



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني
بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية

روزان طالب محمود السويطي

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1439هـ / 2018م

مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني
بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية

إعداد:

روزان طالب محمود السويطي

بكالوريوس فقه وقانون من جامعة الخليل/ فلسطين

المشرف: د. محمد خلف

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الماجستير في القانون من
كلية الحقوق/عمادة الدراسات العليا/جامعة القدس

1439هـ/2018م



عمادة الدراسات العليا
جامعة القدس
برنامج ماجستير القانون

إجازة الرسالة

مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني
بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية

اسم الطالبة: روزان طالب محمود سويطي

الرقم الجامعي: 21220219

إشراف: د.محمد خلف

نوقشت هذه الرسالة واجيزت بتاريخ: 2018/4/29 من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوافقهم:

التوقيع:
التوقيع:
التوقيع:

1. رئيس اللجنة المناقشة: د. محمد خلف
2. ممتحناً داخلياً: د.محمد عمارنه
3. ممتحناً خارجياً: د. علي أبو مارية

فلسطين/ القدس

1439 هـ - 2018 م

الإهداء

الى زوجي الغالي ...

الى والدي ووالدتي العزيزين ...

الى أحبتي اخوتي وأخواتي ...

الى فلذة كبدي أولادي (عمر و إيلان)

إليهم اهدي هذا الجهد المتواضع ...

إقرار

أقر أنا معدة الرسالة بأنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد وأن هذه الرسالة، أو أي جزء منها لم يقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة، أو معهد آخر.

التوقيع.....

الاسم: روزان طالب محمود سويطي

التاريخ: 2018/ 4 / 29

الشكر والتقدير

بداية أتقدم بالشكر والتقدير الى استاذي الدكتور محمد خلف الذي شرفني بقبوله الاشراف على رسالتي هذه، وكان خير المعلم، وكما أتقدم بجزيل الشكر الى أعضاء لجنة المناقشة لكم مني كل التقدير والاحترام. كما أتقدم بالشكر والعرفان الى أخي الدكتور أحمد سويطي الذي قدم بإخلاص كل عون ذلك كل صعوبة وأعطى من وقته وجهده بلا حدود.

المخلص

تناولت هذه الدراسة البحث في مبدأ "حسن النية" في ابرام العقود، حيث يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ القانونية سواء كان ذلك على مستوى القانون العام أم الخاص، حيث إن اللجوء الى هذا المبدأ قد يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية والتي قد يؤدي تطبيقه بحرفيته الى ما يخالف روح العدالة وجوهرها.

الأخلاق التي تتبع من روح الشرائع والأديان، أوجبت منذ القدم، وقبل أن يلزم القانون الفرد أن يكون "حسن النية" تجاه أفراد مجتمعه، بأن يعاملهم بما يحب أن يعاملوه دون أن ينوي بهم الشر، ويتصرف بقدر من التبصر والاهتمام بمصالح الآخرين، لكي لا يلحق بهم الضرر سواء كان هذا الضرر ناتج عن سوء نية أم عن إهمال.

وقد عالجت هذه الدراسة عدد من الاشكالات، تمثلت بضبط نطاق مفهوم مبدأ "حسن النية"، ومن ثم معرفة مدى إقامة هذا المبدأ وزنا للبواعت الداخلية للمتعاقدين أثناء تكوين العقد وتنفيذه؟، وكيف يمكن التمييز بين "حسن النية" و"سوء النية" في العقد وفقا لقواعد القانون المدني، وهل يخضع لرقابة محكمة النقض؟، وما هو الأثر المترتب على الالتزام بمبدأ "حسن النية" في ابرام العقد؟

عملت في هذه الدراسة على الاجابة على هذه الاشكالات بالاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، لاستنباط الأحكام والمفاهيم، وكل ذلك في ظل أسلوب المقارنة بين أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني ونصوص مجلة الأحكام العدلية، كما اعتمدت على المنهج التطبيقي المعتمد على قرارات المحاكم والمستنير بهدي المبادئ المستقرة قضائيا.

قد قسمت هذه الدراسة الى فصلين؛ بينت في الأول نطاق وحدود مبدأ "حسن النية" في ابرام العقود من حيث؛ المفهوم والمضمون، والذي يتكون من مبحثين، الأول عن معيار ضبط مفهوم "حسن

النية" والاتجاهات بالتعريف به، والثاني عن مقتضيات الجزاء المقترن بمبدأ "حسن النية" في نطاق العقود.

أما بالنسبة للفصل الثاني؛ فقد بينت فيه مقتضيات مبدأ "حسن النية" وآثرها في العقود، وتشمل أيضا مبحثين، الأول في مقتضيات حسن النية في تكوين العقد، والثاني في مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود، وثم ختمت بخاتمة تحتوي على عدد من النتائج والتوصيات، وكان من أهمها: أن حسن النية يجب توافره في جميع المراحل التي تمر بها العقود، وأن تطبيقاته العديدة المتنوعة لا تخرج عن حدود مراعاة عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد. ثانيا، أن التمييز بين حسن النية وسوء النية في العقود يتم من خلال معيارين متكاملين، وهما المعيار المادي والمعيار الشخصي. ثالثا، أن القانون فرض على كل المتعاقدين: الالتزام بالامانة، والنزاهة، التعاون، الاعلام، الاستعلام، النصيحة، التحذير، الانصاف، احترام الثقة المشروعة، وهي في مجملها التزامات قانونية يقتضيها مبدأ "حسن النية" في العقود، وينتج عن الالتزام أو الاخلال بها آثارا قانونية.

The Principle of Good Faith in Concluding a Contract in Accordance with the Provisions of the Draft of the Palestinian Civil Law Compared to the Journal of Justice Judgements

Prepared by: Rozan Taleb Mahmood Swaitti

Supervisor: Mohammad Khalaf

Abstract

This study has examined the principle of "good faith" in the conclusion of contracts. This principle is considered one of the most important legal principles, whether at the level of public or private law. Resorting to this principle, may alleviate the severity of certain legal texts if are to be literally implemented could lead to a contradiction with the spirit and essence of justice.

Ethics, which stem from the spirit of laws and religions, a long time ago and before the law stipulates that an individual is to assume "good faith" towards the members of his community; to treat them with what he or she wants to be treated by them without intending harm to them; acts with some insight and concern to the interests of others in order to save them any harm whether it is due to bad faith or negligence.

This study has dealt with a number of problems, namely controlling the scope of the concept of the principle of "good faith", and then knowing the extent to which this principle gives importance to the internal motives of the contractors during the wording, forming and implementing the contract; and how to distinguish between "good faith" and "bad faith" in the contract in accordance with the rules of civil law. Is it subjected to the supervision of the Court of Cassation? What is the effect of adhering to the principle of "good faith" in concluding the contract?

In this study, I have tried to answer these problems using the analytical descriptive approach to extrapolate judgments and concepts. All this is done in the light of the comparison approach between the provisions of the draft of the Palestinian Civil Law and the texts of the Journal of Justice Judgements. I

also relied on the applied approach based on court rulings and enlightened by stable judicial principles.

This study is divided into two chapters. In the first one, I have shown the scope and limits of the principle of "good faith" in concluding contracts in terms of concept and content, which consists of two sections. The first one talks about the criterion of controlling the concept of "good faith" and trends of making people aware of it. The second section talks about the penalty necessities associated with the principle of "Good faith" in the scope of contracts.

In the second chapter, I have displayed the necessities of the principle of "good faith" and its impact on contracts. It also consists of two sections. The first one deals with the necessities of good faith in the wording and forming of the contract and the second one deals with the necessities of good faith in the execution of contracts. Finally, I concluded the study with a conclusion in which I presented a number of results and recommendations. The most important ones are as follows:

- the good faith should be available at all stages of the contracts,
- the many varied applications should not go beyond the limits of taking into consideration not to prejudice the justified and legitimate interest of the counterpart in the contract.
- distinguishing between good faith and bad faith in contracts is done through two complementary criteria, namely the material criterion and the personal standard.
- the law imposes on all contractors to abide by honesty, integrity, cooperation, information, inquiry, advice, warning, fairness, respect for legitimate trust, which are generally legal obligations required by the principle of "good faith" in contracts, adhering to them or breaching them is resulting in legal effects.

مقدمة

نصت الكثير من القوانين على مبدأ "حسن النية"، فمنعت كل فعل أو ترك يتعارض مع حسن النية ومقتضياته، وإن كانت لم تضع لحسن النية تعريفا قانونيا محددًا، بل تركت أمر تعريفه وتحديد مضمونه ونطاقه للفقهاء والقضاء، حيث ألزم المشرع المتعاقدين بمراعاته والالتزام بمقتضياته، والزام القاضي بحل خلافات المتعاقدين في ضوء ما تمليه القوة الملزمة للعقد وحسن النية، فهو من الشمول والفاعلية بحيث إنه لا حاجة للنص عليه صراحة، إنما يطبقه القضاء من خلال مظاهره، ومن خلال النظم القانونية التي تلتقي معه، كفكرة عدم التعسف في استعمال الحق، وانتفاء الغش. وهذا ما يدل على أهميته وضرورته كمبدأ قانوني عام استقر في الحياة القانونية.

ويرتبط مفهوم حسن النية في الفقه الإسلامي بالأخلاق التي تعد جزءًا لا يتجزأ من قواعد التشريع الإسلامي، وقد وضع الفقه الإسلامي لمبدأ حسن النية إطارًا عامًا لكافة التصرفات، ومنها العقود، ولم يقصره على مرحلة من مراحل العقد، وإنما جعله مبدأً مهيمًا على كافة مراحل العقد منذ التفاوض حتى تمام تنفيذه.

وفي مشروع القانون المدني الفلسطيني¹ اعتمد المشرع مبدأ "حسن النية" كمبدأ عام لكافة التصرفات حيث نصت المادة (147) منه على أن "العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". كما نصت المادة (148) منه على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"².

وتطبيقاً لهذا المبدأ فإن تقييم القاضي هنا ينصب على سلوك المتعاقد الذي يسبق إبرام العقد، ومن هنا تبرز أهمية أعمال مبدأ حسن النية في التفاوض والمحاسبة على الإخلال به، وذلك من خلال أعمال المسؤولية التقصيرية المبنية على أساس الخطأ، والتي يمكن التعبير عنها بأنها إخلال بالواجب العام القاضي بعدم انحراف المفاوضات عن المسلك المعتاد والمألوف للرجل العادي، حيث

¹ صدرت المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 200، ولكن لم يتم إقراره لقانون ساري المفعول في الضفة، إلا أنه تم إقراره كقانون مدني فلسطيني في قطاع غزة ويحمل الرقم (2) لسنة 2012.

² يطابق نص الفقرة 1 من المادة 48 مدني مصري، الفقرة 1 من المادة 238 من مشروع القانون المدني العربي الموحد، الفقرة 1 من المادة 202 مدني أردني، الفقرة 1 من المادة 150 من القانون المدني العراقي، الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري. ويوافق نص المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود المغربي (تقابل كلمة المادة في المشروع المدني الفلسطيني كلمة الفصل في قانون الالتزامات والعقود المغربي). يشار هنا إلى أن غالبية القوانين المدنية في العالم نصت على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مع وجود بعض القوانين التي لم تعترف به كمبدأ كالقانون الإنجليزي. لمزيد من التفصيل حول مبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي. أنظر: سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، فبراير 2014م. البحث منشور على موقع: <http://dspace.iua.edu.sd/bitstream>.

مقتضى حسن النية أن يكون المفاوض جدياً وصادقاً ونزيهاً، لا مخادعاً ومحتالاً³، والإخلال بمبدأ حسن النية يؤدي إلى تحقق المسؤولية.

مثال ذلك أن يتعاقد المفاوض مع شخص آخر، ولا يخطر المفاوض الآخر بعدوله في وقت مناسب، بل يستمر مع ذلك في المفاوضة، ويتكبد المفاوض نتيجة ذلك مصاريف أو يفوت عقداً آخر ما كان ليرفضه لولا انشغاله بالمفاوضة، أو أن يثبت أن الطرف الذي عدل لم يكن جاداً، أو كان عدوله لغير سبب مشروع، أو كان متعسفاً في استعمال حرية القبول. كصاحب الفندق أو المطعم الذي يفتح أبواب محله لاستقبال النزلاء والزبائن، إذا رفض من تقدم إليه دون سبب⁴.

وقد تناولت التشريعات كالقانون المدني الأردني والمصري وغيرها مبدأ حسن النية في العديد من النصوص، منها ما أكد على ضرورة التقيد به صراحة، ومنها ما أشار إليه ضمناً، وذلك من خلال إلزام المتعاقد بمقتضياته ومظاهره، فقد أشارت بعض النصوص القانونية لمبدأ حسن النية ضمناً، من خلال استلزامها مقتضى من مقتضياته كالنصوص التي تحرم الغش والتعسف والإضرار بالغير.

أهمية الموضوع:

لم يغفل المشرع الفلسطيني عن هذا المبدأ، فقد أورد حسن النية في عدة مواضع في القانون المدني، مثله مثل باقي التشريعات الحديثة نظراً لأهميته البالغة، وهي في حد ذاتها التي دفعتنا الى اختياره كموضوع للدراسة التي نحن بصدددها. وتتمثل هذه الأهمية في أن مبدأ حسن النية في العقود، يعتبر روح العقد التي يجب أن تسود كل مراحلها، لأنه يحقق أخطر وأجل غاية من غايات القانون، وهي منع الشخص الاضرار بالغير، وأيضاً هنالك ارتباط بين النية باعتبارها " إرادة باطنة" وبين المظهر الخارجي الذي يمثل الإرادة " إرادة ظاهرة" فالنية مع العزم والقدرة المتحركة تشكل المظهر الخارجي "إرادة ظاهرة"⁵، وبالتالي، طالما بقيت النية كامنة في النفس، ولم تخرج إلى العالم الخارجي بالإفصاح عنها، فإنها لا ترتب أي اثر قانوني باعتبارها إرادة باطنة لا يمكن الاحتكام إليها، كما أن هذا المبدأ

3 حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، سنة 1905، ص 99 وما بعدها.
4 لقد وسعت محكمة النقض المصرية من مفهوم فكرة الخطأ، ولم تكف بالانحراف عن واجب قانوني محدد لتوافرها، بل أكدت على أن مجرد الانحراف عن مراعاة مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد يقيم مفهوم الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية. أنظر في الإشارة لذلك: إياد محمود جبارين، رسالة بعنوان الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة مقارنة، مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون من جامعة بيرزيت، بإشراف الدكتور ياسر العموري، فلسطين، 2007، ص 111 وما بعدها.

5 بدوي السيد، المرجع السابق، ص30.

هو أيضا مصدر خصب لنشأة القواعد القانونية كغيره من المبادئ العامة للقانون التي ظهرت الحاجة اليها والاهتمام بها كنتيجة للتطور السريع الذي تمر به المجتمعات،

الدراسات السابقة:

عموما حسن النية في العقود بالنسبة للدراسات القانونية للبلدان العربية نجده في كتب ومقالات ورسائل ماجستير ودكتوراه خاصة به، وهي قليلة بالمقارنة مع الكتب العامة، التي تتناول نظرية العقد أو مصادر الالتزام وأحكامه أو تنفيذ العقد، وأن حسن النية في العقود يذكر في ثناياها بصفة عرضية وفي أسطر متفرقة.

إشكالية البحث:

تتمثل بعدم وضوح مفهوم مبدأ "حسن النية" في مرحلة إبرام العقود، فلم نجد له تعريفا قابلا للتطبيق، حيث إنه يختلط بالمفاهيم الأخلاقية من صدق وأمانة ونزاهة واستقامة، وهذه المفاهيم تتصف بالغموض من الناحية القانونية وهي لا تكف لتحديد معناه ومضمونه القانوني، حيث إن هذه المفاهيم في ذاتها تحتاج الى تحديد.

كما يثور التساؤل حول متى يجب مراعاة حسن النية في العقود، ففي نص المادة (148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، نجد أن المشرع حصر الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، فهل هذا يعني أن الالتزام بحسن النية لا يشترط وجوده في مرحلة تكوين العقد؟، وإن كان ذلك صحيح فما الفائدة في الواقع من توفر حسن النية في تنفيذ العقد وإذا لم يفترض في المرحلة الأولى الحاسمة في انشائه وتكوينه، والتي بدونها لا يمكن اصلا التكلم عن شيء اسمه عقد؟.

إن الاشكال الرئيسي في هذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

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

ويجرنا هذا الاشكال بدوره الى تساؤلات فرعية متعددة منها ما يلي:

هل هناك تعريفا لحسن النية يكفي الاسناد اليه؟، هل يقيم هذا المبدأ وزنا للبواعث الداخلية للمتعاقدين أثناء تكوين العقد وتنفيذه؟ كيف يمكن التمييز بين حسن النية وسوء النية لدى الشخص؟ ما هو دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد وفقا للقانون المدني، وهل يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك؟، وما هو الأثر المترتب عن حسن النية في العقد؟.

اهداف الدراسة:

تتلخص اهداف الدراسة بما يلي:

- 1- بيان المفهوم القانوني لمبدأ حسن النية القانوني بشكل منفصل عن باقي المفاهيم الاخلاقية التي قد تختلط به، وموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع أحكام المجلة.
- 2- بيان ارتباطه بنطاق القوة الملزمة للعقد.
- 3- بيان الاتجاهات التي حاولت تعريف مبدأ حسن النية وبيان ايجابياتها وسلبياتها.
- 4- بيان المعيار المعتمد في قياس حسن النية عند إبرام العقد.

منهج الدراسة :

تعتمد هذه الدراسة المنهج العلمي الوصفي التحليلي (المقارن) المدعم بأراء الفقهاء، لاستنباط الأحكام وتحديد المفاهيم والإجابة على تساؤلات الدراسة. وكل ذلك في ظل أسلوب المقارنة بين أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني ونصوص مجلة الاحكام العدليه. كما ستعتمد الدراسة المنهج التطبيقي المعتمد على قرارات المحاكم والمستتير بهدي المبادئ المستقرة قضائياً. وقد قسمت هذه الدراسة الى فصلين:- بينت في الفصل الاول الاتجاهات الفقهية التي حاولت تعريف مبدأ حسن النية وبيان مضمونه، وبيان خصائص هذا المبدأ ومعيار الاخذ به في ظل مشروع القانون المدني، كما بينت في الفصل الثاني مقتضيات حسن النية في ابرام العقود من مرحلة الانشاء وحتى مرحلة تكوين العقد والآثار المترتبة على ذلك.

الفصل الأول

مبدأ حسن النية: المفهوم والمضمون

تلعب الإرادة دوراً جوهرياً في التصرفات القانونية، فهي تنشئ- أو تنقل أو تعدل أو تنتهي- الأثر القانوني الذي يترتب على التصرفات القانونية، وهو الحق. والتصرفات القانونية إما أن تصدر عن إرادتين أو عن إرادة واحدة. وعلى ذلك يتم التمييز في التصرفات القانونية بين (العقد) و(الإرادة المنفردة). والشرط الأساسي في التصرفات القانونية هو أن تتجه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المترتب عليها، فإذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني، فلا يقوم التصرف القانوني.

والعقد هو اتفاق بين شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر، يلتزم بموجبه طرف يسمى المدين تجاه آخر يسمى الدائن، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. والعقد ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول، إلا إذا قرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده⁶. كاشتراط المشرع استيفاء شكل معين في بعض الأحيان. وبانعقاد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول، يصبح شريعة للمتعاقدين يجب على المتعاقدين تنفيذه.

والعقد كغيره من التصرفات يحتاج إلى نية، أي اتجاه إرادي نحو أمر معين، فكل فعل يسبق بعزم وتصميم على القيام به أو الامتناع عنه. فالنية اعتقاد العقل بفعل شيء وعزمه عليه دون تردد. والنية وإرادة الفعل مترادفان، حيث يقال عادة أن الرضا يتكون من إرادتين تندمج أحدهما في الأخرى، ويتكون منهما إرادة عليا تشتمل على هاتين الإرادتين، ومن ثم تكون هذه الإرادة العليا هي إرادة كل من الطرفين. فعند تمام الرضا يعتبران أنهما - أي المتعاقدان- يريدان الشيء نفسه، وتسمى هذه الإرادة

6تعريف العقد لم يكن بالأمر البسيط، فتعريفه تعريفاً جامعاً ومانعاً تعثر به صعوبة بالغة لكثرة أنواع العقود وتفصيلاتها، ولم يرد له تعريف في مشروع القانون المدني الفلسطيني لذلك ترك المشرع أمره للفقهاء والقضاء، إلا أنه وبعد حدوث العديد من الاختلافات في مضمون التعريفات ومدلولاتها، بدأ المشرع بوضع تعريف للعقود أو لبعض أنواعها وخاصة المسماة منها؛ وضعت التشريعات المدنية ومنها مجلة الأحكام العدلية تعريفاً للعقد، فعرفت العقد بموجب المادة (103) التي نصت على أن العقد هو "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول". أما القانون المدني الأردني فعرفه بموجب المادة (87) بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر". وكذلك القانون المدني الفرنسي الذي عرف العقد بموجب المادة (1101) بأن "العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء". للمزيد يرجع إلى: أمين دواس ومحمود دودين، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية، دراسة مقارنة، برنامج تعزيز العدالة الفلسطينية، ط1، 2013، ص 11 وما بعدها. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الإلتزام، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، مصر، ط1، 2010، ص 116.

بالتعاقدية أو المشتركة أو النية المشتركة⁷. فالإرادة في جوهرها حقيقة باطنة، مقدمتها اتجاه الإنسان بتفكيره إلى أمر معين، ثم تدبر هذا الأمر، والاستقرار على إنجازه بعقد العزم وجزمه في هذا الاتجاه⁸. إن النية اتجاه فكري وميل نفسي إلى الفعل⁹، يوحي أن المتعامل كان بين خيارات فضل منها ما وجده الأمثل عنده واطمأن إليه، وفي ذلك إشارة إلى معنى الحرية في الاختيار. كما أن الإدراك عنصر لازم لتحقيق معنى الاتجاه، إذ إن الاتجاه لا يكون إلا عن علم بحقيقة الشيء موضوع الاتجاه، وجوهر المعرفة هو الإدراك فلا علم ولا معرفة بغير إدراك. كما أن وصف النية بأنها فكرية ينبئ عن الطبيعة الذاتية أو النفسية أو الداخلية للنية، كما يشير من ناحية أخرى إلى أن ما يجول في ذهن ذو طبيعة تصويرية تبعد عن الطبيعة المادية للأشياء محل التصور، ويستتبع ذلك أن ارتباط النية بغاية أو بموضوع ما هو إلا "ارتباط تصوري وليس مادي"¹⁰.

فهناك ارتباط بين النية باعتبارها "إرادة باطنة" وبين المظهر الخارجي الذي يمثل الإرادة "إرادة ظاهرة" فالنية مع العزم والقدرة المتحركة تشكل المظهر الخارجي "إرادة ظاهرة"¹¹، وبالتالي، طالما بقيت النية كامنة في النفس، ولم تخرج إلى العالم الخارجي بالإفصاح عنها، فإنها لا ترتب أي اثر قانوني باعتبارها ارادة باطنة لا يمكن الاحتكام إليها. ومن هنا تبرز الحاجة لمحاولة التعرف على المعيار الذي يمكن بموجبه ضبط مفهوم حسن النية وهذا ما ستعرض له الدراسة في المبحث الأول.

7 عثمان التكروري وأحمد سويطي، مصادر الالتزام، "مصادر الحق الشخصي" في ضوء أحكام مجلة الاحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني، المكتبة الاكاديمية، الطبعة الاولى، فلسطين، 2016، ص 75.

8 جمال النشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، لسنة 1999، ص 11-19.

9نشأت ابراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، ط1، جدة، دار الشروق، سنة1982 ص 50.

10 بدوي السيد، نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1989، ص27.

11بدوي السيد، المرجع السابق، ص30.

المبحث الاول

معيار ضبط مفهوم " مبدأ حسن النية" والاتجاهات في التعريف به

محاولة وضع تعريف محدد لمبدأ "حسن النية" ليست من السهولة التي قد يتصورها البعض، وذلك لاختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون، فهي فكرة غير محددة يشوبها الغموض، ذلك أن وحدة القياس في القانون تختلف عنها في الأخلاق هذا من جهة، وترتبط بشكل أو بآخر في مكونات النفس البشرية والتعبير عنها بالسلوك الخارجي، المتعدد والمتنوع والمتطور على نحو لا يمكن ضبطه أساساً في قالب محدد، لكي يمكن ضبط مكونات النفس المعبرة عن حسن وسوء النية فيه من جهة أخرى. كما أن مفهوم حسن النية يختلف من حالة إلى أخرى، ففي نطاق التنفيذ يعني الاستقامة والأمانة، وفي كسب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف.

لذلك فإن محاولات تعريف مبدأ حسن النية في إبرام العقود، لم تجعل معنى مبدأ حسن النية واضحاً ومحددًا، فلم تكن دقيقة ومحددة في وضع تعريف قانوني لحسن النية، لاستخدامها تعابير عامة وأخلاقية كالصدق والأمانة، وهي مصطلحات أصلاً تحتاج إلى تحديد قانوني. فهناك من يرى بأن حسن النية هو " التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها، والتزام كل من طرفي العقد بها، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"¹².

أو أن يُعرف حسن النية أنه التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير. أو أنه " الاستقامة والنزاهة، وما يجب أن يراعى من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد على اساس ما تلاقت عليه الارادات"¹³.

والواقع أن مثل هذه التعاريف يُعاب عليها أنها تستخدم عبارات عامة فضفاضة، تتسم بعدم الوضوح والدقة، ولا تعطي معنى محدداً لمبدأ "حسن النية". كما تشير إلى الآثار التي تترتب على التزام المتعاقد بمبدأ حسن النية، دون تحديد معنى أو ماهية هذا المبدأ ذاته.

ومع وجود هذه التعريفات، فقد ظهرت عدت معايير لضبط مفهوم مبدأ " حسن النية"، سأحاول حصرها من خلال المطالب التالية.

12مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج1، ط1، بيروت، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع 1995، ص 115.

13 مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، سنة 1973م، دار البيان العربي، ص 24- ص 28.

فقد ظهر اتجاه في التعريف بحسن النية اعتمد على المعيار الشخصي واتجاه آخر اعتمد على المعيار الموضوعي واتجاه ثالث اعتمد المعيار القانوني، حيث ميزت هذها لاتجاهاتين ثلاثة أنماط لمبدأ حسن النية، وميزت على أساسها بين معيار كل نوع، فقالت بوجود حسن أو سوء النية الشخصي والموضوعي والقانوني¹⁴.

المطلب الأول: معيار الضبط ونطاق التمييز

إن فكرة حسن النية تختلط بمعاني أخرى تتبع من منبع واحد، إذ لنا ان نتحدث بمناسبة الحديث عن "حسن النية" عن فكرة الجهل والغلط والخطأ، وجميع هذه الأفكار تتبع من داخل الإنسان أي أنها ذاتية، قياسها وتحديدها ليس هيناً لارتباطها بعواطف وأفكار ومشاعر الإنسان أو بسوء تقديره، والتي تتفاعل وتتطلق من أجل تحقيق غاية معينة، تنتهي إلى قرار بعقد العزم عليها، ثم يترجم هذا القرار إلى واقع ملموس في العالم الخارجي، وهذا القرار المترجم قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع. ولهذا سيتم تناول موضوع هذا المطلب في فرعين متتاليين لغايات بيان معيار الضبط لمفهوم مبدأ "حسن النية" ومن ثم نطاق التمييز.

الفرع الأول: معيار الضبط.

لغايات التعرف على معيار ضبط لمفهوم مبدأ "حسن النية" فانني سأقوم بذلك من خلال مجموعة من المعايير، الشخصي والموضوعي والقانوني.

البند الأول: المعيار الشخصي.

عني به الجهل بواقعه معينة أو بظرف محدد من الظروف¹⁵، التي تكون منطرتيب الأثر القانوني. بحيث يختلف الحكم التشريعي المترتب تبعاً لتحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو ذلك الظرف.

14 بدوي السيد، مرجع سابق، ص 74- ص 101.

15 فالمعيار الذاتي في القانون فهم القانون والتطبيق على الوقائع القانونية من قبل القاضي، يوجه القاضي بشكل أساس إلى مراعاة الظروف المتنوعة المحيطة بالوقائع المعروضة على المحكمة، لأن المعيار الذاتي أو الشخصي يعتمد على أمور شخصية أو ذاتية يراعى في تطبيقها الحالة النفسية الخاصة، فالمعيار الذاتي مستمد من المسئولية الأخلاقية، والانحراف في المعيار الذاتي يشكل انحراف عن السلوك الذي يمثل اعتداءً على الأخلاق ابتداءً. للتفصيل في مفهوم وتطبيقات المعيار الذاتي كمعيار قانوني رئيسي. أنظر: بن عمارة محمد، مقال بعنوان =

وبهذا يكون معنى سوء النية هو تحقق يقين العلم بهذا الظرف أو تلك الواقعة على وجه الحقيقة، أو تحقق امكان العلم أو استطاعته، حيث يقوم ذلك على سبيل الافتراض مقام تحققه حتى يثبت نقيضه، أي يقوم على افتراض تشريعي.

وفي نطاق هذا المفهوم قررت محكمة النقض الفلسطينية أنه " ولما كان الشيك موضوع الدعوى محرر لحامله وان الشيكات المحررة لحاملها تنتقل بالتسليم كالنقود او اي مال منقول وتطبق بحقها قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) ويصح تظهيرها ولو للساحب نفسه او لأي ملتزم اخر بالشيك ويجوز لهؤلاء تظهيره مجرداً بشرط ان يكون التظهير شاملاً لكامل قيمة الشيك وخالياً من اي شرط. ولما كان الشيك موضوع الدعوى شاملاً لكامل المبلغ وخالياً من اي شرط وموقع من مظهره فان الساحب يكون ضامناً لقيمته في كل الاحوال وان كل شرط يعفى به الساحب نفسه من هذا الضمان يعتبر كأن لم يكن. وحيث إن الساحب (الطاعنة) لم تثبت بان الحامل كان سيء النية وانه حصل على الشيك بقصد الاضرار بها كون حسن النية يكون مفترضاً من جانب الحامل ويقع على من يدعي سوء النية عبئ اثبات ذلك. وحيث إن الطاعنة لم تثبت ان المطعون ضده كان سيء النية او انه كان عالماً بالعيوب التي تشوب الشيك وقت تسلمه او تظهيره اليه او انه حصل عليه بقصد الاضرار بالطاعنة وذلك وفق احكام المادة 147 بدلالة المادة 241 من قانون التجارة فليس لها ان تحتج على المطعون ضده الحامل باي دفعو تتعلق بعلاقتها الشخصية مع المجير، وبذلك يكون احتجاجها بدفع قيمة الشيك قبل استحقاقه الى المدعى عليه الثاني المجير للشيك غير وارد ولا يرد على الحكم الطعين"16.

وبالتالي فإن مدخل "حسن النية" أو "سوء النية" الشخصي، هو ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو السوء، إذ يجب أن نبحت في تلك الذات عن حقيقة الاتجاه الإرادي¹⁷، وتحديد

=المعيار الذاتي والموضوعي في القانون الجزائري، ص 8 إلى 11. منشور على موقع: <http://www.univ-djelfa.dz/revues/dirassat/16\1\2018>

16 نقض مدني فلسطيني، رام الله، رقم 2014/381، بتاريخ 2016/1/5، غير منشور.

17 قضت محكمة التمييز الأردنية بأن " الأصل في العقود أن لا تنفذ إلا بحق عاقدتها ولا يلتزم صاحب الحق بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأن هذا الحق، إلا أن المشرع اعتد في حكم المادة (114) من القانون المدني بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة واستقرار المعاملات، ومؤدى ذلك أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور المتصرف بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد مع المتصرف للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة وينبني على ذلك نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق تأسيساً على نظرية الوكالة الظاهرة التي صاغها القضاء وأيده فيها الفقه، وعليه فإن الشركة صاحبة المولد الكهربائي المباع ساهمت بخطئها في ظهور موظفيها بمظهر صاحب الحق اللذين باع المولد الكهربائي للغير عندما سمحت للموظفين في غياب النائب عنها والمفوض بالتوقيع عنها خارج البلاد بأن سمحت =

تحقق أحد الوصفين تبعاً لما تشير إليه قرائنه الدالة عليه، ونرى أن استخلاص ذلك من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع¹⁸.

فعلى سبيل المثال، قد ينفذ التصرف في حق الأصيل رغم انتفاء النيابة أوتجاوزها، إذا كان المتعاقد مع النائب حسن النية لا يعلم أن النائب تجاوز حدود نيابته، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب يتعاقد في حدود نيابته.

وترجع هذه الحالة إلى فكرة النيابة الظاهرة، ومجالها الطبيعي النيابة الاتفاقية، ومثالها أن يجهل النائب موت الأصيل، أو إلغاء التوكيل، أو بسبب خطأ من الأصيل أو إهماله كترك سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء نيابته¹⁹، أو وجود عبارات غامضة في الإنابة من شأنها أن تخلق الاعتقاد بأن التصرف يدخل في حدود سلطة النائب. فإذا تعاقد مع شخص لا يعلم بانقضاء النيابة، كان تعاقد هذا ملزماً للأصيل وخلفائه شرط أن يكون الغير حسن النية. وقد قصد من هذا الحكم توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار²⁰. حيث لا يستطيع الغير أن يدعي بجهله حدود سلطات النائب القانوني لافتراض علمه بذلك.

إن الطبيعة الذاتية لوصف الحسن أو السوء تكون متحققة، حين يكون مناط الوصف متمثلاً في تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة أو التصرف محل التعويل التشريعي في ترتيب الحكم²¹. أما

طها بالدوام في مقر الشركة وتسليمهما مطبوعات الشركة والإيصالات ومفاتيح المستودع ومثل هذه الشواهد بظهور الموظفين حملت المتعاقد على الاعتقاد بأنهما صاحبا الحق في بيع المولد على إبرام العقد معهما بحسن نية وحيث إنه تم بعوض وليس على سبيل التبرع فإن حقوق العقد تضاف إلى الأصيل وينفذ بحقه، وتكون حيازة المدعية للمولد الكهربائي عن طريق الشراء من مالكة بموجب عقد صحيح قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك عملاً بالمادة(2/1189) من القانون المدني، ويكون الحكم باستحقاق المدعية (المميز ضدها) للمولد الكهربائي موضوع الدعوى متفقاً وأحكام القانون". محكمة التمييز الأردنية، المبدأ رقم 1177 لسنة 1996، مجلة نقابة المحامين لسنة 1997، ص3472.

18 إن تقاضي المحامي أتعاباً مفترضة يمكن ان تكون موضوعاً لطلب الرد، ذلك أن جهل المقدار الطبيعي لالتعاب كهذه في ظروف القضية قد شكل أحد عناصر الضغط المعنوي الذي حمل الزبون، وهو في حالة ضعف واضحة، على دفع المبلغ المطلوب من المحامي"، نقض مدني فرنسي 1، 1976/11/3، دالوز، ص 1112، فقرة 3.

19 أمين دواس، القانون المدني، مصادر الالتزام "دراسة مقارنة"، ج 1، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط1، رام الله، 2004، ص 53.

20المذكورة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 121.

21 في ذات المعنى والمفهوم، جاء نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية على أنه (ويعتبر سيء النية خصوصاً الطرف يفتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه نية في الوصول إلى اتفاق). وقد تم وضع مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية معهد توحيد القانون الخاص بروما، عام 1994 "Unidroit"، وشددت في مجملها على احترام مبدأ حسن النية ومراعاته في كافة مراحل التعاقد الخاصة بعقود التجارة الدولية؛ للتفصيل أنظر؛ حمدي محمود بارود، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، 2012، ص548 وما بعدها. <http://www.iugaza.edu.ps/ar/periodical/>

19|1|2018.

حيث يكون مناطه هو إمكان العلم فليس من شك في أنها لا تتحقق في تلك الحالة، حيث لا يقوم إمكان العلم على طابع ذاتي²².

البند الثاني: المعيار الموضوعي

يرتبط حسن أو سوء النية الموضوعي بمدى مراعاة مقتضيات حسن النية أو عدم مراعاتها، حتى إذا أتى المتصرف بتصرفه على وفق تلك المقتضيات كان حسن النية، وإذا ما أتى بتصرفه على خلافها كان سيئ النية، فعلى سبيل المثال، التعبير يفترض سوء نية المُغرر، وتعمد خداع المغرر به لحمله على التعاقد، لذلك إذا تم إعطاء معلومات غير صحيحة أو السكوت عن ذكر واقعة جوهرية بحسن نية أو نتيجة للإهمال في تحري الحقيقة، فلا يعتبر ذلك تغريراً، فلو أن التاجر عرض بضاعته في أحسن صورة وعدد محاسنها بغرض الترويج لها لا يعتبر تغريراً²³ حتى لو بالغ في الدعاية لبضاعته ما دام ذلك مألوفاً في التعامل ولا يخدع الرجل العادي²⁴.

وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية ثابتة ومبادئ دينية تؤمن بها الجماعة، وتمثل بالنسبة لها مجموعة القيم والمثل التي تهيمن على تعاملاتها، ولهذا تنظر إلى مقتضياتها كمبادئ سامية تتصف بالعموم والتجريد، فترفعها في عرفها إلى مقام القواعد القانونية، حتى لو لم يتضمنها نص تشريعي كالوفاء بالعهد والامانة والثقة المشروعة وشرف التعامل ونحوها.

ومدخل سوء أو حسن النية هنا ليس مدخلاً شخصياً، وإنما المدخل هنا مدخل موضوعي بحت، ينظر فيه إلى مدى اتفاق التصرف ومخالفته لمقتضيات حسن النية، وبالمقارنة مع ما هو مألوف في التعامل، وينبني على ذلك أن مخالفة مقتضيات حسن النية تتحقق بمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقضي به تلك المقتضيات، دون نظر لما إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه أو لا يعلم.

ومن هنا جاء ارتباط حسن النية في الفقه الاسلامي بالأخلاق بشكل وثيق، فقد وضع الفقه الاسلامي حسن النية إطاراً عاماً لكافة التصرفات ومنها العقود، فلم يقصره على مرحلة في التعاقد دون الأخرى، بل جعله مبدأً عاماً متجلبياً في كافة المراحل، بدءاً بالتفاوض وصولاً إلى تمام تنفيذ العقد.

22 بدوي السيد، مرجع سابق، ص 73 - ص 79.

23 عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني، ص 158.

24 مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1990، ص 127.

فعلى سبيل المثال، إذا تعاقد النائب مع مدين معسر، يجوز للدائنين الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقهم متى أثبتوا تواطؤ النائب مع ذلك المدين حتى ولو كان الأصيل حسن النية لا يعلم بهذا التواطؤ. وكذلك فإن علم النائب بالعيب الخفي في المبيع يحرم الأصيل من الرجوع بالضمان على البائع حتى لو كان الأصيل الذي تم الشراء لحسابه يجهل هذا العيب²⁵.

على أنه إذا كان تصرف النائب وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل، وكان الأصيل سيء النية كما لو كان يعلم أن الشخص الذي يتعاقد معه النائب معسراً وأراد التواطؤ معه للإضرار بالدائنين، فليس للأصيل أن يتمسك بجهل النائب لهذه الظروف، بل يكون للدائنين الطعن في العقد بدعوى عدم نفاذ التصرف ولو كان النائب حسن النية²⁶.

وقد انزلت مجلة الاحكام العدلية المعيار الموضوعي منزل التطبيق في نصوصها، فقد ورد في نص المادة (357) من المجلة المقررة أحكام الغبن والتغريب، والتي نصت على أنه " إِذَا غَرَّ أَحَدُ الْمُتَبَاعِيَنِ الْآخَرَ وَتَحَقَّقَ أَنَّ فِي الْبَيْعِ غَبْنًا فَاحِشًا فَلِلْمَغْبُونِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ حِينَئِذٍ". كما أخذ المشروع المدني بذات المنهج، فنصت المادة (124) منه، على أنه " 1- يجوز إبطال العقد للتغريب إذا كانت الحيلة التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. 2- يعد تغريباً تعمد السكوت لإخفاء أمر إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم به. 3- يجوز للمغرر به المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض".

كما نصت المادة (164) من المجلة على أن " التَّغْرِيرُ: تَوْصِيْفُ الْمُبِيعِ لِلْمُشْتَرِي بِغَيْرِ صِفَتِهِ الْحَقِيقِيَّةِ"²⁷. فالتغريب في باب العقود هو الالتجاء إلى الحيلة بقصد انتزاع رضا الطرف الآخر، وهو يعتبر عيباً من عيوب الإرادة لما يولده في نفس المتعاقد من عيب²⁸، فالتغريب قوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريبه وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة بنية دفعه إلى ارتضاء العقد.

ويشترط لاعتبار التغريب عيباً من عيوب الرضا، استعمال طرق احتيالية وأن تكون الحيلة مؤثرة دافعة للتعاقد. أي أن يكون ما استعمل في خداع المتعاقد حيلة من شأنها التغريب به وجعله غير

²⁵ مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 129.

²⁶ بدوي السيد، مرجع سابق، ص 82.

²⁷ التغريب لغة الخداع، ويستعمل الفقه الإسلامي بجانب اصطلاح التغريب (بمعنى توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية)، اصطلاح التذليل بمعنى (إخفاء عيب في أحد العوضين في عقود المعاوضة). أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ص 78.

²⁸ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، لسنة 1998، ص 238.

قادر على الحكم على الأمور حكماً سليماً، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانوناً. كما لا بد من أن يقترن التغيرير بالغبن الفاحش.

مع العلم أن استخلاص عناصر التغيرير وتقدير ما يثبت به وما لا يثبت هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، متى أقامت تقديرها لتوافر عناصر التغيرير على أسباب سائغة ولها في سبيل ذلك أن تستهدي بوقائع التعبير عن الإرادة وما أحاط ذلك من ظروف.

التغيرير يفترض سوء نية المغيرر، وتعمده خداع المغيرر به لحمله على التعاقد، لذلك إذا تم إعطاء المعلومات غير الصحيحة أو السكوت عن ذكر واقعة جوهرية بحسن نية أو نتيجة للإهمال في تحري الحقيقة، فلا يعتبر ذلك تغريراً، لذلك فإن التاجر الذي يعرض بضاعته في أحسن صورة ويعدد محاسنها بغرض الترويج لها لا يعتبر تغريراً²⁹ حتى لو بالغ في الدعاية لبضاعته ما دام ذلك مألوفاً في التعامل ولا يخدع الرجل العادي³⁰.

عادةً ما يصدر التغيرير من أحد المتعاقدين - سواء كان متعاقداً أصيلاً أو نائباً عن الأصيل، في التعاقد نيابة ينظر الى حسن النية وسوئها الى نية النائب لا الى نية الأصيل، لأن إرادة النائب تحل محل ارادة الأصيل، وبالتالي فهذا الأخير غير مسؤول عن سوء نية النائب، الا اذا كان على علم بموجب المادة (95) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ولأن حسن النية في التعاقد يقضي حماية المغيرر به³¹.

²⁹ عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني، ج2، الموصل، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، 1980، ص 158.

³⁰ مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 127.

³¹ تقدير ما إذا كان الغبن ومدى اقترانه بالتغيرير هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه "وبالنسبة للسبب الثاني المتعلق باعتبار ما ذكر في عقد البيع ومعاملة الفراغ أن الثمن مائة دينار يمثل مخالفة إدارية بهدف إنقاص الرسوم، ولما كان الوكيل العام للطاعة قد أقر في الوكالة الدورية أنه قبض كامل الثمن بدون تحديد مقدار هذا الثمن في الوكالة، وقد صرح المحامي وكيل الطاعة في مرافعته أمام كل من محكمة الدرجة الأولى (صفحة 69 من الضبط) ومحكمة الاستئناف (صفحة 12 من الضبط) بأن موكلته طالبت الوكيل الدوري نقولاً عقل بحضور زوجها وبحضوره شخصياً في مكتبه فعرض عليها 150 ألف دولار الأمر الذي يعطي للمحكمة كامل الحقيقة، ولما كان هذا الذي صرح به وكيل الطاعة قاطع الدلالة على أن مبلغ المائة دينار المذكور كضمن في المعاملة العقارية ليس هو الثمن الحقيقي، فإن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف يكون واقعا في محله وموافقاً للقانون ويغدو هذا السبب غير وارد أيضاً وحرياً بالرد. وبالنسبة للسبب الثالث من أسباب الطعن باعتباره المبرز (س/1) إذنا للمرحوم الوكيل العام السابق للطاعة بالبيع لأبنائه بأقل من ثمن المثل أو بغبن يسير، ولما كان هذا المبرز بما اشتمله صريحاً بالإذن للوكيل العام بالتصرف لأولاده، وقد أقر هذا الوكيل قبض كامل الثمن دون أن تقدم الطاعة ما يثبت أن الثمن المقبوض أقل من ثمن المثل فضلاً عن أنه وفق نص المادة (356) من مجلة الأحكام العدلية إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغريير فليس للمغبون أن يفسخ البيع، فإن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من أن إجراءات البيع والفراغ بموجب الوكالة الدورية تمت وفق القانون وأن الدعوى تفقر إلى أساس قانوني سليم تقوم عليه يكون واقعا في محله ويكون هذا السبب غير وارد وحرياً بالرد". محكمة النقض الفلسطينية، الطعن رقم 68 لسنة 2009، الصادر بتاريخ 2009/7/13، منشورات المقتفي.

