير تقصيه في جميع التصرفات، فكان لوجوده وتخلفه آثار قانونية هي محور دراسة الفصل الثاني من المذكرة، والتي قسمناها إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول :حسن النية والقوة الملزمة للعقد.

المبحث الثاني : حسن النية لإكتساب الحقوق والمراكز القانونية .

المبحث الثالث : إثبات حسن النية والجزاءات المترتبة على مخالفتها.

المبحث الأول

حسن النية والقوة الملزمة للعقد

هناك إرتباط وثيق بين القوة الملزمة للعقد وحسن النية وذلك من خلال النص عليهما إتباعا في المادتين 106 و107 من القانون المدني، وقد حدد المشرع القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص والموضوع والتي يجب أن تكون متوافقة مع حسن النية [1]، ويظهر دور هذه الأخيرة في القوة الملزمة للعقد من خلال تحديد نطاقه عن طريق تفسيره وتحديد مضمونه من طرف القاضي وكذا تنفيذه من أطرافه.

المطلب الأول

حسن النية في تحديد نطاق العقد

يتحدد نطاق العقد عن طريق تفسيره وتحديد مضمونه، فماهو دور مبدأ حسن النية في تحديد نطاق العقد وتفسيره؟ وهو ما نتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول

إختلاف الفقه حول تتدخل القاضي لتحديد نطاق العقد

يقصد بنطاق العقد وضع العقد من قبل المتعاقدين وفقا لمايسمح يه القانون،وهذه العملية برمتها عبارة عن موائمة بين مبدأ حرية العقد، ومبدأ قانونية العقد [2]، غير أن الفقه إختلف حول تدخل القاضي في تحديد نطاق العقد من زاويتين إثتين،الأولى تتعلق بتدخل القاضي لتفسير العقد وتحديد نطاقه،أما الثانية فتتعلق بتفيسر العبارة الواضحة .

أولا: تدخل القاضي لتحديد نطاق العقد

إختلف الفقه حول تدخل القاضي لتحديد نطاق العقد إلى إتجاهين إثنين ،الأول يرى أن العقد قانون الطرفين ولا يمكن للقاضي النظر فيه،أما الرأي الثاني فيرى ضرورة تدخل القاضي لتفسير العقد وتحديد نطاقه .

---

1 أشرف روية مقال منشور بتاريخ ، المجموعة الدولية للمحاماة، شركة أم، إش

2 خالد عبد الحسين الحديثي ،المرجع السابق ،ص 15.

أ-الإتجاه الأول

يرى بعض من الفقه أن حسن النية في العقود هو تنفيذ العقود لا تعديلها، وذلك تكريس لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية [1]،وبالتالي فإن حسن النية ليس النيل من مضمون الالتزام وإنما يوجه إلى كيفية التنفيذ باختيار الطريق الأسلم والصحيح الذي تفرضها النزاهة والأمانة في التعامل، وتنفيذ العقد وفقا لمضمونه ما تمليه اعتبارات احترام الكلمة، ونزاهة التعامل واستقرار المعاملات، كما أن العدالة تأبى نقض العقود وتعديلها، فكما للقانون قوته الملزمة، فإن كذلك للعقد قوته الملزمة،وتنفيذ مضمون العقد لا يشكل تعسفا في استعمال الحق العقدي من طرف الدائن ولا يعتبر بحد ذاته خروجا عن حسن النية.

وقد لاحظ هذا الإتجاه أن تحديد نطاق العقد على هذا النحو له مبررات فلسفية وأخلاقية وإقتصادية [2]،فمن وجهة نظر فلسفية فقد كان الفلاسفة في القرن الثامن عشر يعتبرون الإرادة مصدر للحقوق [3]،أما من الناحية الأخلاقية يجب إحترام العهد المقطوع [4] حيث كان علماء القانون الكنسي يعتبرون أن من يخل بوعده يرتكب خطيئة،أما من الناحية الإقتصادية والإجتماعية، فلا يمكن التطور في العلاقات المدنية والتجارية دون حد أدنى من الإستقرار،فالثقة والإئتمان يحتفيان بغياب القوة الملزمة طبقا لمبدأ سلطان الإرادة.

وإن كان نجد في بعض الأحيان تعديل الالتزامات المتضمنة في العقد مثل الغبن ونظرية الظروف الطارئة، وفي إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان [5] فإنها تجد

---

1 نزيه نعيم شلالا، دعاوي الغبن، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان،2002،ص136.

[2] G,Marty etP,Raynaud, Les obligations,Tome1,Les sources ,2eme edition ;Sirey ,1988;,n 245. et F, Chabas,Lecons de droit civil,Tome2 ,1er volume ,Les obligation ,4eme édition;Montchrestien, 1998,n721.

[3] Rieg,A,Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil francais et allmand,paris ;LGDJ.1961.

[4] بيار إميل طوبيا ،المرجع السابق،ص 184.

5 المادتين 110و 111من القانون المدني .

أساسها في نص القانون وليس من تعديل العقد، لأن العقد قانون المتعاقدين فلا يجوز لأي أحد منهما نقضه وتعديله بإرادة منفردة، ولا يمكن حتى للقاضي ذلك لأن القاضي وظيفته تطبيق القانون لا إنشائه .وأنه من الخطورة بمكان ترك العقد لمحض تقدير القاضي بالإستنادإلى المادة 1134مدني فرنسي[1].

كما إعتبرت محكمة إستئناف جبل لبنان المدنية " أن حسن النية في التنفيذ يملي تنفيذ العقود لا تعديلها ،وبالتالي فإن مفهوم حسن النية لا يسمح بالنيل من مضمون الإلتزام ،بل يوجه كيفية التنفيذ باختيار الطريق التي تفرض النزاهة والأمانة في التعامل عند تعدد الطرق الممكنة للتنفيذ "[2].

ب: الإتجاه الثاني

يرى هذا الإتجاه ضرورة إدخال مرونة أكثر على إرادة الأطراف. بحيث أن تحديد نطاق العقد يكون وفقا لحسن النية والإخلاص [3]، وأن تنفيذ العقد تنفيذا حرفيا تحقيقاً لمبدأ سلطان الإرادة فيه إرهاق للمدين نتيجة تسلط الدائن، فإن من أهداف العقد هو تحقيق التضامن الاجتماعي والتعاون بين أفراد المجتمع، وعدم استغلال الإنسان لأخيه الإنسان بذريعة العقد،فقديماً قال الرومان « منتهى العدل منتهى الظلم »[4]وقال الغزالي بمعناه« كل من تجاوز حده إنقلب الى ضده »[5] والواقع يعكس فشل التأويلات التقليدية لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ودفعت إلى إيجاد تأويلات جديدة لمواكبة التطور الاجتماعي والاقتصادي والعلمي، وأهمية العقد للتعامل بين الأفراد والجماعات فيمكن بمقتضى حسن

---

[1] مقتبس عن بودالي محمد المرجع السابق ،ص 51.

قرار بتاريخ 1994/03/10،أسطفان ،ن ق،1994،ص 492 م.مقتبس عن بيار إميل طوبيا ،المرجع السابق،ص 1902.

[3] Larromet ,Ch ,Droit Civil,Tome 3,Les obligation ;Le contrat ,3eme édition ,Economica ,1996.

[4] صبحي محمصاني، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، ط 2 دار، العلم للملايين، بيروت ، 1983، ص 368.

[5] نفس المرجع ، ونفس الصفحة.

النية المنصوص عليه في المادة 107 من القانون المدني تعديل العقد وإنشاء التزامات جديدة تلحق به وفق الثقة والأمانة.

وقد إستقر القضاء والفقه الفرنسي على أن مضمون العقد يتحدد صراحة أو ضمنا [1] كما أن حسن النية مبدأ عام يظل العقود جميعها سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو بتنفيذها[2]. والالتزام بمبدأ حسن النية من الالتزامات الشرعية والقانونية التي تتضمن إلزام المتعاقد بأن يكون صادقاً وأميناً ويلتزم بمساعدة الطرف الآخر في إطار احترام النظام وصدق التعهدات وهو الأمر الذي نأيده تحقيقا للعدالة والمساواة التعاقدية التي تفرضها حسن النية والقوة الملزمة للعقد فما هو دور حسن النية في تفسير العقد وتحديد مضمونه .

ثانيا: تفسير الإرادة الواضحة

إنتهينا إلى ضرورة تدخل القاضي لتفسير العقد وتحديد مضمونه عند نشوب نزاع بين أطرافه، لكن تدخل القاضي لابد أن يكون له ما يبرره ، وهي أن تكون عبارات العقد مبهمة أوغامضة ، لكن المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 111 الفقرة الأولى على عدم تدخل القاضي لتفسير عبارات العقد الواضحة،غير أن الفقه إختلف في هذه المسألة وإنقسم حول تفسير العبارات الواضحة إلى قسمين،الأول يرى ضرورة تفسير عبارات العقد الواضحة ،والثاني يرى غير ذلك .

أ-الإتجاه الأول :

وأخذت به المدرسة الألمانية ،ويرى أنصارها عدم البحث في عبارات العقد متى كانت واضحة [3]،حيث أن البحث في النية يؤدى إلى الإستعانة بعناصر خارجية كالبينة

---

1 غسان رباح ،قانون حماية المستهلك الجديد، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2006، ص28و 37 .

1 يرتكز الفقه الحديث اليوم إلى مفهومين متكاملين يبرران القوة الملزمة للعقد هما ،عدالة العقد وفائدته الإجتماعية،أنظر في هذا بيار إميل المرجع السابق ،ص 186.[2]

[3] TALAMON,Christian,Les pouvoir de contrôle de la cour Cassation sur L'nterpretation des contrats ,paris, 1926,p 41. مقتبس عن عبد الحكم فودة ،المرجع السابق ،ص85.

والقرائن وهذا ما يخالف قواعد الإثبات في العقود ،خاصة قاعدة حظر إثبات ما يجاوز الثابث بالكتابة إلا بالكتابة وهو من النظام العام ،كما أن عبارات العقد الواضحة دون تقييد من شأنه التحكم فيه من طرف القاضي[1] .

ب – الإتجاه الثاني:

يرى هذا الإتجاه الأخذ بالإرادة الباطنة رغم وضوح الإرادة ،ذلك أن تفسير العبارة الواضحة يقصد به وضوح الإرادة وليس التعبير،،ويرى أنصار هذه النظرية ضرورة البحث عن النية المشتركة للطرفين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ ،فهي تتطلب مراعاة الإرادة الحقيقية أفضل من التوقف عند الإرادة الظاهرة.وردوا على أصحاب الإتجاه الأول بأن التمييز بين تفسير العبارات الواضحة والعبارات المبهمة والغامضة مجافاة للعدالة الإجتماعية بالتفسير الضيق لإرادة الأفراد ،وإلتزام المعنى الحرفي، وعدم التعويل على الإرادة رغم وجود حالات صارخة للظلم تتطلب ترك المعنى الحرفي الواضح المتعارض مع الإرادة الحقيقية ،مثلما يحدث في عقد الإذعان ،التي يرجع الجزء الأكبر من شروطها إلى إملاء الطرف القوي ،وما على المذعن إلا التسليم بها دون أن تتعلق بها إرادته الحقيقية .

أما بالنسبة للثقة الإحتماعية ،التي يتمسك أصحاب الإرادة الظاهرة والمستمدة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين قول في غير محله ،إذ أن البحث عن الإرادة الحقيقية والتخلي عن الألفاظ التي أسيء إستخدامها ،ليس فيه إخلال بالثقة العامة ،بل محاولة لتأكيد مقتضيات الثقة وحسن النية ،وبث الطمأنينة في نفوس المتعاقدين إذ أن ماسيسرى بينهم هو المقصود الحقيقي فقط دون التقيد بالظاهر .

ونحن نرجح الإتحاه الثاني لأنه يتناسب مع طبيعة حسن النية في العقود ،والتي تقتضي تفسير العبارات الواضحة أو غير الواضحة للوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقد ،رغم أن المشرع الجزائري نص صراحة على عدم تفسير عبارات العقد الواضحة.

[1] عبد الحفيظ بلخيظر،المرجع السابق،ص 60.

الفرع الثاني

تحديد نطاق العقد وفقا حسن النية

يتجلى تحديد نطاق العقد وفقا لحسن النية عن طريق تفسيره ،وتحديد مضمونه من طرف القاضي .

أولاــ تفسير العقد بحسن النية

يقصد بتفسير العقدهو التفسير الذي يلجأ إليه القاضي عند نشوب نزاع بين المتعاقدين، فيستخلص معنى العقد عن طريق تحديد ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين"[1]_وقد إختلف الفقه حول دور حسن النية في تفسير العقد، فالبعض رأى أن حسن النية المنصوص عليها في المادة107 من القانون المدني تتعلق بالتنفيذ ولا علاقة لها بالتفسير وأن المشرع أورد كلا من النصين في مكان مستقل، كما نصت على ذلك بعض القوانين مثل المشرع الألماني الذي نص على وجوب التنفيذ بحسن النية في المادة 242 من القانون المدني ووجوب تفسير العقد بحسن نية في المادة 157منه.

أما الراي الثاني –وهو الراجح في نظرنا – فيعتبر أن المادة 107المتعلقة بالتفسير، وحسن النية كمعيار مساعد يحكم تفسير نص العقد، سواء كان تفسيرا نفسيا القصد منه التعرف على النية المشتركة للطرفين، أم كان تفسيرا فنيا تعدى التفسير النفسي إلى إكمال العقد وسد النقص فيه، ويسود حسن النية النوع الثاني من التفسير أكثر من النوع الأول [2] ،

---

1 عاشور فطيمة ،تفسير العقد مدكرة لنيل شهادة الماجستر في القود والمسؤولية ،بن عكنون 2004/2003ص65

2 RIEG,Alfred –contrat et obligations J .C .P 1977 .p et obligatoirer des convention (Détermination du contenu des conventions) J .C .P 1977(Art 1134et 1135 C CIV)P13 .

يتم التفسير في هذه الحالة وفقا لنص المادة 111 فقرة 2 من القانون المدني (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهذاء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات)،فلو فرضنا عقد نقل أبرم بشأن نقل بضاعة من بلدة إلى أخرى، ولم يحدد الطرفان في العقد الطريق الذي يسلكه الناقل في تنفيذ العقد،رغم وجود أكثر من طريق، ثم أعقب ذلك قيام الناقل بتنفيذ العقد،مستخدما طريقا غير مباشر، مما ضاعف مصاريف النقل على الشاحن، وإذا ثار نزاع بشأن تنفيذ العقد، فإن ذلك يعني الرجوع إلى الشرط الوارد فيه بهذا الصدد، وتفسيره بما

وهذا مايقتضيه النظام الشخصي لتفسير العقد فهي الأساس أيضا في تحديد مضمونه، فلم تعد العقود شكلية، بل أصبح رائدها حسن النية الذي يقضي عدم التقيد بالعبارات الواردة في العقد إذ كانت لا تعبر عن نية المتعاقدين.

أ -معاير تفسير العقد.

إذا كان لابد من تفسير العقد طبقا لحسن النية، فلا بد من وسائل ومعاييريمكن الإستعانة بها ،فيكون ذلك بوسائل التفسير الداخلية المستندة إلى صلب العقد أو بالوسائل الخارجية المستندة إلى ظروف الواقع والمرتبطة به [1]، معتمدا فيه على معيارين، شخصي وموضوعي[2] .

-المعيار الشخصي :

هنا قد يعتمد القاضي في تفسير العقد على وسائل داخلية مثل الأمانة والثقة، ووسائل خارجية متمثلة في حسن النية الموضوعي .

-الأمانة والثقة :

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في الفقرة الثانية من المادة 107 قانون مدني الأمانة والثقة كعامل أساسي في البحث عن النية المشتركة، فطبقا لمعيار الثقة يجب على المخاطب أن يكون أمينا في تحصيله للتعبيرات التي يوجهها إليه المعبر، إذ عليه الإبتعاد عن تصيد الأخطاء التي يقع فيها المعبر، ليجني من وراء ذلك منفعة لا حق له فيها ،وبالمقابل واجب على المعبر أن يأخذ تعبيراته بالمعنى الظاهر لها، وأن يبتعد على أن تكون له إرادتان – عمدا أو إهمالا- أحدهما ينخدع بها المخاطب، وأخرى باطنة يستحوذ عليها ويتمسك بها متنافيا بذلك مع مقتضيات مبدأ الثقة وحسن النية .

يتفق وحسن النية، وتجنب التفسير الضيق، بالتمسك بحرفيته، بمدلوله خلو العقد من تحديد الطريق المستخدم في النقل، إذ مقتضيات حسن النية توجب بمراعاة الهذف الإقتصادي من العقد، وهو سلوك سلوك أكثر الطرق أمنا لسلامة البضاعة، وضغط النفقات،

أنظر في هذا عبد الحكم فودة، المرجع السابق ص 157،هامش

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ،ص 59.

2 نفس المرجع، نفس الصفحة..

-المعيار الموضوعي :

إذ لم يسع المعيار الشخصي للوصول إلى الإرادة الحقيقة للمتعادين هنا يمكن للقاضي الإستعانة بالمعيار الموضوعي، حيث يلجأ القاضي في هذة الحالة إلى نص القانون وأحكام العدالة وأحكام القضاء .

-في القانون :

هنا يستعين القاضي بعدة مقتضيات قانونية طبقا لحسن النية الموضوعي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة ومن أهم القواعدة القانونية الناصة على ذلك تفيسر الشك لصالح المدين وحماية المدين من الإرهاق .

-تفسير الشك لصالح المدين حسن النية وللمذعن في عقود الإذعان :

إذا لازم القاضي الشك في الوصول إلى النية الحقيقية والمشتركة للمتعاقدين ،أدى هذا الشك إلى تغليب النية التي تكون لصالح المدين ،ويشترط لقيام هذه القاعدة أن يكون هذا الأخير حسن النية ،فسوء النية أو الإهمال من جانب المدين يتنافى مع المبرر و الأساس الذي قامت عليه القاعدة، اذ أن جميع القواعد القانونية تتفق على عدم حماية سئ النية[1].

غير أن المشرع إستثنى هذه القاعدة في عقود الإذعان في المادة 2/112 من القانون المدني وماهي في الحقيقة إلا تطبيق لحسن النية والعدالة لعدم التوازن بين أطراف العقد.كما أن المستفيد من الشرط هو الذي يملي أحكامه، ومن ثم عليه أن يوضحها، حتى لا تثير لبسا وإبهاما. وبالتالي فالحماية تكون للمدين حسن النية الذي لاذنب له في أي غموض كان.

ب – مقتضيات حسن النية في التفسير .

يقتضي حسن النية من القاضي تفسير العقد والإلتزام بعدة مقتضيات منصوص عليها قانونا، أو تم استلهامها من أحكام القضاء، أهمها:

1عبد الحكم فودة ، المرجع السابق،ص65 ،وكذلك عاشور فاطيمة،المرجع السابق،ص .65

- يجب على القاضي البحث عن النية الحقيقية والقصد وهي قاعدة تطبق على جميع العقود سواء في إنعقادها أو في سببها وغرضها المقصود أم في تفسيرها وتنفيذها ،لأن العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني [1]،وهي من القواعد الكلية في الفقه الإسلامي يقول إبن القيم «القصد روح العقد، ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من إعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها »[2] وبكلمة أوجز «الإعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها »[3]فعلى سبيل المثال عرضت قضية على مجلس المستشارين في قرطبة، وخلاصتها أن رجلا استدان من زوجته ثلاثين دينار لأجل خمس سنوات وبعد سنة ونصف طلقها، فقاضته الزوجة تطلب إبطال الأجل وحلول الدين، فرفع القاضي أمرها إلى ذلك المجلس فأفتى ابن عتاب لمصلحتها، معللا بأن «هذا الإتفاق كان ملحوظا فيه ود الزوجية واستدامة الصحبة، أما وقد انفصلت فقد زال السبب الموجب للتأجيل»[4]
- التفسير الواسع لصالح المدين حسن النية: وهنا يتجه القضاء لحماية المدين حسن النية وهو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، والأخذ بالتفسير الواسع [5]، لأن التفسير الضيق يؤدي ويساعد على سوء نية الطرف القوي ويظهر ذلك كثيرا في أحكام القضاء، حيث يميل القضاء خاصة في عقد التأمين لترجيح مصلحة المؤمن له حسن النية ويقر بحقه في التعويض رغم إخلاله بالإدلاء بالبيانات المطلوبة نتيجة حسن نيتة.

---

1 نبيل إبراهيم سعد ،المرجع السابق،ص 365.كما نصت المادة من المجلة على ذلك ،مقتبس عن مصطفى أحمد الزرقاء ،المرجع السابق،ص331.

2

3 اعلام الموقعين ج3 ص 82الى 83مقتبس عن إلى صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص 806.

4 تبصرة الأحكام لإبن فرحون ج2، ص 68 مقتبس عن إلى المحمصاني الدعائم الخلقية المرجع السابق، ص 505،

5 عبد الحكم فودة ، المرجع السابق، ص 472.

ثانيا- حسن النية في تحديد مضمون العقد

في ظل مبدأ حرية الإرادة لا يقوم إلتزام في ذمة شخص إلا بإرادة ذلك الشخص أو بنص القانون، وتطبيقا لهذا المبدأ إذا ما إلتزم الشخص بعد فهو لا يلتزم إلا بما إحتواه هذا العقد من إلتزامات، لكن في ظل مبدأ حسن النية في العقود أصبح حسن النية أداة للقاضي لتحديد مضمون العقد من خلال تكملته وتعديله .

أ- في تعديل العقد

بعد أن يفسر القاضي العقد تأتي المرحلة الثانية وهي تعديله وفقا لمقتضيات حسن النية، وهذا التعديل يمارسه القاضي بحذر ووفق سلطة استثنائية منحها له المشرع، وهذه السلطة تختلف عن سلطة التفسير الذي يقوم به القاضي وان كانت مكملة له. ذالك أن في التفسير يستند هذا الأخير إلى إرادة المتعاقدين بينما يكون تعديل العقد خارج عن إراداتهما ورغم عنهما، حيث انه يقوم على أساس العدالة وحسن النية الموضوعي ويمارسه القاضي وفق سلطة استثنائية على خلاف الأصل، وصوناً لعدم خروج القاضي على إطار العقد ألزم المشرع القاضي في حالة تعديل العقد بضرورة الاستناد إلى نص قانوني وذلك لعدم خروج القاضي عن موضوع العقد بحجة حسن النية، وبالتالي فحسن النية في تعديل العقد ليس خروج عن موضوع العقد وعن نصوص القانون والأعراف الملزمة، وبالتالي فتعديله طبقا لحسن النية يستند لنص صريح أم ضمني وقد يتدخل القضاء أحياناً طبقاً لمبدأ حسن النية والعدالة ولو لم ينص عليه بنص القانون، وتعتبر أهم الحلالت الشائعة التي يتدخل فيها القضاء لتعديل العقد هي:

1-الإلغاء أو التخفيف من الشروط التعسفية :

ويكون ذلك خاصة في العقود التي ترجح فيها قوة أحد المتعاقدين على الآخر، ولا يتعادل فيها التوازن الإقتصادي بين مركزي المتعاقدين، فيتمكن الطرف الأقوى أن يفرض على المتعاقد معه شروطه ويحكم حواليه حبائله، فيضمن العقد شروط تعسفية أصلية أو ثانوية من شأنها الإخلال بجوهر وروح العقد.

وقد نص المشرع على ذلك في عقد قانون التأمين، وهي شروط لا تظهر فيها صفة أوعند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق، كالشرط الذي يلزم المستأمن بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سربان العقد وإلا سقط حقه في التعويض.

والمشرع كان منطقيا في صياغة المادة 111من قانون المدني، إذ جاءت مباشرة بعد نص المادة 107 من نفس القانون سالفة الذكر،وعدم التمسك بحرفية العقد على نحو يتعارض مع حسن النية.فالشرط التعسفي هو الذي يتضمن أحكام تتعارض مع حسن النية . وقد إعتبر المشرع الألماني حسن النية كأساس لبطلان الشروط التعسفية في العقد[1].

