

جامعة البحرين

قسم: القانون الخاص



كلية: الحقوق

تطور مبدأ حسن النية في العقود
دراسة مقارنة – و بالأخص في القانون المدني الفرنسي

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه الفلسفة
في القانون الخاص

إعداد

سناء السيد باقر شرف

20035593

إشراف

أ.د. محمد يوسف الزعبي

أستاذ القانون المدني

جامعة البحرين

مملكة البحرين

2022

جامعة البحرين



قسم: القانون الخاص

كلية: الحقوق

تطور مبدأ حسن النية في العقود دراسة مقارنة – و بالأخص في القانون المدني الفرنسي

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه الفلسفة

في القانون الخاص

إعداد

سناء السيد باقر شرف

20035593

إشراف

أ.د. محمد يوسف الزعبي

أستاذ القانون المدني

جامعة البحرين

مملكة البحرين

2022



جامعة البحرين

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

برنامج الدكتوراه الفلسفة في القانون الخاص

ناقشت الطالبة سناء سيد باقر شرف الرقم الجامعي 20035593 الأطروحة التي استكملت بها
متطلب الحصول على درجة الدكتوراه الفلسفة في القانون الخاص و المعنونة (تطور مبدأ حسن
النية في العقود - دراسة مقارنة - و بالأخص في القانون الفرنسي) وذلك يوم :

و توصي اللجنة بمنحها درجة دكتوراه الفلسفة بتقدير :

لجنة المناقشة

التوقيع

الاسم

أ.د. محمد يوسف الزعبي مشرفاً

د. خليل محمد مصطفى ممتحناً داخليا

د. احمد ابراهيم الحيازي ممتحناً خارجيا

ختم قسم القانون الخاص

الملخص

تقدم الاطروحة محاولة أكاديمية تتناول توضيح الجوانب الحديثة لمبدأ حسن النية في نظرية العقد في قانون العقود الفرنسي الجديد بعد التعديل الأخير لهذا القانون في عام 2016 ، بهدف تبيان مدى نجاح هذا التعديل في معالجة العيوب التشريعية التي كانت تعاني منها نظرية العقد في التشريع المدني السابق ، كما يهدف إلى اطلاع رجال القانون والفقه العرب على هذه الجوانب الحديثة ، سعياً للفت أنظارهم إليها ، ومدى الحاجة لمراجعة الواقع الفعلي لهذا المبدأ في دولهم ، وذلك وفق منهج قانوني وصفي تحليلي نقدي مقارنة ، يحلل الجوانب الحديثة لهذا المبدأ في قانون العقود الفرنسي الجديد من جهة ، ويقارن برؤية نقدية واقعها الحالي مع القانون المدني السابق و القانون المدني البحريني من جهة أخرى ، و يدرس مدى امكانية تأثر القانون المدني البحريني بهذا التعديل ، وفق خطة بحثية تتناول في عرضها التمهيدي ، تعريف مبدأ حسن النية ، و التطورات التاريخية التي صاحبت تبنيه في القانون الفرنسي . ونعرض في بابين متوالين المفهوم التقليدي و المفهوم الحديث لمبدأ حسن النية و انعكاساته القانونية في نظرية العقد في كل من فرنسا و البحرين.

وقد بين البحث كيف أن واضعي قانون العقود الفرنسي الجديد جعلوا من مبدأ حسن النية مبدأ عاماً يحكم مختلف أنواع العقود ، و أعادوا تطويره مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية ، لجعل نظرية العقد أكثر استجابة لهذه المتغيرات . كما أبرز البحث الرؤية القانونية الجديدة التي وسعت من المظلة الحمائية لمبدأ حسن النية لمختلف مراحل العقد ، و ان على المشرع الفرنسي ألا يستبعد مرحلة إنهاء العقد من هذه الحماية ، أملاً منه أن يعيد النظر في موقفه الحالي وصولاً إلى مظلة حمائية عقدية مكتملة .

إهداء

إلى وطني الحبيب	البحرين
إلى من لا أستطيع أن أوفي له حقاً	جدي رحمه الله
إلى نبع الحنان الذي لا ينضب	أمي أطال الله في عمرها
إلى رفيق دربي	زوجي حفظه الله
إلى زهرات عمري	فاطمة و زينب و زهراء

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر و تقدير

بعد انجاز هذا البحث فأنتني لأحمد الله سبحانه وتعالى من قبل ومن بعد على أن وفقني لإتمام هذه الأطروحة .

إن واجب الاعتراف بالفضل يقتضي مني أن أتوجه بخالص الشكر و عميق التقدير للأستاذ الدكتور " محمد يوسف الزعبي" على اشرافه على هذا العمل وما أبداه من ملاحظات كان لها أبلغ الأثر في إنجازه ، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص عبارات الشكر للأستاذين الكريمين "عبدالله الشملاوي" و "محمد مدن" على ما قدماه لي من دعم ونصائح ساعدتني في أنجاز هذا البحث.

ولا يفوتني أن أوجه أسمى آيات الاعتراف والتقدير إلى جميع أساتذة كلية الحقوق على ما قدموه لنا من عطاء طوال سنوات الدراسة . أطال الله في عمرهم و جزاهم الله عنا خير الجزاء .

وفي الختام أتوجه بجزيل الشكر والاحترام إلى كل من قدم لي يد المساعدة لإنجاز هذا العمل ، وخص بالذكر زملائي المحامين.

الطالبة

سناء السيد باقر شرف

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
اعتماد لجنة المناقشة	أ
الملخص	ب
الاهداء	ج
الشكر والتقدير	د
قائمة المحتويات	هـ
المقدمة	1
أسباب اختيار البحث	3
مشكلة البحث	4
منهجية البحث	5
خطة البحث	5
الباب الأول : المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية	6
الفصل الأول : مفهوم مبدأ حسن النية	7
المبحث الأول : تعريف مبدأ حسن النية	8

12	المطلب الأول : اتجاهات تعريف مبدأ حسن النية
12	الفرع الأول : حسن النية الشخصي
15	الفرع الثاني : حسن النية الموضوعي
18	المطلب الثاني : صعوبات الاتفاق على تعريف لمبدأ حسن النية
20	المبحث الثاني : الوظائف التي يؤديها مبدأ حسن النية في العقد
20	المطلب الأول : الوظيفة التفسيرية
26	المطلب الثاني : الوظيفة التكميلية
31	المطلب الثالث : الوظيفة التكيفية
37	المطلب الرابع : الوظيفة التقييدية
41	الفصل الثاني : تمييز مبدأ حسن النية عن المفاهيم المجاورة له
42	المبحث الأول: تمييز حسن النية عن الخطأ العقدي و التعسف في استعمال الحق
42	المطلب الأول : تمييز مبدأ حسن النية عن الخطأ العقدي
50	المطلب الثاني : تمييز مبدأ حسن النية عن التعسف في استعمال الحق
54	المبحث الثاني : تمييز حسن النية عن العدالة و النظام العام والأدب

55	المطلب الأول : تمييز مبدأ حسن النية عن مفهوم العدالة
64	المطلب الثاني : تمييز مبدأ حسن النية عن مفهوم النظام العام و الآداب العامة
70	الباب الثاني : المفهوم الحديث لمبدأ حسن النية و انعكاساته القانونية
71	الفصل الأول : مبررات تحديث حسن النية في القانون الفرنسي
72	المبحث الأول : المبررات العامة لتطور مبدأ حسن النية
73	المطلب الأول : ضمان مبدأ الأمن القانوني
74	الفرع الأول : مفهوم الأمن القانوني
92	الفرع الثاني : تكريس مبدأ الأمن القانون في القانون الفرنسي بعد تعديلات عام 2016
101	المطلب الثاني : تقوية التناظرية التشريعية
108	المبحث الثاني : المبررات الخاصة لتطور مبدأ حسن النية
110	المطلب الأول : تقنين الاجتهادات القضائية في مجال المفاوضات السابقة على التعاقد
119	المطلب الثاني : تقنين الاجتهادات القضائية في مجال الالتزام بالإعلام

142	الفصل الثاني: مجالات تطور مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفقا لتعديلات القانون المدني الفرنسي
143	المبحث الأول: تطور مبدأ حسن النية من حيث موضعه في نظرية العقد
144	المطلب الأول: تطور مبدأ حسن النية كمبدأ توجيهي عام .
153	المطلب الثاني: تطور مبدأ حسن النية كمبدأ من النظام العام
160	المبحث الثاني: تطور مبدأ حسن النية من حيث نطاقه في نظرية العقد
160	المطلب الأول: الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد و تكوين العقد
161	الفرع الأول: الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد .
174	الفرع الثاني: الالتزام بحسن النية في مرحلة تكوين العقد
190	المطلب الثاني: الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد .
194	الفرع الأول: دور الأطراف في تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.
202	الفرع الثاني: دور القضاء في تطبيق مبدأ حسن النية .
115	الخاتمة
223	المراجع

المقدمة

المقدمة

العقد هو طريق للعلاقات الإنسانية التي تشكل مصدراً للكثير من القضايا الاجتماعية وتنفيذته في مجتمعنا، ورغم ذلك يمتاز العقد بمكانة خاصة على المستويين النظري والعملي؛ لأنه يعد أهم مصادر الالتزام التي تربط الأفراد في معاملاتهم مهما كانت طبيعة تلك المعاملات، إلا أنه في حقيقة الأمر وفي ظل مبدأ سلطان الإرادة، شكل مصدراً للكثير من القضايا الاجتماعية والاقتصادية في مجتمعنا، ولقد تنبّه المشرع لذلك، فاهتم بسلامة الرضا وتحقيق التوازن، وأحاط الإرادة بإطار قانوني مشمول ببعض المبادئ التي يتقدمها حسن النية باعتباره من أسمى وأرقى المبادئ الأخلاقية التي عرفها القانون، وهو مبدأ فسيح المدى واسع النطاق يتسع ليشمل جميع مراحل العقد من التفاوض عليه إلى تنفيذه.

تفاوتت اهتمامات الفقه والقضاء بحسن النية، إذ هناك من أسند لها مكانة خاصة، وهناك من أهملها تماماً، ولهذا التفاوت أثر بالغ على التشريعات التي اكتفى أغلبها باستخدام حسن النية في صورة محددة، فلقد أولت بعض التشريعات الغربية اهتماماً بقاعدة حسن النية، شأن المشرع الفرنسي.

لقد شهد التشريع الفرنسي لأول مرة منذ صدور قانون نابليون عام 1804 إصلاحات جوهرية حيث جرى تعديل ما يزيد على 350 مادة، ويعد مبدأ حسن النية من أبرز المستجدات في التقنين المدني الفرنسي والتي طرحت علامات استفهام، حتى أنها أسالت مداد الباحثين القانونيين في فرنسا وخارجها، فقد أكدت المادة 1104 المستحدثة في التقنين الفرنسي على ضرورة توافر حسن النية ابتداءً من مرحلة التفاوض على العقد وإلى حين تنفيذه، فلم يعد مقتصرًا على تنفيذ العقد كما كان ذلك قبل التعديل، فهذا المبدأ أصبح واجباً حتى في مرحلة المفاوضة والتي تسبق إبرام العقد وجعله أيضاً مسألة من مسائل النظام العام وهذا من شأنه أن يعزز الأمن القانوني وضمان استقرار المعاملات.

وفي إطار تطور مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 أولى المشرع أهمية للالتزامات التي تجد أساسها في مبدأ حسن النية "وهي تعتبر متفرعة عنه وملازمة

له، وخصوصاً الالتزام بالإعلام الذي يعدّ أهم عنصر من عناصر حسن النية، حيث أفرد له المشرع الفرنسي نصوصاً خاصة لتنظيمه واعتبره من النظام العام. وسوف تناقش هذه الأطروحة بحث تطور آراء الفقهاء الذي لحق بمفهوم حسن النية في ظل تعديلات القانون الفرنسي لعام 2016، والتأثيرات المتوقعة على القانون البحري والقوانين العربية الأخرى، وهو ما يستدعي التطرق إلى مجال حسن النية النظري قبل صدور تعديل 2016 م على التقنين المدني الفرنسي، ثم بسط إشكالية تطور مبدأ حسن النية في الالتزامات التعاقدية بعد التعديل.

أسباب اختيار موضوع البحث:

أولاً: إنّ حسن النية من المبادئ التي لا ينكر أحد أهميتها وضرورتها في مجال العقود باعتباره روح العقد ومصدر التشريع والاتفاق القانوني؛ لذلك يعتبر حسن النية موضوع بحث متواصل وممتد، ونظراً لحاجة القانون الوضعي لقواعد مرنة، فهي دراسة تتجدد وتعاصر اهتمام المشرع والفقهاء والقاضي وإن كانت بدرجات متفاوتة.

ثانياً: بعد التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي أصبح تحدي حسن النية بالتأكيد أكثر أهمية من ذي قبل، حيث إنّ تطور الالتزام بحسن النية الذي قاده المشرع الفرنسي من شأنه أن يفتح آفاقاً واسعة في مجال البحث العلمي، كما يشكل إضافة قانونية في المادة المدنية في صياغة قوانينها مما ترك تأثيره على القوانين المستمدة من القانون الفرنسي.

ثالثاً: يجب على رجال القانون، الاعتراف بروح الالتزام بحسن النية الجديدة في صياغة العقود، ويجب عليهم - أكثر من أي وقت مضى - القيام بدور مهم لجعل أطراف العقد المسؤولين عن التفاوض أو التنفيذ يفهمون الإطار الذي يجب أن يتصرفوا فيه الآن، وما هي المعايير المتعددة التي يجب أخذها في الاعتبار، ويجب على المحاكم تطوير آليات معالجة القضايا الجديدة التي يمكن أن يفرزها التطور الجديد في العلاقات العقدية، مما يجعل هناك حاجة إلى دراسة مراحل

تكوين وتنفيذ العقد في ظل التطورات الجديدة للالتزام بحسن النية ومدى توافق القواعد الخاصة التي تحكم مراحل العقد مع القواعد العامة الجديدة.

رابعاً: إنّ القانون المدني البحريني والقوانين العربية الأخرى مستوحاة في غالبيتها من القانون المدني الفرنسي، وكما رأينا أنّ هذا الأخير تمّ تعديله وتنقيحه، وبالتالي:

1- فهل يجب أن يتطور القانون المدني البحريني وأن يتحرر هو الآخر من المفاهيم التقليدية القديمة لتهب عليه روح العصرنة لمسايرة القوانين والتشريعات المقارنة؟

2- ما هي انعكاسات تطور مفهوم الالتزام بحسن النية في التقنين المدني الفرنسي 2016 م على القوانين المناظرة في الدول العربية وغير العربية التي أنشأت قوانينها تاريخياً اعتماداً على القوانين الفرنسية؟ ثم هل يمكن وضع التقنين الفرنسي في رأس النماذج التشريعية التي تشكل مصدر إلهام للمشرعين؟ هل هذه الإصلاحات ستشكل حافزاً للبحرين وغيرها من الدول العربية لإعادة النظر في تشريعاتها؟

وهو الأمر الذي يحتاج إلى تحليل ودراسة الالتزام بحسن النية في كل من التشريع البحريني، ونظيره الفرنسي للوقوف على موقف المشرع البحريني وتقييمه في ظل هذه التعديلات.

خامساً: تسليط الضوء على تجربة المشرع الفرنسي في تنظيم الالتزام بحسن النية في العقد، للوقوف على مدى نجاح هذه التجربة في تحقيق الأهداف المرجوة منها، يعد مسألة غاية في الأهمية، وتمثل مرشداً يبين الطريق أمام المشرع البحريني وغيرها من الدول.

مشكلة البحث:

اقتصر القانون المدني البحريني فقط على تنظيم مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، ولم يتناول باقي مراحل العقد على الرغم من أهمية تلك المراحل التي لا تقل أهمية عن مرحلة تنفيذ العقد وما تثيره من مشكلات قانونية، من هذا المنطلق نورد بعض التساؤلات:

1- هل مبدأ حسن النية يتعلق بتنفيذ العقود فقط، أم أنّه يهدف إلى إلزام أطراف العقد بإجراء فحصٍ دائمٍ للضمير قبل القيام بأي عمل قانوني يتعلق بعلاقاتهم العقدية؟ وهل يشكل هذا

المبدأ قيداً على تنفيذ العقد فقط أم يشكل قيداً عاماً على جميع التصرفات القانونية التي يقوم

بها الأطراف وفي جميع مراحل العقد، قبل التعاقد وأثناء التعاقد وبعد التعاقد؟

2- هل تكفي القواعد القانونية الوطنية في حماية المتعاقد في ظل الالتزام بحسن النية الحالي، أم

يلزم أن يكون هناك تدخل تشريعي لتنظيم الالتزام بحسن النية بقواعد قانونية آمرة على غرار

المشرع الفرنسي؟

منهجية البحث:

سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن الذي يقوم وصف مبدأ حسن النية، وتحليل أهم النصوص المتعلقة به في تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 والأحكام القضائية الصادرة في شأنه، واستعراض الآراء الفقهية التي قيلت حوله، لبيان الملامح الحديثة لهذا المبدأ من خلال إجراء مقارنة بين القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 والقانون المدني البحريني، مع التعرض إلى بعض القوانين الأخرى التي أقرت مبدأ حسن النية، ومعرفة مكانم الضعف والقوة في نصوصه؛ وذلك من أجل استبيان ما إذا كان المشرع الفرنسي قد وفق في نهجه الحالي، وتحديد الانعكاسات التي سببها على مبدأ حسن النية في نظرية العقد.

خطة البحث:

قسمت هذه الدراسة إلى بابين، يتناول الباب الأول منهما: المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية.

والباب الثاني تناول: المفهوم المتطور لمبدأ حسن النية وانعكاساته القانونية.

ثم تنتهي الدراسة إلى النتائج والتوصيات في الخاتمة.

البابُ الأولُ

المفهوم التقليدي

لمبدأ حسن النية

الباب الأول

المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية

نقسم موضوع هذا الباب على فصلين: نبحث في الأول: مفهوم مبدأ حسن النية، وسنبحث في الثاني: تمييز مبدأ حسن النية عن المفاهيم المجاورة له.

الفصل الأول

مفهوم مبدأ حسن النية

لا يوجد تعريف تشريعي لمبدأ حسن النية، سواء في القانون المدني الفرنسي أو في القانون المدني البحريني؛ لأنه مفهوم غير ثابت ولا يمكن ضبطه، كما أنه مختلف من نظام تشريعي إلى نظام آخر، ولأن دراستنا لا تكون لها قيمة علمية أو حتى عملية إلا بمعرفة هذا المفهوم الذي يدور عليه كل جزء من هذه الدراسة، وجب علينا إلقاء الضوء على مختلف التعاريف التي وضعت في تعريفه، وأسباب صعوبة إخضاعه لتعريف جامع مانع، وبيان وظائفه المختلفة. ومن هذا المنطلق فالببحث لهذا الفصل باتجاهات تعريف مبدأ حسن النية وصعوبات ومعوقات الاتفاق على تعريف محدد في مبحث أول، ووظائفه في مبحث ثان.

المبحث الأول

تعريف مبدأ حسن النية

مفهوم حسن النية في القانون:

تجَنَّبَت التشريعات المقارنة وضع تعريف محدد لهذا المبدأ؛ بسبب وجود اتجاهين متناقضين: ذهب الأول إلى إنكار وجود هذا المبدأ من أساسه، لذا كان من الطبيعي تجنب التطرق إلى تعريفه من الأساس، منها القانون المدني في إنجلترا الذي لم ينظم هذا المبدأ، وإن كانت المحاكم في إنجلترا قد أقرته في الكثير من الأحكام الصادرة عنها، وفي المقابل، ذهب الاتجاه الثاني من التشريعات إلى الاعتراف بأهمية هذا المبدأ في العلاقات التعاقدية، وأقرته بوصفه قاعدة قانونية ملزمة إلا أنها فضلت تجنب وضع تعريف محدد له، منها القانون المدني السويسري، فقد نصت المادة (2) الفقرة 2 من القانون المدني السويسري على أن: (يلتزم كل فرد بممارسة حقوقه وتنفيذ التزاماته وفقاً لقواعد حسن النية).⁽¹⁾ ونصت المادة (242) من القانون المدني الألماني على أن: (يلتزم المدني بتنفيذ التزامه بما يتوافق وحسن النية مع الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة التعامل)، وقضت المادة (1337) من ذات القانون أنه: (يجب أن يتصرف أطراف العقد عند التفاوض وانعقاد العقد بطريقة تطابق حسن النية)، وكان القانون المدني لولاية (Québec) في كندا أكثر توسعاً في رسم المبدأ العام لحسن النية، إذ نصت المادة منه (6) منه على أن: (كل شخص ملزم بالتعامل بحسن نية عند ممارسة حقوقه المدنية)، وأكدت المادة (7) بأن: (لا يمارس أي حق يلحق ضرراً بالغير بأي وجه كان يتعارض مع حسن النية).⁽²⁾

¹ وائل حمدي أحمد: حسن النية في البيوع الدولية، دار الفكر و القانون، مصر، 2010، ص 277، وصلاح محمد أحمد دياب: التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 1، العدد 1، 2004، ص 45، هامش 3.

² ANDREI MAMOLEA :Deference in International Courts and Tribunals : Standard of Review and Margin of Appreciation .Published: 09 December 2014. Chapter 5:good faith review, p 39 . <https://www.oxfordscholarship.com>

ولقد انفرد المشرع الأمريكي بوضع تعريف لهذا المبدأ بعدما طورت المحاكم الأمريكية العديد من النظريات القانونية الخاصة به، بل تضمن تعريفين لهذا المبدأ أحدهما عام، والآخر خاص. حيث جاء التعريف العام في المادة (1/201) من قانون التجارة الموحد بالنص على أن: (الصدق الواقع في السلوك أو المعاملة المعنية)، والتعريف الخاص نصت عليه المادة (2/103) من قانون التجارة الأمريكي الموحد حيث نصت على أن: "الصدق في الواقع ومراعاة المعايير التجارية التي تؤدي إلى التعامل العادل في التجارة".⁽¹⁾

كذلك، فقد تم إقرار مبدأ حسن النية في الكثير من القواعد الدولية الموحدة، مثل مبادئ اليندروا⁽²⁾ التي تناولت مبدأ حسن النية بالشكل الذي يتلاءم مع أهمية هذا المبدأ في التجارة الدولية، فقد أوردت نصًا خاصًا لهذا المبدأ في المادة (1/7) منه توجب (على كل طرف أن يتصرف وفقًا لما يقتضيه مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، ولا يجوز لأي طرف استبعاد هذا الالتزام أوتقييده)، كما ورد مبدأ حسن النية في حوالي 25 نصًا في المبادئ⁽³⁾ كذلك حددت مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL)⁽⁴⁾ في المادة (201/1) واجب التصرف بحسن نية حيث نصت

⁽¹⁾ وائل حمدي أحمد: المرجع السابق، ص 285 .

⁽²⁾ أصدر المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (international institute for purification of private law) مجموعة من القواعد الموحدة التي تُعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية، وسميت هذه المبادئ بمبادئ (UNIDROIT) الخاصة بعقود التجارة الدولية، وهي بمثابة قانون عقود ينظم المعاملات التجارية الدولية، وتعتبر هذه المبادئ امتدادًا لتطور قواعد "قانون التاجر" وتم إنشاء هذا المعهد في مدينة (روما) عام (1926) بمقتضى معاهدة جماعية عقدت في ظل عصبة الأمم. ليكون بمثابة منظمة تابعة لعصبة الأمم. ولذلك كان يطلق عليه (معهد روما)، وفي الوقت الحالي، يتبع هذا المعهد لاتحاد دولي ينضم في عضويته عدد (61) دولة. ويجتهد في إعداد مشروعات قوانين موحدة تعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية. www.unidroit.org.

⁽³⁾ وائل حمدي أحمد: المرجع السابق، ص 258. محمود فياض: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 54، السنة 27، الإمارات العربية المتحدة، 2013 . ص 225 .

⁽⁴⁾ هي مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي وضعها مجلس قانون العقود الأوروبية (The commission on European Contract Law) فيما يتعلق بمجلس (لاند) نسبة إلى البروفيسور النمساوي (OLD LAND) رئيس اللجنة. ومدت هذه القواعد إلى وضع تصور محدد لتوحيد قانون العقود على مستوى دول الاتحاد

على أنه: (يجب أن يتصرف كل طرف وفقاً لحسن النية والتعامل العادل، ولا يجوز للأطراف استبعاد أو الحد من هذا الواجب).

ولقد سلك القانون المدني الفرنسي نفس النهج المتعلق بالابتعاد عن تعريف مبدأ حسن النية وترك للقضاء والفقه الحرية الكاملة في تعريف هذا المبدأ، فلم يضع المشرع الفرنسي - سواء في القانون المدني قبل تعديلات عام 2016 أم في القانون المدني بعد التعديلات - تعريفاً محدداً لمبدأ حسن النية، وإنما أشار إلى تطبيقاته صراحة أو ضمناً وفرضه كرقب على العقد في كل مراحله. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المدني الفرنسي كان قد حاول سابقاً وضع تعريف لهذا المبدأ في مشروع قانون Chancellerie لعام 2008،⁽¹⁾ حينما نص على أن على طرفي العقد التصرف بحسن

الأوروبي، من خلال الوصول إلى حالة من الانسجام التشريعي بين ما أخذت به الأنظمة القانونية المقارنة. وبدأ المجلس أعماله في عام 1982، وتم إنجاز الجزء الأول من المبادئ عام 1995. وتم إنجاز الجزء الثاني منها عام 1999، وأخيراً أنجز الجزء الثالث والأخير في عام 2002. واعتمدت هذه المبادئ بشكل عام على نصوص اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع عام 1981 ونصوص المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (اليونيدو). لذا يتضح التشابه الكبير بين هذه المبادئ والقواعد. وفي عام 2005 تم استبدال هذه اللجنة بمجموعة عمل قانون العقود الأوروبي الموحد، حيث تعمل هذه المجموعة على تطوير هذه القواعد بما يتلاءم مع متطلبات وتوجيهات الأنظمة القانونية القائمة لدول الاتحاد الأوروبي . www.jus.uio.no .

(1) (منذ منتصف ثمانينيات القرن الماضي بدأت الأوساط الفقهية الفرنسية - وإن بشكل متفرق - تشير صراحة إلى أوجه القصور في النظرية الفرنسية للعقود داعية إلى ضرورة تعديل نصوصها، وكان يجب الانتظار لبداية الألفية الجديدة ليبتلور موقف فقهي جماعي موحد ينادي بضرورة تعديل قواعدهما، لا سيما في معرض المقارنة بينها وبني نظرائها في التشريعات الأوروبية والغربية. وعلى الرغم من ذلك، فإن هذه التوجهات الفقهية لم تكن متبناة بشكل فعلي من قبل الأوساط الرسمية، إلى أن عبرت الدولة الفرنسية ممثلة برئيسها الأسبق جاك شيراك، في معرض الاحتفال بالملوية الثانية للقانون المدني في عام 2004، عن ضرورة إصلاح العديد من المراكز التي يقوم عليها القانون المدني الفرنسي، بما فيها نظرية العقد. استجابة لذلك، عمد المشرع المدني الفرنسي إلى تبني خطة تشريعية طموحة تهدف إلى تعديل العديد من قواعد القانون المدني، فقدّمت مشاريع قوانين ثلاثة هي: مشروع قانون كاتالا Catala، ومشروع قانون تيريه Terré، ومشروع قانون (Chancellerie). يهدف مشروع Chancellerie إلى موازنة القانون الفرنسي مع القوانين الأوروبية الأخرى، ولا سيما مبادئ قانون العقود الأوروبي ومسودة الإطار المرجعي لتشريعة العامة غير المقتنة (DCFR) . العبارة بين قوسين مأخوذة حرفياً من محمد عرفان الخطيب: إضاعة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي رقم 131-2016 بتاريخ 2016/02/10 المعدل لنظرية العقد في القانون المدني الجديد التبنّي والآثار، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - العدد 4 - العدد التسلسلي 32، الكويت، 2020، ص 322-323 .

نية. لم ترق هذه المحاولة في تعريف مبدأ حسن النية إلى الحد الذي يجعل معنى مبدأ حسن النية واضحاً ومحددًا، فلم تكن دقيقة ومحددة في وضع تعريف قانوني لحسن النية، لذلك تعرض لانتقادات عديدة أهمها: استعماله مصطلحاً عاماً هو التصرف دون أن يحدد المقصود بهذا التصرف أو معيار التصرف بحسن نية، ومن ثم يجب على القاضي البحث عن معيار لقياس تصرف المتعاقدين في كل حالة، مما قد يؤدي إلى تضارب الاجتهادات القضائية وبالتالي عدم استقرار المعاملات التعاقدية.⁽¹⁾

أما بالنسبة إلى موقف المشرع البحريني - من تعريف مبدأ حسن النية - فلم يختلف عن سياسة المشرع الفرنسي، حيث لم يضع تعريفاً لمبدأ حسن النية واكتفى بفرضه كالتزام قانوني في تنفيذ العقد وفي الحياة، مع الإشارة إليه في نصوص متفرقة في القانون المدني البحريني.

وفي ظل هذا الفراغ التشريعي لمسألة تعريف مبدأ حسن النية، فلا يكون أمامنا سبيل سوى الاستعانة بالفقه، وهذا أمر طبيعي؛ لأنّ مسألة وضع تعاريف للمصطلحات القانونية ليست من عمل المشرعين. وإنما هي مهمة الفقهاء.

إنّ صعوبة تحديد مفهوم مبدأ حسن النية لم تمنع الفقه من تعريفه، فظهرت محاولات عديدة لتعريفه، إلا أنه يصعب الاتفاق على تعريف محدد لمبدأ حسن النية بسبب اختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون، واختلاف معناه في العقود من حالة إلى أخرى، فمعناه في مرحلة التفاوض على العقد يختلف عن معناه في مرحلة تنفيذ العقد أو تفسيره عند وجود نزاع بين أطرافه.

وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في المطلب الأول الاتجاهات الفقهية لتعريف مبدأ حسن النية، وفي المطلب الثاني أسباب صعوبة إخضاع مبدأ حسن النية لتعريف محدد.

Yves Picod: Les projets français sur la réforme du droit des obligations, Université de Perpignan Via Domitia, Faculté de Droit, France, 2009. WWW.INDRET.COM.

(1) محمد عرفان الخطيب: المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة السابعة - العدد 2 - العدد التسلسلي 26، الكويت، 2019، ص 206.

Bérénice de Bertier : La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France. www.books.openedition.org.

المطلب الأول

اتجاهات تعريف مبدأ حسن النية

يرى المختصون بالقانون المقارن أنه يوجد بعدان هامان لتحديد مفهوم مبدأ حسن النية هما: البعد الشخصي والبعد الموضوعي.⁽¹⁾ نستعرضهما بشكل وجيز من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول يتناول المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية، أما الفرع الثاني فيتناول المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية.

الفرع الأول

حسن النية الشخصي

يتعلق المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية بالجانب النفسي للشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو سوءه، إذ يجب أن نبحت في ذات الشخص عن حقيقة الاتجاه الإرادي، وتحديد تحقق أحد الوصفين تبعاً لما تشير إليه القرائن الدالة على حسن نيته أو سوءها.

وبناء على هذا المفهوم عرف بعض الفقه مبدأ حسن النية بقوله: "هو الجهل بواقعة معينة أو بظرف محدد من الظروف التي تكون مناط ترتب الأثر القانوني، بحيث يختلف الحكم التشريعي المترتب اختلافاً متعارضاً تبعاً لتحقيق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو ذاك الظرف"⁽²⁾ وعرفه فريق آخر من الفقه بأنه: "الاعتقاد المخالف للحقيقة، أي اعتقاد الخلف بأنه يتلقى حقاً ما من صاحبه

(1) محمود فياض: المرجع السابق، ص 230 .

(2) يحيى أحمد بن طه: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، السنة الجامعية 2007، ص 50 .

الفعلي وبالتالي فإن سوء النية هو عبارة عن الغش وسوء القصد، إذ هو يطابق الخطأ وفقاً لقواعد الأخلاق، والذي ينحصر في تعمّد وقصد الإضرار بالغير". (1) كما عرف بأنه: "التيقن القائم على اعتقاد غير صحيح في أنه تصرف ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فترتب على ذلك آثار قانونية من شأنها حماية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية". (2)

وعليه فإن حسن النية الشخصي هو حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف محدد تكون مناصاً لترتيب آثار قانونية أو تتمثل في الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما، وبهذا المفهوم تظهر فكرة حسن النية فكرة شخصية ذاتية تنسم بطابع سلبى محض؛ لأن حسن النية وفقاً لهذا الاتجاه لا يمثل موقفاً إرادياً عمدياً، وإنما حالة فكرية تتصل بعنصر العلم، ويصير حسن النية انتفاء قصد الغش لدى المتعاقد. (3)

يرفض جانب آخر من الفقهاء الأخذ بهذا المعنى لحسن النية الذي قوامه الاعتقاد المخالف للحقيقة أو الجهل بالعيب، ويرون أن حسن النية عبارة عن "الغلط المبرر المشروع" الذي يتحقق بانتفاء الخطأ من جانب المتعاقد أو الغير بنوعيه العمدي وغير العمدي. حيث يعتبر سيئ النية من يقصد الإضرار بالغير ومن يصيب الغير بضرر نتيجة إهمال وعدم احتياط. (4)

يبدو أن تعريف مبدأ حسن النية بناء على المفهوم الشخصي يتذبذب بين عدة معانٍ هي: الجهل، والغلط، وانتفاء الغش ونية الإضرار، أي أن الشخص يعد حسن النية إذا تصرف وهو جاهل حقيقة معينة، وإذا تصرف وهو واقع في غلط، وإذا تصرف بغير غش ونية إضرار بالغير.

(1) محمد محمد مصباح القاضي: مبدأ حسن النية في قانون العقوبات (دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن)، دار النهضة العربية، مصر، السنة الجامعية 2007، ص 50.

(2) حسين عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإنهاء العقود، منقحة، ط2، دون ناشر، دون بلد نشر، 1998، ص 74.

(3) عبدالحليم عبداللطيف القوني: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص 83.

(4) السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989، ص 27 وما بعدها، ص 531 و532.

وقد أخذ المشرع البحريني بالمفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية في أكثر من جانب من جوانب المعاملات، مثلاً: اشترطت المادة (908) من القانون المدني البحريني حسن نية الحائز حتى يتملك المنقول بالحيازة، واشترطت أن يكون الحائز قد اعتقد وقت بدء الحيازة أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك، وأي شك يقع في نفس الحائز وقت بدء الحيازة أو تلقي الحق في أن المتصرف قد لا يكون هو المالك للمنقول ينفي حسن نيته، كما وصف المشرع البحريني في المادة (851)(1) من القانون المدني الباني في ملك الغير بسبب النية؛ لأنه يعلم أن الأرض مملوكة للغير وأنه يقيم المنشآت دون رضى صاحب الحق، وفي المادة (852)(2) عبر بقوله: إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها. كذلك يميز المشرع البحريني في المادة (188)(3) من من القانون المدني بين حسن وسوء نية الموفى له في حالة قيام المدين بالوفاء لغير الدائن الحقيقي، فإذا كان الموفى له حسن النية وقت الوفاء، أي كان يعتقد أنه يتلقى ما هو مستحق له، فإنه لا يلتزم إلا برد ما تسلمه، بحيث لا يطالب بما جناه من ثمار الشيء الذي تلقاه بغير وجه حق، أما إذا كان الموفى له سيئ النية وقت تلقيه الوفاء، أي كان يعلم أنه يتلقى ما ليس بمستحق له وقت الوفاء، فإنه يلتزم برد ما استلم بغير حق فضلاً عن ثماره من وقت هذا الوفاء.

(1) تنص المادة (851) على أنه: (إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى، بمواد من عنده، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحداثها، كان لمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها، فإن لم يطلب الإزالة، أو طلب استيفاء المستحدثات التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع ما زاد بسببها من قيمة الأرض).

(2) تنص المادة (852) على أنه: (أ- إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى، بمواد من عنده، على أرض غيره بترخيص من المالك أو كان معتقداً بحسن نية أن له الحق في إحداثها، فلا يجوز لمالك الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يكون له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما استحدث فيها، هذا ما لم يطلب من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت نزع ما استحدثه وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً).

(3) تنص المادة (188) على أنه: (إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الثمرات التي جناها أو التي قصر في جنبها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الثمرات من يوم رفع الدعوى عليه برده).

الفرع الثاني

حسن النية الموضوعي

مبدأ حسن النية وفقاً للمفهوم الموضوعي يتحدد وفق ضوابط موضوعية ثابتة تتمثل في القيم الأخلاقية الثابتة والمبادئ الدينية التي تؤمن بها الجماعة، وتهيمن على تعاملاتها، والتي ينظر إليها كمبادئ سامية تتصف بالعموم والتجريد حتى ولو لم يتضمنها نصّ تشريعي كالصدق، والوفاء بالعهد، والأمانة، والنزاهة، والثقة المشروعة، وشرف التعامل، وهذه الضوابط الموضوعية تختلف من مجتمع إلى مجتمع آخر باختلاف قيم ومثل كل مجتمع. وبهذا المعنى يصبح مبدأ حسن النية ضابطاً أخلاقياً سلوكياً، يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد، وفقاً لسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع.

وبناء على هذا المفهوم اتجه جانب من الفقه في تعريف مبدأ حسن النية لاستخدام تعابير عامة براقية، من صدق وأمانة ونزاهة واستقامة، نظراً لاختلاطه بمفاهيم أخلاقية، حيث يعرفه بعض الفقه بأنه: "الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش، ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به التعاقد."⁽¹⁾ وقال آخرون: إن حسن النية يعني الإخلاص والأمانة فيما يقصده المتعاقدان ويهدفان إليه من إبرام العقد.⁽²⁾

ويعاب على هذه التعاريف أنها تستخدم عبارات عامة وأخلاقية كالصدق والأمانة، وهي أصلاً مصطلحات تحتاج إلى تحديد قانوني وتتسم بعدم الوضوح والدقة، ولا تعطي معنى واضحاً ومحددًا لمبدأ حسن النية، كما تشير إلى الآثار التي تترتب على التزام المتعاقد بمبدأ حسن النية، دون تحديد معنى أو ماهية هذا المبدأ ذاته.⁽³⁾

وخير مثال للمفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية ما نجده في المادة (127) من القانون المدني البحريني التي تنص: " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة،

(1) محمد محمد مصباح القاضي: المرجع السابق، ص 24. حسين عامر: المرجع السابق، ص 75 .

(2) صلاح محمد أحمد دياب: المرجع السابق، ص 45 .

(3) يحيى أحمد بن طه: المرجع السابق ، ص 48.

ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". وهذه المادة تحدد نطاق تنفيذ العقد، فعلى الرغم من الإقرار بالقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، إلا أن المشرع البحريني في صدد تنفيذ العقد يفرض على كل من المتعاقدين أن لا يقتصر على تنفيذ ما ورد فيه من التزامات، وإنما يمتد التنفيذ ليشمل ما يعد من مستلزمات هذا العقد وذلك على ضوء طبيعة التزامه وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل. ويتولى القاضي مهمة تحديد ما يعد من مستلزمات العقد على ضوء الضوابط سالفة الذكر. هنا يبرز دور مبدأ حسن النية بمفهومه الموضوعي كوسيلة في يد القاضي يتدخل من خلالها لتحقيق المساواة والحفاظ على حالة التوازن بين من يغالي في التمسك ببند العقد وبين من يلجأ لمبدأ حسن النية دون إنكار للإلزامية بنود العقد. كذلك يفرض المشرع البحريني المفهوم الموضوعي في المادة (125) من القانون المدني الخاصة بتفسير العقد، إذ يوجب الاستهداء في تفسير العقد بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وهذه إشارة لمبدأ حسن النية. فالأمانة والثقة هي من مقتضيات مبدأ حسن النية.