كما قد يقع التغيير من غير المتعاقدين، وفي هذه الحالة ليس للمغرور الطعن في العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر يعلم بالتغيير وقت العقد³². أما إذا لم يستطع إثبات ذلك، يكون العقد صحيحاً وناظراً، ويقتصر حق المغرور في الرجوع على الغير بالتعويض.

والتغيير يجيز للمغرور طلب إبطال العقد³³، لأن العقد صحيح غير لازم، كما يستطيع من أصابه التغيير بضرر المطالبة بالتعويض³⁴ على أساس الفعل الضار لأن التغيير عمل غير مشروع، فضلاً عما يمكن أن يشكله من نصب أو غش تجاري تستوجب العقوبة الجنائية.

كما انزل أيضاً المعيار الموضوعي منزل التطبيق في علاقته بحكم "الغلط"، حيث يجوز للعاقدين الذي وقع في الغلط إبطال العقد، فالعقد يكون صحيحاً وناظراً ولكنه غير لازم. وذلك على ما جاء في المادة (119) من مشروع القانون المدني التي نصت على أنه "1- إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه. 2- يجوز في عقود التبرعات طلب إبطال العقد دون اعتبار لعلم المتعاقد الآخر بالغلط".

وبالتالي إذا كان الغلط مشترك³⁵ والذي يقع فيه كل من المتعاقدين، أو يتسبب فيه أحدهما، أو يعلم به أو يكون في مقدوره أن يعلم به³⁶، يخول من وقع فيه الغلط طلب إبطال العقد، أما إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه المتعاقد أو يجره إليه أو يعلم به أو يستطيع العلم بها يؤدي إلى إبطال العقد. ولا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحسب بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد³⁷. ويجب أن يكون الغلط الذي يمكن من وقوع فيه الغالط طلب إبطال العقد

32 المادة 148 من القانون المدني الأردني.

33 "المشروع اعتبر مجرد كتمان العاقد واقعة جوهريه يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة، من قبيل التدليس الذي يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمداً". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 5524 لسنة 63، مرجع سابق.

34 "يجوز مع القضاء ببطلان العقد للغلط أو التدليس أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا البطلان". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 8296 لسنة 65، جلسة 1997/6/23، س 48، ع 1، ص 952.

35 جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، سنة 1984، ص 139.

36 عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط4، بغداد، مطبعة العاني، 1974، ص 142.

37 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (119).

جوهرياً، ويكون كذلك إذا كان هو الذي دفع المتعاقد الذي وقع فيه إلى التعاقد³⁸، ومناطق تقدير ذلك يرد إلى معيار شخصي يتعلق بذات المتعاقد يستخلصه قاضي الموضوع³⁹.

ويجب أن يكون التمسك بالغلط المعيب للرضا على وجه لا يتعارض مع حسن النية على ما جاء في نص المادة (123) من مشروع القانون المدني⁴⁰ على أنه " 1- ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. 2- يبقى المتعاقد ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

ويمكن أن يقال في تعليل هذا الحكم القضائي، بأنه أبيح لمن وقع في الغلط أن يبطل العقد لفوات أمر مرغوب، لأنه ما كان ليتعاقد لو تبين الأمر وقدره تقديراً معقولاً، وهذه علة تقرير الحق في طلب الإبطال وهي بذاتها مرجع حدوده فمتى كان من المؤكد أن العاقد قد أراد أن يبرم العقد، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد بغض النظر عن الغلط ما دام العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه. وعلى ذلك يظل من يشتري شيئاً معتقداً خطأً أن له قيمة أثرية مرتبطةاً بعقد البيع إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت نيته إلى شرائه⁴¹، لأن الإبطال هنا يتعارض مع مبدأ حسن النية⁴².

البند الثالث: المعيار القانوني

يقوم هذا المعيار على فرضية تشريعية يتعين على المتعامل مراعاتها، حتى إذا أصاب حكم القانون كان حسن النية، وإذا لم يصبه كان سيئ النية، بصرف النظر عن حقيقة الواقع، وما إذا كان المتعامل يجهل وجود القاعدة القانونية التي تخاطب تصرفه أو كان يعلمها، وبصرف النظر عما إذا

³⁸توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، 1988، ص 136.

³⁹"إستخلاص الغلط و عناصر الغش و البحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما في وسع الشخص العادي توقعه أو أنه من الحوادث الطارئة هو مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع طالما أقام قضاءه على أسباب مؤدية إلى ما انتهى إليه" نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 1297 لسنة 56، جلسة 1990/11/29، س 41، ع 2، ق 305، ص 833.

40 لم يتم إفراد قسم أو فصل خاص بمعالجة الغلط في نصوص مجلة الأحكام العدلية، كما عالجت عيب الاكراه وعيب الغبن والتغيير، لكن أشارت أحكام المجلة إلى تنظيم فكرة الغلط بشكل سريع في المادة 208 من مجلة الأحكام العدلية، التي نصت على أنه (إذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر ذلك المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فلو باع زجاجاً على أنه ألماس بطل البيع). وقد جاء في شرح هذه المادة أنه؛ قد فهم من لفظ جنس في هذه المادة كما لو بين الوصف وظهر خلافه فالبيع باطل باختلاف الوصف، كما يبطل باختلاف الجنس. لتفصيل شرح النص أنظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول- البيوع الجارة الكفالة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، وطبعت بموافقة خاصة من دار الجيل-بيروت، 1423هـ-2003م، ص 183.

⁴¹المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، ج 1، ص 151.

⁴²محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، ص 136.

كان يقصد حقيقة مخالفة القانون أم لم يقصده، ذلك أن حقيقة الاتجاه الإرادي ذاته فيما إذا كان المتعامل يقصد الالتزام بحكم القانون، لا يعول عليه، طالما تحققت مخالفة القاعدة القانونية فعلاً، وبهذا المعنى ينفك ارتباط مبدأ حسن النية عن قواعد الاخلاق⁴³.

ويعني هذا أن المشرع كلما رسم طريقاً للعلم بتصرف معين، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق. فالتسجيل مثلاً طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً لكون العقد باطلاً اصلاً في حق الغير إلا عن طريق التسجيل⁴⁴.

فمثلاً، قد يتطلب المشرع لانعقاد العقد، بالإضافة إلى الرضا، توافر بعض الشكليات والمراسم المعنية، فيكون العقد في هذه الحال عقداً شكلياً⁴⁵.

ففي مثل هذه الأحوال فإن مجرد القصد لا يكفي لتحديد معنى حسن النية القانوني، فلا يعبأ المشرع في تقرير الحسن أو السوء بالجهل أو العلم، كما لا يعبأ في تقريرهما بموافقة أو مخالفة

⁴³ بدوي السيد، مرجع سابق، ص 113.

⁴⁴ ولما كانت المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 تنص على انه (في الأماكن التي تمت فيها التسوية لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو المياه صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل). ولما كانت قطعة الأرض محل الدعوى قد تمت فيها التسوية فإن ما يدعيه الطاعن من أن المطعون ضده قد وعده ببيع جزء منها وقبض مبلغاً من الثمن لا يترتب أثراً مادام انه لم يتم تسجيل البيع لدائرة تسجيل الأراضي حسب الأصول، حكم محكمة النقض الفلسطينية، الطعن رقم 2009/28 بتاريخ 2010/5/25، منشورات المقتفي. وقضت في حكم آخر بأنه " وبإنزال القانون على الحكم الطعين وما حمل عليه من أسباب نرى أن نبين ابتداءً أن المشرع وفق صريح نص المادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 والمادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 حصر جميع إجراءات البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو المياه بدائرة تسجيل الأراضي، فيما رتب في المادة (11/ب) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 للوكالات المتضمنة بيع وفرادغ الأموال غير المنقولة والمتعلق بها حق الغير وجوب تنفيذها لدى دائرة التسجيل خلال خمس عشرة سنة من تاريخ تنظيها أو تصديقها إلا أن المستفيد بموجب تلك الوكالة لا يعتبر مالكا ما لم يتم التسجيل في دائرة الأراضي وبذلك فإن هذا الأخير لا يستطيع التنازل لغيره عن ما لا يملك طالما أن الملكية لا تثبت إلا بالتسجيل بمعنى أن أية وكالة تعطى منه للغير بوكل بموجبها وكيلاً عنه لا ترتب أثراً، إذ أن الفارق بين البائع المسجل (المالك) الذي رتب حقاً للغير بموجب وكالة يتعلق بها حق هذا الأخير، وبين هذا الأخير الذي هو ليس بمالك ليرتب حقاً لغيره فيما لم يدخل في ملكيته بعد، ولا يصح أن يدخل إلا بالتسجيل في الموقع الرسمي ليصبح مالكا بالمعنى القانوني، الأمر الذي نرى معه انتفاء المصلحة القانونية كشرط من شروط قبول الدعوى أي أن المشرع لم يوفر حماية لما يدعيه الطاعن الثاني من مصلحة لخروجها عن كونها مصلحة قانونية رتب لها المشرع الحماية، حكم محكمة النقض الفلسطينية، الطعن رقم 2005/162 بتاريخ 2006/9/18، منشورات المقتفي. وقضت محكمة التمييز الأردنية أيضا بأن " عقد بيع أرض واقعة في مكان تمت فيه التسوية يعتبر عقداً باطلاً ويكون كل فريق فيه عرضة للعقاب عملاً بالفقرة الثالثة من المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952". محكمة التمييز الأردنية، المبدأ رقم 117 لسنة 1981، مجلة نقابة المحامين، العدد 5، 1981، ص 1473.

⁴⁵ يجب دائماً التمييز بين شكلية العقد وبين شكلية الإثبات. فإذا استلزم القانون توافر الشكلية لانعقاد العقد، ففي هذه الحالة يتوقف قيام العقد على توافر هذه الشكلية وجوداً وهدماً. في حين أنه لا تأثير لشكلية الإثبات على انعقاد العقد. فالعقد في هذه الحال ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، ولكن يتوقف إثبات ذلك على توافر الشكلية التي استلزمها القانون. ولا تأثير لغياب هذه الشكلية، كالكثابة في العقد، على انعقاد العقد، حيث يجوز في هذه الحالة إثبات العقد بالإقرار أو باليمين. والشكلية بمفهومها القانوني هي أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرضه المشرع بشكل إلزامي فيما يتعلق بتصرفات قانونية محددة ولاعتبارات خاصة تقتضي عدم إعطاء الإرادة حرية اختيار وسيلة التعبير عن ذاتها.

مقتضيات حسن النية، إذا ما هو ربط الوصف بثبوت تلك الظروف التي يراها قاطعة في الدلالة عليه أو بعدم ثبوتها.

يلاحظ على هذا الاتجاه في تحديد معنى حسن النية، أنه لم يتعرض لنية الإضرار كمؤشر حقيقي على سوء النية، من خلال تفصيله لأنواع حسن النية. واعتبر أن نية الإضرار ليست عنصراً متطلباً للقول بسوء النية، إذ يتحقق سوء النية ولو لم يكن ثمة اتجاه للإضرار بالمتعاقدين الآخر أو الغير، وإنما يلزم ويكفي لتحقيق سوء النية أن يكون هناك اتجاه إرادي مقصود لإحداث الفعل أو الترك غير المشروع فحسب، دون أن يمتد هذا الاتجاه المقصود إلى النتيجة⁴⁶، كما أن هذا الاتجاه حصر معيار حسن النية التنفيذي بالموضوعي دون الشخصي، فكان هذا مما يعيب هذا الاتجاه في تحديد معنى حسن النية، فالمتعاقدين الذي يتجه قصده إلى الفعل أو الترك غير المشروع، يفترض بأنه قصد الفعل والنتيجة، وقصد الإضرار بالمتعاقدين الآخر حتى لو كان بطريق الإهمال، إذ إن المتعاقدين البالغ الراشد يعي حقيقة ما يفعله ويقدر نتيجته، خاصة أن المشرع فرض على المتعاقدين توخي اليقظة والتبصر وفقاً لسلوك الرجل المعتاد. وهذا ما يؤكد أن معيار قياس حسن النية من سونها شخصي، إذا ما أفترض أن نية الإضرار من سوء النية دون الاستغناء عن المعيار الموضوعي⁴⁷.

كما ظهر اتجاه آخر لتحديد مضمون حسن النية في التصرفات القانونية، حيث يرى " إن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة، يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً كالجهل بالعيب الذي يجعل التصرف غير فعال، مثل من يشتري قطعة أرض، وهو يجهل أنه يشتريها من غير ذي صفة فهو اعتقاد مغلوط. وبناء على ذلك يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب الشارع على العلم بها أثراً قانونياً، أو من يتلقى حقاً وهو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفة، سواء أكان العلم بسيطاً أو في صورة تواطؤ⁴⁸.

وسوء النية وفقاً لهذا الاتجاه يطابق الخطأ العمد وفقاً لقواعد الأخلاق، لأنه قد ينطوي على الغش والإضرار، وقواعد الأخلاق تأتي ذلك. ويفترض هذا الاتجاه لاعتبار المتعاقدين حسن النية أن ينتفي في جانبه أي خطأ عمدي أو غير عمدي، إذ الخطأ بجميع صورته يتعارض مع حسن النية. ولما كان الوهم أو الجهل الذي وقع فيه الغير يعتبر حالة ذاتية ونفسية خاصة به يصعب إقامة الدليل عليها

46 بدوي السيد، مرجع سابق، ص 113.

47 بدوي السيد، المرجع السابق، ص 115.

48 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 81-83.

أو على عكسها، لذلك وجب الالتجاء إلى معيار موضوعي، وبهذا فإن حسن النية يقاس بمعيار موضوعي واحد، ورائده في ذلك استقرار المعاملات، والبعد عن مشقة البحث في العوامل النفسية الداخلية.

ويجد حسن النية بهذا المعنى سنداً له في بعض النصوص والأحكام القانونية، كنص المادة (1177) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أنه " يعد حسن النية من يحوز الشيء، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية ما لم يقيم الدليل على غيره. ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير، ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى⁴⁹ .

أما الاتجاه الثالث فيرى أن حسن النية هو " الغلط المبرر والمشروع، وحسن النية لا يتوافر هنا إلا بانتفاء أي خطأ من جانب الغير، وهو بهذا يختلف عن الجهل الذي يكون فيه الشخص غير عالم بواقعة معينة، بينما الغلط⁵⁰ هو وهم واعتقاد مخالف للحقيقة، فهو يفترض غياب الحقيقة، وحلول فكرة غير صحيحة محلها في ذهن الموهوم. ويعني بذلك الخطأ القانوني الذي تقوم به المسؤولية المدنية، وهو يشمل إضافة إلى الخطأ العمدي الخطأ غير العمدي، فيكون سيئ النية من كان قاصداً الإضرار وتحقق في تصرفه معنى الغش، وكذلك من يتسبب في إصابة الغير بضرر بإهماله أو عدم احتياطه. ويأخذ هذا الرأي بمعيار موضوعي يتحدد به معنى حسن وسوء النية في حالة الجهل المبني على الإهمال أو عدم الحيطة⁵¹.

وفي اتجاه رابع نجد أنه تم الاعتماد في بيان حسن النية على تحليل مصطلح حسن النية، قائلاً: أن النية هي القصد وعزم القلب على شيء معين، ومن ثم فهي إرادة باطنة طالما أن صاحبها لم يعبر

⁴⁹ المادة (1/965) من القانون المدني المصري.

⁵⁰ لم تفرد مجلة الأحكام العدلية للغلط كأحد عيوب الرضا فضلاً خاصاً كالإكراه مثلاً، ولكنها نظمت أحكامه بعناية في نصوصها المختلفة، وجاءت متفقة ما أخذت به التشريعات الحديثة في تقديرنا، بما يخص تنظيم أحكامه ومفهومه، وكما أشرنا إلى نص المادة 2018 في مكان سابق من هذه الدراسة كتطبيق لتنظيم فكرة الغلط، فقد بين علي حيدر في شرحه للمجلة تحديداً نص المادة 65 التي نصت على انه " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر"، فرغم أن ظاهر النص يشير إلى ان المبيع الحاضر لو وصف فلا يؤخذ بالوصف لأنه حاضر ويمكن التعرف على صفاته بشكل مباشر أما لو وصف الغائب لعدم وجوده فيمكن الأخذ بالوصف، وهذا يقود إلى القول بعدم الاخذ بالغلط في المجلة، إلا أن شرح النص يدل على الأخذ بالغلط وتنظيمه في التشريعات الحديثة، حيث ذكر علي حيد في شرحه للنص أنه فلو باع البائع فرساً غائباً على أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع... ولو اشترى فصاً على انه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد أما لو اشترى على انه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس، فيفهم من ذلك كله أنه إذا كان الجنس متحداً فاختلاف الوصف لا يكون مانعاً من الانعقاد...وكي يكون الوصف لغواً يجب توافر شرطين: الأول أن يكون الشيء الموصوف في مجلس الوصف، والثاني أن يكون ذلك الشيء الموجود في مجلس الوصف من جنس الموصوف. علي حيدر، مرجع سابق، المجلد الأول، ص64 و65.

⁵¹ بدوي السيد، مرجع سابق، ص 531-532.

عنها بقصد إنتاج أثر قانوني. ويتم الاستدلال عليها بطريق غير مباشر، عندما يلبسها تصرف خارجي للشخص، وإلا فإن القانون لا يعتد بها ولا يرتب عليها أثراً. هذا عن النية أما الحسن والسوء فهما عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين. ويمكن تحديد الحسن في الأمانة والاستقامة والنزاهة، والسوء في الخيانة والغش والكذب والغدر والرياء والظلم. وعلى ذلك يكون الشخص حسن النية إذا هو سلك الطريق السوية في تصرفاته والتي تتمثل في الأمانة وبابها، ويكون سيئ النية إذا سلك الطريق غير السوية التي تتمثل في الخيانة وبابها⁵².

يضع هذا الاتجاه تعريفاً لمبدأ حسن النية، وإن اختلف بعض الشيء عن معناه الأخلاقي، وهذا التعريف هو "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون". ونقول قصد الالتزام وليس الالتزام ذاته، إذ قد يقصد المرء الالتزام بحدود القانون، ورغم ذلك تقع منه المخالفة لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع أو لجهله بالقانون، وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات. فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام⁵³.

لما سبق فإن هذا الاتجاه الرابع يخرج من إطار حسن النية حدوث الضرر للآخرين نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط، إذ أن سوء النية يتحدد بأنه عدم قصد الالتزام بحدود القانون فهو موقف عمدي، ويدخل فيه الغش وقصد الإضرار. ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه يترتب عليه إغفال ما يستوجبه القانون من التزام بالسعي نحو التحري والاستعلام والاستقصاء، وهو التزام قانوني ينزل الإخلال به منزل سوء النية⁵⁴. كما أن الإهمال أو عدم الاحتياط وإن كان يشكل موقفاً سلبياً، إلا أنه كأى فعل أو ترك يتحرك بنية قد تكون حسنة وقد تكون سيئة، رغم أن هذه النية لم تتجه إلى الإضرار بالغير بشكل عمدي، إلا أنها قصرت وأهملت حين كان يجب أن تتخذ موقفاً إيجابياً لذلك تتخذ صفة السوء.

وفي اتجاه أخير حدد حسن النية لدى المتعاقد على أساس انتفاء العنصر المعنوي للخطأ، بنوعيه العمدي وغير العمدي. فإذا كانت هذه النية حسنة ولا تتضمن نية الإضرار بالمتعاقد الآخر، ينتفي بذلك الخطأ العمدي في جانبه، وبالتالي يكون المتعاقد حسن النية لانتهاء العنصر المعنوي للخطأ المتمثل بنية الإضرار. وبحسب هذا الرأي فإن المتعاقد حتى يتصف بحسن النية، لا يكفي منه أن تنتفي نية الإضرار لديه، بل عليه أن لا يهمل وأن يتيقظ ويتبصر بحيث لا يلحق ضرراً بالمتعاقد

⁵² نعمان محمد خليل جمعه، ارکان الظاهر كمصدر للحق، القاهرة معهد البحوث والدراسات العربية، 1977، ص134.

⁵³ نعمان محمد خليل جمعه، المرجع السابق، ص 135.

⁵⁴ بدوي السيد، مرجع سابق، ص 107-108.

الأخر دون قصد، بمعنى أن ينتفي الخطأ غير العمدي من جانب ذلك المتعاقد. ويرى هذا الاتجاه أن حسن النية يقاس بمعاييرين شخصي وآخر موضوعي. يلجا إلى المعيار الذاتي أو الشخصي للكشف عن نية المتعاقد أي عن العنصر المعنوي للخطأ العمدي، فإذا توافر الخطأ العمدي عن المتعاقد سيء النية⁵⁵.

وكمثال على ذلك نص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (250) فقره (1) على أنه " إذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفي لحسبان التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعد من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر".

ويرجع بحسب هذا المعيار إلى شخص المتعاقد وظروفه الخاصة لمعرفة حقيقة نيته. أما فيما يتعلق بسوء النية القائم على الإهمال وقلة الاحتراز فإنه يقاس بمعيار موضوعي، لا يرجع فيه إلى ظروف المتعاقد الشخصية، بل يقاس سلوكه بحسب المؤلف وبحسب سلوك الرجل المعتاد⁵⁶.

وبغض النظر على ما قيل في الآراء سابقة الذكر فإن الباحث يرجح الرأي الأخير، ومما يؤيد ترجيح هذا الرأي انه اعتمد في تقدير حسن النية على معيارين، المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فلم يعتمد على معيار دون آخر كما فعلت الاتجاهات الأخرى، حيث فرق بين تعمد عدم التنفيذ والإهمال في التنفيذ. إلا أن القول بانعدام العنصر المعنوي للخطأ كتعريف لحسن النية، يقصر من شمولية مبدأ حسن النية، ويحدد نطاق عمله، ولا يربطه بالقوة الملزمة بشكل واضح، رغم وجوب ذلك.

وإن كان يشكل إخلالاً بمبدأ حسن النية ويلتقي معه، فهو لا يعبر عن مفهوم كامل ومتكامل لمبدأ حسن النية، بينما ربط مفهوم حسن النية بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد، قد يعطيه مفهوماً أدق وأوضح وأشمل من مجرد ربطه بفكرة الخطأ، وما تحرر المتعاقد من بعض التزاماته في ظروف خاصة كحالة الضرورة والقوة القاهرة، إلا رخص وحالات قدرها المشرع، لا تشكل بنظره خروجاً على حدود القوة الملزمة للعقد، على عكس الحال إذا ما كان الخروج عن هذه الحدود بالعمد أو الإهمال.

⁵⁵ عبد الجبار ناجي صالح الملا، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. ط1، بغداد، مطبعة اليرموك، 1974، ص31- ص49

⁵⁶ عبد الجبار ناجي صالح الملا، المرجع السابق ص54.

الفرع الثاني: معيار القياس لمبدأ "حسن النية"

على الرغم من الاختلاف في تحديد معنى ومضمون حسن النية، إلا أنه يمكن القول إن لحسن النية عدة خصائص، يفيد بيانها في معرفة المعيار واجب التطبيق. وهذه الخصائص تلمح في جميع الاتجاهات محل الدراسة، وهي "ان حسن النية يُعتبر ذو طبيعة ذاتية في أصله"،⁵⁷ ذلك انه ينبع من ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء، فهو عنصر نفسي داخلي يستدل عليه بطريقتين أحدهما: ملابسته لتصرف معين فيتم معرفته من متن التصرف وصورته الظاهرة. وثانيهما: القرائن والإشارات الموضوعية الظاهرة، التي تحيط بالتصرف نشأة وتنفيذاً. كما أن حسن النية يعد موقفاً عمدياً لأنه نابع من النية التي هي قصد وعزم وقرار، والقرار من المواقف العمدية الإيجابية، وعليه فلا يمكن إعطاء وصف الحسن أو السوء لمجنون أو طفل غير مميز مثلاً. ولا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص وبصدد واقعة معينة، ويفترض أن الإنسان حسن النية إلى أن يثبت العكس فلا يفترض سوء النية".⁵⁸

على ما سبق تجب التفرقة بين "النية" بمعنى القصد أو الاتجاه الإرادي أو الإرادة الباطنة، وبين "الإرادة" بمعنى المظهر الخارجي الدال على النية، من ناحية أن الأولى نية منعقدة على تحقيق هدف معين وهي بهذا الوصف ذاتية أو داخلية أشبه ما تكون بالسكون لا يعتبرها القانون، أما الأخرى فهي نية منعقدة متحركة نحو هدفها تحركاً إيجابياً، يدل عليه ذلك المظهر الخارجي الذي يعلن عنها مستعينة في إعلانه بوسائل خارجية من قول أو فعل...⁵⁹

بالعطف على ما سبق، يتضح موقف كل اتجاه من معيار حسن النية واجب التطبيق، فمنها ما اعتد بالمعيار الذاتي دون الموضوعي في حالة، أو بالموضوعي دون الذاتي، ومنها ما اعتد بالمعيار الموضوعي والذاتي معاً باعتبارهما متكاملين. لذلك لا بد من توضيح وبيان المقصود بكل منهما في البندين التاليين، حيث كان السعي الى بيان المقصود بالمعيار الذاتي والموضوعي عموماً ومن ثم اعماله وتطبيقه على مبدأ حسن النية.

57قرة فتحية، أحكام الوضع الظاهر، الاسكندرية، دار منشأة المعارف لسنة 1986، ص 83.

58نعمان محمد جمعه، أركان الظاهر، مرجع سابق، ص 135 - ص 136.

59بدوي السيد، مرجع سابق، ص 31.

البند الأول: المعيار الذاتي " الشخصي".

يقصد به بشكل عام " أنه المعيار الذي ينظر فيه إلى شخص المتعاقد، فنحكم على ما صدر منه في ضوء سلوكه هو، فإذا كان فعله انحرافاً عن السلوك عد مخطئاً وإذا لم يكن كذلك فلا يعد مخطئاً. ومفهوم ذلك أن هذا الشخص إذا كان على درجة كبيرة من اليقظة والتبصر فإن اقل انحراف منه يعتبر خطأً، وإن كان في مستوى اقل أو عادي تم تقدير انحرافه على ضوء المألوف بين الناس، وإذا كانت ملكاته دون ذلك فلا يعتبر مخطئاً إلا إذا كان الانحراف كبيراً⁶⁰.

ويقصد بهذا المعيار - بالمعيار الذاتي لمبدأ حسن النية- اتجاه نية المتعاقد إلى التقيد بأحكام القانون، والقيم الأخلاقية والاجتماعية وإلى أن يسلك سلوكاً جمعياً متفقاً وتلك القيم ومقتضيات حسن النية،⁶¹ وعدم التحايل سواء بإبرام العقد أم تنفيذه، فلا يكون بنية المتعاقد الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة. كما يندرج تحته حالة العلم أو الجهل بواقعة معينة، التي يرتب عليها القانون أثراً من الآثار ذلك أن العلم بالشيء كالقصد إليه. إذ يجب في هذا المعيار البحث والتحري عن قصد المتصرف، والتأكد من حقيقة الاتجاه الإرادي، لتنتهي إلى وجود حسن النية أو سوءها.

نخلص إذًا، إلى أن معيار حسن النية الذاتي يبدأ موضوعياً، بقياس الفعل أو الترك بمقياس الرجل العادي، للقول أولاً بأنه فعل أو ترك غير مشروع، ثم يقاس بعد ذلك بمعيار ذاتي بالبحث في نية الفاعل وقصده، لمعرفة مدى تعمده الفعل والضرر.

فقد نصت المادة (464) من مشروع القانون المدني على أنه " يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يتدخل فيها فلم يفعل، ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه".

ونصت كذلك المادة (101) من مشروع القانون المدني على أنه " 1- لا يزول حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداءً على حق الغير. 2- يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في لائحة الدعوى، ويعد سيئ النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من الغير.

60 رمضان ابو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، بيروت، الدار الجامعية، 1986، ص332.

61محمود أبو زيد ، علم الاجتماع القانوني ، ص 207 - ص213.

إزاء ذلك لا يكون أمام القاضي إلا الاعتماد على الوقائع الثابتة أمامه لكي يستنبط منها وهو حر في اختيار أية واقعة من تلك الوقائع، وله سلطة واسعة في استنباط ما تحتمله الواقعة من دلالة⁶². والاستناد إلى الظواهر الخارجية للاستدلال على حقيقة نية الفاعل، وهو بذلك قد يضطر إلى أن يأخذ في الاعتبار مدى الانحراف في السلوك، أو مدى المنفعة التي تعود على الفاعل، أو عدم وجود مبرر أو عذر لهذا المسلك من جانب الفاعل⁶³.

لكن كل هذه الظواهر لن تكون سوى قرائن أو وسائل إثبات للتوصل إلى سوء النية، وهي في جميع الأحوال تتوارى أمام وجود الدليل على حسن نية الفاعل وعدم تعمد الإضرار بالغير⁶⁴. فقد نصت المادة (1099) من مشروع القانون المدني على أن "1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازه. 2- إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها. 3- الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك".

ولكن المشرع في بعض الأحيان يرى أنه لا بد من تقرير موقف قانوني محدد بناء على مصلحة يقدرها ويقدمها على غيرها دون الالتفات لحسن النية أو سوءها، فنص مثلاً مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (250) فقرة (2) على أنه "إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً".

البند الثاني: المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي عموماً معيار السلوك المألوف والمعتاد، "حيث ينظر القاضي في هذا المعيار إلى المسلك المتوقع للرجل العادي العاقل الموجود في نفس ظروف المدين⁶⁵. إذ يتجرد من الظروف الذاتية الملابس لشخص المعتدي، حيث إنها ظروف داخلية ملتصقة به لا يصح النظر إليها، وإلا انقلب المعيار إلى معيار شخصي. وعلى ذلك وعند بحث توافر سوء النية الموضوعي لا ينظر إلى كون المعتدي متواضع الذكاء أو بليد الطبع أو عصبي المزاج أو غيرها من ظروفه

⁶² عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجناحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 18.

⁶³ رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 335.

⁶⁴ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الكويت طبعة، عام 1995م، ص 362 - ص 363.

⁶⁵ زكريا حرح، الخطأ في المسؤولية العقدية، مصر، رسالة جامعية من جامعة عين شمس لسنة 1999، ص 113.

الداخلية. فالقاضي لا يعتد بهذه الظروف هنا، بل عليه أن ينظر للظروف الخارجية العامة التي يخضع لها الناس كافة، ويقدر سلوك الشخص بحسب السلوك المألوف للشخص المعتاد".⁶⁶

أما المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية فيقصد به "تنفيذ الالتزام بصورة تتفق وأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته وأن يكون السعي في ذلك جدياً، بحيث يكون تصرف المتعاقد مقبولاً بنظر القانون وقيم المجتمع".⁶⁷ ذلك أن القانون لا ينظر إلى صحة التصرفات أو عدم صحتها بناء على ما يعتقد المرء فيها، بل يجب أن تكون مقبولة بنظر القانون، ويجد هذا المعيار أساسه في العدالة والأخلاق كما هو الحال في المعيار الذاتي.

وهذا المعيار يستلزم من المتعاقد أن يكون يقظاً حريصاً في تصرفاته حتى لا تضر بالآخرين. ذلك أن قواعد الأخلاق والعدالة كما لا تفر نية الإضرار بالغير "سوء النية الذاتي"، لا تقر كذلك الإهمال والتقصير أي سوء النية الموضوعي. ويستلزم هذا المعيار من المتصرف أن يكون أميناً ومخلصاً في إبرام تصرفاته وتنفيذها، وهذا ما يلزم بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

وكما سلف فأننا نرى أنه لا يمكن قصر تقدير حسن نية المتعاقد على المعيار الذاتي دون الموضوعي أو على الموضوعي دون الذاتي، بل يجب اعتماد كلا المعيارين. لذلك فإنه يمكن التمييز بين معيار شخصي ذاتي ومعيار موضوعي مادي لحسن النية، ويتكامل هذان المعياران بحيث يبدو أحياناً أنه لا يمكن الفصل بينهما، ففي جميع حالات الخروج عن ماتقتضيه القوة الملزمة بما تتضمنه من سوء نية، يختلط المعيار المادي بالذاتي، ففي كل حالة يراد فيها معرفة حقيقة نية المتعاقد، يرجع فيها إلى المعيار الذاتي.⁶⁸

إن الالتزام الواجب على المتعاقد بان يصطنع في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، التزام يجب أن يقاس بمعيار موضوعي، لان واجب عدم الإهمال وعدم التقصير في أداء حقوق المتعاقدين، أمر لا يقاس بظروف المدين الشخصية. أي أن الانحراف يقاس بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية، وهذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، فلا يقاس

66 أبو السعود، المرجع السابق، ص 333-334.

67 رشوان، القانون والمجتمع، دراسة في علم الاجتماع، ص 145 - ص 147.

68 أبو السعود، المرجع السابق، ص 339.

سلوكه هنا بما اعتقده ذلك المتعاقد بل بالمألوف من سلوك الرجل المعتاد، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، كان هذا الانحراف خروجاً عن حدود حسن النية، يستوجب مسؤوليته.⁶⁹

فإذا ثبت أن سلوك المتعاقد في أثناء تنفيذه لالتزاماته يدل على إهماله، وقد تسبب بذلك بضرر للمتعاقد الآخر، فإن ذلك الإهمال الذي اضر بمصلحة الغير يدخل في إطار سوء النية. وما الواجبات المتعلقة بحسن النية كواجب الإعلام والاستعلام والتحذير ولفت الانتباه إلى مخاطر محل العقد والالتزام بالسرية والحفاظ على أسرار العقد⁷⁰، والاعتماد في التصرف على أسباب معقولة، وواجب التحري والبحث الجديين، وواجب التحرز من الغلط الذي هو وليد الإهمال، وواجب بذل الجهد لمعرفة الحقيقة، وإبداء الانتباه الذي تتطلبه الظروف وعدم التقصير في الانسياق وراء المظهر، وواجب اتخاذ الاحتياطات التي يتخذها الشخص العادي في الظروف التي تم فيها التعاقد، ولزوم وجود سبب صحيح في الحياة وواجب الاتصاف باليقظة.

هذه الواجبات ما هي إلا عبارات تظاهر وتفصح عن أمر واحد، هو واجب السلوك بتبصر وتجنب الإهمال بثتى اشكاله⁷¹. فيصبح من الضروري لتوفر حسن النية انتفاء نية الإضرار الذي يقدر بمعيار ذاتي وشخصي، وانتفاء الإهمال الذي يقدر بمعيار موضوعي⁷². وهذا السلوك هو الذي يقدر بمعيار الرجل المعتاد بصرف النظر عن ظروف التعاقد الخاصة، حيث إن فكرة الرجل المعتاد فكره عامة ومجردة، يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المتعاقد.⁷³ مما سبق نرى أن سوء النية الذاتي يتمثل في نية الإضرار بالطرف المقابل، فالذي يرتكب أفعالاً تدل على عدم التزامه بما توجبه القوة الملزمة للعقد، ينفي عنه حسن النية، وأحياناً مجرد العلم بالضرر الذي قد يصيب الغير، وسوء النية هنا سوء نية عمدي. ومع هذا فإن انتفاء التعمد في عدم التزام حدود القوة الملزمة لا يكفي للقول بتوفر حسن النية، إذ إن الإهمال وعدم الحيطة من قبل المتعاقد يثبت حالة من سوء النية الإهمالي أو الموضوعي.

69 السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، لبنان، بيروت، دار احياء التراث العربي، 1966، ص 882-884.
70 ميرفت عبد العال، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، الاسكندرية، كلية اللغة العربية بأسبوط، 1997، ص 136 وص 214.
71 وفي ذات المعنى قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها، بأن " المسؤولية التصيرية تقع على ذات المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء اكان متعمداً أو غير متعمداً، وسواء كان حسن القصد أو سيأه". أنظر: الطعن رقم 15 لسنة 7ق، جلسة 1937/12/16. مشار له عند: إياد محمود جبارين، مرجع سابق، ص 98.
72 عبد الجبار صالح الملا، مرجع سابق، ص 136.
73 سليمان مرقس، تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، 1998، ص 56 - ص 57.

المطلب الثاني: نطاق تمييز مبدأ "حسن النية" عن "سوء النية"

الفرع الأول: تمييز حسن النية عن سوء النية بنقاط الاختلاف والتشابه

بعد ان تعرفنا على المعيار الواجب اعتماده في قياس حسن النية، ونظراً لارتباط مصطلح حسن النية بنقيضه مصطلح سوء النية، ولتعميق فهم مبدأ حسن النية، سنعرض لدراسة نقاط الاختلاف بين حسن النية وسوء النية في فرع أول، ونعرض لدراسة أوجه اتفاق سوء النية "وحسن النية في فرع ثان.

البند الأول: نقاط الاختلاف بين حسن النية وسوء النية.

إذا كنا قد تعرفنا على أن حسن النية يشير إلى معاني أخلاقية كثيرة، تتمثل في الصدق والتعاون مع الطرف المقابل في تنفيذ العقد بما يخدم مصالحهما وغايتهما المشتركة من عملية التعاقد، فسوء النية يقع على النقيض بحيث يمثل الكذب على الطرف الآخر وعدم السعي لتحقيق المصالح المشتركة للمتعاقدين.

وكذلك فإذا كان حسن النية مفترضاً في العلاقات القانونية، فإن سوء النية بحاجة إلى إثبات كلما كان هناك ادعاء بوجوده، وبذلك تختلف النتيجة في حالة توافر كل منهما، وبالتالي سندرس الاختلاف بينهما من حيث المعنى والافتراض في كل منهما، والنتيجة المترتبة على تحقق كل منهما ومن حيث تطلب الفعل أو الترك في كل منهما، على النحو الآتي:

أولاً: من حيث المعنى

يختلف سوء النية عن حسن النية من حيث المعنى الذي يفيد كل منهما، إذهما من حيث المعنى نقيضان يدل كل منهما على معنى يناقض المعنى الذي يدل عليه الآخر، واختلافهما في المعنى يرجع إلى اختلافهما في المبنى -اللفظ-، ولعل هذا الوجه في الاختلاف هو من ابرز أوجه الاختلاف بينهما، واختلاف كل من سوء النية وحسنها من حيث المعنى أمر لا خلاف فيه في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني⁷⁴.

ثانياً: من حيث الافتراض وعدمه

يختلف سوء النية وحسن النية من حيث الافتراض وعدمه، إذ أن حسن النية أمر مفترض، أما سوء النية فأمر غير مفترض، ويعد حسن النية أمر مفترضاً لأنه الأصل في كل إنسان بأصل خلقته

⁷⁴ عيد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص45.

وفطرته التي فطره الله عليها، ومن ثم كان لا يحتاج في إثبات وجوده إلى دليل، ويعد ادعائه أمرا مقبولا بغير دليل⁷⁵.

أما سوء النية أمرا غير مفترض بل ولا يمكن افتراضه، ويعد ادعائه أمرا غير مقبول بغير دليل ويحتاج في إثبات وجوده إلى دليل، ويقع على عاتق من يدعي وجوده وتوافره أو من له مصلحة في التمسك به عبء إثباته بكافة طرق الإثبات، لأنه خلاف الأصل الذي هو حسن النية⁷⁶.

ثالثا: من حيث الطلب في كل منهما

يختلف سوء النية وحسن النية من حيث الطلب في كل منهما⁷⁷، لأنه الطلب فيهما ليس واحدا، حيث يعتبر الطلب في حسن النية طلبا للفعل، أما الطلب في سوء النية فهو طلب الترك، وذلك لأن حسن النية لما كان يعني بالأمور الفاضلة الممدوحة والمحمودة التي تعد أنماطا مثالية يجب على الأفراد التزامها والتخلي بها في كل أحوالهم وسائر أمورهم وتصرفاتهم حتى لو تعارضت مع ميولهم ورغباتهم الشخصية كالصدق، والأمانة، والإخلاص، والنزاهة، والعدل.

أما سوء النية فلأنه على النقيض من ذلك؛ حيث يعني بالأمور القبيحة، المذمومة، التي تعد أنماطا سيئة للسلوك الرديء والتي يجب على الأفراد تركها والتخلي عنها في كل أمورهم، وسائر تصرفاتهم حتى لو توافقت مع ميولهم ورغباتهم الشخصية، كالخيانة، والكذب، والغش، والغدر، والظلم، والخداع.

رابعا: من حيث النتيجة المترتبة على كل منهما

يختلف سوء النية وحسن النية من حيث النتيجة التي تترتب على كل منهما، وذلك لأنها ليست واحد فيهما، إذ هي في حسن النية تختلف عن الأخرى التي تترتب على سوء النية.

فأما النتيجة التي تترتب على حسن النية فهي تحقق العدالة بين أطراف العملية التعاقدية، لما يحدثه من التوازن في الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العملية، لأن العقد ما شرع إلا لتحقيق مصالح أطرافه، فإذا ما ظلل حسن النية في جميع مراحلها ترتبت عليه آثاره الحقيقية التي يبتغيها هؤلاء الأطراف، ومن ثم انتشار الثقة والطمأنينة في نطاق التعامل، الأمر الذي يعود بالنفع الكثير والخير الوفير على هؤلاء الأطراف وسائر أفراد المجتمع.

⁷⁵ محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، الاسكندرية دار الفكر الجامعي، لسنة 2008، ص 147 و 148

⁷⁶ محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات المرجع السابق، ص 143.

⁷⁷ حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقيدة في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، ص 550. ، وفق نص المادة "1162" من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

أما النتيجة التي تترتب على سوء النية فهي على النقيض من ذلك تماما، إذ فيه تنتفي العدالة بين أطراف العملية التعاقدية، لأنه يؤدي إلى حدوث الخلل والاضطرابات في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ومن ثم عدم التوازن في المصالح على الوجه الذي يبتغيه هؤلاء الأطراف، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى انعدام الثقة والطمأنينة في نطاق التعامل، ومن ثم خراب الذمم وانتشار الفوضى وفساد المجتمع⁷⁸.

البند الثاني: أوجه اتفاق "سوء النية" و"حسن النية" في العقود.

بعد أن عرضنا لأوجه الاختلاف بين حسن وسوء النية، ندرسهما من حيث أوجه الاتفاق التي تجمعهما، فهما نقيض يعتمد على النية التي تترجم إلى سلوك، فهما يعتمدان على ذات الانسان وتفكيره، ولا يمكن تقدير أي منهما بعيداً عن عنصره النفسي. وبالتالي فهما يقاسان بذات المعيار، ولا يمكن اختلاف المعيار تبعاً لتناقض المفهوم، طالما أن الارتباط النفسي والتقدير الذاتي هو الذي يحيط كليهما. وبذلك سنبرز توافقهما من حيث التعمد والتقدير والطبيعة والمعيار، بمتن النقاط الآتية:

أولاً: من حيث العمد

يتفق سوء النية مع حسن النية في أن كل منهما يعتبر موقف عمدي، لأنه لما كانت النية قصد شيء وعزم القلب على فعله، والحسن والسوء أوصافا لها، كان كل منهما تابعا لها في هذا، على اعتبار أن الوصف يتبع موصوفة في كل شيء، ومن ثم كان قصد المتعاقد الأمانة، والصدق، والإخلاص، والاستقامة، والنزاهة⁷⁹، في عقوده وتصرفاته تعتبر مواقف عمديه يقصدها المتعاقد في تعاملاته بعد انعقاد عزمه عليها. لهذا كان وصف التصرف بالحسن أو السوء يعتبر أمرا تابعا للنية الدافعة عليه والباعثة إليه.

ثانياً: من حيث الطبيعة

يتفق سوء النية وحسن النية في كونهما من طبيعة واحدة، وهي الطبيعة الذاتية، التي تتبع من ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه، لأن الحسن والسوء لما كانا أوصافا للنية، وهي من طبيعة ذاتية داخلية، فإنهما في وصفهما يأخذان نفس هذه الطبيعة الخاصة بها، وهذه الطبيعة الذاتية خفية، حبيسة النفس، يغيب عن الناس حقيقة أمرها⁸⁰.

⁷⁸ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ط 1، دار دجلة للمنشورات، لسنة 2008م، ص 210

⁷⁹ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 847 و 548.

⁸⁰ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 43.

ثالثاً: من حيث التقدير

يتفق حسن النية وسوء النية في أن كلا منهما لا يجوز تقديره مستقلاً عن عنصره النفسي، لأن كونهما من طبيعة ذاتية، يترتب عليه شيء جوهري، هو أن كلا منهما لا يجوز تقديره مستقلاً عن عنصره النفسي، لأن تقديره مستقلاً عنه يؤدي إلى نتائج ظالمة، ولهذا يتم تقديرهما بعنصرين: أحدهما نفسي والآخر موضوعي.

وهذان العنصران متكاملان، حيث يعتبر العنصر الموضوعي دليلاً على العنصر النفسي، إلا أنه دليل يقبل إثبات العكس بالقرائن والإمارات المادية الظاهرة⁸¹.