2-ملائمة الإلتزامات الثانوية للإلتزام الرئيسي:

وهنا يتدخل القاضي يكون للاستبعاد الالتزامات الثانوية المخالفة للالتزام الرئيسي وذلك بإلغاء هذه الالتزامات التي تعد بمثابة فخ للتهرب من الالتزام الرئيسي أو إضافة التزامات متولدة عن الالتزام الأصلي فذهبت محكمة بروكسل في إحدى قراراتها إلى رد مهمة المهندس المعماري تشتمل على الالتزام بالتثبت حتى من قنوات المياه الموصلة للأجهزة المبرمجة، وإذا كان العقد لا يشير إلى تلك القنوات وأمضى عليها صاحب العمل، فهذا الإمضاء يقع عليه لان المبادئ العامة من القانون تفترض أعطاء الثقة في مثل هذه التفاصيل التقنية إلى كفاءة المهندسين في صنعتهم.

كما قد يتدخل القاضي لتخفيف مبلغ التعويض المتفق عليه ولو بغياب النص طبقا للعدالة وحسن النية ،ففي الشرط الجزائي إذا كان فاحشا إعتبرتالمحكمة أن وجود بند في العقد بين طالب ومدرسة متخصصة يقضي بأن المدرسة تحتفظ بكامل رسم التسجيل في حالة لم يلتحق الطالب بالمدرسة واعتبرت ذلك وسيلة إكراه بالنظر لقيمته المرتفعة وغير المتناسبة مع الضرر الحقيقي ما امكن للقاضي من تعديله [2].

---

1 بودالي كمال، المرجع السابق، صفحتين 19و 52.

2 Cass Civ .1ER ch 10/10/1995 مقتبس عن مصطفى العوجي ، العقد، المرجع السابق، ص 580

وقد يتدخل القاضي لتعديل قيمة التعويض إذا كان المطالب بها متعسفا به ومجحفا في حق المتعاقد الاخر، ففي صورة الإصلاحات العاجلة مثلا، غالباً ما يستغل المستأجر حالة المؤجر للقيام بهذه الإصلاحات بعد إذن المحكمة وقبل ذالك بإعذار المؤجر، فيعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات ثم يعود على المؤجر بهذه التعويضات بدعوي يرفعها عليه في ذالك وهنا يبسط القاضي رقابته في الظروف التي اقتضت إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كما يتأكد من قيمة المصروفات فإذا كانت هذه المصروفات في الحد المعقول حكم له بها وإذا كانت فيها إسراف أو تضخيم أنقصها إلى الحد المعقول وذالك أن الدائن بالالتزام عليه أن يسلك أيسر الطرق كلفة وأقلها نفقة في تنفيذ الالتزام .

ب- حسن النية لتكملة العقد.

لا يقف دور القاضي في مبدأ حسن النية عند تفسير العقد ،بل يتعداه إلى إكماله ،وذلك في حالى إتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية ،فإن المسائل الأخرى التي تم تركها إذا لم يتفقا على تنظيمها لاحقا ،فإنه يجري تنظيمها من طرف القاضي وفقا لما يقضي مبدأ حسن النية مع الإعتداد بالعرف الجاري في التعامل[1].

وهنا يقوم القاضي بسد هذا النقص، وليس من ريب في أنه تنشأ عن ذلك إلتزامات عقدية لكل من طرفي العقد [2]. و يتحدد نطاق العقد ليس بما تم الإتفاق عليه وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما لم يتم الاتفاق عليه، ولكن يعتبر من مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزا م. ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 361 من القانون المدني «على البائع أن لا يلتزم فقط بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري بل يلتزم أيضا بالكف عن أي عمل من أنه أن يؤدي إلى أن يصبح نقل هذا الشيء عسيراً أو مستحيلاً » وكل التزام بمقتضى مضمون هذه المادة هو تكريس للأمانة والثقة في تحديد مضمون العقد.

---

1 عبد الفتاح حجازي محمد حجازي ،تفسير العقد ،مذكرة ماجستير ،قسم البحوث والدراسات القانونية ،جامعة الدول العربية ،معهد البحوث والدراسات،1988 ،ص 280.مقتبس عن خالد عبد الحسين الحديثي ،المرجع السابق،ص 100.

2 مصطفى العوجي،العقد، المرجع السابق ، ص 77.

ويتفق تحديد نطاق العقد على هذا النحو مع مبدأ جعلية الآثار العقدية في الشريعة الإسلامية والتي يقصد بها أن الشارع هو الذي يرتب أثار التصرفات التي يبرمها الأفراد، وما على المكلف إلا القيام بإبرام العقد بماله من إرادة وقدرة على ذلك لكن اثار هذه العقود وما يترتب عليها من حقوق والتزامات تكون من صنع الشارع.

ت- ضرورة توسع القاضي في مضمون العقد وفقا لحسن النية .

يمكن التوسع في مضمون العقد بإضافة إلتزامات أخرى منبثقة من العقود [1]، وفقا لمبدأ حسن النية، ومبدأ الأمانة والثقة الواجبة في المعاملات ومستلزمات العقد ولو في غياب النص ،يقول جو سران: « أن الروابط القانونية الإلزامية هي رهينة الروابط الاقتصادية والاجتماعية وتكثيف هذه ينتج عنه بالتأكيد تطور تلك العلاقات، وينتج بالضرورة عن تعدد العلاقات البشرية تداخل متزايد من الأموال القانونية الذي لا يمثل تضخم محتواها الإلزامي سوى إحدى مظاهرها المميزة » ويصيف انه « القانون نفسه الذي أدار وجهه عن القاضي إلى حسن النية والعدالة ودعا هذا القاضي إلى الغوص في محتوى هذا العقد لاكتشاف التزامات جديدة من شأنها أن تتنوع وتتعدد عبر الأجيال تحت ضغط العوامل الفردية والاقتصادية والاجتماعية »[2]، وهذا الرأي تأكده الكثير من أحكام القضاء والتي كان لها الفضل في خلق الكثير من الإلتزامات التي تقتضيها حسن النية في العقود ،كإلتزام بالإعلام والتحذير،والنصيحة وغيرهاوالتي إقتبستها الكثير من الدول في قوانينها التي تنظم العقود .

ويتفق تحديد نطاق العقد على هذا النحو مع مبدأ جعلية الآثار العقدية في الشريعة الإسلامية والتي يقصد بها أن الشارع هو الذي يرتب أثار التصرفات التي يبرمها الأفراد، وما على المكلف إلا القيام بإبرام العقد بما له من إرادة وقدرة.

---

1 عبد المنعم موسى إبراهيم ،المرجع السابق،ص 143 وما بعدها.

2 جوسران،إزدهار المفهوم الإقتصادي ،محموعة مقالات جيني ،مجلد1،ص 320، مقتبس عن عبد المنعم موسى إبراهيم ،حسن النية في التعاقد، المرجع السابق،ص 142.

وما نخلص إليه مع التطور الحديث لدور القاضي في الرقابة على العقد يميل إلى إعطاء القاضي دورا أكثر فعالية في تحديد مضمون العقد طبقا لما يقتضيه حسن النية وبالنظرلوظيفته الإقتصادية والإجتماعية .

المطلب الثاني

حسن النية في تنفيذ العقد

إذا ما حدد القاضي نطاق العقد وفقا لحسن النية على الوجه السالف الذكر وحدد الإلتزامات والحقوق المترتبة عنه تأتي المرحلة الهامة والأساسية في حياة العقد، لذلك نص المشرع صراحة في المادة 107 قانون مدني على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن النية ، والقاضي عندما يلزم الأطراف بتنفيذ العقد يقتضي منهما أن ينفداه بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية. ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود ولم يعد هناك كما كان الأمر في القانون الروماني أين كانوا يميزون بين عقود حرفية التنفيذ وعقود رائدها حسن النية، بل العقود جميعها أصبحت في القانون الحديث قوامها حسن النية في التنفيذ وبالرجوع إلى المادة 107 سالفة الذكر فإن واجب حسن النية المذكور في المادة يشمل كل أطراف العقد كل حسب مركزه العقدي، سواء كان دائن أو مدين فلا يقتصر على المدين في تنفيذه التزاماته وإنما يمتد كذلك للدائن في مطالبته بحقه فإن حاد عنه كان متعسفا في حقه .

الفرع الأول

تنفيذ العقد بحسن النية من طرف المدين

إن المدين بالالتزام يجب عليه أن ينفذ كل التزاماته المترتبة على العقد وفق النزاهة والأمانة والثقة التي تقتضيها حسن النية في تنفيذ العقود وذلك مانصت عليه المادة: 107 من القانون المدني، وبالتالي وجب عليه تنفيذ جميع الإلتزامات المحددة في مضمون العقد، كما تم ذكره سابقا وأن يكون هذا التنفيذ كاملا ومقترنا بالنزاهة والإستقامة والإخلاص في

التنفيذ . وبالتالي فالتنفيذ المادي للإلتزام لا يكفي ما لم يقترن بالنزاهة والإخلاص في تنفيذه .

أولاً :تنفيد الإلتزام المادي.

إن حسن النية هو أساس التعامل في تنفيذ العقود ويقتضي حسن النية في هذا الإطار ان يقوم المدين بتنفيذ كل الالتزامات المترتبة على العقد والامتناع عن كل ما يعرقل ذلك، وبالتالي على المدين تنفيذ الالتزام كاملا، والتنفيذ الكامل هو تنفيذ الالتزام الأصلي، وكذا الالتزامات الثانوية، وكذا ما يستجد من التزامات طرأت أثناء تنفيذ العقد ولا يتعنت في تنفيذ إلتزامه، إلا في الحالات المحددة ًقانونا، حتى وإن قام بتنفيذ إلتزامه فعليه أن يمتنع عن أي فعل أو سلوك يتعارض مع حسن النية، فالبائع في عقد البيع مثلا لا يلتزم بمجرد التسليم فقط ، بل عليه أن لا يصدر منه أي فعل أو ترك قد يلحق الضرر بالمتعاقد الآخر عمدا أو إهمالا، وقيامه بهذه الأفعال يخرجه عن دائرة حسن النية، والصورة العمدية للإخلال بحسن النية قد تكون في صورة تعمد الإضرار بالمدين، وغشه [1]، وقد تكون في صورة قلة إحتراز وإهمال وتقدير وفي الحالتين يعتبر سيء النية .ويقاس تنفيذ العقد بحسن النية بمعيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل متعاقد ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي أم لا.

ولا مراء أن المتعاقد الذي يغش أو يخون أو يخدع صاحبه يعتبر شخصا ظالما ومتعديا ومهدرا لجانب العدالة التي حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيقها في العلاقات التعاقدية يقول ابن القيم الجوزي ه«فهذه الشريعة شرعها الذي علم ما في ضمنها من المصالح والغايات المحدودة ، وما في خلافها من ذلك صد، ألا ترى أن الشارع حرم بيع

1الغش هو أسمى مراتب الخطأ،وما يرافقه من مخبثة، وهو التعنت والتعمد في الاخلال بالالتزام العقدي ،وهو يختلف عن الغش الدي يقترفه المتعاقد عند إبرام،والدي يسمى بالتدليس .

الثمار قبل بدو صلاحها لما فيه من مفسدة التشاحن والتشاجر ولما يؤدي إليه من جور إن منع الله الثمرة من أكل مال أخيه ظلما وعدوانا».[1]

ثانياً : النزاهة والإخلاص في تنفيذ الالتزام .

قد لا يكفي التنفيذ المادي لكي يكون المدين حسن النية فقد ينفذ هذا الأخير التزامه ومع ذلك يعتبر سيء النية، لأن هناك أصول فنية وقانونية وأخلاقية يجب على المدين التحلي بها، حيث أن هناك الكثير من الفقه ينادي بإضفاء الطابع الأخلاقي على القاعدة القانونية ،و تعتبر الأمانة والثقة من ضرورات تنفيذ العقد بحسن النية وهي تعكس عن الروح الأخلاقية التي يجب على المدين التحلي بها لتنفيذ إلتزامه، وإن كان العقد يقوم على مصالح مادية متعارضة الا ان من واجب طرفي العلاقة ان يثق كل واحد منهم في الآخر والأمانة والثقة في تنفيذ العقد يظهر من خلال ما يرتبه القضاء على وجوب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، فعلى المقاول مثلا إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من اقصر طريق ممكن كلفة، وعلى أمين النقل الذي يقوم بالإلتزام الأصلي وهو النقل، يجب عليه أن يراعي في ذلك الأصول الفنية التي تقتضي منه أن يكون أمينا ويسلك الطريق الأقصر كلفة، ولا يتجاوز السرعة المسموح بها، وأن لا يسلك طرق وعرة تلحق الضرر بمحل العقد، وبالتالي عليه مراعاة مصلحة الدائن.

كما ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض أن الشركة المكلفة بطلاء مضاد للصدأ لم تنفذ العقد بحسن النية رغم أنها لم تكن ملزمة بتغطيتها بالرمل مسبقا أي بدون تحضير سطحها[2].

2قرار في 1992/03/31مجلة إجتهاد قانون الأعمال، 1992، ،ص 447، المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1992، ص 760، مقتبس عن جاك غستان المرجع السابق ص263.

الفرع الثاني

تنفيذ العقد بحسن النية من طرف الدائن

على غرار حسن نية المدين في تنفيذ التزامه، فإن الدائن كذلك ملزم بتنفيذ العقد وفقا لما يقتضيه حسن النية، غير أنه ولما كان الدائن هو الطرف الأقوى في العلاقة عند التنفيذ فمن واجبه أن لا يستعمل هذا الحق فى غير محلة ما يؤدي بالخروج بهذا الحق من الغاية التي أنشأ من أجلها، كما لايستأثر بهذا الحق حتى يرهق المدين لإن الدائن أو الطرف القوي علية واجب تنفيذ العقد بحسن النية، وبالتالي عليه أن لا يجحف حق المدين عند توافر شروطه وإلا أعتبر متعسفا، وبالتالي تأخذ صور تنفيذ العقد بحسن النية للدائن إما في صورة عدم تعسف في تنفيذ العقد ،أو في صورة عدم التمسك بالتنفيذ الحرفي للعقد و إرهاق المدين .

أولاً :عدم التعسف في تنفيذ العقد

ويأخذ التعسف في تنفيذ العقد ثلاثة صور، وهي إما أن يكون المدين متعنتا في تنفيذ العقد، أو متعسفا في إستعمال الحق العقدي، أو يضع بنود أصلية أو ثانوية في العقد تجعل من تنفيذ العقد أمرا مستحيلا .

أ-التعنت في تنفيذ العقد (إجحاف حق المدين)

ويكون ذلك بوضع قيود غير مباشرة لكي يعيق التنفيذ ويجحف حق الطرف الضعيف حيث أيدت محكمة النقض قرار تعويض المؤمن له عن سرقة سيارته على اساس حسن النية في تنفيذ العقد، لإستمرار شركة التأمين في قبض أقساط التأمين، ورفضت دفع الشركة التأمين المتعلق بعدم موافقة المؤمن له لنظام الأمان ضد السرقة [1] . كما ذهبت الغرفة الإجتماعية أن إلغاء منصب العامل لم يكن سببا ضرورة المصلحة، لأن المستخدم مجبر على تنفيذ العقد بحسن النية، فعليه واجب تأهيل موظفيه مع تطور وظائفهم، وأن

1 النشرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسيية ،1،الرقم 102،ص 93،مقتبس عن جاك غستان المرجع السابق،ص271.

المستخدم كان بإمكانه تصنيف العاملة في هذة الوظيفة وفقا لأهليتها وانتهت أن تسريح العاملة إرتكز على أسباب إقتصادية [1].

ب-التعسف في استعمال الحق العقدي

قد تتولد الكثير من الحقوق للدائن المتعاقد، إما بمقتضى العقد أو وفقا لنص القانون، فيجب أن لا يستعمل الدائن هذه الحقوق بنحو يخالف حسن النية. فقد تظهر إستعمال الحقوق أكثر في إنهاء العلاقة العقدية سواء عند بداية العقد او عند تنفيذه، وبالتالي فإن ممارسة الحقوق التي منحها المشرع في العقود يجب أن تخضع للقاعدة الأخلاقية، فالعبرة في ممارسة الحقوق هو الواجب الأخلاقي بينما سوء النية في ممارسة الحقوق يجعل من ممارستها خطأ ، لذلك جعلت بعض التشريعات حسن النية قيدا على ممارسة هذه الحقوق مثل المشرع الإيطالي . حيث نصت المادة الثالثة من القانون المدني على أنه: « يكون إستعمال الحق متعسفا فيه إذا جاوز هذا الإستعمال حدود حسن النية كما جاوز الغرض الذي من أجله منح هذا الحق» [2].

1-معيار التعسف في استعمال الحق العقدي:

لقد قيل سابقا أن من يستعمل حقه غير مسؤول عن الضرر الذي يحدثه للغير وهو الأمر نفسه لدى الفقه الإسلامي وفقا لقاعدة أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان" [3] ،لكن التشريعات والفقه الإسلامي هجرت هذه القاعدة وأصبح ينظر للحق بصفة عامة والحق العقـــــــــــــــــــــــــــــــــدي بالنظر إلى غايته الإجتماعية وليس في حد ذاته، ولكن إختلفو حـــــــــــــــــــــــــــــــــول القيــود والمعاييرالتي تحدد التعسف، فمنهم رأى أن معيار التعسف شخصي ،ومنهم من وسع في فكرة التعسف وتبنى المعيار الموضوعي .

1قرار في :25 فيفري 1992 النشرة المدنية 8 الرقم، 122 جاك غستان ،الصفحة 74

2 مصطفى العوجي،العقد، المرجع السابق ص 770.

3صبحي المحمصاني ،النظرية العامة للموجبات والعقود في االشريعة الإسلامية ،ج 1،ط 2، دار العلم للملايين ،بيروت 1972،بدون صفحة مقتبس عن عبد الحفيظ بلخيظر ،المرجع السابق،ص 32.

-**المعيار الشخصي** : يتمثل التعسف في نية الإضرار نية الأضرار هي القاسم المشترك الأول الذي تنص عليه أغلب التشريعات [1]وهما إستقر عليه الفقه [2]والقضاء وهو معيار ذاتي يستلزم الغوص في دخائل النفوس لمعرفة سوء نية المتعاقد في إستعمال حقه ونظرا لصعوبة التثبت من طرف القاضي منه ،كما أن ترك القاضي يبحث عن هذه النية الداخلية دون تقييد من شأنه يؤدي به إلى التحكم [3]،لذا كان من الضروري الإستعانة بقرائن خارجية لإثبات نية التعسف .

-**المعيار الموضوعي** : نظرا لقصور المعيار الشخصي كمعيار للتعسف ،ذهب بعض من الفقه [4]إلى تبني معايير مادية يسهل على القاضي التثبت منها ،وتوسع في النظرية لحماية مصالح الغير،عن طريق الإستعانة بمعايير موضوعية تتمثل في إنتفاء المصلحة من إستعمال الحق إستعمالا يسبب ضررا للغير، كما قد يلجأ المتعاقد المتعسف إلى ستر تصرفه على سوء نية بما يحققه من مصلحة ضئيلة، وهو عسف في ذلك بلا شك فعندئذ يمكن الإلتجاء إلى معيار إختلال التوازن بين المصالح وهو معيار مادي يقوم على الموازنة بين ما يلحق الغير من ضرر بالغ وما يجنيه صاحب الحق وهو معيار مادي ويقاس أيضا بسلوك الرجل المعتاد وأخيرا يمكن أن تكون المصلحة التي يجنيها صاحب الحق غير مشروعة عندما يكون تحققها مخالفة لأحكام القانون أو متعارض مع النظام العام ما ينطوي على الخبث وسوء النية كفصل العامل فقد يكون لسبب مشروع ظاهر أو لأسباب غير مشروعة خفية في نفس صاحب العمل، وبالتالي فبمزج هذه المعايير الذاتية والمادية ، تعرف وجهة المصلحة ومشروعيتها وبالتالي الغرض الإجتماعي من العقد والحق المترتب عليه .

1نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف في إستعمال الحق في المادة 124مكرر من القانون المدني الجزائري.

2 A,COLIN et H,CAPITANT,Cours elementaire du droit civile francais tome 2,2eme ed .1959.

3 عبد الحفيظ بلخيظر،المرجع السابق،ص 61.

[4]فتحي الدريني ، نظرية التعسف في إستعمال الحق ،ط2،مؤسسة الرسالة،1977،القاهرة ،ص 63 .

ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في وضع ميزان ونظرية كاملة في التعسف في إستعمال الحق برغم أن فقهاء الشريعة كانو يتمسكون بقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان ولكن طور الفقه هذه النظرية وأنشأ ضوابط شرعية للممارسة الحقوق طبقا لمذهب مالك فقد حدد ثلاثة ضوابط لممارسة الحق وهي وجوب إستعمال الحق في الغرض الذي منح من أجله، وأن لا يترتب على إستعماله ضرر بليغ، والأخير أن لايكون إستعمال هذا الحق بغير فائدة، ويوشك أن يضر غيره، وقد إعتنق مذهب أبي حنيفة نفس الضوابط، أما مذهب الشافعي فكان يرى أن اعمال الإنسان يحكم عليها بظاهرها المرئي لا بحسن نية صاحبها التي لا يعلمها إلا الله، وقد خالف الإمام الغزالي وهو شافعي المذهب في كتابه الأحياء [1]أن الغرض من إستعمال الحق يجب أن يكون مشروعا، وأن الرخص الشرعية يجب أن تكون في الغرض الديني والإجتماعي التي وضعت من أجله عملا بالحديث إنما الأعمال بالنيات، وقد يكون إستعمال الحق ولو في الحدود المرسومة له، غير مشروع إذا إنطوى إستعماله على نية سيئة فعلى سبيل المثال في إستعمال حق الطلاق ولما كان الحق في الطلاق مقرر للزوج في إيقاعه، فهو ليس بمباح إلا عند الضرورة لما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أحل الله شيئا أبغض عند الله من الطلاق »[2]ويقول بعض الفقهاء إن الأصل في الطلاق هو الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، والإباحة تكون لحاجة للخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلا، لا حاجة فيه للخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة و مجرد كفران بالنعمة [3].وهكذا نجد ان الشريعة الإسلامية لا تجعل من الحقوق غاية لها، وإنما وسيلة لتحقيق غايتها، وغايتها هي مقاصد الشرع وأن إستعمال الحق في غير ما شرع له يعد تعسفا[4] .

1 الإمام الغزالي، أحياء علوم الدين، ج 2 ص 189 وما يليها، وعلى علي سليمان، المرجع السابق، ص 212،

2 أخرجه الإمام مسلم في صحيحه .

3 حسين عامر، المرجع السابق، ص 223.

4 عبد الحفيظ بلخيظر، المرجع السابق،ص 33.

-موقف القضاء من التعسف في إستعمال الحق .