نخلص مما تقدم إلى أنه تم التمييز بين معنيين لحسن نية، المعنى الموضوعي الذي يُنظر إلى حسن النية على أنه الطريقة المستخدمة في إضفاء الطابع الأخلاقي على العلاقات التعاقدية للتخفيف من أوجه عدم المساواة بين الأطراف. والمعنى الشخصي الذي يهدف إلى حماية الاعتقاد الخاطئ لأحد الطرفين المتعاقدين لإحداث تأثير على المظاهر الخارجية، وعلى الرغم من أن تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 عززت من مبدأ حسن النية في نظرية العقد، إلا أنها لم تحل المشكلة الصعبة المتعلقة بتعريفه، تعريفًا يمكن من خلاله بيان ما إذا كان معنى حسن النية معنى شخصيًا أو موضوعيًا، إلا أن صياغة المشرع الفرنسي لنصوص التعديلات التي تضمنت تطبيقات لهذا المبدأ - تشير إلى تبني مفهوم حسن النية في معناه الشخصي المرتبط بالجهل المشروع، حيث تنص المادة 1198 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه إذا اكتسب شخصان على التوالي حقهما على ذات العقار أو ذات المنقول من الشخص نفسه، يفضل المشتري الذي حاز المنقول أولاً أو الذي سبق إلى تسجيل سنده طبقاً للشكل الرسمي بالسجل العقاري، حتى ولو كان حقه لاحقاً، شرط أن يكون حسن النية، أي يجهل أنه قد اشترى

عقارًا تم نقله بالفعل إلى آخر، أما إذا كان سيئ النية، أي يعلم بوجود حق المشتري الأول على العقار، فإنه تطبق عليه عقوبة عدم تمكنه من الاستفادة من أولوية نشر تصرفه في السجل العقاري.(1) . وقضت المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بأنه: " إذا أبرم عقد مع الغير بالمخالفة للوعد بالتفضيل أو وعد بالتعاقد من جانب واحد، يكون للمستفيد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، إذا كان الغير على علم بوجود الوعد وبنية المستفيد التمسك به....."، وتتص المادة 1124 من نفس القانون بأنه: " يكون العقد المبرم بالمخالفة للوعد من جانب واحد مع الغير الذي كان يعلم بوجوده باطلاً ".(2) يختلف الجزاء في حالة انتهاك الوعد بالتفضيل أو وعد بالتعاقد من جانب واحد حسب حسن أو سوء نية الغير المتعاقد مع الواعد. حيث يكون الغير المتعاقد مع الواعد حسن النية إذا كان جهل بوجود الوعد وبنية المستفيد في التمسك به، ويكون سيئ النية إذا كان يعلم بوجود الوعد وبنية المستفيد، ونفس الحكم ورد في النيابة في التعاقد حيث تنص المادة 1156 على أنه: "يجوز للغير المتعاقد التمسك ببطلان التصرف إذا كان يجهل أن النائب قام به دون سلطة أو متجاوزا حدود سلطته ". وتتص المادة 1175 على أنه: " إذا أساء النائب استعمال سلطاته إضرارًا بالأصيل يكون لهذا الأخير التمسك ببطلان التصرف الذي تم إذا كان الغير على علم بالإساءة أو ما كان ليجهلها ".(3)

وعليه فإن حسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 هو المرتبط بالجهل بواقعة أو ظرف محدد تكون مناطًا لترتيب الآثار القانونية، فيختلف الحكم بحسن أو سوء النية وفقًا للعلم أو الجهل بالواقعة أو الظرف، فمتى لم يتحقق علم الشخص - أي جهله بالواقعة أو الظرف المرتب للأثر القانوني - كان حسن النية، ومتى كان يعلم وجودها كان سيئ النية، هذا من ناحية تحقق العلم أو الجهل بها، وينظر فيه إلى المعيار الذاتي أي ذات الشخص.

(1) ترجمة: محمد حسن قنسم: قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد من 1100-1231-7)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 82 .

(2) ترجمة: المرجع السابق ، ص 41-42 .

(3) المرجع السابق، ص 62-63 .

المطلب الثاني

صعوبات الاتفاق على تعريف لمبدأ حسن النية

لم تقدم التعاريف السابقة مفهوماً موحدًا ومحددًا لمبدأ حسن النية، وإنما ذهبت مذاهب متباينة في تحديد مفهوم حسن النية، ويرد صعوبة تحديد مفهوم محدد وموحد لحسن النية إلى أسباب عدة أهمها:

1- اختلاط القانون بالأخلاق في تحديد مضمون حسن النية،⁽¹⁾ فأغلب محاولات تعريف مبدأ حسن النية استخدمت تعابير عامة وأخلاقية كالصدق والأمانة، والنزاهة، والثقة، والتعاون، وأن مثل هذه التعاريف يعاب عليها عدم الوضوح والدقة في وضع تعريف قانوني لحسن النية؛ لأنها اعتمدت في تعريف حسن النية على المفاهيم الأخلاقية، وهذا لا يكفي لتحديد معناه القانوني، حيث إن معناه وماهيته القانونية تتفصل عن معناه الأخلاقي أحيانًا، كما أن هذه المفاهيم الأخلاقية ليست مصطلحات بسيطة يمكن تحديدها، وإنما هي في الأصل غير محددة ويشوبها الغموض وعدم التحديد وتحتاج أصلاً إلى تحديد قانوني، كما أن هذه التعاريف تشير إلى الآثار التي تترتب على التزام المتعاقد بمبدأ حسن النية دون تحديد معنى أو ماهية هذا المبدأ ذاته.

2- اختلاط حسن النية مع المفاهيم والنظريات القانونية عامة أدى إلى ارتباك المفهوم وحدوث خلل في تفسيره القانوني وفهمه النظري وتتقاطع معه، كنظرية الباعث الدافع إلى التعاقد، وفكرة النظام العام والأداب العامة، ونظرية الإرادة الباطنة، ونظرية التعسف في استعمال الحق، والاحتياط على القانون، ونظرية الأوضاع الظاهرة والخطأ الجسيم، والغش، والشخص المعتاد، والأضرار غير المشروعة وغيرها من المفاهيم العامة.⁽²⁾

(1) صلاح محمد أحمد دياب : المرجع السابق، ص 48 .

(2) نوري حمد خاطر : وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، العدد 17، مايو 2019، ص 42 .

- 3- اختلاط فكرة حسن النية بعناصر كثيرة، وهذه العناصر هي: الجهل والغلط والخطأ. وجميع هذه العناصر تتبع من داخل الإنسان أي أنها ذاتية، قياسها وتحديدها ليس هيئاً لارتباطها بعواطف وأفكار ومشاعر الإنسان، وهذه العناصر على اتصال دائم وتفاعل مستمر بحيث يصعب تجريد عنصر ودراسته منفرداً. (1)
- 4- اختلاف الأنظمة القانونية السائدة في العالم المعاصر، إذ تختلف النظرة حول مفهوم حسن النية من نظام إلى آخر، فهناك القانون العام، والقانون الخاص، وهناك الأنظمة المتأثرة بالشرعية الإسلامية كقوانين البلاد العربية، وغيرها من الأنظمة.
- 5- تعدد وتباين الأدوار التي يقوم بها مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية مما يؤدي إلى اختلاف المعنى المقصود به من حالة إلى أخرى بحسب الدور الذي يلعبه، كما أنّ نطاق تطبيقه مختلف، وهو يعتمد على الواقعة التي ينطبق عليها أو المجال القانوني الذي يوجد فيه، ففي مجال تنفيذ العقود يعني الأمانة والاستقامة، وفي إطار كسب الحقوق يعني عدم العلم أو الجهل بالعيب الذي يشوب التصرف القانوني. (2)

(1) نعمان محمد خليل جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 1977، ص 131.

(2) عبدالحنيم عبداللطيف التوني: مرجع سابق، ص 79.

المبحث الثاني

الوظائف التي يؤديها مبدأ حسن النية في العقد

إن مبدأ حسن النية في القانون له أربع وظائف:⁽¹⁾ الأولى تفسيرية، تسمح للقاضي بتفسير تصرفات كل طرف (مطلب الأول)، ثم تأتي بعد ذلك وظيفته التكميلية باعتباره وسيلة لتكملة الالتزامات في العقود (مطلب ثان)، ثم الثالثة الوظيفة التكميلية، التي تتيح للأطراف تعديل العقد خاصة عند حدوث اختلال كبير في التوازن العقدي بينه (مطلب ثالث)، والأخيرة الوظيفة التقيدية، التي تتمثل في الحد من الانتهاكات المحتملة للحقوق من خلال تحديد صلاحيات كل طرف (مطلب رابع).

المطلب الأول

الوظيفة التفسيرية

ويشكل مبدأ حسن النية الإطار العام والروح التي يجب أن تسود تفسير العقد، فإذا تعددت معاني عبارات العقد، فعلى المفسر أن يختار المعنى الذي تقتضيه الأمانة والاستقامة والعدالة. فينبغي على القاضي في الحالة التي تأتي فيها عبارات العقد ناقصة أو غامضة أو غير مطابقة لنوايا المتعاقدين، أن يكون التفسير متوافقاً مع حسن النية المفترض وجوده لدى طرفي العقد، بمعنى آخر يجب أن يتم تفسير العقد على أنه يحتوي على المعنى الذي من شأنه أن يفهم من قبل الأشخاص

⁽¹⁾ F. Gorphe, le principe de la bonne foi, Paris, 1928, 241, cite par J. Ghestin, la notion d'erreur dans le droit positif actuel, LGDJ, 1971, n85 p. 101.

أشار إليه: نوري حمد خاطر: وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، ص 44.

المعقولين إذا وضعوا في نفس الظروف، ويمتنع على القاضي تفسير عبارات العقد الواضحة توصلًا لإعطائها معنى مخالفًا لصراحتها وإلا اعتبر مشوها للنص مما يعرض قراره للنقض من قبل المحكمة التي تعلق درجة، وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. (1)

بشكل عام، معظم النظم القانونية تحتوي على تشريعات مفصلة لتسهيل التفسير القضائي للعقود. ولقد تضمن القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 قواعد قانونية عدة يسترشد بها القاضي في تفسير العقد تعترف بأهمية نوايا الأطراف في تفسير العقود أكثر من التقيد بالصياغة الصارمة أو الحرفية لبنود العقد وذلك في فصل مستقل بعنوان " تفسير العقد " (من المادة 1188- إلى المادة 1192). (2) كما وضع المشرع الفرنسي في القانون المدني قبل تعديلات عام 2016 فصلاً مستقلاً (من المادة 1156 إلى المادة 1164) لتفسير العقد.

اعترف المشرع البحريني بمبدأ حسن النية كمعيار لتفسير العقود في المادة (125) التي تقضي بأنه: " أ) إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ب) أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداف في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. " من خلال هذا النص القانوني، يتضح أن المشرع البحريني ألزم القاضي بقواعد معينة عند تفسير العقد للتوصل إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين التي تمثل إرادتهما الحقيقية، ومن بين هذه القواعد: الاستهداف بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين. وبالتالي جعل المشرع البحريني الأمانة والثقة ضابطتين لتفسير العقود، والمقصود بالأمانة والثقة في نص المادة (2/125) هو حسن النية الواجب توافره في العقد؛ لأن من بين ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل هو الأمانة والثقة، ولذلك يمكن القول: إن مبدأ حسن النية في تفسير العقد منصوص عليه ضمناً في المادة 125.

(1) محمد عدنان باقر: القواعد الأخلاقية في تحسين مضمون العقد، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 4، العراق، 2014، ص 779 .

(2) سنتناول الوظيفة التفسيرية لمبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 في الفرع المتعلق بدور القضاء في تطبيق مبدأ حسن النية في الباب الثاني من هذا البحث.

فقد أكد المشرع في هذه المادة على ضرورة أن يفسر القاضي العقد مع الأخذ بعين الاعتبار ما ينبغي أن يكون عليه المتعاقدان من حسن نية، وللتعرف على نية المتعاقدين على القاضي البحث عنها خارج دائرة التعاقد، واستخلاصها من طبيعة التعامل والعرف الجاري وظروف المتعاقدين، أي من طبيعة المعاملات داخل السوق والمركز المالي للمتعاقدين، فيبحث القاضي عن النية المشتركة بوسائل مستمدة من العقد أو من خارجه. ولقد منعت هذه المادة القاضي من التفسير والتعرض لمبدأ (سلطان الإرادة) ونتائجه في قوة ملزمة، حماية للاستقرار التعاقدى عند وضوح النص، فقد نصت المادة (129) من القانون المدني البحريني على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". فهناك علاقة وثيقة بين مبدأ حسن النية وقاعدة القوة الملزمة للعقد، التي تقيد حتماً سلطة القاضي في تفسير العقد بما لا يتعارض مع حسن النية وإرادة المتعاقدين؛ لأن النص قدم مصطلح ما اشتمل عليه العقد على حسن النية هذا أولاً، وتأكيداً في المادة القانونية (125) على عدم الانحراف عن عبارات العقد عند التفسير ثانياً، إذا كانت واضحة لا لبس فيها، لا يترتب على ذلك تجاهل حسن سلوك المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري؛ إذ نصت: " ب) أما 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، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات". إن تأكيد النص على التمسك بطبيعة التعامل وبالثقة والأمانة يعني ضرورة أن يبحث القاضي عن المعيار الموضوعي لتحديد سلوك المتعاقدين طبقاً لقواعد التعامل والعرف اللذين يرشدان المتعاقد إلى اتباع السلوك الحسن المتعارف عليه في بيئة التعامل، فإذا انحرف المتعاقد عن السلوك المعتاد في التعامل من خلال النظر إلى مركزه ومصالحته والأضرار التي يسببها سلوكه عند التنفيذ فإنه يحاسب.

ومن التطبيقات القضائية حكم محكمة التمييز البحرينية الذي قضت فيه: "العقد شريعة المتعاقدين مؤداه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، ووجوب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل" المادتان 128، 129 مدني". لازم، لا يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه ودون طلب من أحد طرفي العقد بتعديل

الثلث المحدد في العقد بالزيادة أو النقصان لما قد يراه أنه لا يتناسب مع القيمة الفعلية للمبيع⁽¹⁾. وفي حكم آخر قضت بأن: "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مؤداها عدم استقلال أي من طرفي العقد بنقضه أو تعديله مخالفة ذلك أثره، عدم الاعتداد بهذا التعديل وضوح عبارة العقد أثره عدم جواز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين لا محل لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب عند وجود علاقة عقدية بين طرفي الخصومة علة ذلك، العقد هو مناط تحديد حقوقهما والتزاماتهما، الدفاع الجديد الذي لم يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع. لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة التمييز"⁽²⁾.

كذلك مبدأ حسن النية من خلال الأمانة والثقة، يقتضي أن يكون المتعاقدان حسني النية أثناء التعبير عن إرادتهما، فالمتعاقد إذا كان على علم بأن تعبير المتعاقد الآخر قد تضمن خطأ أو غموضاً في الصياغة أو قصوراً، أو على الأقل كان في استطاعته أن يتبين ذلك، فإن حسن النية في التعامل يقتضي ألا يستغل هذا الخطأ أو الإبهام أو النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها. كذلك من مقتضيات حسن النية في تفسير العقد، أن يتم التفسير حسب الهدف والغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصداه عند إبرام العقد مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيه⁽³⁾. يجب مراعاة حسن النية أيضاً في تفسير عقود الإذعان، فحسن النية رغم أنه مطلوب في تفسير العقود، بصفة عامة، إلا أن له دوراً هاماً في عقود الإذعان بصفة خاصة. فقد قرر المشرع البحريني في المادة 126 من القانون المدني القاعدة الرئيسية هي وجوب تفسير الشك لمصلحة المدين، وفي هذا إعمال لمبدأ حسن النية في التفسير، حيث تنص على أنه: "يفسر الشك في العقد لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن إعمال الشرط أن يضره، وعلى وجه الخصوص يفسر الشك لمصلحة المدين إذا كان من شأن إعمال الشرط أن يحمله الالتزام، أو يجعل عبأه عليه أكثر ثقلًا، كل ذلك مع عدم الإخلال بما تقتضي به المادة (59)". وطبقاً لنص هذه المادة إذا شك القاضي في

(1) الطعن رقم 521 لسنة 2017، جلسة 27 من مارس سنة 2018، موقع المجلس الأعلى للقضاء البحريني

<https://www.sjc.bh>

(2) الطعن رقم 411 لسنة 2005، جلسة 27 من مارس سنة 2006، موقع المجلس الأعلى للقضاء البحريني

<https://www.sjc.bh>

(3) انظر: عبدالحليم عبداللطيف القوئي: المرجع السابق، ص 399.

التعرف على نية المتعاقدين المشتركة فإن هذا الشك يفسر لمصلحة المدين في العقد، والمبرر لهذه القاعدة يستند أولاً لأن الأصل براءة ذمة المدين من أي التزام والاستثناء هو ترتيب الالتزام في ذمته، ومن المقرر أنه لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء، فإذا قام شك في التزام ذمة المدين وجب الرجوع إلى الأصل وهو براءته، وبالتالي على الدائن أن يزيل هذا الشك ويثبت الالتزام، وثانياً لأن المدين عادة يعتبر، الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبذلك يعمل المشرع على حمايته .⁽¹⁾ غير أنه يرد استثناء على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين يتناول عقود الإذعان حيث يكون تفسيرها لمصلحة الطرف المدعى، سواء كان دائناً أو مدينًا، حيث تنص المادة 59 من القانون المدني البحريني على أنه: " يفسر الشك دائماً في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى". ولقد جاءت المادة 1190 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 لتؤكد على وجوب تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعى وضد مصلحة الطرف الذي وضع شروط العقد، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى.⁽²⁾ ميز المشرع الفرنسي في هذه المادة بين عقود المساومة وعقود الإذعان في تفسير العقود، فالأصل في تفسير عقود المساومة، أنه إذا ثار أي شك حول تفسير العبارات الغامضة في العقد، فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المدين وضد مصلحة الدائن، أما عقود الإذعان فإن هذه القاعدة تمتد لتشمل حماية الطرف المدعى دائناً كان أم مدينًا.

إنَّ المبرر الأخلاقي لقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى يستند إلى خطأ الدائن المتمثل بعدم كتابة عبارات واضحة في العقد، فالمفروض أنَّ الدائن، وهو أقوى المتعاقدين، وتتوافر لديه من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدعى عند التعاقد شروطاً واضحة بينة. ولكن الدائن قصد وضع شروط مبهمه يحيط بها الشك عملاً بمصلحته، فيكون سيئ النية فيأتي القاضي في

(1) مقني بن عمار: القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص 137 .

(2) تنص المادة 1190 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على: "في حالة الشك يفسر عقد المساومة ضد مصلحة الدائن. ويفسر عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه". ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق. ص 79.

هذه الحالة لحفظ حق المدين حسن النية، إذ إن المدين الجدير بالحماية هو المدين الحسن النية، لذلك لا بد لتطبيق هذه القاعدة من انتقاء سوء النية أو الإهمال من جانب المدين، فوجود أي منهما يتنافى مع المبرر الأخلاقي الذي تستند إليه هذه القاعدة.^(١)

(١) رضا المرعبي وعبد الحميد عبود: التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٣، ص ١٥٣.

المطلب الثاني

الوظيفة التكميلية

يعد مبدأ حسن النية من أهم الوسائل التي يستعين بها القاضي لتحديد نطاق العقد، والمقصود بتحديد نطاق العقد هو بيان الالتزامات التي تنشأ عنه وتقع على عاتق المتعاقدين. وتحديد نطاق العقد لا يقتصر على ما ورد فيه من التزامات فحسب، وإنما يجب أن يضاف إليها ما يعتبر من مستلزماته، فضلاً عن الأحكام التي تفرضها القواعد القانونية السارية على العقد حتى لو لم تذكر فيه صراحة.

هناك العديد من النظم القانونية التي تعطي للقاضي سلطة تحديد نطاق العقد، حيث تنص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 على أنه: " لا يلزم ما صرح في الاتفاقات فقط، بل يلزم كل ما ترتب عن الالتزام من حيث الإنصاف والعرف أو القانون حسب طبيعته" .

وتنص المادة (127) من القانون المدني البحريني على أنه: " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل" . فبموجب هذا النص يتحدد نطاق العقد أولاً بالأحكام أو الالتزامات التي وردت فيه صراحة أو ضمناً، وثانياً بالأحكام والالتزامات التي تفرضها القواعد القانونية التي تسري على العقد، وأخيراً بما يعتبر من مستلزماته. ويتولى القاضي مهمة تحديد ما يعد من مستلزمات العقد على ضوء عدة اعتبارات هي العرف والعدالة وطبيعة التعامل، وحسن النية، وهو بذلك الدور يتدخل لتكملة العقد وتحديد الالتزامات الفرعية أو الثانوية التي غفل المتعاقدون عن تنظيمها، متجاوزاً بذلك مرحلة تفسير العقد إلى مرحلة خلق وإنشاء التزامات جديدة لم ترد في نصوص العقد وبنوده. وبذلك فإذا لم يوفر النص في العقد ولا الأحكام في القانون الوضعي ولا القواعد العامة أو الأعراف وما يتيح له أن يحدد نطاق العقد على الوجه الذي يرتاح إليه قانوناً، فللقاضي اللجوء إلى مبدأ

حسن النية ليستكمل ما نقض من بنود العقد، وتحديد الالتزامات الفرعية أو الثانوية عندما لا يحتوي العقد على الإيضاح الكافي حول هذا الموضوع أو كان ذلك غائبًا كليًا عن العقد.

فالقانون الذي وجه القاضي إلى الأخذ بحسن النية والإنصاف وإلى العرف،" دعا القاضي إلى الغوص في أعماق محتوى العقد لاكتشاف التزامات جديدة من شأنها أن تتنوع وتتعدد عبر الأجيال تحت ضغط العوامل الفردية والاقتصادية والاجتماعية".⁽¹⁾ فيجب على القاضي أولاً تحليل طبيعة العقد لمعرفة الالتزامات المفروضة على الأطراف من قبل المشرع، ثم بعد ذلك يمكن له التوسع في مضمونه عبر إنشاء التزامات جديدة على عاتق الأطراف مستندًا في اجتهاده إلى نصوص القانون التي تلزمه بالرجوع إلى حسن النية والعدالة والعرف بوصفها الطرق التي وضعها المشرع لتحديد نطاق العقد ومضمونه.

ولقد توسع القضاء الفرنسي في تطبيق نص المادة (1134) المتعلقة بتنفيذ العقد بحسن نية، وفرض التزامات على عاتق الأطراف لم تذكر في العقد، فهذه محكمة استئناف فرساي ذهبت إلى تحميل شركة رياضية المسؤولية لعمل دعاية لقناة تلفزيونية غير المتفق معها على نقل المباريات، وعدت عمل الشركة مخالفًا لقواعد حسن النية، على الرغم من عدم وجود اتفاق يمنع الشركة الرياضية من عمل دعاية لقنوات تلفزيونية أخرى، ومن حق القناة المطالبة بفسخ عقد البث مع الشركة الرياضية. وفسرت المحكمة المذكورة حسن النية بأنه يلزم كل متعاقد بالتعاون وعدم المنافسة التي تفرضه مستلزمات العقد وطبيعة التعامل.⁽²⁾ كما قضت محكمة النقض الفرنسية أن المفاوض ملزم بقواعد حسن النية عند التنفيذ الذي تفرضه المادة (1134) ؛ إذ كان على المفاوض أن يقوم

⁽¹⁾ عبد المنعم موسى إبراهيم: المرجع السابق، ص 142 .

⁽²⁾ CA VERSAILLES . 4 mars , 1996 . RTD , 1996 , obs . J.Mastre , cite par B. Jaluzat n 1163, p..328.

أشار إليه: نوري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 83.

بتنظيف الجدار جيداً قبل قيامه بعملية الدهان، ولا يقبل منه الدفع بعدم وجود نص في العقد يلزمه بذلك؛ لأن حسن النية يفرض عليه تنفيذ العقد طبقاً لعرف المهنة وطبيعة التعامل.⁽¹⁾

ومن تطبيقات الوظيفة التكميلية لمبدأ حسن النية، نشأة التزام الأمن التعاقدي أو السلامة فقد تمكن الاجتهاد القضائي في فرنسا بالقرار المؤرخ في 1911/2/12 بمناسبة حادث بالنقل البحري، ثم بالقرارين الصادرين بتاريخ 1/27 و 1913/4/21 بمناسبة حادث السكة الحديدية من إضافة التزام الأمن التعاقدي إلى العديد من العقود عند تفسيرها وبخاصة عقد نقل الأشخاص، نظراً لما لهذا الالتزام من أهمية أخلاقية في حبّ المتعاقدين على المحافظة على سلامة الأشخاص وزيادة الحرص والتنبه. ولقد رأى بعض الفقه أن الأمر لا يعدو إلا أن يكون تطبيقاً للمادة 1135 من القانون المدني الفرنسي السابق. ⁽²⁾ فالتشريع المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 لا يتضمن نصاً صريحاً بنقل الأشخاص بل هنالك فقط نص للمادة (1784) التي تتحدث عن نقل الأشياء.⁽³⁾

وخلافاً للقانون الفرنسي السابق، وضع المشرع البحريني نصاً صريحاً عن نقل الأشخاص في المادة (254) من قانون التجارة إذ جاء فيها: " 1- يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذه عقد النقل، ويكون مسؤولاً عما يلحق الراكب من أضرار بدنية أو مادية وعن التأخير في الوصول ولا يجوز له أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب....".

إلى جانب الالتزام بالأمان الذي أنشأه القاضي، هناك التزامات جديدة أنشأها القاضي بقصد المواءمة مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية الصعبة، مثل: الالتزام بالتعاون والالتزام بالنصيحة والإعلام

(1) Cass.com .1992 .REV.TRIM.DR.civ.cite par J.Ghestin , formation du contrat , op ,cit .n 257 . P. 233.

أشار إليه: نوري حمد خاطر: وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، ص 83.

(2) المرجع سابق، ص 148.

(3) محمد عدنان باقر: القواعد الأخلاقية في تحسين مضمون العقد، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد

4، العراق. 2014، ص 782.

. فقد أسهم مبدأ حسن النية في ازدهار العقد، فظهر مبدأ التعاون الذي أصبح العصب الحساس للعقد، وجعل من العقد عملاً تضامنيًا بين أطرافه ووسيلة تنسيق بين المصالح المتبادلة للأطراف. الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين يُقصد به تحقيق المصلحة المشتركة، إذ ينبغي أن يبذل كل طرف ما في وسعه لتمكين الطرف الآخر من تنفيذ التزامه، وترجع نشأة الالتزام بالتعاون إلى الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي بعد أن أغفل المشرع الفرنسي النص عليه، ففي مطلع القرن الماضي شكلت أحكام القضاء الفرنسي الجذور الأولى للالتزام بالتعاون وربت آثارًا قانونية ملزمة للطرفين على أساس الإخلال بما يفرضه التعاون من الوفاء بالالتزامات المفروضة على كل منهما. ولقد اقتصر مفهوم هذا الالتزام على مجال تنفيذ العقد وفي صورة التزامات الثانوية تكفل التنفيذ الأمثل لما اشتمل عليه العقد.¹ غير أن تطور الحياة الاقتصادية والمعاملات المالية وتعدد التقنية الحديثة أفرز الكثير من المشاكل التي انعكست على العقد في جميع مراحله، ففي المرحلة السابقة على التعاقد برزت الحاجة إلى إلزام المتعاقد ذي الخبرة بالتعاون مع الطرف الآخر، وذلك بتبصيره بجميع المعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه عن التعاقد.²

فالالتزام بالتعاون كما أنه ضروري في مرحلة إبرام العقد له الضرورة ذاتها في المرحلة السابقة على التعاقد، ولما كانت القواعد القانونية في نظرية العقد قد شرعت في زمن لم يأخذ التطور التقني مداه الذي انتهى إليه اليوم، فقد كشف هذا التطور قصور تلك القواعد عن حكم تلك المسائل وتوفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في العملية التعاقدية. لذا فإن القضاء الفرنسي الذي أقر مبدأ حسن النية، أنشأ التزامات جديدة استنادًا إليه، بما يجعل الالتزام بالتعاون مظهرًا حديثًا لمبدأ حسن النية يلائم المستجدات الحديثة، سواء في مرحلة تكوين العقد أو مرحلة تنفيذه.³

¹ أمل كاظم سعود: الالتزام بالتعاون في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة النهرين، العراق، 2007، ص 5 .

² رجب كريم عبد اللاد: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 445 .

³ انظر: رضوان الهادي أحمد الطيب: الالتزام بالتعاون في العقود، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، مصر، 2017، ص

إن الالتزام بالتعاون لا يظهر في الصورة ذاتها في جميع العقود وبالوضوح ذاته، فصور التعاون في العقود لا تندرج تحت حصر، فالالتزام بالتعاون يتميز بخاصية التنوع إذ إنه ليس واحداً وثابتاً في جميع العقود بل إنه ليس واحداً وثابتاً حتى في إطار العقد الواحد، وذلك عكس بقية الالتزامات الفرعية الموضوعية التي تظل في جميع العقود واحدة وثابتة لا تتغير¹ . ومن تطبيقات الالتزام بالتعاون في المرحلة السابقة على التعاقد التزام أطراف عملية التفاوض بالمواظبة على مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض المقدمة، وتقديم الاقتراحات الإيجابية، ومراعاة المصلحة الموحدة المشتركة للطرفين، وعدم التقدم بالعروض المبالغ فيها أو غير المعتدلة البعيدة عن العقلانية وعدم الرفض الفوري التلقائي بلا مبرر مشروع، ومن تطبيقاته في مرحلة تنفيذ العقد تعاون المدين مع الدائن على اختيار أفضل طرق ووسائل تنفيذ الالتزام في حالة تعددها، فعلى المدين مراعاة مصلحته ومصلحة الدائن، وأن يتعاون معه على اختيار أفضلها؛ لأن مقتضيات مبدأ حسن النية يتنافى بأن يخصص أو يعود لأحد طرفي العلاقة العقدية بالفائدة على حساب الطرف الآخر، وفي تنفيذ عقد البيع، لا يفرض الالتزام بالتعاون على البائع فحسب التزاماً بالتعاون بالوفاء اتجاه المشتري بالتزام إعلامه ونصيحته حول كيفية استعمال المبيع وتحذيره من مخاطر استعماله، بل يمكن أن يشمل إلى جانب ذلك التزامات أخرى تحمل البائع وتندرج ضمن وفاء بالتزامه بأن يسلم المشتري جميع الوثائق والأوراق الضرورية لانتقال ملكية المبيع أو القيام بكل عمل من شأنه المساعدة على تسجيل حق المشتري بالسجل العقاري أو غيره من السجلات القانونية، بمعنى أن كل طرف يجب عليه التعاون مع الآخر حتى يتم تنفيذ العقد على أحسن وجه² . وعليه فإن حسن النية يعتبر هو الأساس لكثير من الالتزامات المفروضة على المتعاقدين.

¹ سيفيان القرقي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الجامعية 2011، ص 233-234 .

² كنزة بلكوة وفضة بوطرنخ: مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 70 .

المطلب الثالث

الوظيفة التكيفية

وظيفة التكيف لمبدأ حسن نية تسمح بإعادة النظر في العقد عند حدوث اختلال كبير في التوازن العقدي بين أطرافه. فالقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد وفق الشروط التي وضعها أطرافه، فلا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، إن هذه القاعدة لا تقتصر على الأطراف فقط وإنما تشمل القاضي أيضًا، فيجب عليه أن يحترم العقد وأن يلتزم بتطبيقه دون أن يغير أو يعدل فيه. وعادة ما يتم تنفيذ العقد من جانب الأطراف دون أدنى مشكلة تذكر، ولكن قد تطرأ ظروف طارئة استثنائية عامة غير متوقعة بين إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه - لا يد للمتعاقدين فيها - تجعل تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته - وإن لم يكن مستحيلًا - مرهقًا بحيث يهدده بخسارة فادحة، فيختل التوازن العقدي اختلالًا فادحًا. وهذه الظروف الطارئة قد تكون ظروفًا اقتصادية كتقلب أسعار صرف العملة عما كانت عليه وقت التعاقد بما لم يكن بمقدور المتعاقد توقعه، كما قد تكون ظروفًا طبيعية، كفيضانات أو زلازل أو غيره من الظروف الطبيعية مما يجعل التنفيذ أكثر كلفة ومشقة، وقد تكون ظروفًا سياسية، كمنشوب حرب أو إضراب مفاجئ وغيرها من الظروف الاستثنائية العامة. فإذا ما حدثت هذه الظروف فيجوز للقاضي التدخل وتعديل شروط العقد لإزالة الحيف الناشئ عنها على أحد المتعاقدين، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

لقد أيد جانب من الفقه القانوني نظرية الظروف الطارئة، وقد استخدم مبدأ حسن النية كأساس لتبرير نظرية الظروف الطارئة، "فقل إن النظرية تقوم على أساس أن العقود يجب تنفيذها بحسن نية، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزامه مرهقًا لظروف طارئة لم تكن في حسبانته".⁽¹⁾ فأساس العقد في العقود الملزمة لجانبين هو تكافؤ التزامات الأطراف،

⁽¹⁾ رينير في القاعدة الأدبية فقرة 84 وما بعدها - بلاتينول ورينير وإسمان 1 فقرة 396.

والإصرار على تنفيذ الالتزام رغم زوال أساس العقد مخالف لمبدأ حسن النية. ⁽¹⁾ فهذا المبدأ يسمح للقاضي بالتدخل في العقد والموازنة بين الالتزامات التعاقدية والظروف الطارئة طبقاً لمقتضيات حسن النية وإعادة التوازن المفقود بين الأطراف بسبب الظروف الطارئة من أجل حماية مصالح المتعاقد المرهق حسن النية، وتكريس العدالة بين المتعاقدين عن طريق تسوية الالتزامات بين الطرفين وتوزيع عبء الخسارة الحاصلة نتيجة هذه الظروف. فتنفيذ العقد بحسن النية يقتضي التعاضد والتساند والمشاركة بين المتعاقدين للتغلب على ما يتعرض تنفيذ العقد من صعوبات. فمبدأ حسن النية يتعارض مع أن يترك أحد المتعاقدين المتعاقد معه المتضرر من الظروف الطارئة وحيداً في مواجهة آثار تلك الظروف، بما أحدثته له من إرهاب في تنفيذ التزاماته وخسائر فادحة يختل معها التوازن العقدي اختلالاً جسيماً، خاصة أن هذه الظروف لم تكن في حسبانته عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا.

لكن الفقهاء المعارضين للاعتراف بالنظرية يردون على ذلك بالقول بأن حسن النية يقتضي أن ينفذ المتعاقدان العقد كما اتفقا عليه، وليس للقاضي سلطة التدخل فيه وتعديله، فيفتح الباب واسعاً للتحكم. ⁽²⁾

هناك عدد من الدول التي كرست نظرية الظروف الطارئة وأسسها على مفهوم حسن النية. وتنقسم هذه الدول إلى قسمين: قسم كرس النظرية على مستوى التشريع فتضمنت نصوصاً تشريعية لمعالجة

أشار إليه: عبد الرزاق أحمد السنيهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان، 2000، ص 709، هامش 1 .
⁽¹⁾ انظر: عبد الوهاب محمد عبد الوهاب: الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية، رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم، كلية الحقوق، السودان، السنة الجامعية 2005، ص 22 .

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنيهوري: المرجع السابق، ص 709.

الظروف الطارئة، وهو يشمل دولاً مثل بولونيا،⁽¹⁾ وإيطاليا،⁽²⁾ ومصر،⁽³⁾ وكان لهذه القوانين الثلاثة الفضل في انتشار نظرية الظروف الطارئة في القوانين الحديثة. والقسم الثاني، كرسها على مستوى الاجتهاد القضائي مثل ألمانيا⁽⁴⁾.

وفي فرنسا، فقد كانت نظرية الظروف الطارئة غير معترف بها لدى المشرع والقضاء الفرنسيين في البداية، فقد كان المشرع الفرنسي يرفض نظرية الظروف الطارئة بسبب إقراره لمبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016، لذلك لم يسمح للقاضي أبداً أن ينهي أو يعدل العقد مهما كانت الظروف، فلم يتضمن القانون

(1) إن القانون المدني البولوني هو أول نقتن اشتمل على نص عام في نظرية الظروف الطارئة، تنص المادة (269) من القانون المدني البولوني على أنه: " يمكن للقاضي تطبيقاً لمبدأ حسن النية وبعد مراعاة التوازن في مصالح الأطراف ضبط طريقة تنفيذ العقد، وذلك في حال وجود ظروف استثنائية، من حروب وأفات وغيرها من العوارض الطبيعية ". عبد المنعم موسى إبراهيم: المرجع السابق، ص 102. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 716.

(2) تنص المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي على ما يأتي: " في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على إثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرك طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة ". عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 716.

(3) تنص المادة (147) من القانون المدني المصري على أنه: " 1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى - وإن لم يصبح مستحيلًا - صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

(4) حيث كان القضاء في ألمانيا إثر الحرب العالمية الأولى، وفي بداية التضخم المالي متمسكا بمبادئ تجاهل اعتبار التخفيض في قيمة العملة، وذلك في العقود الرضائية الطويلة المدى، إلا أنه وقرار صادر عن محكمة الامبراطور (رايخ ماخنت) بتاريخ 20 سبتمبر 1920، تغير اتجاه القضاء، واعتبر أن التقلبات الاقتصادية هي من الظروف الطارئة التي تصفي المشروعات على رغبة الأطراف في التحلل من التزاماتهم التعاقدية، هذا الحل له ما يبرره بالرجوع إلى المادة (242) من القانون المدني الألماني، وأكدت المحكمة أنه يفهم من المادة (242) من القانون المدني الألماني أن حسن النية هو الذي يقود تنفيذ التزامات المدين، وبالتالي فهو الذي يجب أن يقود الدائن في المطالبة بالتنفيذ، فولكمان: مراجعة العقد من قبل القاضي في ألمانيا، الأسنوع العالمي، ص 17. أشار إليه: عبد المنعم موسى إبراهيم: المرجع السابق، ص 102.

المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 أي نصوص تعالج حالة اختلال التوازن في العقد بسبب الظروف الطارئة. كما تمسك القضاء الفرنسي في البداية بمبدأ القوة الملزمة للعقد، ورفض بصورة قطعية تعديل شروط العقد لظروف الطارئة، وأكدت محكمة النقض الفرنسية الاستحالة المادية المطلقة ليكون بإمكان المدين التحلل من تنفيذ التزاماته.⁽¹⁾ ثم تطور مسلك محكمة النقض الفرنسية على أثر الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي حدثت بعد نشوب الحرب العالمية الأولى، فأبدت المحكمة قدرًا من المرونة نحو إعادة النظر في شروط العقد عند تغير الظروف استنادًا إلى الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية، وأصدرت الكثير من الأحكام التي ساهمت بإرساء مبادئ وقواعد نظرية الظروف الطارئة والتي أصبحت دستورًا يتم اللجوء إليه في حالة الحكم بحالة مماثلة.⁽²⁾

وبعد سنوات من رفض المشرع الفرنسي نظرية الظروف الطارئة، تم الاعتراف بها وتبني فكرة تعديل الالتزامات والشروط العقدية إذا تغيرت الظروف التي أبرم العقد في ظلها بما يعيد التوازن بين طرفي العقد. فقد استحدثت تنظيم نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي، وذلك في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التي تنص على أنه: " إذا

(1) في قرار لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 6 مارس 1876، الذي ينور حول قضية أحد مالكي العقارات الذي يتولى بناء قناة الري، والتمسك بصيانتها مقابل بدل محدد حسب وحدة المساحة المروية، ولما أراد أحد الورثة رفع البديل بواسطة محكمة (إيروفايس) والتي أجابته لطلبه، تصدت محكمة النقض لهذا الاتجاه ونقضت القرار الاستئنافي، مؤكدة في قرارها بأنه: لا يمكن لمحاكم الأساس في أي حال من الأحوال، ولو كان بدوافع الإنصاف، أن تأخذ بعين الاعتبار الزمن والظروف الاقتصادية لتغيير اتفاقات الأطراف وتعويض البنود التي كانوا قد تراضوا عليها بينود أخرى جديدة. نقض 6 مارس 1876، دالوز 1876 - 1 - 1961. أشار إليه: عبد المنعم موسى إبراهيم: المرجع السابق، ص 99.

(2) فرضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 3 نوفمبر 1992 - وللمرة الأولى - التزامًا بإعادة التفاوض بحسن النية في العقود التي يعثرها حالة من عدم التوازن العقدي. Cass.com.3 Novmger 1992 N°90-18547. أشار إليه: أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، ص 322.

للمزيد حول التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي: انظر: أحمد محمد عواد عوض: إعادة التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة بين التدخل القضائي والسعانة التشريعية دراسة مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد السابع والثلاثون، جامعة الأزهر، إبريل 2022، ص 365 - 370.

حدث تغيير في الظروف، غير ممكن التوقع، عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغيير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض. وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووغف الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطويع العقد. ففي حالة عدم الاتفاق، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناء على طلب أحد الأطراف، تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها⁽¹⁾. إن هذا النص يعتبر تطوراً كبيراً وخروجاً على المبادئ التي كان يعتنقها القضاء والمشرع الفرنسيان على حد سواء، فقد منح المشرع الفرنسي القاضي في هذا النص سلطات واسعة لا مثيل لها سابقاً في القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016، لإعادة التوازن العقدي في حالة الظروف الطارئة.

وقد تبني المشرع البحريني نظرية الظروف الطارئة، وبين المشرع الأحكام الخاصة بها في المادة (130) من القانون المدني على أنه: "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". ويستفاد من نص هذه المادة أنه يلزم لكي يرخص للقاضي بالتدخل في العقد للتعديل في التزامات أحد المتعاقدين أو كليهما ليرد الاختلال الفادح الذي حدث من الظروف الطارئة إلى الحد المعقول توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن تطرأ الظروف الطارئة بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه يمر بعض الوقت بين انعقاد العقد وتنفيذه، والشرط الثاني: ظهور ظروف استثنائية عامة وعلى هذا الأساس تستبعد ظروف المدين الخاصة كمرضه أو إفلاسه، والشرط الثالث: هو أن تكون هذه الظروف الاستثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد ولا يمكن تفاديها، والشرط الرابع: أن هذه الظروف تجعل تنفيذ المدين

(1) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع سابق، ص 81.