رابعاً: من حيث المعيار

يتفق حسن النية وسوء النية في أن كلا منهما يقاس بمعياريين أو يضبط بضابطين، وذلك لأنه لما كان الحسن والسوء وصفين للنية، وهي أمر باطني، خفي، مستتر، كامن في النفس⁸²، لا يمكن لنا الاطلاع عليها، كانت الحاجة ماسة وداعية إلى معايير يمكن أن نسترشد بها في الكشف عنها للاهتمام إلى حقيقة التصرف المترتب عليها، أو إلى ضوابط تحكمها، إذ تعتبر الضوابط إطاراً وحوامك للأمور الذاتية، لذلك يمكن أن يقاس سوء النية أو حسنها في التصرفات بمعياريين أو يضبط بضابطين:

الأول: المعيار الذاتي، وينظر فيه إلى نية المتعاقد من خلال القرائن الملائمة للتصرف والمحيط به. والثاني موضوعي، ينظر فيه إلى شكل التصرف وصورته الظاهرة، ويلجأ إلى هذا المعيار الموضوعي عندما تنعدم القرائن الملائمة من العقد أو التصرف، لأنه لا يكون حينئذ من سبيل سوى الرجوع إلى شكل التصرف وصورته الظاهرة. ولعل دراسة المعيار الواحد الذي يقاس فيه حسن وسوء النية، بسهم

⁸¹ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، مرجع سابق، ص 214.

⁸² لقد ارتبط حسن وسوء النية في القانون من حيث المعيار والتأثير على التصرف القانوني من عدمه، فهناك بعض التصرفات التي لا يؤثر حسن أو سوء النية على تقديرها في القانون؛ لأن المشرع رسم لها مفهومها ونتيجتها الخاصة المرتبطة فيها وفقاً للسلوك الظاهر، وبصرف النظر عن مكونات النفس وكون النية حسنة أو سيئة. وفي ذات السياق والمعنى جاء في شرح المادة 200 من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص " كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الإلتزام ولو زال الإثراء فيما بعد"، أنه وترتب المادة التزاماً على المثري بتعويض المفترق عما افتقر به، ولكن بقدر ما أثري به، أي يلزم برد أقل القيمتين، قيمة الإثراء الذي لحق به وقيمة الافتقار الذي لحق بالمفترق، فإذا كان الإثراء 1000 دينار والافتقار 1200 دينار ألزم المثري برد 1000 دينار لأنه أقل القيمتين ولو لم يصدر من المثري خطأ يحاسب عليه، بحيث يلتزم نتيجة لذلك بتعويض كل الافتقار وإنما يحاسب على ما ناله من إثراء فعلاً لذلك لا دخل لحسن أو سوء النية في تقدير التعويض. أنظر: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 118 و 119.

في فهم هذا المبدأ، ولكن لزيادة فهمه لا بد من تمييزه عما يشته به من مفاهيم، وهذا ما ستعرض له في الفرع الثاني⁸³.

الفرع الثاني: تمييز مبدأ حسن النية عن ما يشته به

لتعزيز وتعميق فهم مبدأ حسن النية، لا بد من تمييزه عما يشته به من حيث المعنى والمفهوم، كقواعد الأخلاق ونظرية الباعث الدافع إلى التعقد، والتي تتشابه مع مبدأ حسن النية في بعض الأحيان، ولكن يختلف الأثر القانوني المترتب والملازم لكل منهما. وقد يختلط مفهوم مبدأ حسن النية ببعض المفاهيم القانونية، أو ينعكس على الأثر القانوني لها، كإحتيال على القانون والتعسف في استعمال الحق. وكل ذلك سنعرض لدراسته من خلال الفروع الأربعة الآتية.

البند الأول: تمييز حسن النية في ابرام العقود عن النظام العامة والآداب العامة.

ليس فقط حسن النية وما يقتضي هو الذي يراعي الاعتبارات الاخلاقية وحده، فقد سبقته في ذلك فكرة النظام العام والآداب العامة، التي هي ايضا تسعى الى مراعاة الجوانب الاخلاقية التي يعد انتهاكا اخلايا بالمصالح العليا السائدة في المجتمع، ولأجل معرفة العلاقة بينهما علينا أن نفرق بين اعتبارين لحسن النية، إذ أنه بوصفه التزاما يختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة في عدة أوجه⁸⁴، أما بوصفه قاعدة قانونية فإن الفقه يحدد نطاقه من خلال تمييز حسن النية في ابرام العقود، بوصفه التزاما، عن النظام العام والآداب العامة⁸⁵.

وتختلف فكرة النظام العام والآداب العامة عن التزام حسن النية في ابرام العقود من أوجه عدة كما يلي:

⁸³ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 544.

⁸⁴ لعل فكرة النظام العام والآداب العامة ستبقى مثار جدل في تقديرنا؛ كونها فكرة تتعلق بالقيم والمثل العليا المرتبطة بالمجتمع ووعيه الجماعي. ومن هنا جاء في مذكرة مشروع القانون المدني الفلسطيني، في معرض شرحها لنص المادة 131 التي قررت البطلان في حالة مخالفت محل العقد للنظام والآداب العامة، فبينت أنه، يجب أن يكون محل الالتزام مشروعا فلا يجوز أن يكون مخالفا للنظام العام أو للآداب، والقاضي هو المخول بالكشف عما يخالف النظام العام أو الآداب، وعلى القاضي أن يستبعد آراءه الخاصة بخصوص ما يتعلق بتحديد النظام العام أو الآداب، وأن يطبق مذهبها عاما تدين به الجماعة بهذا الخصوص لا مذهبها فرديا خاصة به، فالقاضي الذي يعتنق الفكر الاشتراكي ويعمل في دولة رأسمالية لا يستطيع أن يحدد فكره النظام العام أو الآداب على ضوء معتقداته الاشتراكية، بل يحدد ذلك على ضوء معتقدات المجتمع الرأسمالية. أنظر: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص 71.

⁸⁵ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ص 211.

أ. من حيث الجزاء: فجزاء مخالفة النظام العام والآداب العامة هو البطلان في كل الحالات، بينما جزاء الاخلال بمقتضيات حسن النية هو التعويض بالدرجة الأساس.

ب. من حيث المصلحة التي يرمي القانون الى حمايتها من خلالهما: فالقانون يرمي من خلال التزام حسن النية المحافظة على المصالح الخاصة للطرف المقابل مباشرة، اذ الاخلال به من قبل طرف يؤدي الى زعزعة مصالح الطرف الآخر، والنتيجة غير المباشرة للالتزام بمقتضيات حسن النية هو تحقيق المصلحة العامة، بينما الاخلال بالنظام العام والآداب العامة، يؤدي إلى المساس بالمصالح العليا للمجتمع، أي المصلحة العامة، بشكل مباشر، وان كان هناك إخلال بالمصلحة الخاصة لأحد الأفراد فإنه يكون غير مباشر، إذ أن كل منهما يهدف إلى غرض معين يختلف عن الآخر، ولا يمكن الاستغناء عن احدي الفكرتين بحجة وجود الأخرى فكل وجهة ميولها. فكل واحدة منهما تعد آلية مستقلة من آليات تنظيم العلاقة التعاقدية. ولكن هذا الاختلاف لا يمنعنا من القول بأن حسن النية كقاعدة قانونية تعد من النظام العام⁸⁶.

فعللاقة النظام العام والآداب العامة مع حسن النية في إبرام العقود، بوصفه قاعدة قانونية، أن حسن النية كقاعدة قانونية يعد من النظام العام، إذ أنه من غير المقبول استبعاده عن النظام القانوني الذي يحكم العقود، لأن وجوده ضمن النظام القانوني يؤدي إلى حماية المصالح العليا للمجتمع، وهذا يعني أن الالتزام بحسن النية مفروض بالقانون لصالح الأطراف المتعاقدة، ولكن غاية المشرع من إقراره كقاعدة قانونية، كانت متمثلة بحماية النظام العام والآداب العامة⁸⁷.

البند الثاني: تمييز حسن النية في إبرام العقود عن نظرية الباعث الدافع إلى التعاقد

الباعث الدافع إلى التعاقد نظرية قانونية يأخذ بها الفقه والقضاء، ليس في مجال القانون المدني فحسب، بل في الكثير من المجالات منها القانون الإداري والقانون الجنائي، وكما نعلم فإن الباعث الدافع إلى التعاقد أمر شخصي، وهو من أسرار الإنسان لذا يختلف من شخص إلى آخر، باختلاف الغايات والبواعث لدى الناس، وكذا الحال بالنسبة للنية فإنها أمر شخصي، ولا يمكن الاطلاع عليها، الا بالإفصاح عنها، أو كشفها من خلال القرائن الدالة عليها⁸⁸.

⁸⁶ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط 1، دار دجلة للمنشورات، لسنة 2008م، ص 212

⁸⁷ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص 212.

⁸⁸ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 65.

ولكن الباعث يختلف عن النية، في أنه يحرك النية، ويدفعها صوب الغاية المحددة، والهدف المراد تحقيقه، أي أن النية هي التي توجه الإرادة إلى الغرض المباشر من التعاقد، بينما الباعث هو الغرض البعيد الذي يتمنى المتعاقد من العقد تحقيقه، فالنية هي المحرك للآلية التي يتحقق بواسطتها الباعث.⁸⁹

ورغم هذا الاختلاف بين النية والباعث⁹⁰ يرى البعض أنه من الممكن استعمالها بمعنى واحد فيعبر عن الباعث بلفظ النية، وذلك، لأنهما من طبيعة واحدة، ولأن توجد النية متجردة عن الباعث. ولكننا نرى خلاف ذلك لأن هذه الفكرة تؤدي إلى الخلط بين النية والباعث وهذا يخالف الواقع، لأن النية والباعث أمران مختلفان في المدى وأن كانا متحدين في الطبيعة.

وهناك فرق آخر بين الباعث والنية في أن الباعث غير المشروع يكون إخلالاً بالمصلحة العامة للمجتمع مباشرة بينما الإخلال بالالتزام بحسن النية في إبرام العقود يكون إخلالاً بالمصلحة الخاصة. فحينما يكون الشخص مخلصاً بالالتزام بحسن النية يكون قد أدخل بقواعد وأخلاقيات العلاقة القائمة بينه وبين الطرف المقابل، أما من يعقد لباعث غير مشروع قد لا يكون مخلصاً بقواعد وأخلاقيات العلاقة القائمة بينه وبين المتعاقد الآخر بل مخلصاً بالنظام العام والآداب العامة للمجتمع، وربما لا يأبه الطرف المقابل لما يضره هذا الشخص من بواعث على تعاقد، لأن الأمر لا يمس مصالحه الشخصية المباشرة.

ومن جهة أخرى فإن جزاء الإخلال بمشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد هو البطلان في جميع الحالات وفي جميع العقود، بينما جزاء الإخلال بحسن النية أثناء التعاقد متفاوتة فقد يكون تعويضاً، وقد يكون على عكس من الباعث غير المشروع إمضاء للعقد وليس إبطالا .

البند الثالث: تمييز حسن النية في إبرام العقود عن الاحتيال على القانون.

قد يحدث أن يتحاشا العقد تطبيق قانون يتعلق بالنظام العام، دون أن يخالفه صراحة، فالعاقد في هذه الحالة، يحترم مبنى النظام العام، لا معناه، تلك هي صورة الاحتيال على القانون وهي تخالفه، كما هو

89 محمد معروف عبدالله، الباعث في قانون العقوبات، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، 1975، ص18.
90 رغم اعتداد الفقه الإسلامي بالنوايا والقصد من التعاقد، إلا أنهم اختلفوا في كيفية اثبات واستخلاص النية ففي حين لا يعتد الحنفية والشافعية لا يعتدوب بالباعث والسبب إلا إذا تضمنه التعبير عن الإرادة الصريح أو الضمني، فلا يتم عندهم البحث عن السبب خارج العقد ولا يعتد فيه، لكن المالكية والحنابلة يعتدون بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة، فيمكن استخلاص النية من قرائن الاحوال إذا كان المحل ممكن الانتفاع به انتفاعاً غير مشروع، كبيع العنب لمن يعرف بعصره خمراً فالعقد غير مشروع، رغم أن بيع العنب في ذاته مباح، ورغم أنه لم يذكر في العقد انه سيعصره خمراً. للتفصيل في ذلك، أنظر: عثمان التكروري وأحمد طالب السويطي، مرجع سابق، ص233 و234.

ظاهر، حالة قيام العقد على الباعث غير المشروع، اذ ما يثار في الباعث غير المشروع هو الباعث الذي حدا بالمتعاقدين الى التعاقد، أما الاحتيال على القانون، فما يثار فيه هو الباعث الذي حدى بالمتعاقدين الى اختيار هذا المسلك دون غيره، وهذا التوقيت دون غيره، ففي الاحتيال على القانون يفترض أن المتعاقدين، وقد وجدا أمام عدة سبل، يختاران منها ما يتيح لهما تحاشي تطبيق قاعدة قانونية مرهقة لهما، وهذا الاختيار في الاصل، حر في القانون ولا يفضي الى بطلان العقد الا استثناء، كما هو الحال في بيع الوفاء وبيع الآجال⁹¹.

وهكذا فلا تثريب على الملاك، اذا ما اقدموا على ابرام عقد بترتيب حق انتفاع⁹² على عقارهم بدلا من الايجار رغبة منهم في تحاشي تطبيق القيود الواردة في قانون ايجار العقار التي قواعدها تعتبر من النظام العام⁹³. اذ أنه ومن حيث المبدأ يعد التصرف اذا كان مشروعاً في ذاته مباحاً ولو استخدم لتحاشي تطبيق قاعدة اساسية، وهذا مظهر من مظاهر الحرية التعاقدية، أما في الحالات الاستثنائية فالأمر يختلف حيث أن المشروع يعده باطلاً.

ووجه العلاقة بين حسن النية، والاحتيال على القانون، يبدو في انهما مسألتين متعلقتان بالنوايا وما تكنه النفس من مقاصد تجاه أمر معين اذ في هذه النقطة يتوافقان، حيث على القاضي في كلتا الحالتين بيان خفايا المتعاقدين، كي يتمكن من تكييف الحالة المعروضة أمامه⁹⁴.

ويبدو أنهما يختلفان من حيث من يتوجه اليه النية بآثاره، فالنية غير الحسنة تتوجه بآثاره الى المساس بمصالح الطرف المقابل، الذي يتعاقد معه الشخص، بينما الذي ينوي الاحتيال على القانون، نواياه تتوجه بآثاره الى الحيلولة دون تطبيق نص قانوني كان من المفروض أن يطبق، لولا وجود هذا الاحتيال لديه. فالشخص الذي يشتري سلعة بعشرة ملايين دينار مؤجلة وقام ببيعها بثمانية ملايين دينار معجلة لنفس الشخص، فكأنما استقرض منه ثمانية ملايين دينار الآن على أن يقوم بوفائها عشرة ملايين دينار عند حلول الآجل، أي بعد ستة أشهر، فكان مثل هذا التصرف تحايلاً على احكام

⁹¹ محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص 40 و 41.

⁹² فقد عرف الفقه حق الانتفاع بأنه: حق عيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير مع بقاء ذات الشيء لردده إلى صاحبه، عند نهاية حق الانتفاع، والذي ينتهي بوقاة المنتفع. أنظر: علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2017م، ص 196. ولكن عقد الإيجار وفق مفهوم قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953 الساري في الأراضي الفلسطينية لا ينتهي بموت المستأجر، وإنما ينتقل إلى ورثته بضوابط قانون معينة، ولتلافي هذا الأثر يمكن للمتعاقد اللجوء إلى ترتيب حق انتفاع على العقار، وهذا يعد جائزاً ولا يمكن القول بعدم مشروعيته؛ لأن الأصل أن الإرادة حرة في تنظيم ما تريد من التصرفات القانونية، وتنظيم ما تريد من الآثار على هذه التصرفات طالما لا تختلف في ذلك مع النظام العام والاداب العامة والقواعد القانونية الآمرة.

⁹³ محمد وحيد الدين سوار. المرجع السابق، ص 41.

⁹⁴ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، مرجع سابق، ص 212.

القانون في موضوع القرض، والذي يمنع القرض بربا فاحش، وهذا التحايل يؤدي بالنتيجة الى الوصول الى القرض بربا فاحش فكانت هذه العملية قرضا ربويا فاحشا في صورة البيع⁹⁵. ومتى تبين للقاضي أن نية المتعاقدين اتجهت الى الاقراض بالربا الفاحش، وجب أن يقرر بطلان هذا البيع، اعتبار التصرف قرضا بربا فاحش، ومن ثم انقاص الفوائد الفاحشة الى الحد المسموح به قانونا⁹⁶.

البند الرابع: تمييز حسن النية في ابرام العقود عن نظرية التعسف في استعمال الحق

التعسف يقوم عند الانحراف عن سلوك سلتزم مبدأ " حسن النية" والامانة وبيتعد عنهما فيصبح سلوكا غير متفق وارادة المتعاقدين، او أي منهما على الأقل، فجوهر هذه النظرية ومؤداها بصورة عامة هو أن الحق مقيد استعماله على نحو يحول دون الاضرار بالغير أو بالصالح العام، وذلك على الرغم من أن العمل الذي يأتيه صاحبه، فلا تلغى فكرة الحق بتحويله إلى وظيفة اجتماعية خالصة، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله بما يعود عليه من نفع، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى تحقيق اغراض، أو اهداف غير مشروعة، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال⁹⁷.

فالقوانين ترسي قاعدة عامة تؤسس الى عدم التعسف في استعمال الحق، ومقتضى هذا، أن كل التزام تعاقدى يجب ان يتطابق مع حسن النية، وهذا ما جعل القضاء يمحس في اصل واسباب وجود العقد ذاته وما يقتضيه العقد من حكم وشروط واثار⁹⁸.

ذلك أن الحقوق بما تخول من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض، وبما تؤدي إليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض، لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها، وانما بوصفها وسيلة لأدراك غاية معينة. وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات، اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة. وهو ما يقضي اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج عن غاياتها⁹⁹.

⁹⁵ حسن صلاح الصغير، التهمة في مجال المعاملات وآثاره على التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص86.

⁹⁶ عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، بيروت، دار احياء التراث العربي، ص4.

⁹⁷ حسن كيرة، المدخل الى القانون، ط5، الاسكندرية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1974، ص752.

⁹⁸ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، مرجع سابق، ص 215.

⁹⁹ حسن كيرة، مرجع سابق، ص765.

ولا بد من التنويه بأن التعسف في استعمال الحق يختلف عن التجاوز على الحق، أو الخروج عن الحدود الموضوعية له، فهذا الأخير لا يعني عدم وجود حق للمتجاوز أو الخروج عن الحدود الموضوعية للحق أصلاً، فمن يبني جداراً وراء حدود أرضه، أو على أرض الغير، أو يفتح نافذة على أقل من المسافة القانونية، يعد متجاوزاً للحق وليس متعسفاً فيه، لأنه لا يملك هذا الحق أصلاً، أما الشخص الذي يبني في أرضه حائطاً، أو بناية شاهقة تسد النور والهواء عن جاره، أو يهدم حائطاً كان يستند به الجار دون أن تكون له منفعة من وراء ذلك، يعد في هذه الحالة متعسفاً وليس متجاوزاً، لأنه يملك بالأصل هذا الحق، وهو ملتزم بالحدود الموضوعية لحقه، لكنه منحرف في استعماله لحقه الغرض الاجتماعي¹⁰⁰. وحاصل القول أن العمل التعسفي جائز في ذاته، ولكنه معيب في نتيجته، أو غرضه، بينما التجاوز على الحق أو الخروج عن الحدود الموضوعية له يعد عملاً غير مشروع في ذاته.

إذن حسن النية هو معيار لتوافر حالة استعمال الحق الاستعمال المشروع، مما ينبغي الإخلال بحسن النية في استعمال الحق يؤدي إلى قيام حالة التعسف في استعماله، أي أن عدم التعسف في استعمال الحق يقع ضمن مقتضيات حسن النية، ولكن الذي يلاحظ أن حسن النية في إبرام العقود قيد يرد على حرية التعاقد، بينما نظرية عدم التعسف في استعمال الحق قيد يرد على الحق¹⁰¹.

وخلاصة القول أن عدم التعسف في استعمال الحق من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود، ولو أن الأخير قيد وارد على الحرية، وذلك بطل أن القانون في سبيل تطوره يمر بعدة مراحل، فنظرية التعسف في استعمال الحق كان مخرجاً قضائياً لمعالجة بعض الحالات التي تؤدي إلى الأضرار بالأطراف المتفاوضة نتيجة القطع غير المبرر للمفاوضات، في الوقت الذي لم يكن من المقبول الاستناد إلى حسن النية في القرارات القضائية لعدم شيوع استعماله لدى الفقه والقضاء. وعليه فإن وجود حسن النية في إبرام العقود كمبدأ مستقل ومُعترف به من قبل الكثير من القوانين المدنية المعاصرة الآن يغنينا عن اللجوء إلى تلك النظرية لحسم القضايا العالقة ذات الشأن. وخصوصاً أن أعمالها في مجال رفض التعاقد محل الاختلاف بين الفقهاء ويثور بشأنه الجدل. ولكنه مفيد بالنسبة للبلدان التي لا تقر صراحة بالالتزام بحسن النية في إبرام العقود، وتستعين بتلك النظرية، في جبر الضرر الناشئ في مرحلة

¹⁰⁰ عوض احمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ط2، عمان-دار وائل للنشر، 2003، ص572.

¹⁰¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص765.

التفاوض، والمرحلة السابقة على إبرام العقود، إذ أنها تطبق على الأقل جزءاً مما يقتضيه حسن النية في هذه المراحل.

المبحث الثاني

مقتضيات الجزاء المقترن بمبدأ " حسن النية" في نطاق العقود

يسمح حسن النية في تنفيذ العقود بمكافأة المدين عن حسن نيته، وبالمقابل يقتضي سوء النية التشدد مع المدين سيء النية في مسؤوليته¹⁰². وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين: الأول نتناول فيه جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود (أي مكافأة المتعاقد حسن النية)، والثاني نتطرق فيه إلى جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العقود (أي معاقبة المتعاقد سيء النية).

المطلب الأول

جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود

إن جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود يتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: تطبيق نظرية الظروف الطارئة

اختلف الرأي في أساس نظرية الظروف الطارئة، فقيل إنه المبدأ الذي يقضي بأن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، وقيل إنه المبدأ الذي يقضي بأن المدين في الالتزام التعاقدية لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع، وقيل إنه مبدأ الإثراء بلا سبب، وقيل إنه نظرية السبب، وقيل إنه نظرية التعسف في استعمال الحق¹⁰³.

تنص المادة (151) من مشروع القانون المدني على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، أصبح مرهقا للمدين، يهدده بخسارة

102 ياسين محمد الجبوري، المسوط في شرح القانون المدني، ج1، الاردن، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ص 388.

103 عيد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص27.

فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك¹⁰⁴.

ويقرر هذا النص استثناء من تطبيق القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه، وتمنع القاضي من تعديل العقود لأن عمله يقتصر على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية عاقديه¹⁰⁵.

ففي العقود التي يستمر تنفيذها زمنياً، أو يضاف تنفيذها إلى زمن مستقبل، قد تطرأ على المدين حوادث غير متوقعة تجعل تنفيذ التزامه الناشئ عن العقد مرهقاً، منح المشرع القاضي صلاحية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك، ويعرف ذلك بنظرية الظروف أو الحوادث الطارئة¹⁰⁶.

وما يهنا هنا هو مبدأ حسن النية كأساس لهذه النظرية، إذ أنه للدفاع عن تطبيق هذه النظرية ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى ان تطبيق النظرية هو أعمال مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، لأن هذا المبدأ يقتضي عدم تنفيذ الالتزام إلا في حدود ما هو متوقع ومألوف في معاملات الأشخاص، أما إذا تغيرت الظروف على نحو غير عادي بما يقلب التوازن المالي بينهم، فإن الواجب يقتضي إجراء التعديل اللازم¹⁰⁷. حيث اعتبر حسن النية هو أساس مراجعة العقد للظروف الطارئة. كما أن عدد من الدول كرست نظرية الظروف الطارئة وأسسها على مفهوم حسن النية¹⁰⁸.

لكن هناك من يرى أن الأساس ليس حسن النية لأن حسن النية لا يمكن أن ينتقي عن الدائن الذي يطالب بحق خوله له العقد، لمجرد أن حصوله على هذا الحق يهدد المدين به بخسارة فادحة. كما يرى أن التعسف في استعمال الحق هو أيضاً لا يمكن أن ينسب لمثل هذا الدائن¹⁰⁹.

¹⁰⁴ تنص المادة 205 من القانون المدني الأردني على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹⁰⁵ ياسين محمد الجبوري، المسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 389.

¹⁰⁶ لم ترد في الفقه الإسلامي نظرية عامة للحوادث الطارئة كما هي معروفة اليوم، غير أن هذا الحكم يجد لأساسه سنداً في مبدأ الإعذار في الفقه إذ يفسخ عقد الإيجار للعدر، والجائحة في الفقه المالكي والحنبلي، والجائحة هي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد، أو من آفة كالعفن، والعطش يعتبر جائحة بلا خلاف، وهي تنقص الثمن بقدر معين. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 233. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها. الكاساني، ج 4، ص 197-199. الفتاوى الهندية، ج 4، ص 459، ابن عابدين، ج 5، ص 76.

¹⁰⁷ حمدي باروود، مرجع سابق، ص 481، 482.

¹⁰⁸ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 102 وما يليها

¹⁰⁹ عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، الاسكندرية، دار المعارف، لسنة 2002، ص 28.

الفرع الثاني: إدخال المرونة على الشرط الجزائي والعمل بنظرة الميسرة.

البند الأول: إدخال المرونة على الشرط الجزائي

الشرط الجزائي يراد به الاتفاق مقدماً بين الدائن والمدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في تنفيذه.

وفي هذا الصدد، يقول عبد المنعم موسى إبراهيم بأنه : (إذا كان حسن النية بإمكانه أن يفعل فعله في حالة الظروف الطارئة ويتدخل لإعادة التوازن المفقود بالنسبة للعقد، فمن باب أولى أن يتدخل لتعديل البند الجزائي بالاستناد لحسن النية حسب المادة 221 موجبات وعقود. فالبند جزء من العقد، فمن يستطيع الأكثر يستطيع الأقل).

البند الثاني: إعطاء حسن النية نظرة الميسرة

من بين الحالات التي يعتد بها المشرع بحسن النية في تنفيذ العقود: نظرة الميسرة¹¹⁰.

ونظرة الميسرة مقررة في معظم القوانين، والشريعة الإسلامية قد سبقت هذه القوانين¹¹¹، فشرعت نظرة الميسرة بقول الله عزوجل: " وإن ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وإن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون"¹¹² ، وقول الرسول (ص) (من يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة). مع العلم ان معظم التشريعات اخذت بهذا المبدأ ومنها المشرع الفلسطيني من خلال ما تم بيانه في قانون التنفيذ الفلسطيني في المواد 155 وما بعدها، والتي تتمحور في مضمونها أنه يجوز للمحكمة ووفق أحكام القانون وبالنظر لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن تمنح آجالاً ملائمة للظروف ليتمكن من خلالها المدين القيام بتنفيذ التزاماته.

وإعطاء المدين مهلة (نظرة الميسرة) للوفاء بدينه أمر جوازي للقضاء، فيتمتع بسلطة تقديرية في منح المدين هذه المهلة إذا قدر أن ظروفه تبررها، كما أن له رفضها إذا رأى ذلك¹¹³.

وبالتالي إذا رأى القاضي أن المدين حسن النية وان عدم تنفيذه لالتزامه يعود لظروف خارجة عن إرادته، أو أن ما لم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملة، أو أن الدائن لم يصبه ضرر كبير

110 محمد حسين منصور، سمير عبد السيد تناغو، القانون والالتزام، نظرية القانون ونظرية الحق، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص154.

111 عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع السابق، ص 119.

112 الآية 280 من سورة البقرة من القرآن الكريم.

113 عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

نتيجة هذا التأخر، فإن القاضي يرفض الحكم بفسخ العقد ويمنح المدين نظرة الميسرة. وإذا منح القاضي المدين نظرة الميسرة فعلى المدين القيام بتنفيذه التزامه في غضونهما، وليس له أن يتعدها. ولكن إذا لم يستطع ذلك وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال قائمة فليس هنا ما يمنع المحكمة من منحه نظرة مرة ثانية¹¹⁴.

ويجوز كذلك للقاضي إذا كان بصدد ظروف طارئة، أن يقوم بوقف تنفيذ التزام المدين حسن النية إذا كانت الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلاً حتى تزول، وذلك إذا لم يكن في وقت التنفيذ ضرر جسيم للدائن، ويكون ذلك نوعاً من نظرة الميسرة.

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العقود

لا جزاء على سوء نية الشخص إلا إذا ثبت سوء نيته في تعاقد¹¹⁵، وجزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في تكوين العقود، هو كل من: بطلان العقد، والمسؤولية السابقة للتعاقد (التعويض) عندما يكون سوء نية أحد الأطراف قد نتج عنه ضرر للطرف الآخر.

أما بالنسبة لجزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقود، أي جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية التنفيذي، فإن سوء النية في يمكن أن يببرر المسؤولية العقدية للمدين أو فسخ العقد، كما هناك جزاءات أخرى تتمثل فيما سيتم بيانه.

الفرع الأول: رد الثمار من طرف الحائز سيء النية

إذا توافرت شروط البطلان، فإن القاضي يعلن بطلان العقد، وبالتالي البطلان ينتج عنه اختفاء بأثر رجعي للعقد، لكن أحياناً بين إبرام العقد وبطلانه، يكون الشيء محل العقد قد أنتج ثماراً. لذلك فإن السؤال المثار هنا هو معرفة هل ترد الثمار التي عند الشخص الحائز للشيء؟

والإجابة عن ذلك هي أن الحائز إذا كان حسن النية، بأنه لا يعلم بعيوب العقد، يمكن له أن يحتفظ بالثمار، أما إذا كان الحائز سيء النية، أي كان يعلم بالعيوب التي كانت في العقد، فإن عليه رد الثمار لسوء نيته¹¹⁶.

114 عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص 178.

115 محمد شكري الجميل العدوي، مرجع سابق، ص 333.

116 عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص 179.

ويمكن لنا طرح مثالا على ذلك ما ورد في نص المادة 10 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1952 والذي نصت على أنه " إذا أنشأ شخص على أرض أميرية أو موقوفة يتصرف فيها بسند تسجيل أبنية أو غرس فيها أشجاراً ثم ظهر مستحق للأرض التي أنشأ عليها البناء أو غرس فيها الشجر وأثبت دعواه ينظر: 1- إذا كانت قيمة الأبنية أو الأشجار قائمة تزيد على قيمة الأرض يؤمر ذلك الشخص بأن يدفع إلى المستحق قيمة الأرض ويحكم له بحق التصرف فيها مع الأبنية والأشجار. 2- وإذا كانت قيمة الأرض تزيد على قيمة الأبنية والأشجار قائمة فيؤمر المستحق بأن يدفع إلى صاحب الأبنية والأشجار قيمتها ويحكم له بتملكها".

الفرع الثاني: إبطال العقد لسوء النية في تعيين الثمن

إن المتعاقد سيء النية لا يمكنه أن يطالب بحقوقه الناشئة عن العقد، فلا يمكنه المطالبة (الدفع) بالتنفيذ، أو التعويضات، وكذلك الفسخ.

وفي بعض العقود (كالإيجار، والفرض..)، تتضمن شروط فاسخة، أي شروط تؤدي تلقائياً إلى فسخ العقد إذا لم يحم المدين بالوفاء بالتزامه.

وحسب محكمة النقض الفرنسية، إذا عرضت الشروط الفاسخة أمام القاضي، فإن تطبيقها يبقى خاضعاً لمقتضيات حسن النية طبقاً للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي على أساس هذه المادة، القضاء الفرنسي لا يسمح للدائن من إثارة الشروط إذا قام بذلك بسوء نية.

أي أن الشرط الفاسخ يقتضي تطبيقه بحسن نية، فلا يحق لأي متعاقد أن يطلب تطبيقه ما لم يكن حسن النية، ولا يطبق الشرط الفاسخ إذا تبين أن المتعاقد الممتنع عن التنفيذ كان حسن النية ويستند في امتناعه إلى حق أولاه أياه القانون (كالقوة القاهرة) وبحول دون تطبيق الفسخ، ومثال ذلك أنه رغم توافر شروط بند الفسخ الحكمي لعدم تسديد بدلات مستحقة، إلا أنه لا يمكن الحكم بالفسخ إذا كان عدم تسديد البدلات المستحقة هو بحسن نية كأن يكون ذلك راجعاً لقوة القاهرة (حرب).

كما يمكن للقضاة أن يقوموا برفض فسخ العقد من طرف المتعاقد عندما يكون هذا الأخير سيء النية، أي آثاره بنية خبيثة، وهذه حالة ما إذا كان الدائن قد لجأ للشرط الفاسخ في الفترة التي يعلم فيها بأن المدين لا يستطيع الرد عليه بطريقة مناسبة، ومثال ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قررت بأن إنذارات تنفيذ التزام متوقع لتطبيق الشرط الفاسخ، أصبحت بدون أثر عندما افتقر المؤجر لحسن النية لما نفذها خلال عطل المدين.

وبالتالي لا يمكن للمدين أن يتفادى الشرط الفاسخ إلا من خلال ادعاء سوء نية الدائن. والكثير من القرارات القضائية الفرنسية رفضت فعلاً تطبيق الشرط الفاسخ في هذه الحالة:

الفرع الثالث: جزاءات مدنية خاصة

البند الاول: جزاءات مبنية على مفهوم الغش والخطأ الجسيم

إن المشرع اتخذ من غش المتعاقد المدين أو خطئه الجسيم دلالة أو قرينة واضحة على سوء نيته في الإضرار بالمتعاقد الآخر الدائن بالالتزام، لذلك فإن المتعاقد في هاتين الحالتين أي الخس والخطأ الجسيم ليس جديراً بأي رعاية أو حماية يقرها القانون للمتعاقد حسن النية جزاءً له على سوء نيته¹¹⁷، ولهذا السبب رتب القانون أحكاماً خاصة على سوء النية المتمثل في ارتكاب الغش والخطأ الجسيم¹¹⁸، وهي كما يلي:

التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة¹¹⁹. إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. حيث تقوم المسؤولية العقدية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر، والضرر قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً أو معنوياً. وبالرجوع لنص المادتين 19 (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) و 20 (الضَّرْرُ يُزَالُ) من المجلة نجد أنهما تقرران قاعدتين عامتين ولذلك فإنهما يشملان الضرر المادي والأدبي أو المعنوي، ولا يجوز قصرهما على الضرر المادي لأن ذلك تخصيص بغير مخصص. وبالرجوع لنص المادة الثانية من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 على أنه " وتعني لفظة " الضرر " الموت أو الخسارة أو التلف الذي يلحق المال، أو سلب الراحة، أو الإضرار بالرفاه الجسماني، أو السمعة أو ما يشبه ذلك من الضرر أو الخسارة".

117 محمد شكري الجميل العدوي، مرجع سابق، ص 472.

118 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 34، عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 551، محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 472.

119 محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 472، عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 551، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 34، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 127، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص 168، 169.

وقد قصر مشروع القانون المدني الفلسطيني - أخذاً بالفقه الإسلامي - التعويض على الضرر الواقع فعلاً، أي على الخسارة التي لحقت الدائن فعلاً، أما ما فاتته من ربح فلا تعويض عنه لأنه أمر محتمل غير محقق.

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع، أي قد يقع وقد لا يقع في المستقبل، فلا محل لطلب التعويض عنه في الحال، بل يجب الانتظار حتى يتحقق فعلاً. حيث لا يتم التعويض على أساس المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع ولا تعويض عن الضرر غير المتوقع عند إبرام العقد.

امتناع إمهال المدين في حالة ارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم، لأن نظرة الميسرة تمنح للمدين حسن النية¹²⁰.

بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم¹²¹؛ حيث يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له¹²²، وعدم جواز التأمين عن الخطأ الجسيم، فالمؤمن لا يضمن أخطاء المؤمن له المتعمدة أو الجسيمة، فالتأمين يعتبر لاغياً في جميع حالات الغش الذي يرتكبه المؤمن له. إضافة لذلك تقضي أحكام قانون التأمين بسقوط الحق في التأمين بسبب خرق المؤمن له للقوانين أو الأنظمة، إذا كان ذلك الخرق جنائياً أو جنحة عمدية.

مسؤولية المدين عن غشه أو خطئه الجسيم حتى لو كان التزامه التزاماً ببذل عناية، يقاس بمعيار الرجل المعتاد، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم¹²³.

120 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 38، عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 555.

121 عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص 552، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 35، محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 413، 414، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 178، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص 171، 172.

122 عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 556، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 39.

¹²³ عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 555

البند الثاني: جزاءات مقررة لمخالفة أحكام الضمان¹²⁴.

في العقود التي تلقي على عاتق أحد أطرافها الالتزام بالضمان سواء ضمان التعرض أو الاستحقاق أم ضمان العيوب الخفية- خاصة في عقود البيع والإيجار والعارية والوديعة- وقع المشرع جزاءاً عند مخالفة أحكام هذا الضمان. وبالنسبة للآثار التي يضيفها حسن أو سوء النية في الجزاءات المقررة بالالتزام بالضمان، فسندرسها هنا في إطار عقد البيع- وينطبق ذلك على بقية العقود- كما يلي:

تجدر بناء الإشارة هنا أولاً إلى أن القوانين تفرق بين علم المشتري بأسباب الضمان بصفة عامة، وبين علم البائع، فحسن أو سوء النية كشرط للرجوع بالضمان على البائع، لا يثور إلا بالنسبة للمشتري، بحسب ما إذا تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب¹²⁵.

فبالنسبة لاستلزام شرط حسن نية المشتري في ضمان العيوب الخفية، فإنه لا صعوبة في هذا الصدد حول أثر علم المشتري بالعيوب، ذلك أنه إذا كان العيب ظاهراً، لا يتحقق معه الضمان، كما أنه إذا كان خفياً وعلم به المشتري، فلا يكون له الرجوع بالضمان كذلك، أي أنه يلزم لرجوع المشتري في حالة ضمان العيوب الخفية أن يكون العيب خفياً، وغير معلوم له، وعلى ذلك فإن شرط حسن النية يعتبر شرطاً لازماً للرجوع بالضمان في حالة ظهور عيب في المبيع، فالمشتري إذا سكت رغم علمه بالعيوب الخفي كان سيء النية، وبالتالي لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان. ذلك أن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر، ولا يعتبر من العيوب الخفية، وكذلك يكون الحكم إذا ما علم المشتري بالعيوب عن طريق البائع نفسه، لأن المشتري إذا كان يعلم بوجود العيب، ولكنه أقدم على الشراء رغم علمه به، فإنه يكون قد اشترى وهو على بينة من الأمر، ويفترض في هذه الحالة أن العيب لا أثر له على استعمال الشيء، وأنه قد تنازل عن الرجوع على البائع بالضمان¹²⁶، أما إذا كان المشتري حسن النية فإن البائع (حسن أم سيء النية) يلتزم بالضمان، ولكن يكون البائع مسؤولاً عن العيب ولو كان ظاهراً، عندما يثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشاً منه.

أما بالنسبة لأثر نية المشتري في رجوعه بضمان الاستحقاق، أي أثر علم المشتري وقت العقد بسبب الاستحقاق، وطبقاً للقواعد العامة في التنفيذ بمقابل بطريق التعويض، نجد أن مدى التعويض لا

¹²⁴هي أيضاً من بين جزاءات الإخلال بحسن النية في تنفيذ العقود. انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص542.

¹²⁵توفيق حسن فرج " أثر حسن النية على رجوع المشتري الضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، 1971، ص184.

¹²⁶توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص190.

يختلف باختلاف نية الدائن¹²⁷، أي أنه في حالة ضمان الاستحقاق فإن حسن نية المشتري بجهله لسبب الاستحقاق عند البيع أو سوء نيته بعلمه به لا يؤدي إلى سقوط الضمان إلا إذا اقترن هذا الأخير بشرط عدم الضمان في العقد.

أما بالنسبة للبائع فإن الضمان يقع عليه مهما بلغ حسن نيته أو حرصه، لكن الضمان قائم بالطبع بأكثر صرامة في نتائجه إذا كنا بصدد سوء نية¹²⁸. أي أن البائع يلتزم بالضمان في جميع الحالات، بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته، سواء تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق، أم بضمان العيوب. ولا يثور الأمر إلا بالنسبة لنطاق الضمان، أي مدى ما يلتزم به البائع نحو المشتري، إذا ما ثبت الضمان لهذا الأخير¹²⁹.

أما التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع عند الرجوع عليه بالضمان، فإن التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع في حالة الاستحقاق الكلي يتكون من العناصر التالية: بالنسبة لقيمة المبيع: المشتري (حسن أو سوء النية) يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق من البائع (سواء حسن أو سوء النية)، وبالتالي لا أثر لعلم المشتري بخطر استحقاق المبيع على التزام البائع برد قيمة المبيع وقت نزع اليد حتى ولو كان البائع حسن النية، لأنه يكفي لنشوئه أن يحرم المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، وليس في مقدوره دفعه، فسوء نية البائع لا تؤثر على التزامه بالتعويض عند الاستحقاق¹³⁰.

أما بالنسبة لقيمة الثمار التي يردها المشتري إلى المالك الذي استحق المبيع (المستحق)، فهي الثمار التي يحوزها وهي سوء النية، أما الثمار التي حازها المشتري وهو حسن النية، فإنه يكتسبها ولا يلزم بردها إلى المستحق، وبالتالي لاحق له بالرجوع على البائع بها.

أما بالنسبة للتعويض الذي يلتزم به في ضمان الاستحقاق الجزئي للمبيع، نميز بين حالتين: فإذا كانت الخسارة الناتجة عن الاستحقاق الجزئي هي خسارة جسيمة، أي إذ استحق بعض المبيع، وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، فهنا للمشتري خيارين، فالخيار الأول هو أن يرد المبيع وما أفاده منه من ثمار للبائع، ويطالبه بالتعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق كلياً، والخيار الثاني هو أن هذا المشتري يستبقي المبيع، ويطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا

127 محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 145.

128 حسين بن شيخ أت ملويا، مرجع سابق، ص 378.

129 توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 184.

130 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 555

الاستحقاق. أما إذا لم تكن الخسارة جسيمة فإنه يتعين على المشتري أن يستبقي المبيع ويطلب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق. وإذا استبقى المشتري المبيع فلا يقتصر التعويض في كافة الأحوال على قيمة الجزء المستحق، بل يدخل فيه ما فاته من كسب باعتباره عنصراً من عناصر الضرر تطبيقاً للقواعد العامة¹³¹.

131 محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، بيروت، دار النهضة العربية، 1995، ص 280.

الفصل الثاني

مقتضيات مبدأ حسن النية وأثرها في العقود

بعد أن تعرفنا في الفصل الأول على ماهية مبدأ حسن النية في العقود، فدرسنا مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود، وكذلك تناولنا نطاق حسن النية في العقود ودوره ومعاييره، وتبين لنا أن مبدأ حسن النية يسيطر ويهيمن على جميع العقود، وفي جميع مراحلها، من مرحلة تكوينها، مروراً بمرحلة تفسيرها، انتهاء بمرحلة تنفيذها، وما يهمننا في هذه الدراسة ليست هذه المراحل التي تمر بها العقود بل هو ما يقتضيه حسن النية فيها، والأثر المترتب على ذلك. وعلى هذا الأساس، قسمنا هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: مقتضيات حسن النية في تكوين العقود.

المبحث الثاني: مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود.

المبحث الأول

مقتضيات حسن النية في تكوين العقود

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

وعلى هذا الأساس، لا بد لنا من محاولة التعرف على مقتضيات حسن النية، في مرحلة تكوين العقد، سواء في مرحلة التراضي في مطلب أول، أو في مرحلة المفاوضات في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

مقتضيات حسن النية في التراضي

التراضي كما يسميه البعض الرضا، هو ركن جوهري في العقد، ومن مستلزماته أن يكون ثنائياً، والرضا معناه اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين ومحدد، أو هو انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد. وبما أن التراضي هو ركن العقد، فإن ذلك يقتضي أن يكون موجوداً وأن يكون صحيحاً أن إذ أن كل إرادة في انعقاد العقد يلزم لها أن تكون موجودة وصحيحة⁽¹³²⁾، والتعبير عن هذه الإرادة قد يقوم به الشخص بنفسه، أو يصدر ممن ينوب عنه في ذلك.

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

الفرع الأول: مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد.

الأصل هو أن يتم التراضي بين أصيلين يتعاقدان بأنفسهما ولحسابهما، لكن رغم ذلك فقد يبرم العقد بطريق ما يسمى النيابة. فقد نصت المادة 1449 من مجلة الاحكام العدلية على أنه " الوكالة هي

132 ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، الاردن، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ص 73-74.

تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به"، واستمد مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة 93 منه التي نصت على أنه "يجوز التعاقد بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"¹³³

والنيابة هي حلول إرادة شخص (يسمى النائب) محل إرادة شخص آخر (يسمى الأصيل) في القيام بتصرف قانوني تتصرف آثاره إلى الأصيل. أي أن إبرام التصرف القانوني بإرادة النائب لا يجعل من هذا الأخير طرفاً في العقد، بل يظل الأصيل الذي يتم العقد باسمه ولحسابه هو طرف العقد الذي تتصرف إليه آثاره مباشرة، فيكسب كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات⁽¹³⁴⁾، وذلك رغم عدم ظهور الأصيل بشخصه في إبرام العقد، وبالتالي يكون طرفاً العقد هما الأصيل والمتعاقد معه، أما النائب فتنتهي مهمته بإبرام العقد لحساب الأصيل، ما لم تكن النيابة مشمولة بالتنفيذ.