إذا رفع أحد المتعاقدين دعوى لإنهاء العقد لأي سبب من الأسباب، فإلى جانب الشروط القانونية الإجرائية والموضوعية يتأكد القاضي من توافق موضوع الدعوى مع حسن النية، فإذا جاوزت الممارسة هذا الإطار العام وقف القاضي حائلا دون ذلك ورد المتجاوز إلى حدود الإستقامة الأخلاقية، فغالبا ما ترد دعوى المتعاقد لمخالفته لحسن النية والتعسف في إستعمال حقه العقدي فعلى سبيل المثال رد القضاء طلب الفسخ موضوعا إذاكان طالب الفسخ سيء النية ولا فائدة من هذا الطلب إلا الكيد وأن الذي لم يوفي به المدين قليل الأهمية [1] ، كما رفض طلب إنقضاء الشركة لأسباب غير مشروعة أو بقصد التخلص من المشاركة التي يراها مبهضة بالنسبة لإلتزام في جملته ،كما تم منح تأجيل للمدين من أجل تنفيذ التزامه ورفضت دعوى الفسخ طلب الفسخ ناتج عن خداع ومباغتة للمدين للإيقاع به والإستفادة من موقعه الضعيف المتعثر، كما أعتبر القضاء إنذار المؤجر للمستأجرخلال العطلة الصيفية أين تكون المصانع في عطلة بإجراء الترميمات على العين خلال مدة شهر تحت طائلة إستعمال حق الفسخ المنصوص عليه في العقد صادر عن سوء النية من شأنه وضع المستأجر في موضع يستحيل عليه تنفيذ إلتزامه [2]، وإعتبر أن المؤجر بعد أن إنتظر إحدى عشرة سنة للمطالبة ببدلات الإيجار وجه إنذار للمستأجر بقيمة إيجار تفوق قليلا تلك المترتبة عليه دون شرح لهذه الزيادة، مما جره إلى رفض طلب فسخ العقد [3]،كما أمرالقضاء المتعاقد الذي يتمسك بعدم تنفيذ إلتزامه طالما أن عدم قيام المتعاقد الثاني لم ينفذ إلتزامه المقابل للعسف لأن من يتمسك بالدفع هو المتسبب في

---

1 Versailles 19/06/1984,RTDC1986,107,n6 obs Mestre .

مقتبس عن محمد علي عبده،نظرية السبب، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت 2004.

2 جاك غستان ،المرجع السابق،ص 265.

3 مصطفى العوجي، العقد ، المرجع السابق، ص 648،

تأخير تنفيذه أو إذا بقي من إلتزام هذا الآخر يسيرا بالنسبة إذا ما نفذ من الإلتزام في جملته[1].

وقد يلزم القضاء المتعسف المتعنت سيء النية حدود الإستقامة الأخلاقية ووفقا لحسن النية بتفيذ إلتزامه كما في عقد التوريد إذا إستعمل المشتري حقه في الرفض، إذا كان هذا الرفض مجرد هوى وكان متوالي لمجرد العنت ،وكذلك إلزام رب العمل بإرجاع العامل إذا كان فصله عسفا وبغير مبرر.

لكن عندما يستعمل المتعاقد حقه بإرادة منفردة وطبقا للقانون مثل حق الطلاق المنصوص عليه في المادة 53 من قانون الأسرة أوعزل الموكل للوكيل أو عزل هذا الأخير لنفسه [2]،وكذلك في الوديعة والعارية ، حيث يستطيع أحد المتعاقدين إنهاء العلاقة العقدية بإرادته المنفردة، فلا يبقى للمتعاقد المتضرر من هذا الإنهاء العسفي إلا تعويض يتناسب عما لحقه من ضرر من جراء إستعمال هذا الحق بصورة تعسفية وبسوء نية[3] .

3-التعسف بمضمون العقد:

ويكون ذللك بوضع شروط أو بنود أصلية أو ثانوية في العقد تجعل من تنفيذ العقد أمرا مستحيلا.

ثانياً :عدم التمسك بالتنفيد الحرفي للعقد وإرهاق المدين .

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من أهم المبادي التي تحكم العقد وعلى حد تعبير الفقه ان العقد قانون المتعاقدين، ولما كان هذا المبدأ يعطي لأي من المتعاقدين حق التمسك بما ورد في العقد حرفيا، فان هذا يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخروإرهاقه، فمبدأ حسن النية يمنع إرهاق المدين من طرف الدائن عن طريق الرقابة التي يبسطها القاضي على تنفيذ العقد، فإن كان التنفيذ العيني هو الطريقة الفضلى التي يصبو إليها كل من فريقي العقد لأنها تعبر عن إرادتهما ومصالحهما التي إرتضوها وعلقو الأمل عليها ،

---

1 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص341.

[2] محمد تقية ،المرجع السابق،ص 24.

3 راجع ما يأتي لاحقا بخصوص حسن النية في تقدير التعويض ص 139.

فمبدأ حسن النية يقتضي عدم إرهاق وإضرار الطرف الآخر فحسن النية في التنفيذ يعطي للقاضي الموائمة والموازنة بين تنفيذ العقود وعدم الإضرار بالطرف ،حيث ذهب القضاء الفرنسي إلى رفض طلب فسخ العقد المتضمن في العقد لأنه أستعمل في ظروف مرهقة للمدين ،وكانت الغاية منه وضع المدين في موضع عدم تمكنه من تنفيذ إلتزاماته [1].الآخر طبقا للقاعدة الشرعية " لاضرر ولا ضرار »[2]. لأن الشريعة مبناها تحصيل المصالح وتكميلها ،وتعطيل المضرات والمفاسد وتقليلها ،والضرر يرجع إلى تفويت مصلحة أو حصول مضرة.

وقد وضعت الشريعة السمحاءميزانا عادلا لمسألة تنفيذ الإلتزام بين الدائن والمدين ،فمن جهة راعت مصلحة المدين وتسامحت معه في حالة إعساره ،ومن جهة أخرى مت الدائن من ظلم وتعنت المدين المتعنت سيئ النية بإكراهه على الوفاء[3].

الفرع الثالث

الإيثار والتعاون في تنفيذ العقد(تطورمفهوم حسن النية في تنفيذ العقود)

ويستند هذا الإلتزام إلى التطورات الجديدة للعلاقة العقدية وما يقتضيها أيضا مذهب التكافل الإجتماعي وهو إلتزام مشترك بين طرفي العقد، والذي يعكس روح الإيثار ومراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، وهذا الإلتزام يعكس التطور الجديد لإلتزام حسن النية في ميدان العقود ، التي تقضي أن لا ينفرد أحد المتعاقدين وحده بتحمل الأعباء، ولقد تطورت فكرة حسن النية في العقود بعدما كانت تفرض على المتعاقد موقفا سلبيا بعدم اتخاذ مسلك ينطوي على الغش وسوء النية، بأن أصبحت تفرض سلوكا إيجابيا بالتعاون وعدم الامتناع عن سوء النية، وهو إلتزام مفروض على أطراف العلاقة العقدية في جميع مراحلها فيقضي واجب التعاون على الدائن أن يقدم بمساعدة المدين في تنفيذ التزامه في كل مرة يستطيع ذلك ،دون المساس بمصالحه ،لإعانة المدين لتنفيذ التزماته كما تفرضه

---

2 مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2004،2م،1425ه ص779.

[3] وحيد الدين سوار ،المرجع السابق،ص 4و5.

حسن النية هو إلتزام إعادة التفاوض ،تفرضه ظروف مرهقة غير متوقعة [1].وان يمتنع عن كل ما يبهض المدين أو يزيد في كلفته، وبالتالي فيمكنه من اختيار الطريق السهل الذي تقتضيه الأمانة والثقة في التنفيذ إذا تعددت طرق التنفيذ .

كما لو ارسل البائع البضاعة للمشتري على متن الطائرة مع وجود وسيلة أخرى أقل ما حمل المشتري نفقات باهضة، كما يفرض هذا الالتزام على المدين بإخبار الدائن في الآجال المعقولة في حالة إستحالة التنفيذ لأسباب خارجة عن إرادته، كي يستطيع الدائن أن يحتاط لنفسه، ويتخذ مايمكن من الوسائل لتخفيف مايقع من خسائربسبب عدم تنفيذ الإلتزام، كما يقوم بالعناية اللازمة لتحاشي ضرر ماحدث من قوة قاهرة [2].

كما يفرض إلتزام بالتعاون والتكافل التعاون بين الطرفين من بداية سير الدعوى إلى أن يصدر حكم فيها في حالة التعرض لأحدهما وأن لا يخفي أي خصم حقيقة يعلمها أو مستنداً قاطعاً يجهله خصمه وباختصار ينبغي الالتزام بحد اد ىي من الأمانة والتكافل بين طرفي العلاقة التعاقدية ،وإن من مقتضيات التعاون في تنفيذ العقد ما توجبه حسن النية بين المتعاقدين الا ينفرد أحد المتعاقدين وحده بتحمل الإعباء، بل إنه يقع على الدائن نصيب من أعباء الإلتزام كالمدين على السواء وأن يبدي ما يمكن من معاونة في هذا السبيل حسبما تتطلب الظروف وفي الوقت المناسب، ما يمكن به تخفيف أعباء المدين[3].

الفرع الرابع

حسن النية مصدر للقوة التنفيذية للعقد

يرى بعض الفقه [4]أن حسن النية هي مصدر القوة الإلزامية للعقد،فعندما يلتزم المتعاقدان في العقد بإلتزامات معينة لتحقيق غاية وحقوق لكل منهما، وقد إرتضيا بهذه الغاية وبالوسائل المؤدية لتحقيقها فيلتزمان بهذه الوسائل، وبالتالي يكون مصدر القوة

.1 Y.Picod: sa thèse : Le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ، Dijon 1987 n.176 à 207

2 حسين عامر، المرجع السابق، ص 396و 397.

3 حسين عامر، المرجع السابق ، ص 398،

التنفيذية للعقد نابعة من إرادة التنفيذ تحقيقا للغاية المفيدة لكل منهما، لأن حسن النية هي مرادفة لنظريتي الحق والإلتزام بحيث لا يتصور تنفيذ إلتزام بدون حسن النية كما لايمكن تصور ممارسة الحق العقدي بسوء نية، فإذا جنحت إرادة التنفيذ عن غايتها إتسمت بسوء إستعمال الوسيلة العقدية لغاية تختلف حقيقة عن تلك كانت مرتجاة عند إبرام العقد، فتتعطل الفائدة من من العقد ويتدخل القاضي دون إساءة إستعمال القوة التنفيذية للعقد لتحقيق غايات غير تلك التي حددها وارتضاها عند إبرامه ،من هنا يصح القول أن القوة التنفيذية للعقد تنبع من مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العلاقة التعاقدية .

وما نخرج به كخلاصة لهذا المبحث أن حسن النية والقوة الملزمة للعقد وجهان لعملة واحدة، فلا قوة ملزمة للعقد بدون حسن النية، ولا حسن النية بدون القوة الملزمة للعقد، كماأنه لايسمح النيل من مضمون العقد بذريعة حسن النية وإلا أصبحت هذه الأخيرة وسيلة للتحايل على بنود العقد ونصوص القانون.وبالتالي لا يمكن التفتيش على حسن النية، إلا من خلال القوة الملزمة للعقد. [1] والتي تتضمن عنصرين ذاتي قوامه نية المتعاقد وموضوعي يجد مصدره في القانون والذي يطبقه القاضي .

1 فوان، مبدأ حسن النية، رسالة دكتورة، باريس 1923،مقتبس عن إلى عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في التعاقد المرجع السابق، ص 85.

المبحث الثاني

حسن النية لاكتساب الحقوق والمراكز القانونية

إن حسن النية قد تترتب عليه آثار قانونية، من شأنها حماية المتعاقد والغير حسن النية، من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للنصوص القانونية، ومن الآثار القانونية التي تهدده فيعامله القانون معاملة تفضيلية نتيجة حسن نيته، لذلك إعتبر جانب من الفقه للقول أن حسن النية وظيفتان،الأولى وظيفة ملائمة أو توفيق، وتكون في تكوين وتنفيذ التصرفات القانونية، والثانية وظيفة إنشائية؛ أي إنشاء المراكز والحقوق القانونية.فيما بين المتعاقدين، كما إعتبر القضاء حسن النية مسألة جوهرية في تحديد الحقوق المستحقة حيث خلصت محكمة النقض المصرية [1]أن تمسك المشتري حسن النية معتمدا على عقده الظاهر جاهلا ورقة الضد التي هو غير بالنسبة إليها، ومع ذلك أغفلت المحكمة بحث هذا الأمر،مع ما لحسن النية أو عدمه من الأهمية قانونا في تحديد حقوق المشتري من أحد طرفي العقد الصوري ، لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى أهمية هذه الحقوق التي يستفيد منها المتعاقد (المطلب الأول) و الغير حسن النية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحقوق والأوضاع المقررة لأطراف العقد

قد تتولد على حسن نية المتعاقد عدة أوضاع قانونية، لمن وجد في هذا الوضع، سواء كان العقد صحيحا (الفرع الأول) أومهدد بالزوال (الفرع الثاني)لأي سبب من الأسباب.

1 الطعن بتاريخ: 1947/03/06 رقم 1607 .مقتبس عن سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني(الصورية والشفعة)دار الفكر العربي القاهرة، 1993، ص 52.

الفرع الأول

في العقد الصحيح

يستفيد المتعاقد حسن النية خاصة المدين من بعض الأوضاع القانونية أثناء تنفيد العقد نظرا لإستقامته ونزاهته وتكون في تأجيل وتعليق التنفيذ للمدين بالالتزام في حالة تعثره في تنفيذه أو تعديل العقد في حالة في حالة إختلال التوازن بين طرفي العقد إذا أصبح التنفيذ غير ممكن .

أولاً: الإستفادة من تأجيل وتعليق التنفيذ .

قد ينشأ العقد صحيحا مستوفي كل أركانه وشروطه لكن اثناء تنفيذ العقد تعترى المدين المتعاقد ظروف وأحوال تجعل من تنفيذ إلتزامه مستحيلا خاصة في العقود المتتالية التنفيذ ، فمن اللاعدل أن نرهق المدين حسن النية سيء الحظ ونرغمه على تنفيذ العقد حالا رغم أن عدم التنفيذ كان لظروف خارجة عن إرادته والقانون والعقد على وجه الخصوص هما وسيلة لمساعدة المتعاقدين على تنفيذ عقودهم وليس الزيادة في إرهاقهم، لذلك وضعت التشريعات قاعدة تعليق وتأجيل تنفيذ الإلتزام كنظام لمساعدة المدين حسن النية وكحماية لقاعدة إستمرارية العقد والذي يأخذ عدة صور.

أ -وقف التنفيذ مؤقتا

نصت بعض التشريعات على نظام وقف التنفيذ مؤقتا فيمنح القاضي مهلة محددة تحت الإحتياط الشديد ويأمر بإيقاف دعوى التنفيذ وترك كل شيء على حاله لغاية زوال الظرف الذي ريثما تنقضي المهلة المحددة لزوال هذا الظرف من القاضي بعد التأكد من حسن نية المدين كإندلاع حرب في بلد مجاور أدى إلى غلق الحدود مما حال دون إستيراد البضاعة المتعاقد عليها، أو مرض المدين إذا كان المدين ملتزما شخصيا بتنفيد العقد .

وقد نص المشرع اللبناني على هذا الحكم في المادة 115 من قانون الموجبات والعقود على أن للقاضي أن ينظر بعين الإعتبار إلى حالة المدين إذا كان حسن النية

فيمنحه، مع الإحتياط الشديد، مهلا معتدلة لإيفاء الموجب ويأمر بتوقيف المداعاة مع إبقاء كل شيء على حاله، ما لم يكن هناك نص قانوني مخالف »[1].

ب-استفادة المدين بنظرة الميسرة

تعتبر نظرة الميسرة أجلاً قضائياً يمنحه القاضي للمدين بعد التأكد من حسن نيته وعدم تعنته وهي تعتبر نوع من أنواع الأجل غير أن مصدره هو القضاء، حيث يتدخل القاضي لتنظيم عملية التنفيذ وذالك بتأجيل عملية الوفاء المتفق عليه ما بين المتعاقدين ، ويعتبر ذلك بمثابة خروج للقاضي من وظيفته التقليدية في تطبيق النصوص نحو خلق وتعديل بنود العقد.

فنظرة الميسرة إذن هي مهلة منحها المشرع للمدين عن طريق القاضي بعد التأكد من حسن النية وتتمثل هذه الأخيرة في أن المدين لم يقصد عدم التنفيذ أو التعنت فيه وإنما غاية في الأمر أن الظروف السيئة التي يوجد فيها لم تسعفه لأجل التنفيذ وبالتالي فهذه وسيلة استثنائية لمجازاة المدين حسن النية عن طريق تأجيل الوفاء، أو لأن التنفيذ في حالة قيامه من شأنه إرهاق المدين.

ولقد نص المشرع عليها في المادة 2/281 من القانون المدني على: «غير انه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح أجالا ملائمة للظروف دون تجاوز هذه مدة سنة وان يوقف التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها» .

ونظرة الميسرة من النظام لا يجوز للمتعاقدين استبعاد سلطة القاضي في الحكم بها كما لا يجوز للأطراف التنازل عنها مقدماً وقد نصت المادة 241من قانوم الموجبات والقانون البناني عن جواز منح القاضي مهلة تلوى مهلة بحسب ما يراه من حسن نية المدين ولا يوجد ما يشير إلى ذلك لا في المادة 2/281 سلفة الذكر ولا ما يقابلها في المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، وطالما لا يوجد نص مقيد لذلك نقول أنه يجوز

1 مصطفى العوجي، العقد ، المرجع السابق، ص 616.

للقاضي وفقا لسلطته التقديرية ولا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا بشرط عدم إلحاق ضرر بالدائن متى كان التنفيذ ممكنا.

كما نصت المادة 199 فقرة 2 من القانون المدني على جواز أن يمنح القاضي في العقود الملزمة للحانبين أجلا للمدين ،حسب الظروف، كما أن له الحق في أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكل الإلتزامات وهو في الحقيقة تكريس صريح للمدين حسن النية ولو لم ينص عليه صراحة.

وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في إقرار نظرة الميسرة مند نزول الوحي على النبي محمد صلى الله عليه وسلم مصداقا لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم لو كنتم تعلمون ﴾ [1]وقال الرسول صلى الله عليه وسلم « من يسر على معسر يسر الله عنه في الدنيا والآخرة »[2]

ت-التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

على غرار نظرة الميسرة منح المشرع وسيلة أخرى للمدين حسن النية لتأجيل الدين في العقود التي تكون فيها الإلتزامات متقابلة ،حيث أجازت المادة 123 من القانون المدني لأحد طرفي العقد أن يتوقف عن التنفيذ ريثما يقوم الآخر بتنفيذ إلتزامه المقابل ، وللإستفادة من هذا الحق لابد أن يكون المتعاقد الذي يتمسك بهذا الدفع حسن النية ، أي لا يكون هو المتسبب في عرقلة التنفيذ ثم يتمسك بالدفع المذكور، أو يلجأ لذلك على سبيل المماطلة [3]ما يخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود .

وفي الأخير يجب إذا كان تأجيل وتعليق التنفيذ جاء لصالح المدين حسن النية فيجب طبقا لمبادي العدل أن لا يلحق هذا التأجيل والتعليق ضرر بالدائن، فإذا منحت مهلة

1الآية 280 من سورة البقرة .

2 رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة .

3 Cass Com 18/04/1989 JCP 1989 IV 232;

مقتبس عن مصطفى العوجي، العقد ، المرجع السابق، ص 613 .

كافية للمدين ولم يسدد ما عليه جاز للدائن إما طلب تنفيذ الإلتزام المعلق جبرا أو إلغائه مع التعويض إذا كان له مقتضى.[1] طبقا للقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار .

ثانياً: الإستفادة من تعديل العقد .

إضافة لتأجيل وتعليق التنفيذ يستفيد المتعاقد حسن النية من تعديل العقد والموازنة بين أطرافه بنص القانون مثل نظرية الظروف الطارئة أو من طرف القاضي عندما يبسط رقابته على بنود العقد .

أ-نظرية الظروف الطارئة .

اختلفت الدول في تطبيق نظرية الظروف الطارئة[2] فمنها من كرسها ضمن التشريع كالمشرع البولوني والايطالي،حيث نصت المادة 269من القانون المدني الإيطالي « يمكن للقاضي تطبيقا لمبدأ حسن النية وبعد مراعاة التوازن في مصالح الأطراف ضبط طريقة تنفيذ العقد، وذلك في وجود ظروف إستثنائية، من آفات وغيرها من العوارض الطبيعية »[3]، ومنها من كرسها على مستوى القضاء أي سلطة القاضي في تقدير واستخلاص الظرف الطارئ كالمشرع الألماني الذي كان يرفض في بادئ الأمر في بداية التضخم المالي أثناء الحرب العالمية الأولى متجاهلاً التخفيض في قيمة العملة، إلا أنه وبقرار صادر عن محكمة "رايخ ماريخت" بتاريخ 1920/09/21 اتجه القضاء واعتبر أن التقلبات

---

1 نفس المرجع السابق، ص614.

2 إختلفت الدوا خول نظرية الظروف الطارئة ،منها ما كرستها بنصوص واضحة كبولونيا واليونان ،وإيطاليا،ومنها ما لم تتضمن قوانينها نصوص واضحة ،كالقانون الفرنسي واللبناني ،حيث نصت المادة 269 من القانون المدني البولوني (إذا جدت حوادث إستثنائية ....جاز للمحكمة ،إذا رأت ضرورة لذلك ،تطبيقا لمباديء حسن النية ،وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ،أن تعيد طريقة تنفيذ الإلتزام ، وأن تحدد مقداره ،بل وأن تقضي بفسخ العقد)

كما نصت المادة 388 من القانون المدني اليوناني (إذا طرأ حادث إستثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ...يجوز للمحكمة ،بناءا على طلب المدين أن ترد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول) راجع محمد على عبده ،المرجع السابق،ص.356.

مقتبس عن محمد علي عبده ،المرجع السابق،ص 185 .Cass ,Civ,16/10/1973,RTDC1984 2ر 2

3 مقتبس عن عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في التعاقد، المرجع السابق، ص102.

الاقتصادية هي من الظروف الطارئة التي تضفي المشروعية على رغبة احد الأطراف في التحلل من التزاماته التعاقدية وأكدت المحكمة انه يفهم من المادة 242 من القانون المدني الألماني أن حسن النية هو الذي يقود تنفيذ الالتزامات المدين وبالتالي فهو الذي يجب أن يقود الدائن في المطالبة بالتنفيذ[1].

ولقد نص المشرع الجزائري على هذه النظرية صراحة في المادة 2/107 من القانون المدني والتي نصت «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذالك »

،ذهب الدكتور علي علي سليمان أن هذه المادة ما هي إلا تطبيق لنص المادة 106 من القانون المدني وكان على الأرجح أن تضاف كفقرة لهذه المادة [2]، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين و يجب على كل منهما تنفيذه بأمانة وحسن نية غير انه توجد أثناء تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقاً يهدده بخسارة فادحة فتقضي العدالة وحسن النية التوازن بين التزامات المتعاقدين، وبالتالي فهي وجدت من اجل تنفيذ العقد واستمراريته [3].

وقد كرست المحكمة العليا هذا الإتجاه، حيث نقضت قاضي الموضوع عندما أقر سعر عشرة بالمائة من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، وذلك لعدم تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 107 ف 3 من القانون المدني[4] .

---

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم،المرجع السابق،ص 102.

2علي علي سليمان المرجع السابق،ص 98.

3 علي فيلالي، الإلتزامات ،النظرية العامة للعقد ،موفم للنشر ، الجزائر،2010،ص 381.

4 قرار رقم 191705مؤرخ في 1999/10/24 المجلة القضائية 1999 عدد2 ص 114.

كما نص المشرع اللبناني من قانون الموجبات والعقود عن إمكانية منح القاضي المدين المهلة تلوى المهلة بحسب ما يراه من حسن نيته بل تذهب المادة 300 منه إلى إمكانية تجزأة الدين وجعلى إيفائه أقساطاً حسب مقتضى الحال وخلافا للقاعدة العامة التي تمنع المدين من إجبار الدائن على قبول الإيفاء مجزأ [1].

ولم يعرف الفقه الإسلامي نظرية عامة حول نظرية الظروف الطارئة [2]إلا أنها عرفت تطبيقات مختلفة تكريساً للعدالة [3] وحسن النية .كفسخ الإيجار للعذر الطارئ ، وفي إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار.تغير قيمة النقود ومفهوم الصلح الأوسط [4].