لالتزامه مرهقاً لا مستحيلاً. وتتوافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي بناء على طلب المدين تعديل العقد تبعاً للظروف الطارئة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين بما يحقق العدالة، ويكون ذلك برد الالتزام إلى الحد المعقول وتنفيذه بحسن نية ضمن ذلك. ولا قيد على القاضي في تحديد نوع التعديل الذي يجريه على شروط العقد، إلا ما تمليه العدالة من تحقيق للتوازن العقدي بين مصالح الطرفين. ويكون التعديل بإنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو زيادة الالتزام المقابل، بشكل تتوزع فيه الخسارة بين الدائن والمدين، وقد يكون ذلك بوقف التنفيذ بعض الوقت، إذا قدر القاضي أن الظروف الطارئة التي جعلت التزام المدين مرهقاً مقدراً لها الزوال في زمن قريب. وإذا تخير القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل. وفي كل الأحوال لا يجوز للقاضي أن يفسخ العقد، فالسلطة المخولة للقاضي هي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعة الظروف الطارئة بين الطرفين.

ومما يجدر ذكره أن أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني البحريني من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها. فلا يجوز أن يشترط أحد المتعاقدين عدم مسؤوليته عن الظروف الطارئة أو عدم تحميله تبعاتها إذا ما وقعت، فتمثل هذه الاتفاقات غير قانونية ومخالفة للنظام العام وتتعارض وحسن النية.

المطلب الرابع

الوظيفة التقييدية

إنَّ العلاقات العقدية ملزمة بالتقييد بقواعد حسن النية؛ لأنها علاقات أخلاقية في الأصل، وأنَّ احترام المتعاقدين لمبدأ حسن النية يقود إلى خلق علاقات مشروعة مضمونها النزاهة والثقة، بعيدة عن التعسف والرغبات الشخصية، فهو يمنع القصد السيئ في الإضرار بالغير. لذا فمبدأ حسن النية يقوم أيضًا بوظيفة تقييدية أو وظيفة الحد، حيث تسمح هذه الوظيفة بالحد من الممارسة المفرطة للحق الشخصي عندما تتعارض هذا الممارسة مع متطلبات حسن النية وتشكل إساءة لاستخدام الحقوق. فإذا كان من حق كل شخص أن يستعمل حقه، فإنَّ استعمال هذا الحق ليس مطلقاً، وإنما يقيد بمبدأ حسن النية الذي يمنع صاحب الحق من التمسك به على وجه يضر بالغير، وإلا اعتبر متعسفاً في استعمال حقه وسيئ النية.

إنَّ وظيفة مبدأ حسن النية هذه تبرز بوضوح نسبية الحقوق، فلا يجوز ممارسة أي حق لإيذاء شخص آخر أو بطريقة مفرطة وغير معقولة، وبالتالي تتعارض مع متطلبات حسن النية. وهذه الوظيفة ترتبط بالحالات التي يكون فيها الشخص سيئ النية، حيث يقوم عن قصد بالتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير. فهناك علاقة مباشرة بين حسن النية كمبدأ عام وبين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق.

إنَّ الوظيفة التقييدية لمبدأ حسن النية توضح الصلة الوثيقة التي تربط هذا المبدأ بنظرية التعسف في استعمال الحق، فانتفاء التعسف في استعمال الحق يعتبر مظهرًا من مظاهر حسن النية.⁽¹⁾ إنَّ ممارسة المتعاقدين لحقوقهم وتنفيذ التزاماتهم محاط بإطار من حسن النية، فمبدأ حسن النية يوجب على كل متعاقد عند استعماله لحقه أن يستعمله ضمن الحدود المشروعة وأن لا يعتمد الإضرار بغيره. أمَّا إذا استعمل حقه إضرارًا بالغير فهو سيئ النية، لذلك فإنَّ انتفاء التعسف ينفي سوء النية

(1) انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوي: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع

السابق، ص 457 .

عن المتعاقد ويعبر عن حسن نيته. فحسن نية الدائن في مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته العقدية، دليل على حالة استعمال الحق الاستعمال المشروع، والإخلال به يؤدي إلى قيام حالة التعسف في استعماله.⁽¹⁾

ولقد حصر المشرع البحريني صور التعسف في استعمال الحق في المادة (28) من القانون المدني في أربع صور هي: عدم مشروعية المصلحة لدى مستعمل الحق، أو استعماله بقصد الإضرار بالغير، أو حالة عدم التناسب بين المصلحة والضرر، أو إذا كان من شأن استعماله لحقه أن يلحق بالغير ضرراً بليغاً غير مألوف.⁽²⁾

هذه الوظيفة لمبدأ حسن النية لها تطبيقات عديدة من الناحية التعاقدية منها: الدفع بعدم التنفيذ، ففي العقود الملزمة للجانبين يكون من حق المتعاقد الملزم بتنفيذ التزام ما أن يمتنع عن تنفيذه، ما دام الطرف الآخر لم يتم بتنفيذ الالتزام المقابل بشرط عدم تعسفه في استعمال هذا الحق بنية الإضرار بالمتعاقد معه، فإذا كان الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام قليل الأهمية بالنسبة لباقي الالتزامات، فلا يحق للدائن استعمال الدفع بعدم التنفيذ.⁽³⁾ لذا كان اشتراط توافر حسن النية في الدائن ضابطاً لحماية المدين من تعسف الدائن. وبالتالي فإن تمتع الدائن المتمسك بالدفع بحسن النية يجعله جديراً بحماية المشرع له أثناء ممارسته لحقه في الدفع بعدم التنفيذ أما عدم توافر هذا الشرط يعني حرمانه من هذا الحق.

نادى بعض الفقهاء إلى تأسيس الدفع بعدم التنفيذ على مبدأ حسن النية، ويرى هؤلاء أنه إذا ما طالب المتعاقد غير المنفذ لالتزاماته العقدية من الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، رغم أنه هو نفسه لم

(1) سيأتي بيان العلاقة بين مبدأ حسن النية ونظرية التعسف في استعمال الحق بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب.

(2) خالد جمال أحمد حسن: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، ط1، البحرين، 2002، ص 238-239.

(3) مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد: مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 266.

ينفذ التزامه، فإن تصرفه يكون مخالفا حتما لمقتضيات حسن النية، وهذا يعني أنه سيئ النية، وبالتالي يحق للمتعاقد معه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهته كجزاء لسوء نيته.⁽¹⁾

ولقد نص المشرع البحريني صراحة على قاعدة الدفع بعدم تنفيذ القانون في المادة (150) من القانون المدني التي تنص على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، ما لم يتفق على خلافه، أو يقضي العرف بغيره " . على الرغم من أن هذه المادة لم تتطلب صراحة توافر شرط حسن نية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، إلا أنه يمكن استخلاصه من القاعدة العامة في تنفيذ العقود المنصوص عليها في المادة (129) من القانون المدني البحريني التي تستلزم تنفيذ العقد بما يتفق مع ما يوجبه حسن النية. وواجب حسن النية المنصوص عليه في هذه المادة يعني أنه يجب على المتعاقدين أن يكونا متسامحين ومتعاونين أحدهما مع الآخر. لذلك فإن مراعاة حسن النية في التنفيذ يوجب على الدائن أن لا يكون متعسفا في استعمال حقه بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فإذا كان ما لم ينفذ من التزام المدين ضئيلا أو كان عدم التنفيذ نتيجة لظروف قاهرة مثلا، فامتناع الدائن عن تنفيذ التزامه المقابل يعد مظهرًا من مظاهر التعسف في استعمال الحق الذي يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

لم يضع القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 نصا عاما يقرر به قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد، واقتصر على إيراد تطبيقات معينة ضمناها في نصوص متناثرة. (2) مثلا " تنص المادة 1612 من القانون المدني الفرنسي على أن البائع لا يلزم بتسليم المبيع إذا طالبه المشتري بذلك من دون أن يكون قد نفذ التزامه بوفاء الثمن المستحق الأداء. وبالمقابل فإن المادة 1653 تجيز للمشتري إذا تعرض له أحد مستندًا إلى حق سابق له على المبيع إذا حشى أن ينزع المبيع من يده

(1) زينب سالم: " الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، الجزائر، السنة الجامعية، 2018-2019، ص 35-36 .

زينب سالم: " الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، الجزائر، السنة الجامعية، 2018-2019، ص 11، هامش 7.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 827 .

أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى زوال الخطر أو انقطاع التعرض⁽¹⁾. أما القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 فقد نص صراحة على هذه القاعدة في القسم الخامس المعنون بـ (عدم تنفيذ العقد) في المواد 1217 1219 1220 منه⁽²⁾.

(1) زينب سالم: المرجع السابق، ص 11، هامش 7.

زينب سالم: "الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية"، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، الجزائر، السنة الجامعية: 2018-2019، ص 11، هامش 7.

(2) سوف نتناول قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بشيء من التفصيل في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

الفصل الثاني

تمييز مبدأ حسن النية عن المفاهيم المجاورة له

إن فكرة حسن النية تختلط بمفاهيم كثيرة مجاورة لها، ولقد اعتمد بعض الفقه محاولة التقريب بين المفاهيم الملازمة لحسن النية لإبراز مفهومه في حين يرى البعض الآخر أن إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده جدواه وقيمتة، لذلك لجأوا إلى التمييز بين مفهوم حسن النية من جهة والمفاهيم الأخرى التي تتقارب معه من جهة ثانية.

إن التمييز بين مصطلح حسن النية وبعض المصطلحات الأخرى التي قد تلتبس أو تتداخل معه في المعنى يوصلنا إلى تحديد مفهوم حسن النية بدقة أكبر، وإبراز عناصر تمييزه عن المفاهيم المتقابلة منه. وفي سبيل استخدام هذا المنهج نجد أن الفقهاء بمناسبة الحديث عن حسن النية يتحدثون عن كل من الخطأ، التعسف في استعمال الحق، العدالة والنظام العام، والأخلاق الحميدة على اعتبار أنها كلها أفكار أو عناصر تتبع من منبع واحد هو الإنسان، ولكن منها ما يتعلق بنية الشخص وما ينتج عنها من تصرفات وهو ما أدى إلى إلحاق حسن النية بانعدام الخطأ أو بانعدام التعسف في استخدام الحق (المبحث الأول)، ومنها ما يتصل بالعوامل الموضوعية الخارجة عن إرادة الشخص مثل إلحاق حسن النية بالعدالة أو النظام العام والأدب (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تمييز حسن النية عن الخطأ العقدي والتعسف في استعمال الحق

سنوزع البحث في هذا المبحث على مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه تمييز مبدأ حسن النية عن الخطأ العقدي والمطلب الثاني سيكون عن تمييز مبدأ حسن النية عن التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول

تمييز مبدأ حسن النية عن الخطأ العقدي

المسئولية العقدية هي جزاء الإخلال بالعقد، فإذا نشأ العقد صحيحاً فإنه يكون واجب التنفيذ على أطرافه باختيارهم أو عن طريق إجبارهم عن طريق الوسائل القانونية، غير أنه في بعض الحالات قد لا ينفذ المتعاقد التزامه العقدي تنفيذاً تاماً أو يتأخر في التنفيذ أو ينفذه تنفيذاً معيناً، يُرتب ضرراً يلحق بالمتعاقد الآخر، ومتى ثبت إخلال العاقد بالتزامه العقدي فإنه يرتكب خطأ ويكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن تعويض العاقد الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الخطأ.

فالخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، ويرى بعض الفقهاء أن هناك تقارباً بين مفهوم حسن النية ومفهوم الخطأ العقدي، على اعتبار أن كلا من الخطأ وحسن النية ينبعان من منبع وهو النية وما ينتج عنها من سلوك،⁽¹⁾ فكلاهما يمثلان ما في داخل الإنسان ويكونان على

(1) كريم بولعابي: حسن النية في الملاءة التعاقدية، مجموعة الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 39.

اتصال دائم وتفاعل مستمر من أجل تحقيق رغبة معينة يهدف إليها الشخص وينتهي إلى قرار بعقد عزمه عليه، ومن ثم ترجمة هذا القرار إلى واقع ملموس في العالم الخارجي، وهذا القرار المترجم قد يكون مشروعاً، وقد يكون غير مشروع.⁽¹⁾ وهو الاتجاه الأخير في محاولة وضع تعريف قانوني لمبدأ حسن النية، "كما يعرف جانب من الفقه القانوني حسن النية بأنه انعدام الركن المعنوي للخطأ، على اعتبار أن الخطأ لا يقوم إلا بتوافر عنصرين: مادي يتمثل بالواقعة المادية أي الفعل أو الترك، والعنصر المعنوي هو النية التي دفعت المتعاقد للقيام بذلك الفعل أو الترك. وبالتالي يكون المتعاقد حسن النية لانقضاء العنصر المعنوي للخطأ المتمثل بنية الإضرار، يعد سيئ النية إذا قصد الإضرار بالغير.⁽²⁾

ولا خلاف في الفقه القانوني على أن الإخلال بمبدأ حسن النية بعد إبرام العقد يعتبر خطأ عقدياً يترتب عليه مسؤولية عقدية،⁽³⁾ حيث تنص المادة 129 من القانون المدني البحريني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، وبناء على ذلك فإن التزام المتعاقد بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد هو التزام يفرضه القانون بين المتعاقدين، وهو يوجب على المتعاقد ألا ينحرف أو يحيد عن حسن النية في تنفيذه لالتزامه، فيجب عليه مراعاة الإخلاص والأمانة والصدق والتخلي عن الكتمان والغش والإكراه وتوخي الاعتدال في تنفيذ العقد،⁽⁴⁾ وهو يسأل عن هذا الالتزام مسؤولية مدنية عقدية.

فعدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يعد مخالفاً لحسن النية مما يجعل حسن النية يندمج في انعدام الخطأ، فالخطأ يقوم في جانب المدين إذا أخل بالتزام بإعطاء أو بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل، فيكفي عدم التنفيذ ليعد المدين مخطئاً وهو ما يؤدي إلى إعفاء المدين من إثبات عنصر الخطأ،

⁽¹⁾ انظر : محمد شكوي الجميل العدوي : سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص

⁽²⁾ هدى بن يوب: مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، السنة الجامعية

⁽³⁾ عبدالحميد عبداللطيف القوي: المرجع السابق، ص 546 .

⁽⁴⁾ انظر: خالد جمال احمد حسن: المرجع السابق، ص 146 وما بعدها .

وأن عدم تنفيذ الالتزام العقدي يعد تنفيذاً مخالفاً لحسن النية، ومن هذا المنظور يعد حسن النية بمثابة معيار سلوك يؤكد العلاقة القائمة بينه وبين الخطأ وهي علاقة تنمي التقارب بين المفهومين، واثراً تنفيذ العقد هو استبعاد المسؤولية العقدية باعتبار حسن النية نقيض الخطأ فإذا توافر الأول ينعدم الثاني، وهو موقف أيده شق من فقه القضاء الفرنسي. (1)

ويذهب جانب من الفقهاء إلى استقلال مفهوم حسن النية عن الخطأ العقدي من عدة نواحي هي: أولاً: من حيث الافتراض والإثبات: إنَّ العنصر المعنوي للخطأ يختلف عن حسن النية، ويتضح استقلالهما في الجانب المعنوي عند التفرقة بين الالتزامات العقدية بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية. فإذا كان التزام المدين التعاقدى التزاماً بتحقيق نتيجة مثل التزام المقاول ببناء شقة والتزام المشتري بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، يكون المدين مخطئاً إذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة في التعاقد؛ وذلك لوجود خطأ عقدي من جانبه ويستوي هنا أن يكون خطؤه جسيماً أو يسيراً أو تافهاً، وقد لا يصدر من جانبه أي تقصير ولكنه يعتبر مخطئاً لمجرد عدم تحقق النتيجة محل التعاقد أي ولو نسب عدم تحققها إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة أو حادث فجائي أوفعل الغير، وهنا يبقى الخطأ العقدي قائماً لعدم تنفيذه لالتزامه وإن انتقت رابطة السببية بوجود السبب الأجنبي لا بعدم وجود خطأ، (2) في هذا النوع من الالتزام يعفى الدائن من إثبات الخطأ فيكفي إثبات وجود الالتزام وتخلّف المدين عن إثباته ليثبت الخطأ. (3) حيث تنص المادة 216 من القانون المدني البحريني على أنه: "إذا تعذر تنفيذ الالتزام عيناً أو تأخر المدين في التنفيذ، فعليه تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه" وفي هذه الحالة وأن بان الخطأ مختلفاً فإنه غير غائب تماماً لأنه مفترض توفر الضرر الناتج عن عدم التنفيذ الذي يؤكد التقصير وهو ما يمكن استنتاجه من أمثلة الالتزامات بتحقيق نتيجة.

(1) كريم بولعابي: المرجع السابق، ص 49.

(2) انظر: عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 174 وما بعدها.

(3) انظر: مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص 206.

في القانون المدني البحريني العديد من المواد التي تناولت موضوع تنفيذ الالتزام والخطأ وعلاقته بالسبب الأجنبي منها المادة (145) والمادة (146) التي تناولت انفساخ العقد في العقود الملزمة للجانبين ولجانب واحد وانقضاء التزامات الطرفين إذا أصبح تنفيذها مستحيلاً بسبب أجنبي.

العنصر المعنوي في الخطأ - في إطار هذا الطرح - مختلف عن انعدام حسن نية المدين في التنفيذ المتمثل في قصد الإضرار بالدائن.⁽¹⁾ وإذا ما كان في المماثلة أو عدم التنفيذ نية تحرك المدين فإنها لا تحتاج إلى إثبات بينما غياب حسن النية عند التنفيذ من العناصر الواجب إثباتها إذ على الدائن إثبات عدم تحلي المدين بواجب حسن النية عند تنفيذ التزامه العقدي، وهي قاعدة مستخلصة من نص المادة 129 من القانون المدني البحريني والمادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، الذي يجعل من حسن النية أمراً مفترضاً، وحسن النية يعني التخلي عن سوء النية عموماً، فحسن النية يكون مفترضاً، كونه الأصل في كل إنسان من حيث فطرته،⁽²⁾ وبالتالي فإنه ليس بحاجة إلى دليل لإثبات وجوده، أما سوء النية فليس مفترضاً، وعلى من يدعي سوء نية المتعاقد إثبات ما يدعيه؛ لأن ادعاءه بغير دليل أمر غير مقبول وهو بحاجة إلى دليل من يدعي وجوده. أي افتراض غير الأصل. وحسن النية يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات.⁽³⁾

وفي إطار الالتزام ببذل عناية فإنه لا يستوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة، ولكن يبذل العناية الواجبة عليه في تنفيذ الالتزام، مثلاً: التزام الطبيب في عقد العلاج الطبي،⁽⁴⁾ والالتزام المستأجر

(1) كريم بولعابي: حسن النية في المادة التعاقدية، ص 40.

(2) عزوان عبدالحاميد شويش، سوء النية ودوره في سريان أثر العقد على الخلف العام الدائنين العاديين، مجلة جامعة تكريت للعلوم، السنة 1، المجلد 1، العدد 1، الجزء الثاني، العراق، 2016، ص 498.

(3) انظر: محمد شكري جميل العذوي: المرجع السابق، ص 148.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "مفاد المادة ١٣٢ من القانون المدني أنه إذا أبرم عقد صوري كان لدائني كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لأي منهما أن يتمسكوا بالعقد الصوري إذا كانوا حسن النية، بعدم علمهم بالصورية، والأصل هو حسن النية، وعلى من يدعي سوء النية إثبات ما يدعيه". القاعدة رقم 169 الفقرة رقم 8 من الضعين رقمي 483 و 505 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 19 تاريخ الجلسة 2008/07/06 - صفحة رقم 4.

(4) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "الطبيب لا يسأل عن النتيجة التي يصل إليها المريض إذا أثبت أنه بذل العناية اللازمة واستعمل جميع الوسائل التي بمقدوره لتشخيص المرض أو إعطاء العلاج، ويسأل إذا ارتكب خطأ أدى إلى الإضرار بالمريض نتيجة لجهله بأمور فنية وعلمية يفترض في كل طبيب الإلمام بها". القاعدة رقم 1 الطعن رقم 115 لسنة 1996، تاريخ الجلسة 1996/1/5، الموقع الإلكتروني للمجلس الأعلى للقضاء - البحرين: www.sjc.bh

بالمحافظة على المأجور،⁽¹⁾ والعناية المطلوبة هي عناية الشخص المعتاد، أي شخص في نفس ظروفه ومهنته أو تخصصه، هذا ما لم يتفق على عناية أخرى أقل أو أزيد منها أو ينص القانون على درجة عناية أخرى.⁽²⁾ وفي هذا النوع من الالتزام فإن الخطأ العقدي يستوجب لقيامه أن يقوم الدائن بإثبات إهمال أو تقصير المدين في بذل العناية المطلوبة منه بموجب العقد، وهذه العناية وإن بدت مطلوبة فإنها غير موعود بتحقيقها من طرف المدين، بينما حسن النية لا يكفي ببذل العناية والقيام بكل ما في الوسع ليكون حسن النية في تنفيذ الالتزام فحسب، ولكن بالتحلي بنية صادقة في تحقيق مقاصد وأهداف العقد بأفضل طريقة وعلى أحسن وجه والابتعاد عن كل ما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر،⁽³⁾ والمدين مفترض فيه ذلك وما على الدائن في هذه الحالة إلا إثبات عدم بذل المدين للعناية المطلوبة منه بإثبات عدم تحلي المدين بحسن النية في التنفيذ وسوء نيته المتمثل في الغش أو عدم التحلي بالأمانة والصدق والإخلاص والتعاون في تنفيذ العقد إضراراً به.⁽⁴⁾

ثانياً: من حيث غياب النية: إنَّ الخطأ حسب رأي العديد من الفقهاء يقوم في جانب المدين إذا خالف التزاماً بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بعتاء شيء فيكفي عدم التنفيذ ليعد المدين مخطئاً، وهو ما يجعل للخطأ مجالاً معيناً يختلف عن مجال حسن النية الذي يؤول إلى إقصاء الخطأ أساساً، وعليه يكون لحسن النية مجال مختلف في إطار التنفيذ عن الخطأ العقدي، فالخطأ العقدي المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام العقدي كافٍ لحمل المدين على التعويض، وهذا التعويض قائم وإن

(1) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: "من المقرر بنص المادتين ٥٣٨، ٥٣٠ من القانون المدني التزام المستأجر بأن يبذل من العناية في استعماله للمأجور والمحافظة عليه كل ما يبذله الشخص العادي ورده إلى المؤجر عند انتهاء الإيجار بالحالة التي تسلمه عليها فإذا كان تسليمه إليه قد تم دون بيان لحالته افترض حتى يقدم الدليل على العكس أنه تسلمه في حالة حسنة. فيسأل المستأجر عن هلاك المأجور أو تلفه في أثناء انتفاعه به إذا كان ناشئاً عن سوء استعماله غير المألوف طالما أنه لم يتفق على غير ذلك. ويقع عليه عبء إثبات أن الهلاك أو التلف لم ينشأ عن خطئه أو خطأ تابعيه بإثبات قيامه بالعناية المطلوبة منه أو أنه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه". القاعدة رقم 114 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 450 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/05/11 - صفحة رقم 8.

(2) خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 166 .

(3) انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني: المرجع السابق، ص 409 وما بعدها.

(4) كريم بولعاني: المرجع السابق، ص 43.

لم يعتمد المدين ذلك، وبالتالي فإنَّ المشرع اعتبر الخطأ في عنصر أوجد وهو العنصر المادي المتمثل في عدم التنفيذ الذي ينشأ من مجرد الإهمال. (1)

ويبدو أنَّ المشرع البحريني في المادة 216 تطرق ضمناً إلى ركن الخطأ متعمداً التعريف العادي له وهو عدم الوفاء أو التأخر في الوفاء بالالتزام، وأن عدم الوفاء بالالتزام كصورة أولى والتأخر في تنفيذ الالتزام كصورة ثانية يستوجبان التعويض ولو لم يعتمد المدين ذلك، أي سواء أكان ناتجاً عن سوء نيته أو غشه أو عن مجرد إهماله وتقصيره في تنفيذ ما التزم به في العقد، (2) فحصر الشرع الخطأ العقدي بشكل محدد، في عدم تنفيذ المدين لالتزاماته الناشئة عن العقد، واستبعد حسن النية ولم يعتبره صورة من صور الإعفاء من المسؤولية العقدية أو حالة من حالات تبرير المماثلة باعتبار أن انعدام القصد يبرهن على ذلك لأن التعويض ماضٍ والمسؤولية قائمة بالفرض. ففي هذه الحالة يلزم المدين بالتعويض دون اعتبار لوجود نية المدين وإن غابت النية تماماً فإنَّ المسؤولية تبقى قائمة ما لم يثبت السبب الأجنبي.

وعليه فإذا اكتفى الخطأ بالإهمال ليقوم فإنَّ حسن النية مرتبط بالنية التي تشمل عدة وجوه كالقصد أو الابتعاد عن الغش والحاق المضرة بالمتعاقدين الآخر مما يجعل النطاق بين المفهومين غير متداخل بل متباعد. (3)

ومما يدعم عدم التطابق بين مفهوم حسن النية ومفهوم الخطأ أنَّ الإعفاء الاتفاقي من الضمان في البيع لا يمضي إذا كان موجب الاستحقاق من تغريه كبيعته لما هو لغيره أو لما يعلم بسبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري. (4) إذ فصل المشرع بين الخطأ المتمثل في الإهمال أو التقصير عند تنفيذ عقد البيع وسوء نية البائع المتمثل في العلم بعيب في الشيء وإخفاء ذلك على المشتري،

(1) المرجع السابق، ص 46 .

(2) انظر: خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 165 - 168.

(3) كريم بولعابي: المرجع السابق، ص 46.

(4) أشارت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الصادرة عن دائرتها المدنية قائلة: (إنَّ الخطأ الصادر عن الوكيل ببيع العقار المتمثل في عدم إعلانه عن الرهون المثقلة بها الأراضي المباعة ينطوي على مخالفة لحسن النية ".

Asset 26 Fevrier 1991.,Bull.civ 1991-1-N:73.,P:4

أشار إليه: خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 146، هامش 4.

فأثر انعدام حسن النية لدى البائع إلزامه على التعويض رغم وجود إعفاء اتفاقي من الضمان. في حين يبقى الضمان الاتفاقي قائماً وإن توفر خطأ البائع بسبب الإهمال أو التقصير في التنفيذ.⁽¹⁾ إن حسن النية يقضي نية الإضرار بالمتعاقد التي تعد صورة من صور سوء النية والحجة في ذلك أن القصد يدخل في النية⁽²⁾ وأن نية الإضرار تعبير عن هاجس مشين في إلحاق أذى بالمتعاقد.⁽³⁾

(1) التزام البائع بالضمان: إن التزام البائع بنقل ملكية المبيع، يجعله مسئولاً عن كل ما يعوق نقلها كلاً أو جزءاً، فالبائع ضامن لنقل الملكية للمشتري، ويتمثل هذا الضمان بشقين، هما ضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية. ولما كانت أحكام الضمان ليست من النظام العام، لذا يجوز للمتعاقدان الاتفاق على تعديلها بالتشديد أو التخفيف منها أو إسقاطها ويطلق على الضمان في هذه الحالة بالضمان الاتفاقي. تنص مادة 413 من القانون المدني البحريني على أنه:

(أ) يجوز للمتعاقدان الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاذه أو إسقاطه.

(ب) ومع ذلك يقع باطلاً كل شرط بإنقاص الضمان أو إسقاطه، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله.

وتنص المادة (422) على أنه: "يجوز للمتعاقدان باتفاق خاص أن يزيذا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان. على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه". فإذا كان البائع قد اشترط إعفاءه من ضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية ومن كل مسئولية، ولحل البائع بالتزامه بالضمان يعفى المدين من المسئولية إعمالاً لشرط الإعفاء الاتفاقي من الضمان، أما إذا كان إخلال البائع بالتزامه بالضمان ناتج عن تعمد علمه بسبب استحقاق المبيع وإخفائه على المشتري أو أن الاستحقاق كان ناشئاً عن فعل البائع ذاته أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه للمشتري، فإن هذا الشرط يكون باطلاً ولا يعمل به، ويبقى البائع ضامناً، ويلاحظ أن المشرع فيما يتعلق بشرط الضمان الاتفاقي ميز بين حسن نية البائع وسوء نيته المتمثل في الغش وإخفاء الحقيقة. انظر: ليلي عبد الله سعيد: الوجيز في شرح القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001 (لعقود المسماة - عقد البيع)، مطبعة جامعة البحرين، ط1، البحرين، 2003، ص 155 وما بعدها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء الفرنسي في هذا المجال ميّز بين البائع المحترف والبائع غير محترف، وأقام قرينة سوء النية المفترضة وجعلها على عاتق المحتسرف وأبطل شروط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها. الهدف من ذلك حماية الطرف الضعيف في نطاق عقد البيع وبالأذات فيما يتعلق بضمان العيب. محمد شكري سرور: مسئولية المنتج عن الأضرار التي تحدثها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، مصر، 1983، ص 82 وما بعدها.

كما أن المشرع الفرنسي قد أبطل اتفاقيات الإعفاء من الضمان التي ترد على عقود البيع والتي يكون طرفها مشترياً غير محترف، وقد جاء التشريع لاحقاً للقضاء ومؤكداً له، انظر القانون الصادر في 10/01/1978، والمادة الثانية من المرسوم الصادر في 24 مارس 1978 التي جاءت لتطبق هذا القانون واعتبرت هذه الشروط تعسفية تحت طائلة البطلان. حسن عبد الباسط جمبجي: حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، ط1، مصر، 1996، ص 57.

(2) النية في اللغة: هي القصد، وتعرف النية في القانون المدني بأنها: قصد أمر معين يرتب عليه القانون أثراً من الآثار. انظر: محمد شكري جميل العدوي، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.

(3) انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوي: المرجع السابق، ص 263.

في حين أن المسؤولية العقدية للمدين المتمثلة في عدم تنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه وفقاً للمادة 216 من القانون المدني البحريني لا تتوقف على نية المدين، حيث يعد مخطئاً لمجرد عدم تنفيذه لالتزامه العقدي، وفي ذلك إقصاء لنية الإضرار بالدائن، ومن ثم فلا حاجة لإثبات توافر نية الإضرار في حق المدين طالما ثبت خطأ المدين بعدم التنفيذ، إلا أنه بتوافر نية الإضرار يتسع مجال المسؤولية العقدية، فالخطأ العقدي المتمثل في عدم التنفيذ يوجب التعويض، وإنَّ انعدام حسن النية المتمثل في الغش يشدد في مقدار التعويض ليصبح معياراً يستخدمه القاضي لجعل في الخسارة تفاوتاً.⁽¹⁾ فانعدام حسن النية أثناء تنفيذ العقد، يرتب آثاراً أشد من تلك التي تترتب على مجرد عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، إلا أنَّ المتعاقد الذي يلجأ إلى الغش مثلاً، لديه نية خبيثة واضحة لإحداث الضرر، وعليه فالقاضي عندما يتحقق من ثبوت المسؤولية في حق أحد المتعاقدين ويريد تقدير التعويض الذي يلزمه به، فإنه يراعي في تحديد مقداره ما إذا كان المدين حسن النية عند عدم تنفيذ التزامه أم كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعاً إلى غشه، فيحكم بتعويض أكثر نظراً لما أتاه المدين من غش.⁽²⁾

(1) انظر: كريم بولعالي: المرجع السابق، ص 47.

(2) تنص المادة 223 من القانون المدني البحريني على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

ومع ذلك 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، الأصل في تقدير التعويض هو الرجوع إلى القانون أو اتفاق الأطراف في العقد، وفي حالة عدم وجود نص فإن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض بأن يرجع لاتفاق الطرفين إذا كانا قد حددها مسبقاً في العقد والذي يقرر للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في التنفيذ، ويتعين في هذه الحالة على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، غير أنَّ للقاضي السلطة التقديرية في زيادة التعويض إذا جاوز قيمة التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً وذلك طبقاً لنص المادة 223 من القانون البحريني. فالمدن في نطاق المسؤولية العقدية لا يكون مسئولاً إلا عن تعويض الضرر المباشر المتوقع، وبالتالي فهو لا يسأل عن تعويض الضرر غير المتوقع إلا في حالة وقوع غش منه أو ارتكابه خطأ جسيماً. انظر: خالد جمال أحمد حسن: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ص 179.

وتطبيقاً لذلك فضلت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "المدين في المسؤولية العقدية، عدم التزامه في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. م 223 مدني. "القاعدة رقم 119 الطعن رقم 79، 96 لسنة 2019 جلسة 16/9/2019، موقع الإلكتروني للمجلس الأعلى للقضاء البحريني: www.sjc.bh.

في الحالة الأولى يكون لتوفر أو غياب حسن النية باعتبارها وسيلة تنفيذ شأن في إقصاء المسؤولية التعاقدية، أما في الحالة الثانية يكون لغياب أو توفر حسن النية دور في تقدير التعويض الإضافي. ونستنتج أنّ عدم تنفيذ الالتزام العقدي كيفما يستوجبه حسن النية هو خطأ عقدي يترتب عليه إلزام المدين بالتعويض. وإنّ لحسن النية ميداناً وآثاراً تختلف عن الخطأ العقدي في مواضع لكن في صورة أخرى يتحد المفهومان ويرتبطان ببعضهما البعض.

المطلب الثاني

تمييز مبدأ حسن النية عن التعسف في استعمال الحق

نظرية التعسف في استعمال الحق ليست نظرية جديدة أو مبتدعة بل هي نظرية قديمة عرفها الرومان وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم وتشعب بها الفقه الإسلامي⁽¹⁾ ولكنها اختلفت رديحاً من الزمن بعد أن ظهرت المبادئ الفردية وإمعان الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ، حيث تضاعفت المناداة بحقوق الإنسان بوصفها حقوقاً مطلقة ومقدسة تجد أساسها في القانون الطبيعي، وبقيت هذه النظرية مختلفة طوال القرن التاسع عشر، إلى أن تغيرت النظرة إلى الحق بتغير الأوضاع

(1) ظهرت على نطاق واسع في الفقه الإسلامي حيث ظفرت بصياغة تضارع ما وصلت إليه القوانين الحديثة. فنظرية التعسف في الفقه الإسلامي ليست وليدة الفكر الإنساني. وإنما هي متأصلة في أحكامه وتعاليمه، والتي هي مشبعة بالأخلاق والمثل العليا، التي تدعو إلى العدل والإحسان وتنتهي عن الإضرار بالغير. باعتبار القاعدة الكلية "لا ضرر ولا ضرار"، فالحقوق بنظر الشريعة الإسلامية وسائل لتحقيق غايات شرعت لها، فأى مناقضة لغرض الشارع في استعمالها، يناقض أصلها وغايتها، ومناقضة الأصل باطلة، وكل ما ينيرى عنها باطل.

انظر: عبد المنعم فرج الصمد: أصول القانون، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، دون طبعة، بيروت، ص 569. إسماعيل العمري: الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مطبعة الزهراء الحديثة، ط1، منشورات مكتبة بسام، 1984، ص14

الاجتماعية، فلم يعد مطلقا بل أصبح يخضع لشروط تملئها المصلحة العامة وأصبحت له وظيفة اجتماعية تقتضي تقييده بعدم التعسف. (1)

وهذه النظرية تعود بالفضل إلى الفقه والقضاء الفرنسيين قبل وصولها إلى التشريعات الوضعية الحديثة، حيث إن المحاكم الفرنسية، ما انفكت أن تدافع عن هذه النظرية وتفرض وجودها من خلال أحكامها تحقيقا للعدل والعدالة، (2) إلى أن أصبحت معظم تشريعات العالم تقر هذه النظرية وتفرض أحكامها، فكانت هذه النظرية وليدة التطور والحاجة، واستجابة للواقع وتحقيقا للعدالة، فهي نشأت نتيجة لتطور الفكر الإنساني، وشعوره بالحاجة إلى تقييد الحقوق ليكون بالمستطاع تحقيق الهدف الاجتماعي منها، حفاظا على التضامن والتعاون في المجتمعات، إذ لا يمكن للإنسان أن يستمتع بحقه إلا إذا حافظ على حق غيره، فكل حق لا بد وإن يفرض واجبا.

هناك علاقة مباشرة وارتباط وثيق بين فكرة حسن النية وفكرة التعسف في استعمال الحق، وهناك العديد من الجوانب المشتركة بينهما، فكلاهما ضد الفعل غير المشروع، وكلاهما يعمل لإبقاء الأفعال والتصرفات والنوايا ضمن دائرة الشرعية، وكلاهما مبدأ ديني وأخلاقي، فحسن النية هو مبدأ أخلاقي في الأصل، ينشئ علاقة أخلاقية وقانونية بين الأطراف يقود احترامها إلى خلق علاقات مشروعة مضمونها النزاهة والثقة، بعيدة عن التعسف والرغبات الشخصية، وتمنع القصد السيئ في الإضرار بالغير. (3) كما أن الأخلاق بما تقتضيه من حسن النية وعدالة، يحيطان بنظرية التعسف في نشوئها وارتقائها، الأمر الذي ينبئ عن أن التعسف خروج عن جادة حسن النية، مما يوجب على المتعاقد عند استعماله لحقه أن يستعمله ضمن الحدود المشروعة وألا يعتمد الإضرار بغيره، وهو بهذا يقترب من مفهوم مبدأ حسن النية، بل أن انتفاء التعسف ينفي سوء النية عن المتعاقد ويعتبر عن حسن نيته، إذا لم يرتكب فعلا آخر يدل على سوء نيته، (4) "والغالب أن

(1) انظر: مسعود بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، السنة الجامعية 2014، ص 8-9.

(2) انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 950-952.

(3) حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، المطابع الموحدة، تونس، 1993، ص 30.

(4) يحيى أحمد بني طه: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، ص 124.

تتبدى إساءة استعمال الحق في نية الإضرار، وهي بلا ريب دافع يجافي الأخلاق والآداب، ويجافي مصلحة الجماعة، مما يحيد بالحق عن قصده الطبيعي المشروع الذي من أجله منح ذلك الحق".⁽¹⁾ إن انتفاء إساءة استعمال الحق يعتبر نتيجة طبيعية لمبدأ حسن النية، فاستعمال الحق بدون إساءة أو بدون تعسف يتفق مع مبدأ حسن النية، بل هو غاية أساسية من الغايات التي يهدف مبدأ حسن النية لتحقيقها، فمن يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير يعتبر سيئ النية، لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف حسن النية سلباً، بفكرة إساءة استعمال الحق وضرورة عدم إلحاق الأذى بالآخرين فقد عرف مبدأ حسن النية بأنه: "انتفاء للخطأ العمدي وانتفاء الغش وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء النية وانتفاء الخطأ الجسيم".⁽²⁾

وانعكست هذه العلاقة بين عدم التعسف في استعمال الحق ومبدأ حسن النية على تشريعات البلدان التي لا تقر صراحة بالالتزام بحسن النية في مرحلة إبرام العقود، حيث كانت نظرية التعسف في استعمال الحق تشكل مخرجاً قضائياً لمعالجة بعض الحالات التي تؤدي إلى الإضرار بالأطراف المتفاوضة نتيجة القطع غير المبرر للمفاوضات. لم يتضمن القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 نصاً صريحاً وواضحاً ينظم مسألة المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد، ويحدد المسؤولية القانونية المترتبة على قطعها بسوء نية وبدون مبرر مشروع، إلا أن الاجتهاد القضائي في فرنسا يرى أن قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع هو خطأ تقصيري يتمثل في التعسف في استعمال حرية عدم التعاقد.⁽³⁾ عليه فإن وجود حسن النية كمبدأ مستقل ومعترف به من قبل الكثير من القوانين المدنية المعاصرة يغنينا عن اللجوء إلى تلك النظرية لحسم القضايا العالقة في مرحلة التفاوض.

(1) حسين عامر، المرجع السابق، ص 88 .

(2) انظر: عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقود، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1988، ص 5. أشارت إليه: عمار حنتيت: التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2015، ص 34 .

(3) انظر: بلحاج العربي: الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار النشر للنشر، ط1، الأردن، 2010، ص 164 وص 180 .

كما أن نظرية التعسف في استعمال الحق تحدد الطريقة التي يجب أن يسلكها صاحب الحق في استعمال حقه بحسن النية، لذلك يستعين القاضي بها للتحقق من التزام أطراف العلاقة بالسلوك الحسن عند ممارسة حقوقهم.

وعلى الرغم من شدة العلاقة بين حسن النية ومفهوم التعسف في استعمال الحق إلا أنه لا يمكن استيعاب أحدهما في الآخر، فمجال حسن النية أرحب وأوسع، ورقابته تغطي كافة العقود والتصرفات،⁽¹⁾ بينما مجال التعسف في استعمال الحق محدود وضيق، فهو قيد يرد على الحق، فينفي صفة التعسف أو الإساءة عند استعمال الحق، وأمره محصور بين صاحب الحق الذي إساء استعماله وبين الذي وقع ضحية هذه الإساءة.⁽²⁾ كما أن التعسف في استعمال الحق لا يغني عن مبدأ حسن النية، لأن مبدأ حسن النية هو الأصل، وهو متقدم بالوجود على إساءة استعمال الحق، أما عدم التعسف باستعمال فظهر على أثر ظهور التطرف باستعمال الحقوق الفردية، ثم إن تطبيق إساءة استعمال الحق هو تطبيق ضمني لجانب من وظائف مبدأ حسن النية، فمبدأ حسن لديه وظيفة السيطرة على ممارسة الأطراف لحقوقهم التعاقدية، بالحد من الممارسة المفرطة لحقوقهم عندما تتعارض هذه الممارسة مع متطلبات حسن النية وتشكل إساءة استخدام للحقوق، ومعنى هذا أن إساءة استعمال الحق أداة من الأدوات التي يستعملها مبدأ حسن النية أثناء رقابته على تكوين وتنفيذ كل العقود.⁽³⁾ لكل ما تقدم يمكن القول إن الحد من الالتزام بعدم التعسف في استعمال الحقوق يعتبر مظهرًا من مظاهر مبدأ حسن النية.