ومقتضيات حسن النية في النيابة بإبرام العقود هي نفس مقتضيات التي من الواجب مراعاتها في التعاقد أصلاً، ولكن قد يتطلب القانون، أو الظروف في بعض الحالات التزامات إضافية. وبالتالي على النائب أن يوافق نيته مقتضيات حسن النية في إبرام العقود تجاه من يتعاقد معه لحساب الأصيل، لأن إرادة الأصيل لا تشترك في إبرام العقد محل النيابة. ومن إحدى تلك مقتضيات هو بيان الشخص لصفته عند التعاقد، إذ أن التزام حسن النية يقتضي من النائب أن يبين شخصيته للطرف المقابل، ويعلمه بأن يتعاقد لحساب شخص آخر نيابة عنه⁽¹³⁵⁾.

133 حيث جرت العادة أن يتعاقد الشخص بنفسه شريطة أن تتوافر فيه الشروط القانونية اللازمة للتعاقد ويظهر من النص أنه يمكن للشخص أن ينيب عنه شخصاً آخر يقوم بالتعاقد نيابة عنه. والنيابة تلبى الاحتياجات العملية حيث تمكن القاصر أو عديم الأهلية من أن يصير دائناً أو مدنياً نتيجة للتصرفات التي يبرمها النائب نيابة عنه، وكذلك تمكن كامل الأهلية الذي لا يستطيع أن يكون موجوداً في مجلس العقد من إبرام التصرفات بواسطة من ينوب عنه. ومصدر هذه المادة مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر المادة 1449. انظر: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المجلد الأول، ص 51.

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

انظر: قرار المحكمة العليا، رقم 47734، بتاريخ 1988/04/24، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 03، ص 77.

كما نقضت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس القضائي لما قضاوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونياً عندما قاضى الوكيلين دون الأصيل.

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

135 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 297-298.

مع العلم أنه يكفي لإعلام المتعاقد معه بالنيابة أن النائب يذكر بأنه يتعاقد نيابة عن غيره وليس بالأصلية عن نفسه ولو لم يذكر اسم الأصيل طالما قبل ذلك المتعاقد معه أو أنه سيذكر اسم من ينوب عنه فيما بعد. انظر: همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 95.

أما في التعامل بالوسائل المؤتمتة أي إذا كان العقد مبرماً بطريقة إلكترونية وليست تقليدية أي التعاقد بين غائبين من حيث المكان، ففي هذه الحالة فإن الذي يلتزم بمقتضيات حسن النية هو الشخص المنشئ، وبالتالي حسن النية يقتضي من المنشئ عند إعداده للبرمجة أن يبين للمتعاقد معه بأن الذي يجب على طلباتهم، وعروضهم، وسيط، أو كيل إلكتروني مؤتمت، وليس شخصاً طبيعياً¹³⁶.

كما يقتضي حسن النية في النيابة في إبرام العقد، أن تنتفي عيوب الإرادة في إرادة النائب، وبالتالي إذا كانت إرادة النائب معيبة فإن العقد يكون قابل للبطلان لمصلحة الأصيل رغم أن إرادة هذا الأخير لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، أما إذا كانت إرادة النائب سليمة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة فالعقد صحيح رغم تعيب إرادة الأصيل¹³⁷.

النائب منقولاً من غير مالكة، وكان النائب سيء النية أي أنه يعلم بأن من باع إليه المنقول لم يكن مالكاً له، فهنا لا يجوز للنائب أن يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة المالك لأنه (أي النائب) سيء النية، ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون الأصيل حسن النية، إذ لا تنتقل الملكية بالحيازة إلى الأصيل ولو كان حسن النية¹³⁸.

أما الجزاء المترتب على الإخلال بمقتضيات حسن النية في النيابة في إبرام العقد فقد يكون القابلية للإبطال أو البطلان المطلق¹³⁹ في مشروع القانون المدني الفلسطيني، ويكون حكمه البطلان أو قابليته للإجازة كعقد موقوف وفق تنظيم مجلة الاحكام العدلية¹⁴⁰، وفق مضمون وإرهاصات كل حالة من حالات الإخلال بحسن النية.

136 شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 299-300.

¹³⁷ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 80

138 محمد حسام محمود لطف، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ص 53، ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 123.

139 شيراز عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 300.

140 وتطبيقاً لذلك نصت المادة 1495 من مجلة الأحكام " إذا عين الموكل الثمن فليس للوكيل بيعه بالنقص مما عينه الموكل، فإذا باع ينعقد البيع موقوفاً على إجازة الموكل ولو باعه بنقصان الثمن بلا إذن الموكل وسلم المال إلى المشتري فللمشتري أن يضمه ذلك النقصان" والعقد الموقوف الذي نصت عليه المادة 111 من مجلة الأحكام العدلية بأنه " البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كحق الفضولي"، والمستمدة احكامه من إبداع الفقه الاسلامي، يقابله العقد القابل للإبطال في مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي نظم أحكامه في المواد 143 إلى 146. حيث يقضي نظام الإيقاف بعدم سريان العقد إلا بعد إجازته، ويقضي نظام القابلية للإبطال بسريان العقد إلى حين الحكم ببطلانه لمن له الحق. وفي كلا الحالتين يصبح العقد كأن لم يكن في حالة إبطاله أو عدم إجازته، وغني عن القول ان نظرية الإيقاف التي أخذت فيها المجلة أكثر دقة وسلاسة في رسم النتائج وقدرة على تحقيق الآثار من نظرية القابلية للإبطال التي تجعل التصرفات نافذة وصحيحة في الفترة بين إبطال التصرف والقابلية للإبطال في تقديرنا المتواضع، لأنه في كثير من الأحيان يصعب إعادة الحال لما كان عليه قبل الإبطال إذا تم التصرف فيه. أنظر في تأكيد ذلك عثمان النكروزي وأحمد طالب السويطي، مرجع سابق، ص 263 وما بعدها.

الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته

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

لقد نصت القوانين المختلفة على تعريف التراضي اللازم لقيام العقد، فعرفته المادة 74 من مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه " ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد"، ونصت المادة 104 من مجلة الأحكام العدلية على أن " الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه يحدث أثره في المعقود عليه". وقد حرصت مجلة الأحكام العدلية على ضرورة توافق هذه الإرادة بشكل واضح وصريح على كل ما هو لازم وجوهري لانعقاد العقد¹⁴¹.

أولاً: الالتزام بالإعلام والاستعلام

بما أنه يجب تطابق الإيجاب والقبول على الأشياء الجوهرية لانعقاد العقد، فلا بد لكل متعاقد من توضيح ما يلزم للطرف الآخر، ولا سيما محل العقد وصفاته وميزاته وهو ما يعبر عنه بالإعلام الذي نتعرض له أولاً. وكذلك إذا طلب المشتري كيفية البيع نسيئة أم نقداً أو التعرف على صفات المبيع في جزئيات معينه، وهو ما يعبر عنه بالاستعلام الذي سندرسه ثانياً.

1- الالتزام بالإعلام

يقوم الالتزام بالإعلام¹⁴² على مبدأ حسن النية وينبثق منه¹⁴³، ومحتوى هذا الالتزام (السابق للتعاقد) يتمثل في أنه إذا كان أحد المتعاقدين يعلم أو كان عليه أن يعلم بواقعه يعرف أهميتها الحاسمة بالنسبة للمتعاقد الآخر، فإنه يلزم بأن يقوم بإعلام هذا المتعاقد الآخر الذي كان يستحيل عليه الاستعلام بنفسه

141 فقد جاء في شرح المادة 177 من مجلة الأحكام انه " يشترط لانعقاد البيع أن يكون القبول موافقاً للإيجاب في خمسة أشياء: أولاً: في مقدار الثمن ثانياً في جنسه ثالثاً في المثلث رابعاً في صفة الثمن خامساً في شرط الخيار. علي حيدر، المجلد الأول، مرجع سابق، ص147.

142 يسمى أيضاً: الالتزام بالتبصير بالمصارحة، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، الالتزام بالإخبار، الالتزام بالإفشاء.

143 شيرزادعزيز سليمان، المرجع السابق، ص 382، عوبة شافي عرطالمعموري، (التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد)، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008، ص117

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

انظر: نور الدين الناصري، "الالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني"، مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، قسم مقالات قانونية، تاريخ النشر 11 يوليو 2011، على موقع الانترنت <http://www.majalah.new.ma>، ص04.

أو الذي كان بإمكانه شرعاً أن يثق بشريكه في التعاقد بسبب طبيعة العقد أو صفة المتعاقدين أو الإعلام غير الصحيح الذي أعطاه إياه هذا الشريك¹⁴⁴.

ويقتضي حسن النية في التعامل أن لا يكتفي المدين بالالتزام بتقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد فحسب، بل يجب عليه كذلك أن يقوم بتحذير الطرف الآخر كلما كان هناك مقتضى لذلك، وهذا إذا كانت طبيعة الشيء محل العقد، أو الظروف المحيطة بالتعاقد تفرض عليه-بالإضافة إلى الإعلام- أن يحذر الطرف الآخر، أو يلفت انتباهه، إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة في العقد، وذلك حتى يتخذ هذا الأخير الأوضاع الوقائية المناسبة لتفادي مثل هذه الخطورة ويطبق ذلك في المقام الأول على صانع وبائع الأشياء الخطرة. والواقع أن هذا الالتزام بالتحذير ليس التزاماً مستقلاً بذاته، ولكن هو التزاماً مكملاً للالتزام بالإعلام، وبالتالي يعتبر التزاماً مشدداً بالإعلام، فإذا تضمن التحذير بيانات غير صحيحة يعد ذلك من قبيل الغش التجاري. ونفس الشيء بالنسبة للالتزام بالنصيحة فهو جزء لا يتجزأ من الالتزام بالإعلام وهو درجة متقدمة من درجاته، كما أنه التزام مشدد مثل الالتزام بالتحذير، ويثبت الالتزام بالنصيحة على المدين المحترف في المجال الذي يتم فيه التعاقد، وبالتالي يلزم المدين المحترف بتقديم النصيحة إلى الشخص غير المحترف الذي يرغب التعاقد معه فيبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية الفنية والمالية. فالالتزام بالنصيحة إذن- الواقع على عاتق المهني- هو أيضاً قائم على مبدأ حسن النية¹⁴⁵.

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

ويقع الالتزام بالإعلام على كاهل كل من طرفي العلاقة العقدية، أي يقع على كل من الدائن والمدين، وقد يلتزم به أحد طرفي العقد المزمع إبرامه فقط تجاه الطرف الآخر، وهذا هو الغالب وقد يلتزم به طرفا العقد معاً، كل تجاه الآخر، فيكون الواحد منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت في مواجهة الآخر¹⁴⁶.

144 جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط1، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 2000، ص730.

145 عروبة شافي المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة للعقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2008، ص 151 وما يليها.

146 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 383، عروبة شافي المعموري، المرجع السابق، ص117.

أما شروط الالتزام بالإعلام فيمكن اختصارها في شرطين فقط: الشرط الأول هو معرفة المدين بالمعلومات وبمدى أهميتها بالنسبة للدائن، والشرط الثاني هو جهل الدائن بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلاً مشروعاً¹⁴⁷.

بالإضافة لما سبق، فإن الالتزام بحسن النية في إبرام العقود، يتطلب أيضاً التزام المتعاقد بتصحيح البيانات والمعلومات السابقة حتى وإن كان معتقداً صحتها حين إيداعها لها، ومعنى هذا الالتزام هو أن المتعاقد الذي يتبين لاحقاً بأن البيانات، أو المعلومات، التي أعطاها للمتعاقد الآخر، لم تكن صحيحة أو كانت صحيحة، ولكن لم تعد كذلك، عليه أن يعلمه بالواقعة الحقيقية أو المستجدة¹⁴⁸. والالتزام بالإعلام نجده على الخصوص في المقترضات العامة للقانون المدني وكذلك في قانون حماية المستهلك¹⁴⁹، وتوجد تطبيقات عديدة له.

أن القانون المدني يفرض على البائع أن يبين بوضوح ما الذي يلتزم به، تحت طائلة تفسير كل غموض ضده. وبالتالي يلجأ دائماً لإعمال مسؤولية البائع، الذي كانت رغبته في إبرام العقد بحماس قد جعلته يهمل إعطاء معلومات سابقة لزيونه، والتي من شأنها قد تجعله يتخذ قراره بالشراء أم لا، وعندما يبرم العقد يكون على عاتق البائع أيضاً التزام بالإعلام، فيجب عليه أن يقدم للمشتري كل الإرشادات الضرورية حول شروط الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء استعمال الشيء، كما يجب عليه أن يقدم على الأقل دليل الاستعمال¹⁵⁰.

ويكون على البائع التزام بالإعلام على وجه الخصوص عندما يكون المنتج جديداً أو معقداً أو منتجاً خطيراً. كما يكون الالتزام بالإعلام أكثر اتساعاً عندما يكون المشتري جاهلاً بقواعد استعمال المبيع أكثر مما لو تعلق الأمر بمشتر محترف، أما إذا قرر المشتري الجاهل أن يستعمل الشيء استعمالاً غير مألوفاً يجب عليه إخطار البائع المحترف بذلك إن أراد الحصول على معلومات¹⁵¹.

147عروبة شافي المعموري، مرجع سابق، ص 124 وما يليها.

148شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 388.

149 بعد انتشار مستخدمي الإنترنت في العالم، تبلور مفهوم الحماية الالكترونية للمستهلك، الذي يعني الحفاظ على حقوق المستهلك وحمايته من الغش أو الاحتيال أو شراء بضائع مغشوشة باستخدام شبكة الإنترنت التي أصبحت تستطيع الوصول لكل مكان. للتفصيل في حماية المستهلك. أنظر: عبد الله ذيب عبد الله محمود، رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، بإشراف الدكتور خالد التلاحمة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2009، ص 7 وما بعدها.

150 جاك غستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 725

151 جاك غستان، المرجع السابق، ص 720.

كما أن الشخص العادي إذا تعاقد مع شخص محترف، تقوم قرينة لصالحه بأن المتعاقد المحترف يعلم البيانات المطلوبة وتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، وهذه القرينة يطلق عليها الفقه المعاصر "قرينة تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد سيء النية"، ويترتب على ذلك تشديد مسؤوليته وعدم استفادته من شروط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان¹⁵².

كما تجدر بنا الإشارة هنا إلى أنه بالنسبة للالتزام بالإعلام المستند إلى ضمان العيوب الخفية، فإنه رغم أن علم البائع ليس شرطاً لالتزامه بالضمان (468) من المشروع المدني الفلسطيني، لأن القانون المدني ينص على أن البائع يضمن هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده، إلا أنه مع ذلك يلعب علم البائع بالعيوب الخفية دوراً مهماً في مجال الضمان من ناحيتين، الأولى: بطلان شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان بالنسبة للعيوب الذي يعلمه البائع ويتعمد إخفاءه غشاً منه (479) من المشروع المدني الفلسطيني، أما الثانية: أن التزام البائع بتحمل العيب بدعوى الضمان وتحديد مدة سقوط هذه الدعوى بالضمان يتوقف على مدى علمه بالعيوب، لأن تعمد البائع إخفاء العلم بأسباب الضمان يعتبر غشاً وبالتالي سوء نية، ولذلك يقع على المشتري عبء إثبات علم البائع بأسباب الضمان من أجل التمسك بتشديد المسؤولية العقدية¹⁵³ (484) من المشروع المدني الفلسطيني.

وكتطبيق آخر للالتزام بالإعلام، صدر قرار من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 1997/2/25، أثر في تغيير اتجاه القضاء، ف قضى بأن الطبيب عليه التزام بالإعلام، وعليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام. فالطبيب عليه أن يقوم بتتوير مريضه وتبصيره بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته وما يقترحه له من وسائل وطرق لمداواته وعلاجه. وبالتالي قبل أن يباشر الطبيب على مريضه أي إجراء جراحي أو تدخل علاجي، عليه أن يحصل على رضى مريضه بذلك، وأن يزوده بالمعلومات والبيانات الكافية التي تسمح لمريضه ونهيء له وسائل التعبير عن إرادته في قبوله أو رفضه لهذا التدخل العلاجي أو الإجراء الجراحي¹⁵⁴.

وبالتالي إذا أخل الطبيب أو (الجراح) بهذا الالتزام، قامت مسؤوليته العقدية في مواجهة المريض في حالة قيام العقد الطبي، أو مسؤوليته قبل التعاقدية عن خطئه في المرحلة السابقة على التعاقد عند عدم إبرام العقد، وهي المسؤولية التقصيرية .

152 العربي بلحاج، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، 2010، ص94.

153 عروبة شافي عرط المعموري، مرجع سابق، ص127.

154 عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص237.

كما نجد أيضاً أن القانون في عقود التأمين - تطبيقاً للالتزام بالإعلام - كلف المتعاقد بتقديم المعلومات أو البيانات التي تعلق عليها شركة التأمين أهمية بالغة أو قصوى في عملية التعاقد، وأوجب أن تكون هذه البيانات صحيحة ولا تخالف الواقع¹⁵⁵.

وبذلك فإن المؤمن له الذي يعتمد إلى إخفاء أو تقديم بعض البيانات الكاذبة مع علمه بأهمية هذه البيانات في اعتبار المؤمن لتقدير الخطأ المؤمن منه تقديراً صحيحاً، هو المؤمن له سيء النية يرتب عليه القانون جزاء قاسي يتمثل في طلب فسخ عقد التأمين مع ضياع حقه من استرداد ما دفعه من أقساط بموجب المادة (1/16) من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005 ويقابلها مادة (879) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وإلزامه بدفع الأقساط التي حلت ولم يكن تم تحصيلها بالفعل وذلك على سبيل التعويض، كل ذلك حتى ولو لم يكن للكتمان أو الإعلان الكاذب أي دور في وقوع الكارثة¹⁵⁶. أما المؤمن له حسن النية الذي يكتف عن المؤمن معلومات جوهرية بالنسبة لهذا الأخير، وهو يجهل أهميتها بالنسبة له - فلم يقصد من عدم الإفصاء غير الصحيح الإضرار بالمؤمن - فإنه لا يتعرض لجزاء البطلان، ولكن يتعرض لجزاء خفيف يتناسب مع حسن نيته¹⁵⁷.

والإخلال بالالتزام بالإعلام، تتعدد الجزاءات المدنية التي تترتب عليه تبعاً لما يشكله من حالات، فقد يكون عدم الإعلام سبباً في وقوع الطرف المقابل في الغلط، أو قد يكون عدم الإعلام تدليساً، أو يكون إخلال بالقواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية أو الاستحقاق¹⁵⁸، كما قد يعتبر الإخلال بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد خطأ تقصيري.

وبالتالي الإخلال بالالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، قد يجعلنا بصدد أحكام المسؤولية التقصيرية¹⁵⁹. لكن هناك من يرى غير ذلك فيقول بأن الالتزام بالإعلام رغم أنه يتموقع قبل إبرام

¹⁵⁵ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 80

156 عروبة شافي عرط المعموري، مرجع سابق، ص 258، 259.

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

157 عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 252، 258.

158 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 391، عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 216.

159 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 86

العقد، إلا أنه ذو طبيعة عقدية منذ ذلك الحين¹⁶⁰. وهناك أيضاً من يؤكد بأن الرأي الحديث يذهب إلى القول بأن الالتزام يتحدد طبيعته حسب الالتزام المخروق، هل هو عقدي أم لا؟ وليس على أساس الوقت الذي وقع فيه خرق هذا الالتزام. أي هل الالتزام بالإعلام المخروق يفرضه العقد أو الواجب العام؟¹⁶¹، فإن فرضه العقد يكون الخطأ عقدياً، وإن فرضه الواجب العام بالتزامحسن النية فإن الخطأ يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل ضمن المسؤولية التصويرية.

وقد وردت عدة تطبيقات لفكرة الإخلال بواجب الإعلام في نصوص مجلة الاحكام العدلية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، ففي مجال التغيرير أكدت المجلة على أن توصيف المبيع بغير صفاته يعتبر كأن يقول إن مالي يساوي كذا فخذة وهو لا يساوي أو يقول المشتري للبائع مالك لا يساوي أكثر من كذا فبعه¹⁶²، وبالتالي فإن التغيرير القولي إذا اقترن بالغبن الفاحش وفق شرح نصوص المجلة يعتد فيه. كذلك ذهبت أحكام مجلة الاحكام العدلية إلى أبعد من ذلك عندما نصت على خيار الخيانه الذي يعطي الحق للمشتري في حالة البيع بالمرابحة وبيان ثمن غير حقيقي من البائع "سمي بالخيانه"، لكي يشتري بمقدار محدد يزيد عليه، ثبوت الخيار للمشتري بإمضاء العقد أو بقبوله بالثمن المسمى¹⁶³.

وتشددت المجلة في بعض الأحيان بالعيوب الموجبة للخيار وفق الغاية من التعاقد، فنصت المادة 514 من المجلة على أن " العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما يكون سببا لفوات المنافع المقصودة بالكلية، وإخلالها كفوات المنفعة المقصود من الدار بالكلية بانهدامها ومن الرحي بإنقطاع مائها أو كإخلالها بهبوط سطح الدار أو بإنهدام محل مضر بالسكنى أو بانجراح ظهر الدابة فهؤلاء من العيوب الموجبة للخيار في الإجارة. وأما النواقص التي لا تخل بالمنافع كأنهدام بعض محال الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد ولا مطر وكإنقطاع عرف الدابة وذيلها فليست موجبة للخيار في الإجارة".

160 لحسين بن شيخ آث ملوياً، المنتفي في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2008 ص305.
161 عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص28.
أما ما كان سائداً فيما سبق هو رأي تقليدي يذهب إلى أن الخطأ هنا ليس عقدياً وبالتالي يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل ضمن المسؤولية التصويرية، لأن الخطأ حصل خارج فترة العقد، أي في الفترة السابقة له. انظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص28.
162 علي حيدر، مرجع سابق، ص131.

163 تكون الخيانة في مقدار رأس المال وأيضاً في مجرد الاجل بان اشترى نسيئة وقال نقداً. ذات المرجع السابق، ص378. ونرى أن ذلك يعني تشدد احكام المجلة في ضرورة الافصاح عن المعلومات اللازمة لعملية التعاقد، مهما بلغت، فمجرد عدم الإفصاح عن كون الشراء للمبيع في بيع المرابحة قد تم نسيئة، وبيعه مرابحة نقداً، يعطي الخيار للمشتري تحت ما اطلق عليه شرح مجلة خيار الخيانة.

وقد يكون جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام من خلال نظرية الغلط، ونقصد بذلك أن إبطال العقد للغلط قد يمثل في الوقت ذاته جزاءً وعقاباً على مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك عندما يتمتع أحد العاقدين عن إعلام الآخر بالمعلومات والبيانات المتصلة بالأمور الجوهرية في العقد رغم علمه بها وبمدى أهميتها بالنسبة للشخص الذي تعاقد معه، أو حينما يخل بالتزامه هذا الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد لجهله بها جهلاً ناتجاً عن تقصيره في البحث عنها أو أداء واجب الاستعلام بشأنها، حتى يتمكن من إعلام العاقد الآخر بها. فهنا مخالفة الالتزام بالإعلام تمكن العاقد المغالط من المطالبة بالتعويض إلى جانب طلبه إبطال العقد للغلط، نتيجة عدم تقديم المعلومات والبيانات الجوهرية المتصلة بالعقد، أي بمعنى آخر نتيجة عدم تقديم المعلومات والبيانات التي يعجز الدائن بهذا الالتزام عن العلم بها أو الاستعلام عنها بوسائله الخاصة، لأن إعلامه بالمعلومات الجوهرية كان من شأنه أن يقلل من احتمال وقوعه في الغلط بعد أن هياً له الإعلام السابق على التعاقد¹⁶⁴.

كما قد يكون جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام من خلال نظرية التدليس، فقد جرت أحكام القضاء الفرنسي على أن إخلال أحد المتعاقدين بالتزام بالإفصاح ببيانات معينة يعتبر من أهم الحالات الأساسية للتكتمان التدليسي المؤدي إلى بطلان العقد¹⁶⁵.

2. الالتزام بالاستعلام

الالتزام بالاستعلام هو التزام مقابل للالتزام بالإعلام يقع على عاتق الدائن بالالتزام، كما أنه هو أيضاً مثل الالتزام بالإعلام يقوم على مبدأ حسن النية¹⁶⁶، ونعني بذلك أن حسن النية كما يفرض على المتعاقد الالتزام بالإعلام، فإنه يفرض أيضاً على المتعاقد الآخر الالتزام بالاستعلام لأن الغاية من التعاقد لا يمكن بلوغها إلا بالإفصاح من قبل أحد المتعاقدين واستعلام المتعاقد الآخر.

ونطاق الالتزام بالإعلام يحدده الالتزام بالاستعلام، لأن الالتزام بالإعلام يبدأ حيث ينتهي الالتزام بالاستعلام، أي لا يبدأ إلا إذا قام الطرف الآخر بالاستعلام¹⁶⁷. وبمعنى آخر عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام المفروض على كل متعاقد يقف الالتزام بالإعلام¹⁶⁸، لأن القانون لا يحمي المهمل لمصلحه متى كان راشداً وذا أهلية للتعاقد، فيتحمل مسؤولية تصرفاته. وبالتالي إذا قصر الشخص في

164 عروبة شافي عرط المعموري، مرجع سابق، ص 219، 220.

165 عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 221.

166 عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 24.

167 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 381.

168 عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 19، شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 386.

الالتزام بالاستعلام فإنه يكون مخطئاً بالإهمال أو عدم التبصر أو الحرص الذي يثير مسؤوليته الشخصية ولا يسمح له بالتمسك بمقضييات حسن النية¹⁶⁹.

وهيئات التحكيم تتجه بوجه عام إلى منح الالتزام بالاستعلام الأولوية على الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالإعلام بكل شيء هو من قبيل التزيد والتجاوز ومفتقر إلى حد كبير إلى الواقعية¹⁷⁰. والأمر ذاته في فرنسا، إذ أن المحاكم ترد دعوى البطلان المقدمة من أحد طرفي العقد، إذا ثبت لها أنه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك¹⁷¹.

والعناصر الرئيسية للالتزام بالاستعلام، تتمثل في: أولاً المعرفة الحقيقية أو المفترضة للإعلام الصادر عن المتعاقد المدين بالالتزام بالإعلام، وثانياً استحالة قيام الدائن بالالتزام بالاستعلام بنفسه أو الثقة المشروعة للدائن تجاه المدين.

وقد يكون التزام الاستعلام مطلوب أكثر في الحالات التي يرد فيها العقد على الأشياء المستعملة، ولكن هذا لا يلغي التزام الطرف المقابل بالإعلام، ومن ضمن ذلك الإعلام بدرجة استهلاك الشيء¹⁷²، لأن هناك مبدأ يقول بأن (هناك التزام إعلام من لا يستطيع الاستعلام)¹⁷³، كمن لا يستطيع معرفة العيوب الخفية مثلاً.

وبقدر ما يكون طرفا العقد مهنيين يضعف الالتزام بالإعلام، وبقدر ما يكون البائع مهني والمشتري غير مهني يكون الالتزام بالإعلام مطلوب أكثر لدى البائع وعدم معرفة المشتري مغترة¹⁷⁴، لأن المهني (بصفة عامة سواء أكان بائعاً أو مشترياً)، لا يستطيع التذرع بعدم معرفته بالشيء أو بمواصفاته، أو فاعليته، طالما أن هذا الشيء يقع ضمن مهنته أو اختصاصه، أما إذا كان المهني يجهل فعلاً تلك المواصفات أو الفعالية، فيترتب عليه الالتزام بالاستعلام¹⁷⁵.

169 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386، عروبة شافي المعموري، مرجع سابق، ص 131. وحسب الفقيه الفرنسي (P.Jourdain) فإن التزام الاستعلام هو مبدأ لا يمثل فيه التزام الإعلام إلا استثناء، أي أنه على المتعاقد أولاً أن يستعلم هو نفسه في النطاق الممكن الذي يستطيعه، قبل أن يشكو من جهله. نقلاً عن: جاك غستان، مرجع سابق، ص 705.

170 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995، ص 20.

171 عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

فمحكمة النقض الفرنسية في أحدث أحكامها، رفضت إبطال العقد للكتمان التذليل استناداً إلى أن المتعاقد كان يلتزم بالاستعلام بنفسه عن البيانات المطلوبة. نقلاً عن: عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 131.

172 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 386؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

173 إذ يجب الأخذ في الحسبان الاستحالة التي قد يواجهها الدائن بالالتزام بالاستعلام في معرفة الإعلام في أول الأمر، ثم في الثقة المشروعة التي أولاهها في المتعاقد الآخر وفقاً لمبدأ حسن النية. انظر أكثر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 705 وما يليها.

174 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 386.

175 عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 23.

وطبيعة الالتزام بالاستعلام ترتبط بطبيعة الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالاستعلام هو مجرد وسيلة لتحصيل المعلومات المتصلة بالعقد وإعلام الدائن بأن عليه الالتزام بالإعلام، وبالتالي من الطبيعي أن تأخذ الوسيلة (أي الالتزام بالاستعلام) حكم النتيجة (أي الالتزام بالإعلام)، كما أن طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هي بدورها - من حيث درجة العناية التي يطلب من المدين بذلها في تنفيذه- تختلف حسب طبيعة ونوع المعلومات التي يلتزم المدين بإعلامها لدائنه، فعندما تكون هذه المعلومات معلومات جوهرية متصلة بموضوع التعاقد، فإن إلزام المدين - مهنيًا أو غير مهني - بالاستعلام عنها ثم التزامه بإعلام الدائن بها يكون التزاماً بنتيجة، فلا يعفى المدين من أداء هذين الالتزامين المرتبطين ببعضهما إلا بإثباته للسبب الأجنبي. أما إذا كانت هذه المعلومات معلومات فنية ودقيقة غير جوهرية، فإنه لا يلتزم بها إلا المدينون المهنيون الذين تتوافر لديهم بحكم مهنتهم إمكانية العلم بها، وبالتالي المدين غير المهني يعفى من أدائها، ويكون التزام المهني بها التزاماً ببذل عناية¹⁷⁶.

وقد وردت عدة تطبيقات لواجب الاعلام والاستعلام، في نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني، نذكر منها على سبيل المثال، نص المادة 404 على أنه " فإذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة به بحق له، فلا يجوز له أن يتمسك بالتأمينات التي تكفل حقه أضراراً بالغير، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق بعذر مقبول فله أن يسترد ما وفى به"، إذا وفى أحد الدائنين بدينه بالرغم من توافر شروط المقاصة، يعد ذلك نزولاً عن التمسك بها، وله بعد ذلك أن يرجع على مدينه استيفاء لحقه، ولا يحق له في هذه الحالة أن يتمسك بضمانات هذا الحق إضراراً بالغير، لذلك لا رجوع له على الكفيل، أو المدين المتضامن، أو حائز العقار المرهون.

ثانياً: حسن النية في التعبير عن الإرادة

يقتضي التزام حسن النية من المتعاقدين في التعبير عن الإرادة التعاقدية: الالتزام بالوضوح حتى لا يعنقد غير الحقيقة، وهو يأتي بعدة صور منها: الوضوح في اللغة، الوضوح في شروط العقد¹⁷⁷.
ويثور التساؤل هنا عن التزام الوضوح في حالة السكوت عن التعبير عن الإرادة التعاقدية، أي هل يمكن فرض التزام الوضوح على حالات السكوت في التعبير عن الإرادة؟، هنا لا محل للبحث عن هذا الموضوع في صدد الإيجاب، لأن الإيجاب ينطوي على عرض موجه من شخص إلى آخر أو على الجمهور، فلا يتصور أن نستخلص الإيجاب من السكوت، وإنما يعرض هذا البحث بصدد القبول، فإذا

176 عروبة شافي المعموري، مرجع سابق، ص 128.

177 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 283.

سكت من وجه إليه الإيجاب، فلم يصدر منه أي تعبير صريح عن موقفه من هذا الإيجاب، ولم يتم بأي عمل إيجابي يمكن أن يستخلص منه قبول أو رفض، فإن حسن النية يقتضي هنا أن المتعاقد إذا لم يشأ أن يقبل الإيجاب أن يصرح برفضه، فإذا سكت واستمر سكوته فترة معقولة، فإن هذا السكوت يولد لدى الموجب ثقة مشروعة في قبول إيجابه، وبالتالي يعقد القانون السكوت في هذه الحالة قبولاً تطبيقاً لمبدأ حسن النية في إبرام العقد¹⁷⁸.

وقد رسمت كل من مجلة الأحكام العدلية¹⁷⁹ ومشروع القانون المدني الفلسطيني¹⁸⁰، طريقاً وقاعدة محددة لدور السكوت في إبرام العقد وإحداث الأثر، فوضعتا قاعدة عامة مفادها أنه لا يمكن أن ينسب لساكت أي قول أو أثر لفعله، ولكن أشارتا إلى استثناءات على هذا المبدأ يعد فيها السكوت قبول نبرز أهمها، حالة ورود نص قانوني يدل على أن السكوت يعد قبول¹⁸¹، إذا كان هناك تعامل سابق اتصل به الإيجاب ودل السكوت على القبول، وإذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه¹⁸². ورغم نص مشروع القانون المدني الفلسطيني على هذه الحالات بشكل صريح في المادة 80 منه، إلا شرح المجلة لنص المادة 67 يتضمنها سواء بشكل صريح أو ضمني.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور شيرزاد عزيز سليمان : (العبرة في حالة السكوت هي بالظروف الملازمة جميعاً وهل يمكن أن يستخلص منها طبقاً لمقتضيات حسن النية، واجب الإفصاح على من وجه إليه الإيجاب إذا ما قرر الرفض بحيث لا ينتظر حتماً في حالة القبول أن يصل إلى الموجب رد

178 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 289 وما يليها.

179 نصت المادة 67 من المجلة على أنه " لا ينسب لساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

180 نصت المادة 80 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه " 1. لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان يعد قبولاً. 2. ويعد السكوت قبولاً بوجه خاص : أ. إذا نص القانون على ذلك. ب. إذا كان هناك تعامل سابقاً واتصل الإيجاب بهذا التعامل، وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد. ج. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. د. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم ينتظر تصريحاً بالقبول ولم يتم رفض الإيجاب في وقت مناسب".

181 وهذه الحالة غنية عن البيان، ففي أي حالة يرد نص خاص يوضح حالة خاصة، ويبين أن السكوت يعتبر قبولاً فيؤخذ بحكم هذا النص. وبالتالي نجد أنه لا داعي لوجود فقرة خاصة في نص المادة 80 من المشروع لتنظيم هذه الحالة، وأن الفقرة الثانية تعد من قبيل الحشو والتزديد الممقوت في نص التشريع.

182 وتطبيقاً لذلك، نصت المادة 1479 من مجلة الأحكام على أنه " إذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته فإن خالف لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى المال الذي اشترى عليه. ولكن إذا خالف بصورة فائدتها أزيد في حق الموكل فلا تعد مخالفة معنى. مثلاً لو قال أحد اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف واشترها الوكيل بأزيد فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل وتبقى الدار عليه وأما إذا اشترها بأنقص فيكون قد اشترها للموكل كذلك لو قال اشتر نسيئة واشترى الوكيل نقداً يبقى المال على الوكيل وأما لو قال الموكل اشتر نقداً واشترى الوكيل نسيئة يكون قد اشترها للموكل". للتفصيل في المادة. أنظر: علي حيدر، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 585 و 586 و 587.

صريح؟ وعلى ذلك يكون استخلاص القبول من السكوت، ولو اتصل الإيجاب بتعامل سابق، مسألة موضوعية¹⁸³.

والسكوت عمداً عن ظرف معين لو علم بالأمر الذي سكت عنه المتعاقد الآخر عمداً، كأن يبيع البائع منزلاً للمشتري ويكتم عنه أنه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة، كما يكون السكوت العمدي في كل حالة يكون فيها السكوت إخلالاً بحسن النية والثقة التي يكون من حق المتعاقد الآخر أن يعتمد عليها، وخاصة بين الورثة والشركاء، وبين الوكيل والموكل⁽¹⁸⁴⁾. وهذا ما أكدت عليه المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني في معرض شرحها لنص الفقرة الثانية من المادة 124 التي نصت على أنه "2-يعد تغيرياً تعمد السكوت لإخفاء أمر إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم به؛ ويعد الكتمان أو السكوت عمداً عن واقعة تهم المتعاقد الآخر معرفتها تغيرياً إذا ثبت أن المغرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة"¹⁸⁵.

والجزاء المترتب عن الإخلال بالتزام الوضوح يختلف باختلاف الأحوال، فقد يكون الإخلال به مشكلاً للغلط أو التدليس من عيوب الإرادة، فيكون الجزاء المقرر لتلك العيوب، هو الجزاء المترتب عن عدم الالتزام بالوضوح¹⁸⁶.

كما حرص أيضاً المشرع على حماية الطرف الضعيف من احتمالات سوء النية الآتي من جانب الطرف القوي من خلال الصياغة الغامضة أو الملتوية... الخ¹⁸⁷، وبالتالي الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام الوضوح في عقود الإذعان، وعقود المستهلكين هو تفسير العبارة لصالح الطرف المدعن (دائناً كان أو مديناً)، أو المستهلك لأن الطرف القوي هو الذي يستأثر بصياغة الشروط في هذه العقود، وبالتالي عليه تحمل نتائج صياغته الغامضة، وتفسير العقد لصالح تلك الأطراف. أما في الحالات التي بإمكان المتعاقد مناقشة شروط العقد وبنوده، حتى وإن قام أحد الطرفين بصياغة العقد، فإن القاعدة هي: الشك يفسر لمصلحة المدين¹⁸⁸.

183 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 293

184 إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 87.

185 المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 67.

186 شيرزاد عزيز سلميان، مرجع سابق، ص 332.

187 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 294. فالعاقد الذي هو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدعن عند التعاقد شروطاً واضحة بيّنة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وتحمل تبعته لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض. انظر: د.

محمد حسام محمود لطف، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 41.

188 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 332.

وقد توافر عندما يتم سحب الإيجاب أو الامتناع عن القبول دون وجه حق¹⁸⁹. والمسؤولية هنا هي ليس عن مجرد العدول عن الإيجاب في حد ذاته، أو الامتناع عن القبول في حد ذاته، لأن العدول عن الإيجاب أو الامتناع عن القبول كلاهما جائز، وإنما عن قطعة للمرحلة السابقة للتعاقد- التي يدخل الإيجاب والقبول ضمن مراحلها- دون مبرر مشروع¹⁹⁰.

فبالنسبة للإيجاب، فإنه في حالة عدم اقترانه بمدة محددة، رغم أنه يحقق لمن صدر منه إيجاب أن يعدل عنه طالما لم يقترن به قبول، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فهي مقيدة بمبدأ حسن النية الذي يقضي بأن العدول عن الإيجاب لا بد أن يكون لباعث مشروع، أما إذا كان باعث الشخص على العدول هو مجرد الإضرار بالطرف الآخر، كان سيء النية ومخططاً، وتتعقد مسؤوليته التقصيرية، بشرط أن يعتبر العدول خطأ يستوجب التعويض، إذ أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية مبنية على الخطأ¹⁹¹. وسحب الإيجاب بسوء نية، يكون مثلاً لو كان الموجب قد أصدر إيجابه دون أن تكون لديه أن نية لإبرام العقد.

أما إذا اقترن الإيجاب بمدة محددة فإن الموجب يلزم بهذه المدة، وبالتالي عدول الموجب قبل هذه المدة المحددة لا يترتب عليه أي أثر، بل يظل الإيجاب قائماً، فإذا تم قبوله خلال هذه المدة انعقد العقد، لأن انعقاد العقد هو التعويض العيني للضرر الذي يصيب الموجب له من جراء إخلال الموجب بالتزامه بالبقاء على إيجابه لمدة معينة¹⁹²، فإذا انتهت المدة المحددة للقبول، سواء كان الأجل صريحاً أو ضمناً (يستفاد هذا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة)، فإن الإيجاب يسقط دون حاجة إلى سحبه¹⁹³.

أما بالنسبة للقبول، فمن حيث الأصل، أن الشخص الذي وجه إليه الإيجاب ليس ملزماً بقبوله، لأن له حرية القبول أو الرفض، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة دائماً، وإنما هي مقيدة فتنهض المسؤولية بحق من وجه إليه الإيجاب إذا تعسف في استعمال حق الرفض، في حالة ما إذا كان الشخص الذي وجه إليه الإيجاب هو الذي طلب من الموجب أو دفعه إلى التقدم بالإيجاب، فإنه يكون قد ولد الثقة لدى الموجب في وقت انعقاد العقد، لذا يتحمل المسؤولية الناتجة عن رفض الإيجاب الصادر عن

189 أمين دواس، مرجع سابق، ص 172-173.

190 عروبة شافي عرط المعموري، مرجع سابق، ص 169.

191 محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 32.

192 عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 170، وفي مثل هذا المعنى انظر: العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 17.

193 العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 17.

الموجب إذا لم يقدم أسباب مشروعة¹⁹⁴، وبالتالي في هذه الحالة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب يلتزم بتعويض أي موجب يتقدم إليه لدى رفضه إيجابه، وهذا التعويض قد لا يكون مالياً بل قد يصل إلى حد تمام العقد على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك¹⁹⁵.

ثالثاً: انتفاء عيوب الإرادة

يقتضي حسن النية في إبرام العقود، انتفاء عيوب الإرادة، هذه الأخيرة في القانون المدني الأردني تتمثل في: الغلط، الإكراه، التدليس أو التزوير¹⁹⁶، الاستغلال. فانتفاء هذه العيوب في إبرام العقود يدل على سلامة الإرادة واستقامة القصد، أما وجودها عند إبرام العقود يدل على سوء النية. وعيوب الإرادة تنطبق على التعاقد عن طريق العقود الالكترونية أيضاً، فتستوي العقود الالكترونية مع العقود التقليدية في هذا الصدد¹⁹⁷.

حسن النية يقتضي في إبرام العقود انتفاء التزوير، لأن هذا الأخير عبارة عن استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، سواء كان هذا التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو عالمياً به، وبالتالي استعمال الطرق الاحتيالية بقصد التضليل يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود¹⁹⁸. كما يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة لم يكن يعلم بها المدلس عليه.

194 محمد حسام محمود لطف، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص34 إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص67.

ونقصد هنا دعوة التجار وأصحاب الفنادق والمطاعم والمحلات التجارية للناس، فالعرض من هؤلاء يعتبر دعوة للتعاقد لا إيجاباً، واستجابة الناس لهذه الدعوة تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً لا يحق لصاحب الدعوة أن يرفضه إلا لسبب مشروع وإلا عد متعسفاً في استعمال حق الرفض وتحققت مسؤوليته. وبالتالي إيجاب الناس هنا يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه الإيجاب لا يجوز له أن يرفض إذا كان السبب غير مشروع.

195 محمد حسام محمود لطف، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص34.

196 يقابل مصطلح التزوير الذي تم النص عليه في المادة 164 من المجلة والمادة 124 من مشروع القانون المدني، مصطلح التدليس الذي تم النص عليه في المادة 125 في القانون المدني المصري والمادة 86 من القانون المدني الجزائري، والمصطلحان بذات المعنى والمضمون.

197 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص301.

198 فمثلاً: ورد بخصوص التصريح الكاذب لدفع المتعاقد إلى التعاقد: قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 233625، بتاريخ 2001/01/17، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 2، ص 109. حيث استعمل البائع حيلة تتمثل في أنه صرح للمشتري بأنه يستطيع تشييد بناء على الأرض محل التعاقد، وأن شركة سونلغاز سوف لا تتعرض للمشروع، في حين أن الأمر عكس ذلك مما يشكل تدليلاً معيباً لرضا لأن المشتري لو علم بهذه الحيلة لما أبرم العقد.

وكتطبيق أيضاً عن التدليس أي عن لجوء المدين إلى الوسائل الاحتيالية أو الأعمال المادية لخداع المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد، قد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية تاجر سيارات بسبب تلاعبه بعدد سرعة السيارة بسوء نية بقصد إيقاع المشتري في الغلط على الرغم من أن المشتري كان يعمل في نفس مهنة البائع، وذلك على أساس أن مثل هذا التصرف الصادر من هذا البائع سيء النية يجعل جهل المشتري بالمعلومة المتصلة بعدد الكيلومترات التي قطعها السيارة جهلاً مشروعاً حتى وإن كان مهنيّاً، وبالتالي فإن تصرف البائع من شأنه أن يوجب المسؤولية على عاتقه. نقلاً عن: عروبة شافي المعموري، المرجع السابق، ص188.

وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود التدليس أو التغيرير مع الغبن الفاحش بكافة طرق الإثبات، يتمثل في: إما المطالبة بإبطال العقد أو التعويض فحسب، أو المطالبة بالإبطال والتعويض معاً¹⁹⁹. وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني²⁰⁰. أما وفق أحكام المجلة فإن جزاء هذا الإخلال هو إما فسخ العقد أو الفسخ والتعويض إن كان له مقتضى²⁰¹.