ب-تعديل العقد من طرف القاضي

وهنا يكون تدخل القاضي طبقا لحسن النية الشخصي والموضوعي ،حيث إعتبر الفقه أن القاضي لا يملك سلطة التعديل إلا من خلال تفسير العقد ،أو باللجوء إلى مفهوم حسن النية في تعديله ،ويكون تعديل العقد هنا على النحو الذي تم ذكره سابقا [5]ويقوم بتعديل العقد لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان ومن الشروط التعسفية التي يحدثها أحد المتعاقدين على الطرف الآخر [6] .وقد نصت المادة 187 من القانون المدني على « إذا تسبب الدائن بسوء النية،وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الإتفاق أو لايقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بدون مبرر».

كما يمكن للقاضي تعديل شروط العقد ولو تم عليها صراحة إذا كانت هذه الشروط مخالفة لحسن النية ،كما في الشرط الفاسخ في العقد ،حيث يذهب القضاء إلى بطلان هاته

---

1 مصطفى العوجي، العقد، المرجع السابق ص 618 .

2 مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص314.

3 عبد المنعم موسى إبراهيم ،حسن النية في التعاقد المرجع السابق،ص100.

4 نجيب محمود أبو حجير، المرجع السابق، ص 51 إلى 76.

5راجع ماتم ،ذكره ،ص 87 وما بعدها.

6 راجع ما تم ذكره سابقاً،ص 73.

الشروط وبالتالي تعديل العقد متى كانت مبنية على نيسة مبيتة .كما في إبطال الشرط الفاسخ إذا نفذ المدين إلتزاماته الرئيسية ،ولم يبقى له إلا إلتزام ثانوي[1] .

ثالثا: الإستفادة من بعض الأوضاع في النظرية العامة وفي بعض العقود الخاصة .

إضافة للأحكام السابقة يستفيد المتعاقد من بعض الأوضاع الخاصة نظرا لحسن نيته، سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة وكذا في بعض العقود الخاصة نتيجة إستقامته ونزاهته ،أي حسن النية الذاتي،أو لجهله وعدم علمه بالوضع المحيط به طبقا لحسن النية الموضوعيى ،فعلى سبيل المثال لا الحصر، يستطيع المدين الموفي حسن النية طبقا للمادة 146 من القانون المدني أن يتنصل من مطالبة الدائن الحقيقي إذا وفى للدائن الظاهر عن حسن النية وهو يعتقد اعتقادا جازما أن الوفاء تم للدائن الحقيقي ماترتب على ذلك من تجرده من سند دينه ومن تأميناته .

كما يعتبر القانون التجاري المجال الخصب للأحكام والأوضاع المترتبة لصالح المتعاقد التاجر حسن النية في المعاملات التجارية ،نظرا لما يتميز به من الثقة وسرعة في المعاملات ،كما يستفيد التاجر حسن النية من الصلح الواقي مع جماعة الدائنين [2] ،حيث يستطيع التاجر المفلس أن يتوقى إفلاسه [3]، ويستفيد من تخفيض وتأجيل جزء من الديون وتقسيطها واشتراط الوفاء على يسر [4]،وتوقف هذه الإجراءات والإمتيازات متى قاما ملاحقات بالإفلاس التدليسي طبقا للمادة 332 من القانون التجاري .

---

1 Paris19/06/1990,D1990,515,notePicod,Rev,tri;dr,civile1992,92.

مقتبس عن محمد علي عبده ،المرجع السابق ،ص 154

2 عقد الصلح هو هو إتفاق بين المدين ودائنيه ،الذين يوافقون بموجبه على آجال لدغع الديون أو تخفيض جزء منها ،المرسوم التشريعي08/93 المؤرخ في 1993/04/25 يعدل ويتمم القانون التجاري،الذي عدل المادة 317من القانون التجاري .

[3] حسين عامر ، المرجع السابق ، ص554.

[4] راجع المادتين 333 و 334 من القانون التجاري ..

كذلك يستفيد المتعاقد من بعض الأوضاع في كثير من العقود الخاصة ،كما في عقد التأمين حيث فرق المشرع فيه بين المؤمن له حسن النية وسيء النية في حالة الكتمان أو الإدلاء ببيان غير صحيح عند إبرام العقد ولحظة ما يستجد من ظروف والتي تؤدي لزيادة الخطر، ففي الحالة الأولى إذا كان سيء النية فإن هذا يجعل العقد باطلا أو قابل للإبطال فيتحلل المؤمن من إلتزامه بضمان الخطر المؤمن عليه، أما إذا كان حسن النية فتصبح الأقساط المدفوعة حقا خالصا للمؤمن، أما إذا كان المؤمن له حسن النية فيستطيع أن يدرأ طلب الإبطال بزيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر.

كما لا يسأل البائع حسن النية في عقد البيع عن التعويض إبتداءا لعدم علمه بوجود العيب الشيئ المبيع ،كما يستفيد من أحكام التقادم القصير المنصوص عليه في المادة 383من القانون المدني ،وهو حكم منطقي فمن غير المعقول أن يظل البائع حسن النية مهددا بالضمان لأطول مدة ممكنة [1]

رابعاً: الاستفادة من أحكام المسؤولية والضمان.

لاعلاقة لحسن النية بالمسؤولية العقدية، فيسأل المتعاقد عن خطأه ولو كان حسن النية، على خلاف سوء النية لأنها تلعب دورا هاما في تحديد عناصر هذه المسؤولية [2]، إلاأنه قد تعفى حسن النية من المسؤولية كلية في حالة قيام المدين بما عليه من واجبات تقتضيها حسن النية من إخطار المتعاقد معه باستحالة التنفيذ واتخاذ ما يمكن من الوسائل للتخفيف من آثار ما يقع من خسائر بسبب عدم تنفيذ الإلتزام ،فعلى سبيل المثال إذا أخبر المشتري البائع في عقد البيع بالتعرض الصادر من الغير في الوقت المناسب ،فإنه لم يرتكب خطأ يتعارض مع حسن النية ،فإذا أخبره في الوقت المناسب ولم يتخذ الإجراءات المناسبة لحماية حق المشتري فإنه أصبح ملزم بالضمان ،ونفس الشيء في حالة وقوع قوة قاهرة منعت المدين من تنفيذ إلتزامه، فإذا أخبر المدين الدائن بالإلتزام في الوقت المناسب

[1] أحمد عبد المنعم دبش ،المرجع السابق، ،ص 153.

2 راجع ماسيأتي ص 115وما بعدها.

تنصل من إلتزامه ما يرفع عليه العنت والحرج لأنه مدين حسن النية لم يرتكب أي خطأ [1]. وكذلك الأمر إذا التعرض للمشتري من الغير وكان المشتري يجهل عند إبرام العقد بسبب هذا التعرض والإستحقاق فإنه لاغنى يرجع على البائع بالتعويضات مالم يكن يعلم وقت شرائه بالعيب اللاصق بسند البائع له [2]،أي حسن النية ،كما يمكن التضرع بحسن النية في تلك الأحوال التي لايقع فيها خطأ، إبان إستعمال المتعاقد لحقه و ترتب عليه ضررللغير [3]،وفقا للقاعدة الشرعية الجواز الشرعي ينافي الضمان. كما يستفيد حسن النية من أحكام الضمان المنصوص عليها في حالة العيب الخفي ،هذا ما حدا بالمشرع إلى التمييز بين الضامن حسن النية والضامن سيء النية ، على النحو السالف الذكر.

خامساً: الحماية القضائية للمتعاقد حسن النية

على غرار المشرع فغالب ما يتدخل القضاء لحماية المتعاقد تكريسا لمبادئ العدالة وحسن النية ، نتيجة جهله بواقعة ما يرتب عليها القانون أثرا معينا أو نتيجة إستقامته أحيان أخرى، حيث ألغت الغرفة المدنية حكم المحكمة القاضي بتحميل المسافر نصف الزيادة التي طرأت على بطاقة السفر بالطائرة، باعتبار أنه كان حسن نية لم يعلم بهذه الزيادة عندما شرائه للتذكرة وليس عليه أن يتحمل نتائج الغلط الذي وقع فيه الناقل الجوي وبالتالي كان حسن النية [4].

كما إعتبر القضاء حسن النية مسألة جوهرية في تحديد الحقوق المستحقة حيث خلصت محكمة النقض المصرية [5]أن تمسك المشتري حسن النية معتمدا على عقده الظاهر جاهلا ورقة الضد التي هو غير بالنسبة إليها، ومع ذلك أغفلت المحكمة بحث هذا

---

1 عبد الحليم ، عبد اللطيف القوني ،المرجع السابق،ص 602و613 .

2 نقض مصري 1954/01/21–م ق م–88–359 مقتبس عن محمد شتا أبو سعد ،المرجع السابق،ص 316.

3 حسين عامر، المرجع السابق، ص 544.

4 Cass Civ 2juin 1987.D.1987.IR152.

5 الطعن رقم 07 16 ق جلسة 1947/03/06 مقتبس عن إلى سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق ، ص 52.

الأمر،مع ما لحسن النية أو عدمه من الأهمية قانونا في تحديد حقوق المشتري من أحد طرفي العقد الصوري ، ما يعتبر حكمها قاصرا.

وغالبا ما يستفيد المدين حسن النية في من الحماية القضائية عند تأخره في تنفيذ في تنفيذ إلتزاماته، فإن المحاكم تأخذ في الإعتبار هذا الوضع وتنظر إليه نظرة تفهم وتمد له يد المساعدة [1]،إما بإمهاله وبالتالي وقف الدعوى القضائية ، وإما بالإظافة للإمهال بتقسيط الدين لمدة طويلة أو قصيرة، ويمارس القاضي في هذا الشأن سلطة تقديرية مطلقة ولا رقابة عليه من قبل المحكمة العليا شرط أن يستند في تبرير التأجيل إلى ظروف سائغة حسب ظروف كل قضية وإلى الحس السليم والفائدة المرجوة، على أن لا تمس تدابيره الدائن بضرر، لأن من لاعدل ان نضحي بمصالح الدائن لصالح المدين حسن النية.

الفرع الثاني

في العقد المهدد بالزوال .

على غرار العقد الصحيح يستفيد المتعاقد حسن النية من بعض الأحكام في العقد المهدد بالزوال وهذا ما سنتناوله في مايلي:

أولا: حماية العقد من الزوال.

في هذه الحالة يرجح القانون مصلحة المتعاقد حسن لتحقيق إستقرار التعامل والمحافظة على المراكز القانونية من خطر إنهاء العقد ، فحسن النية هنا الذاتي أو الموضوعي يلعب دور الحماية والمحافظة على العقد تكريسا لقاعدة إستمرارية العقد سواء عند نشوء العقد من خلال حماية الرضا أو عند تنفيذه من خلال الرقابة التي يبسطها القاضي على تنفيذ العقد لأن العقود تعقد لتنفذ لا لتزول [2] ،حيث نصت الكثير من المواد

---

1 مصطفى العوجي المرجع ، العقد، السابق نص 730.

2 ترى غالبية الفقه المعاصر أن حسن النية يقوم بوظيفتين،،الأولى وظيفة الملائمة ،ويؤديها في نطاق تنفيذ وتفسير العقود والإلتزامات ،وتتمثل في وجوب تنفيذ وتفسير هذه العقود وفقا لمقتضيات الأمانة والإستقامة والعدالة ،أما الوظيفة الثانية لحسن النية فهي وظيفة الحماية ،وتتمثل في كفالة حماية وضع لا يسمح به مجرد التطبيق العادي للقواعد القانونية ،وتقوم هذه الوظيفة بدورها للحد من بطلان التصرفات ،مقتبس عن محمد سعيد عبد الرحمان ،المرجع السابق،ص 94.

على أولوية المحافظة على العقد طبقا لحسن النية الموضوعي ،حيث نصت المادة 41 من القانون المدني على الحق في إبطال عقد البيع للغلط، ولكن إذا كان المتعاقد معه حسن نيته وأبدى استعداده لتقديم ما طلب منه، فليس لمن عيبت إرادته التمسك بحق الإبطال لأن هذا الأمر يتعارض مع حسن النية ،وهذا الأمرذاته الذي كذلك أكدته المادة 85 من نفس القانون بقولها « ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية، ويبقى صاحب الحق ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه »، وكذلك الأمر عند تنفيذ العقد فتلعب حسن النية دورا ، لتفادى الفسخ ،ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا خسب الظروف، كما يجوز له ان يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكافة الإلتزامات ».

ثانياً: حالة زوال العقد

قد يبطل العقد ولا تنجح محاولات إنقاذه، وقد يصبح العقد مستحيلا أومرهقا يستحيل على المدين تنفيذ ما عليه ، فلا يبقى أمام القاضي إلى الحل الأخير وهو إنهاء العقد[1]، وما يترتب على ذلك من آثار تلعب حسن وسوء نية الأطراف دورا في تحديد المراكزوالحقوق .

أ-الحق في إسترداد مادفع :

وهنا المتعاقد حسن النية من حقه إسترداد مادفع بمناسبة هذا العقد الذي إطمئن إليه عن حسن نية وفي هذه الحالة تطبق الأحكام العامة المتعلقة برد ما لم يستحق والتي تفرق بين حسن وسوء نية ففي حالة البطلان أو الإبطال ،فعلى سبيل المثال نصت المادة 103 من القانون المدني يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد العقد أو إبطاله » ،و وبالتالي فأفضل طريقة لإرجاع المتعاقدين لما كانو

G.LYON, De l'evolution de la notion de bonne foi . R.T.D.C . 1946 p 75 .

1 الإنهاء نقصد بهإنها العقد لأي سبب من الأسباب المذكورة في القانون،مثل البطلان ،أو الإبطال ,الفسخ ،..المنصوص عليها في القانون المدني ،أو في العقود الخاصة .

عليه هي أن يسترد كل منهما ما أداه عينا للآخر ،كأن يرجع البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن الذي دفعه وكذلك المصاريف التي انفقها لحفظ المبيع، أما إذا قام المشتري ببعض الترميمات والتحسينات فله الحق في ذلك، حيث ذهب المجلس الأعلى « حيث أنه من المبدأ قانونا أن المشتري حسن النية الذي يعطي زيادة مهمة في القيمة للملك المكتسب، إثر المصاريف المبالغ فيها التي أنفقها، له الحق في المطالبة بتعويض مناسب للتحسينات التي أتى بها في الأصل، في حالة إبطال البيع »[1] ، وعلى خلاف ذلك لا يسترد المتعاقد سيء النية ما دفعه في حالة بطلان العقد متى كان هذا المتعاقد يعلم به أو تسبب في عدم مشروعيته تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر .

ب-إنعدام الأثر الرجعي لزوال العقد

قد لا يكون إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها ممكنا في جميع الحالات، فقد تصطدم هذه القاعدة بنصوص القانون حماية للمتعاقد حسن النية الذي إطمئن لهذا العقد وتكريسا لمبدا إستقرار المعاملات فتصبح حسن النية وسيلة لإكتساب الحقوق والتمسك بأحكام الحيازة .

1-حسن النية لإكتساب الحقوق

فالمتعاقد هنا يستفيد من بعض الحقوق العينية والشخصية بحسب طبيعة التصرف أو العقد وبالتالي يمكن التمييز في هذا الصدد بين عقود الإدارة وعقود التصرف.

-إكتساب الحقوق العينية

تعتبر حسن النية كسبب لإكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم القصير، أما المنقولة فتحضع للأحكام العامة المتعلقة بالإسترداد،على خلاف الغير حسن النية الذي يمكنه التمسك والتحجج بهذه القاعدة كما سنرى .

-إكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم القصير :

1 قرار في 1969/07/18 نشرة القضاة 1972، عدد 1،ص45،مقتبس عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص 345.

وهذا الحكم نصت عليه المادة 828 من القانون المدني «إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في نفس الوقت على سند صحيح ،فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات » فحسن النية هنا سبب لكسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم القصير ،فمن لامنطقي أن يبقى المتصرف له حسن النية أن يبقى حقه مهدد لمدة طويلة ،ويشترط للتمسك بهذه القاعدة من طرف المتعاقد الحائز أن يستند لتصرف ناقل للملكية ،وأن يكون حسن النية باستفائه اجراءات المنصوص عليها لنقل هذا الحق العقاري والمنصوص عليها في المادةة 793 وكذا المادة 15 من الأمر 74/75 المنظم للشهر العقاري.ولا يشترط في المتعاقد ليتمسك بهذا الحق أن يبقى حسن النية طيلة المدة للتقادم القصير لأن ذلك لايؤثر في حسن نيته[1].

ت-التمسك بأحكام الحيازة والالتصاق والإثراء بلا سبب

الأصل أن يلتزم من يتسلم غير مستحق برد ما يؤدي إليه ،وهذا تطبيق للقواعد العامة في الإثراء ،ولكن فيما يتعلق بثمرات الشئ المسلم له، فإن المادة 837 من القانون المدني تفرق بين ما إذا كان من تسلم الغير مستحق حسن النية ،وعندئذلا يلزم برد الثمرات إلا من وقت رفع الدعوى ،وبين ما إذا من تسلم الغير مستحق سيء النية ،ففي هذه الحالة يلزم برد الفوائد والأرباح التي حصل عليها أو كان في وسعه الحصول عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية .أما إذا هلك الشيء فلا يكون المتعاقد عما يصيب الشيء من هلاك إلا بمقدار ما عاد إليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك إذا كان حسن النية ،بخلاف ما إذا كان سيء النية فيكون مسئولا على الهلاك أو التلف ولو كان ناتج عن حادث فجائي ،إلا إذا أثبت أن كان يهلك أو يتلف ولو بقي في يد من يستحقه وذلك طبقا للمادة 843 من القانون المدني.

1 محمد أحمد عابدين،التقادم المكسب والمسقط في القانون ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية 2002،ص 284و285.

كما تشير المادة 785 من القانون المدني في خصوص من يقيم المنشآت مملوكة وهو يعتقد بحسن النية أنه له الحق في إقامتها ،فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . هذا ما لم يطلب صاحب المنشات نزعها، ما لم يترتب على ذلك ضرر جسيم، فلصاحب الأرض أن يطلب تمليكها لمن أقام المنشات نظير تعويض عادل.

المطلب الثاني

الحقوق والأوضاع المقررة للغير حسن نية.

على غرار المتعاقدين يستفيد الغير حسن النية من عدة حقوق وأوضاع قانونية ،نظرا لحسن نيتة الذاتي المتمثل في الإعتقاد الخاطيء نتيحة جهله بالواقعة أو التصرف الذي بنى عليه مركزه،غير أن هذا المركز قد يصبح مهدد من صاحب الحق أوصاحب المركزالقانوني ،فإن كانت حماية صاحب الحق معناه التطبيق الصارم لنص القانون ،فإن حماية حسن الغير حسن النية أولوية تقتضيها حماية مصلحته ومركزه ،تحقيقا لإستقرارا الأوضاع والمراكز الواقعية وحماية للغير حسن النية ولو كان على حساب مصلحة صاحب الحق، وذلك وفقا لقاعدتين هامتين نص عليهما المشرع ،هما قاعدة إنعدام زوال التصرفات (الفرع الأول) و قاعدة التمسك بالتصرف الظاهر(الفرع الثاني).إضافة إلى ذلك يستفيد الغير حسن النية من أحكام الحيازة والإلتصاق في حالة مزاحمة صاحب الحق لمركزه(الفرع الثالث).

الفرع الأول

إنعدام أثر زوال التصرفات على الغير حسن النية

يقصد بالغير حسن النية هو ذلك الغير تلقى حقا من أحد المتعاقدين ،وأصبح هذا الحق مهدد نتيجة زوال تصرف المتعاقد الذي تصرف له ،فإذا زال التصرف لأي سبب

من الأسباب [1] ،نتج عنه سقوط الحقوق التي ترتبت عليه للمتعاقدين،فيسترد المتصرف الشيء المتصرف فيه مطهرا من هذه الحقوق [2].غير أن إعمال هذه القاعدة بصورة مطلقة يؤدي إلى الإضرار بمصلحة هذا الغير حسن النية،ولذلك وردت عليها إستثناءات الغرض منها حماية الغير حسن النية من أثر زوال العقد تحقيقا لإستقرار التعامل وحماية الثقة والإئتمان في المجتمع[3]،غير أنه للتمسك بهذه القاعدة يجب توافر عدة شروط سنتطرق لها في النقطة الموالية.

أولا: شروط الغير حسن النية للتمسك بالقاعدة:

-أن يكون هذا الغير قد تلقى حقا عينيا أو شخصيا على العين التي إنتقلت إليه .

-أن يكون حسن النية، أي لا يعلم بالتصرف الأول أوالذي إنتقل على أساسه الحق مهذد بالزوال . ويعتبر القانون الشهر وسيلة قانونية لإفتراض العامة بالتصرف وعدم الاحتجاج بعدم العلم . ويشترط أن يكون الغير إكتسب هذا الحق ممن تصرف له قبل رفع الدعوى القضائية أو تسجيلها، فأي تصرف لاحق على هذا التسجيل أو التأشير لا يسري قبل رافع الدعوى، كما يجب على الغير أن يحتج بهذا الحق أمام محكمة الموضوع ،ولا يجوز له التمسك بذلك أمام مخكمة النقض[4].

-أن يكون هذا الغير قد إتخذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا .

-أن يكون الغير حسن النية وقت نشوء الحق.

---

[1] والملاحظ في هذا الصدد ان كسب الحقوق بالحيازة في المنقول وبالتقادم القصير في العقار يقتصر نطاقه على القابلية للإبطال أو البطلان النسبي دون البطلان المطلق ذلك أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يعد سببا صحيحا يجيز التملك بالحيازة في المنقول والعقار بالتقادم القصير إذا ما كان مقترنا بحسن النية،مقتبس عن مصطفى الجمال، المرجع السابق،ص 214 هامش،

[2] مصطفى الجمال، المرجع السابق ،ص 212.

3 نبيل إبراهيم سعد،المرجع السابق،ص361.

أحمد شوقي عبد الرخمان ،مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة ،دار الفكر العربي ،،القاهرة ، ص21. 19814،

-ويشترط القضاء والفقه للتمسك بهذه القاعدة والتمسك بالحق العيني أن تكون المعاملة أوالتصرف الذي إكتسب به هذا الغير من المعوضات [1]،لأن الذي يسعى لتفادي ضرر أولى بالحماية من يسعى لكسب منفعة نطبقا للقاعدة الفقهية "لا ضرروولا ضرار"

-لكي يتمسك هذا الغير يجب ان تكون مصلحته راجحة عن المصالح المتعارضة معه فقد ترجح مصلحة هذا الغير على صاحب الحق وقد يكون العكس كما قد يكون مصلحتة هذا الغير متعارضة مع فئة من الأشخاص يوليهم القانون حماية خاصة كالقاصر أو الشخص صاحب الحق الذي يكون بعيدا عن نشوء هذا الوضع الذي بنى عليه هذا الغير مركزه[2].

ثانيا : الحقوق التي تترتب على القاعدة.

متى كان حسن النية وقت تلقيه الحق؛ أي لا يعلم وقت الشراء أن هذا الحق العيني مهدد بالزوال، فيصبح المتعاقد حسن النية في منأى من خطرمطالبة المتصرف له باستردا الحق ،ويمكن التمييزفي هذا الصدد بين عقود التصرف ،وبين عقود الإدارة :

أ-عقود التصرف

ويمكن التمييز في هذا الصدد بين العقود الواردة على العقار والعقود الواردة على المنقول .

1-اكتساب العقار بالتقادم القصير

على غرار المتعاقد حسن النية فإن الغير حسن النية يكسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم القصير، طبقا للمادة 828 من القانون المدني وهي عشرة سنوات .ويجب لكي

1 حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع،ط 1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2008، ص 201.

2 محمود زواوي، المرجع السابق، ص 115. كذلك مثل بيع ملك الغير المنصوص عليه في المادة 398 من القانون المدني.

يتمسك الغير بهذا التقادم القصير أن يحترم الشكليات والإجراءات المنصوص عليها في القانون ووفقا للتشريع الساري المفعول[1] .