(1) عبد الحليم عبد اللطيف القوني: المرجع السابق، ص 457.

(2) "ويذهب جانب من الفقه العربي منهم السنهوري وعبد المنعم فرج الصدة وسليمان مرقص إلى أن التعسف مقصور على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص، ومثالها حرية التعاقد والتملك وغيرها من الحقوق العامة، فعندما تباشر هذه الرخص ويترتب بذلك ضرر للغير فلا تكون المسؤولية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل على أساس المسؤولية المدنية". إيمان بوكري الدين وخديجة بلعزلة: التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي

1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص 13.

(3) يحي أحمد بن طه: المرجع السابق، ص 125.

المبحث الثاني

تمييز حسن النية عن العدالة والنظام العام والأدب

إن نسبية وضبابية مفهوم مبدأ حسن النية دفعت البعض إلى إلحاق حسن النية في العقد بمفاهيم مرنة تحتاج في حد ذاتها لضبط معناها كالعدالة، والنظام العام، الإخلاص، والصدق، والنزاهة، والاستقامة، والأمانة، وشرف التعامل، والثقة، والضمير والشعور بالتضامن الاجتماعي، فهذه الأفكار مرنة ومتعددة التفسير ومسائل غير قابلة للضبط وتتسم بالغموض وعدم التحديد وتتغير من زمان لآخر ومن مكان لآخر، ويلعب القاضي في تحديدها دورًا ملموسًا وهي تقع ضمن السلطة التقديرية له.

في هذا المبحث سنحاول التمييز بين مفهوم حسن النية والعدالة في مطلب أول، وبينه وبين النظام العام والأدب في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

تمييز مبدأ حسن النية عن مفهوم العدالة

إنَّ العدالة⁽¹⁾ هي الهدف الأسمى الذي يرمي إليه كل قانون، تتسم فكرة العدالة بطابع العمومية والتجريد، ولهذا يكون من الصعوبة وضع تعريف جامع وشامل لهذه الفكرة؛ لذلك تعددت تعريفات العدالة وتتنوعت، وهي لا تحمل معنىً موحدًا في الكتابات الفلسفية أو القانونية مما جعل البعض من الفقهاء يستعيرون تعريف أرسطو⁽²⁾، والذي يقرر بأنَّ العدالة هي الإرادة الدائمة والمستمرة نحو إعطاء كل ذي حق حقه.⁽³⁾

كما عرف البعض الآخر من الفقهاء العدالة بأنها شعور أكيد وعفوي بالصواب والخطأ، خاصة أنه يتجلى في تقدير حالة محددة.⁽⁴⁾ وعرفت أيضًا بأنها شعور كامن في النفس والضمير الإنساني

(1) هناك مصطلح آخر يتلزم على الدوام مع مصطلح العدالة، وهو مصطلح الإنصاف، حيث يتشابه تعريف هذا المصطلح بشكل كبير مع تعريف مصطلح العدالة، فهو توأمة الذي نجده مقترنا به على الدوام.

(2) أرسطو هو فيلسوف يوناني وتلميذ أفلاطون ومعلم الإسكندر الأكبر. وهو مؤسس مدرسة ليسيوم ومدرسة الفلسفة المشائية والتقاليد الأرسطية. وواحد من عظماء المفكرين. تغطي كتاباته مجالات عدة، منها: القانون والفيزياء والميتافيزيقيا والشعر والمسرح والموسيقى والمنطق والبلاغة واللغويات والسياسة والحكومة والأخلاقيات وعلم الأحياء وعلم الحيوان. كان لفلسفته وأفكاره تأثير فريد على نشأة القوانين وتطورها. انظر: جورج طرابيشي، معجم الفلاسفة، دار الطليعة، لبنان، 2006، ص 52 - 57.

(3) جعفر عبد السلام علي: العدالة والإنصاف في القانون الدولي، مركز البحوث والتنمية، جامعة الملك عبد العزيز، 1990، المملكة العربية السعودية، ص 21. عمورة رايح: دور مبادئ العدل والإنصاف في تسوية النزاعات الدولية، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة - جامعة المدية، المجلد 4، العدد 1، 2018، الجزائر، ص 3. سفيان القرجي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الجامعية 2011، ص 490.

(4) Hannecart, Zoé. Équité et bonne foi : outils d'humanisation du droit des obligations. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018. Prom. :Philippe Coppens. <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:15678> p. 18.

الحي المستتير ويكشف عنه العقل السليم والضمير الصائب ويهدف إلى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة مع مراعاة ظروفها وملابساتها. (1)

ولقد ميز الفلاسفة القدامى بين مفهوم العدل ومفهوم العدالة، (2) فالعدل هو المساواة المطلقة بين الأفراد سواء فيما يتقرر لهم من حقوق، أو ما يفرض عليهم من قيود، فالعدل يتسم بالعمومية

(1) أحمد أباش: التشريع المدرسي وأخلاقيات المهنة، جريدة الاستاذ للتربية والتعليم الإلكترونية، ص 15 . كتاب إلكتروني

على الموقع : <https://www.profpress.net/>

(2) ويعود التمييز بين هاتين الفكرتين الجوهريتين إلى فلاسفة اليونان القدماء وخاصة (أرسطو)، وكذلك يميز الفقه القانوني الحديث بينهما فيسمي العدل بـ (العدل الشكلي القانوني) والعدالة (العدل الجوهري، الإنصاف)، وترتبط فكرة العدل بالقاعدة القانونية، بينما ترتبط فكرة العدالة بالمعايير القانونية.

فالعدل عام ومجرد وشكلي، وهو يفيد معنى المساواة، وقوامه تنظيم وتعيين الحقوق والالتزامات والعقوبات لكل مركز ووضع قانوني معين، بواقع يسري على الجميع ولا يستثنى أحدا ممن هم في ذات الحالة القانونية، فالمثل يعامل كمثله، وغير المتساويين لا يقعون معاملة متساوية، ويتحقق ذلك من خلال قواعد قانونية عامة مجردة تطبق على الجميع بنزاهة وبدون محاباة، ويتنصر دور العدل الشكلي هنا على بيان أن الإجراءات كانت عادلة لأن أحدا لم يستثن أو يستبعد بشكل غير عادل من تطبيق القانون، مثلا لا فرق بين أم تسرق لإطعام أطفالها الجياع وبين من يسرق لإرضاء ملذاته وشهوته؛ لأن العدل القانوني يعتد بالوضع الغالب الظاهر لا بالوضع الداخلي الخاص للمخاطبين بحكمه. ولذلك شكك فلاسفة القانون في اعتبار العدل الشكلي وسيلة للحكم العادل بين إنسان وآخر؛ لأن الطبيعة العامة والمجردة للقاعدة القانونية تعني أنه لا يمكن إدراك كل حالة فردية بخصوصياتها، ولهذا فإن العدل الشكلي بما يحققه من مساواة شكلية قد يضغط على الحالة الفردية فتكون ضحية من ضحايا ذلك العدل الشكلي.

أما العدالة فتفيد معنى الإنصاف، فقد صور أرسطو أساس العدل العام في المساواة الذي توفره القاعدة القانونية، إلا أنه وضع يده على فكرة المعيار القانوني عندما لاحظ صعوبة تطبيق القاعدة القانونية على ما أسماه الحالات المستعصية، وهي تلك الحالات التي يؤدي تطبيق القاعدة القانونية عليها إلى نتائج ظالمة، فنبه إلى مصحح لجمود العدل القانوني، ألا وهو العدل الخاص، والعدل الخاص يعطيه أرسطو اسما خاصا هو (Equite) أي الإنصاف أو الملاءمة أو العدالة. وتعني (العدالة) في معناها الخاص، إيجاد معاملة خاصة للحالات الفردية الخاصة بالتخفيف من حدة وصرامة عمومية القاعدة القانونية، والعدالة بهذا المعنى، هي معيار لتثذيب عدم التناسق وعدم المساواة وإيجاد التوازن والتساوي بغية إصلاح ما هو ظالم وغير معقول حينما يطبق العدل القانوني المجرد .

ويقتصر هدف القانون على تحقيق العدل وليس تحقيق العدالة، فالعدل والعدالة كلاهما يقوم على المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة مجردة تعدد بالوضع الغالب دون اكتراث بتفاوت الظروف الخاصة بالناس، أما العدالة (الإنصاف) فتقوم على مساواة واقعية على أساس التماثل في الأحكام المنصرفة للحالات المتماثلة شروطها أو الأشخاص المتشابهة ظروفهم مع مراعاة البواعث الخاصة وتفاصيل الظروف. انظر : نجا حمير : نظرية العدالة عند جون رولز، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح – الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص 13-15. مصطفى فاضل كريم لخفاجي: فلسفة القانون عند (أرسطو)، مجلة بابل للدراسات الإنسانية، المجلد الرابع، العدد 2، العراق، 2014 ص 350 .

والتجريد؛ لأنه مساواة حسابية بين الأفراد، دون تفرقة بينهم لأي اعتبارات، أما العدالة فهي العدل مطبقاً على الحالات خاصة، أي أنها مكملة لفكرة العدل؛ لأنها تراعي الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة، فالعدل يتحقق عن طريق القواعد الجامدة، بينما العدالة تتحقق عن طريق القواعد المعيارية مثل مبدأ حسن النية. (1)

يرتبط مبدأ حسن النية بالعدالة ارتباطاً وثيقاً، إذ لا يفتأ حسن النية يبرز إلا ونجد العدالة قائمة تبرر حمايته وتوجب رعايته، وما من مقتضى يقتضيه حسن النية إلا وتجد العدالة تقره وتقوم عليه، ولا من مبدأ تقول به العدالة إلا ونجده مما يقتضيه حسن النية، ولا نجد حكماً تقرره العدالة إلا وأخذ في حسبه حسن النية، أو هو بالأقل يصادف في تطبيقاته اختلافاً في آثاره مناطه وصف النية بالسوء أو الحسن. (2) وتشتمل أغلب التشريعات أيضاً على المفهومين في آن واحد فمثلاً تنص المادة 127 من القانون المدني البحريني على أنه: " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، وتنص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية .. " ونص المادة 1194 منه على أنه: " لا تلزم العقود بما هو منصوص فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يعتبر من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون ". (3)

كما أن التتبع التاريخي لتطور مفهوم العدالة يكشف عن مدى تقارب حسن النية منه. فما أن تهذبت الأخلاق إلا وارتقى المستوى الفكري للمجتمع الإنساني، وبدأت النظرة إلى العدالة على أنها فكرة مجردة ومطلقة، وبدأت تعني في المعاملات المالية التعادل بين الأداءات المتعاقبة وضرورة تعويض المتضرر، فبدأت فكرة العدالة التبادلية تبرز متمثلة في إعطاء كل ذي حق حقه وأن يعوض الغير

(1) سمير قناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ط1، مصر، 1999، ص 54 .

(2) انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني: المرجع السابق، ص 321.

(3) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 80.

عما لحقه من ضرر، وبدت تسيطر على المعاملات المالية نزعات تهدف إلى تحقيق المساواة وأن يحترم كلمته، ويتعد عن الغش والخداع وتلك مقومات مبدأ حسن النية.⁽¹⁾ ولقد لعبت مبادئ العدالة دوراً مهماً في ظهور مبدأ حسن النية وتطوره عبر التاريخ، فقد اتخذت في مفهومها معانٍ أخلاقية محضة فبنى عليها الفقهاء كثيراً من الأفكار والمبادئ القانونية وأهمها مبدأ حسن النية، فمبدأ حسن النية يعتبر من أهم تطبيقات فكرة العدالة. فحسن النية يتضمن المعاني ذاتها للعدالة من تحريم الغش والتعسف والخداع، ووجوب إبرام وتنفيذ العقد وفقاً لما تقضي به العدالة وحسن النية والوفاء بالالتزامات المترتبة بصورة كاملة وغير منقوصة، ووجوب أن يبقى التعامل العقدي متوافراً وجواز تعديل الالتزام بسبب تغير الظروف، وأن يكون الباعث مشروعاً بحيث لا تتجه الإرادة لتحقيق أهداف غير مشروعة.

وقد كان لفكرتي العدالة وحسن النية دور مهم في تطوير أحكام القانون، حيث إنَّ الكثير من القواعد التي تحكم العقود تتبع من هاتين الفكرتين، فقد استعان الفقهاء بهما لتفسير وتطبيق القواعد القانونية، ومن آثار تطبيق مبادئ العدالة وحسن النية تخفيف آثار بعض النظم القانونية، فبعد أن كانت التصرفات القانونية لا تنتج آثارها إلا إذا أفرغت في قالب شكلي معين، أصبحت هذه التصرفات تنتج آثارها القانونية ولو لم تراعى الإجراءات الشكلية، وذلك وفق مبدأ حسن النية،⁽²⁾ فالقانون الروماني استعان بأفكار العدالة وحسن النية في سبيل تطويره، والتخلص من الشكلية والمراسيم في إجراء التصرفات القانونية، وحل محلها وجوب توافر الرضا وحسن النية في التعاقد،⁽³⁾ وعلى أساس العدالة وحسن النية أيضاً صاغ البريتور قانون الشعوب الذي أثر بدوره في القانون المدني.⁽⁴⁾ كما تركت مبادئ العدالة وحسن النية أثرهما في القوانين الحديثة بوصفها مبادئ تهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه ولتحكم العلاقات بين أفراد المجتمع، وتحقيق المساواة والقضاء على الغش والخداع

(1) انظر: أحمد إبراهيم حسن، طارق المجذوب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006، ص 223. صاحب عبيد الفتلاوي: تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 1998، ص 124.

(2) انظر: صاحب عبيد الفتلاوي: المرجع السابق، ص 124.

(3) انظر: أحمد إبراهيم حسن، طارق المجذوب: المرجع السابق، ص 239.

(4) المرجع السابق، ص 244.

وتعويض الأفراد عما يلحقهم من ضرر من جراء تصرفات الغير، وما إيراد هذه الأفكار على وجه الاجتماع كوسيلة تطوير للقوانين إلا دليل ارتباط العدالة وحسن النية ارتباط مفهوم وارتباط تطبيق. كما أن هناك الكثير من أوجه الشبه بين المفهومين منها:

أولاً: الوجه الأخلاقي:

كما رأينا أن للعدالة وحسن النية دلالة أخلاقية بارزة، تسمح هذه المفاهيم بإدخال الأخلاق في الأنظمة القانونية بدلاً من وجود قواعد قانونية وضعها المشرع وتطبيقها بطريقة آلية بحتة من قبل القضاة، فهي الأدوات التي تتيح للقاضي تبرير حكمه ليس فقط في ضوء النصوص التشريعية، ولكن أيضًا وفقًا للقيم الأخلاقية المقبولة على نطاق واسع من قبل كل منا. وهكذا، بمساعدة هذه المفاهيم، يمكن للقاضي أن يحسم الخلافات التي تعرض عليه بالطريقة التي تبدو أكثر إنصافًا، والسعي لتحقيق أفضل توازن بين المصالح المتباينة للأطراف. (1)

ثانيًا: المحتوى المتغير لكل منهما:

يتميز كل من مفهومي العدالة وحسن النية بالمرونة والنسبية؛ لأنهما ينطبقان على الحالات الملموسة ولديهما مخططات غير واضحة، وبالتالي يختلف المعنى الذي يمكن للمرء أن يعطيه للعدالة وحسن النية وفقًا لظروف القضية ووفقًا للزمان والمكان، ووفقًا لقناعات القاضي الشخصية؛ مما يجعل تعريفها صعبًا للغاية ومرنة للغاية. (2) هذه النسبية والمرونة التي يتمتع بها كل من العدالة وحسن النية تمنح القاضي قدرًا كبيرًا من حرية تمكنه من استخدام هذه المفاهيم لحل النزاعات التي تعرض عليه بالطريقة التي تبدو أكثر إنصافًا والسعي لتحقيق أفضل توازن بين المصالح المتباينة للأطراف، وسد ثغرات القانون وحماية الاستقرار القانوني ومواجهة الظروف والوقائع الجديدة والتي

(1) Hannecart, Zoé. *Equité et bonne foi : outils d'humanisation du droit des obligations*, p. 31.

(2) "فكرة (العدالة) تتميز بصفتها النسبية وتغير مفاهيمها بتغير الزمان والمكان، فهي فكرة غير ثابتة ومحددة، وإنما هي شعور يختلف من بلد إلى بلد آخر، ومن شخص إلى آخر". عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، ص 173. محمد عبد العال: مبادئ القانون، مطبعة جامعة البحرين، ط1، 2003، البحرين، ص 145.

لم يتناولها المشرع بنص قانوني يعالجها، فيغطي بذلك غياب النص في بعض الحالات المستجدة.⁽¹⁾

ثالثاً: الشبه بينهما في الوظائف:

إنَّ المفهومين لهما نفس الدور العام: كلاهما يساهم في إدخال الأخلاق في العقد في القانون الوضعي مما يسمح لهم بتلطيف القانون عندما يكون غير عادل. بالإضافة إلى ذلك، يتم إعطاء المفهومين أدواراً خاصة متشابهة: للإكمال والتكليف، فالنصوص القانونية مهما اتسعت أحكامها لا تستطيع أن تغطي كل الجزئيات ولا الفرضيات ولا الحوادث التي تطرأ على المجتمع فتظهر هنا الحاجة إلى مبادئ العدالة وحسن النية. حيث تنص المادة 127 من القانون المدني البحريني على أنه: " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". وتقر المادة 1194 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بأنه: " لا تلزم العقود بما هو منصوص فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يعتبر من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون ".⁽²⁾ من خلال هذه النصوص يمكن للقاضي اعتماد قواعد العدالة أو حسن النية لسند النقص في العقود وتكملتها، لتحديد مضمون العقد ولتحديد الالتزامات الفرعية أو الثانوية عندما لا يحتوي العقد على الإيضاح الكافي حول موضوع العقد أو كان ذلك غائباً كلياً عن العقد. إنَّ الوظيفة التكميلية للعدالة وحسن النية تتيح إمكانية إضافة نفس الالتزامات إلى العقد، فمثلاً يستند القاضي أحياناً على العدالة، وأحياناً على حسن النية لتبرير إضافة الالتزام بالإعلام أو التعاون أو التحذير إلى العقد.

⁽¹⁾ انظر: مقني بن عمار: القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)،

رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص 224 وما بعدها.

⁽²⁾ ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 80.

أما بالنسبة للوظيفة التكميلية، ولما كان من الصعب للغاية على الأطراف تصور النتائج الكاملة التي يمكن أن تترتب على كل من البنود التعاقدية التي يتفقون عليها، ولذلك قد تنشأ ظروف يؤدي فيها التطبيق الصارم للالتزامات التعاقدية إلى حل غير عادل، وبالتالي فإن الوظيفة التكميلية للعدالة وحسن النية تسمح للقاضي في ظروف معينة بإعادة النظر في العقود والتخفيف من صرامة بعض البنود التعاقدية والتي قد يؤدي تنفيذها بحرفيتها إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها.

رابعاً: مفاهيم ذات غايات متشابهة:

إنَّ العدالة والنية يسعيان إلى ذات الغايات والأهداف، وهي غايات على درجة كبيرة من الأهمية، وتتناسب مع مكانتهما كمبادئ عامة، تتمحور حول فكرة إبقاء العقد والمتعاقدين ضمن إطار الشرعية والمشروعية بمعناها الواسع، وحماية المتعاقدين من الاحتيال والاستغلال والكتمان، مراعاة التوازن بين حقوق الأطراف، والحفاظ على مصالح الأفراد والصالح العام الأمر الذي ينعكس إيجاباً على الحياة الاقتصادية في المجتمع حيث تستقر المعاملات وتتحقق العدالة في العلاقات العقدية. هذا التقارب والتلازم بين حسن النية والعدالة جعل صعوبة في التمييز بين المفهومين؛ للترابط الوثيق بينهما، مما أثار خلافاً بين الفقهاء بهذا الخصوص، وخاصة أن العدالة بدورها مفهوماً غامضاً وغير واضح، فهو ليس فكرة مستقلة؛ لأن مضمونها يتغير حسب ظروف الزمان والمكان.⁽¹⁾ وبهذا الصدد ظهر اتجاهان، اتجاه يلحق مفهوم حسن النية بمفهوم العدالة، واتجاه آخر يرى استقلالية مفهوم العدالة عن مفهوم حسن النية.

الاتجاه الأول: ذهب فريق من الفقهاء إلى أن حسن النية هو العدالة، وأنهما شيء واحد فيساوي بينهما،⁽²⁾ وأنَّ القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالإنصاف، وأنَّ الإنصاف هو استحضار حسن النية، وأن حسن النية هو أحد العوامل التي تندمج مع فكرة العدالة لتمكن بصور

(1) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، ص 90 .

(2) Hannecart, Zoé. Équité et bonne foi : outils d'humanisation du droit des obligations. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018. Prom. :Philippe Coppens. <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:15678> p. 35.

أفضل من إعطاء كل ذي حق حقه، وتحقيق الإنصاف، وأن التنفيذ بحسن نية يبدو وكأنه من إحدائيات الإنصاف التي كرسها القانون .⁽¹⁾

الاتجاه الثاني: يميز أنصار هذا الاتجاه بين هذين المفهومين ويقررون بأن حسن النية ليس العدالة، وإنما هو مفهوم مستقل عن مفهوم العدالة، لكنهم اختلفوا حول العلاقة التي تربط بين المفهومين، فذهب جانب منهم إلى القول بأن حسن النية هو أداة لتحقيق العدالة، ووسيلة التعديل اللازمة لفكرة العدل، فالقانون عند وضعه من قبل المشرع وإن كان يحقق العدل، إلا أنه لا يحقق العدالة في جميع الحالات، فيعد مبدأ حسن النية بذلك نظراً لمرونته واتساع معناه وسيلة لتحقيق العدالة في نطاق العقود. وحسن النية بناء على هذا الرأي يعتبر جزءاً من العدالة، أي الأولى وسيلة والثانية غايتها.⁽²⁾

في حين يذهب آخرون إلى شمولية مفهوم حسن النية لمفهوم العدالة، فحسن النية حسب رأيهم مفهوم أشمل من مفهوم العدالة التي تعتبر بالمقارنة مع حسن النية مفهوماً محدوداً، ومنوطاً بها بوظائف محددة، ويعتبرون العدالة إحدى مظاهر حسن النية وجزءاً منه بمنطق الفرع للأصل.⁽³⁾ وحسب عدد آخر من الفقهاء فإن العلاقة بين حسن النية والعدالة هي علاقة تكامل لا علاقة تطابق، فقد اعتبر الفقيه دي لافرنج أن حسن النية هو المساعد التاريخي للإنصاف. ويقول ديبرو إنه: "يجب أن نصلح باسم حسن النية ونكمل باسم الإنصاف"،⁽⁴⁾ فالتصحيح والتنفيذ هو دور حسن النية، والتكملة هو دور العدالة.

ويرى العديد من الفقهاء أن المفهومين يختلفان على نطاق واسع، وأن هناك اختلافات جوهرية بين المفهومين، حيث إن العدالة تتعلق بمحتوى الالتزامات التعاقدية بينما يرتبط حسن النية أكثر بسلوك المتعاقدين ونوعية أداء هذه الالتزامات، فالعدالة تستخدم لتحديد الواجبات التي يتعين على الأطراف

⁽¹⁾ رأي الفقيه ديسانس DESSENS . أشار إليه: عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، ص 90 .

⁽²⁾ Hannecart, Zoé. Équité et bonne foi : outils d'humanisation du droit des obligations. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018. Prom. :Philippe Coppens. <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:15678> p. 36.

⁽³⁾ سفيان القرجي: واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، تونس، السنة الجامعية 2010 . 2011، ص 159-160 .

⁽⁴⁾ المرجع السابق: ص 160 .

القيام بها، على العكس من ذلك، لا يمكن لحسن النية إنشاء التزامات جديدة ولكن ببساطة تحديد الطريقة التي يتم بها أداء الالتزامات الحالية وبالتالي، سيكون للعدالة وظيفة تكميلية لن تكون لحسن النية، ولن يكون للعدالة هذا الدور التصحيحي، ويمكن أن تضيف فقط التزامات إلى العقد، وفقاً لما تم التعبير عنه فيه.⁽¹⁾

في رأينا، أنه توجد رابطة قوية بين المفهومين، وأنه لا توجد اختلافات حقيقية بين العدالة وحسن النية، فكل من المفهومين لهما دلالات أخلاقية واقتصادية تجعل من الممكن تحقيق نفس الآثار على نطاق واسع، من حيث إدخال الأخلاق في القانون والعقود، من أجل تكييفها مع الظروف الفردية وضمان التوازن بين مصالح الأطراف. كما يتيح كل من العدالة وحسن النية، في ظروف معينة، استكمال العقود وتصحيحها عندما ينشأ حل غير عادل من تطبيقها الحرفي.

وتسمح مرونة هذين المفهومين للقاضي بدمج العديد من المبادئ، فمن الناحية العملية يمكن أن يقدم كل من حسن النية والعدالة في كثير من الأحيان إجابات متشابهة لنفس القضايا، ونرى بأن مفهومي حسن النية والعدالة قابلان للتبادل أحياناً ولكنهما ليسا متطابقين، وبأن الحاجة إلى التمييز بين المفهومين مهم من الجانب القانوني وأمر نسبي للغاية من حيث الشكلي.

⁽¹⁾ Hanecart, Zoé. Équité et bonne foi : outils d'humanisation du droit des obligations. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018. Prom. : Philippe Coppens. <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:15678> p. 36.

المطلب الثاني

تمييز مبدأ حسن النية عن مفهوم النظام العام والآداب العامة

النظام العام ذو مفهوم غير واضح المعالم، ولم يضبط أي تعريف له إلى يومنا رغم شيوع هذا الاصطلاح في العديد من التشريعات ورغم ما لهذه الفكرة من أهمية بالغة في التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكتملة.⁽¹⁾

فليس من اليسير تحديد المقصود بالنظام العام؛ لأن هذه الفكرة غير ثابتة تتغير بتغير الزمان والمكان، فمن حيث الزمان نجد فكرة النظام العام تتطور في داخل المجتمع الواحد من زمن إلى زمن. ويكفي أن نقارن بين فكرة النظام العام التي سادت في ظل الفردية المتطرفة، وفكرة النظام العام بعد التطور الاقتصادي والصناعي الهائل في أواخر القرن التاسع عشر.⁽²⁾

كما يختلف مفهومه من مجتمع لآخر، فمضمونه في مجتمع رأسمالي يختلف عن مضمونه في مجتمع اشتراكي، وفي مجتمع يحظى الدين فيه بمكانة مرموقة لا تتخذ فكرة النظام العام نفس المضمون الذي تتخذه في مجتمع لا يولي الدين أهمية كبيرة، وعليه لا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان ومكان.⁽³⁾

(1) سمير عبد السيد تناغور: النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 89 .

(2) حبيب إبراهيم الخليل - المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 1983 ص8 .

(3) حسب المستشار بلون Pilon : البحث عن مفهوم للنظام العام معناه المشي على رمال رخوة.

Philippe Malaurie – les contrats contraires à l'ordre public économique édition 1953 p.(03

أشار إليه: يسمينة أسيا مندي: النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية

2008-2009 . ص6

وتضحى في سبيلها بالمصالح الفردية. ولهذا فحيث يسود المذهب الفردي يعظم سلطان إرادة الأفراد، فتكون القواعد الأمرة التي تقيد السلطان قليلة، أما حيث يسود المذهب الاشتراكي فيضعف سلطان الإرادة، بتعدد القواعد الأمرة التي تحد من سلطان الإرادة نتيجة تدخل الدولة.⁽¹⁾

ورغم صعوبة وضع تعريف دقيق لفكرة النظام العام، فقد أدلى الفقه بتعريفات عديدة لهذه الفكرة تدور في مجموعها حول مضمون واحد هو أن النظام العام هو مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها البنيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للمجتمع بحيث لا يتصور بقاء هذا البنيان سليما عند تخلف هذه الأسس.⁽²⁾ فالحفاظ على الأسس أو المبادئ التي يتألف منها النظام العام للمجتمع أمر ضروري لبقائه واستمراره، والمساس بها يؤدي إلى انهيار المجتمع وتصدهغه، لذلك كانت القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على هذه الأسس قواعد أمرة يلزم الأفراد، حاكما ومحكومين، بالإذعان لها، وليس لهم الاتفاق على ما يخالفها، فقواعد النظام العام يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، ويراد بالمصلحة العامة كل ما يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام، حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، لتعلق الأمر بأن المصلحة العامة تقدم على المصالح الخاصة وأن التشريعات القانونية تهدف لحماية المجتمع والمساواة والعدالة بين أفراد المجتمع.⁽³⁾

هناك ارتباط وثيق بين الأخلاق وفكرة النظام العام، وليس أدل على ذلك من فكرة الآداب العامة التي تمثل الجانب الأخلاقي للنظام العام لدرجة يصعب الفصل بينهما؛ لأنها قواعد خلقية تفرضها مصلحة المجتمع.⁽⁴⁾

(1) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، مصدر سابق، ص 77.

(2) محمد عبد العال: مبادئ القانون، ص 76.

(3) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، ص 76.

(4) انظر: جاك غستان: المطول في القانون المدني، ص 107. نجيب عبد الله نجيب الجبش: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2017، ص 49.

عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، ص 76.

والآداب هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين. وليس يقصد بالآداب كل قواعد الأخلاق، وإنما يقصد بها قدر من هذه القواعد يمثل الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة فهي عبارة عن الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة للمحافظة على المجتمع من الانحلال، بحيث يفرض على الجميع احترامها وعدم المساس بها. ⁽¹⁾ ولما كانت الآداب العامة كذلك، فإن القواعد القانونية التي تعلق بها لا يمكن أن تكون إلا أمره يمنع المشرع مخالفتها، لأن في مخالفتها مساس بالكيان الأخلاقي للمجتمع.

وعلى غرار مفهوم النظام العام نجد مفهوم الآداب العامة أيضًا غير محدد ويصعب الوصول إليه من الناحية النظرية وهو أيضًا نسبي يختلف من مجتمع لآخر، كما يختلف في داخل المجتمع الواحد باختلاف الأزمان.

ومن تطبيقات فكرة النظام العام والآداب العامة في المادة التعاقدية اشتراطها في سبب العقد ⁽²⁾ أو في كل شرط فيه ⁽³⁾ أو في موضوع بعض العقود المسماة. ⁽⁴⁾ ويقضي ببطالان العقد لمخالفته للنظام العام والآداب العامة وهذه التطبيقات لا تختلف عن صور حسن النية ومجال تدخلها في العقود خاصة إذا وجدنا لها أثرًا في تكوين العقد كشرط صحة الرضا إذ حتى لا يكون الرضا معيبًا استوجب التخلي عن التبرير وعن الإكراه وهي صور تدل على توفر حسن النية لدى المتعاقد. هناك تقارب بين مفهوم حسن النية ومفهوم النظام العام والآداب، فمرونة مبدأ حسن النية تجعله يمتزج بأفكار أخرى مرنة، ومن ثم إرجاع أسامه إلى هذه الأفكار، وهو يختلف باختلاف الأفراد واختلاف الأزمنة والأمكنة، ويختلف بحسب نظرة القاضي إليه، وهو في ذلك شبيه بمصطلحات

(1) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، ص 77 .

(2) تنص المادة (111) من القانون المدني البحريني على أنه: "يسقط العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب أو كان السبب مخالفًا للنظام العام أو الآداب".

(3) تنص المادة (110) من القانون المدني البحريني على أنه: "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان، إذا لم يكن ممنوعًا قانونًا أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب".

(4) تنص المادة (109) من القانون المدني البحريني على أنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب، وقع العقد باطلًا".

أخرى غامضة كمصطلح النظام العام، والسلوك المهيذب، الأخلاق الحميدة، لذلك يوجد من يربط حسن النية بالأخلاق، ويعرفه في العقد على أساس مفاهيم أخلاقية كالإخلاص، والصدق، والنزاهة، والاستقامة، والأمانة، والشرف، وهناك من يلحق مفهوم حسن النية بمفهوم لا يقل عنه ضبابية، فيلحقه بالنظام العام، ويوجد أيضا رأي آخر يعتبر إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده جدواه وقيمتة، وهو ما نبينه على النحو الآتي:

الرأي الأول: هنالك من يلحق مفهوم حسن النية بمفهوم النظام العام والآداب، باعتبارها الهدف الأسمى لوضع أي قاعدة قانونية، وهو من السعة بحيث يمكنه أن يستوعب مفهوم حسن النية.⁽¹⁾ وإن مبدأ حسن النية، في أصله مبدأ أخلاقي، ترجم كمبدأ قانوني لما له من فوائد كبيرة في ضبط سلوكيات المتعاقدين، وتحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية بينهم، لا سيما إذا تحجرت نصوص القانون أو تجمدت بنود العقد، وهذا يدل على العلاقة الوطيدة بين القانون والأخلاق.⁽²⁾ يقول العميد ريبير (Ripret) إنَّ مبدأ حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي.⁽³⁾

وقد اعتد المشرع الفرنسي بهذا الرأي واعتبر مبدأ حسن النية قاعدة من قواعد النظام العام في المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التي تنص على أنه: " يجب مراعاة حسن النية في التفاوض على العقود أو تكوينها أو تنفيذها. ويعد هذا الحكم من النظام العام ".⁽⁴⁾ الاتجاه الثاني: يقول البعض إنَّه إذا اعتبرنا أن حسن النية هو مبدأ قانوني فإنَّ حسن النية كمبدأ قانوني يكون مستمداً من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين وهو طبقاً ليس قاعدة بالمعنى الفني للقانون كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع أي أنَّ المبادئ العامة تعبر عن الفكرة السائدة للوجود وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئياً عن الأفكار التي

(1) انظر: د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، ص 89، 90.

(2) انظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ص 169-179.

(3) انظر: د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، ص 3.

(4) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص

تتضمنها هذه المبادئ، أي أن المشرع يستوجبها عند وضع التشريعات كما أنها تسهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام والآداب العامة والتي بدورها تقيد الحرية التعاقدية للأفراد. ⁽¹⁾ فكيف لهذا النظام العام والذي يستوحي من المبادئ العامة للقانون والتي هي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود أن يحتوي حسن النية كمبدأ قانوني ويكون مصدرًا لقوته وإلزاميته وكان هذا الاستيعاب لم يحصل وذلك يرجع بدون شك إلى التردد في جعل الجزاء القاسي المخصص للنظام العام في خدمة مفهوم حسن النية الذي لا يقل عنه ضبابية. ⁽²⁾ وعليه فلا يمكن إلحاق حسن النية كمبدأ قانوني بالنظام العام. ⁽³⁾

غير أن البعض الآخر يذهب إلى أن حسن النية له وصفان، فيوصف بأنه التزام قانوني، ويوصف بأنه قاعدة قانونية. ⁽⁴⁾ وكقاعدة قانونية هو من النظام العام والآداب، وهو قاعدة أمر لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها. غير أنه بوصفه التزامًا قانونيًا فإنه يختلف عن فكرة النظام العام والآداب من عدة نواح:

1- من حيث الجزاء: فجزاء مخالفة النظام العام والآداب هو البطلان في كل الحالات وفي جميع العقود، بينما جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية هو التعويض بالدرجة الأولى، ⁽⁵⁾ وقد يكون الجزاء هو بقاء العقد صحيحًا وليس إبطاله. ⁽⁶⁾ يقول جاك غستان: "عدم احترام مبدأ حسن النية يجب ألا يعيق التبادلات التي لا غنى عنها للعلاقات الاجتماعية وعليه الاعتماد على مبدأ حسن النية لدعم الترابط بين القانون والأخلاق فيعتمد القاضي على هذا المبدأ لغرض ديمومة العقد والإبقاء عليه، فبدلاً من أن يحكم القاضي بإبطال العقد بسبب وجود مغالطات في تنفيذه، إذ نجد التوجه اليوم في القوانين المقارنة وموقف القضاء هو الإبقاء على العقد عن طريق فرض جزاءات

⁽¹⁾ انظر: عبد المصنع موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، ص 89 - 90 .

⁽²⁾ المرجع السابق، ص 89 - 90 .

⁽³⁾ المرجع السابق، ص 90 .

⁽⁴⁾ شيرزاد عزيز سليمان: حسن النية في إبرام العقود، ص 212 .

⁽⁵⁾ المرجع السابق، ص 212 .

⁽⁶⁾ المرجع السابق، ص 212 .

بالاستناد إلى مبدأ حسن النية دون إلغاء العقد كفرض تعويض على التعسف في استعمال الحق أو منح النظرة الميسرة أو إلغاء البنود التعسفية " . (1)

2 - من حيث المصلحة التي يرمي القانون إلى حمايتها من خلالهما: يرمي القانون من خلال الالتزام بحسن النية المحافظة على المصالح الخاصة للطرف المقابل مباشرة، إذ الإخلال به من قبل طرف يؤدي إلى زعزعة مصالح الطرف الآخر، والنتيجة غير المباشرة للالتزام بمقتضيات حسن النية هو تحقيق المصلحة العامة. بينما الإخلال بالنظام العام والآداب العامة يؤدي إلى المساس بالمصالح العليا للمجتمع، المصلحة العامة بشكل مباشر. وإن كان هناك إخلال بالمصالح الخاصة لأحد الأفراد فإن الأمر يكون بشكل غير مباشر، إن كلاً من حسن النية وفكرة النظام العام يهدف إلى غرض معين يختلف عن الآخر، ولا يمكن الاستغناء عن إحدى الفكرتين بحجة وجود الأخرى، فكل منهما تعد آلية مستقلة من آليات تنظيم العلاقات التعاقدية. (2)

حسن النية في العقد لا تختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة من حيث إن كليهما يقتضي مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها، ويختلفان من حيث إن القانون من خلال حسن النية في العقد يرمي إلى تحقيق مصلحة مباشرة وأخرى غير مباشرة، فالمصلحة المباشرة هي تحقيق المصالح الخاصة للطرف المقابل في العقد؛ لأن الإخلال بالالتزام حسن النية من قبل المتعاقد يؤدي مباشرة إلى زعزعة مصالح المتعاقد الآخر والمصلحة غير المباشرة هي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.

إن مفهوم حسن النية قد يلتبس مع العديد من المصطلحات في المدلول أو المعنى إلا أنه في حقيقته يعطي معاني مختلفة ومستقلة عنها، وإن كانت هناك مساحات واسعة مشتركة بينهم لا يمكن إنكارها. ولعل هذا ما يميز مبدأ حسن النية عن غيره من المبادئ القانونية.

(1) انظر جاك غستان، المطول في القانون المدني، ص 261 - 270.

(2) شيرزاد عزيز سليمان: حسن النية في إبرام العقود، ص 213 .

الباب الثاني
المفهوم الحديث لمبدأ
حسن النية
وانعكاساته القانونية

الباب الثاني

المفهوم الحديث لمبدأ حسن النية وانعكاساته القانونية

نعرض في فصلين المبررات التي دعت المشرع الفرنسي إلى تطوير مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بوجه عام، ثم نعرض أهم الاصطلاحات التي تبناها المشرع الفرنسي في سبيل تطوير هذا المبدأ.

الفصل الأول

مبررات تحديث حسن النية في القانون الفرنسي

وضع المشرع الفرنسي نصب عينيه العديد من الاعتبارات التي دفعته إلى إجراء الإصلاحات التشريعية الواسعة والجوهرية على نظرية العقد بوجه عام، وهي اعتبارات ليست قانونية فحسب، وإنما سياسية واقتصادية أيضًا، بل إن الأمر تعدى هذا إلى أن ثمة ضرورات ثقافية وحضارية فرضت على المشرع الفرنسي أن يخطو هذه الخطوة، التي وإن جاءت متأخرة، إلا أنها أعادت إلى القانون الفرنسي الكثير من هيئته ومكانته التي كاد أن يفقدها. ويمكن القول إن التطوير التشريعي لمبدأ حسن النية في نظرية العقد في القانون الفرنسي، قد استند إلى مبررات عامة بإصلاح نظرية العقد بوجه عام، ومبررات خاصة بتعزيز مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي بوجه خاص، ونبين ذلك على الشكل التالي:

المبحث الأول: المبررات العامة لتطور مبدأ حسن النية.

المبحث الثاني: المبررات الخاصة لتطور مبدأ حسن النية.

المبحث الأول

المبررات العامة لتطور مبدأ حسن النية

ارتكز المشرع الفرنسي على عدة مبررات عامة لفرض الالتزام بحسن النية وإصلاحاته لنظرية العقد بوجه عام مستهدفا تعزيزها، ويأتي الأمن القانوني في صدارة هذه المبررات، من أجل تأكيد وضوح وتحديد القواعد القانونية، وتحديثها وتبسيطها، ومن ثم تقوية التنافسية التشريعية الذي يعكس عزم المشرع نحو استعادة القانون المدني الفرنسي لمكانته الرائدة بين التشريعات الحديثة والانسجام مع السياسة التشريعية في مجال العقود على المستويين الأوروبي والدولي، و مسايرة القانون الفرنسي لمقتضيات التجارة الدولية وجذب الاستثمارات الأجنبية، نعرض في مطلبين أهم هذه المبررات، حيث نتناول ضمان الأمن القانوني في المطلب الأول، ثم تقوية التنافسية التشريعية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

ضمان مبدأ الأمن القانوني

يعتبر الأمن القانوني مبدأ من مبادئ القانون الحديثة الذي يتوخى منه أن يعمل به، سواء كان تشريعاً أساسياً، أم عادياً، أم فرعياً، كلما كان واضحاً في قواعده، وسهل الفهم والاستيعاب من قبل المخاطبين، ومتوقعاً غير متسم بالإغفال أو العوار القانونيين، والأمن القانوني بصفة عامة مبدأ من مبادئ دولة القانون التي من سماتها الأساسية سيادة حكم القانون وفصل السلطات واستقلال القضاء، وضمان حماية ناجحة للحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات.