أما بالنسبة للإكراه فهو أعلى درجات سوء النية، لأن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد²⁰²، وبالتالي حسن النية في إبرام العقود يقتضي انتفاء الإكراه، وهذا الأخير عبارة عن ضغط مادي أو أدبي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه، وبالتالي هنا المكره انتزعت منه إرادته رهبة لأنه اختار إبرام العقد لاتقاء شر المكره الذي هدد به، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود.

وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الإكراه بكافة طرق الإثبات، يتمثل في: أن يطلب المتعاقد المكره إبطال العقد مع التعويض، أما إذا كان الإكراه من الغير ولم يستطع المتعاقد المكره إثبات تورط المتعاقد معه، فليس له إلا الرجوع على الغير بدعوى المسؤولية التقصيرية طالباً التعويض فحسب²⁰³.

كذلك حسن النية يقتضي في إبرام انتفاء الاستغلال، لأن هذا الأخير عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر حتى يحصل على عدم التوازن (التعادل) في قيمة الالتزامات، فتكون ذلك التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود، لأن المستغل لديه نية خبيثة في الاستفادة من الضعف الذي في الطرف المستغل سواء كان طيشاً بيناً أو هوى جامعاً.

199 عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص26
200 جاء نص المادة 124 من مشروع القانون المدني الفلسطيني تطبيقاً لذلك، فنصت على أنه " 1. يجوز إبطال العقد للتغيرير إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. 2. يعد تغريراً تعمد السكوت لاختفاء أمر إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم به. 3. يجوز للمغرر به المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى".

201 تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بخصوص توكيل امرأة تعيش في أميركا أخيها الذي يسكن رام الله ببيع أرضها وكالة مطلقة، ومن ثم ادعائها بأن هناك غبن فاحش؛ فجاء في متن قرار المحكمة أنه " فضلاً عن أنه وفق نص المادة 356 من مجلة الأحكام إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجه تغريير فليس للمغيبون أن يفسخ البيع، فإن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من أن إجراءات البيع والفراغ بموجب الوكالة الدورية تمت وفق القانون وأن الدعوى تنقتر إلى أساس قانوني سليم تقوم عليه يكون واقعاً في محله ويكون هذا السبب غير وارد وحريراً بالرد". نقض مدني رقم 68|2009، صادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، بتاريخ 13/7/2009م.

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>

202 عبد الحميد الشواربي، المشكلات الملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص9.

203 عبد الرزاق دريال، المرجع السابق، ص28.

وبالتالي جزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الاستغلال، يتمثل في دعويان هما الإبطال وإنقاص الالتزامات: فالمتعاقد المستغل إذا طالب بإبطال العقد كان للقاضي السلطة التقديرية في إجابة طلبه أو العدول عن ذلك والاكْتفاء بإنقاص التزامات المتعاقد المستغل ليردها إلى الحد الذي يرتفع معه الاختلال الفاحش في الأداء. أما إذا اختار المتعاقد المستغل طلب إنقاص الالتزامات فحسب، لم يكن للقاضي إبطال العقد. وفي كلتا الحالتين يستطيع دائماً المستغل أن يتوقى البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هو عرض ما من شأنه إزالة الغبن، سواء كان في شكل دفع مبلغ نقدي أو أداءات عينية أو غيرها²⁰⁴.

أما الغلط فهو يعيب الرضا، لأنه عبارة عن وهم يقوم في ذهن العاقد فيصور له الأمر على غير الواقع والحقيقة، ويكون هو الدافع الذي يدفع العاقد إلى التعاقد، ولا يشترط هنا أن يشترك المتعاقدان في الوقوع في الغلط، بل يكفي أن يقع فيه أحد الأطراف ولو جهله الآخر.

ولحماية المتعاقد الآخر، الذي قد يفاجأ بإبطال العقد لغلط ما في صفة في الشيء، لم يكن يدري شيئاً من أهميتها، فإنه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع (يخالف) حسن النية.

والحكم بعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية، يعتبر تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق²⁰⁵، لأن حسن النية يقتضي أن لا يقع تعسف في استعمال حق من الحقوق ومنها الحق في إبطال العقد.

مثال ذلك أن يشتري شخص شيئاً يعتقد أنه أثري فيتضح له أنه ليس كذلك، فهنا رغم أن المشتري يملك حق التمسك بالبطلان بدون شك، لكن إذا عرض عليه البائع أن يعطيه التمثال الأثري الذي أراد شراءه- وبالتالي البائع هنا أبدى حسن نيته- فإن المشتري لا يجوز له أن يصر على التمسك بإبطال العقد بحجة أنه وقع في الغلط، لأن إصراره هنا يعتبر خروج عن مقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل.

204 عبد الرزاق دريال، مرجع سابق، ص 31.

205 محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 84، محمد حسين منصور، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 56، محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 188.

المطلب الثاني

مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود

مرحلة التفاوض قبل العقدية- التي نحن بصدد دراستها- تختلف عن التفاوض اللاحق لإبرام العقد، كأن يتفق المتعاقدان على التفاوض فيما بينهم كلما طرأ طارئ أو استجد أمر خلال تنفيذ العقد، أو أن يتفقا على التفاوض كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته المترتبة عن العقد. فالالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد يدخل في دائرة القانون حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة طبقاً لما تقرره النصوص القانونية²⁰⁶.

والحاجة الماسة لإجراء التفاوض الذي يتم في المرحلة قبل العقدية- محل دراستنا- تظهر بوضوح أكثر في الكثير من العقود الدولية وخاصة تلك التي تتمتع بأهمية مالية كبيرة، مثل: عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التنقيب عن المعادن، وعقود التوريدات الضخمة، وعقود الإنشاءات الهندسية، هذه العقود يتولى احتكار تنفيذها غالباً المشروعات العملاقة ذات القوميات المتعددة²⁰⁷.

لقد انقسمت الأنظمة القانونية في الاخذ بمبدأ حسن النية كأساس للمسئولية في المرحلة السابقة على التعاقد في تقديرنا إلى أربعة اتجاهات، الأول: نص على الأخذ به صراحةً في قوانينه في المرحلة السابقة على التعاقد²⁰⁸، والثاني لم تنص قوانينه المدنية على الاخذ فيه صراحةً، لكن أخذ فيه الفقه وطبقته المحاكم على أساس وجوده كمبدأ وواجب عام يشكل الإخلال فيه المسئولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد، والثالث أنكر تطبيق هذا المبدأ بشكل عام لتناقضه مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين²⁰⁹، الرابع لم ينص عليه ولم يطبقه كواجب قانوني عام في المرحلة السابقة على

206 حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية، مجلة الجامعة الإسلامية في غزة، المجلد الثالث عشر، عدد 2، يونيو 2005، ص 129-130.

207 حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 128.

208 وسار في هذا الاتجاه القانون الألماني والإيطالي ومبادئ القانون الأوروبي الموحد واليونان ويوغسلافيا، ويعتبر الأمان رواد هذا المبدأ، حيث توسعوا في تبنيه بشكل عام. للمزيد من التفصيل في هذا الاتجاه؛ أنظر: محمود فياض، مرجع سابق، ص 233 و 234.

209 حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 551 و 552. ويرى باحث آخر أن القانون المدني الفرنسي قد أسس المسئولية عن وقف التعاقد على أساس مبدأ التعسف في استعمال الحق، واعتبرت أن وقف المفاوضات دون سبب مشروع يعتبر تعسفاً في استعمال الحق، ص 248 و 249 و 250.

التعاقد، وإنما اخذ القضاء بأن العدول على التعاقد اذا اقترن بخطأ يقيم مسئولية عن قطع المفاوضات على أساس المسئولية التقصيرية.

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني، ومجلة الأحكام العدلية، فلم ينصا على مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، ولا يسعفنا القضاء، وفق ما توصلنا إليه، في توضيح توجهه في إقامة المسئولية أو عدم اقامتها في المرحلة السابقة على التعاقد. ولكن في تقديرنا أنه طالما لا يمكن إقامة المسئولية في هذه المرحلة على أساس المسئولية العقدية، ومن الصعوبة بمكان في ظل قانون المخالفات المدنية (زمن الانتداب البريطاني)²¹⁰ الساري في الأراضي الفلسطينية، إقامة المسئولية في هذه المرحلة على أساس فكرة الخطأ أو الإهمال.

وبالتالي نرى أنه يمكن إقامة المسئولية في هذه المرحلة على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، فكلما كان عدوله مبرراً كان استعمالاً لحقه في حرية التعاقد صحيحاً، وكلما كان عدوله غير مبرر وألحق ضرراً بالطرف الآخر فيعد متعسفاً في استعمال حقه في العدول عن التفاوض، ونترك للمحكمة (محكمة الموضوع) تحديد كنه وماهية ومدى توافر هذا التعسف من عدمه في المرحلة السابقة على التعاقد.

وعرف التفاوض على العقد بأنه أي اتصال أو تشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي وإبرام عقد معين²¹¹. كما عرفه حمدي محمود بارود فقال بأنه: (تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية وتجارية يتبادلها الأطراف للتعرف على الصفقة المزمع إبرامها، وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما²¹²).

ويجب عدم الخلط بين الالتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد، لأن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فالمتفاوض يظل متمتعاً بكامل حريته في التعاقد أو عدمه، وبالتالي يجوز أن يضع حداً للمفاوضات ويمتنع عن إبرام العقد، دون أن يتقيد بأي التزام عقدي، لكن يشترط أن يتم ذلك استناداً لأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية²¹³. أي في

²¹⁰ قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944.

²¹¹ أمين دواس، مرجع سابق، ص 170.

²¹² حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 127.

²¹³ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 69.

إطار ما يتطلبه حسن النية في المفاوضات، من أمانه وشرف وموضوعية ونزاهة وصدق، فتكون المفاوضات بذلك بعيدة عن الأكاذيب والحيل والخداع.

وبما أن مبدأ حسن النية يعتبر مبدأ غامض وخاصة من حيث ترتيب آثار مباشرة في دائرة القانون الوضعي، فإن الباحث يرى أنه يجب أن يتم صياغة مقتضيات حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد في صورة التزامات قانونية محددة يمكن عقاب من يخالفها، وفي نفس الوقت يكون من الممكن استيعابها قانوناً.

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب، فرعين اثنين: الأول نتعرف فيه على الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض، أما الثاني نتطرق فيه لطبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض.

الفرع الأول

الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض

إن الالتزامات الأساسية الناشئة عن مرحلة التفاوض، تخرج جميعاً من قاعدة حسن النية وإعمال مبادئ الجدية والصدق والصراحة والأمانة²¹⁴، ونذكر منها ما يلي: الالتزام بالتفاوض بحسن نية، الالتزام بالجدية في التفاوض، الالتزام بالتعاون، الالتزام بضمان السرية، الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دن مبرر مشروع، الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، الالتزام بحماية المتفاوض الآخر وصحته في بعض البلدان²¹⁵.

هذه الالتزامات التي نوردتها في هذا المجال، لا نقدمها على سبيل الحصر، بل يمكن أن يضاف إليها أي التزام آخر، يجد أساسه في قاعدة حسن النية²¹⁶. ويعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو الالتزام الرئيسي، أما الالتزامات الأخرى هي التزامات مكملة أو مساعدة، تقوم بجواره جنباً إلى جنب، فهي تطبيقات متفرعة عن مبدأ حسن النية²¹⁷.

214 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 14، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 60.
215 العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 64 وما يليها، شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 342 وما يليها، عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 42 وما يليها، محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 18 وما يليها.

216 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع نفسه، ص 16.
217 العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 64-65، انظر أيضاً في مثل هذا المعنى: محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 17.

أولاً: التزام الجدية والاعتدال والتعاون في التفاوض.

يفرض حسن النية في التفاوض على العقود، التزام الجدية والاعتدال، والتزام التعاون، في التفاوض، وستتناولهما فيما يلي:

1. التزام الجدية والاعتدال في التفاوض

الالتزام بالاعتدال والجدية يفرض على كل من المتفاوضين الحرص على أن تبلغ المفاوضات غايتها من حيث التوصل إلى إبرام عقد معين²¹⁸.

فيلتزم كل متفاوض بالاعتدال والجدية في مقترحاته، وبالتالي يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة والتفكير، ولا يطرح ما هو مؤكد الرفض منها، حيث لن يكون نتيجة ذلك إلا تأخير إتمام عملية التعاقد أو دفع الآخر إلى صرف النظر عنها كلية، فإذا كانت المقترحات غير مفيدة فلا مجال لقبولها، ويعد المتفاوض الذي تقدم بها انتهاكاً للالتزام بالاعتدال والجدية في التفاوض، كما يتعين ألا يرفض المتفاوض الآخر ما عرض عليه إذا كان عرضاً معتداً وجدياً ومنطقياً. كذلك لا يجوز التفاوض بصورة صورية، لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد. ولا يجوز أيضاً للمتفاوض إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة، تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض بدون جدية، أو أن يكون هدفه من دخول المفاوضات مجرد المراوغة لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين أو التعرف على أسراره الفنية والمالية²¹⁹.

وجزاء الإخلال بالتزام الجدية في التفاوض، هو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف المقابل أثناء التفاوض نتيجة لعدم الجدية، هذا بالدرجة الأساس، كما قد يكون الجزاء متمثلاً باعتبار العقد منعقداً في بعض الحالات التي يعدها المشرع كذلك²²⁰. ورغم انكافية توافقنا من الرأي القاضي بالتعويض عن عدم الالتزام بالجدية، إلا أنه في تقدير الباحث لا يمكن القول بانعقاد العقد كجزاء للإخلال بالتزام الجدية، لأن في ذلك حمل للمتعاقد المقابل على إبرام عقد لا يريد إبرامه، وهذا يتناقض مع فلسفة وهدف وتطور القانون المدني.

2. التزام التعاون في التفاوض.

218 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 121.

219 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 29؛ أ.د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 68 وما يليها.

220 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 347-348.

هذا الالتزام يتمثل في التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المتفاوضة للوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية؛ إما بانعقاد العقد محل التفاوض وإما بغض النظر عنه كلية²²¹. والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالتعاون هي مسؤولية سابقة على التعاقد²²².

ويرى البعض في الفقه الإيطالي بأن التزام التعاون لا يأتي بشكل مستقل بمعزل عن المقتضيات الأخرى، كالالتزام الجدية، والاستمرار في التفاوض، وعدم قطعه دون مبرر مشروع، والالتزام بالمحافظة على الأسرى، والالتزام بالإعلام، وغيرها، بل أن الوفاء بهذه المقتضيات، والمقتضيات الأخرى لحسن النية في إبرام العقود يؤدي إلى تحقيق التعاون، ولكن الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يرى بأن الالتزام بالتعاون قد يأتي بشكل مستقل عن الالتزامات الأخرى المنبثقة عن حسن النية في إبرام العقود كما هو الحال بالنسبة لإتمام الشكلية، وتحديد ثمن المعقود عليه والتعاون مع المستهلكين²²³.

ثانياً: الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع

يلتزم المتفاوض بالاستمرار في التفاوض، وعدم قطعه دون مبرر مشروع، لذا سنتناول أولاً الالتزام بالاستمرار في التفاوض، وثانياً الالتزام بعدم قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، فيما يلي:

1. الالتزام بالاستمرار في التفاوض

التزام حسن النية يقتضي من الأطراف، الاستمرار في التفاوض بحسن نية إلى أن يتوصلوا إلى الاتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة، أما إذا نكل أحد الطرفين عن الاستمرار في التفاوض، والوصول إلى الاتفاق، فإنه يكون مخالفاً بمقتضيات حسن النية، لأن اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المتعلقة²²⁴. ويرى الفقه بأن الاستمرار بالتفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية، ولا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد، ولكن قد يعد في بعض الأحيان التزاماً بنتيجة، ويظهر لنا ذلك في حالة الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد

221 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 28.

222 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 400.

223 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 395.

224 وفقاً للنظام القانوني الألماني فإنه لا يجوز للطرف المتفاوض وقف المفاوضات إذا حمل الغير عن طريق الخطأ على الاعتقاد بحتمية التعاقد. حيث نص في القانون المدني الألماني المعدل لعام 2002 في المادة 241 على الالتزام بمبدأ حسن النية والتزام الطرف المتعاقد باحترام مصالح الطرف المقابل ونص في المادة 311 على أن التزام مبدأ حسن النية شاملاً لمرحلة التفاوض على العقد ولا يقتصر على تنفيذه. لكن النظام القانوني الفرنسي أقام المسؤولية عن وقف التفاوض على أساس التعسف في استعمال الحق في ذلك استبعاد للأخذ بنية الاضرار بالطرف المقابل عند استيجاب حظر التوقف عن المفاوضات، وبالأستناد لذلك؛ قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية (مونوريكس) بأن وقف التفاوض دون سبب مشروع يعتبر تعسفاً في استعمال الحق دون البحث في نية هذا الشخص وانصرافها للإضرار أم لا، الأمر الذي يستوجب معه التعويض. بخصوص ذلك، وللمزيد حول موقف النظم القانونية المقارنه حول المسؤولية عن وقف المفاوضات. أنظر: محمود فياض، مرجع سابق، ص 247 وما بعدها.

النهائي، مع ترك المسائل الثانوية، أو التفصيلية، لاتفاق لاحق، إذ أن اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة، فإذا اتجهت نية الأطراف إلى عد العقد النهائي منعقدًا حتى ولو لم يصل طرفي التفاوض إلى اتفاق بشأنها، كان الأمر يتعلق بالتزام بنتيجة، على عكس الأصل العام في أنه التزام ببذل عناية²²⁵.

2. الالتزام بعدم قطع التفاوض بدون مبرر مشروع

قطع التفاوض من حيث المبدأ لا يترتب عليه أي أثر قانوني، لأن المفاوضات تعتبر مجرد عمل مادي يقوم به العاقد المفاوض لا أثر قانوني له، وبالتالي كل متفاوض حر في قطعه المفاوضات في الوقت الذي يريد، ولهذا من يعدل عن المفاوضات لا تتحقق مسؤوليته، كما لا يمكن أن يطالب بتقديم تبرير العدول، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل هي مقيدة بمراعاة مقتضيات حسن النية في إبرام العقود²²⁶، وبالتالي قطع المفاوضات لا يعقد أي مسؤولية للمتفاوض إذا احترم قاعدة حسن النية في التفاوض وما يتفرع عنها من التزامات²²⁷. أما إذا تم قطع المفاوضات فجأة، دون مبرر مشروعاً ولأي سبب غير موضوعي، فإن المتفاوض يعد مخطئاً وتتعقد مسؤوليته المدنية²²⁸.

وبالتالي المفاوضات قد يتم قطعها أو إنهاؤها لمبرر مقبول (قطع مبرر للتفاوض)، وقد يتم قطعها أو إنهاؤها لمبرر غير مقبول (قطع غير مبرر للتفاوض). وهذا ما سنوضحه بالمتن الآتي:

- تكون المفاوضات قد تم إنهاؤها لمبرر مقبول إذا صار انعقاد العقد بالنسبة لأحد الطرفين غير ممكن لظروف موضوعية استجبت عليها أثناء المفاوضات على العقد، أو إذا كان السبب الذي لأجله تم قطع المفاوضات على العقد متوقعاً منذ البداية بالنسبة للطرف الآخر، أو إذا ما توافر سبب يحق معه للطرف الذي أنهى المفاوضات فسخ العقد فيما لو تم إبرامه، أو إذا ما تحفظ أحد الطرفين منذ البداية على انعقاد العقد²²⁹.

- وتكون المفاوضات قد تم إنهاؤها لمبرر غير مقبول، إذا تم مثلاً:
- دون وجود سبب جدي عن طريق تحلل أحد الطرفين من الشروط التي سبق التفاهم عليها بأي شكل من الأشكال خلال التفاوض على العقد، أو رفضه لشروط تحقق مصلحته قدمها له الطرف الآخر من

225 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 348، 349.

226 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 350، عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 43، 44.

227 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 102.

228 العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 72، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 45.

229 أمين دواس، مرجع سابق، ص 171.

تلقاء نفسه أو بناء على طلبه، أو يقترح بنوداً وشروطاً في العقد لا تكون مقبولة بالمطلق، أو يستمر في رفض كل الاقتراحات التي يقدمها الآخر بالرغم مما تتسم به من اعتدال ومنطقية. أو أن يتم قطع المفاوضات دون سبب جدي عن طريق إخلال أحد الطرفين بواجب التعاون مع الآخر من أجل استكمال إبرام العقد²³⁰، كأن يتراخى في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض، أو يتأخر بغير عذر مقبول عن حضور جلساتها، أو يرفض بغير مبرر تعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية مختلف عليها²³¹، أو يتخلف عن تسجيل العقد لدى الجهة المعنية، أو أن يبدأ سراً مفاوضات موازية مع طرف ثالث بعد أن يكون قد قطع شوطاً كبيراً في المفاوضات الأولى، وذلك أمر يشكل إخلالاً بالتوقع المشروع للطرف الذي بدأ معه المفاوضات أولاً بأنه لا يتفاوض مع سواه على العقد المزمع إبرامه، أو أن يبدأ المفاوضات بهدف حرمان الشخص الذي يتفاوض معه من فرصة أخرى أفضل للتعاقد مع غيره²³².

- إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع، رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد²³³.

- الإخلال بالثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف المقابل، فالطرف الذي أنهى المفاوضات يكون مسؤولاً تجاه الطرف الآخر في المفاوضات الذي تولدت لديه الثقة في أن العقد سينعقد، وبخاصة إذا ما كان الطرف المخل هو الذي ولد هذه الثقة لدى الآخر من خلال عدم إبلاغه له في الوقت المناسب بنيته الحقيقية عدم إتمام العقد²³⁴.

أما بالنسبة لجزاء الإخلال بالالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، فقد ثارت إشكالية متى يعد هذا القطع غير مشروع يخالف مبدأ حسن النية ومتى لا يعد كذلك²³⁵. وعموماً ودون الخوض في تفاصيل ذلك، فإننا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي القائل بأنه من غير الممكن التسليم بالقاعدة المطلقة المتمثلة في قاعدة ترتيب المسؤولية عن القطع غير المبرر، بل ينظر في كل حالة على حدة، لتقدير سلوك من قطع المفاوضات²³⁶.

230 أمين دواس، مرجع سابق، ص 171، 172.

231 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 28، 29.

232 أمين دواس، المرجع السابق، ص 172.

233 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 351.

234 أمين دواس، المرجع السابق، ص 171، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 351.

235 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 357.

236 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 358.

كذلك تلعب المرحلة التي يتم فيها قطع المفاوضات دوراً بارزاً في تحديد وجود السبب الجدي من عدمه، فإذا ما تم قطعها بعد أن بدأت بفترة قصيرة فلا يتصور قيام المسؤولية عن ذلك، أما إذا تم إنهاؤها بعد أن قطعت شوطاً كبيراً، فعلى الأغلب أن تتقرر المسؤولية بحق الطرف المخل، خاصة إذا اقترن إنهاء المفاوضات بظروف أخرى تبرر ذلك. لكن لا يجوز أن يفهم أن المفاوضات يجب أن تؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد، بل على العكس من ذلك، فأحياناً قد لا يتم إبرام العقد رغم أن المفاوضات تمت من قبل الطرفين وفقاً لمقتضيات حسن النية²³⁷.

ثالثاً: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وعدم إجراء مفاوضات موازية

لعل من أهم الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، على أطراف عملية التفاوض، هو ضرورة الالتزام بالمحافظة على سرية المعاملات، والالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، وسنتناول هذين الالتزامين في الآتي:

1. الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

إن مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات أو المعلومات، هو أن يتمتع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها، وان يتمتع أيضاً عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها (أي بدون رضا صاحب المعلومات السرية)²³⁸. وبذلك فإن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، يعني التزام المتفاوض باعتبار ما كان قد علمه من خلال عملية المفاوضات " كأن لم يكن"²³⁹.

ولهذا الالتزام صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام، فحيثما وجد التزام بالإعلام، وجب التزام مرتبط به هو عدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها بطريقة مضرة بالمتعاقدين الآخر²⁴⁰. ومن هنا قد يجد المتعاقد نفسه تجاه مسؤوليتين، مسؤولية تجاه من تعاقد معه عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، ومسؤولية قبل صاحب الأسرار الذي يحق له محاسبته عن إفشائها، فهنا فإن الوفاء بأحد الالتزامين سيؤدي حتماً إلى الإخلال بالالتزام الآخر، وبالتالي هناك تعارض بين التزامين قائمين على عاتق نفس الشخص، خاصة إذا كان الشخص محترفاً كالمحامي أو الطبيب. ويتمثل حل هذا الإشكال في اعتبار أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار يعلو على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ولكن في الوقت نفسه يجب تحديد

237 أمين دواس، مرجع سابق، ص 172.

238 العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 75.

239 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 31.

240 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 366.

البيانات والمعلومات التي يمكن أن توصف بأنها من قبيل الأسرار التي لا يجوز البوح بها، فما يعتبر من الأسرار فإنه لا يدخل في نطاق الالتزام بالإعلام، أما ما لا يعتبر من الأسرار فإنه يدخل ضمن نطاق الالتزام بالإعلام، وبالتالي فمن هنا بالتوفيق بين مختلف المصالح التي تقف خلف هذين الالتزامين المتقابلين. فالمحامي مثلاً للتوفيق بين واجب المحامي في الحفاظ على أسرار موكله القدامى وواجبه في إعلام عملائه الجدد يقتضي القول بأن على المحامي أن يقوم بتحذير هؤلاء متى استطاع القيام بذلك دون إفشاء أسرار موكله²⁴¹.

ومن غير المعقول أن يمنع المتعاقد عن كشف جميع المعلومات التي تلقاها من المتعاقد الآخر بمناسبة التفاوض وعملية إبرام العقد، لذا نجد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يشمل فقط المعلومات التي تعد بطبيعتها أسراراً وهي المسائل التي يترتب بإعلانها ضرر للمتعاقد المقابل²⁴²، كما أن هناك من يرى بأن مضمون الالتزام بالسرية لا يشمل فقط هذه المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها، فيضيف إليها نوع ثاني من المعلومات يتمثل في تلك المعلومات التي يسبغ عليها صاحبها طابع السرية فيلزم المحافظة على سريتها، والمعيار في ذلك - حسب هذا الرأي - هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه إذ أن هذه المعلومات تأخذ طابع السرية لأن الشخص لا يعلنها إلا لشخص آخر يثق بأنه لن يستغلها ضده²⁴³.

ويرى الباحث ان أهمية هذا الالتزام تبرز بشكل كبير في عقود بيع ونقل التكنولوجيا، سواء المدنية أو العسكرية، وسواء الدولية أو المحلية، لأنها تتمخض في مرحلة التفاوض تحديداً، عن إفشاء معلومات سرية حول التكنولوجيا المراد تسويقها، والتي تترتب مسؤولية على افشائها سواء تم التعاقد أو لم يتم التعاقد. لذلك نجد أن القواعد الأوروبية الموحدة أشارت إلى أهمية عدم افشاء الاسرار التي يتم الحصول عليها نتيجة التفاوض مع الطرف المقابل بشكل صريح ورتبت المسؤولية المدنية على افشاءها أو استغلالها بشكل غير مشروع²⁴⁴.

241 عروبة شافي عرطالمعموري، مرجع سابق، ص 171، 172.

242 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 363، عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 51، 52.

243 عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 52.

244 لقد تناولت نصوص قانون العقود الأوروبي الموحد لعام 2002 تحديداً المادة 2:302 فنصت على أنه " وفي حالة تقديم معلومات سرية من طرف واحد أثناء المفاوضات، يكون الطرف الآخر مسئولاً عن عدم الكشف عن تلك المعلومات أو استخدامها لأغراضه الخاصة سواء أبرم العقد فيما بعد أم لا. ويمكن أن يشمل الانتصاف المتعلق بانتهاك هذا الواجب التعويض عن الخسارة المتكبدة واسترداد الاستحقاقات التي يتلقاها الطرف الآخر". بخصوص مبادئ قانون العقود الأوروبي الموحد. أنظر: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl. 25\1\2018. 18;00. وبخصوص الترجمة تمت الاستعانة بترجمة غوغل والمعرفة الذاتية باللغة.

والتزام السرية ليس مطلقاً، بل قد يأذن صاحب السر بإفشائه (كأن يفضي به لوسائل الإعلام)، ويصرح القانون في بعض الأحوال بوجوب الإفصاح عن المعلومات السرية لإخبار السلطات العامة عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها²⁴⁵.

كذلك الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، هو التزام بتحقيق نتيجة، لأن حسن النية يقضي قطعاً، أن يحافظ كل متفاوض على الأسرار التي تتكشف له أثناء المفاوضات والمباحثات، فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه، ليمنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها، ولكن يجب أن يمتنع عن ذلك بالفعل، وغلا انعقدت مسؤوليته المدنية²⁴⁶.

أما جزء الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، فإن الراي السائد فقهاً وقضاً في فرنسا يذهب إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالالتزام سرية البيانات والمعلومات، وذلك لعدم وجود اتفاق صريح عليه²⁴⁷، وبالتالي يمنع على المتفاوض أن يقوم بالإفشاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء مفاوضات العقد، استناداً لأحكام المسؤولية التقصيرية²⁴⁸.

والتعويض هو الجزاء الرئيسي على الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، لأن الطرف المخل بهذا الالتزام يستحيل عليه أن ينفذه عيناً، بعد أن أحل به، لأن الالتزام في هذه الحالة يعد التزاماً بالامتناع عن عمل، ويعد المؤمن على السر منفذاً للالتزامه، مادام ممتنعاً عن إفشائه، فإن أفشاه اعتبر مخالفاً بالتزامه، وتعدر عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، لأن ما وقع من مخالفة لا يمكن تداركها، وفي مثل هذه الحالة، لا يبقى أمام صاحب السر سوى اللجوء إلى التعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، بالإضافة إلى التدابير الأخرى التي تحد من استخدام السر الاستخدام غير المشروع²⁴⁹.

2. الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل

ويتجلى مبدأ حسن النية في الحفاظ على السرية في مرحلة المفاوضات، والموازنة مع مبدأ تزويد الطرف المتعاقد بالمعلومات اللازمة بشكل واضح في عقود التأمين، التي تتطلب تعاون الأطراف بشكل كبير لإبرام العقد. للتفصيل حول تطبيقات مبدأ حسن النية في عقود التأمين.

245 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 363؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 53.

246 العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 126، 127.

247 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 75.

248 عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 51.

249 شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 373.

وليس هناك مانع قانوني للجمع بين جزاء البطلان وجزاء التعويض معاً. انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 393.

يرى البعض بأن من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود الامتناع عن إجراء مفاوضات موازية- بشأن العملية محل التفاوض- مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات. وهناك رأي ثاني آخر يذهب إلى القول بأن الأصل هو أن حسن النية لا يقتضي عدم إجراء مفاوضات موازية فهي جائزة ومشروعة كقاعدة عامة، لأن التزاماً بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات، معناه في الحقيقة مصادرة حرية التعاقد وحرية المناقشة من أساسها. وبالتالي لا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة، يسمى شرط القصر أو الاستبعاد.

وهناك رأي ثالث ذهب إليه الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، يرى بأن الذي يقتضيه حسن النية في هذه الحالة ليس متمثل بعدم إجراء مفاوضات موازية بل بعد إخفائها، فالطرف المقابل يجب أن يلتزم الشفافية في تفاوضه، ويفصح عن وجود مثل هذا التفاوض الموازي، حتى يكون الطرف المتفاوض معه على بينة من هذا الأمر، ويحتاط لنفسه، ولا يعول كلياً على هذه المفاوضات، بل يكون في حسبانته أن هناك مفاوضات تجري بموازاة ما يجري معه من مفاوضات²⁵⁰. أي أن حسن النية- حسب هذا الرأي- يقتضي عدم إخفاء وجود المفاوضات الموازية، أي عدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، وبالتالي لا يعتبر الشخص مخالفاً للالتزام حسن النية إذا أعلم من يتم التفاوض معه بهذه المفاوضات الموازية.

كما أن المفاوضات الموازية تقيم مسؤولية المتفاوضان اللاحقان حول ذات الموضوع، إذا كان لهم دور مخالف لمبدأ حسن النية، في إنهاء المفاوضات اللاحقة، فمبدأ حسن النية يضع الخط الفاصل الدقيق بين المنافسة المشروعة في التسويق والمفاوضات حول عمليات البيع والمفاوضة غير المشروعة، التي تهدف إلى إنهاء عملية تعاقد مبنية على مفاوضات بتدخل منافي لماهية ومفهوم مبدأ حسن النية. وهذا ما اكدت عليه المحكمة الأمريكية في حكمها الصادر في 14/11/1984 والذي ألزم شركة تكساكو بدفع مبلغ 1:11 مليار دولار أمريكي كتعويض لصالح شركة بينز أويل، في قضية تتلخص وقائعها بإفساد شركة تكساكو لمفاوضات شركة بينز أويل لشركة أخرى هي شركة جيتي، بعد توصل الشركتان الأخيرتان في مفاوضاتهما إلى تحرير وتوقيع مذكرة اتفاق، حددت كافة التفاصيل المتعلقة بعملية

250 شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 393، 394.

ننوه هنا بأن اتفاق قصر التفاوض هو من بين الاتفاقات المؤقتة التي تصدر في مرحلة التفاوض، وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات متوازية مع الغير لمدة معينة: انظر: عروبة شافي عرطالمعموري، مرجع سابق، ص 267.

الشراء لأسهم شركة جيتي بما فيها سعر السهم بمبلغ 110 دولار أمريكي، وكانت الموافقة على سعر السهم معلقة على موافقة مجلس إدارة شركة جيتي التي وافقت بدورها على البيع بسعر 115 للسهم الواحد، وبالرغم من علم شركة تكساكو بتوقيع مذكرة الاتفاق بين شركتي جيتي وبينز أويل، إلا أنها تدخلت وعرضت سعر 128 دولار أمريكي للسهم الواحد لشركة جيتي، وتم توقيع خطاب نوايا بين الشركتين الأخيرتين بمبلغ إجمالي عشرة مليارات دولار أمريكي، على أن تكون شركة تكساكو مسئولية بموجب خطاب النوايا وحدها قانوناً أمام الغير عن هذه الصفقة، ولقد اعتمدت المحكمة في حكمها بالتعويض على إلزامية مذكرة الاتفاق المبرمة بين شركتي بينز أويل وجيتي²⁵¹.

غير أنه يرى الباحث بأن وجوب الإفصاح بالمفاوضات الموازية قد يؤدي إلى المنافسة غير المشروعة، لأن من يعلم بوجود مفاوضات موازية، قد يبذل قصارى جهده حتى تفشل هذه المفاوضات الموازية وذلك حتى ولو تطلب منه الأمر أن يقوم بأساليب احتيالية أو غير مشروعة (كالتهديد أو التجسس) لتحقيق هدفه. وبالتالي إذا قلنا بأن حسن النية يقتضي عدم إخفاء المفاوضات الموازية، فإنه في نفس الوقت يمكن القول - في نظرنا - أن حسن النية يفرض أيضاً على من أعلم بهذه المفاوضات الموازية أن لا يتخذ أي أساليب غير شرعية قد تعيقها.

ويرى الباحث أن المفاوضات أو الدعوة إلى التعاقد في الاصل لا ترتب أثراً قانونياً، فكل طرف حر في قطع المفاوضات في أي وقت يريد، وكل دعوة إلى التعاقد يجوز العدول عنها، ولا يترتب على ذلك أية مسؤولية؛ على أساس أن المفاوضات ذاتها لا يمكن أن تقيم رابطة عقدية بين الطرفين المتفاوضين، ولا ترقى إلى مصاف التصرف القانوني، ولا يمكن أن يترتب عليها أي اثر قانوني²⁵². غير أنه إذا اقترن بقطع المفاوضات أو العدول عن التعاقد خطأ فإن من ارتكب هذا الخطأ يكون مسؤولاً عن ذلك، وتكون المسؤولية هنا لارتكاب الخطأ لا لمجرد قطع المفاوضات أو الرجوع عن الدعوة، طالما ترتب على هذا الخطأ ضرر أصاب المتعاقد الآخر.

فالتقييم هنا ينصب على سلوك المتعاقد الذي يسبق إبرام العقد، ومن هنا تبرز أهمية أعمال مبدأ حسن النية في التفاوض والمحاسبة على الإخلال به، وذلك من خلال أعمال فكرة المسؤولية التقصيرية المبنية على أساس الخطأ، والذي يمكن التعبير عنه بأنه إخلال بالواجب العام القاضي بعدم انحراف

251 مشار لحيثيات الحكم عند: حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 557.

252 حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 105.

المفاوض عن المسلك المعتاد والمألوف للرجل المعتاد، حيث مقتضى حسن النية أن يكون المفاوض جدياً وصادقاً ونزيهاً، لا مخادعاً ومحتالاً²⁵³، والإخلال بمبدأ حسن النية يؤدي إلى تحقق المسؤولية. مثال ذلك أن يتعاقد المفاوض مع شخص آخر، ولا يخطر المفاوض الآخر بعقله في وقت مناسب، بل يستمر مع ذلك في المفاوضة، ويتكبد المفاوضة نتيجة ذلك مصاريف أو يفوت عقداً آخر ما كان ليرفضه لولا انشغاله بالمفاوضة، أو أن يثبت أن الطرف الذي عدل لم يكن جاداً، أو كان عدوله لغير سبب مشروع، أو كان متعسفاً في استعمال حرية القبول. كصاحب الفندق أو المطعم الذي يفتح أبواب محله لاستقبال النزلاء والزبائن، إذا رفض من تقدم إليه دون سبب. كما ان مرحلة ما قبل إبرام العقد، تساعد في الكشف عن مضمون عباراته، وكذلك الظروف التي أحاطت بالتعاقد، والطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد. وفي ذلك تقوم محكمة التمييز " القاعدة في تفسير العقود أنه يقتضي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار سلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال منه على إرادة المتعاقدين من العقد"²⁵⁴.

الفرع الثاني

طبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض

هناك من يرى بأن المسؤولية المدنية قبل التعاقدية هي ليست مسؤولية عقدية بالمفهوم التقليدي الذي يفترض وجود عقد صحيح وإخلال بالتزامات نص عليها هذا الأخير، وليست مسؤولية تقصيرية بالمفهوم السائد في الأحكام التي تنظم هذه المسؤولية، بل هي مسؤولية من نوع خاص سابقة على إبرام العقد، إذ أنه لا يمكن للقاضي الحكم بتكوين العقد إلا على سبيل الاستثناء، كما أنه لا مجال لإدانة المسؤول إلا بأداء تعويض عادل²⁵⁵.

253 حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للتزام، المرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

254 - تمييز حقوق 327 لسنة 1977، مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص 140. وكذلك تمييز حقوق 388 لسنة 1977، مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص 77. وكذلك تمييز حقوق 220 لسنة 1985، مجلة نقابة المحامين لسنة 1985، ص 1911.

255 ذهب إلى ذلك: العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 5.

هذا الرأي نقد من طرف الدكتور أمين دواس فذهب إلى القول بأنها محاولة لا جدوى منها اعتبار المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة المفاوضات مسؤولية من نوع خاص. أما الدكتور محمد حسام محمود لطفي، فيقول بأن المنطق لا يجانب من يناهز بالدراسة المتأنية للرأي

غير أننا نتفق مع من ذهب إلى القول بأن المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض على العقد ليست مسؤولية من نوع خاص، وإنما هي مسؤولية مدنية عادية، قد تكون مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، وأن هذه التسمية ما هي إلا لتحديد المرحلة (أي الفترة الزمنية) التي تنشأ خلالها هذه المسؤولية وهي مرحلة التفاوض على العقد. دون أن ننسى أن في بعض الأحوال - كـ بعض أحوال قطع المفاوضات - قد تقوم المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في آن واحد، وبالتالي لا بد من تحديد ما إذا كان يجوز للطرف المتضرر أن يختار بينهما²⁵⁶.

وبما أن قانون المخالفات البريطاني الساري في فلسطين، حدد طبيعة الالتزام في المسؤولية التقصيرية عن الإهمال الناتج عن التقصير بالقيام بفعل يفرضه واجب قانوني، أو بإتيان فعل ينهى عنه واجب قانوني، على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المعتاد. وعليه ولعدم وجود مثل هذا الواجب القانوني في المرحلة السابقة على التعاقد في القوانين السارية في فلسطين، فلا يمكن إقامة مسؤولية المفاوضات على أساس المسؤولية التقصيرية. ويرى الباحث أنه إذا وجد مكان لإقامتها فيمكن على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث يحق للجميع التفاوض على انشاء العقود ولكن دون الإضرار بالغير، ودون تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة. فإذا عدل المفاوض عن التعاقد دون مبرر مشروع أو كانت مفاوضاته لتحقيق مصلحة غير مشروعته أو كانت مصلحته المرجوة من العدول عن التفاوض لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر²⁵⁷، تحققت مسؤوليته بجبر الضرر والتعويض على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

لكن الإخلال بالالتزام العقدي الذي يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض (أي عقد التفاوض)، يرتب بالضرورة تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى قبل أن تسفر المفاوضات عن إبرام أي عقد. وقد ذهب جانب من الفقه إلى ذلك الرأي في فرنسا ومصر، وكذلك في الجزائر²⁵⁸. أما الحالات الأخرى - من حالات المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض - التي لا تتوفر فيها

القائل بابتداع نوع ثالث للمسؤولية تتحدد شرائطه وفقاً لاحتياجات العدالة: انظر: د. أمين دواس، المرجع السابق، هامش 125، ص 180؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 82.

256 أمين دواس، مرجع سابق، ص 188، 189.

257 بخصوص نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ومجلة الاحكام والقانون المدني الاردني، انظر: عثمان التكروري واحمد السويطي، مرجع سابق، ص 453 وما بعدها.

258 العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 171 وما يليها. وفي مثل هذا المعنى انظر: أمين دواس، مرجع سابق، ص 178، محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 68.

اتفاقات مبدئية، فالاتجاه السائد في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر يعتبرها مسؤولية تقصيرية²⁵⁹، لعدم وجود العقد، وبالتالي لا مجال للمسؤولية التعاقدية قبل انعقاد العقد، وهذا هو الأصل العام.

تطبيقاً لما سبق ذكره، فإن الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض على العقود، إذا لم يتم النص عليه صراحة (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه)، فإنه في الأصل العام، يرتب المسؤولية التقصيرية، وهذا هو الرأي الذي استقر عليه معظم الفقه المعاصر في فرنسا ومصر والجزائر وأيده القضاء وذهب إليه أيضاً الفقه الإسلامي²⁶⁰.

لكن استثناءً، تكون المسؤولية عن الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية²⁶¹، إذا كان هناك إخلال بالتزام عقدي متمثل في التزام حسن النية في التفاوض (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه)، يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض (أي عقد التفاوض)، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى قبل أن تسفر المفاوضات إلى إبرام أي عقد²⁶².

أما عند توافر المسؤوليتين العقدية والتقصيرية معاً، فقد اتجه أغلب الفقه إلى عدم جواز الخبرة بين المسؤوليتين، استناداً إلى استقلال كل من المسؤوليتين بنظام قانوني خاص، مما يؤدي إلى استبعاد إحداها من نطاق الأخرى²⁶³، وبالتالي الدائن (المتضرر) لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين. فنصت المادة 2/61 من قانون المخالفات المدنية على أنه " ليس لشخص أن ينال تعويضاً أو نصفه أخرى عن مخالفة مدنية، إذا كانت تلك المخالفة تؤولف في الوقت نفسه، إخلالاً بعقد، أو بالتزام يماثل

259 أمين دواس، المرجع السابق، ص 178؛ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 153، 154 ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 87. انظر أيضاً: قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 258113، بتاريخ 2002/1/30، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 2، ص 120. قضت المحكمة العليا فيه من أن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استناداً لأحكام المادة 176 من القانون المدني.

260 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 548، ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 86، 87، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 69، 70، 175.

وننوه هنا بأنه إذا لم يترتب أي ضرر للطرف الآخر، فلا مسؤولية قانوناً، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 177.

261 في مثل هذا المعنى انظر: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 155.

262 محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 86

263 محمد صبري السعدي، محمد حسنين، بلحاج العربي، علي فيلالي. أما علي علي سليمان ذهب إلى عكس ذلك فقال بأنه متى توافرت شروط الدعويين، يمكن للدائن (أي المتضرر) أن يرفع الدعوى الذي يختارها. أشار إليهم: العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 180.

الالتزامات الناشئة عن العقد، وكان ذلك الشخص، أو شخص آخر يدعي عن طريقه، قد حكمت له بتعويض عن ذلك الإخلال أية محكمة أو هيئة قضائية أو محكم.

كما نصت المادة 63 من قانون المخالفات المدنية على أنه " لا يجوز لأي شخص أن ينال تعويضا عن الإخلال بشروط عقد، أو بشروط التزام يماثل الالتزامات الناشئة عن العقد، إذا كان ذلك الإخلال يكون أيضا مخالفة مدنية وكان ذلك الشخص أو شخص آخر يدعي عن طريقه، قد حكمت له محكمة بتعويض أو بنصفه أخرى عن تلك المخالفة المدنية ".