2- ملكية المنقول

على خلاف المتعاقد فإن الغير حسن النية يمكن أن يتملك المنقول طبقا ل قاعدة الحيازة في المنقول وبحسن النية . وهو مانصت عليه المادة 835 من القانون المدني، وهي قاعدة منقولة من التقنين المدني الفرنسي القديم[2] تقتضيها سرعة التعامل في المنقول ويستثنى من تطبيق هذه القاعدة إذا خرج المنقول من يد مالكه من غير إرادته ، لأن المنقول إنتزع منه عنوة، ولا يبقى للغير حسن النية إلا الرجوع على المالك بالثمن وحبس المنقول لحين إستفاءه[3]

ب-إكتساب الحق الشخصي : (عقود الإدارة الحسنة)

إن الحقوق الشحصية التي يرتبها المالك للغير حسن النية باعتباره هو الذي له حق الإدارة الحسنة . كالنائب كما ه و الحال بالنسبة إلى الولي الذي يجيز له القانون إدارة ملكية ابنه القاصر ، فلا يجوز المساس بالحقوق الناشئة عن ه ذه الإدارة في حالة زوال التصرفات الذي كانت سنداً للملكية، والحكمة من وراء ذلك استقرار المعاملات هو من أهم الأه داف التي يرمي إلى تحقيقها القانون ، من جانب أخر يجب أن يستند هذا الغير في هذه العقود إلى حسن النية كشرط أساسي وجوهري للتمسك بالحق الشخصي ، لذلك يجب أن ينتفى في الغير الغش أو التواطؤ مع الذي تصرف له كأن يكون ثمن الإيجار بخساً لمدة تزيد عن ثلاث سنوات.

---

1 إجراءات نقل الملكية في العقار تتمثل في الرسمية والشهر ،حيث ذهبت المحكمة العليا أن المحكمة تنتقل أن الملكية في تنتقل لمن لمن سبق في إجراء الشهر وليس لمن أبرم عقد البيع الرسمي ،المحكمة العليا،بتاريخ:2013/07/11 رقم الملف 0785784،مجلة المحكمة العليا ،عدد02،ص 341.

2 عبد الرزاق أحمد السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، اسباب كسب الملكية، المرجع السابق ص 1116 فقرة 344.

3 عبد الرزاق احمد السنهوري المرجع السابق ، ص 1164.

الفرع الثاني

التمسك بالتـــأمين العيني

هنا الدائن الغير حسن النية الذي رتب تأمينا عينيا على دينه وهو يعتقد ان المدين يملك الشيء المرهون ، فإذا زالت ملكية المدين لأي سبب من الأسباب فإن الرهن الذي رتب لمصلحة الدئن يبقى صحيحا في مواجهة صاحب حق الملكية الجديد طبقا للمادة 885 قانون مدني التي نصت على « يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته،أوفسخه، أوإلغائه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن» فطبقا لهذه المادة فإن بطلان العقد لايسري في حق الغير المستفيد من الرهن طالما كان حسن نية[1] .

الفرع الثالث

نفاذ التصرفات والتمسك بالتصرف الظاهر .

سواء كان ذلك في التصرفات الناقلة للحقوق العينية أو تصرفات الإدارة الحسنة فالمتعاقدين حسن النية الذين يركنون في أعمالهم وتصرفاتهم إلى ظواهر الأمور،يصبحون في منأى عن خطر زوال التصرف ، ومبنى ذلك أن الظاهر المستقر الذي إطمأن إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى ولو خالف الحقيقة ، تكريسا لإستقرار المعاملات وحماية لمراكز الغير حسن النية ،فقد ذهب القضاء إلى أن أمن المعاملات يأتي قبل حماية الملكية [2].

وقد كرس القانون المدني تطبيقات لحماية الغير حسن النية طبقا لنظرية الظاهر كما في النيابة المنصوص عليها في المادة 76 منه حيث نصت « التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ، يترتب عليها ما يترتب

1علي فيلالي ،المرجع السابق ،ص 350.

1 نقض مصري بتاريخ:12/21/ 1981 ،مجموعو الأحكام ،32،رقم 432،ص 2374.مقتبس عن محمد سعيد عبد الرحمان ،المرجع السابق،ص 20

على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الإعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة ، ويحتج بهذه التصرفات على صاحب المركز الحقيقي»[1]،

و ويعتبر القانون التجاري مجالا خصبا لحماية الغير حسن النية طبقا لنظرية الظاهر نظرا لما يتميز به من ثقة وسرعة المعاملات .

كما فضل القانون مصلحة حسن النية على مصلحة القاصر إذا ما إستعمل هذا الأخير وسائل إحتيالية لإخفاء نقص أهليته. فطبقا لهذا النص فيلزم هذا القاصر بتعويض الغير حسن النية عن الأضرار التي لحقت به من جراء الظهور بمظهر كامل الأهلية في هذه الحالة،وخير تعويض لحسن النية هو الإ ببقاء على العقد وتنفيذ ناقص الأهلية تعهد القاصر الغير حسن النية .وهو ما أكده القضاء واعتبر القاصر سيء النية . وألزمه بتنفيذ العقد لصالح المتعاقد حسن النية[2] .

كما نظم المشرع بنص خاص أحكام الصورية في المادة 198 من القانون المدني و نظر بعين السخط وعدم الإطمئنان فوضع هذه المادة كعقوبة للغشاشين والمخاتلين حماية للغير حسن النية دائني المتعاقدين أو الخلف الخاص ، فقضى بعدم الإحتجاج عليهم بورقة الضد، ومن ثم فإن الخائنين يترديان في الهاوية التي حفراها للغير فيؤخذان بغشهما ولا يستفيدان في علاقاتهما مع الغير ،حيث ذهبت محكمة النقض المصرية في أن تمسك الغير بالتصرف الظاهر الصوري هو حسن نيته ولا يعتد في ذلك بالباعث على الصورية – سواء كان مشروعا أو غير مشروع –، وقد شرع هذا الإستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد وإنخدع بالعقد الظاهر فاطمأن على إنه عقد حقيقي[3]

---

2 نقض مصري بتاريخ:12/21/ 1981 ،مجموعو الأحكام ،32،رقم 432،ص 2374.مقتبس عن محمد سعيد عبد الرحمان ،المرجع السابق،ص 20.

[2]تمييز فرنسي، 02/حزيران 1930غازيت القصر 119/2/930 انظر في هذا مروان كساب المرجع السابق نص 77.

3 الطعن رقم 244 31 ق جلسة 1965/12/30 ، مقتبس عن إلى سعيد أحمد شعلة المرجع السابق ، ص 129

الفرع الرابع

التمسك بأحكام الحيازة والإلتصاق والإثراء بلا سبب .

يستفيد الغير حسن النية من نفس الحكام التي يستفيد منها المتعاقد حسن النية وفقا لقواعد الحيازة والإلتصاق المنصوص عليها في القانون المدني. والتي تم التطرق إليها لاسابقا بالنسبة للحقوق التي يستفيد منها المتعاقد حسن النية في حالة زوال العقد.

الفرع الخامس

نفاذ تصرفات الغيرحسن النيةمع المدين إتجاه الدائنين

هذا حكم خاص يتمسك به الغير حسن النية في مواجهة دائن المدين والتي يطعن فيها ببعدم نفاذ التصرف إتجاهه فتعتبرالتصرفات التي يعقدها المدين مع هذا الغير حسن والتي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته سارية في مواجهة دائني المدين ، غير أنه الغير حسن النية لا يستطيع التمسك بهذه القاعدة إذا كان الحق الذي تلقاه من المدين مبني على هبة. طبقا لما نصت عليه المادة 192مدني، التي تقضي «بنفاذ تصرفات المدين، ولو إنطوت على غش، في حق الدائن إذا كانت هذه التصرفات بعوض، وكان الغير حسن النية بينما إذا كانت من التبرعات فلا تنفذ في حق الدائن ولو كان الغير حسن النية ».

المبحث الثالث

إثبات حسن النية والجزاءات المترتبة على مخالفتها

إذا كان حسن النية من الأمور النفسية ،لما لها من آثار لتحديد المراكز والأوضاع المترتبة على المتعاقدين ،والتي يختلف الحكم فيها بين ما إذا كان المتعاقد حسن النية أو سيء النية، فبات من الضروري إثبات مبدأ حسن النية ،فإذا كان المتعاقد حسن النية إستفاد من الأوضاع المترتبة له قانونا ،أما إذا كان سيء النية فوجب تطبيق عليه

الجزاءات المقررة قانونا ، لذلك نتطرق في هذا المبحث إلى ،إثبات حسن النية (الفرع الأول)،والجزاءات المترتبة على مخالفتها(الفرع الثاني).

المطلب الأول

إثبات حسن النية

يعدإثبات مسألة حسن النية وسوئها من الأمور المعقدة في مجال الإثباتالمدني ،وذلك نظر لتعلقها بخفايا النفوس التي لا يعلمها إلا المولى صبحانه وتعالى ، لذلك وضع المشرع قواعد قانونية للكشف عنها تتمحور في أمرين ،الأول ،مبدأ إفتراض حسن النية(الفرع الأول) ،والثاني على من يدعي خلاف ذلك إثباته ،أي ضرورة إثبات سوء النية (الفرع الثاني)

الفرع الأول

إفتراض حسن النية

تعتبر مسألة إثبات حسن النية في العقود من الأمور المعقدة والمستعصية على القاضي لذلك وضعت التشريعات على غرار الفقه الإسلامي ظوابط وقيود واضحة يتمحور اساسها في إفتراض حسن النية في المتعاقد وضرورة لمن يتمسك بخلاف ذلك – أي سوء النية– إثبات ذلك .

أولا: مبدأ إفتراض حسن النية

بمعنى بأن تعامل كل فرد إنما يقوم أصلا على حسن نيته وأمانته وإخلاصه إلى أن يثبت العكس [1]،وهو أمر مفترض أساسا بمعنى بأن تعامل كل فرد إنما يقوم أصلا على حسن نيته وأمانته وإخلاصه إلى أن يثبت العكس [2] وهذا المبدأ يتلائم وطبيعة النفس البشرية المجبولة على الخير، حيث تبنت معظم التشريعات هذا الحكم وقدرته المادة 2268 قانون مدني فرنسي في أحكام التقادم حيث نصت على أنه :

1علي فيلالي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد) موفد للنشر، 2010،ص 368.

2المرجع السابق،نفس الصفحة ص 368.

"la bonne foi est toujous présumèe et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver» [1]

ولو أنه ورد في باب التقادم ، إنما يجعل منه مبدأ عاما في خصوص أن حسن النية يفترض أصلا [2].

وقد نص المشرع على هذه المبدأ في المادة 724 بقولها « يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير ،إلا إذا كان الجهل ناشيء عن خطأ جسيم ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل العكسي».

كما إعتبرت محكمة النقض المصرية أن حسن النية مفترض وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعي [3] .وهذه قرينة قانونية غير قاطعة، فيجوز إثبات عكسها بكافة الطرق ..

ثانياً: مبدأ إفتراض حسن النية في العقود

إذا كان مبدأ إفتراض حسن النية أمرا يمكن قبوله في جميع مصادر القانون الأخرى ،فإن الأخذ به على إطلاقه في مجال العقود والتصرفات فيه ما يأخذ عليه وذلك لتعرضه مع قاعدتين هامتين ، هما قاعدة الإثبات والتفسير .

فبالنسبة لقاعدة الإثبات فإنه يصطدم بقاعدتين .

الأولى : بما أن إثبات التصرفات تخضع للقاعدة العامة للإثبات ،لايجوز إثبات الكتابة إلا بالكتابة في التصرفات التي التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار ،فمثلا في السبب وإن إفترض المشرع مشروعية السبب طبقا للمادة 98 من القانون المدني ،فإن إثبات صورية هذا السبب تخضع للقاعدة لايجوز إثبات الكتابة إلا بالكتابة [4].

---

1 هذا الحكم قررته عدة قوانين ،كما في المادة 03 من القانون السويسري و702 من القانون الإيطالي و434من القانون الإسباني،و478من القانون البرتغالي ، راجع حسين عامر ،المرجع السابق،ص 547.

[2] حسين عامر ، المرجع السابق،ص 548.

3 الطعن رقم 55 34 ق جلسة 1967/06/22 مقتبس عن إلى سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 69.

[4] المرجع السابق، ،ص 265

أما الثانية فهي قاعدة من يتحمل إلتزام يلزم هو بإثبات التخلص منه، فعلى سبيل المثال في حالة الوكالة الظاهرة ،فإن الموكل عليه إلتزام بحسن النية بإعلام الوكيل والغير بإنتهاء الوكالة ،أي هو الذي يدعي ويثبت بأن كلا منهما كانا عالمين بانتهائها ،أي سيئي النية ،إذا يكفي للغير التأكد من قيام الوكالة ، دون أن يلزم بالبحث في إستمرارها ، وكذلك ليس على عاتق الموجب إلتزام أن لا يوقع المتعاقد معه في غلط أو يدلس عليه فحسب ، بل عليه إلتزام يفرضه حسن النية بالإدلاء بكل المعلومات والتفسيرات الكافية ،حتى ينظم للعقد وهو على معرفة ودراية كافية [1] وبالتالي نستخلص من كل هذا أن مبدأ إفتراض حسن النية المشار إليه سابقا لا يمكن قبوله في العقود على إطلاقه وإنما يخضع للقاعدة العامة في الإثبات.

الفرع الثاني

وجوب اثبات سوء النية.

إذاكان حسن النية في القانون هو مبدأ مفترض غير أن هذه القرينة ليست مطلقة ، أي يمكن على من يدعي العكس إثباتها ،أي إثبات سوء النية وهو ما نتناوله في النقطة الموالية.

أولاً: ضرورة إثبات سوء النية

إن مسألة إثبات هذه الأخيرة تحضع للقاعدة العامة في الإثبات ، وإثبات سوء نية المتعاقد ليس بالأمر اليسير لأنها تتعلق بخفايا النفوس، يستلزم التحقق منه البحث فيما تنطوي عليه نفس المتعاقد وما يحتويه ضميره [2]، وتقدير مايقع من غش لا يمكن المعيار فيه إلا شخصيا لأن سوء النية هو وليد مخبثة نفسية،ما يحتم على القاضي المدني أن يستظهر النوايا الخبيثة على نحو مايقوم به القاضي الجنائي، معتمدا في ذلك على وسائل

[1] لعشب محفوظ بن حامد ،المرجع السابق، ص 86.

2 حسين عامر، المرجع السابق ص306.،كما تتفاوت إجتهادات الأئمة في إثبات النية والقصد، .

موضوعية للوصول لذلك،وبعتبر إثبات الغش والتدليس في الواقع أسهل لإقترانه بعناصره المادية والمعنوية ،أي ما تعلق بمناورات وأكاذيب محسوسة لها أفعال خارجية[1]

ولتيسير الإثبات اعتبر أن الخطأ الجسيم [2]يلحق بسوء النية وذلك تقريرا للمبدأ الروماني الذي يلحق الخطأ الجسيم بغش ،إذ أن الخطأ الجسيم يمكن تمييزه عن الخطأ العمد أو الخطأ الذي لا يغتفر ،فقد يقع الخطأ الجسيم دون أن يتجه قصد الفاعل لإحداث الضرر ،ولكن لما كان قصد الإضرار قد يتعذر إثباته ، فإن ذلك القصد يستنتج مما يقع من خطأ جسيم [3].

ويعتبر التشكك أيا كان قدره من العناصر الواجب مراعاتها في تعرف الحقيقة فوجودأدنى شك يفسد العقيدة القائمةفي نفس المرء فكان قرينة على سوء النية حيث ذهبت محكمة النقض المصرية في تقدير حسن النية في التمسك بالتقادم القصير أن حسن النية إعتقاد المتصرف إليه إعتقادا تاما حين التصرف ،أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإن كان هذا الإعتقاد يشوبه أدنى شك إمتنع حسن النية [4].

كذلك يعتبر الشخص سيء النية من الوقت الذي علم فيه بعيوب سند حيازته ،ويعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه في خصوص إستحقاق الثمار،ونتيجة التطورات التي عرفتها المنتجات الصناعية وما رافقه من ظهور عيوب فيها ، أدت إلى إحداث أضرار بليغة أصابت الإنسان في نفسه وأمواله، الشيء الذي دفع التشريعات والقضاء [5]في بعض الدول إلى التشدد في مسؤولية البائع المهني والنص على قرينة سوء النية وعلمه بعيوب المبيع، وذلك بهدف التوسع في حماية المستهلكين وتمكينهم من

---

[1] بيار إميل طوبيا ،المرجع السابق،ص 135.

[2] حسين عامر المرجع السابق ،ص549.

[3] نفس المرجع ، ،ص 550.

[4]حكم في 28 /1948/01،مقتبس عن حسين عاملر ،مرجع سابق،ص 558.

3 علي فتاك أنر في هذا حماية المستهلك وتاثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، ، جامعة ابن خلدون :دار الفكر الجامعي دار الفكر الجامعي، ط2014،ص .78

الحصول على التعويض، في ضوء المخاطر المتزايدة والناجمة عن إستحداث منتوجات جديدة لم تكن معروفة وقت وضع نصوص القانون. وفي الحقيقة حسب رأينا هذا لا يعكس سوء النية بقدر ما يعكس حماية أكثر لمجموع المستهلكين هذا ما جعل القضاء يخفف من هذه القرينة واعتبرها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها،حيث كانت المحاكم تسمح للبائع المهني بإثبات حسن النية، لكن فريق من الفقهاء رأى وجوب التمييز بين المنتج والموزع، حيث تكون القرينة قاطعة في مواجهة المنتج لأنه يعلم بمكونات منتوجه ويملك التجهيزات المهنية والتقنية التي تمكنه من عدم طرح منتجات معيبة في السوق، أما الموزع فتعتبر القرينة في مواجهته بسيطة يستطيع إثبات عكسها نظرا لكونه لا يبيع منتجات صناعته وإنما يبيع إنتاج غيره [1].

ثانياً: وسائل إثبات سوء النية

لقد نص المشرع الجزائري على وسائل الإثبات في الباب السادس من القانون المدني على وسائل إثبات الإلتزام ،وبما أن سوء النية هي واقعة مادية من فعل الإنسان ،فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن .وهذا يتفق مع ماذهب إليه الفقه الفرنسي[2] .

غير أنه مادام الأمر يتعلق بإثبات سوء النية في مجال العقود ،فإن هناك قيود قانونية تحول دون الوصول إليها ،مثل القيد المنصوص عليه في المادة 111من القانون المدني والتي نصت صراحة على عدم تفسير عبارات العقد الواضحة من طرف القاضي ، أما القيد الثاني فيتعلق بقواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني التي لا بد من إحترامها لأنها تتعلق بالنظام العام، خاصة قاعدة لا يجوز إثبات الثابت الكتابة إلا بالكتابة . وقد إختلف الفقه الإسلامي في مسألة إثبات سوء النية في التصرفات ،مستندين على

1جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق ص 73.

[2] الفقيه كابتان ،مقتبس عن ص 468.

قاعدتين فقهيتين ،الأولى (قاعدة الأمور بمقاصدها) [1]المأخوذة من حديث إنما لأعمال بالنيات ،والثانية قاعدة (القضاء مبناه الظاهر) ،فالنسبة للرأي الأول فلا يجوز البحث في النية السيئة إلا إذا أظهرت وتم التعبير عليها ، اما الرأي الثاني والذي أخذ به المالكية وجمهور العلماء والحنابلة فوجب البحث عن النية السيئة والكشف عليها ولو لم تكن في صلب العقد ،والتي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات [2].

ثالثاً: رقابة المحكمة العليا على إثبات سوء النية

مما لا شك فيه ان المحكمة العليا يتمثل دورها في الرقابة على القانون ولا يمتد في البحث عن الوقائع ومدى صحتها ،وطالما أن سوء النية تشكل واقعة مادية ،فبحثها هو مما يتعلق بموضوع الدعوى ، فيعود لقضاة الموضوع أن يستخلصوا بسلطان مطلق الوثائق التي تشكل بنظرهم تصرفات نابعة عن سوء النية والتي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات[3]ولا رقابة لمحكمة النقض عليها، شريطة تسبيب ما أنتهت إليه قناعتها بأسباب سائغة مقبولة ، وأن إلتجاء القاضي لحسن النية كان له ما يبرره ولا يكون وسيلة لتحريف العقد بطريقة غير مباشرة [4].

رابعاً: تطبيقات قضائية عن اثبات سوءالنية

أ-في القانون

من خلال الإطلاع على أحكام القضاء تم ملاحظة أن سوء النية في العقود لا تكون إلى في مرحلتين ،الأولى سوء النية في مرحلة إبرام العقد التي تعكس التوسع في الغلط للتدليس والتي ربطها الإجتهاد القضائي بعدم الإستقامة وقلة الشرف في مرحلة إنشاء العقد والتي تكون عن قصد على غرار التدليس المنصوص عليه فيالمادة 86 من القانون

---

[1] تعتبر من المقاصد الكلية في الإسلام ،ونصت عليها المادة 3 من المجلة.راجع على حيدر ،درر الحكام ،شرح مجلة الأحكام ،م1،طبعة خاصة ،دار عالم الكتب،بدون بلد نشر،2423ه ،2003م

[2] عبد الحليم عبد اللطيف القوني،المرجع السابق، ص 446.

[3] راجع المواد 323 وما بعدها من القانون المدني.

4 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 506.

المدني، أو مجرد كتمان وعدم إعلام وتبصير وتحذير وإستعلام المتعاقد له، ومن أمثلة ذلك ذهبت محكمة الإستءناف الفرنسية بأن التدليس على الواقع على كتمان الحقيقة والإخلال بمبدأ حسن النية في العقود ما أدى إلى إبرام العقد بسوء النية وعبر كتمان الحقيقة إذ أن البنك الذي يعلم أن وضعية مدينه من الصعب إصلاحها كان يجب إعلام الكفيل بذالك كي يتخذ قراره على ضوء ذلك[1] .

كما ذهبت الغرفة الإستئنافية لبيروت بأن الكتمان يكفي لتكوين عنصر الخداع إذا إتضح أنه كان من شأنه التأثير على إرادة المتعاقد بحيث لو علم بحقيقة الأمر لما تعاقد ،إما بسبب نص في القانون أو بسبب طبيعة العقد الذي يفترض ثقة متبادلة بين الطرفين ،أو بسبب الظروف التى تحيطبه [2]

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية أن إمتناع وكيل بيع الشقق عن إعلام المشتري بالأخطاء التي وقع فيها المهندس، ما رتب عنها غلق نافذتين يشكل خرقا لإلتزام بالإعلام ولمبدأ حسن النية الذي يسود العقود وبالتالي رتب عليه الأضرار اللاحقة بالمشتري والمتمثلة في تفويت فرصة شراء شقة أخرى يتناسب ثمنها في ذلك الوقت مع إمكانياته المالية[3].

كما إستندت محكمة النقض الفرنسية للقول بقيام المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام لشركة التأمين بأن " شركة التأمين حين رفضت مبلغ التأمين عن حادثة سرقة سيارة احتجاجا بأن جهاز الإنذار لم يكن من الأجهزة المعتمدة، فإنها لم تكن حينئذ حسن النية وذلك إستنادا لأمرين، أولهما أن شركة التأمين لم توضح النماذج المعتمدة لهذة

---

[1] CassCiv,1er 10/05/1989,Note D,Legeais,J.C.P 1989. مقتبس عن عبد المنعم موسى إبراهيمنالمرجع السابق،ص 13

الغرفة الإستئنافية،بتاريخ 1954/11/16 بيروت ،نشرة القضائية 1955،ص 144 .مقتبس عن المرحع السابق،ص 13.[2]

3- Cass .Civ.3 Cha.17 nov 1998.1993. IR،259 et .JCP،1994،22283.

مقتبس عن مصطفى العوجي المرجع السابق،ص 181.

النوعية من الأجهزةعند إبرام العقد ، وثانيما أن الشركة قامت بتحصيل الأقساط المستحقة عن ثلاثة سنوات" [1].