ولقد تزايد الاهتمام بهذا المبدأ، بفعل ما يعرفه العالم المعاصر من تطورات متلاحقة سواء على الصعيد الاقتصادي أم الاجتماعي أم السياسي، مما جعل عملية تحديث القوانين وتغييرها وتطويرها عملية مستمرة، فكثر القوانين وتعددت وضعفت جودتها، بشكل أصبحت معه هذه التحولات توحى بعدم الاستقرار في الحياة البشرية؛ فأصبح مبدأ الأمن القانوني في صلب اهتمام الدول بفضل ما يوفره هذا المبدأ من استقرار المراكز القانونية وتعزيز ثقة الأفراد بالتشريعات واستبعاد التغيرات المفاجئة في تطبيق القانون أو منع الاضطراب في مجال القانون بصفة عامة، لذلك شاع استخدام هذا المبدأ من أجل تقييم أي نظام قانوني أو قضائي معين أو عند نقد مسار وضع القاعدة القانونية سواء من طرف المشرع أم من قبل الاجتهاد القضائي فمبدأ الأمن القانوني شرط جوهري ومتطلب ضروري يتم من خلاله ضمان جودة القانون وصلاحيته للتطبيق وبما يحقق الأمن والاستقرار في المجتمع.

في عام 2016 قام المشرع الفرنسي بإجراء أهم وأوسع إصلاحات تشريعية عرفها القانون المدني الفرنسي منذ صدوره قبل ما يزيد على مائتي عام، وفي تصريح لرئيس الجمهورية الفرنسية في معرض حديثه عن دواعي إجراء هذه الإصلاحات، أكد أن الهاجس الأول في إقرار المرسوم رقم 131-2016 هو ضمان الأمن القانوني، ومن أجل الإحاطة بموضوع الأمن القانوني كمبرر من مبررات تعديل القانون المدني الفرنسي، سنتطرق في فرعين إلى مفهوم الأمن القانوني (فرع أول)، ثم تكريس الأمن القانوني في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 (فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم الأمن القانوني

يأتي الأمن القانون على رأس مبررات الإصلاح التي دفعت المشرع الفرنسي لإصلاح نظرية العقد بوجه عام، ومبدأ حسن النية خاصة، نتعرف في هذا الفرع على نشأة مبدأ الأمن القانوني في فرنسا، وتعريفه، ومفوماته، على النحو الآتي:

أولاً: نشأة مبدأ الأمن القانوني في فرنسا:

بداية ترسخ مبدأ الأمن القانوني في ألمانيا منذ ستينات القرن الماضي، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا سنة 1961 على دستورية المبدأ، حيث قررت أنه: " بالنسبة للمواطن، الأمن القانوني يتجلى قبل كل شيء في حماية الثقة، ومنذ ذلك التاريخ أصبحت هناك علاقة قوية بين الثقة العامة والأمن القانوني،⁽¹⁾ ثم تغطن القضاء الدولي الأوروبي إلى أهمية قيام مبدأ الأمن القانوني في التشريعات الوطنية الأوروبية، فتم الاعتراف به من قبل محكمة العدل للمجموعة

⁽¹⁾ Jean-François Boudet – La Caisse des dépôts et consignations--: histoire, statut, fonction. Les Logiques Juridiques, 2006, p. p. 27 et 28.

أشار إليه : عبد المجيد غميجة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الجزائر، 82 مارس 2008، ص 3 .

الأوروبية،⁽¹⁾ والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²⁾. فقد تواترت اجتهادات محكمة العدل للمجموعة الأوروبية ابتداء من ستينات القرن العشرين، في قرارها الصادر بتاريخ 22 مارس 1961،⁽³⁾ والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ سنة 1979 في قرارها الصادر في قضية Merck.⁽⁴⁾

(1) Cour de justice de Communauté européenne Cour de .

محكمة العدل للاتحاد الأوروبي أو محكمة العدل الأوروبية سابقًا، هي إحدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي السبع. تتألف من ثلاث محاكم: «محكمة العدل» و«المحكمة» و«محكمة الخدمة العامة». يقع مقر المحكمة والمحاكم المختلفة في لوكسمبورغ. تتكامل المحكمة بتطبيق قانون الاتحاد الأوروبي وتفسير موحد له لكل دول الاتحاد. ولتحقيق هذه الغاية، فإنها تقوم بمراقبة مشروعية أعمال المؤسسات وفق قواعد الاتحاد الأوروبي ومدى امتثال الدول الأعضاء لالتزاماتها بموجب المعاهدات. تفسر المحكمة أيضًا قانون الاتحاد الأوروبي بناء على طلب من المحاكم الوطنية. ar.wikipedia.org

(2) Cour européenne des droits de l'Homme.

المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هي محكمة فوق وطنية تأسست في سنة 1959 بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وتعنى بدراسة الشكاوى المقدمة إليها بأن إحدى الدول الأعضاء تخرق حقوق الإنسان المنصوص عليها في الاتفاقية وبروتوكولاتها، ويمكن أن يتقدم بالشكاوى الأفراد أو الدول الأعضاء فيها. وتجدر الإشارة إلى أنه تم تبني الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان برعاية مجلس أوروبا، وجميع أعضائه السبعة والأربعين أطراف في هذه الاتفاقية. والمحكمة ليست جزءًا من الاتحاد الأوروبي. www.echr.coe.int

(3) مصطفى بن شريف، الأمن القانوني والأمن القضائي، جريدة هسبريس، جريدة إلكترونية مغربية، 8 مارس 2013، www.hespress.com.

أيضًا في قضية Bosch بتاريخ 4 أبريل 1962، وفي قضية Dürbeck بتاريخ 5 مايو 1981. أشار إليه: عبد المجيد غميحة: المرجع السابق، ص 3.

(4) CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, série A. n°31, §58.

وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، على أن القانون يجب أن يكون متوقعًا، وسهل الولوج (Prévisible et accessible). مصطفى بن شريف، الأمن القانوني والأمن القضائي، جريدة هسبريس جريدة إلكترونية مغربية، 8 مارس 2013، www.hespress.com.

وأيضًا في قضية Sunday Times بتاريخ 26 أبريل 1979. أشار إليه: عبد المجيد غميحة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، ص 3.

وعليه فقد اعتبر القاضي الأوروبي أنَّ الأمن القانوني مبدأ من المبادئ الأساسية التي يجب أن تتوفر في القانون الأوروبي، رغم أنَّ قانون المجموعة الأوروبية والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم يرد فيهما ما يفيد على أنَّ مبدأ الأمن القانوني مبدأ ملزم لدول الاتحاد الأوروبي في تشريعاتها. ويعتبر الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المصدر الرئيسي للمؤسس لمبدأ الأمن القانوني في التشريعات الوطنية الأوروبية،⁽¹⁾ فأمام تشديد القضاء الأوروبي على مبدأ الأمن القانوني، تم القبول بهذا المبدأ في العمل القضائي في كل من سويسرا وهولندا،⁽²⁾ والبرتغال،⁽³⁾ كما اعتبره الدستور الإسباني لسنة 1978 مبدأ دستورياً⁽⁴⁾.

(1) للمزيد حول تكريس محكمة العدل للمجموعة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لمبدأ الأمن القانوني انظر: محمد محمد عبداللطيف: الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد 36، مصر، 2004، ص 91 وما بعدها. حامد شاكر محمود الطائي: العنول في الاجتهاد القضائي: دراسة قانونية تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 121.

(2) Manuel DELAMARRE. « La sécurité juridique et le juge administratif français, A.J.D.A, 2004, p.186

أشار إليه: مصطفى بن رشيد: الأمن القانوني والأمن القضائي. مقال منشور على مجلة المختبر القانوني الإلكتروني،

www.labodroit.com

(3) إنَّ الفقه والاجتهاد الدستوري بالبرتغال يذهبان إلى أنَّ الأمن القانوني ينبع حتماً من فكرة دولة القانون الديمقراطية ومن ثمَّ يعتبر مقراً بالدستور تأسيساً على ضرورة احترام موثوقية وأمانة العلاقات وحقوق الأفراد والجماعات باعتبار أنَّ الأمن قيمة يخدمها القانون وهو ما يشكل منبع ثقة المواطنين والحماية القانونية ". عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 9 . محمد محمد عبداللطيف: المرجع السابق، ص 90 .

(4) الدستور الإسباني في الفصل 9 الفقرة 3 أكد على أنَّ: الدستور يضمن مبدأ الشرعية، و تناسق القواعد القانونية، ونشرها، وعدم رجعية المقتضيات العقابية التي ليست لصالح الأفراد أو كونها تحد من حقوقهم، أو الأمن القانوني ومسئولية السلطات العمومية ويحمي جميع هذه المبادئ من أي عمل تحكيمي". عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 9 . محمد محمد عبداللطيف: المرجع السابق، ص 90 .

وفي فرنسا فعلى الرغم من أهمية مبدأ الأمن القانوني إلا أنه لم يرد في أي نص قانوني سواء الدستور 1958، أو تشريعاتها العادية، إلا أن فرنسا بدورها تأثرت باجتهادات القضاء الأوروبي والألماني المتعلقة بمبدأ الأمن القانوني، وهو ما دفع بالمجلس الدستوري إلى الاعتراف بالمبدأ وبشكل متدرج ضمن قراراته بتأكيد المتواتر على أن القوانين يجب أن تكون واضحة في معانيها، وأن تكون متوقعة ومعيارية، وغير متسمة بالرجعية، أو بالإغفال القانوني.⁽¹⁾ ومحكمة النقض الفرنسية بدورها لم تخرج عن توجه المجلس الدستوري. يسجل لمجلس الدولة الفرنسي أنه كان أكثر شجاعة وجراً من المجلس الدستوري ومن محكمة النقض، الذي أكد صراحة في قراره المؤرخ في 2006/03/12، على مبدأ الأمن القانوني،⁽²⁾ معتبراً بأن الأمن حق من حقوق الإنسان، وعلى مطبقي القانون الحفاظ على الأمن العام والخاص لكل شخص، ويفهم من ذلك بأن مجلس الدولة استند إلى مبدأ دستوري في إعلان الحقوق والمواطن لسنة 1789 الذي أكد في المادة 2 منه بأن الأمن من الحقوق الطبيعية للفرنسيين وغير قابلة لأي مساس.⁽³⁾ وفي تقرير لمجلس الدولة الفرنسي

⁽¹⁾ انقضى قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 2005/12/29، أكد على أهمية الولوجية والوضوح في القواعد

القانونية. وهو ذات ما أكدت عليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. مصطفى بن شريف: الأمن القانوني والأمن

القضائي، مجلة المختبر القانوني، مجلة إلكترونية، www.labodroit.com

للمزيد حول موقف المجلس الدستوري الفرنسي انظر أيضاً: عبد المجيد غميحة: المرجع السابق، ص 10 إلى 12 . بوغزاوي بو جمعة: الأمن القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 111، المغرب، 2013، ص 24 . محمد محمد عبد اللطيف: المرجع السابق، ص 94 وما بعدها . عبد الرحمن اللمتوني: الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، العدد 46، المغرب، 2014، ص 8 وما بعدها.

⁽²⁾ Cass. Soc., 2 mai 2000, n°97-45323, Cass. com., 6 décembre 2005, n°04-19.541.

أشار إليه: مصطفى بن رشيد: الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة المختبر القانوني، مجلة إلكترونية، www.labodroit.com.

⁽³⁾ CE, Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres ; CE, Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Signalisation.

Travaux: Le Conseil d'Etat pratique la modulation des effets dans le temps d'un revirement jurisprudentiel « eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté

أشار إلى " إن القوانين قد تشكل مصدرًا لعدم الأمن القانوني عندما تكون متضخمة خاصة عندما نكون أمام نصوص قانونية رديئة، إصدار قوانين تتسم بالرجعية تشكل إحدى أسباب الأمن القانوني وهذا ما يخالف مقتضيات المادة 2 من القانون المدني الفرنسي".⁽¹⁾

أما المشرع الفرنسي فقد جعل ضمان مبدأ الأمن القانوني رأس ركائز الإصلاحات والتعديلات التي قام بها في القانون المدني الفرنسي لعام 1804، ففي تقرير مهم رفع إلى رئيس الجمهورية، يتعلق بمرسوم 131-2016، يبين الفلسفة التي أرادها المشرع الفرنسي من هذه التعديلات المهمة، ومنها سعي المشرع الفرنسي إلى ضمان الأمن القانوني وتعزيز الفعالية القانونية.⁽²⁾

في مصر نجد أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أشارت إلى مبدأ الأمن القانوني في العديد من أحكامها، مؤكدة أن السلطة التشريعية تلتزم دستوريًا بمراعاة فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد. وقد ظهرت فكرة الأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتبارها أساسًا استندت إليه المحكمة في تقييد الأثر الرجعي لبعض التشريعات في غير المجال الجنائي، فقد قررت

une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision ».

أشار إليه: مصطفى بن رشيد: الأمن القانوني والأمن القضائي. مجلة المختبر القانوني، مجلة إلكترونية، www.labodroit.com.

⁽¹⁾ العبارة بين قوسين مأخوذة حرفياً من : مصطفى بن رشيد: الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة المختبر القانوني،

مجلة إلكترونية، www.labodroit.com. انظر أيضاً: محمد محمد عبداللطيف: المرجع السابق، ص 93 وما بعدها.

⁽²⁾

Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n°

2016-131 du 10 février 2016 . www.tribunauxdecommerce.fr

المحكمة أن تطبيق بعض النصوص بأثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز التي تسمح بها المبادئ الدستورية.⁽¹⁾

ثانيًا: تعريف الأمن القانوني:

إنَّ مصطلح الأمن القانوني هو مصطلح يصعب تحديد تعريف جامع ومانع له على أساس أنه مصطلح متعدد المظاهر والتطبيقات ومتشعب المعاني وواسع الدلالات فضلًا عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات،⁽²⁾ إذ لا يمكن سوى التحقق من وجوده في ظروف معينة وليس تعريفه بصفة مجردة.⁽³⁾ ولذا فغالبًا ما يعبر عن هذا المبدأ بتعابير تتمحور حول مبادئ وحقوق محددة مثل، عدم رجعية القواعد القانونية، والآثار الملزمة لاتفاقات الأطراف، حماية مبدأ الثقة المشروعة، احترام حجية الشيء المقضي، احترام حرية التعاقد، وحماية الحقوق المكتسبة.⁽⁴⁾ إنَّ استعمال مثل هذه الصيغ يتم لتلافي التطرق لتعريف مبدأ الأمن القانوني وتحديد، وبدلًا مثلًا عدم الاستعمال الصريح لعبارة الأمن القانوني في بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية، كما أنَّ المجلس الدستوري الفرنسي يحمي مبدأ الأمن القانوني دون ذكره صراحة.⁽⁵⁾

على الرغم من صعوبة الوصول إلى تعريف جامع مانع لمبدأ الأمن القانوني ليس باليسير، إلا أنَّ الأمر لم يخلُ من محاولات الفقه والقضاء، في تحديد معناه، فيعرفه بعض الفقه بأنه: معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح، إذ يمكنهم من معرفة مآلهم وما عليهم من حقوق وواجبات، وهو ما يتيح لهم التصرف باطمئنان استنادًا إليها دون خوف أو قلق من نتائج

(1) أحمد عبد الظاهر: الأمن القانوني كقيمة دستورية، جامعة القاهرة، مصر، مقال منشور على

موقع: www.kenanaonline.com بتاريخ 2009/12/31. للمزيد حول موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر

انظر: محمد محمد عبد اللطيف: المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

(2) حامد شاكر محمود الطائي: المرجع السابق، ص 121.

(3) عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 3.

(4) انظر: عبد الرحمن اللمتوني: المرجع السابق، ص 11. عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 4.

(5) عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 4.

هذا التصرف.⁽¹⁾ وعرف أيضًا على أنه: " الفعالية المثلى لقانون يمكن الوصول إليه وفهمه، والذي يسمح لأشخاص القانون بأن يتوقعوا بدرجة معقولة الآثار القانونية لتصرفاتهم ويحترم التوقعات المشروعة المبنية مسبقًا من قبلهم، وبذلك يعزز تحقيقها".⁽²⁾

كما يعرف بأنه وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحدًا أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما إذا كانت أشخاصًا قانونية عامة أو خاصة بحيث يستطيع الأشخاص ترتيب أوضاعهم وفقًا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون التعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها هدم ركن الاستقرار أو زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها.⁽³⁾

أما القضاء فقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لتعريف الأمن القانوني بأنه مبدأ يقتضي أن يكون المواطنون دون كبير عناء في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق

⁽¹⁾ وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 49 . انظر أيضًا: حامد شاكر محمود الطائي: المرجع السابق، ص 122.

⁽²⁾ Piazzon Thomas , La sécurité juridique . thèse,Défrénois , coll doctorat et notariat,T.35.2009.p.62.

"la sécurité juridique est l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible ,qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridique de leurs actes ou comportements et qui respecte les prévisions légitimes déjà baties par les sujets de droit dont il favorise la realization.

أشار إليه: صبرينة بوزيد: قانون المنافسة: لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني ؟، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي 45، الجزائر، 2016، ص 5 .

⁽³⁾ يسري محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، العدد 3، السنة 1، مصر، 2003، ص 51 . أشار إليه: حامد شاكر محمود الطائي: المرجع السابق، ص 123 .

وللوصول إلى هذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، ومفهومة وإلا تخضع في الزمان إلى تغيرات متكررة أو غير متوقعة.⁽¹⁾

من التعريفات السابقة ربط مبدأ الأمن القانوني بفكرة استقرار المراكز واستبعاد التغيرات المفاجئة في تطبيق القانون أو بصفة عامة منع الاضطراب في عالم القانون، كما أن هذه التعاريف تبرز مدى أهمية مبدأ الأمن القانوني وأنه غاية محورية لكل نظام قانوني، ومطلباً أساسياً لدولة القانون.

ثالثاً: شروط الأمن القانوني:

يرى بعض الفقه أن مبدأ الأمن القانوني يتطلب وجود طائفتين من الشروط، فالطائفة الأولى تهدف إلى ضمان استقرار المراكز أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان، أما الطائفة الثانية، فهي تخلق لدى الناس فكرة اليقين في القواعد القانونية، وتشمل الوضوح والتحديد للقواعد القانونية في قرارات السلطات العامة، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات.⁽²⁾ والواقع أن الأمن القانوني يمكن أن يتحقق من خلال عدة أمور جوهرية نذكر منها بشكل خاص:

1- العلم بالقاعدة القانونية وإمكانية الوصول إليها: فيجب على الدول الاهتمام بنشر النصوص السارية المفعول، سواء منها التشريعية أم التنظيمية، بحيث يستطيع الأفراد العلم والوصول إلى القاعدة القانونية التي تنظم نشاطاً معيناً من الأنشطة التي تمارس في المجتمع، وهذا يتقدم النظام القانوني اللاتيني ويتميز عن نظيره الإنجلوسكسوني، حيث يقوم الأخير على نظرية السوابق القضائية، بينما يقوم الأول على مجموعة القواعد القانونية المكتوبة.⁽³⁾

القرار العام لمجلس الدولة الفرنسي الصادر في 2006،⁽¹⁾

Rapport public du Conseil detat 2006 – paris , la documentation francaise . 2006 .

www.conseil-contitutionnel.fr

انظر أيضاً: حامد شاكر محمود الطائي: المرجع السابق، ص 123 . عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 7 .
عبدالرحمن اللمتوني: المرجع السابق، ص 12 .

(2) محمد محمد عبداللطيف: المرجع السابق، ص 95 .

(3) لزمزيد انظر : صبرينة بوزيد: المرجع السابق، ص 7 و ما بعدها .

2- وضوح القانون وإمكانية فهمه أو القابلية لفهمه: ومثل هذا الفهم يعتمد على مدى حسن الصياغة التشريعية⁽¹⁾، فحتى يتحقق الأمن القانوني ينبغي العمل على صياغة القاعدة القانونية بطريقة تتسم بالدقة والبساطة والوضوح،⁽²⁾ حتى يتمكن الأفراد من فهم القانون والتعرف بسهولة على مضمونه والامتثال لأوامره، فاستخدام المشرع اللغة المعقدة والغامضة في صياغة القانون التي تثير الخلاف والاضطراب في المعاملات يتنافى مع الأمن القانوني.⁽³⁾ ولا ينبغي أن تقتصر سمة الدقة والوضوح على العبارات فقط، بل يجب أن تمتد إلى المصطلحات القانونية المستعملة.⁽⁴⁾

كما أنه ينبغي عند صياغة القانون اعتماد أسلوب يخلق نصوصاً واضحة الدلالة لا تحتمل التأويل، وعليه يفضل اللجوء قدر الإمكان إلى الصياغة الجامدة التي مقتضاها يتم التعبير عن مضمون القاعدة القانونية فرضاً وحكما بطريقة محكمة لا مجال للتقدير في فهمها، بحيث لا

(1) يطلق فقهاء القانون على عملية الصياغة التشريعية مصطلح "الفن التشريعي" باعتبار أنها مهنة تقوم إيجابياً بتحويل القيم والمبادئ والمثل العليا في المجتمع وصياغتها في قالب فني لتحويلها إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق. فالصياغة التشريعية هي عبارة عن مجمل المعارف والأساليب المستخدمة لصياغة القوانين والأنظمة. لبيت كمال نصرأوين: متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، الجزء الأول، السنة 5، 2017، ص 388 .

(2) للمزيد حول إعداد النصوص القانونية انظر: بوحميدة عطاء الله، النصوص القانونية من الإعداد إلى التنفيذ، ديوان المطبوعات الجماعية، الجزائر، 2008 .

(3) تعقيد القوانين ظاهرة نبه إليها تقرير الحكومة الفرنسية 2003:

" La complexité croissante de notre droit est devenue une source majeure de fragilité pour notre société et notre économie... Elle peut détruire la lisibilité des décisions prises par le gouvernement et le parlement et ainsi conduire les français a douter de efficacité de la decision politique "

للمزيد انظر: بغزاوي بوجمعة: الأمن القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 111، 2013، ص 13، هامش 2 .

(4) للمزيد انظر: علي الحنودي: الأمن القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 96، المغرب، 2011

ص 120 . بغزاوي بوجمعة: المرجع السابق، ص 13 .

تحتمل إلا المعنى الوحيد الذي دلت عليه عبارة النص،⁽¹⁾ وهذه الطريقة تتميز بأنها تحقق العدل المجرد من خلال توحيد الحكم على جميع الأفراد في الفئة التي يخاطبها القانون كما تتميز بالوضوح والتحديد، أضف إلى تحقيقها استقرار القانون، وبالمقابل فإن الصياغة المرنة تؤدي إلى التعبير عن القاعدة القانونية فرضاً أو حكماً أو أحدهما بطريقة معيارية مما يفسح مجالاً واسعاً للحكم والاختلاف وتمكن القضاء من أن يكون له دورٌ تقديريٌ وتحكمي واسع وهو ما يصعب على الأفراد توقع النتائج وتحديد السلوك المستقبلي مما يتعارض مع اعتبارات الأمن القانوني.⁽²⁾ وفي ذلك أيضاً تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية إن: "النصوص العقابية لا يجوز من خلال انفلات عبارتها أو تعدد تأويلاتها أو انتفاء التحديد الجازم بضوابط تطبيقها أن تعرقل حقوقاً كفلها الدستور، ويجب ألا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بإخفائها المتهمين المحتملين ليكون تصنيفهم وتقرير من يجوز احتجازه من بينهم عبئاً على السلطة القضائية لتحل إرادتها بعدئذ محل إرادة السلطة التشريعية، وهو ما لا يجوز أن تنزلق إليه القوانين القضائية باعتبار أن ما ينبغي أن يعينها هو أن تحدد بصورة جلية مختلف مظاهر السلوك بما يكفل دوماً ألا تكون هذه القوانين مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية بل ضماناً لفاعلية ممارستها".⁽³⁾

(1) تقسم الصياغة التشريعية إلى صياغة جامدة وصياغة مرنة، ويقصد بالصياغة الجامدة التعبير عن حكم القانون بالفاظ وعبارات لا تحتل التقدير كونها لا تترك للقائم على تطبيق القانون مجالاً رجباً عند تطبيقه، فهي تتمثل في التعبير عن الالتزام القانوني بطريقة قاطعة ومحددة لا تحتل الشك والتأويل، وتعطي ثباتاً للنص القانوني. أما الصياغة المرنة، فيقصد بها التعبير عن حكم القانون بالفاظ وعبارات واسعة المعنى تسمح بتغيير الطول تبعاً للظروف والأحوال ولما يقدره القائم على تطبيق القانون، فهي التعبير عن التزام قانوني بعبارات مرنة تستخدم لتحديد صفات أو شروط أو عناصر للحق المعالج في القانون، يختلف مدلول هذه العبارات باختلاف ما يندرج تحتها. انظر: ليث كمال نصرأوين: المرجع السابق ص 392 و ما بعدها.

(2) محمد حسين منصور: نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية مصادر القانون وتطبيقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 223.

(3) جلسة 1994/10/1م، في القضية رقم 20 لسنة 15 قضائية دستورية.

3- تحقيق الاستقرار القانوني: ويعني استقرار التشريع بحيث لا يفاجأ الفرد بتعديل التشريع بشكل متكرر ومبعضر، وتغيرات وتحولات في طريقة المعالجة القانونية لأي قضية من القضايا التي تمسه، ولذا يشترط في التشريعات المنظمة لشئى ميادين النشاط الإنساني، نوعاً من الثبات والاستقرار وليس التعديل الدائم مما يؤثر على استقرار الأوضاع،⁽¹⁾ وهو ما يوجب على المشرع أن يضع القوانين بعد الدراسة المستفيضة، وأن تكون لديه فكرة واضحة عن المراكز القانونية ليس في الحاضر فقط، وإنما في المستقبل أيضاً، مما يترتب عليه استبعاد خطر عدم الاستقرار وانعكاسات التغيير المفاجئ للقاعدة القانونية على الحقوق وحريات الأفراد.

فالنجاح الحقيقي لأي قانون يكمن في توفير الاستقرار القانوني للقوانين، مما يؤدي إلى المحافظة على استقرار المراكز القانونية، وقدرة الأفراد على توقع الأمور مقدماً، و يمكنهم بالتالي من رسم و تخطيط العلاقات القانونية المستقبلية، والعلم مسبقاً بالنتائج التي تترتب على ما يقومون به من أفعال، فمن يرتكب فعلاً غير مشروع يعلم حدود مسئوليته، ومن يبرم عقداً يعلم سلفاً النظام القانوني الذي سيخضع له في المستقبل، فاهتزاز استقرار العلاقات القانونية يؤدي بالتبعية إلى اهتزاز صورة القانون في أعين المخاطبين به، ولهذا كان الأمن القانوني أحد العناصر الأساسية في دولة القانون.⁽²⁾

الاستقرار القانوني لا يعني الجمود وعدم تعديل القوانين، بل إنَّ الجمود وعدم التغير يعد مظهرًا لعدم الأمن القانوني، وإنما المقصود هو ألا يكون مجال تطور القانون وتعديله ميداناً للمفاجآت والصدمات، فالقانون يجب أن يتلاءم مع الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية وأن يتطور باستمرار مع هذه الاحتياجات لتحقيق الأمن القانوني أو الاستقرار القانوني.⁽³⁾ فاستمرار قوانين بالية لا تتفق مع العصر واحتياجاته يصعب احترامها، ويعتبر مظهرًا من مظاهر عدم الأمن القانوني أو عدم الاستقرار القانوني بما يخلقه من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد لا يعرف تنظيمًا قانونيًا سليمًا، فالأمن القانوني أو الاستقرار القانوني يعني الملاءمة المستمرة بين أحكام القانون

⁽¹⁾ يعاب على أغلب القوانين في المجال الاقتصادي غياب الأمن القانوني نتيجة تغييرها المتكرر. انظر: عبد المجيد

غميلة: المرجع السابق، ص 1.

⁽²⁾ للمزيد انظر: علي الحنودي: المرجع السابق، ص 119 .

⁽³⁾ انظر: بغراوي بوجمعة: المرجع السابق، ص 14 . أحمد البراك: مبدأ الأمن القانوني. بحث منشور على موقع الدكتور

أحمد البراك، www.ahmadbarak.ps.

واحتياجات المجتمع.⁽¹⁾ كما أن تحقيق الاستقرار القانوني يتطلب تطور المفاهيم القانونية وتفاعلها مع احتياجات العصر، مثل مفهوم الملكية الفكرية ومفهوم التعاقد الإلكتروني الناتج عن الثورة المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة.

احترام التوقعات المشروعة للأفراد: إن فكرة التوقع المشروع مطلب من متطلبات الأمن القانوني ومعناه التزام السلطات العامة في الدولة بعدم مفاجأة الأفراد بتصرفات مباغته على نحو لم يتوقعه الأفراد ومن شأنها زعزعة الثقة المشروعة للمعنيين بالقانون العصف بها، ونقصد بهذه التصرفات التغيرات المفاجئة للقوانين واللوائح. فالقواعد العامة المجردة التي تصدر عن السلطة التشريعية في صورة قوانين أو عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح إدارية يجب أن لا تصدر بطريقة فجائية مباغته، تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد، والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة على هدى من السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة، والوعود والتأكيدات الصادرة عنها⁽²⁾.

كما يجب على المشرع عند إصدار نصوص تشريعية جديدة مخالفة لما هو معمول به أو نصوص تنظم علاقات لم تكن منظمة من قبل أو عند تعديل بعض القواعد القانونية القديمة أن يتدرج في تطبيق ذلك عبر مراحل وأن يسبقها إجراءات وتمهيدات تحمي توقعات المخاطبين بها حتى لا يفاجؤوا ويؤدي بهم إلى عدم تقبلها أو تهدم توقعاتهم المشروعة، ويترك الفرصة للمخاطبين بها لتعديل توقعاتهم المشروعة وفق هذه القواعد الجديدة أو المعدلة لسابقتها.

وحفاظاً على الثقة المشروعة للأفراد في القواعد القانونية فيجب أن تكون هذه الأخيرة واضحة لا لبس فيها ولا غموض، كما يجب أن يتوافر لها نوع من الثبات النسبي في الزمن مما يمكن الأفراد الموجهة لهم من بناء توقعاتهم المشروعة بأمان، وترتيب أوضاعها وفقاً للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتهم لأعمالها، دون أن يتعرضوا لمفاجآت أو أعمال لم تكن في الحسبان، مما يؤدي

(1) انظر: حازم البيلالي: الاستقرار القانوني، بحث منشور على موقع الدكتور حازم البيلالي، 2004/3/4.

www.hazembelawi.com.

(2) انظر: صابرينه بوزيد: المرجع السابق، ص 33 وما بعدها، عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 2. أحمد البراك:

مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور على موقع الدكتور أحمد البراك: www.ahmadbarak.ps. بواب بن عمر: الحق في

التوقع المشروع كأحد ركائز الأمن القانوني، بحث منشور على موقع مجلة الدراسات الحقوقية، مجلة إلكترونية، 2014،

ص 57. www.asjp.cerist.dz.

لاستقرار العلاقات القانونية وإشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية واحترام حقوقهم المكتسبة، وتعزيز ثقة الأفراد في الدولة وقوانينها.

وتعتبر فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد من الأفكار الحديثة في القوانين الأوروبية، وتتمتع بقيمة دستورية استناداً إلى المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789م. بل إن مؤسسات الاتحاد الأوروبي ألزمت الحكومات بتطبيق هذه القاعدة في كافة التشريعات واللوائح التي تصدرها، باعتبارها من المبادئ القانونية الأساسية الملزمة على مستوى القارة الأوروبية ضماناً لحقوق الأفراد.⁽¹⁾

لقد استقر قضاء المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية على أن: " مبدأ الأمن القانوني يعني بالنسبة للمواطن في المقام الأول حماية الثقة المشروعة".⁽²⁾ كما اعترف مجلس الدولة الفرنسي في قرار KPMG سنة 2006 صراحة بالثقة المشروعة كمبدأ قانوني، معتبراً أن مبدأ الثقة المشروعة يشكل الطرح الشخصي لمبدأ الأمن القانوني، بمعنى أن للمواطنين حقاً مكتسباً في الاحتفاظ بوضعياتهم⁽³⁾ وأكد المجلس الدستوري الفرنسي اعترافه بحماية الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، في قراره بخصوص دستورية قانون تمويل الضمان الاجتماعي لسنة 2013.⁽⁴⁾

كذلك نجد أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أشارت إلى مبدأ الأمن القانوني في العديد من أحكامها، مؤكدة أن السلطة التشريعية تلتزم دستورياً بمراعاة فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد، حيث لجأت المحكمة الدستورية العليا إلى فكرة الثقة المشروعة لتقييد سلطة المشرع في

(1) انظر: أحمد البراك: مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور على موقع الدكتور أحمد البراك، www.ahmadbarak.ps.

محمد منير حساني: احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، بحث منشور على موقع جامعة قاصدي مرباح - ورقلة.

بتاريخ 2019/12/2، www.manifest.univ-ouargla، الأمن القانوني بحث منشور على موقع مجلة المختبر

القانوني، www.labodroit.com.

(2) محمد محمد عبد اللطيف: المرجع السابق، ص 91، هامش 1.

(3) محمد منير حساني: احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون، بحث منشور على موقع جامعة قاصدي مرباح - ورقلة.

بتاريخ 2019/12/2، www.manifest.univ-ouargla.

(4) المرجع السابق.

تقييد الأثر الرجعي للنصوص الضريبية.⁽¹⁾ وفي قضاء لاحق أضافت المحكمة تكريساً دستورياً صريحاً لمبدأ الثقة المشروعة، وذلك بالاستناد لصريح المادة 65 من الدستور الخاصة بمبدأ خضوع الدولة للقانون.⁽²⁾

4- اليقين القانوني: يتطلب تحقيق الأمن القانوني عدم تطبيق القوانين الجديدة بأثر رجعي،⁽³⁾ وحتى نضمن الأمن القانوني للأفراد المخاطبين بالقواعد القانونية الجديدة، يتطلب الأمر إعمالها بأثر فوري، وذلك حتى يتمكن الأفراد من معرفتها وتكييف سلوكهم وفق مقتضياتها، وفي ذلك ضمانات لحريات الأفراد واستجابة لمقتضيات العدل، وهنا يتولد الشعور بمصادقية القوانين لدى المخاطبين بها.⁽⁴⁾ وبالمقابل فإن تطبيق القواعد القانونية الجديدة بأثر رجعي على الوقائع السابقة على صدورها يؤدي إلى الإخلال باستقرار القانون، وانعدام ثقة الناس في الدولة والقانون

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 2 يناير 1993. أشار إليه: محمد محمد عبداللطيف: المرجع السابق، ص 97. انظر أيضاً: أحمد عبد الظاهر: الأمن القانوني كقيمة دستورية، جامعة القاهرة، مصر، مقال منشور على موقع: www.kenanaonline.com بتاريخ 2009/12/31. أحمد البراك: مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور على موقع الدكتور أحمد البراك، www.ahmadbarak.ps

وفي ذلك قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية على أنه: "استقر الفقه والقضاء على أن للإدارة سلطة تقديرية في تقدير المرفق العام وتنظيمه شريطة عدم المساس بحقوق الأفراد والموظفين، وعليه: لا يجوز للمشرع أن يقيم فخاخاً عند تعديل القانون، كما لا يصدر قوانين بأحكام غير متوقعة أو فجائية. وخلاصة الأمر: إن الاستقرار القانوني أو الأمن القانوني لا يعني فقط حماية المراكز القانونية القائمة واحترام حقوق الأفراد وضمانها في الحاضر والمستقبل، ولكن الاستقرار يعني أيضاً ونفس القوة احترام التوقعات والأمال المشروعة. فإذا كان الاعتداء على الحقوق القائمة اعتداء على الاستقرار القانوني، فإن تهديد الأمال المشروعة وإحباطها لا يقل إخلالاً بفكرة الأمن القانوني. القضية رقم 99/56 بالقرار رقم 35، بتاريخ 5 فبراير 2003. أشار إليه: أحمد البراك: مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور على موقع الدكتور أحمد البراك: www.ahmadbarak.ps

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 2 أكتوبر 1999. أشار إليه: محمد محمد عبداللطيف: الأمن القانوني، المرجع السابق، ص 99.

(3) انظر: أحمد البراك: مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور على موقع الدكتور أحمد البراك، www.ahmadbarak.ps

(4) فهيمة بلحمري: الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة عبدالحميد بن باديس - مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، 32.

وزرع القلق في نفوس الأفراد، ويضعف الإحساس بالأمن القانوني، فليس من العدل أن ينظم الأفراد شؤونهم وتصرفاتهم وعقودهم وفق قانون معين ثم يصدر قانون جديد يبطل هذه التصرفات أو يجرم أفعال سابقة لصدوره⁽¹⁾. وكذلك لابد من الابتعاد عن التشريعات الاستثنائية، إلا في حالة الطوارئ المحددة قانوناً.

تجدر الإشارة هنا إلى أن فكرة الأمن القانوني ظهرت في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر باعتبارها أساساً استندت إليه المحكمة في تقييد الأثر الرجعي لبعض التشريعات في غير المجال الجنائي، فقد قدرت المحكمة أن تطبيق بعض النصوص بأثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز ما تسمح به المبادئ الدستورية⁽²⁾.

فيما يتعلق بالنظام القانوني البحريني نجد أنه لا يتضمن أية إشارة صريحة لمبدأ الأمن القانوني، فقد جاء الدستور البحريني لعام 2002 خالياً من الإشارة لمفهوم الأمن القانوني، رغم أهميته، لكنه بالمقابل تضمن وجود معالم للأمن القانوني، حيث وضع المشرع الدستوري العديد من المبادئ والقواعد والآليات التي من شأنها التأسيس لهذا المبدأ، لكننا سنتطرق هنا لبعضها فقط والتي نراها ذات أهمية بالغة، وهي كما يلي:

1 - العلم بالقانون: حيث ينص الدستور البحريني على إجراء أساسي يتمثل في نشر القانون الجديد وإشهاره في الجريدة الرسمية، حيث تنص المادة 122 من الدستور على: " تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز، بنص خاص في القانون، تقصير هذا الأجل أو إطالته، وتقضي المادة 2/أ من الدستور بأنه لا جريمة، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها فالقانون في مملكة البحرين لا ينفذ إلا بعد إعلام الناس بوجوده من خلال النشر في الجريدة

(1) محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 25.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 2 يناير 1992 الذي خلصت فيه إلى القضاء بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 56 من القانون رقم 46 لسنة 1978 بشأن تحقيق العدالة الضريبية، وذلك فيما قرره من سريان الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية على بعض التصرفات المشار إليها في المادة 32 من القانون 14 لسنة 1939، اعتباراً من أول يناير سنة 1974. محمد محمد عبداللطيف: المرجع السابق، ص 98. انظر أيضاً الأمن القانوني، بحث منشور على مجلة المختبر القانوني الإلكترونية،

الرسمية، نشر القوانين يعطي للأفراد إمكانية الوصول إلى القاعدة القانونية والاطلاع الفعلي أو الافتراضي عليها حتى يكونوا على بينة من مضمونها، وذلك تقاديا لمباغثة الأفراد بتطبيق قوانين لم تكن لهم دراية بها، وحتى يكون القانون الجديد في توقعات الأشخاص المعنيين به. إذا ما تم نشر القانون وأصبح نافذاً، فإن ذلك يقضي بافتراض علم المواطن والمقيم بالقانون ومن ثم لا يجوز له بعدها، الاحتجاج أمام السلطة المختصة بعدم تطبيقه بحجة جهله به بدلالة المادة 29 من قانون العقوبات البحريني التي تقضي بأنه لا يقبل الاحتجاج بجهل أحكام هذا القانون.

2- المساواة أمام القانون: لم يغفل المشرع الدستوري عن إبراز أهمية مبدأ المساواة بين كافة الأفراد المخاطبين بحكم القانون، فقد حرص على تضمين هذا المبدأ في صلب دستور مملكة البحرين في أكثر من موضع، لأن القوانين التي لا تضمن للأفراد هذه المساواة لا يمكنها أن تعضد ثقة المواطنين فيها أو أن يطمئنوا إليها في ضمان حقوقهم واستقرار معاملاته، فعلى سبيل المثال تنص المادة 18 من الدستور على: " الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة."

3- عدم رجعية القوانين: إن الأصل في النظام القانوني البحريني هو "عدم الرجعية" ويأتي الاستثناء في حدود ضيقة وهذا ما صرحت به المادة 124 من الدستور: " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ، ويجوز، في غير المواد الجزائية، النص في القانون على سريان أحكامه بأثر رجعي، وذلك بموافقة أغلبية أعضاء كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو المجلس الوطني بحسب الأحوال". كذلك تنص المادة 3 من القانون المدني البحريني على أنه: " يسري القانون على الوقائع التي حدثت من تاريخ العمل به، ولا يكون له أثر رجعي إلا بنص خاص".