ويتبن من هذين النصين أنه لا يجوز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية عن الفعل الضار عن الفعل الواحد، فلا يجوز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر بناء على كل من المسؤوليتين، لأنه لا يجوز التعويض عن الضرر الواحد مرتين، لأن حكمة تشريع المسؤولية هي جبر الضرر وإصلاحه فحسب؛ فلا يجوز أن يثري المضرور على حساب محدث الضرر بأن يتقاضى أكثر مما يلزم لجبر الضرر.

كما لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليتين، بمعنى أن يأخذ من أحكام كل منهما ما هو أصلح له، كما لو تمسك بعدم سماع الدعوى بمضي 15 سنة في المسؤولية العقدية، وبالتضامن المفترض، أو التمسك بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية عن الفعل الضار، لأن لكل منهما نظامها القانوني الخاص.

كما لا يجوز له أن يجمع بينهما، بمعنى أن يتمسك بإحدهما أولا، فإذا خسر دعواه لجأ إلى الدعوى الأخرى، بل يجوز دفع دعواه الثانية بسبق الفصل فيها، لأن الدعوى الأولى متحدة في موضوعها وهو التعويض عن الضرر، وسببها وهو الواقعة الضارة سواء وصفت بأنها إخلال بالتزام عقدي أو إخلال بالتزام قانوني، وخصومها²⁶⁴. وبالتالي تكون مردودة لسبق الفصل فيها.

أما إذا أصاب المضرور أضرار مختلفة منها ما هو بسبب عدم تنفيذ العقد، ومنها ما هو ناتج عن فعل ضار، فله أن يطلب التعويض عن كل الأضرار التي أصابته، ولا يكون ذلك جمعا بين المسؤوليتين في هذه الحالة، كما لو منع المدعى عليه المالك المدعي المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة؛ واعتدى عليه بالضرب والسب، فيجوز للمستأجر أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية لمنع المؤجر له من الانتفاع بالعين، ويرفع دعوى المسؤولية عن الفعل الضار فيما يتعلق بالاعتداء²⁶⁵.

²⁶⁴ سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 58.

²⁶⁵ أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 155.

ويرى الباحث على أنه من غير المقبول قانوناً، أن يحصل المتضرر على تعويضين عن ضرر واحد، وعلى أن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي تحكمها المسؤولية العقدية أساساً، لأن علاقة الدائن بالمدين مرجعها العقد²⁶⁶. أما بالنسبة للأضرار التي يمكن أن يتم التعويض عنها عند الإخلال بالتزام بالتفاوض بحسن نية فهي لا تقع تحت حصر نظراً إلى اختلاف طبيعة المفاوضات من عقد إلى آخر²⁶⁷.

وفي مجال الخيرة بينهما ذهب جانب من الفقه إلى أن للدائن أن يختار أياً من الدعويين، فإذا اختار إحداهما تفيد بها ولا يجوز له أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر دعواه الأولى²⁶⁸.

بينما يذهب الرأي السائد في الفقه إلى أنه حيث يوجد عقد يتمتع أعمال المسؤولية عن الفعل الضار، فدعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية عن الفعل الضار لأن العلاقة التعاقدية أقوى وينبغي تطبيق أحكامها²⁶⁹، فالعلاقة بين الدائن والمدين مرجعها العقد وحده²⁷⁰. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان المدين قد ارتكب خطأ جسيماً أو غشاً؛ أو فعلاً يعد جريمة جنائية²⁷¹.

أما في فلسطين فقد ذهب رأي إلى أن قانون المخالفات المدنية يسمح بالخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية عن المخالفة المدنية مسترشداً بنص المادتين 2/61 و 63 السابق ذكرهما²⁷². غير أنه غاب عن صاحب هذا الرأي أن المادة 7 من قانون المخالفات المدنية نصت على أنه "يصح لمن كان دون الثامنة عشرة من عمره أن يقيم الدعوى بشأن مخالفة مدنية، ومع مراعاة أحكام المادة الثامنة من هذا القانون، تصح إقامة مثل هذه الدعوى عليه ويشترط في ذلك أن لا تقام الدعوى على أي شخص كهذا بشأن مخالفة مدنية، إذا كانت تلك المخالفة ناشئة، مباشرة أو بالواسطة، عن عقد معقود معه".

²⁶⁶ قرار المحكمة العليا، رقم 77237، بتاريخ 1992/5/11، غير منشور، قرار المحكمة العليا، رقم 41112، بتاريخ 1990/5/28، المجلة القضائية، عدد 2، ص 117 (استحالة التنفيذ يتم حسمها على شكل تعويضات). أشار إليها: أ.د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 180؛ قرار المحكمة العليا، رقم 34951، بتاريخ 1985/10/30، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 2، ص 44 (جواز طلب فسخ العقد مع التعويض)؛ قرار المحكمة العليا، رقم 34000، بتاريخ 1984/11/7، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 1، ص 55. أمين دواس، المرجع السابق، ص 190. للمزيد حول كيفية تعويض الانظمة المقارنة عن الاضرار الناجمة عن مخالفة مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد. أنظر: هامس رقم 99 من هذه الدراسة ص 40.

²⁶⁷ أمين دواس، المرجع السابق، ص 190.

268 نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 2005، ص 352.

269 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 661 وما بعدها.

270 عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 3.

271 سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 70.

272 أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 159.

فهذا النص صريح في عدم جواز اللجوء إلى المسؤولية عن المخالفة المدنية أي الفعل الضار، إذا كانت المخالفة ناشئة عن عقد أي إذا كانت هناك مسؤولية عقدية، أي أن المضرور غير مخير بين المسئولتين، بل عليه اللجوء إلى المسؤولية العقدية. بمعنى أن الدائن ليس له إلا دعوى مستندة للمسؤولية العقدية، ذلك أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسئول عنه بعلاقة عقدية سابقة، كما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة للعقد.

ولكن يجب الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الرأي رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد العاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر، مع ضرورة الانتباه إلى أن مرد تقدير واستخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به من عدمه يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع²⁷³.

المبحث الثاني

مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود

إن الصورة النمطية البسيطة للعقود، في ظل التطور والتغير الذي أصاب نواحي الحياة المختلفة بالتعقيد، طال بشكل أو بآخر عمليات التعاقد. ومن المتفق عليه قانوناً وقضائياً وفقهاً أن العقد هو نتاج التقاء إرادتين، فلا تملك إحدى هاتين الإرادتين تعديله أو نقضه متى أصبح مبرماً وباتاً، ولا بد من توافق هاتين الإرادتين من أجل إقالته أو تعديله. ومن هنا، أصبح في حالة الخلاف بين أطراف العقد على تحديد المقصود من نقطة معينة في عقدهما أو تحديد بعض الآثار اللازمة والمترتبة على عملية التعاقد، يتم اللجوء لوسيلة التفسير لهذا العقد لتبين هذه الإرادة المشتركة للطرفين. وعوداً على بدء، فإن بعض العقود، كعقود المقاولات الكبيرة أصبحت تضم دفاتر شروط تزيد عدد صفحاتها عن مئات وأحياناً تصل آلاف الصفحات، وكل ذلك التعقيد الذي أصاب النشاط الانساني، صاحبه صعوبة في بعض الاحيان في تبين الأحكام والشروط عند تنفيذ هذه العقود مما دعا لوجود عملية التفسير، لتبين فهم النص والحكم المطلوب منه حتى يتسنى تنفيذه²⁷⁴.

273 "إنه وقد اعتبرت الطاعنة "المرسل إليها" طرفاً ذا شأن في سند الشحن وحده، وهذا السند هو الذي يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التي رسمها ذلك السند وهي حدود لا يترتب عليها إلا المسؤولية العقدية، وليس للطاعنة أن تلجأ إلى المسؤولية التقصيرية إذ أساسها الإخلال بالتزام فرضه القانون، الالتزام في خصوصية النزاع لا تصدر له إلا سند الشحن ما دامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقرار المطعون ضدها لفعل يجرمه القانون". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 60 لسنة 30، جلسة 1965/2/25، س 16، ع 1، ق 35، ص 220. وبذات المعنى، نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 2384 لسنة 54، جلسة 1990/4/4، س 41، ع 1، ق 151، ص 917.

²⁷⁴ أديب استانبولي، شفيق طعمة، الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الطبعة الثانية، الجزء الثاني لسنة 1992، ص 656.

فهناك مسألتين هامتين في العقد، التنفيذ والتفسير فهما مرتبطتان مع بعضهما البعض، لأن التنفيذ يقتضي التفسير ولأنهما يؤديان إلى نتيجة واحدة، ويؤكد ذلك الدكتور عبد الحكم فوده فيقول: (فالتنفيذ والتفسير عمليتان متكاملتان وغير منفصلتين، إذ كيف يمكن حل مشكلة متعلقة بالتنفيذ قبل إجراء التفسير، الذي يتعين أن يتم وفق مبادئ حسن النية وشرف التعامل)²⁷⁵.

ومبدأ حسن النية إذا كان قد لعب دوره في مرحلة إبرام العقد، فله أيضاً دوراً في مرحلة تفسيره، أما مرحلة التنفيذ فدوره فيها يكون أهم وأخطر من دوره في مرحلة الإبرام ومرحلة التفسير²⁷⁶.

وعليه سنتناول أولاً مبدأ حسن النية في تفسير العقود من خلال المطلب الأول، ثم نتطرق ثانياً إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول

حسن النية في تفسير العقود

العقد وسيلة للتعبير عن إرادة أطرافه بقصد تنظيم العلاقة القانونية التي يقيمونها بقصد إحداث أثر قانوني فيما بينهم، فإذا حصل خلاف حول ما قصده من التزامات في العقد التام بينهما لجئوا إلى القاضي طلباً لتفسيره، أي تحديد مضمونه وبيان الالتزامات التي يرتبها العقد، وبهذا المعنى يكون التفسير وسيلة قضائية لإظهار إرادة الفرقاء في العقد.

إن القاضي عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بتنفيذ العقد، يقوم أولاً بتحديد مضمون العقد ثم يعقب ذلك بتفسيره، وتحديد مضمون العقد هو: (تعيين ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات مع ما يستتبع ذلك من استكمال ما لم يكن قد جرى به التصريح فيه)²⁷⁷، أي يحدد حتى الالتزامات الضمنية في العقد. أما التفسير فيقصد به: (تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به)²⁷⁸.

275 عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 157.

276 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 409.

277 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 59.

278 عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 17.

وبذلك، الأمانة والثقة من وسائل التعرف على حسن نية المتعاقدين، يستوحيهما القاضي من داخل العقد²⁷⁹، أما تفسير التصرفات القانونية بحسب حسن النية، فهو يعني - قبل كل شيء - البحث عن النية الحقيقية للطرفين واحترامها²⁸⁰.

وبالتالي مبدأ حسن النية بما يقتضيه من أمانة وثقة، يؤدي إلى مساعدة القاضي عند تفسير العقد في التعرف على نية المتعاقدين المشتركة، كما أنه يؤدي إلى حسن تطبيق القانون متمثلاً في حسن تفسير العقود²⁸¹.

أما بالنسبة للنية المشتركة للمتعاقدين، فهي لا يقصد بها، تلك الإرادة الباطنة التي تستخلص بمعايير ذاتية، بل الإرادة الباطنة الموضوعية، التي تستخلص بمعايير موضوعية، هي طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات²⁸². وبالتالي للوصول إلى معرفة النية المشتركة بين الإرادتين، يحاول القاضي أن يكشف عن الإرادتين الباطنتين لكل من المتعاقدين بواسطة إرادتهما الظاهرتين (تعبيرهما)، ليتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقاً، ويهتدي في ذلك بالوسائل التي نص عليها المشرع وهي طبيعة التعامل (أي نوع العقد الذي يرد عليه التفسير)، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وبالعرف الجاري في المعاملات²⁸³.

الوسيلة القضائية في التفسير لا تعني أن يمنح القاضي سلطة مطلقة في ذلك التفسير حتى لا يؤدي تدخله إلى إيجاد ما لم يوجد الفرقاء ويحملهم من الالتزامات ما لا يريدوه²⁸⁴، وحتى لا يصار إلى التغول على مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين²⁸⁵ فتفسير العقد من عمل القاضي²⁸⁶، ويقصد به تحديد

²⁷⁹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 398.

²⁸⁰ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 157.

²⁸¹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 438.

²⁸² عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 357.

²⁸³ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 59.

²⁸⁴ المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير الشروط والعقود على وفق ما تراه من ظروف الدعوى وملابساتها دالاً على حقيقة ما قصده العاقدان، فإذا رأت مدلولاً معيناً لشرط أو عقد، وبينت من حكمها كيف أفادت صيغة الشرط أو العقد ذلك المدلول فلا يصح الاعتراض عليها لدى محكمة النقض ما دامت الاعتبارات التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي وصلت إليها".
نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 13015 لسنة 80، جلسة 2014/1/27.

²⁸⁵ "إن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون، وإذا كانت عبارته واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادتهما وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات".
نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 4315 لسنة 72، جلسة 2013/1/22.

²⁸⁶ وعن باقي أسباب الطعن وحاصلها النعي على محكمة البداية بصفتها الإستئنافية خطأها في تأييد قاضي الصلح بما توصل إليه، فإننا نجد أن محكمة البداية بصفتها الإستئنافية وبما لها من صلاحية في تفسير العقود ووزن وتقدير البيانات توصلت من خلال اطلاعها على

معنى العبارات التي تم بها إبرام العقد²⁸⁷. وهذه العبارات قد تكون واضحة، وقد تكون غامضة، وقد يثور الشك في تفسيرها.

وأول ما يقتضي تحديده في عملية التفسير هو وضع معيار يفصل بين الغموض والوضوح، طالما أن القاضي لا يتدخل مفسراً العقد إلا في حال الغموض، ويعتبر النص غامضاً عندما يتضمن من الكلمات ما يحتمل عدة تأويلات أو كانت من الإبهام ما يجعل الفكرة المعبرة عنها غير واضحة المعالم، مما يوجد الالتباس حول ما أراده الفرعاء من استعمالها، أو كانت الكلمات من المتداول عرفاً ولكن لا معنى قانوني محدد لها²⁸⁸.

ويقتضي مبدأ حسن النية في التفسير، عدم التقييد بالعبارات الواردة في العقد، إذا كانت لا تعبر بحق عن نية المتعاقدين، أي يقتضي تفسير العقود بمرونة وبحسب ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وبالتالي عدم تفسيرها حرفياً²⁸⁹، والقاضي يلتزم بذلك عند تفسير العبارات الغامضة أو المتعارضة في الاتفاقات المختلفة، فيرفض كل تفسير يبنى على ما يتنافى مع حسن النية الأمانة كسوء النية أو الرغبة في التضليل أو الغش، كما أنه يأخذ بما تمليه الثقة المشروعة، والمفترضة في

البيانات المقدمة في الدعوى والتي وزنتها محكمة الصلح إلى أن المدعى عليها مريم كانت قد تركت المأجور موضوع الدعوى دون إشغال فعلي وحقيقي لمدة تزيد على ستة أشهر وان بقاء بعض البضائع (وكراطين) المواد التموينية لا يشكل إشغالا فعلياً للمأجور في ضوء الغاية من استعماله وهو تجارة عامة وخدمات عامة طبقاً لما ورد في عقد الإيجار، وهذا الترك يتناقض مع الحكمة المستفادة من قانون المالكين والمستأجرين وهي حل أزمة السكن، وحيث ترى محكمتنا إن ما توصلت إليه وقنعت به محكمة البداية بصفتها الإستئنافية له ما يبرره من الواقع والقانون ولا يوجد ما يدعو للتدخل فيما قنعت به محكمة الموضوع على اعتبار أن ما جرى استخلاصه سائغاً ومقبولاً. محكمة النقض الفلسطينية رقم 97 لسنة 2009، بتاريخ 2009/6/17، منشورات المقتفي.

²⁸⁷ ولما كانت نقطة الخلاف الجوهرية في الدعوى محل البحث هي ما إذا كان العقد بين المدعية المطعون ضدها والمدعى عليها الطاعنة محدد المدة أم غير محدد المدة، ولما كان ما تدعيه الطاعنة من تناقض في طلبات المدعية المطعون ضدها لا يدعو أن يكون ادعاء باستحقاق المدعية بدل إشعار وفق المادة 2/26 من قانون العمل سندا للمادة 27 من القانون المذكور التي تنص على أن يتمتع العاملون بعقود عمل محددة المدة بنفس الحقوق التي يخضع لها العاملون بعقود عمل غير محددة المدة في ظروف مماثلة فإن ذلك لا يعد تناقضاً موجباً لرد الدعوى سيما وأن محكمة الدرجة الأولى قد عالجت هذه المسألة وقضت بها وبذلك فإن هذا السبب يغدو غير وارد وحرياً بالرد. وبالنسبة للسبب الثالث المتعلق بكون العقد محدد المدة، ولما كان هذا السبب يتعلق بوزن محكمة الموضوع للبيئة، وهي مسألة واقع تستقل به المحكمة على أن يكون حكمها مستخلصاً مما هو ثابت في ملف الدعوى استخلاصاً سائغاً، ولما كانت محكمة الاستئناف قد بنت حكمها وفق ما قنعت به من بيئة وعللت ذلك تعليلاً سائغاً لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه، فإن هذا السبب يغدو غير وارد وحرياً بالرد. محكمة النقض الفلسطينية رقم 70 لسنة 2010، بتاريخ 2011/4/11، منشورات المقتفي.

²⁸⁸ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 66.

²⁸⁹ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 18، 69.

فالمحكمة العليا قضت بأنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. لذا اعتبرت قضاة المجلس القضائي استعمالوا حقهم في تأويل عبارات العقد عندما قاموا بتفسير عقد عرفي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها. انظر: قرار المحكمة العليا، رقم 149300، بتاريخ 1997/7/23، المجلة القضائية، عدد 2، ص 51.

المعاملات²⁹⁰، وبالتالي لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع، وقد تكون هذه الإرادة هي نية المتعاقد الحقيقية.

وكذلك مبدأ حسن النية من خلال الأمانة والثقة، يقتضي شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الإرادة الصادرة من المتعاقد الآخر، أي يقتضي أن يكون المتعاقد حسن النية أثناء التعبير عن إرادتهما، فالمتعاقد إذا كان على علم بأن تعبير المتعاقد الآخر قد تضمن خطأ أو غموض في الصياغة أو قصور، أو على الأقل كان في استطاعته أن يتبين ذلك، فإن حسن النية في التعامل يقتضي ألا يستغل هذا الخطأ أو الإبهام أو النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها²⁹¹، فمثلاً إذا كان العقد روعي فيه توافر عنصر من عناصر الضرر، فإن الأمانة والثقة تقتضيان الاقتصار في تحديد التزامات كل متعاقد على الحدود التي كانت مفهومة فيما بينهما، دون أن تجاوز ذلك إلى مخاطر لم تدخل في حسابهما²⁹²، ويتنافى أيضاً مع حسن النية في التعبير أن تكون للمتعاقد إرادتان أحدهما ظاهرة غير حقيقية وأخرى باطنة حقيقية يتمسك بها لحساب نفسه ويستخدمها بما يتعارض مع مصالح الطرف الآخر²⁹³.

ومن مقتضيات حسن النية في تفسير العقد، أن يتم التفسير في ضوء روح العقد والغرض منه، فيستلهم القاضي الغرض والقصد من العقد عند إبرام المتعاقدين له. كما يقتضي حسن النية أيضاً إعمال الكلام خير من إهماله متى أمكن، فمثلاً لو قال رجل وقف داري على أولادي وليس له إلا أولاد أولاد تعيين حمل المعنى عليهم، وهذا التفسير تستلزمه قواعد حسن النية، وبالتالي إذا تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي يحمل على معناه المجازي، أما إذا تعذر إعمال الكلام يهمل لأنه ليس من حسن النية في التفسير حمل الألفاظ على معان لا تحتملها الألفاظ، لأن ذلك يكون ضرباً من العبث الذي يجب أن يتنزه عنه المفسرون، كما يقتضي حسن النية أيضاً حمل المطلق على إطلاقه حتى يقوم دليل على تقييده نصاً أو دلالة²⁹⁴.

²⁹⁰ حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، ط1978، 2، ص438.

²⁹¹ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 438، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 198، عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 399.

²⁹² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 199.

²⁹³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 399.

²⁹⁴ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 399، 400.

وقد نصت المادة (2/165) من مشروع القانون المدني على انه " إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات"، شريطة أن يبين القاضي الأسباب التي حملته على ذلك، وأن يذكر في أسباب حكمه كيف أن عبارات العقد مجتمعة تفيد المعنى الذي انتهى إليه تفسيره²⁹⁵.

ولأن العبرة بإرادة المتعاقدين، والمفروض أن تعبر العبارة عن هذه الإرادة، فإذا تبين للقاضي أن المتعاقدين أساء استخدام الألفاظ في التعبير عن هذه الإرادة، له رغم وضوح العبارة المستخدمة، أن يفسرها وفق المعنى الذي أراد المتعاقدان لا المعنى الحرفي للألفاظ العبارة²⁹⁶.

وفي تأكيد هذا التوجه في تفسير العقد بما يقتضيه حسن النية في ضوء روح العقد والغرض منه، قضت محكمة النقض الفلسطينية في قضية تتلخص وقائعها (بقيام شخصين باستئجار منزل وذكرهم انهم مجتمعين في استئجاره في عقد الايجار، وقد تنازل بعد فترة من العقد احد الشخصين عن حقه في الاجارة، بينما بقي الآخر ملتزماً بواجبات العقد ودفع الأجرة، فطلب المؤجر اخلاء المأجور بدعوى مخالفة شروط العقد بخروج احد المستأجرين وتنازله عن الإجارة، لكن المحكمة رفضت هذا الطلب لأن الأصل البحث عن الإرادة الحقيقية والغرض من العقد لا عن الألفاظ الظاهرة).

وجاء في قرار محكمة النقض أنه " وانطلاقاً من صلاحيتها في تفسير العقود بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وجدت المحكمة ان ما ذهب اليه وكيل المدعي واسس عليه دعواه من ان على

²⁹⁵ مفاد النص في المادة 1/150 من القانون المدني يدل على أن القاضي ملزم أن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، وأنه وإن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك، ولما كان ما تقضي به المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام وينطوي الخروج عنها على مخالفة القانون لما فيه من تحريف ومسوخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة وتخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض."نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 163 لسنة 72، جلسة 2002/12/26، س 53، ع 2، ص 1299. وكذلك " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن قواعد التفسير وفق المادة 1/150 من القانون المدني تقضي بعدم جواز الانحراف في عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة العاقدين إلا أن المقصود بالوضوح - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ فقد تتسم كل عبارة من عبارات العقد بالوضوح في ذاتها ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث تعم المعنى المستخلص منها فلا يجوز للمحكمة وهي تعالج تفسير المحررات أن تعدد بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة."نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 1502 لسنة 71، جلسة 2002/4/18، س 53، ع 1، ص 560.

²⁹⁶ " المقرر - في قضاء محكمة النقض - لا يجوز للقاضي عند تفسير العقد الانحراف عن عباراته الواضحة والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك وهو يخضع في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض."نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 408 لسنة 75، جلسة 2005/12/13، س 56، ق 151، ص 868.

المستاجرين ان ينتفعا بالماجور مجتمعين وانه في حالة انفراد احدهما يكون في ذلك مخالفة لشروط العقد توجب التخلية هو تفسير غير صحيح ولا يستند الى اساس من القانون، وانه لا مصلحة للمؤجر وقت تحرير العقد بإيراد تلك الكلمة (مجتمعين) سوى انه اراد ان يضمن استيفاء الاجرة من الاثنتين أي لكي يضمن مطالبة أي منهما، حيث جاء في العقد ذاته ان بدل الايجار السنوي يدفع من المستاجرين بالتضامن والتكافل²⁹⁷.

وتقول محكمة التمييز في ذلك " تملك المحكمة حق تفسير العقود، ذلك أن لها السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه ومقصود المتعاقدين، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه²⁹⁸.

ووما يساعد في تلمس ارادة المتعاقدين،المفاوضات السابقة على إبرام العقد، فهي تساعد في الكشف عن مضمون عباراته، وكذلك الظروف التي أحاطت بالتعاقد²⁹⁹، والطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في

297 وجاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية تأكيد على البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين، فذكرت أنه " كما وجدت المحكمة ان ما توصلت اليه محكمة الدرجة الاولى في تفسيرها لاتجاه ارادة المتعاقدين عند التعاقد بإيراد كلمة (مجتمعين) بان ارادة المؤجر ان تضمن استيفاء الاجرة لا تثريب عليها فيه وان ما يؤيد ذلك عدم اشتكاء المستأنف بموجب الدعوى الاساس من تقصير المستأنف عليه من دفع الاجرة ، كما وجدت ان الحكم المستأنف يخلو من التناقض بين اسبابه وحجتيه ، لذلك اصدرت حكمها الذي لم يقبل به الطاعن فطعن فيه بالنقض للسبب الانف ذكره . وبالعودة لسبب الطعن المتعلق بقصد المتعاقدين بكلمة (مجتمعين) الواردة في عقد الايجار ، ولما كانت هذه الكلمة قد جاءت في بند المستاجر وتابعيته ، وتبعها في بند كيفية دفع الاجرة انها تدفع من المستاجرين بالتكافل والتضامن ، فان ما توصلت اليه محكمة البداية بصفتها الاستئنافية بان الغاية من ذلك هي ضمان المستاجرة الاصلية استيفاء اجرتها من المستاجرين ومطالبة أي منهما يكون هو التفسير المنفق مع المنطق والاقرب لارادة المتعاقدين . ولما كان وكيل الطاعن يصير على غرابة ما توصلت اليه محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في تفسيرها لارادة المتعاقدين في عقد الايجار فيما يتعلق بكلمة (مجتمعين) ، وكان الثابت في ملف الدعوى ان المؤجر هي استر خضر قنواي (سلف الطاعن) التي كانت تملك العقار موضوع الدعوى بتاريخ 2000/2/8، وان الطاعن اتفق مع المستاجر الثاني على تنازله عن حقه في الانتفاع بالماجور بتاريخ 2005/10/21، واستمر في قبض الاجرة من المستاجر الاول مورث المطعون ضدهم مدة تزيد على اربع سنوات قبل اقامة الدعوى محل البحث ، فان الغريب حقاً ان يستغرق وكيل الطاعن اربع سنوات حتى يتفق ذهنه عن التفسير (الذي اورده في لائحة دعواه ومرافعاته) والذي يصير عليه حتى لدى محكمة النقض رغم مخالفته لايسط قواعد المنطق والتفسير القانوني السليم ، الامر الذي يغدو معه هذا الطعن غير وارد وحريا بالرد". نقض مدني رقم 2012|335، الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2013|5|20.

²⁹⁸ تمييز حقوق 226 لسنة 1963، مجلة نقابة المحامين لسنة 1963، ص 431.

²⁹⁹ " إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن أبرم مع المطعون ضده عقداً مؤرخاً في 1970/11/3 بموجبه أصبح " " بصفته ولياً طبيعياً على ابنه "....." شريكاً بواقع الثلث في صيدلية التي يمتلكها الصيدلي في مقابل مبلغ ثلاثة آلاف جنيه، وتضمن الاتفاق على أحقية الشريك في مبلغ سنتين جنيهاً شهرياً وتضمن الاتفاق على المشاركة في الأرباح والخسائر سنوياً، وأن يكون لمالك الصيدلية حق الإدارة لقاء مبلغ مائة وعشرين جنيهاً شهرياً، وأنه في حالة وفاة أي من الطرفين يحل ورثته محله ووقع عليه كشهود ثلاثة من أصحاب الصيدليات بذات المدينة، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص في مدوناته إلى أن عقد الاتفاق سالف الذكر لا يعدو أن يكون عقد شركة محاصة استناداً إلى أنها شركة مستترة وخفية وليس لها وجود ظاهر بالنسبة إلى الغير ووجودها مقتصر على الشركاء فيها، متجاهلاً لما طواه هذا العقد من اشتراطات والتزامات متعلقة بكيفية توزيع الأرباح واختصاص المالك الأصلي للصيدلية بالإدارة لقاء أجر، فضلاً عن أنه شهد على إبرامه

تنفيذ العقد. وفي ذلك تقول محكمة التمييز " القاعدة في تفسير العقود أنه يقتضي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار سلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال منه على إرادة المتعاقدين في العقد"³⁰⁰. وكذلك ينبغي مراعاة ما يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، فليس لأحد المتعاقدين إذا تبين له أن في تعبير المتعاقد الآخر خطأ أو لبساً أو قصوراً، أن يستغل هذا النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها، بل يجب أن تفسر عبارة العقد غير الواضحة على نحو يكفل الأمانة والثقة.

ويجب مراعاة حسن النية أيضاً في تفسير عقود الإذعان، فحسن النية رغم أنه مطلوب في تفسير العقود، بصفة عامة، إلا أن له دور هام في عقود الإذعان بصفة خاصة، وبالذات عقود التأمين، إذ يكثر غالباً فيها إسقاط حق المستأمن في التعويض رغم حسن نيته، خاصة إذا لم يكن بإمكان الشخص العادي المتواجد في نفس الظروف أن ينفذ الشرط بالدقة الواردة بها في العقد، كما يتنافى مع حسن النية التمسك بحرفية الشروط التي انتهت الحكمة من تنفيذها³⁰¹.

وهناك أحكاماً قضائية (فرنسية) فسرت عقود الإذعان تفسيراً واسعاً راعت فيه مقتضيات مبدأ حسن النية، منها ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 14 / 2 / 1929 من أن تغيير المستأمن اسمه في الوثيقة لا يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض، إذ لا يؤثر ذلك على أبعاد الخطر المؤمن منه، خاصة وقد أعطى المستأمن بيانات أخرى كافية تحدد شخصيته كعنوانه ومهنته³⁰².

ولا يتعين فهم معيار حسن النية بمفهوم مجرد، أي بعيداً عن طرفي العقد، بل على ضوء فهم الطرفين له، فمثل العرف الذي لا يؤخذ من أحكامه إلا بالقدر الذي نمت إلى علم المتعاقدين بالفعل، فإن حسن النية هو أيضاً يؤخذ به من خلال الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فمعايير الأمانة والثقة وحسن النية، رغم أنها معايير موضوعية، إلا أنها ليست مجردة مطلقاً، بل نسبية متصلة بطرفي التعاقد، فهي ليست

ثلاثة من أصحاب الصيدليات بذات المدينة، وهو ما يؤدي إلى أن هذا التفسير لا يواجه الحقائق سالفة الذكر بما يكون معه استخلاصه غير سائغ ولا يتطابق مع الثابت بالأوراق". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 721 لسنة 73، جلسة 2011/11/14.

³⁰⁰ تمييز حقوق 327 لسنة 1977، مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص 140. وكذلك تمييز حقوق 388 لسنة 1977، مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص 77. وكذلك تمييز حقوق 220 لسنة 1985، مجلة نقابة المحامين لسنة 1985، ص 1911.

301 عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 423. تجب الإشارة هنا إلى أن الإبهام الذي يكتنف بعض عقود الإذعان، ليس وليد الصدفة دائماً، وليس أيضاً وليد رعونة واضعوهو المحترف أو التعاقد القوي، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمداً، لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة تحتستار سحابة من الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الاخر عن التعاقد.

302 عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 424.

معايير خارجية مستقلة تقف في مقابل إرادة المتعاقدين تناقضها وتتغلب عليها، بل أن المفروض فيها أنها تكشف عنها، وتكمل ما يوجد منها بالتعبير الرئيسي الذي تضمنه العقد³⁰³.

ويثور هنا التساؤل عن دور قاضي الموضوع بالنسبة لحسن النية؟

ويجاب عن ذلك بأن حسن النية هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قضاة الموضوع، شريطة أن لا يؤدي أعماله تحريف العقد بطريق غير مباشر، ويرجع اعتباره من مسائل الواقع إلى أن أعماله يستلزم تنفيذ وقائع مادية متصلة بالعقد للوقوف على ما إذا كانت تكشف عن حسن نية المتعاقد أو سوء نيته³⁰⁴، وهو أمر يستقل به قضاة الموضوع، شريطة تسبب ما ينتهي إليه في هذا الصدد بأسباب سائغة مقبولة. ذلك إذا تعلق الأمر بتفسير الغامض من شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بالإضافة إليه، فإن المسألة تصبح مسألة قانون³⁰⁵.

أي أن الاستدلال على الإرادة الباطنة باستخدام معيار حسن النية يعد من مسائل الواقع المتروكة لتقدير القاضي دون رقابة من المحكمة العليا، إلا عندما يعدل عن المعنى الواضح- استناداً لهذا المعيار- دون ذكر مبررات هذا العدول، أو لم يكن ما ورد في هذا الصدد كافياً لحمل النتيجة التي انتهى إليها، عندما يقع حكمه تحت رقابة المحكمة لتحريفه العبارات الواضحة للعقد³⁰⁶.

ولاشك في أن تمتع القاضي بالحس السليم وحسن تقديره للواقع وللغاية من العقد يوجهانه في اتخاذ قراراته³⁰⁷، فيرجح بندا على آخر من بنود العقد عند تعارضهما، انطلاقاً من الغاية التي قصدها أطراف العقد ودرجة فهمهم لموضوعه وإدراكهم لأبعاده وللاثار القانونية التي رغبوا في ترتيبها عليه³⁰⁸.

303 عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 275، 276.

304 "المقصود من المادة 468 من القانون المدني أن تقضى بأنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع و كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض و لو كان البائع حسن النية " هو تقرير حق المشتري الذي حكم له بإبطال البيع في التعويض متى كان حسن النية، وإذ جعل المشرع مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعني ألا يكون هذا المشتري عالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع و بأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه ، و من ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشتري لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد بيع ابتدائي لما يسجل إذ في هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه بل أن إنتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه و لا يعني عدم تسجيل العقد عيباً فيه ، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره و منها إتزام البائع بنقل الملكية للمشتري و بتسجيله تنتقل إليه الملكية فعلاً متى كان البائع مالكا للمبيع". نقض مندي مصري، الطعن رقم 345 لسنة 29 جلسة 11/06/1964 س 15 ع 2 ص 814 ق 128.

305 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 506، 507.

306 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 276.

307 إذا كانت شركة التضامن تتكون بين أشخاص يعرف بعضهم بعضاً وتكون الثقة فيما بينهم أساساً لقيامها وتعرف بشركات الحصص لأن كل شريك فيها يقدم حصة في رأس مالها ويكون الشركاء فيها ملتزمين بالتضامن فيما بينهم عن كافة التزاماتها في أموالهم الخاصة، بحيث يكون لكل شريك الحق في الموافقة على من يشاركه في هذه الشركة وحصته فيها بحيث لا يفرض عليه بعد انعقادها دخول شريك فيها لا يرغب في مشاركته أو تعديل في الأنصبة لما قد يرته عليه من سيطرة أحدهم على إدارة الشركة أو هيمنته على ما تتخذ من قرارات قد تتعلق بنوع أو

وبهذا نرى، أنه ينبغي ألا يحيد أي من طرفي العقد حين إبرامه عن قواعد العدالة والانصاف، وأن لا ينقلب العقد ذاته فيما بعد إلى أداة لتكريس هيمنة طرف في العقد على طرف آخر لغايات تحقيق مكاسب ومنافع أكثر مما تقتضيه أحكام العقد ونية المتعاقدين، وعلى القاضي في ذات المقام حق المراقبة على التزامات طرفي العقد من خلال تلمس مبدأ حسن النية بحيث تكون له سلطة ارجاع الامور إلى نصابها من خلال التوفيق بين ارادة طرفي العقد من جهة ومبدأ العدل والانصاف من جهة اخرى.

وقد صدر عن محكمة النقض المصرية ما يلي: (تفسير العقد طبقاً لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية وحسن النية من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع)³⁰⁹. ويقول أيضاً حمدي باشا عمر في هذا الصدد: (إن مسألة تقدير النية الحسنة تعد مسألة موضوعية يرجع تقديرها إلى قاضي الموضوع)³¹⁰.

ويرى الباحث، أن على القاضي أن يختار تفسيراً لا يصطدم مع قواعد المنطق، وأن يفسر اللفظ الذي يكون أشد انطباقاً على روح العقد والغرض المقصود منه³¹¹، وفي كل حال يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص دون مفعول، بمعنى أن يعطي القاضي للفظ المعنى الذي يجعل بنود العقد قابلة للتنفيذ بصورة متكاملة مع سائر البنود حتى لا يحتج بتعطيل مفعول بنود العقد بحجة غموض الألفاظ، فطالما اللفظ وجد فهذا يعني أنه قصد من ورائه مفعول

مقدار نشاطها سواء كانت المشاركة الجديدة من أجنبي عن الشركة أو أحد أطرافها، وذلك بالنظر إلى الأمور سالف الذكر إلا إذا أصر الشركاء على غير ذلك سواء كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية وهي أمور تستخلصها محكمة الموضوع حال تفسيرها بنود العقد مستهدية بالواقع في الدعوى والظروف المحيطة بها، وذلك كله تحت رقابة محكمة النقض". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 1035 لسنة 72، جلسة 2010/2/8.

³⁰⁸ المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها ومنها تقارير أهل الخبرة وفي تفسير العقود والمشارطات مادامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحمله عبارات العقد متى كان ذلك سائغاً ولا يخالف الثابت بالأوراق". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 1133 لسنة 67، جلسة 2005/4/26، س 56، ق 74، ص 415.

308 نقض مصري مؤرخ في 1977/5/16 في الطعن رقم 811 لسنة 43 ق- 28 -1214، وبنفس المعنى نقض مصري مؤرخ في 1966/11/15 -17 -1688. نقلاً عن د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 44.

309 نقض مصري مؤرخ في 1977/5/16 في الطعن رقم 811 لسنة 43 ق- 28 -1214، وبنفس المعنى نقض مصري مؤرخ في 1966/11/15 -17 -1688. نقلاً عن د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 44.

³¹⁰ عمر حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 64.

³¹¹ المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير الشروط والعقود على وفق ما تراه من ظروف الدعوى وملابساتها دالاً على حقيقة ما قصده العاقدان، فإذا رأت مدلولاً معيناً لشرط أو عقد، وبيئت من حكمها كيف أفادت صيغة الشرط أو العقد ذلك المدلول فلا يصح الاعتراض عليها لدى محكمة النقض ما دامت الاعتبارات التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي وصلت إليها". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 367 لسنة 74، جلسة 2007/4/23، س 58، ق 63، ص 367.

معين، وعلى القاضي تحديد هذا المفعول انطلاقاً من تقديره لما أراده الفرقاء وبما يتناسب ويتوافق مع روح العقد وما قصده الفرقاء من ورائه. وهذا يقتضي أن تفسر بنود العقد بصورة متناسقة بعضها مع بعض وبصورة متكاملة.

المطلب الثاني

حسن النية في تنفيذ العقود

يترتب على ثبوت حكم العقد بمجرد انعقاده وجوب تنفيذه، وفي هذا نصت المادة (1/148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، بمعنى أن القاضي يطبق العقد على المتعاقدين ويلزمهما بتنفيذه كما لو كان يطبق قانوناً، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة فيما بين المتعاقدين. مع ملاحظة أن العقد لا يجوز أن يخالف نصوص القانون الأمرة لأنها من النظام العام.

وكأصل عام يتفق كل من الفقه والقانون في أن كل التزام له طريقته في التنفيذ، وأن هذا التنفيذ لا بد أن يتم بحسن النية، وهو التزام يقع على عاتق الطرفين، فالمدين يلتزم بحسن النية في تنفيذ التزامه، والدائن يلتزم بحسن النية في المطالبة بالتزامه. وبمعنى آخر، يجب على كلا المتعاقدين (الدائن والمدين) أن يكونا حسناً النية في تنفيذهما لبنود العقد وما ورد به³¹². وحسن النية في تنفيذ العقد، معناه أن ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وبطرق لا تقوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد أو تجعلها أكثر كلفة دون مبرر³¹³.

312 وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص 269. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمة النقض والتمييز، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 171، 172؛ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 212.

313 عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 12.

إن مجلة الاحكام العدلية العثمانية السارية في فلسطين، لم ترد على ذكر مبدأ حسن النية في أي مرحلة من مراحل العقود، سواء في مرحلة التفاوض أو في مرحلة التنفيذ³¹⁴، ولم تعتمد كمبدأ عام في التصرفات القانونية تقوم بمناسبة المسؤولية.

لكن مشروع القانون المدني الفلسطيني، نص في المادة 148 على مبدأ حسن النية كمبدأ عام يجب مراعاته في تنفيذ العقد، كما ورد ذكره في العديد من نصوص المشروع، مما يؤكد تماشي مشروع القانون المدني الفلسطيني مع التوجه العام للقوانين المدنية في الانظمة القانونية المختلفة.

لكن حسن النية في العقود له مظاهر متعددة لا تعد ولا تحصى، لذا نجد الكثير من الفقهاء، يذهبون إلى إمكانية ربط حسن النية التعاقدية بالالتزامات. وبذلك يظهر حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني، من خلال التزامات، من أهمها: الالتزام بالأمانة، الالتزام بالتعاون، الالتزام باحترام الثقة المشروعة، الالتزام بالنزاهة، الالتزام بالإعلام، الالتزام بالاستعلام، الالتزام بالنصيحة، الالتزام بالتحذير، الالتزام بالإنصاف.

وفي هذا الصدد قال جوسران في مقالة بعنوان "ازدهار المفهوم الاقتصادي": (القانون نفسه الذي أدار وجهه عن القاضي إلى حسن النية وإلى الإنصاف وإلى العرف والعادة، ودعا هذا القاضي إلى الغوص في أعماق محتوى العقد لاكتشاف التزامات جديدة من شأنها أن تنتوع وتتعدد عبر الأجيال تحت ضغط العوامل الفردية والاقتصادية والاجتماعية)³¹⁵. وهناك أيضاً من ذهب إلى القول بأن فكرة حسن النية قد أخذت أبعاداً جديدة في العصر الحديث، حيث جرى التركيز على الثقة المشروعة في التعامل، وضرورة التعاون بين العاقدين عند التعاقد وعند التنفيذ، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالنصيحة، وكلها أوجه جديدة لمبدأ حسن النية³¹⁶.

وعليه سندرس هنا الالتزامات التي يقتضيها مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، كما يلي:

314 يظهر ذلك باستجلاء نصوص مجلة الاحكام العدلية العثمانية السارية في فلسطين. حيث لم تعرف المجلة مبدأ حسن النية بمفهومه الحديث، على الرغم من ورود بعض النصوص التي تناولت بعض جوانب معاني مبدأ حسن النية، ولم يرد مصطلح حسن النية في نصوص المجلة إطلاقاً. وورد مصطلح سوء الظن في نص المادة 1798 التي نصت على أنه " الحاكم لا يوجد في حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن كقبول أحد الطرفين في داره والخلوة في مجلس الحكم معه، أو الإشارة بالعين أو اليد أو الرأس إلى أحدهما أو قولاً لأحدهما كلاماً خفياً أو قوله لأحدهما كلاماً بلسان لم يفهمه الآخر". ونلاحظ أن مصطلح سوء الظن لم يرد في باب التعاقد أصلاً. وهذا لا يعني أن نصوص المجلة لم تراعى مبدأ حسن النية، ولكنها لم تعرفه بمفهومه الحالي، رغم ورود تطبيقات له على النحو السابق بيانه في متن الدراسة حول الغلط والغبن الفاحش والعيوب الخفية.

315 عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 142، 143.

316 حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، مرجع سابق، ص 470.

الفرع الأول

الالتزام بالأمانة والنزاهة

في هذا الفرع سنتكلم عن الالتزام بالأمانة والالتزام بالنزاهة، كما يلي:

أولاً: الالتزام بالأمانة³¹⁷

تعتبر الأمانة، من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فلا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة، لذلك المشرع نص على الأمانة في المعاملات، وبالتالي جعل الأمانة ضابطاً لتفسير العقود، مثل ما ذهب إليه المشرع المصري³¹⁸، لذلك يمكن القول بأن المشرع يخص الالتزام بالأمانة بنص قانوني لكي يقوم بدور الأساس القانوني العام للالتزامات الإضافية والفرعية الموضوعية كالالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود الذي يعتبر واحداً من أبرزها.

يرى الباحث، أن كثيراً من الالتزامات العقدية ترجع إلى فكرة الأمانة (كالتزام بالإفشاء بالعيوب الخفية والالتزام بالإخطار عن بيان هام في العقد، والالتزام بعدم المنافسة، والالتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية).

والالتزام بالأمانة عرفه أيضاً الفقه الإسلامي³¹⁹، فبكل موضوعية نستطيع القول إن واجب الأمانة في المعاملات يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فإن هناك نمطاً من العقود يقوم على الأمانة بكل ما تعنيه هذه الكلمة، حتى الفقهاء درجوا على تسميتها ببيع الأمانة، ومنها بيع المرابحة والتولية والوضعية. كما هناك أيضاً عقود تعتبر عقود الأمانة، تتمثل في الشركة والإيداع والوكالة. والأمانة التزام على عاتق كل من الدائن والمدين، وفي حالة عدم احترام هذا الالتزام، يترتب على ذلك جزاءات يمكن تطبيقها.