كما إفترضت المحكمة سوء النية في مصلح السيارات باعتباره محترف لأنه لم يقم بإعلام زبونه بالرأي السليم والنصيحة السليمة عما لحقت الزبون من إصلاحات التي تطلبتها السيارة تتجاوز بكثير تكلفة السيارة .

كما ذهبت المحكمة إلى أن المورد إرتكب خطأ في عدم إستعلام الزبون عند شراء جهاز إلكتروني يجاوز بكثير طاقته وتكلفة إحتياجات مشروعه[2].

أما سوء النية الثاني فيمكن تصوره أثناء أو في مرحلى تنفيذ العقد مرحلة تنفيذ العقد ،حيث يضمر المتعاقد النية السيئة ويظهر النية الحسنة ،حيث ذهبت ة الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ : 2011/03/17 إلى ثبوت سوء نية المستخدم وعدم صحة الوقائع المذكورة في مقرر توقيف العامل النقابي والتي تزامنت مع تجديد اللجنة الإنتخابية للمؤسسة [3] .

كما قد يكون التنفيذ مبني على غش المدين في تنفيذ إلتزامه ، حيث رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض على أساس أن الشركة الطاعنة إرتكبت غشا في حق خصمها عندما سلمت له كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك بدلا أن تسلم له بذور البطاطا المعدة للزراعة حسب العقد المبرم بينهما[4]، كما رفضت محكمة النقض المصرية الطعن في حكم المحكمة لأن المحكمة إستخلصت في حدود سلطتها التقديرية وفي أسباب سائغة أن

---

1 -CassCiv 20/03/1985،Bull Civ 1985,N102,p 93. 262 مقتبس عن جاك غستان ، المرجع السابق،ص .

[2]Rouen18/05/1973 .jcp 1974.

-www .dalloz-actualite .fr تم الإطلاع على الموقع 2015

3بتاريخ:10/03/

4-المحكمة العليا ،بتاريخ 2001/02/16 ، رقم 213691 ، المجلة القضائية 2001 عدد 01،ص125، مقتبس عن حمدي باشا عمر،القضاء المدني، دار هومة ،الجزائر ،2003. ص33.

الطاعن كان سيء النية وكان يعلم بالتصرف المطعون فيه عندما تصرفت المطعون عليها الثانية [1].

وذهب الأستاذ ذيب عبد السلام لوقائع تثبت سوء نية المستأجر تمنعه من ممارسة حق البقاء المنصوص عليه في المادة 514 من القانون الذي يرجع استخلاصها قاضي الموضوع و من بينها عدم قيام المستأجر بالالتزامات التي فرضها عليه كعدم تسديد مبالغ الإيجار وعدم احترام تخصيص الأماكن، و كذلك المستأجر الذي حكم عليه من اجل السب أو الضرب أو الجروح العمدية على شخص المؤجر و لقاضي الموضوع تقدير خطورة الوقائع و تأثيرها على حق البقاء و حالات متعددة مخلة بالنظام العام مثل الضوضاء، وإحداث تلف وتخريب في المبني وانعدام النظافة و تربية الحيوانات[2].

ب-في الفقه الإسلامي

إختلف الفقه الإسلامي في إثبات سوء النية ،فعلى سبيل المثال في واقعة إثبات سوء النية في اللقطة الفقه الإسلامي في مسألة إفتراض حسن وسوء نية حيث إعتمد الحنابلة والمالكية على ظروف الحال، بينما إعتمد الشافعية والحنفية على الإرادة التي يفصح عنها بالقول، أو الكتابة، وهي عندهم أدعى للإستمرار في المعاملات [3]فعلى سبيل المثال، ففي واقعة اللقطة قد تخفي وراءها إحدى إرادتين متباينتين، فالملتقط للشيء الذي عثر عليه، قد ينوي الإحتفاظ بهذا الشيءويعد غاصباله وتعتبر يده على الشيء يد ضمان، وقد ينوي الإحتفاظ بالشيء لصاحبه ويكون ذلك عنده وديعا، وتكون يده على الشيء يد أمانة ويرتب أبو حنيفة رحمة الله عليه على واقعة الإلتقاط ضمان قيمة اللقطة حين هلاكها باعتباره غاصبا لها، وتعد الواقعة عنده فعلا ضارا تفترض فيه سوء النية مادام لم يعلن حسن نيته بالإشهاد.

---

1 الطعن رقم 466 43 ق جلسة 1977/01/31 مقتبس عن إلى سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق ، ص 52.

2 ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه وإجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

3، وكذلك مجيد محمود أبو حجير، المرجع السابق، ص 42.

أما إذا كانت مصحوبة بإشهاد الملتقط، كما لو قال « عندي لقطة فأي الناس انشدها فدلوه علي »، فحينها تزول قرينة سوء النية المفترضة بإثبات عكسها بالإشهاد، أما الصاحبان فيفترضان سوء النية، ويعطيان الحق في إثبات حسن نيته بيمين، أو إشهاد لاحقين ، وكذلك الوكيل المكلف بتسليم الدين لدائن الموكل فتنتهي وكالته بمجرد علم الوكيل بالدفع الذي قام به الموكل مباشرة لدائنه، فإذا دفع الوكيل مرة ثانية للدائن أعتبر سيء النية، وليس له سبيل من التخلص من الضمان إذا كان حسن النية إلا بحلف اليمين عن جهله لواقعة الدفع [1] ، هذا مايكشف النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي في إثبات سوء النية والذي يكون بوسائل موضوعية تتمثل في الإشهاد الذي يكون علنا وظاهرا أوفي الإحتكام إلى اليمين .

بقي أن نقول في الأخير أنه إذا أثبت المدعي سوء نية المدعى عليه ،تأتي المرحلة الثانية والأخيرة وهي توقيع الجزاء من طرف القضاء ،والتي نفرد بدراستهافي المطلب الثاني .

المطلب الثاني

الجزاءات المترتبة على مخالفة حسن النية

إن حسن النية في مجال العقود يعني حسن القصد ولا يعفي توافره صاحبه فيما إقترفه من عمل غير مشروع إلا من المساءلة الجنائية في بعض الجرائم العمدية، ولكنه لا يعفي من المساءلة المدنية لذلك سنتطرق في هذا البحث إلى الجزاءات المدنية والجزائية المترتبة على مخالفة المبدأ في مجال العقود.

الفرع الأول

الجزاءات المدنية

لا ريب أن الإخلال بواجب حسن النية هو إخلال بركن من أركان القانون الوضعي، إذ من شأنه الحيلولة دون تنفيذ العقود أو حتى رد الدعوى الرامية إلغائها أو

1وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ،المرجع السابق، ص 46.

فسخها إذ لم تكن متوافقة معه،وبما أن حسن النية متغير فإن الجزاءلت متنوعة على مخالفة حسن النية –أي سوء النية –حسب هذا التغير.ويمكن تلخيص الجزاءات المدنية فيما يلي :

أولا: البطلان .

ويتمثل البطلان في بطلان العقد أو بطلان الشروط والبنود المتضمنة في العقد والمخالفة لحسن النية.

أ-البطلان المطلق

إن عدم إحترام حسن النية قد يصل الجزاء فيه إلى بطلان العقد بسبب إخلال المتعاقد الآخر بإلتزام حسن النية، وهذا البطلان هو من نوع خاص يختلف عن البطلان المنصوص عليه في القواعد العامة ، ويظهر ذلك خاصة في العقود التي يلعب فيها حسن النية دورا كبيرا والقائمة على الثقة والأمانة بين أطرافها مثل عقد التأمين [1] ، ويجد هذا البطلان أساسه إعمالا لقاعدة الغش يفسد كل شيء حيث ذهبت محكمة النقض المصرية على أنه« من المقرر قضاءا أن قاعدة 'الغش يبطل التصرفات 'هي قاعدة سليمة ولم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على إعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعـــــدم الإنحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع »'[2] ، كما أيدت المحكمة العليا حكم المحكمة القاضي ببطلان العقد لتعمد المدعين تقديم فريضة لم تكن تشمل جميع الورثة ما يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان العقد ' ، كما رفضت المحكمة الطعن بالنقض على أساس أن الشركة الطاعنة إرتكبت غشا في حق خصمها عندما سلمت له

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر"التأمين" ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 1278.

2- موسوعة مباديء وأحكام محكمة النقض المصرية 2009، ص2.مقتبس عن معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض،"ط 2 منقحة ، منشاة المعارف ،الإسكندرية، ، 1990،ص:239.

-Grand Larousse E ncyclopedique en dix volume ،tom5 p254. Et Le Trilingue ،tome 8p 352 .

Et Dictionnaire Alphabetique et analogiqu de la langue Francaise ،3eme volume p160.

كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك بدلا أن تسلم له بذور البطاطا المعدة للزراعة حسب العقد المبرم بينهما[1] .

وقد يترتب على بطلان العقد لسوء النية سقوط حق المتعاقد في إسترداد ما دفع لعدم المشروعية طبقا للقاعدة الرومانية ليس للغاش أن يستفيد من غشه، فليس له أن يسترد ما دفعه لأنه ملوث وغاش، وليس له أن يحتج بغشه، مثل ذلك من يقوم بدفع رشوة [2]مستترة. وهذا الحكم قررته المادة 3/103 من القانون المدني صراحة بنصها « يحرم من الإسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به ».

ب-بطلان الشروط والبنود المخالفة لحسن النية .

فجزاء البطلان هنا لا يلحق العقد في حد ذاته ، وإنمايلحق الشروط التي يضعها أحد المتعاقدين بسوء النية للضغط على المتعاقد الآخر كما في الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 110 من القانون المدني أو في بعض البنود التعسفية في بعض العقود الخاصة كعقد التأمين وعقد الإستهلاك ، و إذا كان المبدأ العام هو جواز الاعفاء من المسؤولية العقدية او الإعفاء منها طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما نصت عليه المادة 178فقرة 2 ي « يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي » ، فإنه لايجوز للمدين سيء النية الإتفاق ذلك إذا ارتكب المدين سيء النية غش او خطأ جسيم ، كما يعتبر شرط إسقاط الضمان في عقد البيع لاغيا إذا كان البائع عالما بعيوب المبيع وفقا لما نصت عليه المادة 384 من القانون المدني .

حيث ذهب القضاء إلى بطلان ما إشترطه المتعاقد من شرط يرمي إلى إعفائه من المسؤولية عما إقترفه من خطأ جسيم يتأدى في إهماله لبضع سنوات عدم فتح المستودع الذي به تلك المنقولات المودعة لديه وعدم التحقق منها ما نتج عنه تلف الأشياء المودعة نتيجة نتيجة لإنسياب الماء إليها [3] ، كما أبطل شرط البائع المحترف القاضي بعدم الضمان

1-المحكمة العليا ،بتاريخ 2001/02/16 ، رقم 213691 ، المجلة القضائية 2001 عدد 01،ص125، مقتبس عن حمدي باشا عمر،القضاء المدني، دار هومة ،الجزائر ،2003. ص33.

2 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 85.

3 محكمة النقض الفرنسية،1932/10/24.مقتبس عن حسين عامرالمرجع السابق، ص569.

لمخالفته لحسن النية وإفتراض قرينة سوء النية في البائع المحترف لإفتراض علمه ومعرفته اللمبيع وعيوبه[1].

وقاعدة بطلان الشروط المخالفة لحسن النية من النظام العام ترمي لحماية أحد المتعاقدين لا يجوز مخالفتها.

ثانياً: إبطال العقد.

وقد يترتب على مخالفة حسن النية إبطال العقد ،إذا إستعمل المتعاقد سيء النية وسائل إحتيالية أدت إلى إيقاع المتعاقد معه في الغلط ، طبقا لنظرية عيوب الرضا، فعندما تتوافر نية التضليل طبقا للمادة 86 من القانون المدني بشأن التدليس ،، كما يمكن إبطال العقد للغلط إذا ما توافرت شروطه طبقا للمادة 85 من القانون المدني ،وقد ذهب القضاء إلى قبول طلب الإبطال العقد لمجرد الكتمان حتى ولو لم تتوافر نية التضليل أو الكذب الواجبة قانونا[2] . حيث يسهل إلتزام بالإعلام كثيرا في المطالبة بالإبطال إستنادا للغلط، إذا لم يرتكب المتعاقد الآخر مناورات إحتيالية ،ما يسهل عليه عبء الإثبات ، فواجب حسن النية كما سبق القول ليس هو نية الإضرار فقط وإنما هو إتخاذ كل مايفرضه القانون وشرف التعامل يقاس بمعيار الرجل العادي الذي وجد في هذه الظروف.ذلك أن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي يسهل كثيرا في المطالبة بالإبطال للغلط [3]، لذا أصبح الفقه الحديث يميز بين الحماية التقليدية والحماية الحديثة [4]، وبالتالي التوسع في عيوب الرضا .

ثالثاً: المسؤولية المدنية .

قد لايكفي البطلان كجزاء مدني لتعويض المتعاقد عما أصابه من ضررنتيجة سوء نية المتعاقد الآخر وإخلاله بالتزام حسن النية، وقد لاتتوافر شروط الإبطال في جميع الأحوال وقد يختار المتضرر التعويض مع الإبقاء على العقد لأن دعوى الإبطال

---

1 بودالي محمد المرجع السابق، ص 69.

2عبدالمنعم عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة نمنشورات الحلبي الحقوقية، ص:382.

3 عبد المنعم موسى إبراهيم المرجع السابق، ص 381.'فيما يخص بناقص الأهلية الذي تقررإبطال العقد لنقص أهليته، فإن العقد مادام قد حكم بإبطاله، فلا مسؤولية للقاصر إلا في حالة الغش، حسين عامر، المرجع السابق، ص :64.

4 للتوضيح أكثر راجع ،عبد المنعم موسى إبراهيم المرجع السابق ،ص 26 ومابعدها.

إختيارية[1]، فإن اللجوء للتعويض في هذه الحالة أو في حالة إستحال بطلان العقد أمر ضروري، غير أنه ونظرا لطبيعة إلتزام حسن النية إختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة على مخالفة هذا الإلتزام .فجانب يرى أنها مسؤولية عقدية، وجانب آخر يرى بأنها مسؤولية تقصيرية .رغم أنه لاتوجد أهمية كبيرة لحسن النية في قيام المسؤولية على إعتبار أن المتعاقد مسؤولا عن أخطائه بغض النظر عن حسن أو سوء نيته ما يطرح التساؤل حول العلاقة بين حسن النية وعناصر المسؤولية .وقبل التطرق لذلك لابد من تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة على مخالفة إلتزام بحسن النية .

أ-طبيعة المسؤولية المترتبة على مخالفة إلتزام حسن النية

نظرا لطبيعة إلتزام حسن النية إختلف الفقه حول طبيعة المسؤولية المترتبة على مخالفتة خاصة إذا إقترف المدين خطأ عمدي أو تقصيري ينم عن سوء نيته إلى إتجاهين الأول يري أن هذه المسؤولية عقدية أما الإتجاه الثاني فيراها تقصيرية .

1-الإتجاه الأول

يرى اتجاه من الفقه ان المسؤولية المترتبة على مخالفة حسن النية هي مسؤولية تقصيرية، لأن الخطأ التقصيري هو إخلال بإلتزام عام بعد الإضرار بالغير أما مخالفة حسن النية هو إخلال بإلتزام عام هو ضرورة التقيد بحسن النية في المجال التعاقدي كما أن إعطاء معلومات خاطئة وكاذبة ينعكس على العقد،لأنه يكون غير مكتمل لغياب الاعلام والنصيحة والمشورة، وبالتالي فإن مخالفة حسن النية سابقة للتعاقد وبالتالي فالمسؤولية تقصيرية[2]. من جهةأخرى فإن المتعاقد سيء النية ٌقدغدر بالتعاقد في أساسه ما توجبه القواعدالكلية في توافر حسن النية، فلا يستحق إلاأن يعامل كالأجنبي على العقد[3].

2-الاتجاه الثاني

---

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في التعاقد،المرجع السابق،ص 32.

2 عبد المنعم موسى إبراهيم حسن النية في التعاقد المرجع السابق ًص 28.

3حسين عامر المرجع السابق، ص112.

يرى أن مسؤولية مخالفة حسن النية هي عقدية على لوجود عقد يربط الطرفين،لأن المادة 107 قانون مدني السالفة الذكر تقيم لنزاهة المدين بالإلتزام إعتبار في تنفيذه، فإذا إقترف المدين غشا في تنفيذ العقد، فإن ذلك يعتبر إخلال بإلتزام عقدي [1] وأن المسؤولية تتحدد حسب الإلتزام المخروق هل هو عقدي أم غيرذلك، وليس على الوقت الذي خرق فيه الالتزام .وإن كان التمييز بينهما أمر هام لجهة التعويض عن الأضرار، بحيث أن المسؤولية التقصيرية تفتح الباب واسعا أمام التعويض عن الأضرار الحاصلة كافة طبقا للمادة 2/182 من القانون المدني بينما العقدية فتبقي التعويض ضمن الأضرار المتوقعة عند إنشاء العقد، حيث يرى الفقيه علي علي سليمان أنه « في حالة ما إذا إرتكب المدين سيء النية غش أو خطأ جسيم في عدم تنفيذ إلتزامه فقد أجيز للدائن في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض حتى عن الضرر غير المتوقع وهناك رأي يقول أن إلزام المدين الذي إرتكب غشا أو خطأ جسيما بدفع تعويض حتى عن الضرر غير متوقع إنما هو خروج عن المسؤولية العقدية وتطبيق للمسؤولية التقصيرية ،ولكن هناك رأي يرى أن ليس هنا خروج على المسؤولية العقدية وإنما هنا جزاء أشد على المدين لغشه أو خطئه الجسيم ،لأنه يكون قد خان الثقة وحسن النية التي أن تسود في تنفيذ الإلتزام » [2]، ونحن نرى أنه لا توجد أهمية لمسألة المفاضلة بين المسؤوليتين ويبقى الدائن حر فيما إختاره للمطالبة بحقوقه فكما للدائن إختيار المسؤولية العقدية لأن مخالفة حسن النية هو مخالفة لإلتزام عقدي لأنه هو مخالفة لإلتزام ارادي منبثق من نفسية المتعاقد توجبه مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود[3]. كما له أيضا له الخيار في إتباع المسؤولية التقصيرية لتحقق شروطها وسوء نية المدين وهذه الأخيرة تحقق عدة مزايا بالمقارنة مع الأولى والتي من بينها أن الدائن إذا إختار هذا الطريق فإنه يعوض على كل الأضرار وهذا لايتأتى إلا في

1 نفس المرجع، ص 307.

[2]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 127.

3 المرجع السابق، ص57.

المسؤولية التقصيرية كما أنه في حالة إقتراف المدين خطأ له وصف جزائي [1] ، مثل ذلك أن يختلس الناقل البضاعة المتعاقد على نقلها، فقد إرتكب الناقل بهذه الصورة جريمة جزائية يرتب عليها القانون الجزائي عقابا كما يولد في نفس الوقت مسؤولية مدنية طبقا لأحكام المادة 124 من القانون المدني فيلزم بتعويض صاحب البضاعة بغض النظر عن وجود أوعدم وجود عقد، ومن جهة أخرى يوصف الفعل الذي إرتكبه إخلالا بتنفيذ العقد ما يرتب المسؤولية العقدية، وعلى المتضرر من هذا الفعل الخيار بين المسؤوليتين. حيث لاتمنع الغرفة المدنية تأسيس دعوى التعويض على المسؤولية التقصيرية في حالة التدليس

ب-حسن النية وعناصر المسؤولية

1-حسن النية والخطأ

إذا لم يكن لحسن النية أي دور في قيام المسؤولية [2] لأنها تقوم على الخطأ، فيتولد الخطأ العقدي بمجرد عدم تنفيذ المدين لإلتزامه مهما كانت درجة تقصيره، فعلى الخلاف من ذلك فإن جسامة لخطأ تلعب دورا كبيرا في تحديد ما إذا كان المدين حسن النية أو سيئها ، فقد يكون المدين متعمدا ومتعنتا في عدم تنفيذ إلتزامه ما يخالف حسن النية الذي تلزمه التشريعات ويسمى بالخطأ العمد، وقد يرتكب المدين خطأ جسيم الذي يبلغ حدا من الجسامة يسمح بافتراض سوء النية [3]. وقد يكون عدم تنفيذ الإلتزام بسبب غش المدين [4] وهو قمة أنواع الخطأ مايقارنه من المخبثة،

غير أنه وإن كان مناط المسؤولية العقدية هو عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي ،فقدينفذ المدين إلتزامه ومع ذلك يعتبر سيء النية ،وذلك عندما ينفذ إلتزامه بطرق ملتوية، مما

1مصطفى الجمال المرجع السابق، ص 497.

2لا يعفي حسن النية توافره صاحبه من المساءلة المدنية،ولا يغفي توافره صاحبه فيما يقترف من عمل غير مشروع إلا من المسءلة الجزائية في بعض الجرائم الغير عمدية.

3 جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص 115.

4 على خلاف التدليس لإإن يقع عند إبرام العقد ويعيب الإرادة، أما الغش فيقع عند تنفيذ العقد،كما أنالمسؤولية العقدية لا تترتب إلا إذا كان العقد صحيحا.مقتبس عن بيارإميل طوبيا ،المرجع السابق ص ،212 وما بعدها.

يرتب المسؤولية لمخالفة حسن النية لجبر ما لحق الدائن من ضرر نتيجة هذا التنفيذ .وهنا يكمن الفارق بين الغش والخطأ العمد في نطاق العقد ،فالغش هو أنه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد ، فمرتكب الغش يغلف مخالفته بالخديعة والمكر فيحمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ له [1]. وقد تترتب مسؤولية المتعاقد فيما يلحق بالمتعاقد الآخر من ضرر في تلك الأحوال التي لايقع فيها خطأ، ذلك أن نية الأضرار وحدها كافية أثناء إستعمال المتعاقد لحقه للتعويض[2] .

2- حسن النية في تقدير التعويض:

قد لاتنفع إجزاء البطلان لجزاء للمتعاقد سيء النية بل قد يكون هذا البطلان في مصلحته كمن يستعمل حقه في إنهاء العقد عسفا وبسوء النية كحق الطلاق، وبالتالي تطبق أحكام المسؤولية ويعوض المتعاقد سيء النية الآخر عما لحقه من أضرار نتيجة سوء نيته وبالتالي تطبق الإحكام العامة في المسؤولية وفي جميع الأحوال يقدر القاضي التعويض، سواء تم الإتفاق أو لم يتم الإتفاق عليه طبقا لنص المادة 182 قانون مدني، حيث يدخل فيذلك عدة إعتبارات [3]ومنها حسن النية وسوء نية المدين بالإلتزام، ومدى تعنت هذا الأخير في تنفيذ الإلتزام، وقد يكون التعويض متفق عليه في العقد، فإذا تم الإتفاق على مقدار تعويض الضرر فلا يجوز طبقا للمادة 185 قانون مدني للدائن أن يطالب بأكثر من ذلك إلا إذا أثبت أن المدين إرتكب غشا أو خطأ جسيم، على خلاف ذلك يمكن للقاضي طبقا للمادة 187من نفس القانون أن يخفض مبلغ التعويض إذا تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع وهو يطالب بحقه .

وقد يكون التعويض المحدد في الشرط الجزائي مبالغا فيه فمن حق القاضي ممارسة رقابته عليه ، فكانت المحاكم تمنع نظر القاضي في الشرط الجزائي رغم فحاشته

---

1 صبري احمد خاطر، تحديد فكرة الخطا الجسيم في المسؤولية المدنية، مجلة المنارة، المجلد السابع العدد الثالث ، 2001 ص 50.مقتبس عن جابر محمد ظاهر مشاقبة، مرجع السابق، ص 113

2 حسين عامر، المرجع السابق، ص 544.

3 نفس المرجع، ص 528وما بعدها.