كذلك تنص المادة 38 من الدستور البحريني على سلطة الملك في إصدار مراسيم بقوانين في غيبة مجلس الشورى ومجلس النواب، وقيدت هذه السلطة بقيود متعددة من حيث الزمان والظروف التي تعلن فيها ومداها ومدة نفاذها ولما كانت المادة 38 من الدستور تقضي بأن هذه المراسيم تعتبر نافذة ومرتبطة آثارها من تاريخ صدورهما إلى حين عرضهما على المجلسين، فإنه قد يترتب عليها نشأة مراكز قانونية وحقوق مكتسبة للأفراد خلال تلك الفترة، وحماية لهذه الحقوق والمراكز في حالة عدم موافقة المجلسين على هذه المراسيم، تقرر هذه المادة أن زوال آثار هذه المراسيم بقوانين يكون من

تاريخ صدور قرار برفضها من كل من المجلسين، أو من التاريخ الذي كان يجب عرضها فيه على المجلسين في حالة عدم عرضها، والزوال هنا ليس له أثر رجعي، وبالتالي يكون زوالها من تاريخ رفضها، أو بعد مرور شهر من صدورها دون عرضها على مجلسي الشورى والنواب إذا كانا قائمين، أو بعد شهر من أول اجتماع للمجلسين في حالة حل مجلس النواب وتوقف جلسات مجلس الشورى أو في حالة انتهاء الفصل التشريعي دون العرض عليهما، حيث ينتهي الحق التشريعي الاستثنائي المقرر في هذه المادة، ويعود إلى المجلسين اختصاصهما الطبيعي بسن القوانين.

4- **جودة النص التشريعي:** إن الدستور البحريني يبين الآليات السياسية والقانونية لضمان إصدار قوانين تتسم بالجودة والمعارية، والتي هي من وظائف السلطة التشريعية.

وتشكل السلطة التشريعية في مملكة البحرين من مجلسين، مجلس النواب المنتخب انتخاباً مباشراً، ومجلس الشورى المعين، ويجتمعان تحت اسم المجلس الوطني.

ويؤدي الأخذ بنظام المجلسين إلى تحقيق العديد من المزايا في نطاق سن التشريعات أهمها أنه يؤدي إلى تشريعات تتسم بالدقة وحسن الصياغة إذ باشتراط مؤهلات معينة وكفاءات خاصة في أعضاء مجلس الشورى يمكن سد النقص فيما يحتاجه المجلس الوطني من كفاءات، وبذلك يتحقق الاستقرار القانوني بعدم إصدار تشريعات تحتاج إلى تعديل بعد فترة من صدورها. كما يمنع نظام المجلسين الخطأ والتسرع في التشريع؛ لأنه إذا أخطأ أحد المجلسين أو انقاد للعاطفة أو التأثير الوقتي تلافي المجلس الآخر خطأ الأول عند عرض الأمر عليه، كما أن إعادة مناقشة مشروعات القوانين مرة ثانية بالمجلس الآخر تكفل زيادة التمحيص وبالتالي تلافي الأخطاء، وخاصة أن السلطة التشريعية تضع قواعد قانونية يجب أن تتمتع بالاستقرار النسبي، وليس من الواجب أو من المصلحة التسرع فيها. وإذا كان مرور مشروعات القوانين ومناقشتها في مجلسين يجعل التشريع بطيئاً، فإن الذي يعوض هذا البطء هو أن القوانين التي تصدر تكون أكثر اتفاقاً وأقرب إلى المصلحة العامة مما لو كانت صادرة عن المجلس الواحد.

5- **الرقابة الدستورية السابقة واللاحقة على القوانين:** إن الرقابة على دستورية القوانين تعتبر مظهرًا من مظاهر الأمن القانوني، ويقصد بالرقابة الدستورية عملية التحقق من مدى مطابقة القوانين للدستور باعتباره قانون الدولة الأسمى، وإن القواعد الواردة فيه هي الأعلى مرتبة ويتوجب على كل تشريع أن يكون مطابقاً لها، لذلك يصطاح عليها بالرقابة الدستورية، عن طريق معاناة

تطابق القوانين للدستور إما قبل إصدارها أو بعد أن تصبح نافذة، وبذلك تتخذ مسألة مراقبة دستورية القوانين طريقتين: الأولى الرقابة الدستورية السابقة ويقصد بها أن تتم الرقابة على النصوص القانونية قبل إصدارها ودخولها حيز التطبيق، وفي هذا السياق تنص المادة (106) من الدستور على حق الملك في إحالة ما يراه من مشروعات القوانين إلى المحكمة الدستورية قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، فالرقابة هنا رقابة على "مشروع قانون" بعد إقراره من المجلس الوطني وقبل إصداره من قبل الملك، وذلك بهدف التأكد من خلو النصوص القانونية من أية مخالفات دستورية قبل إصدارها وتطبيقها على المواطنين، لتلافي مشكلة تطبيق هذه النصوص ثم اكتشاف - لاحقاً - انطوائها على مخالفات لنصوص الدستور، وما يترتب على ذلك من الحكم بعدم دستورتها وإحداث حالة من عدم الاستقرار القانوني للعلاقات أو للمراكز القانونية التي أنشأتها هذه النصوص منذ بدء تطبيقها وحتى الحكم بعدم دستورتها.

أما الطريقة الثانية فهي الرقابة الدستورية اللاحقة بعد إصدار القانون ودخوله حيز التنفيذ، وهي عبارة عن وسيلة قانونية تخول لذوي الشأن من الأفراد وغيرهم إمكانية إزاحة أي قانون من القوانين المنشورة بالجريدة الرسمية والسارية المفعول إذا كانت مخالفة للدستور، حيث يكفل الدستور البحريني في المادة 106 حق كلٍّ من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين، ومن شأن نظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين كفالة استقرار المعاملات القضائية وتحقيق وحدة التفسير والانسجام في المنظومة التشريعية البحرينية.

ونخلص من كل ما سبق إلى أنَّ مبدأ الأمن القانوني هو غاية وضرورة يجب تحقيقها في دولة القانون، وظيفته هي تأمين النظام القانوني من الاختلالات والعيوب التشريعية الشكلية والموضوعية. أي دولة ترغب بتكريس مبدأ الأمن القانوني في نظامها القانوني، فإنه يقع على عاتقها سن تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي، ويجب أن تتسم قواعدها بالوضوح، وسهولة الولوج والفهم والاستيعاب من قبل المخاطبين، وقابلة للتطبيق، بحيث يتمكن المخاطبون بأحكامها من التصرف بأمان وإطمئنان وترتيب أوضاعهم وفقاً لها دون الخشية من التعرض لأي مفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات التشريعية يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو الثقة والعصف بها.

ومن هنا نرى ضرورة تكريس مثل هذه القيمة الإنسانية التي تحمي الفرد وتصوره في التشريعات، وندعو الجهات المعنية بالتشريع إلى وضع هذا المبدأ نصب أعينها عند العمل على إعداد أي تشريع جديد أو تعديل تشريعي.

الفرع الثاني

تكريس مبدأ الأمن القانوني في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016

وفقاً لتقرير مهم رفع إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية يبين الفلسفة التي أرادها المشرع الفرنسي من تعديل قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات فقد بين هذا التقرير أن المشرع الفرنسي ارتكز على عدة ركائز أقام عليها إصلاحاته لنظرية العقد مستهدفاً تحقيقها، وأكد أن الدافع الأول في إقرار هذا المرسوم هو ضمان الأمن القانوني.⁽¹⁾ فقواعد القانون المدني الفرنسي المعقدة وغير المتوقعة لم تعد ذات فعالية في ظل تطور متسارع تقاطعت فيه بقوة دوائر القانون والاقتصاد والسياسة والتجارة والتقنية، الأمر الذي لم يعد فيه بد أمام المشرع الفرنسي، من أن يعيد صياغة تشريعاته لجعلها أكثر وضوحاً وأكثر دقة وأكثر مسايرة لمقتضيات هذا التطور. نافضاً عنها كل ما يصممها بالجمود وعدم المرونة واضطراب الأمن القانوني. فصدر القانون رقم 177 لسنة 2015 المؤرخ في 16 فبراير 2015 بشأن تحديث وتبسيط القانون وإجراءات التقاضي في مجالي العدالة والأعمال الداخلية. وبناءً على هذا القانون صدر المرسوم رقم 131-2016. حيث ألزمت المادة 8 من القانون 2015 الحكومة الفرنسية بأن تتخذ خلال عام ما يلزم، بطريق المرسوم تعديل القانون

⁽¹⁾ Rapport au Président de la République, Relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations.

Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016, à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Dalloz.

المدني محدداً الهدف من هذا التعديل بأنه تحديث وتبسيط وتحسين إمكانية القراءة، وتعزيز إمكانية الوصول إلى قانون العقود المشترك ونظام الالتزامات وقانون الإثبات لضمان الأمن القانوني والفعالية القانونية وفقاً لضوابط محددة. (1)

وفي سبيل تكريس مبدأ الأمن القانوني بمفهومه الحديث، فقد عمد المشرع الفرنسي إلى تحقيق بعض الأهداف، منها:

1- تبسيط القواعد القانونية: يهدف المشرع الفرنسي من إصلاحات 2016 جعل القانون الفرنسي أكثر سهولة من حيث القراءة من خلال تبسيط المادة القانونية وجعلها في متناول فهم الجميع حتى تسهل عملية استيعابها من قبل الأفراد، وفي هذا تحقيق لمبدأ الأمن القانوني، فقواعد القانون الفرنسي لم تتغير تقريباً منذ عام 1804، وتوجد به بعض الصيغ القديمة التي لم تعد مستخدمة؛ لذلك فلم يعد من السهل فهم أسلوب القانون المدني من قبل جميع الأفراد، فلم يعد يعكس سيادة القانون؛ لذلك قام المشرع الفرنسي في مرسوم 2016 بجعل هذه القواعد أكثر سهولة، من خلال استخدام مفردات معاصرة، وتركيبات أبسط وأكثر وضوحاً، مع المحافظة على روح القانون الفرنسي ودقته التي تميز بها.

(1) وتجدر الإشارة إلى أن الحكومة كانت قد تقدمت بمشروع هذا القانون إلى مجلس الشيوخ الفرنسي في 27 نوفمبر 2013، وعلى الرغم من طابع الاستعجال لهذا المشروع، إلا أن إقراره استغرق خمسة عشر شهراً كاملاً، فصدر في 16 فبراير 2015 بشأن تحديث وتبسيط القانون وإجراءات التقاضي. وقد أثير خلاف حاد بين الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ حول آلية إصدار قانون إصلاح نظرية الالتزام والعقود بطريق المرسوم، بين رفضاً من جانب مجلس الشيوخ لهذا الطريق بدعوى عدم دستوريته لانتفاء طابع الاستعجال عن هذا القانون، ومن ثم ضرورة إصداره بالطريق التشريعي العادي. أي عن طريق البرلمان، وتأييد ذلك من جانب الجمعية الوطنية (البرلمان) التي تمسكت بإصدار القانون بطريق المرسوم بسبب ما يتسم به هذا القانون من طابع الاستعجال والضرورة. الأمر الذي أفضى إلى عرض الأمر على المجلس الدستوري الذي أصدر قراره رقم 710 في 12 فبراير 2015، رافضاً الادعاء بعدم دستورية اللجوء إلى إصدار القانون بطريق المرسوم، مؤكداً طابع الاستعجال والضرورة لإصدار هذا القانون.

2- تبسيط خطة الكتاب الثالث من القانون المدني المخصص لمصادر الالتزام: فالمشرع الفرنسي في مرسوم 2016 أعاد هيكلة الباب الثالث باعتماد منهجية علمية ومستحدثة وواضحة؛ من أجل إعطاء كل نص مجالا محدداً بوضوح وتعزيز وضوحه. حيث قام بتغيير تسمية الكتاب الثالث من " العقود أو الالتزامات الاتفاقية بصفة عامة " إلى " مصادر الالتزامات "، واختزل هذا الباب في ثلاثة فصول خصص كلا منها لمصدر من مصادر الالتزام، متناولاً فيها بالترتيب العقد، والمسئولية غير العقدية، والمصادر الأخرى للالتزام.⁽¹⁾

هذا التغيير مثير للاهتمام عن تصنيف الالتزامات الذي بقي منذ كتب الفقيه الروماني جايوس كتيبه التعليمي النظم في سنة 170 ميلادية، فقد كان القانون المدني الفرنسي مقسماً إلى خمسة كتب،⁽²⁾ ولقد كان المشرع الفرنسي يخص نظرية الالتزام بالباين الثالث والرابع من الكتاب الثالث منه كتاب طرق اكتساب الملكية ففي الباب الثالث مزج بين نظريتي الالتزام والعقد وقسم الأخير بدوره إلى ستة فصول، عرف العقد وتقسيماته في الفصل الأول، ثم أركان العقد في الفصل الثاني، وتبعه بآثار الالتزام بكل مصادره في الفصل الثالث، والالتزام الموصوف في الفصل الرابع، لينتقل بعد ذلك إلى انقضاء الالتزام في الفصل الخامس، وأخيراً طرق إثبات الالتزام في الفصل السادس، أما الالتزامات الأخرى غير التعاقدية، فقد أدرجها في القسم الرابع من الكتاب الثالث فوق المشرع الفرنسي في خلط غير مقبول حينما جمع بين نظريتي العقد والالتزام في قسم واحد، رغم ما تقتضيه

(1) Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

² جان سمتس وكارولين كالوم: الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، ترجمة نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، الجزائر، 2017، ص 126.

يُعنى الكتاب الأول بالأشخاص، ينظم الثاني الأموال، ثم يتعلق الثالث بطرق اكتساب الملكية، ليخصص الرابع بالتأمينات الشخصية منها ثم التبعية والخامس بأحكام متعلقة بجزيرة مايوت أو جزيرة الموت (بالفرنسية: Mayotte) هي جزيرة تقع في المحيط الهندي تابعة لفرنسا، وهي جزء من أرخبيل جزر القمر. للمزيد انظر: شريف عبد الرحمن سيف النصر: نظرية النظم ودراسة التغيير الدولي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

المنهجية العلمية السليمة من ضرورة التمييز بين الالتزام والعقد من قبيل التمييز بين الشيء ومصدره (1).

وبتعديلات 2016 تخلص القانون الفرنسي من خلطه القديم بين مواضيع نظرية العقد ونظرية الالتزام باعتماده المنهج العلمي الحديث المستقر عليه في ترتيب المواضيع المحددة لنظرية الالتزام من الناحية الفنية.

3- استبدال المفاهيم القديمة عديمة الفائدة بأخرى جديدة أكثر حداثة وبساطة: هناك العديد من النصوص التي كتبت منذ زمن بعيد تم إعادة كتابتها بشكل جديد، حيث قام المشرع الفرنسي في المرسوم 2016 بتبسيط القواعد المتعلقة بصحة العقد كتلك المتعلقة بالرضا والأهلية والنيابة في التعاقد، وذلك كله من خلال تنظيم وتفصيل أحكام العديد من المسائل كالالتزام بالإعلام والشرط التعسفي، وذلك بالنص على جزاءات تتيح مساءلة الطرف الذي يسيء استغلال الموقف الضعيف الذي قد يوجد فيه الطرف الآخر، إلا أن أهم ما تضمنته إصلاحات المشرع الفرنسي لنظرية العقد هو قيام المشرع الفرنسي بالاستغناء عن فكرتي المحل والسبب اللتين كانتا - على مدار ما يزيد على قرنين من الزمان - حجر الزاوية في نظرية العقد، وأحل محلها فكرة أكثر بساطة ووضوحا منهما لتقوم بذات الدور الذي كان لهما معا، هي "مضمون العقد"، (2) فاشتراط لصحة العقد أن يكون «مضمون العقد» مشروعاً ومحددًا، (3) وذلك بالمقابلة لنص المادة 1108 من القانون المدني قبل تعديل 2016 الذي كان يضع المحل والسبب من بين الأركان اللازمة لانعقاد العقد صحيحاً. (4)

(1) للمزيد انظر: حمزة بن خدة: قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة العدد 11، الجزائر، 2018 ص 421 وما بعدها، جان سمتس وكارولان كالوم: المرجع السابق، ص 126 .

(2) Aurélien Bamde, La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public, www.aurelienbamde.Com

(3) تنص المادة 1128 من المرسوم 2016 على أساسيات صحة العقد وحددتها في ثلاثة شروط: 1- اتفاق الأطراف، 2- أهلية المتعاقدين، 3- مضمون قانوني ومشروع.

(4) انظر: جان سمتس وكارولان كالوم: المرجع السابق، ص 12 .

فقد ارتأى المشرع أن بإمكان هذه الفكرة أن تقوم بذات الدور الذي كانت تقوم به كل من فكرتي المحل والسبب، مع تقادي العديد من الصعوبات التي كانت تكتنف كلا منهما، خاصة فيما يتعلق بالصعوبات العملية التي يواجهها القضاء بشأن تحديد مفهوم السبب والخلط بينه وبين المحل، ففكرة مضمون العقد تقوم بوظائف المحل والسبب في التحقق من مشروعية العقد ووجود محل الالتزام والتعادل بين الأداءات في العقد. وقد أفصح صراحة عن ذلك التقرير المرفق بالمرسوم والمقدم إلى رئيس الجمهورية، حيث جاء فيه: " إنه نظرا لصعوبة وضع تعريف محدد لمفهوم السبب ... وما وجه إليه من انتقادات من جانب من الفقه بحسبانه مبعث لعدم الأمن القانوني وعائقا دون جاذبية القانون الفرنسي، فقد استقر الخيار على عدم الإبقاء على هذا المفهوم، واستبداله بقواعد أكثر وضوحا، بحيث تتيح للقاضي الوصول إلى ذات النتائج مع تجنب الصعوبات التي يثيرها مفهوم السبب.⁽¹⁾

ج - استحداث مفاهيم ومبادئ جديدة: بفعل التطورات والسرعة التي يعرفها المجال الاقتصادي والثورة العلمية والتكنولوجية وما نتج عنها من عقود جديدة، بات يستوجب على المشرع الفرنسي تحقيقا للأمن القانوني التفكير في مفاهيم جديدة وإحداث تغييرات عميقة تؤدي إلى خلخلة مقتضيات القانون المدني الفرنسي وبث فيه روح العصرنة، فقد أكد التقرير المقدم لرئاسة الجمهورية الفرنسية على أن الأمن القانوني تطلب التعديل مراعاة لضمان التوازن بين الأطراف دونما تناس لمقتضيات السوق، فالهدف من التعديل الإبقاء على روح القانون المدني من خلال تحديثه بما يتكيف مع المستجدات الحديثة في مجال العقود والالتزامات.⁽²⁾

وتطبيقا لذلك فقد تبنى المشرع الفرنسي في تعديلات 2016 مبادئ أساسية جديدة تحكم العقود كلها بما يوازن بين الحريات التعاقدية واحترام النظام العام، منها إقرار الحرية التعاقدية في الحدود التي يرسمها القانون، إضافة للالتزام بحسن النية والالتزام بالإعلام طيلة أطوار التعاقد، بداية من التفاوض مرورًا بالتكوين وصولًا إلى التنفيذ وإنهما من النظام العام، كما اهتم المشرع الفرنسي

(1) Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.p 9 .

(2) Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

بالمرحلة السابقة للتعاقد مما تجسد في تنظيمه المفصل للمفاوضات التي تسبق التعاقد، تبنيه لتصرفات تحمل فكرة العقود التمهيدية كما هو الحال في الوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد. كما تضمنت الإصلاحات نصوصاً جيدة حول عيوب الرضا، فإلى جانب الغلط والتغريب والإكراه، قنن المشرع في مادة جديدة المبدأ القضائي المعروف بالإكراه الاقتصادي⁽¹⁾ وكذلك قام باستحداث قواعد تنظم الإيجاب والقبول⁽²⁾، وضمن التعديل قاعدة جديدة تقضي بإهدار الشروط التعسفية في عقود الإذعان. كما أبدى المشرع في الإصلاحات الجديدة رغبة في مساعدة الطرف المتضرر في حالة حدوث ظروف طارئة من خلال نص خاص بمنح القاضي سلطات واسعة في معالجة حالة اختلال التوازن العقدي عند وجود مثل هذه الظروف.⁽³⁾ ومن القواعد الجديدة أيضاً القاعدة القانونية التي تخضع الحق في المطالبة بتنفيذ الالتزام إلى معيار المعقولية⁽⁴⁾.

وفضلاً عما سبق، فقد تبني المشرع الفرنسي في تعديل عام 2016 الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بعدما ظل العقد المصدر الوحيد للالتزام في ميدان التصرفات القانونية، وبين بما لا يدع مجالاً للشك أن القول بتبني القانون المدني الفرنسي للمذهب الشخصي في الالتزام تقديساً لمبدأ سلطان الإرادة بات محل نظر، ذلك أن التعديل خفف من مظاهر تشعب القانون المدني الفرنسي بهذا المبدأ بجرعة عالية.

(1) نصت المادة 1143 الجديدة على إبطال العقد للإكراه الناتج عن استغلال حالة التبعية الاقتصادية.

(2) نصوص القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، كانت تخلو مما يعتبر تنظيمياً للإيجاب والقبول، إلا أن تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016 جاء بمواد أدرجها تحت بند فرعي ثان سماه الإيجاب والقبول من خلال المواد 1113 إلى المادة 1122.

(3) لقد كان هذا الإبداع في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 مستوحى من كل من قانون العقود الأوروبي (PECL) ومسودة الإطار المرجعي للشرعية العامة غير المقننة (DCFR). انظر: جان سيمس وكارولان كالوم: المرجع السابق، ص 126.

(4) تقضي المادة 1221 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ الالتزام ليس فقط في حال استحالة التنفيذ بل أيضاً في حال وجود عدم تناسب واضح بين تكاليف التنفيذ التي يتحملها المدين وبين المصلحة التي يحصل عليها الدائن، بناء على ذلك فإن دعوى التنفيذ سوف ترد في حال كون التنفيذ مرفحاً جداً على المدين أو في حال انعدام مصلحة الدائن في التنفيذ.

د- تقنين ما توصل إليه الفقه والقضاء: أهم ما يميز إصلاحات القانون الفرنسي هو مراعاتها لأبرز ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في السنوات الماضية وهو ما يشكل مظهرًا من مظاهر الأمن القانوني، فأغلب التشريعات لا تعتمد في صياغة قوانينها على الملاءمة مع ما استقرت عليه الاجتهادات القضائية،⁽¹⁾ إلا أن المكانة التي يحظى بها الاجتهاد القضائي في فرنسا هي التي جعلته يرتبط عادة بمفهوم الأمن القانوني؛⁽²⁾ فالقانون يصنع دائما

⁽¹⁾ تجدر الإشارة هنا إلى أن القوانين الأنجلوسكسونية مثل القوانين الإنجليزية والأمريكية، فإلى جانب قواعد العدالة، يعتبر القضاء مصدرا رسميًا؛ لأن من المبادئ المقررة في هذه القوانين، أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها وللمحاكم التي تليها في الدرجة، فيلزم القاضي في هذا النظام بالرجوع للأحكام القضائية السابقة لاستخلاص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه. للمزيد انظر: أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، دون ط، ص 158 .

⁽²⁾ على الرغم من أهمية الاجتهادات القضائية في القانون الفرنسي والقوانين العربية التي سارت على خطاه، فلا يمكن إعطاؤها وصف القاعدة القانونية الملزمة؛ لأن هذه الاجتهادات تكثر فيها المسائل الجزئية، فضلا عن نور الاسترشاد الذي منحه المشرع للأحكام القضائية، ومع ذلك فكثير من الاجتهادات التي صدرت عن القضاء الفرنسي، منذ عشرات السنين، قد استقرت في النظام القانوني الفرنسي، ولا تزال تطبق حتى اليوم كأنها قواعد ملزمة، مع أنها ليست قواعد قانونية بالمعنى الفعلي المعروف للقاعدة القانونية، فمن غير الممكن للقاضي أن يكون مشرعا، ولعل السبب الرئيس لهذه القوة التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي في فرنسا تسلسل أنواع المحاكم، ووجود رقابة من محكمة النقض على أحكام المحاكم التي هي أدنى منها من جهة ثانية، فحين تتبنى محكمة النقض في أحكامها رأيا معينًا، وتستقر عليه، تتبنى بعدها سائر المحاكم هذا الرأي وتطبقه بانتظام. ومن جهة أخرى، فعلى الرغم من أن اجتهاد محكمة النقض الفرنسية ليست له أية قوة إلزامية من الناحية النظرية، ويمكن للمحاكم الأخرى مخالفته إذا شاءت، إلا أن المحاكم التي هي أدنى من محكمة النقض تدرك أن لا فائدة من مخالفة اجتهادات محكمة النقض؛ لأن أحكامها ستقضى إن هي فعلت ذلك. لذا فالمحاكم تلزم نفسها غالبًا بتلك الاجتهادات سواء اقتضت بها أم لم تقتنع، حتى لا تكون أحكامها عرضة للنقض. كما أن استقرار المحاكم واطرادها على اتجاه معين في مسألة من المسائل التي يكون حكم القانون فيها محل خلاف فتصدر بشأنها أحكام متضاربة ثم تنجبه نحو التوحيد والاستقرار على مبدأ أو قاعدة معينة، فإننا نكون بصدد أحكام تصدر عن محكمة النقض ترسي مبادئ قانونية، يطلق عليها اسم (أحكام المبادئ)، وهكذا تنشأ اجتهادات

من خلال تفاعل معقد بين المشرع والسلطة القضائية والأكاديميين والقطاع الخاص؛ لتشكيل قواعد قانونية مرنة متكيفة مع الواقع والمحيط الاجتماعي والاقتصادي.

علاوة على ذلك، كان دافع المشرع الفرنسي لتقنين الاجتهادات القضائية هو تلافي الصعوبات التي ترافق العمل القضائي في علاقته بالأمن القانوني. ففي ظل غياب قاعدة مكتوبة، والاعتماد فقط على الاجتهاد القضائي لمواجهة وضعيات غير متوقعة، تبرز مشكلة القابلية للتوقع في الأحكام القضائية، إذ إنه وعلى غرار القاعدة القانونية المقررة من قبل المشرع، فإن الأمن القانوني أمام المحاكم يتجلى في قابلية التوقع في قرارات المحاكم، وإنعدام الأمن القانوني في بعض جوانب العمل القضائي تجلى في غياب التوقع في الاجتهاد القضائي، لأن الأفراد يدخلون في علاقات تحت ظل اجتهاد قضائي محدد، وبعد اطمئنانهم لهذا الاجتهاد الثابت والمستقر الذي تعاملوا في ضوءه يتم التراجع عنه فجأة، ويجدون بعد ذلك أنفسهم أمام اجتهاد قضائي جديد.⁽¹⁾ بالإضافة إلى تضارب الأحكام القضائية للمحاكم خاصة على صعيد المسائل التي يتمتع فيها القضاء بسلطة تقديرية واسعة، مما يجعل اختلاف أحكام القضاء أمراً مألوفاً في العمل القضائي، مما يربط أثاراً سلبية على الأمن القانوني، والثقة المشروعة للمتقاضين بل وحتى على حقوقهم المكتسبة.⁽²⁾

ووعياً من المشرع الفرنسي بضرورة تلافي الصعوبات التي تعيق تحقيق الأمن القانوني على صعيد العمل القضائي، قام بتدوين قانون ثابت للاجتهادات القضائية المستقرة، ليتخلص بشكل مؤكد من

ثابتة مستقرة في فرنسا تطبيقه جميع المحاكم كما تطبق قواعد القانون. للمزيد انظر: حامد شاكر محمود الطائي: دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، المرجع السابق، ص 5 وما بعدها. محمد حسين منصور: نظرية القانون، المرجع السابق، ص 240.

⁽¹⁾ للمزيد حول استقرار الاجتهاد القضائي كضرورة من ضرورات الأمن القانوني انظر: عبد الرحمان اللمتوني: الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة المطلق القضائي، العدد 46. 2014، ص 13 وما بعدها. عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 21.

⁽²⁾ "ومن الأمثلة الحديثة لتغير اجتهاد محكمة النقض الفرنسية قرارها الصادر بتاريخ 10 يوليو 2002، حيث اعتبرت المحكمة أن شرط عدم المنافسة، من قبل الأجير يجب أن يكون مرتبطاً بأداء الشغل مقابل فائدة وإلا كان غير مشروع. تبعاً للحق في ممارسة المهنة بكامل الحرية. ولا يخفى أثر هذا الاجتهاد على عقود العمل الجارسة التي تم فيها اشتراط عدم منافسة الأجير دون مقابل نسه استناداً لاجتهادات مستقرة سابقة". أشار إليه: عبد المجيد غميجة: المرجع السابق، ص 19، هامش 46.

الترددات القضائية الضارة بالأمن القانوني، ولتوحيد الاجتهادات القضائية، لضمان جودة وفعالية القانون كعنصر أساسي لتوفير الأمن القانوني، فمعرفة القانون من خلال مجموعة مركزة وشاملة من القواعد القانونية المصاغة بعناية أسهل من معرفته من خلال الاجتهادات القضائية المتناقضة في بعض الأحيان وهي مرتبطة بظروف الدعوى.

ونخلص إلى أنَّ الإصلاحات التي تبناها المشرع المدني الفرنسي في نطاق نظرية الالتزام، وفي الصميم منها نظرية العقد، كان لها أثر في تحقق الأمن القانوني في النظام القانوني الفرنسي بعد طول جمود، فقد أعادت هذه التعديلات بناء وهيكل القانون المدني الفرنسي وبعثت في قواعده روحاً جديدة قوامها الحداثة والبساطة والوضوح والانسجام مع التطورات الحديثة.

المطلب الثاني

تقوية التنافسية التشريعية

تعد التشريعات الجيدة مؤشراً للدلالة على المناخ الاقتصادي والاجتماعي والثقافي المساند في المجتمع وحافزاً من حوافز التشجيع على الاستثمار بما تشكله من ضمانات لحماية ممتلكات الأفراد وترسيخ سيادة القانون في كافة المجالات.

إنّ التشريع الجيد يتطلب صياغة قانونية جيدة، وصياغة التشريع تتطلب من أجل جودته أن يكون المشرع ملماً بالتشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية. فعملية الاطلاع على تشريعات الدول الأخرى، لا سيما الحديثة منها تلعب دوراً مهماً في عملية إعداد التشريع، فدراسة تلك التشريعات والاستفادة من تجارب تلك الدول في مجال التشريع وإعداده وصياغته، يبعد التشريع المرتقب عن أي خلل أو مخالفة للالتزامات الدولية، ويغنيه برؤية مقارنة تكشف له أبعاداً أخرى لم تكن بحسبانه، وتلاقي الأخطاء والانتقادات التي وقعت فيها التشريعات، واقتباس الأحكام المفيدة منها، وتخلق أفكاراً جديدة قد تحقق أرضية قانونية مناسبة تخدم التشريعات الجديدة، كلها أمور تضبط مسار الصياغة التشريعية وترفع من درجة جودتها، وتضمن كتابة تشريعات صديقة للقضاة وللمخاطبين بأحكامها، وأداة لتطوير المجتمع.⁽¹⁾

لقد تمتع القانون المدني الفرنسي، باعتباره نموذجاً تاريخياً للنظام اللاتيني، بنفوذ تاريخي في الكثير من بلدان العالم، فبقي مصدراً للكثير من قواعدها القانونية على مدار قرنين من الزمان، غير أنّ الكثير من نصوصه التي وضعت قبل أكثر من مائتي عام، منذ صدوره عام 1804، قد باتت غير قادرة على مواكبة واقع جديد تقاطعت فيه قواعد القانون مع الاقتصاد والتجارة والتكنولوجيا،

(1) إنّ عملية اطلاع على قوانين الدول الأخرى ودراساتها والاستفادة من تجارب تلك الدول في مجال التشريع وإعداده وصياغته، يجب أن لا يؤدي إلى نقل تجارب تلك الدول حرفياً واستساخا ومحاولة تطبيقها كما هي، بل الاستفادة من تجارب تلك الدول في ضوء المعطيات الخاصة بالدولة التي تريد إعداد التشريع. فالمفاهيم والقِيم والتقاليد والأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والنظام القانوني، كل هذه الأمور تختلف من بلد إلى آخر. للمزيد انظر: عصمت عبد المجيد بكر: مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2013 .

فضلاً عما فرضته قواعد حماية المستهلك نفسها على كثير من المسلمات القانونية. من هنا بدت الحاجة ملحة إلى إعادة النظر في العديد من قواعد هذا القانون تحت تأثير هذا التطور الاجتماعي والاقتصادي والصناعي الذي فرض مشكلات مستحدثة خاصة في مجال العقد ونظرية الالتزام بوجه عام وأحكام إثبات هذا الالتزام.

إنَّ أصل إصلاحات 2016 يعود إلى الفترة التي أعقبت مباشرة الاحتفالات بالذكرى الـ 200 لتشريع التقنين المدني الفرنسي. وضمن احتفالات الفرنسيين بعظمة تقنينهم واجهت فرنسا اختباراً مؤلماً.⁽¹⁾ فقد تراجع القانون الفرنسي، بأحكامه العتيقة، في مواجهة قوانين العديد من الدول التي كان هو موردها التاريخي، فتجاوزته بما استحدثته من تعديلات وإصلاحات جوهرية على مدار العقود الثلاثة الأخيرة، ومن هذه الدول البرتغال وهولندا وألمانيا وأسبانيا.⁽²⁾

كما حاولت الدول الأوروبية تطوير أحكام القانون الخاص إلى مستويات عليا. ففي العقد الأخيرين توجت أوروبا بعدد من مشروعات توحيد مبادئ العقود على المستويين الأوروبي والدولي، وأهمها قواعد توحيد مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد مبادئ القانون الخاص اليونيدرو Unidroit وذلك في عام 1994، ثم استكملت في عام 2004،⁽³⁾ ومبادئ قانون العقود الأوروبي PDEC الصادرة عن مجلس قانون العقود الأوروبي Lando في الفترة من 1995 حتى 2003،⁽⁴⁾ ومشروع القانون الأوروبي للعقود، أو ما يعرف بقانون Gandolfi، والمنشور في عام 2000 مشتملاً على كافة مبادئ القانون الخاص DCFR،⁽⁵⁾ والأعمال التي قامت عليها كل من جمعية التشريع المقارن وجمعية الفقيه الفرنسي Henri Capitant لأصدقاء الفكر القانوني الفرنسي بشأن إعادة صياغة المبادئ العامة للعقود PCC⁽⁶⁾. في ذلك الوقت أدرك الفرنسيون بأنَّ القانون

⁽¹⁾ Hugo Barbier: Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 Février 2016', Revue trimestrielle de droit civil (2016), p. 247. www.dialnet.unirioja.es.

⁽²⁾ أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، المرجع السابق، ص 289.

⁽³⁾ وقد مسترت هذه المبادئ بغرض توحيد مبادئ التجارة الدولية في عام 1994، ثم في عام 2004.

⁽⁴⁾ Principles of European Contract Law.

⁽⁵⁾ قدم رسمياً إلى البرلمان الأوروبي بتاريخ 21 يناير 2008.

⁽⁶⁾ principes contractuels communs.

الفرنسي لم يكن له أثر كبير على هذه التشريعات الأوروبية. لقد كانت الحلول المطروحة في التشريعات الأوروبية معتمدة على القانون الألماني أو القانوني الإنجليزي أو على التقنين المدني الهولندي المعاصر لعام 1992 أكثر من اعتمادها على قواعد القانون الفرنسي التي يصل عمرها إلى القرنين.

إضافة إلى ذلك فقد نشر البنك الدولي تقريره المشهور اليوم بـ "ممارسة الأعمال التجارية" ⁽¹⁾ الذي قام فيه بتصنيف الأنظمة القانونية بناء على جذبها للتجارة الدولية وقد كانت فرنسا في المرتبة الرابعة والأربعين. ⁽²⁾ مما يعني عدم قدرة القانون المدني الفرنسي - وخلافاً لقواعد القانون العام - على مسايرة مقتضيات التجارة الدولية وجذب الاستثمارات الأجنبية. ⁽³⁾

لقد خلقت هذه المستجدات زخماً وإرادة سياسية لإصلاحات كبيرة في القانون الخاص في فرنسا. فوضع المشرع الفرنسي نصب عينيه العديد من الاعتبارات التي دفعته إلى إجراء الإصلاحات التشريعية الواسعة والجوهرية على نظرية الالتزام، وهي اعتبارات ليست قانونية فحسب، وإنما سياسية واقتصادية أيضاً، بل إن الأمر تعدى هذا إلى أن ثمة ضرورات ثقافية وحضارية فرضت على المشرع الفرنسي أن يخطو هذه الخطوة، التي وإن جاءت متأخرة، إلا أنها أعادت إلى القانون الفرنسي الكثير من هيئته ومكانته التي كاد أن يفقدها.

⁽¹⁾ تقرير ممارسة أنشطة الأعمال: هو تقرير بدأه سيمون دجانكوف وتطرحه بشكل سنوي وحدة أنشطة الأعمال في البنك الدولي منذ عام 2003، و يقيس تقرير ممارسة أنشطة الأعمال اللوائح التنظيمية في 190 اقتصاداً عبر 12 مجالاً لتنظيم أنشطة الأعمال بغرض تقييم بيئة الأعمال في كل اقتصاد. و استخدام 10 من هذه المؤشرات لتقدير مدى سهولة ممارسة أنشطة الأعمال في الدول. و يحفز هذا التقرير الحكومات حول العالم على إجراء إصلاحات في أنشطة الأعمال بهدف تعزيز النمو الاقتصادي المستدام.

⁽²⁾ World Bank, 'Doing Business in 2004: Understanding regulations',

www.doingbusiness.org

⁽³⁾ Gilles de Sorbay: L'ATTRACTIVITÉ DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS: RÊVE OU RÉALITÉ ?, Parution Janvier 2017. www.village-justice.com

فمن دواعي تعديل القانون المدني الفرنسي كما جاء في تصريح الرئيس الفرنسي هو تقوية التنافسية التشريعية، وجذب المستثمرين والمتعاقدين الأجانب الراغبين في ربط عقودهم بالقانون الفرنسي.⁽¹⁾ فمن أبرز ما راهن عليه المشرع الفرنسي من خلال هذا المرسوم هو تقوية تنافسيته مع القوانين المتقدمة في المجال المدني والعمل على غرار التشريع الألماني والإنجليزي وكذا القانون الأمريكي. كما عمد المشرع الفرنسي في مرسوم 2016 إلى التقريب بين القانون الفرنسي وبين المشاريع الأوروبية والدولية، ومسايرة مقتضيات التجارة الدولية وجذب الاستثمارات الأجنبية.⁽²⁾

فوضع ثلاث مائة واثنين وثلاثين مادة لتحل محل ثلاث مائة مادة سابقة، دون أن يمس ذلك السياق العام للقانون المدني. وهدف المشرع الفرنسي من خلال هذه التعديلات إلى الحفاظ على المكانة المميزة لهذا القانون من خلال تكريس الأمن القانوني. ف وفقاً للرغبة التي أعرب عنها العديد من القانونيين الفرنسيين قام المشرع بإصلاح قانون العقود، وتحديثه، وهو ما تجسد في تحديث هذه النظرية بداية بالعقد، وانتهاء بالإثبات بما يتلاءم والمحيط التشريعي الأوروبي المقارن، فضلاً عن إتاحة سهولة فهم هذه النظرية مما يتيح سهولة العلم بها مع الحفاظ على روح القانون المدني، على حد سواء.

وما يميز تعديلات هذا المرسوم هو مراعاته لأبرز ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية من سوابق قضائية، مما يعيد للقانون المدني الفرنسي السمة الأساسية للأنظمة القانونية اللاتينية، ويضع حداً لترددات عديدة في السوابق القضائية، وهو ما يشكل مظهرًا من مظاهر الرقي القانوني، إذ إنَّ جل التشريعات لا تعتمد في صياغة قوانينها على الملاءمة مع ما استقرت عليه الاجتهادات القضائية وهي نقطة قد تستفيد منها التشريعات الأخرى. فضلاً عن أن التخلي عن مفهوم السبب في القانون الفرنسي، والذي أثار العديد من المناقشات، وتكريس المرسوم لمختلف الوظائف، بما

(1) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. www.legifrance.gouv.fr.

(2) ALEXAE FOURNIER-DE FAÏ: La recherche de l'attractivité internationale et la réforme du droit des obligations, OPTION FINANCE – 6 NOVEMBRE 2017. www.optionfinance.fr

في ذلك العدالة التعاقدية، والحرية التعاقدية، وإعادة التوازن للعقد، مما سيجلب لفرنسا جذب العديد من تشريعات الدول نحو قانونها.