وقد عنونت مجلة الاحكام العدلية الكتاب السادس منها بعنوان الأمانات ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب؛ فنصت المادة 762 من المجلة على أنه " الأمانة: هي الشيء الموجود الذي يوجد عند الأمين سواء كان أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة أو كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار أو دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد كما لو ألفت الريح في دار أحد مال جاره فحيث كان

317ننوه هنا إلى أن بعض الاجتهادات في الفقه الفرنسي، ذهبت إلى التمييز بين مفهومي أمانة المتعاقد والأمانة التعاقدية، غير أننا هنا- مثل ما ذهب إليه سفيان القرقي- سنتناول التزام الأمانة كمفهوم موحد وشامل ولا نميز بين هذين المفهومين. انظر: سفيان القرقي، مرجع سابق، ص211.

318 عبد الحلیم عبد اللطیف القونی، مرجع سابق، ص451.

319العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 70.

ذلك بدون عقد فلا يكون وديعة بل أمانة فقط³²⁰. وهذا يؤكد على بيان الباحث السابق أنه رغم عدم اخذ مجلة الاحكام بمبدأ حسن النية إلا انها تناولت بشكل غير مباشر مفاهيمه ومقتضياته في كثير من التطبيقات التي نظمت احكامها.

ويرى الباحث أن التزام حسن النية في تنفيذ العقود يتسع من خلال الالتزام بالأمانة للالتزامين تعاقديين أساسيين هما: التزام التعاون في تنفيذ العقود، والالتزام عدم التعسف في تنفيذ العقود وخاصة عند إنهائها، الأول يعيش وينمو في أوقات الحياة الطبيعية للعقد، والثاني يولد ويزدهر في أوقات الأزمة العقدية.

وعليه، يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية، فمن مقتضى حسن النية مثلاً وجوب الامتناع عن كل عمل من شأنه جعل نقل الحق المبيع إلى المشتري مستحيلاً أو عسيراً، وعلى المؤجر أن يمتنع عن كل ما يعوق المستأجر من الانتفاع بالمأجور، وعلى الوكيل أن لا يقبل نفسه من الوكالة في مرحلة يخشى معها أن يلحق الموكل ضرر، وعلى سائق سيارة الأجرة أن ينقل الراكب من أقرب وأيسر طريق... الخ.

وعموماً، الالتزام بالأمانة في تنفيذ العقود يشمل ما يلي:

1. الوفاء بالالتزامات

الوفاء في العقود هو قيام كل من المتعاقدين بأداء كل ما عليه من التزامات أداء كاملاً لا نقص فيه⁽³²¹⁾. والالتزام بالأمانة يفرض على المتعاقد أن يقوم بالوفاء بالتزاماته، فيكون بذلك المتعاقد حسن النية، إذا قام بالوفاء بالتزاماته العقدية، أما إذا لم يقم بالوفاء بها فإنه يعد سيء النية، لأن تنفيذ العقود في القانون المدني لا يتم إلا بقيام المتعاقدين بالوفاء بالتزامات التي تم الاتفاق عليها. وقد قيل بشأن ذلك أن: (أسمى مظهر لحسن النية هو احترام الالتزام الموعد به)³²².

320 لقد ذكرت المجلة في شرح باب الأمانات لعلي حيدر أنه "الأمانة ثلاثة أقسام. لأن معاملة الإنسان إما تكون مع ربه أو مع العباد أو مع نفسه. ورعاية الإنسان للأمانه مع ربه تكون بإجراء جميع الأمور وترك كافة المنهيات وأمانة الإنسان مع العباد أيضاً تكون بمحافظته على حقوق كافة مخلوقات الله كأولاده ... وكافة أبناء جنسه وعدم خيانتهم بشيء من الأشياء. والامانات المبحوث عنها في هذا الكتاب هي من هذا القبيل... ورعاية الإنسان للأمانة مع نفسه أيضاً عبارة عن اختيار الإنسان ما كان أصلح وأنفع له في الدنيا وحفظه ووقاية نفسه مما هو مضر لها في العقبى". ونلاحظ مدى عناية احكام المجلة بهذا المفهوم الاخلاقي، وكيفية الاخذ به كمبدأ عام في المعاملات كافة، ووجوب مراعاته في تعاملات النسان الدنيوية والآخروية. وجاء في شرح المادة 762 أن "الأمانة لغةً مصدر بمعنى كون الإنسان أميناً. واصطلاحاً هي الشيء الموجود عند من اتخذ أميناً ويعني المال".

321 عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص417.

322 عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص83.

وبالتالي على المتعاقد أن ينجز مهمته، ويواجه الصعوبات التي تعترض هذه المهمة، وهذا إلى غاية نهاية تنفيذها إلا إذا تم الأمر بخلافها أو التخلي عنها إذا كان ذلك ممكناً أو إلى غاية الميعاد المتفق عليه. وهذه حالة المحامي الذي عليه متابعة القضية إلى نهايتها وحتى بعد ذلك، لتحليل نتائج القرار، أو المهندس المعماري أو المقاول الذي عليه إنجاز (تنفيذ) البناء إلى غاية تسليمه. كذلك من تعاقد مع مقاول لإقامة مبنى يلتزم بالقيام بما عليه لبدء التنفيذ ومن ذلك تسليم موقع التنفيذ³²³.

أكدت محكمة النقض الفلسطينية على ضرورة تنفيذ الالتزامات بشكل كامل، ففي دعوى تتلخص وقائعها (بالمطالبة بإخلاء المأجور لعدم دفع الأجرة، ادعى المستأجر أنه دفع الأجرة وأن المؤجر رفض وفاءه بسوء نية)، فجاء في قرار المحكمة أن عرض الأجرة والوفاء بها يجب أن يكون كاملاً فذكرت في حكمها أنه " وبالنسبة لعرض الأجرة، وجدت المحكمة ان البيئة المقدمة لم تثبت قيام المدعى عليهم بعرض كامل الأجرة المطالب بها ضمن مدة الاخطار العدلي، بل ثبت لها من هذه البيئة بأنه لم يتم عرض الأجرة ضمن المدة القانونية وان الأجرة الي تم عرضها كانت اقل من الأجرة المستحقة المطالب بها في الاخطار. كما وجدت المحكمة ان المبلغ المترصد بذمة المدعى عليهم المستأنفين هو (2800) دينار لذلك أصدرت حكمها الذي لم يقبل به الطاعنون فطعنوا فيه بالنقض للأسباب الآنف ذكرها³²⁴.

وبالتالي حتى يكون المستأجر حسن النية يجب عليه القيام بالالتزامات التي فرضها عليه القانون أو العقد، فيكون المستأجر سيء النية عند عدم دفع بدل الإيجار في المواعيت المحددة، لأن دفع قيمة الإيجار هو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المستأجر، وأن التأخير الكبير في الدفع يعد مؤسماً لسوء النية، وكذلك التأخيرات المتتالية التي لا يبررها عذر مشروع. كذلك يكون المستأجر سيء النية إذا قام بتغيير تخصيص الأماكن، لأن المستأجر ملزم بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له، ومن بين حالات تغيير تخصيص الأماكن تحويل المحل السكني إلى محل مهني أو إلى استعماله في نشاط

323 حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 474.

324 وقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية أن وزن البيئة المتعلقة بدفع الأجرة وتقديرها يعد من اختصاص قاض الموضوع ولا معقب عليها من محكمة النقض طالما كان استنتاجها صحيحاً، فجاء في الحكم انه " وبالنسبة للسبب الثالث المتعلق بعرض الأجرة، ولما كان هذا السبب يتعلق بوزن محكمة الموضوع للبيئة وقد وجدت المحكمة ان الطاعنين لم يثبتوا عرض الأجرة خلال مدة الاخطار ولا معقب عليها في ذلك فان هذا السبب غير وارد وحرياً بالرد". أنظر: نقض مدني رقم 2012|375، الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، بتاريخ 23/5/2013. في تأكيد ذات المعنى. أنظر: نقض مدني رقم 2011|415 وطلب وقف تنفيذ رقم 2012|112، الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، بتاريخ 15/9/2011.

تجاري كمقر لشرطة أو لمخزن تابع لمحل تجاري. كما يعتبر المستأجر سيء النية إذا شتم المؤجر أو ضربه وجرحه عمداً، أو سرق الكهرباء من عداد المالك، أو تنازل عن حق الإيجار أو الإيجار الفرعي دون الموافقة الصريحة للمؤجر³²⁵.

والمستعير في عقد العارية عليه أن يلتزم برد الشيء المستعار بعد الاستعمال، لأن العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال³²⁶.

وبالتالي المستعير الذي لا يقوم برد الشيء المستعار بعد الاستعمال، يعد شخصاً سيء النية، لأنه لم يفي بالتزامه برد الشيء المستعار، وسعى ليصبح مستفيداً بدل من أحسن إليه، فالشخص قد يتسلم سكن على سبيل الإعارة لكنه يظل محتفظاً بهذا السكن ويزعم أنه مؤجراً إليه وأنه دفع أجرته لعدة شهور دون تسلم وصل إيجار أي دون وجود حجة تدل على وجود عقد إيجار، فإن هذا يدل على سوء نية هذا الشخص المستعير لأنه لم يحم بالوفاء بالتزامه برد السكن المستعار.

غير أنه في نفس الوقت قد يكون المؤجر هو الشخص سيء النية عندما يقوم بإيجار سكن لمستأجر، لكن يبرم معه عقد إعارة وفقاً لما يتطلبه القانون ليدل ذلك على وجود علاقة إعارة بدلاً عن علاقة الإيجار، ثم يزعم المؤجر بأن العلاقة هي إعارة وليس إجارة³²⁷، رغم أنه أخذ من المستأجر حسن النية بدل إيجار للسكن.

2. تنفيذ ما ورد في العقد وملحقاته

يقتضي حسن النية في تنفيذ العقد ألا يقتصر تنفيذ العقد على ما ورد فيه وإنما يشمل أيضاً ما يكون من ملحقات الشيء محل الالتزام، والذي لا تكتمل المنفعة المقصودة إلا به. وفكرة الملحقات تتسع لتشمل الملحقات القانونية، والتي تنتقل من أحد المتعاقدين إلى الآخر وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة،

325 عمر حمدي باشا، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الاجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 64، 65.

³²⁶ سفيان القرقي، مرجع سابق، ص 256.

327 إن مسألة تكييف العقد والدعوى أيضاً تعد مسألة قانون، تخضع محكمة الموضوع في تكييفها لرقابة محكمة النقض، وقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية في قرار لها على أنه " وفي الموضوع ولما كان تكييف عقد العمل بأنه محدد المدة سنداً للبيانات المقدمة في الدعوى هو مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، ولما كان العقد محل الدعوى محدد المدة وتم تجديده لمدة سنة واحدة بحيث لم تتجاوز مدة العقد ومدة التجديد سنتين متتاليتين، فإن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه يتفق ونص المادة (25) من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000، وبناء على ذلك فإن سبب الطعن يغدو غير وارد وحرباً بالرد". أنظر: نقض مدني رقم 2010|94، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2010|7|14. وعلى سبيل المثال في تأكيد ذات المعنى. أنظر: نقض مدني رقم 2010|59، الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2011|1|6.

كما تشمل الملحقات الضرورية، سواء كانت من مستلزمات طبيعة الحق، أو وفقاً لمبدأ حسن النية في التنفيذ، والقاضي هو الذي يفصل في هذا الوصف عند النزاع³²⁸.

3. تنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزماته

لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام، وبالتالي لا يلزم العقد كلاً من المتعاقدين بتنفيذ ما تناوله من التزامات فقط، بل يلتزم كل منهما أيضاً بتنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزماته التي وردت في نصوص قانونية، أو التي يقتضيها العرف، أو تتطلبها العدالة بحسب طبيعة الالتزام، ويكون كل منهما سيء النية إذا لم يفعل ذلك³²⁹.

فقد نصت المادة (1/148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، فالاصل أنه يتعين على المدين تنفيذ العقد الذي تم صحيحاً وناظراً ولازماً، وبالعكس ذلك فإن المدين إذا امتنع فإنه يجبر على تنفيذه عن طريق التنفيذ العيني الجبري متى كان ذلك ممكناً، وإذا تعذر ذلك فلا يكون أمام الدائن سوى اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض حيث بذلك تتحقق المسؤولية العقدية للمدين. ويجب الانتباه إلى أن "التنفيذ العيني" يختلف عن "المسؤولية العقدية"، إذ أن المسؤولية العقدية لا تتحقق حين يكون التنفيذ العيني ممكناً.

وقد قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه "... وفي ذلك نجد بان المحكمة مصدرة الحكم قد جانبت الصواب في ما توصلت إليه وقضت به، ذلك أنه وإن كانت المادة 175 (وليس 179 كما ورد في الحكم) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية قد أُلغيت، فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تقتضي إعمال واحترام إرادة المتعاقدين طالما أن موضوع التعاقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب، وطالما أن إياً من أطراف التعاقد "أطراف هذه الدعوى" لم يدفع بأي من وجوه البطلان في العقد موضوع الدعوى وذلك من قبيل الغبن أو الإكراه أو نقص الأهلية أو الإثراء بلا سبب وما شابه ذلك. وحيث إن الجهة المطعون ضدها قد وقعت على الاتفاقيتين والإقرار موضوع الدعوى بمحض إرادتها وبكامل أهليتها متعهدة بأنها تتحمل كافة الأضرار اللاحقة بالطاعة و/ أو الخسارة و/أو تقوت فرص استثمارها، وحيث إنها لم تنفذ التزاماتها الواردة في هاتين الاتفاقيتين (المبرزين م/1 وم/2) رغم قيام

328 حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 476.

329 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 97، 98.

الطاعنة بتوجيه الإخطار العدلي (المبرز م/3) لها (الجهة المطعون ضدها) لتنفيذ هذه الالتزامات (مبرز م/3). وحيث إن محكمة بداية رام الله بصفتها الاستئنافية قد ذهلت عن ذلك كله، وسارعت للتوصل إلى انقضاء الأساس القانوني لمطالبة الجهة الطاعنة وقررت بالتالي رد الاستئناف موضوعاً وتأيد الحكم المستأنف دون أن تبحث موضوع الضرر ودون أن تقول كلمتها في ذلك وفقاً للبيانات المقدمة في الدعوى وتتحقق من هذه المطالبات التي تقدمت بها الطاعنة وفقاً لهذه البيانات، وكبلت ذاتها بالقول "بأنه وطالما أن المادة 175 من قانون الأصول الحقوقية قد تم إلغاؤها فقد انتفى الأساس القانوني للمطالبة ببديل الضرر و/ أو الكسب الفائت جراء عدم تنفيذ الالتزام من قبل الجهة المطعون ضدها " الأمر الذي حدا بها للتوصل لاستنتاجات مؤسسة على قراءة قانونية خاطئة للقواعد العامة والأحكام ذات العلاقة الواردة في مجلة الأحكام العدلية"³³⁰.

4. مراعاة القانون واحترامه

على الشخص أن يراعي القانون ويحترمه وهو بذلك شخص حسن النية، وبالتالي من يخالف ما ذهب إليه القانون ولا يحترمه يعد شخص سيء النية، فمثلاً، المشتري حسن النية في استغلال الثمار ما دام أنه اشترى الأشجار، وكذلك من ينشئ محدثات في أرض الغير وهو حامل لسند يعتبر حسن النية على ما جاء من أحكام ناظمة للامر بموجب المادة 10 من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 حيث نصت على أنه " إذا أنشأ شخص على أرض أميرية أو موقوفة يتصرف فيها بسند تسجيل أبنية أو غرس فيها أشجاراً ثم ظهر مستحق للأرض التي أنشأ عليها البناء أو غرس فيها الشجر وأثبت دعواه ينظر: 1- إذا كانت قيمة الأبنية أو الأشجار قائمة تزيد على قيمة الأرض يؤمر ذلك الشخص بأن يدفع إلى المستحق قيمة الأرض ويحكم له بحق التصرف فيها مع الأبنية والأشجار. 2- وإذا كانت قيمة الأرض تزيد على قيمة الأبنية والأشجار قائمة فيؤمر المستحق بأن يدفع إلى صاحب الأبنية والأشجار قيمتها ويحكم له بتملكها".

بينما اوضحت المادة 11 من ذات القانون حكم الاعتداء على أرض الغير والتزامه بضمان الضرر على أساس أنه في حكم الغاصب وبالتالي ليس لمن يخالف الثانون بوجوب عدم الاعتداء على حقوق الغير أن يتمسك بما يمكن ان يرتبه مبدأ حسن النية من اثار³³¹.

³³⁰ حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض مدني رقم 560 لسنة 2010، بتاريخ 2012/4/22، المقتفي.

331 أمين دواس، قانون الاراضي، المعهد القضائي الفلسطيني، 2013، ص 58 وما بعدها.

من خلال ما سبق، نجد أن النية الآثمة هنا تتجسم في عمل يتخذ سمة عدم المشروعية ومن السهل عندئذ تبعاً لطبيعة العمل المرتكب، الحكم على هذا العمل بكونه جريمة مدنية. لكن سوء النية لا يتخذ دائماً مظهر عدم المشروعية بل يمكن أن يتخذ صورة عمل قانوني، وعندئذ لا يكشف العمل ذاته عن الغش، بل لابد من البحث في حقيقة نية القائم بالعمل القانوني، كحالة الوكيل بالإدارة الذي يقوم بأعمال وتصرفات قانونية ظاهرها تنفيذ عقد الوكالة وباطنها التواطئ والغش³³².

ولبيان ذلك بشكل جلي نورد على سبيل المثال ما قرره محكمة النقض المصرية حينما حكمت بأن " المقصود من المادة 468 من القانون المدني التي تقضى بأنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض، ولو كان البائع حسن النية " هو تقرير حق المشتري الذي حكم له بإبطال البيع في التعويض متى كان حسن النية، وإذ جعل المشرع مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له، فهو يعني ألا يكون هذا المشتري عالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع وبأنه يستحيل عليه، لذلك نقل الملكية إليه، ومن ثم فلا ينتفي حسن النية عن المشتري لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد بيع ابتدائي لما يسجل، إذ في هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه، بل أن إنتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه، ولا يعني عدم تسجيل العقد عيباً فيه، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها إلتزام البائع بنقل الملكية للمشتري وتسجيله تنتقل إليه الملكية فعلاً متى كان البائع مالكا للمبيع"³³³.

5. احترام الثقة المشروعة

والثقة المشروعة هي حالة ذهنية واقعية لدى المخاطب بالإرادة، ومراعاة هذه الحالة الذهنية الواقعية لدى المخاطب يقوم على أساس التزام صاحب الإرادة بحسن النية في العقود تجاهه إذ أنه يقتضي منه بأن يراعي حالة الثقة المتولدة لدى المتعاقد المقابل. ويتطلب هذا الإلتزام أن المتعاقد لا يفاجأ المتعاقد الآخر بأي شيء قد يؤثر سلباً على التعاقد. والاشتراط بأن تكون الثقة مشروعة يعد من الأمور المهمة، لأن عدم مشروعيتها يعني عدم وجود عنصر المفاجأة لدى الشخص، وهذا يعني، أنه كان عالماً بالإرادة الحقيقية الموجودة من قبل المتعاقد الآخر. فمثلاً إذا أخطأ الشخص في عدم اتخاذ

332 عبيد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 9، 10.

333 الطعن رقم 345 لسنة 29 جلسة 11/06/1964 س 15 ع 2 ص 814 ق 128.

الحيطة، والحذر عند إقدامه على التصرف بناء على الإرادة الظاهرة للطرف المقابل، بينما كان يعرف الحقيقة بشأن نوايا هذا الأخير، فهنا وإن كانت هناك ثقة، فهي تكون ثقة غير مشروعة⁽³³⁴⁾. ويذهب بعض الفقه، إلى أن بعض تطبيقات الثقة المشروعة، تلتقي مع ما أطلق عليه بالتزام التعاون بين طرفي العقد في تنفيذ الالتزامات العقدية. وقد استظهرت- حسب هذا الرأي- بعض الأحكام تطبيقات محددة لهذا التعاون بحسبانه انعكاساً للثقة المشروعة في المعاملات ومظهراً قوياً من مظاهر حسن النية³³⁵.

كما أن هناك نمطاً من العقود يقوم على اعتبارات الثقة الشخصية البحتة، التي تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين إلى نوع من الشركة موحدة المصالح. ومن هذه العقود التي تقوم على اعتبارات الثقة المشروعة عند إبرامها وعند تنفيذها، عقد الشركة وعقد العمل وعقد الوكالة، فإذا أبصرنا هذه الثلاثة لوجدناها تقوم على ثقة كل من المتعاقدين في الآخر، فالشخص في هذه العقود لا يختار إلا من يثق في أمانته ونزاهته وشرفه بغض النظر عن أي شيء آخر³³⁶.

تطبيقاً لذلك أيضاً، فإن المصرف (البنك) ملزم بعدم خرق الثقة المشروعة التي يضعها فيه العميل عند التعاقد³³⁷، لأن العميل عندما يختار مصرفاً معيناً للتعاقد معه من أجل الحصول على التمويل، فهو يبني اختياره في المقام الأول على مجموعة معطيات موضوعية، تشكل مجتمعة السمعة التي يتمتع بها البنك، سواء على صعيد قوة مركزه المالي والاقتصادي أو على صعيد الخدمات المميزة التي يقدمها لعملائه في معرض منحه التمويل، وإضافة إلى ذلك، فإنه يبني اختياره غالباً على معطيات شخصية، مرتبطة بعلاقته السابقة بهذا المصرف، ومدى رضاه عن تعامله معه في مختلف مستويات العمل. وهذه المعطيات مجتمعة تولد لدى العميل ثقة معينة يضعها في البنك الذي يتوجه إليه للحصول على التمويل. فمثلاً في علاقة البنك بعميله: إذا أهمل العميل المحافظة على قيمه المال المرهون، المعد كضمانة لإيفاء القرض عند الاستحقاق، مما أدى إلى الضمانة فقدت قيمتها بشكل نهائي، فإن البنك إذا استمر لسنوات عدة ساكناً عن مطالبة هذا العميل بقيمة القرض، لكن بعد أن أصبحت قيمة دين القرض تفوق بأضعاف مضاعفة القيمة الأساسية للقرض، تقدم بدعوى اتجاه عملية

334 شيرزاد عزيز سلميان، مرجع سابق، ص 149.

335 حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 475.

336 عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مرجع سابق، ص 456، 457.

337 لبنى عمر مسقاوي، مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد القرض المقترن برهن أموال نقدية، تعليق عن قرار رقم 2006/52 عن الغرفة الرابعة لمحكمة التمييز المدنية اللبنانية صادر في 2006/3/6، مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت، العدد الرابع، السنة الثالثة والأربعون، 2009، ص 1487.

للمطالبة بالدين المرتب عليه، حيث لم يعد هناك من جدوى لإنفاذ المقاصة بعد فقدان الضمانة لقيمتها بشكل نهائي، أي أنه أجل استحقاق القرض لسنوات بعد انهيار قيمة الضمانة، فهنا البنك تصرفه على الشكل الذي تم فيه يخالف مقتضيات حسن النية من عدة نواح: فمن الناحية الأولى، البنك كان عليه على الأقل أن يعلم عميله بشكل دوري عن رصيد دينه، وهو يكون بذلك قد خالف التزام الإعلام الملقى على عاتق المصارف، والذي يشكل أحد تطبيقات حسن النية في تنفيذ العقود. ومن الناحية الثانية: تأخير البنك لاستحقاق القرض لسنوات مع ما ترافق معه من تضاعف لقيمة الدين وانعدام لقيمة الضمانة بشكل لم يعد يفيد معه إجراء المقاصة، وهو تصرف مخالف بحد ذاته لمقتضيات حسن النية. فسوء النية هنا يتمثل بالإقدام على التصرف مع معرفة عواقبه المضرة بالطرف الآخر، أي بمعنى آخر التصرف مع قصد الإضرار بالغير. والضرر الذي يمكن أن يلحق بالعميل نتيجة لتصرف البنك هنا لا يخفى على هذا الأخير الذي استفاد من تدهور قيمة العملة لتحقيق مكاسب على حساب عميله، وبذلك يكون قد خرق الثقة المشروعة التي أولاه إياها عملية عند التعاقد، كما أن تمسك البنك بالمطالبة بحقه الناتج عن عقد القرض على النحو الذي تم فيه، يشكل تعسفاً في استعمال الحق مبني على سوء النية وعلى الانحراف عن غاية الحق في آن واحد³³⁸. وبالتالي تحقيق مصلحة العميل في إطار العمليات المصرفية بشكل عام هو أمر تحكمه مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود³³⁹.

ثانياً: الالتزام بالنزاهة

يقتضي حسن النية نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وإخلاص³⁴⁰. والإخلاص، قال بشأنه الإمام أبو حامد الغزالي: (إعلم أن كل شيء يتصور أن يشوبه غيره فإذا صفا عن شوبه وخلص عنه سمي خالصاً، ويسمى الفعل المصفي المخلص إخلاصاً)³⁴¹. أما النزاهة لغة هي البعد عن السوء وترك الشبهات.

338 لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 1490، 1491. ننوه هنا بأن العلاقة بين البنك وعميله يحددها عقد أساس منشئ للدين (هو عقد القرض) وعقد تبعية يشكل ضمانه لإيفاء الدين
(عقد رهن الأموال النقدية)، وبالتالي مناقشة حق أو التزام أي من الطرفين يجب أن تتم بالنظر إلى العقدين معاً بوصفهما وحدة متكاملة تعبر عن إرادة الأطراف.

339 لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 1489.

340 علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 295.

341 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 424.

وبالتالي التزام حسن النية في تنفيذ العقود من خلال التزام النزاهة، يقتضي: انتفاء نية الإضرار بالغير، انتفاء الغش، انتفاء الخطأ الجسيم، انتفاء التعسف في استعمال الحق.

1. انتفاء نية الإضرار

إن الإخلال المتعمد بالالتزامات لا يدل على سوء النية في كل الأحوال، بل لثبوت سوء النية قانوناً يقتضي أن يتم الإخلال بالالتزامات بصورة إرادية أولاً وأن يكون هناك هدف آخر أبعد يقصده المخل بالتزاماته، وهذا الهدف هو الإضرار بالطرف الآخر، وبالتالي هذا الهدف هو الذي يسبغ صفة السوء على نية من يخل بالتزاماته، فسوء النية إذن هو نية تسبب الضرر³⁴².

فيعتبر استعمال الحق استعمالاً غير مشروع إذا لم يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير³⁴³، فالجوهر في هذا الشأن هو توفر نية الإضرار³⁴⁴ ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه³⁴⁵. ويراعى أن هذه النية تستخلص من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير³⁴⁶ متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك³⁴⁷.

ولهذا السبب حسن النية في العقود يقتضي انتفاء نية الإضرار، فالمتعاقد الذي يقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر يعتبر سيء النية، أما الذي لم يقصد أن يضر بالطرف الآخر في العقد يعتبر حسن النية. وقد اعتبرت محكمة العدل العليا الفلسطينية أن استعمال علامة تجارية للغير الذي جرى وقت طويل على استعماله لها، ومحاولة الأسبقية في تسجيلها يعد استغلالاً لنية الإضرار، فذكرت في حكمها أن " العلامة التي بإسم الجلال مضى على استعمالها سنين طويلة من قبل المستدعي ضدها

³⁴² عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 6.

³⁴³ المقرر طبقاً للمادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 4464 لسنة 68، جلسة 1996/5/4، ص 50، ع 1، ص 625.

³⁴⁴ "حق الالتجاء إلى القضاء مقيد بوجود مصلحة جدية ومشروعة، فإذا ما تبين أن المدعى كان مبطلاً في دعواه ولم يقصد بها إلا مضارة خصمه والنكاية به فإنه لا يكون قد باشر حقاً مقررراً في القانون بل يكون عمله خطأ يجيز الحكم عليه بالتعويض". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 174 لسنة 30، جلسة 1965/5/27، ص 16، ع 1، ق 28، ص 178.

³⁴⁵ محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق، مكتبة وهبة، القاهرة، ص 260.

³⁴⁶ "حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانتحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض - و سواء في هذا الخصوص أن يقتصر هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقتصر به تلك النية، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه - فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه في هذا الخصوص على أساس سليم". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 223 لسنة 25، جلسة 1959/10/15، ص 10، ق 87، ص 574.

³⁴⁷ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1، ص 82.

الأولى وأن الشركة الثانية المستدعى ضدها الثانية هي التي أرادت استغلال هذا الإسم إضراراً بالوكيل " احمد دياب سالم" الذي يروج دقيقه بهذا الإسم وبهذه العلامة"³⁴⁸.

والنية في اللغة تعني إرادة متجهة نحو هدف ما أو الرغبة في تحقيق نتيجة معينة، وبالتالي نية الإضرار تعد متوفرة والخطأ العمد محققاً، كلما ارتكب العمل وكان الضرر الناشئ عنه أمراً لازماً، لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل³⁴⁹، أي أن النتيجة (الضرر) لم تكن تحدث لولا مبادرة الشخص بهذا العمل.

ولا يشترط حتماً أن تتجه النية إلى الإضرار بالغير مباشرة، بل يكفي أن تتجه إلى الانتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير³⁵⁰.

تطبيقاً لما سبق، صدر قرار من المحكمة العليا، ورد فيه أن المقرر شرعاً أنه يبطل الحبس (أي الوقف) عندما يحرر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث³⁵¹. والحبس يبطل أيضاً إذا حصل بنية الإضرار بدائني الحبس³⁵².

وبنية الاضرار يمكن إثباتها بطرق الإثبات كافة لأن الامر ينصب على واقعة مادية كفصل العامل لمجرد الانتقام منه، ومن تطبيقات ذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية بأنه " إذا أوفى المستأجر الأجور المستحقة عليه ناقصة مائة وخمسون فلساً فقط، فإن دعوى المؤجر بطلب إخلاء المأجور بسبب هذا النقص الزهيد استناداً إلى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين

348 وأكمل الحكم " وبما أن المادة 19 من المجلة تقول لا ضرر ولا ضرار. ولما كان التشابه واقعاً بين العلامتين المطلوب تسجيلهما فإن الأولى هو تسجيل العلامة بإسم المستدعى عليها الأولى". عدل عليا رقم 90|99، الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية بغزة، بتاريخ 2000|2|12. منشورات المقتفي بيرزيت. ونلاحظ على القرار أنه اعتبر أن الاسبقية في التعامل في السوق في التعامل بالعلامة التجارية من قبل المستدعي الأول تخوله الأولوية في تسجيل العلامة التجارية، وأن محاولة المستدعي الثاني تسجيل العلامة بإسمه رغم دروجها في السوق من قبل المستدعي الاول يعد استغلالاً بنية الاضرار، وبالتالي قضت بتسجيلها باسم المستدعي الأول الاقدم في استعمال هذه العلامة، وهذا في يعد تكريساً لمبدأ حسن النية والعدالة، التي تقتضي أن من عمل سنوات لتثبيت اسم علامته التجارية في السوق لا يحق لغيره أن يستغل عدم تسجيلها ويسجل هذه العلامة بإسمه، لما في ذلك من استغلال وسوء نية وإضرار.

349 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص8.

ولا ينبغي هنا أن تختلط فكرة الخطأ العمد بفكرة الخطأ الإداري التي تعني الإخلال الإرادي بالالتزام ذاته، ذلك أن الخطأ العمد يجب أن يتميز بأن قصد الإضرار لدى الفاعل هو الباعث على الفعل الضار. انظر: د. عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص6.

350 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص6.

351 قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 230617، بتاريخ 1999/11/16، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص311، عمر حمدي باشا، القضاء المدني، مرجع سابق، ص158.

352 عبد السلام ذهني بك، التوازن في عناصر الكيان الوجودي وفي الحقوق العامة والخاصة جزاء الاختلال التوازني والتعسفي الخاص عملياً وقضائياً، نص المحاضرة التي أقيمت بدار نقابة المحامين الوطنيين في شهر ديسمبر سنة 1945، مجلة المحاماة، النقابة العامة للمحامين المصرية، العدد التاسع والعاشر، السنة الخامسة والعشرون، 1945، منقول عن مجلة المحاماة الإلكترونية، شبكة عمران القانونية، مصر، العدد الأول، 10 مارس 2010: www.ibrahimomran.com

والمستأجرين تكون مشوية بعيب التعسف في استعمال الحق نظراً لما فيها من غلو وإغراق وتشدد في التزام حرفية النص القانوني، وإخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين، وخروج عن روح القانون وغاياته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفاً جوهرياً بالمعنى الذي هدف إليه المشرع³⁵³.

2. انتفاء الغش³⁵⁴

الدكتور عبد الحميد الشواربي يقول قياساً على تعريف التدليس في (تكوين العقد) بأن التدليس في تنفيذ العقد، وهو ما يدعى بالغش في هذه الحالة، هو: (استخدام المدين، بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، الوسائل التضليلية لإيقاع الدائن في غلط يدفعه إلى قبول التنفيذ بالكيفية المعيبة التي تم بها)³⁵⁵.

وبالتالي حسب الدكتور عبد الحميد الشواربي، فإن الركن المعنوي للغش يتمثل في القصد أو الرغبة في التضليل توصلًا لغرض غير مشروع، وبذلك لا يقوم الغش رغم التضليل الحاصل، إذا قدم المدين إلى الديان، معلومات غير صحيحة عن حسن نية دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة، أو إذا أهمل في تقديم بعض المعلومات التي من شأن عدم تقديمها إيقاع الدائن في غلط، فلا يعد غاشاً رغم أنه أوقع الدائن في غلط، لأن الغش لا قيام له دون إرادة قاصدة إلى تضليل الغير. أما الركن الموضوعي للغش فهو يتخذ صورة (فعل) أو (كتمان)، والفعل هو عبارة عن (الوسائل الاحتمالية كالكذب) التي

³⁵³ محكمة التمييز الأردنية، المبدأ رقم 68 لسنة 1978، مجلة نقابة المحامين، 1978، ص 894. كما قررت محكمة النقض المصرية أنه " متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التي أقامها المستأجر على المؤجر وطلب فيها الحكم بتعويض عما لحقه من أضرار بسبب الحجز الذي أوقعه هذا الأخير على مزروعاته، قد أقام قضاؤه على أن الحجز لم يكن كيدياً و أن نية الإضرار التي يجب توافرها عند من ينسب إليه التعسف في استعمال الحق منعدمة على أساس أن المستأجر كان متأخراً في دفع بعض الأجرة المستحقة عليه عند توقيع الحجز، وأن المستأجر هو الذي أهمل في طلب رفع الحجز بعد دفعه كامل الأجرة دون المصروفات المستحقة عليه، كان في ذلك جميعاً ما يكفي لحمل قضاؤه برفض الدعوى ولم يكن بعد في حاجة إلى بحث ما إذا كان قد أصاب المستأجر ضرر من الحجز، لأن هذا البحث يكون بعد ذلك تزيدياً غير لازم في الدعوى، ومن ثم فإن نعي المستأجر عليه القصور استناداً إلى أنه أغفل التحديث عما قدمه من أوراق تثبت حصول الضرر - هذا النعي يكون غير منتج". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 80 لسنة 19، جلسة 1951/2/1، س 2، ق 57، ص 297.

354 عرف الغش بأنه: (الخروج على حسن النية في التعامل عمداً). مجمع اللغة العربية، معجم القانون، ص 119.

355 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 9.

مع العلم هنا أن التدليس والاستغلال، وإن كانا متميزين عن الغش في القاعدة العامة إلا أنهما يعتبران من تطبيقاته، إذ أنهما يقعان في مرحلة تكوين العقد، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد أو خارج دائرة التعاقد.

يجب أن تبلغ حداً معيناً من الجسامة لكي يتحقق الركن الموضوعي للغش، أما الكتمان فالقانون لا يحضره إلا عندما يكون من طبيعة مؤثرة على الطرف الآخر³⁵⁶.

وتطبيقاً لذلك، نجد المحكمة العليا قد أشارت، بأنه يعد غشاً تسليم كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك، بدلاً من أن تسلم نفس الكمية بذور البطاطا حسب العقد المبرم بين الطرفين، ومن ناحية ثانية أن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة ومصابة بمرض، بحيث أن صاحبة الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار المسؤولية العقدية³⁵⁷.

وفي ذات المعنى اكدت محكمة النقض الفلسطينية أن التواطؤ بين الوكيل المتصرف والمتصرف إليه ينتج أثره متى اتسم بالغش والحيلة، حيث جاء في متن الحكم أنه " ولما كانت الدعوى محل النظر تستند الى بطلان التبليغات في الدعوى رقم 79/214 لوجود تواطؤ بين وكيل المدعي (الطاعن) شقيقة خليل، والمدع عليه، ولما كان الادعاء ببطلان التبليغات يصلح سببا للطعن في الحكم الصادر عن محكمة اول درجة بالاستئناف ولا يجوز ان يكون موضوع دعوى اصلية، كما ان الادعاء بالتواطؤ اذا قصد به الغش والحيله يمكن ان يكون سببا لإعادة المحاكمة عملا بالمادة 1/251 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية، فان الدعوى والحالة هذه تكون غير قائمة على اساس من القانون وحرية بالرد، ويكون الحكم المطعون فيه موافقا للقانون من حيث النتيجة لا من حيث التسبب"³⁵⁸.

وعكس ما سبق، إذا لم يكن هناك تعمد لإخفاء العيب³⁵⁹، فهذا يعني أن الغش غير موجود، وقد ورد قرار من المحكمة العليا بشأن ذلك، يتعلق بعدم إخفاء عيب خفي من طرف البائع، حكم لصالح البائع بسقوط دعوى الضمان المرفوعة ضده بعد مرور سنة من تسليم المبيع، وبالتالي سقطت دعوى الضمان بالتقادم لانتهاء الغش من طرف البائع لعدم إخفائه العيب³⁶⁰.

أما بالنسبة لعقد الإيجار، فانطلاقاً من وجوب التزام حسن النية ومراعاته في نطاق العقود والتصرفات، صدرت نصوصاً تكون جزاءً رادعاً لسوء النية في الإيجار. وأهم الصور التطبيقية لسوء النية في هذا

356 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص10.

³⁵⁷ قرار المحكمة العليا، غرفة مدينة، رقم 213691، بتاريخ 2000/2/16، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 1، ص 125.

358 نقض مدني رقم 2011/566، الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2013/3/11.

359 شرح مجلة الأحكام العدلية بين نوعين من العيوب في المبيع فذكر أن " المعيب على قسمين ظاهر وباطن فالظاهر ما يعرف بالمشاهدة كالقروح والعمى والعضو الزائد والعرج وغيره من العاهات الظاهرة فلتوجه الخصومة يكفي رؤية الحاكم لذلك وإذا أنكره البائع فإنكاره لغو مع مشاهدت الحاكم. الثاني العيب الباطن الذي لا يعلم بالمشاهدة والعيان كالأمراض الداخلية". أنظر:

علي حيدر، مرجع سابق، المجلد الأول، ص340.

360 قرار المحكمة العليا، رقم 81462، بتاريخ 1993/2/3، غير منشور، عمر بن سعيد، المرجع نفسه،

ص247.

العقد، تتمثل في صورتين: الصورة الأولى هي تأجير المعيب، والصورة الثانية هي تأجير المؤجر العين المؤجرة لمستأجر آخر أو لمستأجرين آخرين عن نفس مدة عقد إيجار المستأجر الأول أو عن مدة أو مدد تتداخل معها، فهاتين الصورتين هما من صور الإيجارات التي يجد فيها سوء النية أرضاً خصبة أو مجالاً فسيحاً له.

3. انتفاء الخطأ الجسيم

كان فقهاء القانون الفرنسي القديم يقسمون الخطأ العقدي إلى ثلاث درجات جسيم ويسير وتافه، فالخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالاً وهو أقرب إلى العمد ويلحق به، والخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه المتوسط أو المعتاد من الناس، والخطأ التافه هو الذي لا يرتكبه الشخص الحام الحريص في أموره، وبالرغم من أن الفقه الحديث قد هجر نظرية تدرج الخطأ إلا أن لها بعض المظاهر في القانون المدني³⁶¹.

وبالتالي يكون الشخص حسن النية عند انتفاء الخطأ الجسيم، أما عند القيام بارتكاب هذا النوع من الخطأ يعد الشخص سيء النية.

وذلك لأن الخطأ الجسيم لا يقع حتى من الشخص المهمل، فهو يقترب من الفعل أو الخطأ العمد ويلحق به الحكم، فجرى العمل على تسويته بالخطأ العمدي، لأن إثبات العمد غالباً ما يكون أمراً صعباً، ولذلك يقوم إثبات الخطأ الجسيم قرينة على توافر العمد في الخطأ. وقيل أيضاً بأن الخطأ الجسيم ألحق بالغش تأثراً بالقاعدة اللاتينية التي تقول (Culpa latadoloaequiparateur) أي أن الخطأ الجسيم يساوي الغش، مع أن هناك فرقاً بيناً بينهما، إذ أن الغش ينطوي على سوء النية، بينما الخطأ الجسيم قد يقع بحسن نية³⁶².

4. انتفاء التعسف في استعمال الحق

إن استعمال الحق بسوء نية هو تعسف لاستعمال الحق³⁶³، ونظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات العامة في القانون المدني³⁶⁴، وتبسط أحكامها على الحقوق جميعاً في نطاق دائرة القانون

361 عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980، ص166.

362 علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 177.

363 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص15.

364 "لما كان الأصل حسبما تقضى به المادة 4 من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر" باعتبار أن مناط المسؤولية عن تعويض الضرر هو وقوع الخطأ وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة التي يتبناها له هذا الحق وكان خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية إنما هو استثناء من ذلك الأصل وحددت المادة 5 من ذلك

المدني محددة كانت هذه الحقوق أم مجرد حريات ومكانات قانونية³⁶⁵، وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية، في الأخذ بهذه النظرية³⁶⁶.

هذه النظرية عندما انطلقت في القضاء الفرنسي والتشريع المصري، قامت في وجهها ثورة من خصومها أرادوا الوقوف دون نموها بحجة أن الأساس فيها إثبات سوء النية وهو عمل نفساني سيكولوجي، وهو من الوهن والضعف بما يجعل طريق الإثبات فيه محفوفاً بالمخاوف والمخاطر والخطأ والغلط، وبما يعرض الحقوق لخطر الزوال والانهيار، وفيه مساس بذات الحق وكيانه وأصله، ولكن نظرية التعسف في استعمال الحق أبت إلا أن تنطلق وتظهر في ميادين الحياة القضائية، وأخذت بها تشريعات عديدة وأقرتها أمم في نصوص قوانينها وأخذت الحملة عليها عندئذ تخف من وطأتها، فأصبح لا يخشى من الجانب البسيكولوجي فيها لأنها تتكون من عنصر نفساني أخلاقي لا بد فيه من الدخول في قرارة النفس للوقوف على ما عبثت به تلك النفس من رغبة الإيذاء بالغير ومن نية إيصال الأذى به، ولهذا يعد عدم التعسف في استعمال الحق تطبيقاً للقاعدة الحق يناقض مبدأ حسن النية في استعمال الحق³⁶⁷، أما انتفاء التعسف في استعمال الحق هو مظهراً من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، ومن إحدى مقتضياته³⁶⁸.

القانون حالاته على سبيل الحصر، وكان يبين من استقراء تلك الصور أنه يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء على نحو إيجابي يعتمد السير إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً هو إلى الترف أقرب مما سواه مما يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاه في هذه الصورة الأخيرة وبين الضرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسراً أو عسراً إذ لا تتبع فكرة إساءة استعمال الحق من دواعي الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 2845 لسنة 59، جلسة 1995/11/23، س 46، ع 2، ق 238، ص 1219.

365 به مويريز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 269.

366 القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي في هذا المجال والوردة في مجلة الأحكام العدلية في المادة (19) " لا ضرر ولا ضرار " والمادة (20) " الضرر يزال " و المادة (25) " الضرر لا يزال بمثله " و المادة (27) " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " والمادة (30) " درء المفساد أولى من جلب المنافع ". كما نص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة 7 منه على أنه " لا يجوز التعسف في استعمال الحق (وبينت المادة 8 على أنه يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية : -إ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. د - إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف".

367 " يدل نص المادة الخامسة من القانون المدني على أن مناط التعسف في استعمال الحق الذي يجعله محظوراً باعتباره استعمالاً غير مشروع له هو تحقق إحدى الصور المحددة على سبيل الحصر في المادة الخامسة سالف الذكر والتي تدور كلها حول قصد صاحب الحق من استعماله لحقه أو مدى أهمية أو مشروعية المصالح التي يهدف إلى تحقيقها وذلك دون نظر إلى مسلك خصمه إزاء هذا الحق، وإذ كان دفاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام على تعسف المطعون ضدها في طلبها طرده من الأرض محل النزاع - و هي شريط ضيق يخترق أرضه - وإزالة ما عليها من بناء على سند من أنها لم تبغ من دعوها سوى الإضرار به و أن مصلحتها في استرداد هذه الأرض - إن توافرت

وبذلك نظرية التعسف في استعمال الحق، تحدد الطريقة التي يجب أن يسكلها صاحب الحق في استعمال الحق بحسن نية³⁶⁹، لذا صرحت قوانين عديدة عن العلاقة المباشرة بين مبدأ حسن النية كفكرة كلية وبين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق³⁷⁰، من ذلك نص القانون المدني السويسري في المادة الثانية منه على أنه: (يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسلها حسن النية أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون)، والقانون المدني السويسري في هذه المادة لم يحدد معياراً محدداً للتعسف³⁷¹.