لأنه تم برضا الطرفين وهما مدركان لمضمونه لكن مع تطور التشريع و الإجتهاد القضائي وتحت تأثير مبدأ حسن النية أصبح القاضي يتدخل طبقا لصلاحياته ووفقا لحسن النية لتفسير وتكييف هذا المبلغ المحدد في الشرط الجزائي وتكييفه أهوتعويض، أم غرامة تهديدية طبقا لإرادتيهما،فإذا كان غرامة تهديدية فيخفضه إلى حدود التعويض المعقول المتناسب مع الضرر الواقعي [1] وبالتالي يعيد للعقد دوره الصحيح فتؤمن المنافع المشتركة والعادلة لكل من طرفيه ويعزز رقابة القاضي على العقد وعدالته.

كما فرق المشرع في مضمون ومشتملات التعويض طبقا لحسن وسوء نية المدين فعلى سبيل المثال يفرق ففي التعويض عن عيوب المبيع يفرق المشرع بين حسن نية وسوء نيه البائع، فإذا كان هذا الأخير حسن النية فإنه لا يلزم إلا بالأضرار التجارية وهي عدم صلاحية المبيع للإستعمال [2]،أما البائع سيء النية فيلزم بجميع المصروفات أي حتى التعويضات التي تصيب المشتري والغير[3].

وإذا كان المبدأ العام الذي يحكم التعويض سواء في المسؤولية العقدية أوالتقصيرية هو التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط، والضرر المباشر هو الذي يمكن اعتباره نتيجة طبيعية للخطأ الذي حدث، وهو يكون كذلك إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه إذا بذل جهذ معقول يقاس بمعيار الرجل العادي إذاوجد بنفس ظروف الدائن [4]،ويرى في قصر التعويض على الضرر المتوقع هو أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من ضرر أما الضرر الغير المتوقع فيخرج من عن نطاق العقد ، وهو

---

1 Cass Civ.1Er ch10/10/1995 مقتبس عن مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 580،

2عبد الرسول عبدالرضا،الإلتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتورة، جامعة القاهرة 1974،ص150.

3 جابر محجوب علي، ضمان سىلامة المستهلك من االأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية المعيبة، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري والفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق،تصدر عن جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، سبتمبر 1996،ص209.مقتبس عن عمرو أحمد عبد المنعم دبش المرجع السابق، ص و339.325

4 محمد علي عمران الإلتزام بالسلامة وتطبيقاته في بعض العقود،دار النهضة العربية،القاهرة ، ،1983ص 119.

الخكم الذي نصت عليه المادة 182من القانون المدني« غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. » ،لكن هذا الإفتراض يسقط عندما يكون الضرر ناجما عن سوء نية وغش المدين فيسأل المدين عن كافة الأضرار التي تلحق بالدائن .

وما تجدر الإشارة إليه في الأخير وخروجا عن القواعد العامة في التعويض ، إذا كان الضرر الذي لحق الدائن خارج عن إرادة المدين كقوة قاهرة أو حادث فجائي المنصوص عليه في المادة 178 من القانون المدني ،فإن المدين سيء النية يصبح مسؤولا عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جراء ذلك ،إذا إذا إرتكب غشا أو خطأ جسيم يلحق بسوء النية ،وقد أجازت المادة السالفة الذكر له إشتراط الإعفاء من المسؤولية عن الأفعال بسوء التي تلحق بالدائن الذي يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه.

ت- التأمين على المسؤولية في حالة سوء النية

يمكن للشخص أن يبرم عقد تأمين لتأمين الأَضرار التي تلحق بالغير والتي يعتبر مسؤولا عنها قانونا، وما يهمنا في هذا الإطار هو التأمين على المسؤولية العقدية، كما لو أبرم المستأجر عقد تأمين ضد مسؤوليته عن الحريق، أو متعهد النقل ضد مسؤوليته عن سلامة وصول البضاعة أو الراكب، غير أنه من المباديء التي يقوم عليها الـــتأمين هو عدم التأمين عن الأخطاء العمدية الناشئة عن سوء نية، لأن من خصائص عقد التأمين أنه يقوم على الإحتمال ،وأن التأمين على فعل نابع عن العمد وسوء النية يخالف النظام العام والأداب العامة .

الفرع الثاني

الجزاءات الجزائية

قد لا تفي النصوص التشريعية المدنية، لحماية المتعاقد من الغش والتضليل الذي يرتكب عليه من طرف المتعاقد سيء النية، كما يلجأ البعض بسوء نية إلى التهرب من

المسؤولية المترتبة عليهم ضمن أحكام القانون المدني [1] ومن هنا ألمح بعض الفقه إلى إمتداد القانون الجزائي إلى 'منطقة حرية التعاقد' [2]،هذا يعني أن الحماية أخذت أشكالا متنوعة وضمن أحكام قانونية مختلفة، فيما يرى البعض أن أجدى الحمايات التي تسبغ بها الحقوق التي يحميها القانون، هي الحماية الجزائية، لأن الحماية المدنية لم تعد كافية لحماية المتعاقد الآخر من المتعاقد سيء النية الغشاش [3]، لأن هذا الأخير يلجأ لشتى الوسائل والطرق للتهرب من مسؤوليته المدنية وبالتالي أصبحت الجزاءات المدنية السالفة الذكرغير ناجعة في ظل تطور أساليب الخداع وسوء نية المختلفة ، والتي منها حتى القانونية مثل التعسف في إستعمال حق التقاضي والدفوع والطعون المكرسة قانونا من أجل التماطل وربح الوقت ، لهذا تدخل المشرع وجرم سوء النية والغش في العقود في قانون العقوبات و في نصوص قانونية خاصة.

حيث نص المشرع في قانون العقوبات على أهم جرائم العقود كجريمتي النصب [4]و خيانة الأمانة ،وحددت العقود الستة لمن قام بسوء النية بتبديد او إختلاس الأموال محل هذه العقود، كما نص المشرع في الباب الرابع من نفس الكتاب على تجريم الغش في بيع السلع والتدليس [5]في بيع المواد الغذائية والطبية. كما نص في قوانين خاصة .ففي عقد الإستهلاك فإن المعلومات والبيانات أو عدم الإدلاء بها يعاقب عليه اذا أدى إلى غش المتعاقد الآخر أو التدليس عليه، ونظرية لأهمية السلامة الجسدية جرم المشرع الغش

---

1 محمود محمود مصطفى، الجرائم الإقتصادية في القانون المقارن،ج1 ط1979،ص 15.

2 غسان رباح، حماية المستهلك الجديد، منشورات زين الحقوقية،بيروت ، ط 2006، ص 28

3 تحديد الفرق ،بين الغش المدني والغش الجنائي بالغ الصعوبة ، لأن المتابعة على الغش الجنائي مشبوهة كثيرا بالشبهات الجنائية. مقتبس عن توفيق اسكندر ،المرجع السابق،ص 67.

4 يكمن الفرق بين التدليس المدني والتدليس الجزائي في التفاوت في درجة الأفعال وليس في طبيعة الأفعال في حد ذاتها، فالتدليس المدني يقتضي مثل التدليس الجزائي حيلا ونية خداع وكلاهما غير مشروع ،

R.Ottenhof, Le droit penal et la formation du contrat LGDJ,1970,p 44.

مقتبس عن علي فيلالي، النظرية العامة للإلتزام، ص 178.

والخداع المنتوج الموجه لإستهلاك الإنسان [1] حيث يعاقب على جريمة الخداع بمجرد وقوعه بغظ النظر عن الأضرار التي تلحق بالمستهلك.ويتشدد المشرع في العقوبات إذا ألحقت المواذالغذائية والطبية أضرار جسدية بالإنسان فتطبق على هذه الجرائم إذا كان هذا التقصير غير عمدي فإنها تطبق عليها العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288و289من قانون العقوبات [2]،وقد ترفع العقوبة لتصبح جنائية إذا كان التقصير قد أحدث عمدا .وأدى العجز إلى مرض غيرقابل للشفاء ، أو أدى العجز إلى فقد إستعمال عضو أو عاهة مستديمة.[3]

كما يعتبر الإجتهاد القضائي اللجوء إلى الإشهار الكاذب لحمل الغير على التعاقد جريمة، حيث ذهبت الغرفة الجنائية [4] "ان الإعلانات التي تنشر في مختلف الجرائد ليست مجرد أكاذيب مكتوبة بل إنها مسرحيات حقيقية، بحيث أنها إشهار يكتسي صبغة الحقيقة، وإنه لذلك تتصف بصفة الغش، فالنصب بالإشهار يقوم على سذاجة الضحايا وعلى حسن نواياهم وحريتهم .

- تداخل المسؤولية المدنية مع المسؤولية الجزائية:

قد تتداخل المسؤولية المدنية مع المسؤولية الجزائية، عندما يرتكب المدين أفعالا تشكل جريمة طبقا لقانون العقوبات، أو في نصوص خاصة، وفي هذا الشأن يرى البعض أن البعض أن للمتعاقد المتضرر الإختيار بين إقامة الدعوى أمام القضاء المدني على أساس العقد المبرم بين الطرفين، وبين إقامتها أمام القضاء الجزائي الذي يحكم بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية [5] .وقد تناول المشرع الجزائري تنظيم الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجزائية في نصوص قانون الإجراءات الجزائية [6] ونحن نؤيد السماح

---

4 الفقرتين 1و2من المادة 3من القانون 02/89.

2 المادة 1/29من القانون السابق

3 المادة 1/432من قانون العقوبات .

4محمود توفيق إسكندر، المرجع السابق، ص 80.

5 جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص، 141

6 المادة02 من قانون الإجراءات الجزائية .

للمتضرر بالإختيار بين نوعي المسؤولية نظرا لسوء نية المدين، وما تتسم به الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي من مرونة الإجراءات من حيث الإثبات وسرعة حسم الدعوى كما تبقى الدعوى المدنية قائمة طوال مدة سماع الدعوى الجزائية .

الفرع الثالث

الجزاءات في الفقه الإسلامي(حكم الديانة).

إذا كانت الشريعة السمحاء تسامحت مع المدين المعسر بإنظاره إلى قدرته ،فقد حمت الدائن من تعنت المدين الميسور فقد إعتبرت عدم الوفاء بالدين ظلم ،فقد جاء في الحديث « مطل الغني ظلم»[1] ،وظلم المدين الغني سيئ النية يستدعي إجباره وإكراهه على الوفاء ولو إقتضى ذلك حجز حريته من طرف الحاكم [2]، وهذا الجزاء يلتقي مع الجزاءات المنصوص عليه في القانون ،غير أن الفقه الإسلامي عرف إلى جانب هذا الجزاء جزاء آخر هو الجزاء الأخروي ، وبالتالي فإن أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ذات إعتبارين، إعتبار قضائي وإعتبار دياني، ما ينجم عنه بناءا الحكم الدياني على المقاصد، وكذا الجزاء الأخروي .

أولا: بناء الحكم الشرعي على المقاصد.

إختلف الفقه الإسلامي حول مسالة إنزال الحكم الشرعي على العقد أو الواقعة، أي يحكم على العقود بالصحة والبطلان بالمقاصد وحدها، أو مناط الصحة يكون بالألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول، أو إعتمادهما معا،أم إعتماد كل منهما في بعض العقود دو الآخر. فكما هو مقرر في قواعد الفقه– فإن كثيرا من العقود يُحكم عليها بالصحة من خلال الألفاظ، ولو كانت تخالف المقاصد المشروعة الموضوعة لها، وقد تكون في العقود تحقق بعض المقاصد ولكنها تخلو من الشروط الشرعية، فيُحكم على الأولى بالصحة وعلى الثانية بالفساد، ، و بالتالي لابد من الظاهر الذى تقوم عليه الشروط الشرعية، والبحث عن المقصد الخفي، كما قال الإمام الشاطبي، فالعمل إذا تعلق به القصد، تعلقت به

---

[1] يحي بن شرف أبو زكرياء النووي ، شرح النووي على مسلم ،دار الخير،ب،ط ،1416ه،1996،ص 175.

2 وحيد الدين سوار،المرجع السابق ،ص 05.

الإحكام التكليفية، وإذا عريى عن القصد لم يتعلق به شيء منها، فيبقى ما كان مفعولا بالإختيار لابد فيه من قصد" [1]، ولهذا قرر الأصوليون أن "القصد الغير الشرعي هادم للقصد الشرعي "[2] ،ورتبوا جزاء البطلان لهذا التصرف المناقض لقصد الشرع بقولهم « كل تصرف تقاعد على تحصيل مقصوده فهو باطل »[3] وبطلان التصرف هذا لأجل المناقضة المقصودة هو علة الجزاء الدنيوي لأن المكلف مأمور أن يوافق عمله وتصرفاته قصد الشارع فإنه لايفلت من حكم الهل عز وجل لقوله تعالى ل ﴿ إن الله يعلم المفسد من المصلح﴾ [4] ، وكل أمر مخوف وكل الله فيه المكلف إلى أمانته .

ثانياً : الجزاء الأخروي

وللعقوبة في الآخرة تأثيرها في استقامة قصد المتعاقد،إذ الشريعة الإسلامية تعرف نوعين من الأحكام ،أحكام دينية ،وأحكام قضائية ،فهذه الأخيرة تكون في علاقة الإنسان بغيره ،تتفق مع الجزاء الدنيوي كوسلة للإلزام في القانون الوضعي ، ولايكون الحساب فيها على مجرد النية لتعذر الوقوف عليها[5] أما الجزاء الثاني الذي ،فهو الجزاء الأخروي ، الذي يترتب على النية ،والذي يلقاه الغاش المتعاقد سيئ النية في الآخرة والذي يقترن مع الجزاء الدنيوي الذي يطبقه الحاكم ، فعلى سبيل المثال ففي في عقد الزواج فجعل الله سبحانه وتعالى الطلاق حقا شرعيا للزوج في إنهاء عقد الزواج لقوله تعالى ﴿ فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾[6] ،وبالتالي فهو حق ككل الحقوق في أي من العقود التي تتم برضا طرفيها، بل أن ثمة عقود يبيح القانون لأحد الطرفين أن ينهي العقد بإرادة منفردة، في أي وقت شاء،والاصل في الطلاق الحضر لما فيه من من قطع لنعمة النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية، قال ابن تيمية « الأصل في الطلاق الحظر وإنما

---

1 الموافقات للشاطبي ص 327ج 2.

2الشاطبي، أبو إسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي ،الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله لادراز بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، بدون نشر ، ج2 ص.386 .

3 السلمي العزبز عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط2، دار الجيل، بيروت، 1400الموافق ل1980م

4سورة البقرة الأية 120.

2 محمد وحيد الدين السوار ،التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ،القاهرة 1960 ،ص 49.مقتبس عن عبد الحكم فودة ،المرجع السابق،ص 217.

6 سورة الطلاق الآية 2.

أبيح منه قدر الحاجة » وقال : « بل نفس الطلاق إذا لم تدع اليه الحاجة، منهي عنه باتفاق العلماء إما نهي تحريم أونهي تنزيه »[1]

وبالتالي إذا طلق الزوج زوجته في اي وقت ودون سبب جدي ومشروع فإن ذلك محرم منهي عنه شرعا، وهو في القليل بغيض عند الله سبحانه وتعالى .وليس من أدنى ريب أن يعزر من يقترف محرما أو معصية أو بغيضا عند الله عز وجل .وهذا النظر كلله أساسه كون المصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا لا لنيل الشهوات، وبمقتضى هذا الجزاء لا يفلت سيئ النية من العقاب الأخروي وإن تمكن من الإفلات من العقاب الدنيوي ،فكانت الشريعة نظاما روحيا ومدنيا معا[2].

1 شرح الهذاية للبابرتي، مطبوع على هامش فتح القدير، ج 3 ص 56.مقتبس عن حسين عامر ،المرجع السابق، ص 278.

2محمد شكرى العدوى ، المرجع السابق،ص 448.

خاتمة

خاتمة:

وما نخلص إليه من خلال هذه الدراسة أن حسن النية هو مبدأ قانوني، وهو إضفاء للطابع الأخلاقي على القاعدة القانونية من خلال تنظيم وتهذيب العامل النفسي في حياة الفرد،ولقد ظهر تاريخيا في مجال العقود نتيجة تأثير أفكار قانونية وفلسفية نادت للحد من جور مبدأ سلطان الإرادة .وقد نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نظام العقود في المادة 107 من القانون المدني، المطابقة لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

وإذا كان العقد هو مصدر من مصادر الإلتزام فإن كل عقد يولد مجموعة من الإلتزامات ويرتب حقوق إرتضاها الأطراف بإراداتهم الحرة المستنيرة ، فكان لا بد عليهم تنفيذ هذه وهذه الإلتزامات وممارسة هذه الحقوق حسب ما يقتضيه حسن النية ، منذ إبداء الرغبة في الدخول في المفاوضة لأجل التعاقد إلى ما بعد إنتهاء العقد ،ويملي عليهم ضرورة الإستقامة والنزاهة وعدم الإضرار كل بالآخر ،بل تطور المبدأ أكثر من ذلك وأصبح يملي على كل طرف القيام بما يجب أن يكون

كما يملي القانون على القاضي ضرورة التقيد بمبدأ حسن النية عند نشوب النزاع بين أطرافه لأجل تحديد نطاق العقد عن طريق تفسيره وتحديد مضمونه ،وإذا ما تحدد نطاق العقد على هذا النحو إكتسب العقد قوته التنفيذية ، ووجب على أطرافه تنفيذه طبقا لحسن النية سواء كان ذلك مدين في تنفيذ إلتزامه ،أم دائن في ممارسة حقوقه .

ولما كان من الجزاء من جنس العمل والقصد رجح القانون مصلحة حسن النية واعتبرها أولى بالحماية ، ورتب على ذلك أحكام ومقتضيات يستفيد منها المتعاقد والغير الذي وجد في هذا الوضع، خاصة عند تعثر المدين بالإلتزام في تنفيذ إلتزامه لأسباب خارجا عن إرادته، فغالبا ما يرد القضاء الدعاوى المرفوعة ضده وينزل بالتعويضات المطالب بها إلى الحد المعقول أو يقوم بتأجيل الوفاء متى كان التنفيذ فيه إرهاق له ، وهي إعتبارات تمليها العدالة وحسن النية ،فمن لا عدل أن نجازي مدين حسن النية سيء الحظ بأفعال خارج عن إرادته

،وبالمقابل لذلك من الضروري ومن العدل الوقوف بالمرصاد ضد المتعاقد سيء النية المتعنت الذي أخل بإلتزامه عمدا ونطبق عليه أشد الجزاء .

ولما كانت العلة مرتبطة بالمعلول وكانت الحكم مرتبط بوصف النية التي أصبح من الضروري الكشف عنها وتقصيها من طرف القضاء عند نشوب النزاع بين أطراف العقد ،لإنزال الحكم المناسب على الواقعة ،ومما لاشك فيه أنه يعتبر الكشف عنها من الأمور الجد صعبة لتعلقها بالأمور النفسية الشخصية التي لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى ،وبات من الضروري البحث عنها وإستظهارها على نحو ما يقوم به القاضي الجزائي وبالتالي لا بد الإعتماد على أمور خارجية وقرائن ظاهرة تسهل التوصل إليها .

بقي أن نشير في الأخير لأمرين،الأول، هو ضرورة تدخل المشرع لوضع نظام قانوني واضح لحسن النية في العقود، فرغم أهمية حسن النية من الناحية العملية في العقود واتجاه الفقه الحديث ومحاولاته لدراستها فهي لا تجد اساس قانوني متين يرجع إليه في دراستها ويعتمد القاضي عليه لتطبيقها باستثناء بعض النصوص المتناثرة والتي تعتبر في حد ذاتها تطبيق من تطبيقات ومقتضيات حسن النية لا تعكس أهميتها الواقعية والقانونية ،كما أن المادة 107 من القانون المدني ومن خلال صياغتها لا يمكن أن تكون كأساس متين لحسن النية في مجال العقود، وبالتالي وجب التذكير بالنقاط التالية.

تدعيم النصوص القانونية ،خاصة في نظام العقود ،وجعل من مبدأ حسن النية كقيد أو شرط على ممارسة الحقوق وتنفيذ الإلتزامات .

ضرورة تعديل المشرع الجزائري للمادة 111من القانون المدني المتعلقة بعدم تفسير العبارة الواضحة ،وتمكين القاضي من تفسير العبارة الواضحة ،لأن الأمر يتعلق بوضوح النوايا وليس بوضوح العبارات ،وهو ما يتناسب بلا شك مع طبيعة حسن النية.

ضرورة تدخل المشرع لتنظيم بعض العقود وفقا لمقتضيات حسن النية ، خاصة التي رائدها حسن النية ، وحسن مافعل المشرع عندما تدخل ونظم عقد الإستهلاك وضمنه مجموعة من الإلتزامات تقتضيها مبدأ حسن النية ، كما في عقد الإستهلاك وعقد التأمين .

أما الأمر الثاني الذي يجب الإشارة إليه هوضرورة تدخل القاضي في حالة نشوب نزاع بين أطراف العقد لتطبيق مبادي العدالة وحسن النية ،لأن المشرع نص وبصريح العبارة إذاكان

العقد شريعة المتعاقدين في المادة 106 من القانون المدني ،فنص صراحة أن تكون هذه الحرية في إطار مباديء العدالة وحسن النية المنصوص عليها في المادة 107 من نفس القانون ، أسوة بما وصل إليه الإجتهاد القضائي في كثير من البلدان، وذلك كله لأجل تحقيق عدالة تعاقدية، ومنافع العقد التي إرتضاها الأطراف ، وكذا أهدافه الإقتصادية والإجتماعية والأخلاقية التي تحقق وحدة المجتمع ورضا وطمأنينة أفراده.

والله اسأل أن أكون وفقت بهذه الدراسة في وضع لبنة في صرح الدراسات القانونية

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجـــــــــــع

أولا:المراجع باللغة العربية

أ: المـــراجع العامة:

-جاك غستان ،المطول في القانون المدني ،ط 2 ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،لبنان ،2008.

-محمد شتا أبو سعد، عقد البيع،الطبعة الأولى،دار الفكر العربي، مدينة نصر ،القاهرة، 2000.

-محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة ،القاهرة 1990.

-صبحي المحمصاني

فلسفة التشريع في الإسلام، دار المعرف للملايين، بيروت 1961.

الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت 1976.

-حسين عامر،المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)ط 2،دار المعارف، القاهرة 1979.

-علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط 1، ديوان المطبوعات الجزائرية،الجزائر، 1988.

-مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام،الفقهي الإسلامي في ثوبه الجديد،ط 9، مطابع ألف باء، الأديب دمشق، 1968،

-ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، ج1، مؤسسة الرسالة، 2001م-1422هـ، .

-محمد تقية، الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،ط 2 ، 1994،

-وهبه الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ،ج1،ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق،1986م-1406هـ.

-أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء 1 وط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط1، ج 1.

-نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود ،المباديء الأساسية في القانون، بدون طبع ، دار المعرفة الجامعية،الأزاريطة، مصر، دون سنة طبع.

-محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج 5، دار ابن كثير، 1993م - 1414هـ،

-محمد الأمين بن محمد بن مختار الجنكي الشنقيطي،أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن،ج 7،دار الفكر،1415ه،1995م.

-الصادق بلعيد: حول الدور الإنشائي للقاضي في وضع القواعد، محاضرات ، الجامعة التونسية 1973.

-مصطفى الجمال ،مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ،

-عبد الرزاق أحمد السنهوري

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي،ط 2 ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان،1998

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية ،المجلد 2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 1998.

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر"التأمين" ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000.

-معوض عبد التواب، الشفعة والصورية و فقا لقضاء النقض،"ط 2 منقحة ، منشاة المعارف ،الإسكندرية، ، 1990،

-أحمد إبراهيم،المعاملات الشرعية ،المطبعة السلفية،ص99

-محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة حامعة القاهرة ،القاهرة ،1990.

-محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة 1977.

-السلمي العزبز عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط 2، دار الجيل، بيروت، 1400الموافق ل1980م.

-مصطفى العوجي

القانون المدني، العقد، ، ط،4 منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2007.

القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات بحسون، بيروت 1992.

-توفيق حسن فرج،النظرية العامة للالتزام(مصادر الإلتزام)،ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2008.

-يحي بن شرف أبو زكرياء النووي ، شرح النووي على مسلم ،دار الخير،ب،ط ،1416ه،

-ابي الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم،ط 1 ، دار الخلافة العلية، 1330هـ ، كتاب الإيمان

-أنور سلطان ،الموجز في مصادر الالتزام منشأة التعارف بالإسكندرية، 1990.

-1الشاطبي، أبو إسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي ،الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله لادراز بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، بدون نشر .

-محمد بن إدريس الشافعي،الأم ،ج5،دار المعرفة 1410ه،1990

-وحيد الدين سوار،التعبير عن افرادة في الفقه الإسلامي ،ط 2،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،1979

ب : المراجع الخاصة :

-منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك على المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2013.

-محمد أحمد عابدين،التقادم المكسب والمسقط في القانون ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية 2002.

-سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني(الصورية والشفعة)دار الفكر العربي،القاهرة،1993.

-نزيه نعيم شلالا، دعاوي الغبن، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان،2002.

-وعبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني،دون بلد طبع ، 1969.

-على حيدر ،درر الحكام ،شرح مجلة الأحكام ،م 1،طبعة خاصة ،دار عالم الكتب،بدون بلد نشر،2423ه ،2003م.

-بيار إميل طوبيا الغش والخداع في القانون الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان 2009.

-محمد أحمد عابدين،التقادم المكسب والمسقط في القانون ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية 2002.

-سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية، كليك للنشر، ط 1 2008

-محمد حسنين ،نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي ،دراسة مقارنة،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر 1988.

-فتيحة قرة، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة منشأة المعارف الإسكندرية 1988،

-عمرو أحمد عبد المنعم دبش ،الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية ،دار الفكر العربي ،مصر 2012.

-محمد علي عمران الإلتزام بالسلامة وتطبيقاته في بعض العقود،دار النهضة العربية،القاهرة ، ،1983.

-عن عبد الحكم فودة ،ت فسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2002.

-بودالي محمد، الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ط 2 دارهومة ، الجزائر 2010.

-علي فتاك أنر في هذا حماية المستهلك وتاثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، ، جامعة ابن خلدون :دار الفكر الجامعي دار الفكر الجامعي، ط2014.

-خالد عبد الحسين الحديثي ،تكميل العقد،ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2012.

-عبد المنعم موسى إبراهيم

حسن النية في التعاقد، دراسة مقارنة ، ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2006.

حماية المستهلك، دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،لبنان،2009.

-ممدوح محمد مبروك،أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ،المكتب الفني الإصدارات القانونية،مصر2000.

-سهير منتصر،الإلتزام بالتبصير دار النهضة العربية، القاهرة 1990.

-أحمد شوقي عبد الرخمان ،مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة ،دار الفكر العربي ،،القاهرة ، 1981.

-حمدي باشا عمر،القضاء المدني، دار هومة ،الجزائر ،2003.

-حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع،ط 1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2008 .

-ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه وإجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

-جيروم هوييه، العقود الرئيسية الخاصة، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ،2003.

-محمد شكري الجميل العدوى، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن،2010.

-عبد الحكم فودة، تفسير العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002

-علي حسين نجيدة، ضمان عيوب البيع الخفية في عقد البيع في القانون المصري والمغربي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1986.

-غسان رباح ،قانون حماية المستهلك الجديد، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،2006

-عبد الحفيظ بلخيظر ، الإنهاء التعسفي لعقد العمل،ط 1 دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 1986.

-مروان كساب، الخطأ العقدي، آثار العقد، مطابع ج.واكد لبنان ط:2000.

-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في إستعمال الحق ،ط 2،مؤسسة الرسالة،القاهرة،1977.

ت :الرسائل والأطروحات :

1 -أطروحة دكتوراه

-عبد الرحمان مصطفى عثمان ،نظرية السبب في القانون المدني ،أطروحة دكتوراه ،جامعة القاهرة 1948.

- عبد الرسول عبد الرضا،الإلتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1974،

-محمود زواوي ، نظرية الظاهر في القانون الخاص ،أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ,1998.

2 -مذكرات الماجستير

-عاشور فطيمة ،تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ،بن عكنون ،جامعة الجزائر،2004/2003

- أب ولد أمباري، حسن النية في القانون الدولي ،مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية ،كلية الحقوق جامعة الجزائر ،2000-2001.

-عبد الفتاح حجازي محمد حجازي ،تفسير العقد ،مذكرة ماجستير ،قسم البحوث والدراسات القانونية ،جامعة الدول العربية ،معهد البحوث والدراسات،1988

-لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر،1997.

ت: مقالات :

-صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول،العدد الثالث،1997 . .

-جبرائيل غزال، سلطة القاضي في تعديل التعويض الإستحقاقي، النشرة القضائية 1961.

-جابر محجوب علي، ضمان سىلامة المستهلك من االأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية المعيبة، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري والفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق،تصدر عن جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، سبتمبر 1996.

ث :نصوص تشريعية

-الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 ه الموافق لـــ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (المنشور في ج ر ج المؤرخة في 10 يونيو 1966، العدد 48، ص 622)، المعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون رقم 11-06

المؤرخ في 22 مارس 2011 (المنشور في ج ر ج المؤرخة في 27 مارس 2011، العدد 19، ص 04.

-الأمر 156/66 المؤرخ في 21 صفر 1386 ه لموافق لـــ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات(المنشور في ج ر ج المؤرخة في 11 يونيو 1966، العدد 49 ص 702)، المعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014(المنشور في ج ر ج المؤرخة في 16 فبراير 2014، العدد 07، ص 04).

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـــ الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني (المنشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78، ص990).المعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 (المنشور ف ج ر المؤرخة في 13 مايو 2007، العدد 31، ص3).

-الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395،الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري (المنشور في الجريدة عدد 101المؤرخة في 16 ذو الحجة عام 1395 ، المعدل والمتمم .

-الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المؤرخ في 08 ذي القعدة 1395 الموافق ل 12نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ج ر 92 المؤرخة في 14ذو القعدة 1395 الموافق ل 1975/11/18 المعدل والمتمم.

-الأمر رقم 07/95 المؤرخ 23 شعبان 1415 الموافق ل يناير 1995 المتضمن قانون التأمينات (المنشور في ج ر المؤرخة في 1995/03/08 عدد 13 ص،2 ،والمعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون 04/06 المؤرخ في 2006/02/20 الجريدة الرسمية عدد 15،المؤرخة في 2006/03/12.

-القانون 08/04 المؤرخ في 27 جمادي الثاني 1425هـ الموافق ل 14 اوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية. المنشور في الجريدة الرسمية عدد4، المؤرخة في 2004/08/18 . المعدل والمتمم .

-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-القانون رقم 03/09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430هـ الموافق ل: 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

ثانيا :المراجع بالغة الفرنسية

I – Ouvrages généraux:

- G,Marty et PAUL Raynaud, Les obligations, Tome1,Les sources ,2eme édition ,Sirey,1988.

- Rieg Alfred, Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allmand, paris ,LGDJ.1961.

- Mazeaud Heneri et Chabas F, Leçons de droit civil, Tome2 ,1er volume, Les obligations ,4eme édition, Montchrestien 1998.

- Reynald.Ottenhof, Le droit pénal et la formation du contrat, LGDJ,1970.

- Larromet Christian ,Droit Civil, Tome 3,Les obligations ,Le contrat ,3eme édition ,Economica ,1996.

- Ghestin Jacques:

  Traité de droit civil , Le contrat formation .LGDJ .1988 .

  Traité de droit Civil ,La Formation du contrat, LGDT, Delta ،1993.

- G.Marty , Phillip Raynaud,Les Obligations ,Tome 1, Les Sources ،2eme édition Sirey ,1998 .

- . RIEG,Alfred , contrat et obligations, J .C .P 1977 .

- PICOT Yves, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ,Thèse,préface de Gérard COUTURIER, Thèse,1987.Ed LGDJ 1989.

- DECOTTINGNIES Roger, L'erreur de droit, RTDC 1951.

Mestere Jacques, L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat .R.T.D.C,1989.

- Ambroise,Colin, H,CAPITANT ,Cours élémentaire du droit civil francais, Librairie Dalloz, tome 2,2eme ed .1959.

I I–Ouvrages spéciales, Theses,Etudes:

- BRINO Oppeti, Dol, jurisclasseur civil, édition 1991.
- MESTRE Jacques,L'exigence de la bonne foi dans la conclusion du contrat , Revue Trimestrielle.
- Jaques, Bore ,L'indemnisation pour les chances perdues ,une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable ,.JCP 1974.
- -Romain loir, Les fondements de l'egxigences de bonne foi en droit français des contrats, Mémoir DEA، Lille2, 2001/2002.
- RIGAUX.francois.La nature du contrôle de la cour de cassation .Thèse .Bruxelle 1966.
- DELLANOY Claude, l'interprétation des testament par les tribunaux ,lille ,1937 TALAMON,Christian,Les pouvoir de contrôle de la cour Cassation sur L'nterpretation des contrats,paris,1926.
- Picod Yves, Le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse ,Dijon 1987.

1

ثالثا: المراجع باللغة الإنجليزية

- MUZY A, good faith principle in contract law and the précontractuel duty to déclose : Comparative analysis of new différences in légal cultures ,December,2000,p9. On 16/01/2009 http//www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf
- Pollok and Maittond , History of english Law,second ED,1968

قائمة المـــــــــراجع

I) باللغة العربية :

أولا: المراجع المتخصصة

1. جابر محجوب علي، المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
2. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية المعيبة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت.
3. جابر محمد ظاهر المشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتوجات الصناعية دراسة مقارنة،الطبعة الأولى دار وائل للنشر، 20012.
4. جابر محمد ظاهر مشتاقة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2012.
5. حسين عامر ،المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)ط 2،دار المعارف، القاهرة 1979.
6. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني(الصورية والشفعة) دار الفكر العربي القاهرة ، 1993.
7. عامر أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك دار الثقافة، عمان الآردن، الطبعة الأولى.

8. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،، سنة 2004.

9.محمد سعيد عبد الرحمان، نظرية الوضع الظاهر، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2011.

10. محمد سعيد، نظرية عيوب الإرادة، دار هومة، طبعة 1997.

11. محمد شكري الجميل العدوى، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2001.

12. محمود توفيق اسكندر، وضع العقود المدنية والقانون الجنائي، ط 2 ، دار هومة، الجزائر، سنة 2006 .

13. الهادي سعيد عرفة، حسن النية في العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع 1، س1986.

ثانيا: المراجع العامة

أ.في القانون:

1.أحمد إبراهيم بك المعاملات الشرعية، المطبعة السلفية، القاهرة 1936.

2.أنور سلطان، الموجز في مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1990.

3.بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس لبنان 2009.

4.توفيق حسن فرج،النظرية العامة للالتزام(مصادر الإلتزام)،ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2008.

5.جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ط2 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2008.

6.حسام الدين الأهواني ، الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، طبعة 1978.

7.حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2008.

8.حمدي باشا أعمر القضاء المدني، دار هومة، الجزائر 2003.
9.خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية.سنة 2012.
10. ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه وإجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2001
11. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني، الدار الجامعية .
12. سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سنة 2008.
13. صبحي المحمصاني فلسفة التشريع في الإسلام، دار المعرف للملايين، بيروت 1961.
14. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية،، 2002.
15. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية ‘المجلد2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت سنة 1998.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر"التأمين" المجلد الثاني، ط 3 الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان.
17. علي سيد حسن، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، طبعة 1990.
18. علي سيد حسن، الالتزام في عقد البيع، دار النهضة العربية.
19. علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1988.
20. علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزام،في القانون المدني الجزائري، ، ديوان المطبوعات الجزائرية،الجزائر 1988.
21. علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، جامعة ابن خلدون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2014.
22. علي فتاك، حماية المستهلك، دار الفكر العربي، الإسكندرية، طبعة 2014 .

23. علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفد للنشر،الجزائر،الطبعة الثالثة، 2013.

24. عمر أحمد عبد المنعم دبش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية، ط 1دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2012

25. مجيد محمود سعيد أبو حجير نظرية التعسف في إستعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2002.

26. محسن شفيق،عقود نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، طبعة 1884.

27. محمد أحمد عابدين،التقادم المكسب والمسقط في القانون ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية 2002.

28. محمد تقية، مصادر للإلتزام (لإرادة المنفردة) ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 1993 .

29. محمد تقية، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة الثانية ،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 1993 .

30. محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالقانون الوضعي–، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.

31. محمد سعيد جعفور ،نظرية في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر.

32. محمد علي عمران، الالتزام بالسلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1983

33. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ط 1978.

34. محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول، طبعة 1979.

35. مروان كساب، الخطأ العقدي، آثار العقد، مطابع ج.وأكد، لبنان، طبعة 2000.

36. مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

37. مصطفى الطبعة الرابعة ، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية،، 2007.

38. معوض عبد التواب، الطبعة الثانية منقحة الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، الطبعة الثانية منقحة، منشاة المعارف لإسكندرية، 1990.

39. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المصري، دار الكتاب الحديث.

40. موسوعة مبادئ وأحكام محكمة النقض المصرية لسنة 2009 .

41. نبيل إبراهيم سعد.همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون،نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الأزاريطة، مصر، بدون سنة طبع .

42. نزيه نعيم شلالا، دعاوي الغبن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2002.

ب.<u>في الفقه الإسلامي:</u>

1. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، ج1، مؤسسة الرسالة، 2001م-1422هـ .

2. ابي الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم ،ط1 ، دار الخلافة العلية، 1330هـ ، كتاب الإيمان حديث 205 .

3. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، دار الريان للتراث، 1986م-1407 هـ.

4. الإمام علاء الدين أبي بكر أبي بكر إبن محمود الكاساني الحنفي،الجزء الثاني،الطبعة 61، سنة 1327، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، مصر.

5. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2010 .

6. حسن فرج،نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، طبعة 1969 .

7. حسين عامر،المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)،ط 2، دار المعارف، القاهرة 1979.

8. د. وهبه الزحيلي- أصول الفقه الإسلامي ،ج1،ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق،1986م-1406هـ

9. ذيب عبد السلام، دراسة فقهية ونظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهادات المحكمة العليا، طبعة 2001 .
10. راشد راشد، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
11. شمس الدين إبن عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بإبن القيم الجوزية تعليق ط عبد الرؤوف سعد إعلام الموقعين عن رب العالمين،الجزء الثالث، مكتبة عبد السلام بن محمد.
12. صبحي المحمصاني، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت سنة 1979.
13. صبحي محمد صاني الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، ط 1 دار العلم للملايين، بيروت سنة 1983
14. عبد الحفيظ بلخيظر الإنهاء التعسفي لعقد العمل، الطبعة الأولى دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 1986
15. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت.
16. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثانية، 1944.
17. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
18. محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم ، ج5، دار المعرفة ، 1990م–1410هـ .
19. محمد تقية، مصادر للإلتزام (لإرادة المنفردة) ، الديوان الوطني للشغال التربوية، سنة 1992.
20. محمد وحيد الدين السوار ،التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ،القاهرة 1960 .
21. المدخل الفقهي العام، الأستاذ أحمد الزرقاء ج2 2004م،1425هـ
22. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقهي الإسلامي في ثوبه الجديد، الطبعة التاسعة، مطابع ألف باء، الأديب دمشق، ، 1968.

23. وحيد الدين الطبعة الثانية، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.

ج.:

1. حسن النيڤ في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون.
2. عاشور فطيمة مذكرة لنيل شهادة الماجستر في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الدراسية 2004.
3. لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، رسالة ماجستير 1997، جامعة الجزائر
4. محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،1998.

د.المقالات والدوريات:

1/المقالات:

5. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الأول،العدد الثالث،1997
6. لإلتزام بالإعلام في العقود، ملخص رسالة دكتورة، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق سنة 2011.
7. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مجلة المنارة، المجلد السابع، ، سنة 2001. العدد الثالث
8.عبد الفتاخ تقية ،التشريع التجاري في الفقه الإسلامي ،مقال منشور بمجلة المحكمة العليا ،قسم الوثائق سنة2010 ،عددالثاني .

2/الدوريات:

8. المجلة القضائية لسنة 1999، العدد2 .
9. المجلة القضائية لسنة 2000، العدد،2 .
10.المجلة القضائية لسنة 2001، العدد1.
11.مجلة المحكمة العليا لسنة 2011.
12.مجلة المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الجزء الثالث، عدد خاص لسنة 2010.

13.مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية (المكتب الفني) .

14.نشرة القضاة لسنة 1972، العدد 1.

ثالثا:المواقع الالكترونية

1–أشرف روية مقال منشوربتاريخ:07–08–2009، المجموعة الدولية للمحاماة، شركة wwwmh.com.egأم،

رابعا:النصوص القانونية

II)المراجع باللغة الفرنسية

أولا: المرجع العامة

1- G.ripert .La règle moral dans les obligation Civile

2- Mazeaud (h)lecans de droit civil francais .1962

3-G.ripert .La règle moral dans les obligation Civile

3-G.RIPERT،La regle morale dansles obligation civile N' 243،

4-Alligator qui vit Indifféremment sur la terre ou dans l'eau les fondements de l'exigence. de bonne Foi en droit Français de contrat lille 2 session، 2001-2002.

5-Romain bie، Les tendemant de logxigences de bonne foiren con terancci des contrat، 2001/2002.

6-Mazeaud (h)lecans de droit civil francais .1962،.

7-GHESTIN،J ;Traite de droit Civile ،La Formation du contrat LGDG، Delta ،1993.

8- J.Ghestin .Traite' de droit Civile .Le contrat .1988.

9-roùain loir ; les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats;mimoirn de DEA ;lille2 2001-2002.

ثانياً: مراجع خاصة ورسائل ومقالات

1- 1 Lexigence de bonne foi dans la conclusion du contrat .R.T.D.C .

2- DECOTTINGNIES .Roger Lerreur de droit ,RTDC 1951.

3-RIEG(A) –contrat et obligations J .C .P 1977 .p et obligatoirer des convention (Determination du contenu des convention) J .C .P 1977(Art 1134et 1135 C CIV) .

4- Jean Boulanger.Dalloz Encyclopedie juridique ،Repertoir de droit Civil- Tom 2 ،1edition 1952-dol ،par Jean Boulange1946 .
5-GORPHE. leprincipe de bonne foi paris 1928.
6- Lexigence de bonne foi dans la conclusion du contrat
7-RIGAUX.francois.La nature du contrôle de la cour de cassation .These .Bruxelle 1966.
8-PICOT- YVES- Le devoir de loyauté dans l' exécution du contrat ،thèses Dijon 1987،.
9-MESTRE (J):.Lexigence de bonne foi dans la conclusion du contrat ،Revue Tremestrrielle de Droit Civile ،1989
10-G.LYON- De l evolution de la notion de bonne foi . R.T.D.C .
11-j،Boulanger ،Etude precitee jursclasseur Civile 1991،contrat et Obligations ،article 1116،Dol ،B.Oppetit . .
12-Jaques،Bore ،L'indemnisation pour les chance perdues :une forme d' appréciations quantitative de la causalité d'un fait dommageable .JCP 1974 .
13-PICOT- YVES- le devoir de loyqute dans l execution du contrat ،theses .
14-Voir Fady Nannour ،Les clause de secrelet ou la resarvation de L'information par le contrat ،Berouth 1996.

القواميس:

1-Bas devane- Dictionnaire de la terminologie de droit international.
2-Grand Larousse E ncyclopedique en dix volume ،tom5 .
3-Dictionnaire Alphabetique et analogiqu de la langue Francaise ، 3eme volume.

III)مراجع باللغة الإنجليزية

1 - MUZY. The good faith principale in contrat law and the precontractual duty to disclose : comparative analyse of new differences in legal in legal cultures،December 2000.

VI) الموقع الالكترونية

1-www .dalloz-actualite .fr
2-http/WWW.icer،it/docs/2000/Musy192000.pdfon16/01/2009

الفهرس

مقدمـــــــــة: 1

الفصل الأول: ماهية حسن النية في التصرفات العقدية

المبحث الأول تأصيل حسن النية، مفهومه وأساسه في التصرفات العقدية 7

المطلب الأول تأصيل المبدأ ومفهومه في التصرفات العقدية. 7

الفرع الأول تأصيل مبدأ حسن النية 8

الفرع الثاني مفهوم مبدأ حسن النية. 16

المطلب الثاني أساس حسن النية في التصرفات العقدية 37

الفرع الأول أساس حسن النية خارج القانون 38

الفرع الثاني أساس حسن النية في القانون 41

الفرع الثالث: مشروعية حسن النية في الشريعة الإسلامية 47

المبحث الثاني: مجال حسن النية في التصرفات العقدية 50

المطلب الأول: حسن النية والإرادة 50

الفرع الأول: الإرادة الباطنة والظاهرة وموقف المشرع الجزائري 51

الفرع الثاني: أثر إختلاف الفقه حول الإرادة على حسن النية 56

المطلب الثاني: حسن النية في مراحل التصرفات العقدية. 62

الفرع الأول: ضرورة حسن النية في فترة المفاوضات 62

الفرع الثالث: حسن النية في إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه 75

الفصل الثاني : آثار حسن النية في التصرفات العقدية

المبحث الأول: حسن النية والقوة الملزمة للعقد 85

المطلب الأول: حسن النية في تحديد نطاق العقد 85

الفرع الأول: إختلاف الفقه حول تتدخل القاضي لتحديد نطاق العقد 85

الفرع الثاني: تحديد نطاق العقد وفقا حسن النية 90

المطلب الثاني: حسن النية في تنفيذ العقد 98

الفرع الأول: تنفيذ العقد بحسن النية من طرف المدين 98

الفرع الثاني: تنفيذ العقد بحسن النية من طرف الدائن 101

الفرع الثالث: الإيثار والتعاون في تنفيذ العقد(تطورمفهوم حسن النية في تنفيذ العقود) 107

الفرع الرابع:حسن النية مصدر للقوة التنفيذية للعقد 108
المبحث الثاني:حسن النية لاكتساب الحقوق والمراكز القانونية 110
المطلب الأول:الحقوق والأوضاع المقررة لأطراف العقد 110
الفرع الأول:في العقد الصحيح 111
الفرع الثاني:في العقد المهدد بالزوال 120
المطلب الثاني:الحقوق والأوضاع المقررة للغير حسن نية. 124
الفرع الأول:إنعدام أثر زوال التصرفات على الغير حسن النية 124
الفرع الثاني:التمسك بالتـــأمين العيني 128
الفرع الثالث:نفاذ التصرفات والتمسك بالتصرف الظاهر 128
الفرع الرابع:التمسك بأحكام الحيازة والإلتصاق والإثراء بلا سبب 130
الفرع الخامس:نفاذ تصرفات الغيرحسن النيةمع المدين إتجاه الدائنين 130
المبحث الثالث:إثبات حسن النية والجزاءات المترتبة على مخالفتها 130
المطلب الأول:إثبات حسن النية 131
الفرع الأول:إفتراض حسن النية 131
الفرع الثاني:وجوب اثبات سوء النية. 133
المطلب الثاني:الجزاءات المترتبة على مخالفة حسن النية 140
الفرع الأول:الجزاءات المدنية 140
الفرع الثاني:الجزاءات الجزائية 149
الفرع الثالث:الجزاءات في الفقه الإسلامي(حكم الديانة). 152
خاتمة: 156
قائمة المراجـــــــــــــع 160