كما حرص المشرع الفرنسي على مسايرة القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 لمقتضيات التجارة الدولية وجذب الاستثمارات الأجنبية من خلال تكريس اليقين القانوني الذي يشكل أساس التبادلات الاقتصادية، الأمر الذي استوجب إصلاح قواعد هذا القانون وتطوير صياغته على نحو أكثر حداثة ووضوحاً، وبما يشجع المستثمرين على إخضاع عقودهم لأحكامه.⁽¹⁾ فقد جعل المشرع أحكام القانون الفرنسي أكثر سهولة، من خلال استخدام المفردات المعاصرة، وصياغة أبسط وأكثر وضوحاً، مع الحفاظ على الدقة التي يتميز بها القانون المدني الفرنسي. كما قام المشرع في المرسوم بتبسيط خطة الكتاب الثاني من القانون المدني، وإعادة هيكلتها بالكامل من أجل إعطاء كل نص مجاًلاً محدداً بوضوح وتعزيز وضوحه، كما استبعد بعض المفاهيم التي كانت راسخة تاريخياً في القانون الفرنسي، ولكنها غير محددة، مثل الالتزام بالقيام بعمل، والالتزام بالامتناع عن

(1) فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد يمكن التمييز بين نوعين من العقود: عقود داخلية وعقود دولية، بالنسبة للعقود الداخلية فمسألة القانون الواجب التطبيق عليها لا تشكل أي مشكلة طالما أن أطرافها وموضوعها داخل إقليم دولة واحدة فتخضع هذه العقود لأحكام قانون تلك الدولة، غير أن الأمر قد يختلف بالنسبة للعقود الدولية فمسألة القانون الواجب التطبيق عليها قد تختلف عن النوع الأول، وكقاعدة عامة فإن القانون الواجب التطبيق عليه يحدد بالرجوع إلى إرادة الأطراف المكونة للعقد (المتعاقدة) وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فيكون لأطرافه الحرية التامة في اختيار القانون الذي سيحكم العلاقات الناشئة عن عقودهم الدولية. ويختار هذا القانون عادة عند إبرام العقد، ويمكن أن يتم بعد إبرامه وبمناسبة النزاع عند التنفيذ، كما يجوز تعديل هذا الاختيار. وتعترف أغلب التشريعات لأطراف بحرية اختيار القانون الذي ينظم علاقتهم التعاقدية. للمزيد حول القانون الواجب التطبيق انظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2001. إنسان محمد البهجي ويوسف المصري: تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، مصر، 2013.

عمل، والالتزام بإعطاء شيء.⁽¹⁾ وبالمقابل زخر مرسوم 2016 بالكثير من المبادئ والأحكام المستحدثة أهمها تنظيم مبدأ حسن النية الذي يعد ركيزة أي علاقة عقدية، فنص على وجوبه في جميع مرحلة العقد بدءاً من مرحلة التفاوض إلى الإيجاب والقبول وأخيراً بتنفيذ العقد وما بعد التنفيذ واعتبر ذلك من النظام العام. إن استخدام المشرع للفظ impérativement قاطع في الدلالة على التقيد المطلق بمبدأ حسن النية، حتى في حالة ما لو اتفق المتفاوضان على إبرام عقد ينظم عملية تفاوض، فهذا العقد يخضع بالضرورة لمبدأ حسن النية. كما نظم الالتزامات المتفرعة عنه فوضع أحكاماً خاصة بالالتزام بالإعلام والالتزام بالسرية. وعليه فإن مبدأ حسن النية الذي كرسه للقانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ينبغي أن يشجع المستثمرين تطبيقه في عقودهم، ويقرب بين القانون الفرنسي وبين القوانين الأوروبية والمشروعات القانونية الموحدة الأوروبية والدولية الأخرى، التي تقترح أحكاماً مماثلة.

كما نظم المرسوم بعض الآليات القانونية الأساسية الناتجة عن الممارسة، ووضع لها نظاماً قانونياً دقيقاً ومتماسكاً. على سبيل المثال، يحدد المرسوم وينص على النظام القانوني للمفاهيم معروفة في الممارسة، ولكنها كانت غائبة عن القانون المدني الفرنسي، مثل بعض صور التراضي الخاصة كالوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد بالإرادة المنفردة، وإحالة العقد والتنازل عن الدين.⁽²⁾ كما يطرح المرسوم حلولاً مبتكرة تسمح للأطراف بوضع حد لعدم اليقين الذي يتقّل كاهل العقد، مثل مشكلة إخلال الواعد بالتزامه، سواء في الوعد بالتفضيل أو الوعد بالتعاقد من جانب واحد، وتقرير جزاء لها، وهذا أدق ما يُؤثّر في هذا الصدد، وهو ما كان القانون المدني يغفل تنظيمه، فاستحدثه المرسوم.

وبغية الكفاءة الاقتصادية للقانون منح المشرع الفرنسي في المرسوم 2016 للأطراف المتعاقدة صلاحيات جديدة تمكنهم من إدارة العقد ومنع المسائل الخلافية أو حلها دون اللجوء بالضرورة إلى

⁽¹⁾Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. www.legifrance.gouv.fr

⁽²⁾ لم يكن القانون المدني يعالج أي منهما من قبل، بل كان القضاء يطبق في شأنهما حلولاً عملية، فتأرك المشرع هذا القصور وقتن ما جرت عليه أحكام القضاء في هذا الشأن.

القضاء كما في حالات البطلان الاتفاقي،⁽¹⁾ كما سعى إلى تبسيط الإجراءات القانونية ضمن نطاق المعاملات الداخلية لتحقيق أكبر قدر ممكن من العدالة ولتشجيع استخدامها.

إن سعي المشرع الفرنسي إلى تعزيز جاذبية القانون المدني الفرنسي لم يجعله يتخلى عن الحلول المتوازنة التي تحمي الأطراف، وتكون فعالة ومتكيفة مع التغيرات في اقتصاد السوق. لذلك يتضمن المرسوم حلولاً قادرة على ضمان التوازن بين الحقوق والواجبات بين الطرفين. والتي يتم تركيزهما بشكل مستقل في فصل بعنوان "أحكام تمهيدية"، تهدف إلى أن تكون بمثابة إطار مرجعي، كقوة ملزمة للعقد وحرية التعاقدية، كما تضمن المرسوم أحكاماً تعاقب على إساءة استخدام التبعية التي تستوعب العنف والبنود التعسفية في عقود الإذعان، فاستطاع من خلال هذه الأحكام أن يقيم سياجاً حول الالتزام العقدي الرئيس حمايةً له في مواجهة أية شروط تجرده من ماهيته، وأن يدعم حماية الطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية وغيرها من الأحكام والمبادئ المستحدثة التي لا يسهل المجال لذكرها.

وعليه فإنه ونتيجة لهذه التعديلات أصبحت فرنسا تملك قانوناً مدنياً محدثاً ومختلفاً عما كان يوجد سابقاً خاصة في المجالات التي شملها التعديل، وأن من شأن هذه التعديلات أن تفتح آفاقاً واسعة أمام المشرعين على نطاق عالمي بسبب تأثر أغلب التشريعات بالنظرية الفرنسية في صياغة قوانينها ومنها القانون المدني البحريني والمصري، وأن تخلق إطاراً قانونياً واضحاً وفعالاً يتكيف مع تحديات الاقتصاد المعولم والمتطور باستمرار مما يضمن كفاءة واستقرار العلاقات العقدية، كما أن تدوين السوابق القضائية، والقواعد المستقرة في الممارسة، وجهود المشرع الفرنسي لجعل القانون الفرنسي أكثر قابلية للقراءة ويمكن التنبؤ به من خلال السعي إلى تبسيط القانون باعتماد صياغة بأسلوب بسيط وعرض أكثر وضوحاً مع ضمان الأمن القانوني، وهذا يشكل عاملاً من المرجح أن يجذب المستثمرين ويجعلهم أكثر ميولاً لاختيار القانون الفرنسي باعتباره القانون الواجب التطبيق على عقودهم.

⁽¹⁾ عالج مرسوم 2016 البطلان في المواد من 1178 إلى 1185، نكزماً جملة من الأحكام المستحدثة.

المبحث الثاني

المبررات الخاصة لتطور مبدأ حسن النية

إنّ أهم ما يميز القانون المدني الفرنسي بثوبه الجديد هو مراعاته لأبرز ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في العقود الماضية. فالكثير من نصوص القانون المدني الفرنسي التي وضعت قبل أكثر من مائتي عام، منذ صدوره عام 1804، باتت غير قادرة على مواكبة التطورات الاقتصادية والثورة العلمية والتكنولوجية في مجال العقود وما ترتب عليها من مشكلات مستحدثة. وقد استشعر القضاء الفرنسي مبكراً مقتضيات هذا التطور فكان سريع الخطى في الاستجابة لها، فابتدع حلولاً ونظريات لمواجهة هذه المشكلات مستعيناً بمبدأ حسن النية باعتباره أداة لتحقيق التوازن والعدالة في نطاق العقود، ممهّداً بذلك الطريق أمام المشرع الفرنسي لإجراء إصلاحات تشريعية هي الأهم والأوسع في هذا الصدد، فعمد المشرع الفرنسي في إصلاحات 2016 إلى تبني الكثير من الاجتهادات القضائية في نصوص القانون الجديد.

لقد أدّى القضاء الفرنسي خلال العقود الماضية، دوراً كبيراً في تطوير وتحديث المنظومة القضائية القانونية في العديد من المجالات سواء التي تدخل ضمن إطار القانون العام أم القانون الخاص، وقد استطاع القضاء الفرنسي القيام بهذا الدور الإصلاحي أو التطويري عبر اجتهاداته القضائية، من خلال تفسير النصوص القانونية، وتطويع النصوص القانونية الموجودة بما يتناسب مع الوقائع المستجدة وظروف الحال، وبلورة العديد من القواعد والمفاهيم القانونية، ولم يَمُ القضاة بهذا الدور بمعزل عن الفقه، فكلّهما يعد مصدر إلهام وتصحيح للآخر.

وقد وفر هذا التعاون والتكامل المشترك بين الفقه والقضاء مادة خصبة وحلولاً مبتكرة من القضايا، وضعت تحت تصرف المشرع الفرنسي، من أجل إقرارها في النصوص القانونية إذا وجدت هذه الحلول مناسبة، أو نقضها بنصوص مخالفة إذا وجدها غير مناسبة، أو تطوير هذه الحلول بما يخدم مصلحة المجتمع وبما ينسجم مع سيادته التشريعية.

وقد تجلّى هذا الدور في موضوع الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، فمعظم النصوص والأحكام الواردة في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 كانت من صنع القضاء، إلا أنّه قد جرى إدخال بعض التعديلات عليها تحقيقاً للسياسة التشريعية التي يراها المشرع.

وقد أظهر المشرع الفرنسي من خلال ترسيخه للاجتهادات القضائية في نصوص القانون الجديد، تقديره لتلك الاجتهادات القضائية. وإقراره بأهمية الأحكام التي يصدرها القضاء، وهو ما يؤكد دور القضاء في صنع القانون.

وسوف نبين في هذا المبحث دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية في موضوع مبدأ حسن النية والالتزامات المتفرعة عنه. فقد اشتمل هذا القانون على العديد من التعديلات على مبدأ حسن النية في النظرية العامة للعقد، التي تم استنباطها من الاجتهادات والمبادئ التي رسخها القضاء على مدى عقود طويلة من الزمن وخصوصا في مجال المرحلة السابقة على التعاقد، والالتزام بالإعلام.

وبناء عليه، نقسم هذه المبحث إلى مطلبين: نخصص الأول لدراسة المفاوضات السابقة على التعاقد، ونخصص الثاني لدراسة الالتزام بالإعلام.

المطلب الأول

تقنين الاجتهادات القضائية في المفاوضات السابقة على التعاقد

إنَّ المفاوضات في المرحلة التي تسبق إبرام العقد تعد من أهم مراحل العقد،⁽¹⁾ وذلك بسبب ما تمثله من إمكانية إبرام العقد من عدمه، فهي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تمكن كلا من الطرفين من الاطلاع على التفاصيل الدقيقة كافة المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على كل من الطرفين. كما تتميز هذه المرحلة بالخطورة لما قد تؤدي إليه من مشاكل وخلافات قانونية تتعلق بالتزامات الأطراف خلالها أو بما تمثله هذه المرحلة من مسؤولية

(1) قد كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه لإرساء تعريف محدد للمرحلة السابقة على التعاقد، فقد ذهب الفقه الفرنسي الى تعريفها بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل أن هناك عروضاً وعروضاً مضادة، انظر:

J. GARBONNIER, Droit civil, 4-Les obligations, 20ed puf 1996, n° 28-b, P.7.

أشار إليه: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 63 . عزوبة شافي عرط المعموري: التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، 2008، ص 6 .

كما عرّفها بأنها تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات، والمساعي، والمشورات، وتبادل وجهات النظر، بهدف التوصل إلى اتفاق.

G. CORNU :Vocabulaire Juridique Ass. H. Capitant ,Puf ,1196 ,P.535.

أشار إليه: رجب كريم عبداللاه: المرجع السابق، ص 63 .

وعرفت أيضاً بأنها تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف المرحلة السابقة على التعاقد ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي. تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 1993، ص2. أشارت إليه: عزوبة شافي عرط المعموري: المرجع السابق، ص 6 .

على الطرف الذي يتسبب بقطع المفاوضات، أو بسبب تأثيرها الكبير على العقد بعد إبرامه في المستقبل لاحتمال تغيب إرادة أحد الطرفين في هذه المرحلة.

ورغم ذلك فقد بقي القانون الفرنسي قبل التعديل صامتاً بشأن مسألة المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد، فلم ينظم هذه المرحلة بنصوص قانونية خاصة، مكتفياً باهتمامه بمرحلتين فقط من مراحل العقد هما مرحلة الانعقاد ومرحلة التنفيذ، كما أنه لم ينظم المسؤولية المدنية التي تنشأ خلالها، وهذا هو السبب الذي دفع القضاء الفرنسي للتصدي لملاء الفراغ التشريعي من خلال العديد من الاجتهادات القضائية التي تضع المبادئ التي تحكم هذه المرحلة.⁽¹⁾

ثم جاء المشرع الفرنسي في تعديلات القانون المدني لعام 2016، ووضع لأول مرة في فرنسا تنظيمًا قانونيًا جديدًا لمرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، فقد تضمنت التعديلات نصًا صريحًا على الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وتنظيم المسؤولية عن قطع المفاوضات. وقد استند المشرع الفرنسي بشكل أساسي في ذلك إلى الاجتهادات القضائية الفرنسية.⁽²⁾ وهو ما سوف نبينه على النحو الآتي:

أولاً: تنظيم المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد:

رسخ المشرع الفرنسي في التعديلات ذات المبادئ التي رسخها القضاء لحكم مرحلة المفاوضات. حيث تنص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام. و تنص المادة 1112 منه على أن: " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرًا". فبموجب

⁽¹⁾ للمزيد انظر: أمين دواس: المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جيني، جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 1، المجلد الخامس، ٢٠٠٨، ص ١٧٥. حمدي محمود بارود: الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، كلية العلوم الإدارية والاقتصادية الجامعة الإسلامية، المجلد 20، العدد 2، فلسطين، 2012، ص 550 .

⁽²⁾ Simon Associates: Les nouveaux articles 1112 et suivants du code civil relatifs aux

negociations , La Lettre des réseaux . www.lettredesreseaux.com

انظر أيضا: حامد شاكر محمود: المرجع السابق، ص 260 .

المادتين 1104 و 1112 أصبح مبدأ حسن النية له الأولوية الكاملة، بأن يكون واجباً قانونياً مفروضاً على المتعاقدين في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، أي أن حسن النية لم يعد مقتصرًا على تنفيذ العقد كما كان منصوصاً عليه قبل التعديل.⁽¹⁾

وهذا الحل القانوني المتمثل في إقرار حسن النية في مرحلة المفاوضات تم بناؤه على ما استقرت عليه محكمة النقض بخصوص هذه المسألة. فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسيان قبل تعديل القانون المدني الفرنسي على إلزامية مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد على الرغم من عدم وجود نص صريح يحدده في القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016.⁽²⁾ فقد عرفت محكمة باريس في حكمها الصادر في 1992/5/23 المفاوضات العقدية بأنها: " اتفاق بمقتضاه يلزم أطرافه ببدا أو بمتابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل".⁽³⁾ كما ذهبت محكمة استئناف جرونوبل الفرنسية إلى أنه يجب أن يتسم سلوك الأفراد بحسن النية من أجل الوصول إلى مفاوضات ناجحة وطرح كافة المسائل الخاصة بالعقد النهائي وعدم تجنبها، وانتهت إلى أن تصرفات البائع تتعارض مع مبدأ حسن النية.⁽⁴⁾

كما أخضع المشرع الفرنسي في المادة (1112) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد فضلاً عن مبدأ حسن النية لمبدأ آخر هو مبدأ حرية التعاقد،⁽⁵⁾ ولكنه لم يجعل المبدأين على نفس الدرجة، بل جعل القاعدة هي مبدأ حرية التعاقد والقيود هو مبدأ حسن النية. فاستناداً لحرية التعاقد يمتلك كل طرف حرية الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، أو قطعها والانسحاب منها دون أن تترتب عليه أية مسؤولية طالما تم الالتزام

(1) تنص الفقرة الأخيرة من المادة 1134 من القانون الفرنسي قبل التعديل على أنه: ... يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية .

(2) ظفر محمد الهاجري: التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي أكتوبر 2016م بالمقارنة بالقانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 3، الكويت، 2017، ص 107 .

(3) أشار إليه: محمد محمد أبو زيد: المفاوضات في الإطار العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 12

(4) الدعوى رقم 3418 الحكم الصادر في 15 يونيو لعام 1994. أشار إليه: وائل حمدي أحمد: حسن النية في البيع الدولية، المرجع السابق، ص 253 .

(5) Simon Associates: Les nouveaux articles 1112 et suivants du code civil relatifs aux négociations , La Lattre des réseaux .

بمبدأ حسن النية، وبالنزاهة في التعامل. فمبدأ حسن النية يمثل قيداً يضبط سلوك الأطراف خلال المفاوضات منعاً للتعسف.⁽¹⁾

ولقد استمد المشرع الفرنسي هذا الحكم من الأحكام المختلفة للمحاكم الفرنسية التي أكدت في الكثير من الأحكام على العلاقة غير القابلة للفصل بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية خلال مرحلة المفاوضات، فعلى سبيل المثال قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأن: " حرية التعاقد تتضمن الحق في قطع المفاوضات، ولا يقيد هذه الحرية سوى التعسف في استعمال الحق في قطع المفاوضات من خلال خطأ متمثل بانتهاك الطرف الآخر من طبيعة تظهر أن سلوكه متعارض مع حسن النية".⁽²⁾ و في قضية أخرى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: " المحادثات خلال المرحلة السابقة على التعاقد تمثل نوعاً من المفاوضات العقدية، ولكن لا يتوافر بها وصف الإلزام، ويعني ذلك عدم وجود ثمة التزام على عاتق أي طرف بالتفاوض، كما يعني كذلك أن تعهد الأطراف بالتفاوض لا يستتبع بالضرورة التزامهم بإبرام العقد".⁽³⁾

ثانياً: المسؤولية السابقة على التعاقد:

(1) Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 . www.tribunauxdecommerce.fr

انظر أيضاً: كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 300 . هنيلر أسعد أحمد: نظرية العش في العقد: دار الكتب العالمية، لبنان، 2011، ص 153-154. عبد المنعم موسى إبراهيم: حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 7. محمود فياض: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 233. حسني محمود بارود: الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، المرجع السابق، ص 546 .

(2) Cass. Com . 26 nov . 2003 , bull. Civ. IV, n 186; D 2004, 869.

أشار إليه: يوسف شندي: المرجع السابق، ص 451 .

(3) نقض اجتماعي فرنسي في 17/1/1973، دالوز 1973142، نقض اجتماعي فرنسي في 17/5/1979، بلتان المدني 307، نقض اجتماعي فرنسي في 21/12/1977، دالوز 771978 . أشار إليه: خالد السيد محمد عبد المجيد: أحكام عفت العمل عن بعد، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2014، ص 226، هامش 1 .

تلعب المسؤولية المدنية دوراً إيجابياً وفعالاً في مرحلة المفاوضات على العقد، حيث إنها تسهم بشكل كبير في تحقيق الأمن والطمأنينة للأطراف المتفاوضة.

فاستناداً لمبدأ حرية التعاقد المنصوص عليه في المادة (1112) فإن لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات والعدول عنها متى شاء دون أن يتعرض للمسئولية، ولا يقيد من هذه الحرية سوى الالتزام بحسن النية المنصوص عليه في المادة (1104) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، إذ يتعين على كل طرف أن يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا أخل بهذا الالتزام وقطع المفاوضات بتعسف أو بسوء نية ونتج عن ذلك ضرر بالمتفاوض الآخر.⁽¹⁾ فمثلاً قد يحدث أن بعض الأطراف في مرحلة المفاوضات، قد تتخذ من عملية التفاوض ذريعة للاطلاع على الأسرار الفنية والمالية للمتفاوض الآخر، أو لإبعاده عن التفاوض مع الآخرين، أو لتعطيل الطرف الآخر وتأخير إبرام العقد النهائي المرتقب، أو بأن يعرض أحدهم على الآخر بيانات مغلوطة غير صحيحة، أو أنه ساهم بتصريحات أو مقترحات غير جادة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية لا عقدية كونها ناشئة عن مخالفة التزام قانوني وهو انتهاك مبدأ حسن النية.⁽²⁾ ولا يستثنى من هذا الحكم إلا حالة وجود اتفاق على التفاوض بين الأطراف.⁽³⁾

وهذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي في القانون الجديد، هو ذات الاتجاه الذي يسير عليه القضاء والفقه الفرنسي منذ زمن بعيد، حيث يؤكد القضاء الفرنسي أن المفاوضات لا تقيد حرية الأطراف في العدول، حيث يظل كل منهما محتفظاً بحريته في التعاقد أو عدم التعاقد، وأن قطع هذه المفاوضات يترتب عليه مسؤولية من قطعها إذا اقترن هذا العدول بخطأ. فالمحاكم الفرنسية تفرق في هذا الصدد بين صورتين من صور المسؤولية، فإذا كانت المفاوضات مصحوبة باتفاق

⁽¹⁾ للمزيد من صور قطع المفاوضات انظر : كريم عبداللّاه: المرجع السابق، ص 593 وما بعدها.

⁽²⁾ Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 . p4.

⁽³⁾ Simon Associates: Les nouveaux articles 1112 et suivants du code civil relatifs aux négociations , La Lattre des réseaux .

تفاوض، كانت المسؤولية عقدية لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين.⁽¹⁾ أما إذا لم يكن هناك اتفاق على التفاوض، فإن المسؤولية لا تكون إلا غير تعاقدية، على أساس أن المفاوضات تأتي في مرحلة لم ينعقد فيها العقد بعد، وبالتالي فإن أي خطأ يصدر من الأطراف خلال هذه المرحلة يترتب المسؤولية المدنية غير التعاقدية، والخطأ يتمثل في الإخلال بواجب عام يفرض مراعاة مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد.⁽²⁾ وهو ما يسلم به جمهور الفقهاء في فرنسا وينتصرون له بشدة.⁽³⁾

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي قضية مشهورة نظرتها محكمة النقض في 20 مارس لسنة 1972، حيث قامت شركتان بالدخول في مفاوضات شاقة من أجل شراء إحداها من الأخرى آلة لصنع المواسير من الأسمنت تنتجها شركة أمريكية، وأثناء التفاوض بعثت الشركة الراغبة في الشراء إلى الولايات المتحدة الأمريكية بمن عاين تشغيل الآلة متحملة وحدها نفقات رحلته، ثم طلبت من الشركة البائعة، وهي وكيل الصانع الأمريكي في فرنسا، معلومات إضافية لتختار على ضوءها

(1) لم يتردد الفقه والقضاء الفرنسيان في الاعتراف باتفاق التفاوض الصريح، فاعتبراه اتفاقاً حقيقياً، يترتب على عاتق طرفيه التزامات، يترتب على الإخلال به قيام المسؤولية العقدية. انظر: هلاير أسعد أحمد: نظرية الغش في العقد، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها. محمود فياض: مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية، المرجع السابق، ص 249. محمد حسين عبد العال: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 7.

(2) يجمع الفقه الفرنسي وبؤيده في ذلك القضاء، على أن التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق وصريح، ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني. للمزيد انظر: حمدي محمود بارود: المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لفصل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، الجامعة الإسلامية، المجلد 16، العدد 1، فلسطين، 2008، ص 847.

(3) للمزيد انظر: أمينة علوان: ملاحظات حول المسؤولية قبل انعقدية عن قطع المفاوضات في عقود التجارة الدولية، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، من 2-3 يناير 1993، ص 28. أشار إليه: حمدي محمود بارود: المرجع السابق، ص 551. رجب كريم عبد الله: المرجع السابق، ص 590.

النوع المناسب من الآلة، لكن الشركة البائعة بدلا من تسليم البيانات التي وصلتها من الصانع الأمريكي إلى الشركة الراغبة في الشراء، قامت ببيع الآلة إلى شركة أخرى منافسة، مع التزامها ببند في العقد بالامتناع مدة 42 شهرا عن بيع أي آلة مماثلة إلى الغير. أدان قضاة الموضوع الشركة البائعة لقطعها المفاوضات، وأيدتهم في ذلك محكمة النقض، معتبرة أن قطع المفاوضات يعد خطأ تقصيرا يقيم مسئوليتها لعدم وجود اتفاق تفاوض.⁽¹⁾ وبالمقابل قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية مصانع رينو الشهيرة، أن شركة رينو تعد مسئولة مسئولية عقدية لرفضها الدخول في التفاوض مع طالب العمل، الذي تعهدت تجاهه من قبل بأن تبحث معه إمكانية إعادته للعمل عندما يسمح بذلك نشاط المشروع. فقد استخلصت المحكمة من هذا التعهد وجود اتفاق تفاوض مبدئي بين الطرفين، وبناء عليه رأت أن الشركة مسئولة مسئولية عقدية بامتناعها عن الدخول في التفاوض مع طالب العمل رغم اكتمال تشغيل المشروع.⁽²⁾ وفي حكم آخر قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بأنه: "يحق للضحية، نتيجة الخطأ الذي وقع خلال مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد، الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه استنادا لأحكام المسؤولية التقصيرية."⁽³⁾ وفي حكم آخر قضت بأن: "قطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع، بعد أن بلغت مبلغا متقدما، مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية يعد ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية".⁽⁴⁾

⁽¹⁾ Cass.com.20 mars 1972 , J.C.P.1973, II, 17543.

أشار إليه: رجب كريم عبداللاه: المرجع السابق، ص 599 .

⁽²⁾ Cass , soc , 24 mars 1958 .precitee.

أشار إليه: كريم عبداللاه: المرجع السابق، ص 594 .

⁽³⁾ Cass. Com ., 11 janv , no 82-13259; encore cass. Com., 18 sept 2012 n 11-19629.

أشار إليه: يوسف شندي: المرجع السابق، ص 452 .

⁽⁴⁾ أشارت إليه: هاديير أسعد أحمد: المرجع السابق، ص 143، هامش 1.

ويشترط لقيام المسؤولية السابقة على التعاقد تحقق أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وهنا يقع عبء إثبات الخطأ والضرر، على عاتق المضرور، وهو ذات التوجه القضائي السابق الذي كان يرفض ولا يزال ترسيخ قرينة الخطأ خلال مرحلة المفاوضات.⁽¹⁾

وفيما يتعلق بالتعويض المترتب على قطع المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد نقضي المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بأنه في حال ارتكاب خطأ في المفاوضات، فإن تعويض الضرر الناجم عن ذلك، لا يجوز أن يتضمن تعويضاً عن فقدان المكاسب التي كان يمكن تحقيقها من العقد الذي لم يبرم ولا فوات فرصة الحصول عليها. وبموجب هذه المادة فإن التعويض يقتصر على ما لحق بالضحية من خسارة، و قد استبعد هذا النص صراحة الكسب الفائت وفوات فرصة الحصول عليه.

والمشرع الفرنسي يتبنى المفهوم الضيق للضرر الواجب التعويض عنه في هذه المرحلة، وهو ذات المفهوم الذي تبناه القضاء والفقه الفرنسي بحيث يقتصر التعويض على الضرر الفعلي الذي أصاب الضحية،⁽²⁾ ويدخل ضمن الضرر الذي يجب جبره مصروفات المفاوضات،⁽³⁾ كنفقات التنقل والإقامة والدراسات المبدئية، ونفقات الخبراء والمستشارين، والوقت الضائع، ونشر المعلومات السرية التي تم الحصول عليها خلال المفاوضات السابقة على التعاقد وجميع النفقات التي تحملها المضرور و كان بالإمكان تجنبها، كما يشمل التعويض الأضرار المعنوية كالمساس بالسمعة والصورة،⁽⁴⁾ وإذا أسهم الضحية في وقوع الضرر، فيتم التعويض بمقدار مساهمته في وقوع

⁽¹⁾ Csa. 3e civ., 31 janv. 2006, pourvoi n 05-11. 279; com. 11 juill. 2006, pourvoi n 04-16. 773.

أشار إليه: يوسف شندي: دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرجع السابق، ص 457.

⁽²⁾ كاظم علي النشمري: المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، جامعة ديالى، العدد 27، العراق، 2006، ص 218.

⁽³⁾ Cass.com. 20 mars 1972, J.C.P. 1973, II, 17543.

أشار إليه: رجب كريم عبداللّاه: المرجع السابق، ص 624، هامش 1.

⁽⁴⁾ Cass. Com., 9 fev. 1981, D. 1982, p 4.

أشار إليه: رجب كريم عبد اللّاه: المرجع السابق، ص 627، هامش 4.

الضرر.⁽¹⁾ ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية قام مالك عقار بالتفاوض مع زوجين يرغبان في شرائه، وعندما وجه إليهما إيجاباً بالبيع طلباً منه تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء، وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار أعلن الزوجان رفضهما للإيجاب نهائياً وعدلاً عن التعاقد دون إبداء أي سبب، فتمسك الموجب بأنّ الرفض جاء متأخراً، وطالب بتعويضه عن ضياع الوقت، وقد عابت محكمة النقض على قضاة الموضوع رفضهم طلب صاحب العقار، وقضت على الزوجين بوجوب تعويضه عن ضياع الوقت في المفاوضات، لكونهما لم يأخذوا بعين الاعتبار أن صاحب العقار الموجب كان قد اعتقد التزامه بالبقاء على إيجابه، مما دفعه إلى عدم التصرف في عقاره طيلة هذا الوقت.⁽²⁾ وكما قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء في حيثياته: "... لما كانت نهاية المحادثات قد حالت دون أن يبرم العقد، نتيجة للاقتراحات غير المقبولة والشاذة التي قدمها أحد الأطراف فيها، فإنه يكون ملزماً بالتعويض النقدي للطرف الآخر، لما تكبده من خسائر مادية ومعنوية في سبيل التعاقد على الصفة معرض النزاع، لاسيما ما دفعه للمنافسين الآخرين له في عدم مزاحمته على هذا التعاقد ...".⁽³⁾

⁽¹⁾ للمزيد انظر: رجب كريم عبداللّاه: المرجع السابق، ص 624 وما بعدها. هلاير أسعد أحمد: المرجع السابق، ص 188 وما بعدها.

Cass.civ ., 30 nov, 1971, Bull. IV. N 288, p. 270

أشار إليه: رجب كريم عبداللّاه: المرجع السابق، ص 614، هامش 3.

⁽²⁾ Cass. Civ . '9 jan v. 1977, d.1977, p.593.

أشار إليه: رجب كريم عبد اللّاه: المرجع السابق، ص 627، هامش 1.

⁽³⁾ Cass. civ: com. 21 Janv: 1971: J.C.P. 1972. II. 16729.

أشار إليه: محمد إبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ط1، 1990، ص101.

المطلب الثاني

تقنين الاجتهادات القضائية في مجال الالتزام بالإعلام

إنَّ الالتزام بالإعلام⁽¹⁾ يوجب على المدين به أن يقدم للطرف الآخر المعلومات والبيانات الصحيحة واللائمة لإيجاد رضا واجٍ مستتير على دراية بجميع تفاصيل العقد المزمع إبرامه.

ويعرف الفقه الالتزام بالإعلام بتعريفات عديدة منها: "إنَّه التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين (سواء كان طرفاً في العقد المزمع إبرامه - أحدهما أو كليهما أو الأغيار على هذا العقد) بإعلام الدائن سواء كان أحد طرفي العقد أم كليهما في ظروف معينة إعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد".⁽²⁾ ويعرفه البعض الآخر من الفقه "بأنَّه التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأنَّ يقدم للمتعاقد الآخر قبل إبرام العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بالتفاصيل كافة لهذا العقد، لظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة وصفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح الثقة المشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناءً على هذه الاعتبارات جميعاً بالالتزام بالإدلاء بالبيانات".⁽³⁾

ولقد ظهرت الحاجة إلى هذا الالتزام على أثر التطور التقني والتكنولوجي، وما رافقه من تعقيد متزايد في العقود الحديثة التي يتم إبرامها غالباً بين شخص محترف وآخر غير محترف. هذا كله

(1) وهذا الالتزام له أكثر من مصطلح قانوني كالالتزام بالتبصير أو الالتزام بالإفشاء أو الإخبار. للمزيد انظر: سهير منتصر: الالتزام بالتبصير، السيد محمد السيد عمران: الالتزام بالإخبار، دار المطبوعات الجامعية، 1994. غالب كامل المهيترات: الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2018.

(2) خالد جمال أحمد: المرجع السابق، ص 90.

(3) نزيه محمد صادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالتبصير بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 15.

أدى إلى حدوث اختلال في مراكز أطراف العلاقة العقدية نتيجة عدم التوازن في المعرفة بين ما يعرفه أحد أطراف العقد مقارنة بالطرف الآخر.⁽¹⁾

ونتيجة للفراغ التشريعي وكثرة الدعوى لإبطال العقود بالاستناد للغلط أو التدليس أو ضمان العيوب الخفية، تصدى القضاء الفرنسي لذلك، من خلال البحث عن الوسائل التي تمكنه من سد هذا الفراغ وإعادة التوازن بين طرفي العقد، فاستطاع القضاء الفرنسي استناداً إلى العديد من النظريات والمبادئ القانونية، أهمها مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود في التعامل بين المتعاقدين من الوصول إلى

(1) هناك عدد من الاعتبارات التي دفعت باتجاه إقرار هذا الالتزام لعل من أبرزها أن هذا الالتزام السابق على التعاقد يعمل على حماية الرضا من العيوب بمساهمة في تكوين الرضا السواعي المتبصر، ففي القرن الماضي كان الاعتبار لمبدأ حرية الإرادة، أما في الوقت الحاضر فإن الحاجة تزداد لمبدأ الوقاية خير من العلاج، وإعطاء الأهمية للجوانب الوقائية والاحترازية قبل الوقوع أكثر من إعطاء هذه الأهمية للموضوع بعد الوقوع، ويعد الالتزام بالإعلام السابق على التعاقد خير تطبيق لهذا المبدأ بتوقي حدوث عيوب الرضا، ويحمي الإعلام السابق على التعاقد حسن النية والثقة المتبادلة بين الطرفين في مرحلة تكوين العقد، بإلزام الطرفين في مرحلة المفاوضات العقدية بعدم كتمان المعلومات الضرورية للتعاقد، وضرورة قيام الطرف الذي يعلم بنوايا الطرف الآخر بإمداده بكل المعلومات التي تؤدي إلى تشوير رضائه، وتنبهه لما سيعود عليه من نفع وما قد يلحق به من ضرر حين استعمال محل العقد أو الانسحاب به بعد التعاقد، وهو في الأخير يساهم في إعادة التوازن العقدي، وخاصة في العلاقة ما بين المستهلك والمهني عندما يكون عرضة للاختلال نتيجة الفجوة في المعرفة بين المتعاقدين، للمزيد حول مبررات الالتزام بالإعلام: انظر: سلام عيد الزهرة عبد الله الفتلاوي: نطاق العقد، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، العراق، 2006، ص 125. خالد جمال أحمد: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص 130. بن سالم المختار: الالتزام بالإعلام كإلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها. أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 107.

هدفه بإقراره الالتزام بالإعلام،⁽¹⁾ الذي يكفل للمتعاقدين الحماية القانونية، ويمكن من خلاله تلافي حالة إبطال العقد نتيجة الضرر الناجم عن عدم العلم.

ورغم ما بذله القضاء الفرنسي من جهد لصياغة التزام متين بالإعلام يحفظ التوازن بين طرفي العقد، إلا أنه عجز عن توفير الحماية المطلوبة نتيجة وجود العديد من القيود التشريعية التي أدت إلى صعوبة إثباته، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل وتوفير الحماية للمتعاقدين من خلال نصه على الالتزام بالإعلام في العديد من القوانين مثل قانون حماية المستهلك،⁽²⁾ قانون العمل، قانون التجارة، وغيرها. واستمر المشرع الفرنسي في إدخال التعديلات لتوفير الحماية لمن يحتاجه وصولاً إلى آخر تعديلات صدرت عنه في القانون المدني الفرنسي في عام 2016، فقد استحدث المشرع ضمن النظرية العامة للعقد المادة (1112)، حيث أكد في إطار هذه المادة على أن الالتزام بالإعلام هو التزام عام منبثق من الالتزام الأساسي بحسن النية، كما قام المشرع بتغيير حدود هذا الالتزام، وبين الشروط اللازمة لقيام هذا الالتزام، وعلى من يقع عبء إثبات القيام به، وكذلك شمل التعديل الجزاء المطبق في حالة الإخلال بهذا الالتزام.

والواقع أن مضمون هذه المادة المستحدثة الجديدة ما هو في حقيقة الأمر سوى ترسيخ للاجتهادات القضائية في هذا الإطار، والتي أسست لنظرية الإعلام في العقود، إلا أن المشرع الفرنسي قام بإجراء بعض التعديلات في شروط فرض هذا الالتزام والتي تمثل خروجاً جزئياً عن الاجتهادات القضائية.

(1) أسعد ذياب: ضمان العيوب الخفية وتخلف الوصف: دار اقرأ للطباعة، لبنان، 1983، ص 277. بن سالم السخّار:

الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 100. يوسف الشندي: دور القضاء الفرنسي في

الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرجع السابق، ص 462.

(2) نصت المادة (1-111) من قانون المستهلك الفرنسي على أن: "كل مهني، بائع لسلع أو مجهز للخدمات، يجب عليه عند إبرام العقد أن يضع المستهلك في موضع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للسلع والخدمات. سلام عبدالزهره عبدالله الفنلاوي: نطاق العقد، المرجع السابق، ص 125. محمد صديق محمد وحسان علي مسلم: الالتزام قبل التعاقد في الإعلام المستهلك، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل المجلد 18، العدد 63، السنة 20، العراق، 2018، ص 292.

وعليه سوف نبين دور القضاء في ترسيخ الالتزام بالإعلام الوارد في المادة (1-1112) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ، من خلال بيان أساس الالتزام، حدوده، و شروط تطبيقه، وجزاء انتهاكه، على النحو الآتي:

أولاً: أساس الالتزام بالإعلام:

تعتبر المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 أساساً للالتزام بالإعلام في القانون الفرنسي، حيث اشترطت هذه المادة حسن النية على الأطراف و فرضته بقواعد أمره كأساس يحكم العقد ووسعت من مجاله ليشمل مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد ومرحلة تكوين العقد وتنفيذه، بمعنى أن المشرع الفرنسي في هذه المادة المستحدثة جعل حسن النية التزاماً يفرض على عاتق طرفي التعاقد في جميع مراحل العقد بدءاً بالمفاوضات ومروراً بالانعقاد ولا ينتهي إلا بانتهاء تنفيذ العقد. ونتيجة لسيادة مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد وخاصة المرحلة السابقة على التعاقد واعتباره التزاماً جوهرياً لا يمكن مخالفته أو الحياد عنه؛ لأنه من النظام العام، أثر بشكل مباشر على الالتزام بالإعلام من خلال اعتبار هذا الالتزام منبثقاً عن مبدأ حسن النية، ومن ثم يأخذ ذات الطبيعة. فأهم مظهر من مظاهر حسن النية وخاصة في مرحلة المفاوضات أن يقوم كل طرف بإعلام الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المراد إبرامه، حتى يتسنى للطرف الآخر أن يقدم على التعاقد بإرادة سليمة متتورة.

وهو نفس اتجاه القضاء الفرنسي الذي كان يؤسس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية استناداً إلى نص المادة 1134 من القانون الفرنسي قبل التعديل،⁽¹⁾ ففي الكثير من الأحكام ربط القضاء

(1) اختلف الفقه والقضاء حول الأساس الذي يستند إليه الالتزام بالإعلام خاصة أن القانون المدني الفرنسي قبل التعديل لم يتضمن نصاً ينظم هذا الالتزام، وقد طرحت العديد من الآراء لبيان أساس الالتزام بالإعلام، فقيل إنه التزام تبعية يستند على ضمان العيوب الخفية وضمن التعرض باعتبار أن ما يوجد في المبيع من صفات خطيرة هو في حقيقته عيب خفي يتوجب على المتعاقد بيانه، ولذلك نصت المادة 1645 من القانون الفرنسي قبل التعديل بمسؤولية البائع عن الضرر الذي يلحق المشتري بسبب عيب المبيع الذي كان يعلم به بحكم طبيعة عمله، ومسح ذلك لم يعلم المشتري به. كما قيل بأن أساس الالتزام بالإعلام يتجسد في وجود اتفاق ضمني بين الأطراف يلتزم بمقتضاه البائع بتصوير المشتري من خلال إعلامه بجميع الأمور التي يمكن أن تؤثر على العقد، وذهب جانب من الفقه إلى تأسيس الالتزام بالإعلام إلى المسؤولية غير التعاقدية باعتبار عدم

الفرنسي بين الالتزام بالإعلام ومبدأ حسن النية، ومن هذه الأحكام حكم لمحكمة الاستئناف لمخالفته للمادة 1134 من القانون المدني قبل التعديل برفضه طلب فسخ العقد بالرغم من إخلال البائع بالتزامه بالإعلام بعدم إفضائه للمشتري بوجود نزاع قضائي حول قطعة أرض مجاورة للقطعة المشتراة مملوكة لنفس البائع، ومن شأن هذا النزاع تأخر المشتري في البدء في بناء المسكن الذي يريده وهو ما يعتبر من الصفات الجوهرية التي يتعين الإفضاء بها للمشتري.⁽¹⁾ وعليه فإن الالتزام بالإعلام في القانون الفرنسي في ظل التعديلات الحديثة يستند إلى الالتزام بحسن النية.