وهناك تطبيقات عديدة للتعسف في استعمال الحق في تنفيذ العقود، منها:

1. الفسخ التعسفي للعقد، فهو مخالف لمقتضى حسن النية في تنفيذ العقود³⁷²، والفسخ التعسفي يمكن

توقفه في كافة أنواع العقود، وذلك بصرف النظر عن سبب الفسخ أكان بسبب وجود كون العقد من العقود غير اللازمة أم بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته³⁷³، مثلاً:

- في عقد العمل³⁷⁴، يعتبر رب العمل الذي يستعمل حقه، في فصل العامل متعسفاً في استعمال حقه،

إذا كان الفصل بسبب مذهب العامل السياسي، أو عقيدته الدينية، أو بسبب انضمامه إلى نقابة، أو

- قليلة الأهمية بالنسبة للأضرار التي تلحق به من جراء إزالة ما أقامه عليها من بناء، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع لمجرد القول بأن الطاعن استولى بغير حق على أرض المطعون ضدها وأقام بناء عليها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 1244 لسنة 54، جلسة 1985/4/4، س 36، ع 2، ق 114، ص 545.

368 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 19.

369 "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني أن من أستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما يتحقق بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق وأن حق النقاضي وحق الإبلاغ وحق الشكوى من الحقوق المباحة للأشخاص واستعمالها لا يدعو إلى مسائلة طالما لم ينحرف به صاحب الحق ابتغاء مضارة المبلغ ضده، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق يدعيه لنفسه أو ذوداً عن هذا الحق إلا إذا أثبت انحرافه عنه إلى اللد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم". نقض مصري (مدني)، الطعن رقم 11865 لسنة 65، جلسة 1997/6/29، س 48، ع 2، ق 195، ص 1025.

370 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 16.

371 به موبرويز، مرجع سابق، هامش 1 ص 78.

372 حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 470، 471.

373 به موبرويز، المرجع السابق، ص 270.

الفسخ التعسفي للعقد (أي فسخ العقد دون مبرر)، يجب أن يتحقق فيه عنصر التعسف في استعمال حق الفسخ الذي يتمثل بمعايير التعسف في استعمال الحق وضابطاه، وهناك نوعين من معايير التعسف، أولهما المعايير العامة التي تحدد التعسف في استعمال الحقوق بصورة عامة، ومن ضمنها مكنة فسخ العقد (المعيار الشخصي نية الإضرار، المعيار الموضوعي رجحان الضرر، العيار المختلط عدم مشروعية المصلحة)، وثانيهما المعايير الخاصة التي تحدد التعسف في استعمال حق الفسخ في عقود معينة، وهناك معياران، منها معيار مخالفة القانون، إذ قد يتدخل المشرع ليرسم طريقة الفسخ في عقود معينة، فيحصل التعسف في استعمال حق الفسخ إذا وقع الأخير بصورة مخالفة لما حدده القانون، والآخر هو معيار جدية المبرر، إذ ينبغي وفقاً له أن يكون للفاسخ مبرر جدي في فسخه، وهذا المعيار نسبياً، طالما يحدده العرف الجاري. أما ضابطا التعسف فيمتمثلان بالغش وانتفاء المصلحة، فهذان الضابطان، يرتبطان أحدهما بالآخر ولا يمكن الفصل بينهما، وبالتالي وجود أحدهما لا يستغني عن الآخر، أي وجود أحدهما يدل على وجود الآخر. انظر: به موبرويز، المرجع نفسه، ص 269، 270.

بسبب نشاطه النقابي، إذ يريد رب العمل من وراء ذلك أن يحرم عماله من حقوق مشروعة خولها لهم القانون، وبالتالي رب العمل هنا قد استعمل حقه المشروع، في سبيل تحقيق مصلحة غير مشروعة³⁷⁵. كما قضى القضاء الفرنسي باعتبار فصل العامل تعسفياً عندما ثبت أن صاحب العمل قد عين بعد فصله عاملاً جديداً في وظيفة كان يمكن أن ينقل إليها العامل المفصول³⁷⁶.

- يرد في عقود البيع الإيجاري للسيارات أو غيرها، أن للبائع الحق في الفسخ قبل تسليم السيارة المباعة ورد ما قبضه من العريون أو من قيمة الثمن مقدماً، وقد يرمي البائع في ذلك إلى غرض بيته في نفسه في أن يرد ما قبضه ويفسخ العقد عليه إذا ما لاحظ ارتفاعاً مفاجئاً في الثمن يستفيد من ورائه عند الفسخ ورد ما قبضه، فإذا فعل ذلك وتبينت ظروف ارتفاع الثمن ولو حظ أن في استخدام حق الاختيار هذا تعسفاً وجب تقويت الغرض المقوت على صاحبه، ووجب القضاء بالتعويض العيني وهو تسليم السيارة، أو التعويض المالي، والمشتري في ذلك بالخيار إن شاء ذلك أو ذاك.

2. الاستعمال التعسفي لشروط التنقل، إذ أن المستخدم (رب العمل) ملزم بتنفيذ العقد بحسن نية، ويتعسف في حقه إذا فرض على الأجير (العامل)، في وضعية حرجة التنقل فوراً إلى منصب ما يمكن لأجير آخر أن يشغله.

3. التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ، إذ ينبغي على المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يتعسف في استعماله لهذا الحق، لأن ذلك من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد³⁷⁷.

4. والشروط التعسفية في العقود، هي أيضاً تدل على الظلم والتعسف اتجاه المتعاقد (خاصة إذا كان مشتري عادي أو مستهلك)، والقانون المدني الفرنسي لم يعالج هذه الظاهرة، أو على الأقل ظاهرة عقود الإذعان، أما القانونين المصري والجزائري فقد نصل كل منهما على كيفية مواجهة الشروط التعسفية

374 " ولما كانت واقعة الفصل التعسفي تتعلق بالواقع وتستخلصها محكمة الموضوع من وقائع وبيانات الدعوى، ولما كانت محكمة الاستئناف قد بينت حكمها على ما ورد في أقوال شاهد الطاعة المدعى عليها ومديرها التنفيذي، وأقرت ما توصلت إليه محكمة الدرجة الأولى من أن إنهاء عقد المطعون ضده كان دون سبب موجب لذلك وأنه يعتبر تعسفياً وفق أحكام المادة 3/46 من قانون العمل، ولما كان ما توصلت له المحكمة في حكمها المطعون فيه له أصل في الأوراق وان حكمها أقيم على أسباب سائغة تكفي لحمله فإن هذا السبب يغدو والحالة هذه مستوجب الرد". نقض فلسطيني (حقوق)، الطعن رقم 577 لسنة 2010، بتاريخ 2012/1/19، منشورات المقتفي.

375 أحمد الصويصي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والثلاثون، السنة الثالثة والعشرون، ربيع الأول 1430هـ، إبريل 2009، ص 57، 58.

376 حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 471.

377 محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 6.

في عقد الإذعان³⁷⁸. ويكون الشرط تعسفياً وباطلاً، إذا كان مجحفاً أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرد ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات³⁷⁹.

الفرع الثاني

الالتزام بالتعاون والإنصاف

يفرض حسن النية في تنفيذ العقود، كل من الالتزام بالتعاون والالتزام بالإنصاف، وسنتاولهما فيما يلي:

أولاً: الالتزام بالتعاون

التزام التعاون في تنفيذ العقود هو من بين مقتضيات التزام حسن النية في تنفيذ العقود، وإحدى المظاهر الهامة والرئيسية المنفردة عنه³⁸⁰. والقوانين المقارنة الغربية أو البلاد أو غيرها من بلدان العالم هي جميعاً تتفق على أن الالتزام العام بالتعاون الذي يقع على عاتق المتعاقدين هو أساسه حسن النية في تنفيذ العقود³⁸¹.

والتزام التعاون في تنفيذ العقود يعيش وينمو في أوقات الحياة الطبيعية للعقد³⁸²، فتفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، التي هي علاقة تعاون وليست علاقة خصام، أما بالنسبة لتضارب المصالح فلا يمنع من تعاون المتعاقدين³⁸³، لأن القواعد العامة في العقود تقوم على فكرة " تناقض المصالح"، وبالتالي لا يمكن أن يسمح القانون أن تعلو إرادة بعض المتعاقدين على إرادة بعض من ذوي المصالح المتعارضة³⁸⁴.

ويعتبر الحقوقي Demogue هو أول من نظر في الفقه إلى التزام التعاون في تنفيذ العقود، وله عبارات شهيرة تتمثل في: (أن المتعاقدين يشكلون مجتمعاً صغيراً يلتزم فيه كل فرد بالعمل لتحقيق هدف مشترك والمتمثل في جملة الأهداف الفردية التي يرمي إليها كل فرد، تماماً مثلما هو الأمر في الشركة المدنية أو التجارية). هذه العبارات منذ سنة 1931 تداولتها الكثير من الشروح الفقهية التي

378 محمد بوادالي، المرجع السابق، ص 19.

379 محمد بوادالي، المرجع السابق، ص 19.

380 سفيان القرصي، مرجع سابق، ص 273، عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 453، حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 475، أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 172.

381 سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 256.

382 سفيان القرصي، المرجع السابق، ص 210.

383 علي فيلاي، مرجع سابق، ص 296، 297.

384 نادية فضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 23.

تعرضت لتحليل التزام التعاون، ونظراً لكثيرة ترددها وصفت بأنها قد صارت ربما تقليداً مألوفاً لا يغيث عن كل مقدمة أو ديباجة للأجزاء المخصصة في هذه الشروح لالتزام التعاون³⁸⁵، لأنه لم ينشغل أحد من الفقهاء أكثر من ديموج في إعطاء الوجه القانوني لالتزام التعاون.

ويمكن بيان أن التزام التعاون في تنفيذ العقود هو سلوك وتصرف والتزام يتعلق بكيفية تنفيذ العقود، يحمل على كل المتعاقدين سواء كان مديناً أو دائناً ولم يقع الاتفاق عليه بين المتعاقدين اتفاقاً حقيقياً وواقعياً ويرمي في أوقات الحياة الطبيعية للعقد إلى أن يقوم المتعاقد المكلف به ببذل كل ما في وسعه لكي يجني المتعاقد المنتفع به قدراً إضافياً من الفائدة المشروعة في العقد بما يتلاءم مع مبادئ حماية الضعيف وحسن التنفيذ في العقود ومبادئ التحضر في القانون الحديث³⁸⁶.

وبمعنى آخر فإن التعاون يعني قيام كل متعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد إلى أفضل صورة وأحسن حال³⁸⁷، وبالتالي التزام التعاون يتعلق بتسهيل تنفيذ العقد. فإذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام، فإن على المدين أن يختار أحسنها في رعاية مصلحته ومصلحة الدائن أيضاً، لأن مبدأ حسن النية يأبى أن يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفائدتها على حساب صاحبه، وبالتالي على كل طرف أن يتعاون مع الآخر، فيحاول بكل جهده أن يبسر على الآخر التزامه³⁸⁸، حتى يتم تنفيذ العقد على أحسن حال، فالنفيذ السوي يساوي في بعض الأحيان عدم التنفيذ³⁸⁹.

ولتزام التعاون يتميز بخاصية التنوع فيه فهو ليس واحداً وثابتاً في جميع العقود بل إنه ليس واحداً وثابتاً حتى في إطار العقد الواحد، وذلك عكس بقية الالتزامات الفرعية الموضوعية والإضافة التي تظل في جميع العقود واحدة وثابتة لا تتغير، كالتزام التصحيحي الذي يبقى كما هو التزام بتصحيح العقد وبارجاعه إلى حدوده العادلة والمقبولة وذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد إعاره أو عقد بيع أو عمل أو غيرها، وكالتزام بعدم التعسف عند ممارسة حق الإنهاء العقابي للعقد الذي يبقى كما هو التزاماً بعدم استخدام صاحب الحق لحقه العقابي للطرف المقابل دون سبب مشروع يبرره، و ذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد عمل أو عقد بيع أو غيرها من العقود، وكالتزام بمراجعة العقود في صورة اختلال توازنها الاقتصادي الذي يبقى ذلك ثابتاً لا يتغير التزاماً بارجاع اقتصاد العقد

385سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 213.

386سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 216، 217.

387عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 427.

388 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 453، أمحمد محمد منصور، مرجع سابق، ص 172.

389علي فيلاي، مرجع سابق، ص 296.

إلى حدود مقبولة ومتوازنة وذلك مهما تغير العقد الذي تعلق به أكان عقداً زمنياً أو عقداً فورياً وسواء كان عقد مقاوله أو عقد بيع أو غيرها من العقود.

والأكثر من ذلك فإن التزام التعاون في تنفيذ العقود قد يتنوع وينتوحي في إطار العقد الواحد فلا يكون واحداً وثابتاً حتى في إطار نفس العقد وبين نفس المتعاقدين، فمثلاً الالتزام بالتعاون في تنفيذ عقد البيع، نجد البائع لن يكون عليه فحسب التزام بالتعاون في الوفاء اتجاه المشتري بالالتزام بإعلامه ونصيحته حول كيفية استعمال المبيع وتحذيره من مخاطر استعماله، بل يمكن أن يشمل إلى جانب ذلك التزامات أخرى تحمل على البائع وتندرج ضمن وفاء بالتزامه بالتعاون، مثل التزامه بأن يسلم للمشتري جميع الوثائق والأوراق الضرورية لانتقال ملكية المبيع أو القيام بكل عمل من شأنه المساعدة على تسجيل حق المشتري بالسجل العقاري أو غيره من السجلات القانونية³⁹⁰.

وهناك حالات يتأكد فيها وجود التزام التعاون في تنفيذ العقود، انطلاقاً من طبيعة بعض العقود أو من موضوعها أو من صفة ومكانة المتعاقدين فيها، فيفرض هذا الالتزام نفسه في هذه الحالات ويتأكد وجوده فيها. فبالنسبة لطبيعة العقود التي تفرض التزاماً متأكداً بالتعاون (عقود التعاون، العقود الدولية، العقود التجارية، العقود الزمنية)³⁹¹، نجد أن هناك عدد من العقود تعتبر عقود التعاون بطبيعتها فتقوم أساساً على التعاون مثل عقد الشركة، ففيه يجب بذل الجهود والتعاون بين الشركاء على تحقيق غرض مشترك يتمثل في تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء، ونية المشاركة تعد ركناً من أركان عقد الشركة، وعليه فإن سوء تفاهم الشركاء يؤدي إلى إنهاء الشركة³⁹².

ويقع الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود على عاتق المتعاقدين سواء أكانوا عند مرحلة تنفيذ العقد في وضعية المدين أم كانوا في وضعية الدائن. وبالتالي هناك صورتين: الصورة الأولى التي يكون فيها المدين بالالتزام بالتعاون في وضعية المدين في العقد ويكون الدائن بالالتزام بالتعاون في وضعية الدائن في العقد، وهذه هي الصورة الأكثر تداولاً في شروح الفقه، أما الصورة الثانية الأقل شهرة هي التي يكون فيها المدين بالالتزام بالتعاون في وضعية الدائن في العقد ويكون الدائن بالالتزام بالتعاون في وضعية المدين في العقد³⁹³.

وعموماً، فإن الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود له تطبيقات عديدة، منها ما يلي:

390 سفيان القرقي، مرجع سابق، ص 233، 234.

391 سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 241.

392نادية فضيل، مرجع سابق، ص 39، علي فيلاي، مرجع سابق، ص 297.

393سفيان حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 258.

أن المدين يكون سيء النية عندما يتقل الدائن بتكاليف لا تتناسب مع مصلحته، كأن يرسل سلعة الدائن بتكاليف باهضة عن طريق الجو (الطائرة)، في حين أن الطرفين متفقين على إرسالها عن طريق البر أو البحر (وحتى ولو لم يتفقا على ذلك في العقد)، ونفس الشيء بالنسبة للدائن يكون سيء النية إذا حمل المدين تنفيذاً يكلفه مبالغ (تكاليف) باهظة ولا يتناسب مع مصلحته، كأن يقوم المشتري بتهديد البائع بأن يقوم بفسخ العقد إذا لم يتسلم فوراً المبيع من البائع، في حين أن المشتري يعلم أن المبيع غير متوفر لدى البائع وقت البيع، مما يدفع البائع إلى اقتناء المبيع من مورد آخر بثمن باهظ مقارنة بثمن المورد الذي اعتاد على اقتناء السلعة منه. كذلك المؤجر الذي يطلب من الكفيل -الذي يكفل المستأجر- بدلات الإيجار المستحقة عن مدة سنتين من الإيجار، في حين أنه لم يطلب فسخ عقد الإيجار، وهو يعلم أن المستأجر لم يمارس أبداً نشاطاً في الأمكنة المستأجرة، فهذا التصرف يدل على سوء نيته.

وفي عقد النقل على الناقل أن يختار الطريق الأقل كلفة، وإلا فلا يسأل العميل إلا عن مصاريف الطريق المعقول. وفي عقد النشر المؤلف أن يقوم بتصحيح بروفات المصنف والتأشير عليها بإجازة الطبع وإلا فلا حق له في مساءة الناشر عن الأخطاء الواردة في المصنف، وفي العقد المبرم بين الممثل وصاحب المسرح، على هذا الأخير أن يعد المسرح وأن يعضه تحت تصرف الممثل لإجراء البروفات اللازمة قبل الافتتاح. كما أن على مصلحة السكك الحديدية أن تزن البضائع بمجرد وصولها إلى محطة الشحن، فإذا تأخرت في ذلك فلا وجه لأن تطالب العميل بأجر تخزين عن فترة التأخير³⁹⁴. وفي عقد البيع يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ملزم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً. بالإضافة لما سبق، فإن حسن النية يقتضي من خلال التزام التعاون، كما هو الحال بالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعاً لاتفاق الطرفين.

وعلى الدائن - تطبيقاً أيضاً للتعاون في تنفيذ العقود- أن يبذل ما يجب عليه لتقليل حجم الضرر الذي يلحق به نتيجة عدم التنفيذ، فمن اشترى جهازاً أو آلة يضمنها البائع لمدة محددة، عليه أن يقوم بالصيانة البسيطة التي تؤدي إلى تفادي الضرر أو التلف الأشد جسامة. كذلك تطبيقاً لالتزام التعاون، فإنه في عقد النشر يجب على الناشر أن يمكن المؤلف من فحص دفاتره لمعرفة عدد النسخ المباعة. ومن يتعاقد مع شركة الكهرباء لتوصيل التيار إلى مسكنه أو متجره له أن يطلب من الشركة أن يتم

394حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 474.

ذلك تحت إشراف مهندس من قبله، وعلى الممثل أو العامل الذي يمتنع عن العمل بسبب المرض أن يسمح بفحصه من جانب طبيب من قبل رب العمل، وعلى من ينقل بضائع عن طريق السيارات أو السكك الحديدية أن يسمح بفصح محتويات ما ينقله للتأكد منها ومن عدم خطورتها³⁹⁵.

وحسن النية يقتضي أيضاً- من خلال الالتزام بالتعاون- أن يقوم البائع بتمكين المشتري من حياة المبيع حياة هادئة لا يعكرها تعرض، لذا فرض المشرع على البائع التزاماً مزدوجاً بعدم التعرض الشخصي وبعدم تعرض الغير، حتى يكون المشتري متعاوناً مع البائع على دفع التعرض الصادر من الغير له، كأن يقوم البائع بالتدخل إلى جانب المشتري ومحلله لدفع هذا التعرض³⁹⁶.

كذلك الالتزام بالتعاون، هو التزام إيجابي يقتضي القيام بعمل يتمثل في إعلام وإطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل ما هو أساسي لحسن تنفيذ العقد³⁹⁷، وبالتالي الالتزام بالإعلام هو مظهر خاص وأساسي للالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود³⁹⁸، فمثلاً: يلتزم الوكيل بأن يبادر بإخطار مالك البضاعة بأن الخبراء قد قدروها بأقل من قيمتها حتى يتخذ الإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه، ويلتزم العميل الذي يكلف سمساراً بالبورصة بإجراء عمل معين في البورصة فأجراه خلافاً للتعليمات بأن يبادر بإخطاره بخطئه حتى يغطي ذلك في جلسة البورصة التالية، ويلتزم البنك بإخطار العميل عن الصعوبات التي يصادفها فرض يخصه من دولة أجنبية، ويلتزم المنتج بأن يوضح خطورة الأشياء المنتجة، ويلتزم الطبيب أمراض النساء بأن يبصر المريضة بأخطار الحمل بعد إجراء العملية الجراحية، ويلتزم المقاول بأن يخطر رب العمل بما استجد من قواعد البناء القانونية أثناء التنفيذ، وتلتزم شركة صيانة المصعد الكهربائي بإخطار المالك بالإصلاحات التي يستوجبها الاستعمال. وإذا تعاقد شخص على شراء كمية من البنجر وتضمن العقد بنداً بتحديد السعر حسب كمية السكر في البنجر، وجب على المدين أن يخطر الدائن للحضور عند التحليل الذي يحدد كمية السكر³⁹⁹.

كذلك يلتزم كل من المتعاقدين بأن يخطر الآخر بالقوة القاهرة التي تؤخر التنفيذ. ويجب أيضاً على الدائن الذي يمهل مدينه أن يخطر الكفيل بذلك لعله يرجع على المدين، ويجب على المؤمن أن يخطر شركة التأمين بالحوادث التي تزيد أخطار التأمين والتي تقتضي دفع قسط أكبر مقابل تحمل الشركة

395حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 475.

396عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 454.

397علي فيلالي، مرجع سابق، ص 296.

398سفيان القرصي، مرجع سابق، ص 273 وما يليها.

399حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 470 وما يليها.

تبعه هذه الأخطار، ويلتزم المشتري بإخطار البائع عن تعرض الغير⁴⁰⁰. كما يلتزم المستأجر بأن يخبر، فوراً، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها. ومن مظاهر التعاون أيضاً، ما يلتزم به المتعاقد قبل المتعاقد الآخر من التزام بالتنبيه أو بالتحذير في بعض صور التعاقد على المواد الخطرة في ذاتها أو الخطرة في طريقة استعمالها، خاصة في علاقة المتعاقد المحترف مع المتعاقد غير المحترف، بل قد يصل الأمر إلى القول بوجود عدم التعاقد في ظروف معينة، كواجب المقاول أو المهندس المحترف في أن يتمتع عن تنفيذ منشأة فوق تربة لا تصلح لذلك⁴⁰¹.

ثانياً: الالتزام بالإنصاف⁴⁰²

عرف الإنصاف، بأنه: (إحساس تلقائي صادق بما هو عدل أو جور ويقضي بإعطاء كل ذي حق حقه)⁴⁰³.

أما أرسطو فيعرف رقابة الإنصاف بكونها: (العدالة الأفضل التي تصحح العدالة القانونية وذلك لما تؤول هذه الأخيرة في إحدى الحالات الخاصة إلى نتائج غير عادلة بسبب العبارات العامة لتشريع مما أغفل التعرض لكل جوانب الحالة القانونية المعروضة). وبشأن هذا التعريف يقول سفيان القرقي في رسالته الدكتوراه الخاصة به، بأن التعريف الشهير الذي صاغه الفيلسوف أرسطو لرقابة الإنصاف (أي رقابة المشروعية الطبيعية)، يظل تعريفاً صالحاً لكي يكون ليس فقط تعريفاً مناسباً بل ليكون التعريف الأفضل لرقابة المشروعية حتى في أيام عصرنا الحديث رغم المسافة التاريخية التي تفصله عن عصرنا⁴⁰⁴.

كما ورد نفس هذا التعريف- الذي قال به أرسطو- بعبارات أخرى كما يلي: (الإنصاف هو عدالة أفضل تصلح عدالة القانون إذا ما انتهت في حالة معينة إلى نتائج غير عادلة تبعاً للتعبير العامة

400 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 453، 454.

401 حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 475.

402 يرى البعض من الفقهاء أن حسن النية والإنصاف هما شيء واحد فيساوي بينهما، وهناك من يرى أن حسن النية جزءاً من الإنصاف أي الأولى وسيلة والثانية غايتها، أما الفقيه PICOD فيذهب إلى شمولية مفهوم حسن النية لكل من مفهومي الأمانة والإنصاف، فيكون هذين المفهومين جزءان من الكل المرتبط بهما ارتباطاً طبيعياً والتمثل في حسن النية، أي أن حسن النية يشمل كل من الأمانة والإنصاف معاً، وبالتالي حسب الفقه الحديث ينخرط الجزآن (الإنصاف والأمانة) في الكل (حسن النية). نقلاً عن. سفيان القرقي، مرجع سابق، ص 909، 910.

403 مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، الهيئة العامة للشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1983، ص 26.

404 سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 490.

لقانون لا يمكنه الإحاطة بكل شيء)، والإنصاف هنا- حسب تعريف أرسطو- هو التطبيق الجزئي لفكرة العدل على حالة معينة (أي أنه مفهوم ادنى من العدل)⁴⁰⁵.

والالتزامات الفرعية والإضافية الموضوعية المنتمية للالتزام الإنصاف بوصفه جزءاً داخلياً من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، يمكن تقسيمها إلى: الالتزام التصحيحي في العقد، والالتزام بمراجعة العقد، وبمعنى آخر يتسع الإنصاف إلى الالتزام التصحيحي والالتزام بمراجعة العقد⁴⁰⁶، وهذين الالتزامين المتفرعين من الالتزام بالإنصاف يتعلقا بأوقات الأزمة العقدية. فالالتزام التصحيحي في العقد، هو التزام بتصحيح العقد وإرجاعه إلى حدوده العادلة والمقبولة، وذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد إجارة أو عقد بيع أو عمل أو غيرها. وهذا الالتزام يترجم عبر مراقبة مشروعية (لا قانونية) المطالبة بإحدى حقوق العنف القانوني وهي المتعلقة بالمطالبة بتطبيق حرفي لقاعدة وضعية إما أن تكن بنداً تعاقدياً مجحفاً بالنسبة لإحدى المتعاقدين أو نص قانوني وضعي له صلة وتأثير حاسم على تنفيذ الأطراف المتعاقدة للالتزامها، ملحقاً من وراء هذا ضرراً فادحاً وإجحافاً بحقوق إحداها. أما الالتزام بمراجعة العقد، يتعلق باختلال توازن العقود الاقتصادي، وبالتالي هو التزاماً بإرجاع اقتصاد العقد إلى حدود مقبولة ومتوازنة، وذلك مهما تغير العقد الذي تعلق به أكان عقداً زمنياً أو عقداً فورياً وسواء كان عقد مقاوله أو عقد بيع أو غيرها من العقود، وهذا الالتزام هو تقييد كذلك لإحدى حقوق العنف القانوني الأخرى وهي المطالبة بتنفيذ عقد اختلت عناصر العدالة والتكافؤ الاقتصادي المالي فيه. وبالتالي الالتزام بمراجعة العقد له حالات يقوم فيها، فهو يتسع لصورة الظروف الطارئة، كما يتسع لصورة الشرط التغريمي المجحف (أي الشرط الجزائي التعسفي)، كما أنه من الممكن أن يتسع أيضاً لصورة الغبن⁴⁰⁷.

405 عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 140.

406 سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 465.

407 سفيان القرقي، مرجع سابق، ص 233، 912، 935.

وبخصوص الغبن، فإنه الفقه وفقه القضاء ما زال إلى اليوم في القانون المقارن وخاصة في القانون الفرنسي يميل إلى معالجة الأمر من زاوية تكوينه العقود فحسب، وبالتالي- حسب سفيان القرقي- لقد حان أوان معالجة إشكالية الغبن في ظل منع إبطار العقود على أساس من زاوية تنفيذ العقود ومن زاوية التزام حسن النية. سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 919.

الخاتمة

(النتائج والتوصيات)

إن مبدأ حسن النية هم من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق سواء كان ذلك على مستوى القانون العام أو مستوى القانون الخاص، حيث أن اللجوء إلى هذا المبدأ قد يخفف الكثير من صراحة بعض النصوص القانونية والتي قد يؤدي المستفيد بحرفيته تطبيقاً إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها. والأخلاق التي تتبع من روح الشرائع والأديان أوجبت منذ القدم وقبل أن يلزم القانون الفرد أن يكون حسن النية تجاه أفراد مجتمعه بأن يعاملهم بما يحب أن يعاملوه دون أن ينوي الشر بهم، ويتصرف بقدر من التبصر زال والاهتمام بمصالح الآخرين لكي لا يلحق بهم الضرر سواء كان هذا الضرر ناتج عن سوء نية أو إهماله.

ومن خلال ما تقدم تكمن الحاجة إلى اللجوء لمبدأ حسن النية بعد تطور العلم وتقدم المخترعات واتساع نطاق العلم والتقدم الذي سيخلق أنواعاً جديدة من العلاقات التي تكن موجودة قبلاً مصالح طبيعية معقدة تحمل في طياتها أوسع الفرص والاحتمالات لإضرار الأفراد بعضهم ببعض لأنه المبدأ الذي يحقق أخطر وأجل غاية من غايات القانون وهي درء الأضرار من فرد على فرد آخر.

وقد تناولت في بحثي هذا مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في ضل القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني وحاولت فيه وضع تعريف قانوني لمبدأ حسن النية وبيان المعيار الواجب اعتماده لقياس توافر حسن النية لدى المتعاقد من عدمه والجزاء المترتبة على مقتضيات مبدأ حسن النية في إبرام العقود .

وقد تركزت هذه الدراسة على مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، حيث حمل الفصل الأول منها عنوان مبدأ حسن النية : المفهوم والمضمون، وأما الفصل الثاني منها فقد حمل عنوان مقتضيات مبدأ حسن النية وآثرها في العقود، وفي الختام قد لا تخلو هذه الدراسة من النواقص والثغرات ولكن أتمنى أن لا تخلو من الفائدة العملية والعلمية والقانونية.

النتائج:

إن النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، تتلخص فيما يلي :

1. أن حسن النية يجب توافره في جميع المراحل التي تمر بها العقود، أن تطبيقاته العديدة المتنوعة لا تخرج عن حدود مراعاة عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد.

2. إن مبدأ حسن النية رغم أنه من أصول وأبعاد أخلاقية، إلا إن ذلك لا يقلل أو يضعف من شأنه بل على العكس من ذلك فهي تكون سندا و عوناً له في التطبيق ، لتحقيق هدفه و دوره في العقود و التصرفات.

3. مهما اختلفت محاولات تعريف حسن النية في العقود ، إلا إنها تتفق جميعاً في أن كل من مفهوم حسن النية و سوء النية هو مفهوم واسع ، وصعب التعريف و الإحاطة بكل جوانبه.

4. إن فكرة حسن النية هي فكرة خصبة لا تقف عند حدود التطبيقات التي وردة في هذا البحث، فهي مجرد أمثلة تحتمل التوسع و القياس .

5. إن مبدأ حسن النية هو مبدأ غامض وخاصة من حيث ترتيب آثار مباشرة في دائرة القانون الوضعي ، لذا فأن الرأي الراجح يرى ضرورة صياغة مقتضيات حسن النية في صورة التزامات قانونية محددة يمكن عقاب من يخالفها وفي نفس الوقت يكون من الممكن استيعابها قانوناً.

6. يقتضي حسن النية في العقود و التصرفات : الالتزام بالأمانة والنزاهة و التعاون والإعلام والاستعلام والنصيحة و التحذير و الإنصاف واحترام الثقة المشروعة.

7. إن التفرقة بين حسن النية و سوء النية في العقود و التصرفات، بقدر ما هي صعبة ، بقدر ما هي مهمة من ناحية الآثار التي تترتب على كل منهما ، سواء من ناحية آثار الالتزام بحسن النية أو من ناحية آثار الإخلال بحسن النية ، وعليه إذا استطاع القاضي أن يستوعب المعايير المستقاة من الفقه و الاجتهاد الثابت للمحكمة العليا فإنه سيعرف لا محال متى يكون الحكم على شخص بحسن النية أو سوء النية.

8. إن في القانون المدني و الفقه الإسلامي، لتمييز بين حسن النية وسوء النية في العقود والتصرفات ، هناك معيارين متكاملين يجب توافرها معاً للقول بوجود حسن النية التام من عدمه في العقود وهما: المعيار الذاتي و الموضوعي ، فنلجأ إلى المعيار الذاتي وفي حالة العجز نلجأ إلى المعيار الموضوعي .

9. تبين لنا أن الأصل هو حسن النية لدى الشخص ، إما إثبات حسن النية فيكون ذلك بإثبات نقيضه و هو سوء النية ، ويمكن إثبات حسن النية أو سوء النية بكافة طرق الإثبات القانونية.

10. من خلال البحث وجدنا أن ما يوجبه حسن النية في خصوص عقد بعينة يعتبر من مسائل الواقع ، التي يتلخص فيها قاضي الموضوع بسلطته التقديرية، وليس من مسائل القانون، وبالتالي لا يخضع حكم القاضي لرقابة المحكمة العليا.

11. كما تبين أن القانون المدني رتب جزاء على كل من الالتزام بحسن النية في العقود، و الإخلال به.

التوصيات:

ومن بين ما يمكن اقتراحه على المشرع الفلسطيني هو أن ينص صراحة وبكل وضوح على ما يلي:

1. يجب أن يتم التفاوض و إبرام وتفسير وتنفيذ العقود و التصرفات بحسن نية.
2. يكون الشخص حسن النية عند مراعاته عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد أو التصرف.
3. يقتضي حسن النية في العقود و التصرفات: الالتزام بالأمانة، والنزاهة، والتعاون، والإعلام، والاستعلام، والنصيحة، والتحذير، والإنصاف، واحترام الثقة المشروعة وكل ما من شأنه أن ينفي سوء النية لدى الشخص.
4. يفترض حسن النية في العقود و التصرفات إلى أن يثبت عكس ذلك.
5. تعديل نصوص القانون التي يمكن ان تشكل حماية لسوء النية على غرار بعض المواد الواردة في قانون تسوية الاراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 وتعديلاته وخاصة الفقرة الرابعة من المادى 14 والتي نصت على أنه " إذا أحرز بطريق الغش أي حق في جدول الحقوق النهائي المنصوص عليه في المادة (16) من هذا القانون فيحق للشخص الذي لحق به الضرر أن يدعي لدى محكمة التسوية بطلب تعويض من الشخص المسؤول عن الغش على شرط أن تقدم خلال ثلاث سنوات من تاريخ تصديق جدول الحقوق؛ بحيث لا يحصر حق من وقع ضحية للغش في طلب التعويض وإنما أيضا استرداد العقار الخاص به. وذات

الامر بالنسبة للفقرة الخامسة من ذات المادة والتي نصت على انه " إذا ثبت لمحكمة التسوية أن حكماً من أحكامها اكتسب الدرجة القطعية بناء على تبليغات مزورة فلها أن تحكم بالتعويض لصاحب الحق على الشخص المستفيد من الحكم المذكور على شرط أن يقدم الاعتراض على التبليغ خلال سنة واحدة من تاريخ صدور الحكم القطعي". وكذلك الفقرة الاخيرة من المادة (16) من ذات القانون التي نصت على انه " في جميع الحالات المذكورة أعلاه، يجوز لمحكمة التسوية إذا اقتنعت بصحة الدعوى، أن تصدر قراراً بتصحيح جدول الحقوق إذا لم يكن العقار أو حصص الماء قد انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع، أما إذا كان العقار أو حصص الماء المدعى بها انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع، فيجوز لها أن تحكم وفقاً لأحكام هذا القانون بتعويض عادل للمتضرر على من سجلت باسمه الأرض أو حصص الماء المدعى بها في جدول الحقوق ويجوز أيضاً أن تصدر قراراً بالحجز الاحتياطي إذا كانت الأرض أو حصص الماء لا تزال مسجلة باسم من قيد العقار أو حصص الماء باسمه في جدول الحقوق".

قائمة المراجع والمصادر

اولا: الكتب

1. أبو الليل، ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الكويت، 1995م.
2. استتابولي، أديب، شفيق طعمة، الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الطبعة الثانية، الجزء الثاني لسنة 1992.
3. منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقہ الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
4. دواس، أمين و دودين، محمود، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية، دراسة مقارنة، برنامج تعزيز العدالة الفلسطينية، ط1، 2013.
5. دواس، أمين، القانون المدني، مصادر الالتزام " دراسة مقارنة"، ج 1، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط1، رام الله، 2004، ص 53.
6. سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، سنة 2007.
7. بدوي، السيد، نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة، سنة 1989.

8. به، مويريز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
9. فرج، توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، 1988.
10. غستان، جاك، المطول في القانون المدني، تكوين العقد. ط1، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 2000.
11. الشرقاوي، جميل، النظرية العامة للالتزام، سنة 1984.
12. الاهواني، حسام الدين، النظرية العامة للالتزام، سنة 1995.
13. الصغير، حسن صلاح، التهمة في مجال المعاملات وآثاره على التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
14. كيره، حسن، المدخل الى القانون، ط5، الاسكندرية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1974 .
15. عبد الرحمن، حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
16. ابو السعود، رمضان، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، بيروت، الدار الجامعية، 1986.
17. مرقس، سليمان، تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية.
18. سليمان، شيرزاد عزيز، حسن النية في ابرام العقود، ط1، دار دجلة للمنشورات، لسنة 2008م.

19. الملا، عبد الجبار ناجي صالحا، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. ط1، بغداد، مطبعة اليرموك، 1974.
20. فودة، عبد الحكيم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002.
21. عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
22. القوني، عبد الحليم عبد اللطيف، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004.
23. الشواربي، عبد الحميد، المشكلات المالية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988.
24. الشواربي، عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988.
25. حجازي، عبد الحي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982 .
26. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، مصر، ط1، 2010.

27. الحكيم، عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني، ج2، الموصل، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، 1980 .
28. الحكيم، عبد المجيد، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980.
29. الصده، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، 1994.
30. إبراهيم، عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
31. التكروري، عثمانوسويطي، أحمد، مصادر الالتزام، " مصادر الحق الشخصي " في ضوء أحكام مجلة الاحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني، المكتبة الاكاديمية، الطبعة الاولى، فلسطين، 2016.
32. بلحاج، العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، 2010.
33. حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول- البيوع الجارة الكفالة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، وطبعت بموافقة خاصة من دار الجيل-بيروت، 1423هـ-2003م.
34. باشا، عمر حمدي، دراسات قانونية مختلفة، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006.

35. المعموري،عروبة شافي عرط، (التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد)، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008.
36. الزعبي،عوض احمد، المدخل الى علم القانون، ط2، عمان-دار وائل للنشر، 2003.
37. آملويا،لحسين بن شيخ،المنتقي في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2008.
38. بودالي،محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا والمانيا ومصر ، دار هومة، الجزائر، 2007.
39. لطفي،محمد حسام محمود، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995.
40. لطفي،محمد حسام محمود، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام.
41. حسنين،محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
42. منصور،محمد حسين، المسؤولية الالكترونية، الاسكندرية، منشأة المعارف جلال حزي وشركاءه، 2006.
43. العدوي،محمد شكري الجميل ، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، الاسكندرية دار الفكر الجامعي،لسنة 2008.
44. عبد العزيز،محمد كمال، الوجيز في نظرية الحق، مكتبة وهبة، القاهرة.

45. عبدالله، محمد معروف، الباعث في قانون العقوبات، 1975.
46. سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في القانون المدني. ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.
47. زكي، محمود جمال الدين، النظرية العامة للالتزامات.
48. مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، سنة 1973م.
49. العوجي، مصطفى، القانون المدني، ج1، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط1، بيروت، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، 1995.
50. الجمال، مصطفى محمد، النظرية العامة للالتزامات، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1990.
51. عبد العال، ميرفت، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات.
52. فضيل، نادية، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2004.
53. سعد، نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 2005.
54. الدريني، نشأت إبراهيم، التراضي في عقود المبادلات المالية، ط1، جدة، دار الشروق، سنة 1982.

55. جمعه، نعمان محمد خليل، اركان الظاهر كمصدر للحق، القاهرة معهد البحوث والدراسات العربية، 1977.

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

57. رمضان، وليد صلاح مرسي، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009.

58. الجبوري، ياسين محمد، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، الاردن، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع.

رسائل علمية:

1. جبارين، إياد محمود، رسالة ماجستير بعنوان الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة مقارنة، مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون من جامعة بيرزيت، بإشراف الدكتور ياسر العموري، فلسطين، 2007.

2. محمود، عبد الله ذيب عبد الله، رسالة ماجستير بعنوان حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، بإشراف الدكتور خالد التلاحمة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2009.

3. القرصي، سفيان، واجب حسن النية في ابرام العقود رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، للسنة الدراسية 2010/2011.

الابحاث المنشورة:

1. الذيابي، سعد بن سعيد، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، العدد فبراير 2014م. البحث منشور على موقع: <http://dspace.iua.edu.sd/bitstream>.
2. بارود، حمدي محمود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني.
3. فياض، محمود، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، <http://www.academia.edu/2013>.
4. فرج، توفيق حسن، أثر حسن النية على رجوع المشتري الضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، 1971..
5. الناصري، نور الدين، "الالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني"، مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، قسم مقالات قانونية، تاريخ النشر 11 يوليو 2011، على موقع الانترنت <http://www.majalah.new.ma>.
6. الخزرجي، رعد عبد الأمير مظلوم حميد، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة جامعة ديالي، العدد الرابع والستون، 2014.

7. شليبيك، أحمد الصويغي، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون" ، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والثلاثون، السنة الثالثة والعشرون، ربيع الأول 1430هـ، إبريل 2009.

فهرس الموضوعات

| الصفحة | الموضوع |
|--------|---|
| أ | اقرار |
| ب | الشكر والتقدير |
| ج | الملخص باللغة العربية |
| هـ | الملخص باللغة الإنجليزية |
| | |
| 1 | المقدمة |
| 5 | الفصل الأول: مبدأ حسن النية المفهوم والمضمون. |
| 7 | المبحث الأول: معيار ضبط مفهوم حسن النية والاتجاهات بالتعريف به |
| 8 | المطلب الأول: معيار الضبط ونطاق التمييز. |
| 8 | الفرع الأول: معيار الضبط. |
| 8 | البند الأول: المعيار الشخصي. |
| 11 | البند الثاني: المعيار الموضوعي. |
| 17 | البند الثالث: المعيار القانوني. |
| 22 | الفرع الثاني: معيار القياس لمبدأ حسن النية |
| 23 | البند الأول: المعيار الذاتي الشخصي. |
| 25 | البند الثاني: المعيار الموضوعي. |
| 28 | المطلب الثاني: نطاق التمييز لمبدأ حسن النية عن سوء النية. |
| 28 | الفرع الأول: تمييز حسن النية عن سوء النية بنقاط الاختلاف والتشابه |
| 28 | البند الأول: نقاط الاختلاف بين حسن النية وسوء النية في العقود. |
| 30 | البند الثاني: أوجه الاتفاق بين حسن النية وسوء النية في العقود. |
| 32 | الفرع الثاني: تمييز حسن النية عما يشته به. |
| 32 | البند الأول: تمييز حسن النية في إبرام العقود عن النظام العام والآداب العامة |
| 33 | البند الثاني: تمييز حسن النية في إبرام العقود عن نظرية الباعث "الدافع" الى التعاقد. |
| 34 | البند الثالث: تمييز حسن النية في إبرام العقود عن الاحتيال على القانون. |
| 36 | البند الرابع: تمييز حسن النية في إبرام العقود عن التعسف في استعمال الحق. |
| 39 | المبحث الثاني: مقتضيات الجزاء المقترن لمبدأ حسن النية في نطاق العقود |
| 39 | المطلب الأول: جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية. |
| 39 | الفرع الأول: تطبيق نظرية الظروف الطارئة. |
| 41 | الفرع الثاني: إدخال المرونة على الشرط الجزائي والعمل بنظرة الميسرة. |
| 41 | البند الأول: إدخال المرونة على الشرط الجزائي. |
| 41 | البند الثاني: إعطاء حسن النية نظرة الميسرة. |
| 43 | المطلب الثاني: جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية. |
| 43 | الفرع الأول: رد الثمار من طرف الحائز سيء النية. |

| | |
|-----|---|
| 44 | الفرع الثاني: إبطال العقد لسوء النية في تعيين الثمن. |
| 45 | الفرع الثالث: جزاءات مدنية خاصة. |
| 45 | البند الأول: جزاءات مدنية على مفهوم الغش والخطأ الجسيم. |
| 47 | البند الثاني: جزاءات مقررة لمخالفة أحكام الضمان. |
| 50 | الفصل الثاني: مقتضيات مبدأ حسن النية وآثرها في العقود. |
| 51 | المبحث الأول: مقتضيات حسن النية في تكوين العقد. |
| 51 | المطلب الأول: مقتضيات حسن النية في التراضي. |
| 51 | الفرع الأول: مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد. |
| 54 | الفرع الثاني مقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته. |
| 69 | المطلب الثاني: مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود. |
| 72 | الفرع الأول: الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض. |
| 82 | الفرع الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض. |
| 87 | المبحث الثاني: مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود. |
| 88 | المطلب الأول: حسن النية في تفسير العقود. |
| 97 | المطلب الثاني: حسن النية في تنفيذ العقود. |
| 99 | الفرع الأول: الالتزام بالأمانة والنزاهة. |
| 117 | الفرع الثاني: الالتزام بالتعاون والإنصاف. |
| 125 | الخاتمة |
| 128 | قائمة المصادر والمراجع |
| 137 | فهرس الموضوعات |