ثانياً: شروط الالتزام بالإعلام:

استناداً للمادة 1/1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 يمكن حصر الشروط الخاصة بالالتزام بالإعلام في القانون الفرنسي بثلاثة شروط:

أ- **معرفة المعلومات من قبل المدين بالإعلام:** تنص للماد (1-1112) على أنه: "يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومات مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه. على الرغم من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء. تعد معلومات لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف. يقع على من يدعي أن معلومة كانت واجبة له إثبات أن الطرف الآخر كان مديناً له بها،

الإعلام بالمخاطر والعيوب يشكل إخلالاً بالالتزام قانوني عام مفاده عدم الإضرار بالغير، إلا أن أهم ما قيل كأساس للالتزام بالإعلام إنه يستند على مبدأ حسن النية والثقة في التعامل. انظر بن سالم المختار: الالتزام بالإعلام كألية لحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها. فايز أحمد عبدالرحمن: عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد: دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص 44.

⁽¹⁾Cass. Civ. 3 em ch. 30 Juin 1992. R.J.D.A. 1992 N1115. P.898. 212.

أشار إليه: حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإدلاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 109.

ويقع على هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له. لا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده. ⁽¹⁾ وبناء على هذا النص يقتصر التزام المدين بالإعلام تجاه الدائن على تقديم المعلومات التي كان يعلمها فعلاً، وبالتالي فإن المدين إذا كان يجهل المعلومات لا يقع على عاتقه واجب التحري والاستعلام عن تلك المعلومات حتى يعلم الطرف الآخر بها.

فلا يوجد في النص قرينة على وجوب العلم، بل العلم الفعلي كما جاء في نص المادة السابقة. وبعبارة أخرى فإن المشرع الفرنسي لم يجعل علم المدين بالالتزام بالإعلام بالمعلومات الخاصة بالعقد المراد إبرامه علماً مفترضاً.

كما أن المشرع لم يفرق في هذه المادة بين أن يكون المدين بالإعلام مهنيًا أو محترفًا أو غير ذلك، فهذا النص يطبق على جميع المتعاقدين بغض النظر عن صفاتهم.

والمشرع الفرنسي في هذا الموضع من المادة 1/1112 يخالف الاتجاه الذي تبناه الفقه والقضاء الفرنسيان، ⁽²⁾ التي كانت تضع قرينة على علم المدين بالالتزام بالإعلام بالمعلومات الخاصة بالعقد المراد في حالة كونه مهنيًا ومحترفًا. ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذه القرينة بالنسبة للمهني المحترف سواء كان بائعًا أم مشتريًا، دائنًا أم مدينًا في العديد من أحكامها، منها حكمها الذي جاء فيه: " إنه يقع على عاتق الدائن بالالتزام بالإعلام عبء إثبات علم الطرف الآخر بالبيانات اللازمة، فصفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أهم الفرائض التي يستفاد منها علم المدين بالمعلومات التي يتطلب تكوين رضا مستتير للطرف الآخر في العقد. ⁽³⁾ كما قضت بأنه: " يتعين على كل من أخذ على عاتقه مهمة الإعلام وتبصير غيره أن يستعلم قبل القيام بهذا الدور. ⁽⁴⁾ ومن الأحكام القضائية لمحكمة النقض الفرنسية حكمها الذي قضت فيه بأنه: " يتعين

(1) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 34 .

(2) انظر: خالد جمال أحمد: المرجع السابق، ص 284. غالب كامل المهيترات: المرجع السابق، ص 222 وما بعدها. هندير أسعد أحمد: المرجع السابق، ص 159.

(3) Cass. Civ . 27 nov 1972 .Dalloz.1972 . p 211 .

نقض مدني فرنسي 1972/11/27 دالوز 1972 ص 211 . أشار إليه: سعيد سعد عبدالسلام: الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 35.

(4) Cass. Civ.2er ch . 19 oct 1995.D. 1995 . Jur.p 499.

أشار إليه: غالب كامل المهيترات: المرجع السابق، ص 226 .

على كل بائع لآلة أو جهاز أن يستعلم ويتحرى عن مدى احتياجات المشتري ثم يقوم بعد ذلك بتبصيره وتوعيته حتى يتمكن من إبرام العقد في وضوح ومعرفة من كل الجوانب⁽¹⁾.

والحق أنَّ هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي ينطوي على مخاطرة كبيرة بأمن وسلامة المتعاقدين، خاصة إذا كان أحد طرفي العقد مستهلكًا، والأحوط أن نسلم بأن المدين بالإعلام لا يلتزم فقط بالإدلاء بالمعلومات التي يعلمها فعلاً فقط، وإنما أيضًا بالمعلومات التي كان من المفروض فيه حتماً أن يعلمها حتى يتسنى للطرف الآخر أن يقدم على التعاقد بإرادة سليمة متتورة.

ب- أن تكون المعلومات ذات أهمية وتأثير على رضا الطرف الآخر: تنص الفقرة 1 من المادة (1112-1) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أن: "يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر أن يعلمه بها...".⁽²⁾ وعليه فإن الالتزام بالإعلام في القانون الفرنسي لا يتعلق إلا بالمعلومات التي تؤثر بصورة مباشرة في إرادة الدائن خلال فترة المفاوضات وأن جهله أو تضليله ببعض تلك المعلومات قد يدفعه إلى إبرام ذلك العقد، ومن ثم يتحقق إخلال المدين بالتزامه بالإعلام. أما لو كانت المعلومات غير المعلن عنها ثانوية وغير مهمة في نظر المستهلك فلا يمكن القول بأن هناك التزاماً على البائع بالإفصاح عنها إلى الدائن.

وتبين الفقرة 3 من هذه المادة المعلومات التي تعتبر ذات تأثير على رضا الطرف الآخر: "... تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف".⁽³⁾ والبيانات التي يلتزم المدين بهذا الالتزام بالإدلاء بها حسب هذا النص هي البيانات المتعلقة بمضمون العقد أو صفة المتعاقدين. فكل معلومة مهمة ومؤثرة في نظر الدائن متعلقة بمضمون العقد، كمحل العقد، وصفاته

كما قضت بأنه: "بتعين على البائع المحترف في تجارة المركبات أن يستعلم ويتحرى وأن يحتاط بنفسه بطلب كل الإيضاحات اللازمة".

Cass. Com 10 fevr 1987. Bull. Civ. IV, no: 4

أشار إليه: غائب كامل المهيئات: المرجع السابق، ص 223.

⁽¹⁾ Cass. Com. 14 Dec 1992. D. 1993. Somm. 237. obs. o. tour nafond.

أشار إليه: غائب كامل المهيئات: المرجع السابق، ص 223.

⁽²⁾ ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 34-35.

⁽³⁾ المرجع السابق، ص 35.

الجوهرية أو متعلقة بصفات الأطراف كالحالة المدنية والتخصص، والمؤهلات العلمية، وتعتبر سنوات الخبرة معلومات مؤثرة ويلتزم المدين بالإفصاح عنها إلى الدائن.⁽¹⁾

ويهدف المشرع من هذا الحكم إلى تحقيق التوازن المعرفي بين طرفي العقد، وإحاطة الدائن بالالتزام بالإعلام بما لم يحط به علماً، ويكون على بينة من أمره في التعاقد أو الإحجام عن التعاقد وفق ما يراه مناسباً على ضوء حاجاته وهدفه من التعاقد.

وترسخ هذه المادة اتجاه القضاء الفرنسي الذي حكم في العديد من القضايا بأن المدين بالإعلام كان يقصد من وراء تقديم معلومات كثيرة غير مؤثرة وقليلة الفائدة، هو إبعاد نظر وانتباه المتعاقد الآخر عن معلومات جوهرية معينة.⁽²⁾

ويستثني من التزام المدين بالإدلاء بالمعلومات الجوهرية التي من شأنها التأثير بصورة مباشرة في رضا الطرف الآخر المعلومات المتعلقة بتقدير السعر أو الثمن، حيث تنص المادة 1/1112 الفقرة 2 على أنه: "وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء."⁽³⁾ وبالتالي لا يلزم المدين بالالتزام بالإعلام، بالإفصاح للدائن عن السعر أو القيمة الحقيقية لمحل العقد، حتى لو كانت هذه المعلومة مهمة وذات تأثير على رضاه، وهذا ذات الاستثناء الذي رسخه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، منها حكم محكمة النقض الفرنسية الذي قضت فيه بأن: "لا يقع أي التزام بالإعلام على عاتق المشتري، ولا يلزم بالكشف للبائعة عن الثمن الحقيقي لهذه اللوحات أو الصور، حتى لو قام بشرائها بثمن بخس، ولأنه لو كان لدى البائعة علم بثمن اللوحات الحقيقي لما قامت أبداً بالتعاقد."⁽⁴⁾

(1) ولقد اختلف الفقه حول معيار تحديد البيانات الجوهرية والمؤثرة في رضا الدائن بالالتزام بالإعلام التي يلزم المدين بالإفصاح عنها، للمزيد انظر: خالد جمال أحمد: المرجع السابق، ص 366. غالب كامل المهيترات: المرجع السابق، ص 86.

(2) Cass. 3e civ., 26 juin 1991, 1991, n 89-21325; Bull. civ. III, n 194.

أشار إليه: يوسف شندي: المرجع السابق، ص 468

(3) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 35.

(4) Cass. Civ., 3 mai 2000, n 98-11381. Bull. civ. III, n 194.

أشار إليه: يوسف الشندي: المرجع السابق، ص 468. إن هذا الترجحه لمحكمة النقض الفرنسية يتفق مع رفض القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 للغبين كعيب مع عيوب الرضا

أ- جهل الدائن بالإعلام بالمعلومات التي تؤثر على رضاه: تنص المادة 1/112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: " متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعًا أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه..."⁽¹⁾ استنادًا لهذه الفقرة فإن الالتزام بالإعلام لا يقوم إلا في الحالة التي يكون فيها الدائن بهذا الالتزام جاهلاً للمعلومات والبيانات اللازمة للتعاقّد. وعليه فإنّ المشرّع يفرض على الدائن بالإعلام التزامًا بالاستعلام بنفسه عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد الذي يريد إبرامه، فإذا كان عالمًا بتلك المعلومات أو من السهل عليه العلم بها باللجوء إلى المصادر المتاحة أو كانت هذه المعلومات معلومة لدى الجميع عندها ينتفي التزام المدين تجاهه بإبلاغه بمثل تلك المعلومات.

واشترط المشرّع لتحقيق جهل الدائن بالمعلومات العقدية توافر حالتين: أولها حالة الجهل المشروع أو المبرر بالمعلومات، ويكون جهل الدائن مشروعًا إذا استحال عليه العلم ببيانات العقد استحالة مادية أو موضوعية.⁽²⁾ أما الحالة الثانية فهي حالة الجهل المستند إلى الثقة التي يوليها الدائن

في المادة 1168 التي تنص على أنه: في العقود الملزمة للجانبين، لا يكون عدم تعادل الأداءات سببًا لبطلان العقد، ما لم ينص القانون على غير ذلك". ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 67.

⁽¹⁾ المرجع السابق، ص 35 .

⁽²⁾ تكون الاستحالة الموضوعية: إذا تعذر على الدائن العلم بها بسبب حيازة المادية للشيء محل العقد بواسطة المتعاقد الآخر، وفي هذه الحالة يستحيل معها على المتعاقد، أن يعلم بكافة البيانات المتعلقة بالشيء محل العقد وغالبًا ما يكون ذلك في العقود التي يكون محلها إعطاء شيء، فالدائن يستحيل عليه أن يعلم بأوصاف الشيء محل العقد وهو في حيازة الطرف الآخر. أما الاستحالة الشخصية: فهي التي تتحقق في حالة الدائن المتمثلة في عدم خبرته في مجال العقد المراد إبرامه، خاصة في المجالات الفنية المعقدة التي يكون فيها المدين خبيرًا و محترفًا فيها، فيتلزم لذلك بإعلام الدائن غير المحترف. أما لو كان الدائن مهنيًا محترفًا فعلمه مفترض بذلك المنتج وطريقة استعماله. انظر: رجب كريم عبد السلام: المرجع السابق، ص 443. خالد جمال أحمد: المرجع السابق، ص 85 وما بعدها . حنيفة بنقصة: الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، رسالة

للمدين، وهي الثقة التي تفرضها بعض العقود بسبب طبيعتها كالعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي أو بسبب صفة معينة في أحد الطرفين كالصانع والطبيب والعقود التي تبرم بين الأقارب.⁽¹⁾

والمشزع في هذا الحكم الذي تضمنته المادة 1/112 يقن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث اشترط الفقه والقضاء لقيام الالتزام بالإعلام أن يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلاً بالبيانات العقدية اللازمة، وأن يكون جهله هذا مشروعاً.⁽²⁾ فقد أكدت أحكام محكمة النقض الفرنسية على أن الدائن بالإعلام إذا كان مهنيًا "محترفاً" فعلمه مفترض، وبالمقابل فإن الدائن غير المحترف يفترض فيه أنه جاهل جهلاً مشروعاً، ويقع على عاتق المدين حينئذ عبء إثبات العكس.⁽³⁾ ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها. "بأنَّ البائع المنتج للمنتجات التي تحمل اسماً "خاصاً" بها لا يكون ملزماً بأن يرفق طريقة الاستعمال في مواجهة شخص المشتري

ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2013، ص 53. بن سالم المختار: المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

(1) الثقة المشروعة المستندة إلى طبيعة العقد: توجد عقود لا تتعارض فيها مصالح الأطراف المتعاقدة حيث يعد التزام كل طرف مكملًا لالتزام الطرف الآخر، مثال ذلك عقد الوكالة أو العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كمقد الشركة والعمل فلا بد من وجود ثقة بين أطراف هذه العقود، ففي عقد الوكالة لا بد على الموكل أن يعلم الوكيل بكافة البيانات التي تتعلق بالتعريفات المنوطة إلى الوكيل وكذلك الحال بالنسبة لعقدي الشركة والعمل حيث يبطل كل منهما عند إفلاس الشريك إذا كان قد أخفى حقيقته هذه عند التعاقد وكذلك بطلان عقد العمل عند إخفاء العامل صفاته المرتبطة بالعمل المنوط إليه إتمامه. أما بالنسبة إلى الثقة المشروعة المستندة إلى صفة الأطراف: فتتمثل بالثقة المشروعة في المعاملات التي تتم بين الأصول والفروع والتي تستلزم إعلام الطرف الآخر بكل تفاصيل العقد مراعاة لأواصر القرابة وروابط المحبة التي تشيع بين أفرادها. في حالة توافر صفة معينة في المدين بالإعلام تجعله يستأثر بالعلم بالمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، كما في حالة التعاقد مع شخص مهني أو محترف في مجال العقد. حفيظة بركة: المرجع السابق، ص 54. بن سالم المختار: المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

(2) انظر: رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 441. غالب كامل المهيترات: المرجع السابق، ص 223، حفيظة

بركة: المرجع السابق، ص 54.

(3) انظر: رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 442.

الذي يجب عليه بحكم صفته المهنية أن يعرف جيداً صيغة هذا الاستعمال".⁽¹⁾ كما قضت باستبعاد مسؤولية البائع الذي لم يعلم المشتري باحتياطات الاستعمال لكون الأخير محترفاً،⁽²⁾ وقضت أيضاً بأن على المشتري المحترف أن يأخذ حذره.⁽³⁾

ثالثاً: حدود الالتزام بالإعلام:

تنص المادة 1/1112 على أنه: "لا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده...".⁽⁴⁾ أكد المشرع في هذه المادة على أنه لا يجوز للأطراف وضع حدود للالتزام بالإعلام أو تقييده، فضلاً عن عدم إمكانية استبعاده.

وهنا يظهر جلياً ربط المشرع الفرنسي للالتزام بالإعلام بحسن النية. فعدم تمكين الأطراف من استبعاده أو وضع حدود له يتماشى تماماً مع مقتضيات حسن النية الذي فرضه المشرع كالتزام قانوني عام في جميع مراحل العقد لا تجوز مخالفته لتعلقه بالنظام العام. واستناداً لذلك جعل المشرع الفرنسي من الالتزام بالإعلام قاعدة من قواعد النظام العام لا يمكن للأطراف استبعادها أو الخروج عليها، وقد وسع المشرع من نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الموضوع ومن حيث الزمان وهو ما سنراه الآن:

أ- نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الموضوع: إن نطاق الالتزام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 يمتد ليشمل ضرورة تقديم كل ما يتعلق بمضمون العقد

(1) Cass. Com., 8 janvier 1973, Bull. Civ., IVN., 16

أشار إليه: عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 239.

(2) Versailles, 13 mai 1988, D. 1988, IR . 203 .

أشار إليه: رجب كريم عبداللّاه: المرجع السابق، ص 442.

(3) Cass.civ . 18 Dec 1962, D. 1963, p. 114 .

أشار إليه: رجب كريم عبداللّاه: المرجع السابق، ص 442 .

(4) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 35 .

وصفة الأطراف من بيانات ومعلومات يمكن أن تؤثر على إرادة المتعاقد الآخر دون تحديد لهذه المعلومات، كما بينا ذلك سابقاً في شروط الالتزام بالإعلام.⁽¹⁾

فكل معلومة مهمة مؤثرة في نظر الدائن متعلقة بالعقد يلزم المدين بالإفصاح عنها إلى الدائن، والبيانات المتعلقة بالعقد تختلف باختلاف المحل الذي يرد عليه بالعقد، فقد تتعلق بالوضع القانوني لمحل العقد وما يرد عليه من حقوق عينية أو شخصية أيًا كانت طالما أن تلك الحقوق تتعلق بانتفاع الطرف الآخر به.⁽²⁾ وقد يكون الإدلاء بالبيانات منصباً على الوضع المادي لمحل العقد فيبين أوصافه وخصائصه الأساسية، والتمن، ومصاريف التسليم وغيرها.⁽³⁾ وخاصة في العقود التي تتضمن التزاماً بأداء شيء أو نقل حق، كما في البيع والإيجار والعارية، ذلك أن الالتزام بالإعلام السابق على التعاقد يعتبر التزاماً مستقلاً في تلك العقود في مرحلة إبرام العقد.⁽⁴⁾ ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على تقديم المعلومات بالوضع القانوني أو المادي لمحل العقد فقط بل يمتد إلى الالتزام بتقديم النصح والإرشاد حول كيفية استعمال الشيء محل العقد، فضلاً عن التحذير

(1) اشترط المشرع الفرنسي أن يتم الإدلاء بالمعلومات كتابة وبشكل واضح ومفهوم من خلال استخدام عبارات سهلة الفهم يمكن إدراك معناها من قبل الشخص العادي بعيداً عن الأنفاظ المعقدة التي لا يمكن إدراك المقصود منها، من قبل الشخص المعاد، والكتابة مشترطة للإثبات وليس الانعقاد، كما يجب أن يتم تنفيذ هذا الالتزام من خلال استعمال اللغة الوطنية، وهذا ما نصت عليه المادة 2 من القانون رقم 94-665 الصادر بتاريخ 1998/8/4 المعدل والمسنم لقانون المشتري. حفيظة بنقة: المرجع السابق، ص 33 .

(2) انظر: غالب كامل المهيبرات: المرجع السابق، ص 81 .

(3) أورد المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1993 مجموعة من البيانات الإلزامية التي ينبغي إعلام المستهلك بها قبل التعاقد بوصفها من البيانات الأساسية اللازمة لتوافرها كحد أدنى لإيجاد رضا سليم و متبصر لدى المستهلك، وفي مقدمة هذه البيانات تلك التي تتعلق بوصف السلعة، وثنها، والبيانات المتعلقة بتحديد شخصية المهني وهويته. انظر: محمد صديق محمد وحسان علي مسلم: المرجع السابق، ص 291.

(4) سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي: المرجع السابق، ص 125 .

من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها إذا استعمل الشيء بغير الطريقة المحددة وخاصة في حالة تمييز محل العقد بالتعقيد أو كونه من الأشياء الخطرة بطبيعتها.⁽¹⁾

وهذا الحكم هو ما أقرته الاجتهادات القضائية في فرنسا قبل صدور التعديل، فقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي على وجود الالتزام بالتحذير، وأنه ليس التزاما مستقلا بذاته، وإنما هو التزام يتبع للالتزام بالإعلام، فهو التزام مشدد بالإعلام. فعلى سبيل المثال تؤكد المحاكم في فرنسا على وجود التزام مشدد بالإعلام يقضي بالإقضاء بخطورة الشيء المبيع إلى المشتري غير المحترف، مقررّة الطبيعة العقدية للمسئولية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام،⁽²⁾ وقضت أيضًا بتقرير مسؤولية موزع لمادة تستخدم في تطهير أماكن تربية الطيور، لما سببه من حريق نظرا لقابلية المادة للاشتعال فقررت المحكمة أنه: حتى لو لم يكن الصانع أشار في نشرته أن هذه المادة قابلة للاشتعال إلا أنه كان يجب عليه بسبب خبرته أن يبين جميع مخاطر هذه المادة للمشتري.⁽³⁾

⁽¹⁾ للمزيد حول الالتزام بالنصيحة والالتزام بالتحذير انظر: عبد المنعم موسى عبد الله، المرجع السابق، ص 15 و ما بعدها. نزيه محمد صادق المهدي: المرجع السابق، ص 17 وما بعدها. رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 433 و ما بعدها .

⁽²⁾ Cass. Civ . 31 janv. 1973 , bull . civ . I, n 37 , RTD com . 1974 , p . 146 .

أشار إليه: رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 435، هامش 1 .
وقضت أيضا بأن: " المؤجر الحاسب الآلي يعد مخطئا إذا لم يحذر المستأجر من صعوبات تشغيله".

Cass .com. Patis, 19 avr. 1971, D. 1971, p 482 .

أشار إليه: رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 436 .

⁽³⁾ CASS. CIV . 1 avril 1991 .

أشار إليه: حفيظة بقة: المرجع السابق، ص 33 .

منها ما قضت به محكمة النقض بأن المنتج للسلعة التي تحتوي على أخطار معينة مسؤول عن الأضرار التي تنتج عن منتجاته لعدم قيامه بإعلام المشتري بخصائص المبيع على الرغم من أن Cass.civ.25 nov 1963 المشتري كان مهنيًا. القرار الصادر في 1963/11/25 .

أشار إليه: نزيه محمد صادق المهدي: المرجع السابق، ص 134، هامش 115 . مهير منتصر:

المرجع السابق، ص 72

كما استقر القضاء الفرنسي على أنه يجب على البائع أن يعطي النصائح اللازمة حول شراء واستعمال الشيء محل العقد، فعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: " المورد يجب عليه إسداء النصيحة للمشتري فيما يتعلق بملاءمة الجهاز لاحتياجاته، وأن هذا الالتزام يستمر إلى ما بعد تنفيذ العقد من أجل المساعدة على حسن استعمال الجهاز".⁽¹⁾ كما قضت بأن محترف إصلاح السفن الذي يشير إلى عميله بشراء شبكة صيد مستعملة يعد مخلاً بالتزامه بالنصيحة إذا تبين أن تكاليف إعداد وتركيب هذه الشبكة تتجاوز بشكل كبير ثمن سفينة جديدة.⁽²⁾

ب- نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الزمان: وسع المشرع الفرنسي من النطاق الزمني للالتزام بالإعلام استناداً إلى الالتزام الرئيسي بحسن النية الذي يبدأ من مرحلة سابقة على التعاقد ويستمر حتى تنفيذ العقد.⁽³⁾

وهذا يعني أن نطاق الالتزام بالإعلام يشمل مرحلتين أولهما هي المرحلة السابقة على التعاقد، فالتعديل الفرنسي قد وسع من نطاق الالتزام بالإعلام ليشمل مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد وهو أمر لم يكن منصوصاً عليه سابقاً، فالالتزام بالإعلام يجد مجاله الخصب في مرحلة المفاوضات؛ لمواجهة عدم التوازن والتفاوت في المعرفة الذي يوجد بين طرفي التعاقد في هذه المرحلة، ولتوقي عيوب الرضا، وتكوين الرضا الواعي المتبصر.

استقى المشرع الفرنسي هذا الحكم من الاجتهادات القضائية، ثم صاغه في المادة 1112.⁽⁴⁾ اعترف القضاء الفرنسي بوجود التزام عام بالمصارحة والشفافية في التفاوض وأيده في ذلك الفقه

⁽¹⁾Cass. Civ . 17 Mars 1981 , bull. iv , no 150 . Cass . com.5 Dec1989 , precite, D. 90. Som. 322, note J.Huet. Cass.Com. 25 Juin 1980 . bull. iv, no 276, Rev-Triner.Civ 81. 157 note appr .G. Durry.

أشار إليه: عبد المنعم موبى، عبدالله: المرجع السابق، ص 17 .

⁽²⁾ Cass . com .16 mars 1982, bull.civ. IV, N 105 .

أشار إليه: رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 437 .

⁽³⁾ John Cartwright , Simon Whittaker: The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms , p 414 .

⁽⁴⁾Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 . p 4 .

الحديث⁽¹⁾. واستند في فرض هذا الالتزام إلى العديد من الأسس أهمها مبدأ حسن النية،⁽²⁾ المنصوص عليه في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل التي توجب تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن نية، حيث قام بمد هذا المبدأ إلى مرحلة سابقة على التعاقد، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 24 مايو 1972، بنقض قرار محكمة الاستئناف لرفضها فسخ العقد بحجة وجود محتوى مائي تحت الأرض وقضت بأنه: " كان يجب على البائعة أن تكشف لهما عن وجود دعوى أمام القضاء تتعلق بالصفات الجوهرية للأرض من قبل مالك آخر ملاصق، حيث لم تفعل البائعة ذلك فتكون أخلت بالتزامها بإعلامه وفقاً لنص المادة (3/1134) من القانون الفرنسي قبل التعديل، بما يفيد أن البائعة أخلت بالأمانة والثقة العقدية التي يفرضها عليها نص المادة (3/1134) التي يمكن مدها إلى مرحلة إبرام العقد".⁽³⁾ كما قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 24 مايو 1972، بمسؤولية البائع عن تعويض المشتري عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم إعلام البائع له عند البيع بأن ترخيص البناء الموجود لا يسمح له بالبناء على كل المساحة وهذا أدى بالمشتري إلى تصحيح هذا الترخيص حتى يلزم المساحة الفعلية مما أدى إلى تعطيل البناء وما نتج عنه من أضرار.⁽⁴⁾

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة تنفيذ العقد، حيث نص المشرع الفرنسي على الالتزام بالإعلام في هذه المرحلة لضمان حسن تنفيذه، فإذا انتهت المفاوضات وتم إبرام العقد بقي الالتزام بالإعلام على عاتق المتعاقد الأكثر خبرة وعلماً تجاه الآخر الأقل علماً ومعرفة بموضوع العقد، من خلال تزويده

⁽¹⁾ انظر: رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 428 .

⁽²⁾ انظر: سهير منتصر: الالتزام بالتبصير، المرجع السابق، ص 36 . غالب كامل المهيترات: الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 240 .

⁽³⁾ Cass 3 Ch juin 1992 Bull civ 111 no 238 p 145; Cass civ 1 December 1992 no 1115 p 898 Levneur (1), Le obligation de renseignement lors – de la formation du contract note sur cass 30 civ juin 1992 concone consom 1992 no 218 fasc 45 et 250 p 5 .

أشار إليه: غالب كامل المهيترات: المرجع السابق، ص 242 .

⁽⁴⁾ Cass .civ . 24 mai 1972. Bull . civ . 1972 , p . 333.

أشار إليه: سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: المرجع السابق، 127.

بكافة المعلومات الضرورية التي تضمن السلامة أثناء تنفيذ العقد واستعمال السلع أو الخدمة محل العقد، فهو التزام يفرضه واجب المشاركة والتعاون بين المتعاقدين في تنفيذ العقد.⁽¹⁾

وفرض المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام في هذه المرحلة كان تقنياً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي. فعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح في القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 يقرر وجود مثل هذا الالتزام بين النصوص القانونية الخاصة بتنظيم كل عقد على حدة، إلا أن القضاء الفرنسي قام بتأسيس هذا الالتزام استناداً إلى نص (1134) من القانون الفرنسي قبل التعديل بوصفه مظهراً من مظاهر حسن النية، فحسب تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية يقتضي منه إطلاع الطرف الآخر بكل ما يحيط بمحل العقد من مخاطر وطرق استعمال وعيوب. وفي أحكام أخرى استند في فرض الالتزام بالإعلام لنص المادة (1135) بوصفه من مستلزمات العقد. فهو التزام ينشأ بمناسبة العقد، لذلك فهو التزام تابع للالتزامات الأصلية الناشئة من أجل السماح بحسن تنفيذ هذه الالتزامات.⁽²⁾ ومن تطبيقات المحاكم الفرنسية ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4 أكتوبر 1977، بمسئولية بائع الأسقف المصنوعة من القرميد عن ضمان رجوع رب العمل على المقاول الذي أقام له منزلاً مصنوعاً من هذه الأسقف في منطقة جبلية بسبب التشققات والتصدعات التي حدثت بها من جراء الثلوج والانهيارات، ومع تسليم محكمة النقض بأن أسقف القرميد التي سلمت كانت هي التي سبق طلبها أصلاً، ومن ثم يكون البائع قد قام بتنفيذ التزامه بالتسليم، إلا أنها قضت بمسئولية البائع استناداً إلى أنه كبائع محترف يعلم أن هذه الأسقف القرميدية ستستخدم في منطقة جبلية، ولا يمكنه إطلاقاً أن يدعي جهله بعدم ملاءمتها للغرض المطلوب، ومن ثم فإنه يكون مدينًا بالالتزام بالإدلاء بهذه المعلومات للمتصرف إليه.⁽³⁾ وقد

(1) للمزيد حول تمييز الالتزام قبل التعاقد بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام انظر: سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي:

المرجع السابق، ص 125 وما بعدها. نزيه محمد صادق المهدي: المرجع السابق، ص 23 - 42 . حفيظة بنقة: المرجع السابق، ص 15-23.

(2) انظر: سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: المرجع السابق، ص 130 . نزيه محمد صادق المهدي: المرجع السابق، ص 25 . غالب كامل مهيبرات: المرجع السابق، ص 254. هذه المادة تنص على أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد في العقد بل يتناول بالإضافة إلى ذلك ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعالة.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية، 4 أكتوبر 1977، مجلة قصر العدل، 1978، 1، 262 . أشار إليه: سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: المرجع السابق، ص 126. ومن الأحكام القضائية التي تساند هذا الرأي ما قرره

ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن الالتزام بالإعلام الوارد في الحكم السابق الذكر هو التزام تعاقدى بالإدلاء بالبيانات أثناء تنفيذ العقد.⁽¹⁾

إلا أنه لابد من التأكيد هنا بأن الالتزام بالإعلام لا يقع على عاتق أحد الطرفين فحسب بل هو التزام يفرض على كليهما.

رابعاً: الآثار المترتبة على الإخلال بالالتزام بالإعلام:

بينت المادة 1/1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ، جزء الإخلال بالالتزام بالإعلام، وعبء إثباته:

أ- إثبات الالتزام بالإعلام:

تنص المادة 1/1112 على أنه: " يقع على عاتق من يدعي أن المعلومة كانت واجبة له إثبات أن الطرف الآخر مدين له بها، ويقع على هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له".⁽²⁾ استناداً لهذا النص تضع المادة 1/1112 قاعدة تتعلق بعبء إثبات الالتزام بالإعلام بين الدائن والمدين سواء في مرحلة المفاوضات أو مرحلة تنفيذ العقد. بموجبها، يتحمل الدائن عبء إثبات وجود الالتزام بالإعلام على عاتق المدين لمصلحته، وأعطت للمدين في نفس الوقت حق إثبات أنه نفذ التزامه بالإعلام. ويحق لكل من الدائن أو المدين اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات الجائزة قانوناً باعتبار أن واقعة الإعلام واقعة مادية إلا إذا نص القانون على وجوب الكتابة للإثبات.

محكمة استئناف Douai في أحد أحكامها حيث جاء فيه: (إن الجهاز الكهربائي المتنازع عليه لم يكن مسؤولاً بعيب خفي يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له وفقاً للمادة 1641 من التقنين المدني، وحيث إن شركة، Contravene، أغفلت تحديد الطريقة المثلى لاستعمال الجهاز وبيان أهمية ربط الوعاء الزجاجي على دعائمه اللولبية لسلامة المستعملين، وبما يجب اتخاذه من احتياطات عند انحراف هذا الوعاء فإنها تكون بذلك قد أخلّت بالالتزام بالسلامة المستمدة من العقد ويكون خطأها هو السبب المباشر والحاسم في وقوع الحادث. حتى ولو كان المضرور الذي لم يتم تبصيره بصورة كافية قد وضع يده بلا حذر على هذا الوعاء، دون أن ينتبه إلى ضرورة فصل التيار الكهربائي Cour .D.Appel .Douai 4 / 1959 D 1954 P 708. أشار إليه: حسين عبد علي الكعبي ومحمد جعفر هادي: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 5، العدد 2، 2013، ص 72، هامش 197 .

⁽¹⁾ أشار إليه: سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: نطاق العقد، المرجع السابق، ص 128 .

⁽²⁾ ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 35.

وبعد هذا التوجه من قبل المشرع الفرنسي ترسيخاً للاجتهادات القضائية الفرنسية في هذا الصدد، فقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية العديد من الأحكام التي تؤكد هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع في المادة 1/1112،⁽¹⁾ فعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 25/2/1997 بأنه: "الطبيب هو الملزم بإثبات أدائه للالتزام بالإدلاء بالبيانات إلى عميله من خلال إقامة الدليل على إخباره بجميع المعلومات التي تساعد على اتخاذ قراره".⁽²⁾ وفي قرار آخر قضت أيضًا بأن: "الطبيب ملزم بإثبات تنفيذه لواجب الإعلام الذي يجب أن يكون صادقاً واضحاً ومناسباً حول مخاطر الكشف والعلاج وذلك لتمكين المريض من اتخاذ قرار متبصر بالموافقة أو الرفض

⁽¹⁾ تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي - إلى عهد غير بعيد - كان يلقي عبء الإثبات على عاتق الدائن بالالتزام بالإعلام إعمالاً للقواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن على المدعي إثبات ما يدعيه. حيث جاء في قرارها بأنه: "إذا كان العقد الذي يبرم بين الجراح والمريض يتضمن من حيث المبدأ التزاماً على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية التي يقدر أهميتها للمريض، إلا بعدم الحصول مقدماً على رضا المريض به فإنه يقع على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بهذا الالتزام العقدي، وذلك بعدم إعلامه بطبيعة العملية الجراحية، وعدم الحصول على رضائه بها". (نقض فرنسي في 29 مايو 1951). وكان هذا القضاء مثار خلاف في الفقه بين مؤيد ومعارض. وتحت وطأة الانتقادات التي تعرض لها القضاء الفرنسي، نظراً لصعوبة أن يثبت الدائن واقعة سلبية وهي عدم إعلامه، أجرى تحويلاً فيما يتعلق بعبء الإثبات في مجال الإعلام، حيث تحول إلى نقل عبء الإثبات على عاتق المدين الذي يقع عليه إثبات قيامه بتنفيذ التزامه بالإعلام تجاه الدائن. للمزيد انظر: أنور يوسف حسين: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، مصر 2014، ص 381 وما بعدها. وانظر أيضاً: مزيت فايزة و معوشي لعلجة: الالتزام بالإعلام في العقد الطبي بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي. رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2015، ص 56 وما بعدها.

⁽²⁾ Cass. Civ I . 25/2/1997. Rev. Tr. Dr. San. Soci. 1997. P. p 288- 292

أشار إليه: محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2002 ص 82. هامش 4. انظر أيضاً: هذير أسعد أحمد: المرجع السابق، ص 247. علاق عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2008، ص 93. أنور يوسف حسين: المرجع السابق، ص 383.

للتدخل الطبي المقترح".⁽¹⁾ وصدر أيضًا قرار عن نفس المحكمة يقضي بنفس المعنى فيما يخص المحامين، حيث أصدرت قرارًا بشأن محام طالبه عميله بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء عدم تنفيذه لالتزامه بالإخبار، حيث ألفت المحكمة على المحامي عبء إثبات هذا الأداء أو إقامة الدليل على الظروف التي منعت من ذلك.⁽²⁾ وفي حكم آخر قضت: "بمسئولية البائعة المهنية؛ لأنها لم تثبت أنها أوفت بالتزامها بالإدلاء بالبيانات لمعرفة احتياجات المشتري".⁽³⁾

ب- جزاء انتهاك الالتزام بالإعلام:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة (1-1112) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: " فيما عدا مسؤولية المدين بواجب الإعلام، فإن الإخلال بهذا الواجب يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفقًا للشروط المنصوص عليها في المادة 1130 وما بعدها "⁽⁴⁾. واستأذا لهذا النص جعل المشرع الفرنسي جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام هو قيام مسؤولية الطرف الملتزم به، فضلًا عن أنه قد يؤدي أيضًا إلى قابلية العقد للإبطال إذا تسبب في حدوث عيب من عيوب الرضا.

وعليه فإن المشرع الفرنسي فرض جزاءين على انتهاك الالتزام بالإعلام، يتمثل الجزاء الأول في إعلان مسؤولية المدين بالإعلام الناجمة عن انتهاكه الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، ذلك أن عدم إدلاء أحد المتفاوضين للآخر بالبيانات المطلوبة اللازمة لتكوين رضائه السليم المتطور والمتبصر لإبرام العقد يعتبر في حد ذاته تقصيرًا يوجب مسؤوليته قبل التعاقدية، والمسئولية المترتبة على الإخلال بهذا الالتزام هي مسؤولية تقصيرية، كون الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام هو التزام قانوني وليس عقديًا. فإذا تمكن المضرور وهو الدائن بالالتزام بالإعلام من إثبات هذه المسؤولية التقصيرية، أي بإثبات إخلال المدين بالتزامه قبل التعاقدية بالإدلاء بالبيانات المطلوبة، وذلك بإثبات عناصر هذه المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، عندئذ يحق له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة ذلك الإخلال.

⁽¹⁾ نقض فرنسي 14 أكتوبر 1997، أشار إليه: أنور يوسف حسين: المرجع السابق، ص 384.

⁽²⁾ انظر: علاق عبد القادر: المرجع السابق، ص 93.

⁽³⁾ Cass. Civ. 1er. 28 oct 2010. no 951 -09- 16913.

أشار إليه: غالب كامل المهيترات: المرجع السابق، ص 291.

⁽⁴⁾ ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 36.

وأما الجزء الثاني للإخلال بالالتزام بالإعلام هو قابلية العقد للإبطال إذا تسبب في حدوث عيب من عيوب الرضا عند إبرام العقد. فالمشرع الفرنسي عندما أرسى تنظيمًا تشريعيًا للالتزام بالإعلام وضع في اعتباره توفير حماية قانونية فعالة وكافية لسلامة الرضا من العيوب في المرحلة السابقة على التعاقد مما يحقق في الوقت نفسه استقرار المعاملات في المجتمع، فتأسيسا على المادة (1-1112) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التي تقضي بأن الإخلال بالالتزام بالإعلام يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد وفقًا للشروط المنصوص عليها في المادة 1130 التي تنص على أن: "الغلط والتدليس والإكراه تعيب الرضا عندما يكون من طبيعتها أنه بدونها ما كان لأحد الأطراف أن يتعاقد أو لكان تعاقد بشروط مختلفة اختلافا جوهريا. يتم تقدير الطابع الحاسم لهذه العيوب بالأخذ في الاعتبار الأشخاص والظروف التي صدر فيها الرضا"⁽¹⁾ وما بعدها من مواد، وعليه يترتب على ذلك أنه إذا أخل أحد طرفي التفاوض بالتزامه بالإعلام وترتب على ذلك إبرام العقد حق للطرف الآخر طلب إبطال العقد على أساس أن الإخلال بهذا الالتزام ترتب عليه تعيب إرادته بعيب من عيوب الإرادة،⁽²⁾ ومن هنا يظهر جليا ربط المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام بالالتزام بحسن النية، فأجاز إبطال العقد بناء على أن الإخلال بالالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد يعتبر إخلالًا بالالتزام بحسن النية في هذه المرحلة، وبعد هذا الجزء تطبيقا لفرض الالتزام بحسن النية من بداية المفاوضات وحتى التنفيذ.

وقابلية العقد للإبطال هو ذات الجزء الذي كان يفرضه القضاء الفرنسي قبل تشريع النص الجديد. فهذا الجزء تم تشريعه في تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 تأسيسًا على اجتهادات القضاء الفرنسي. فقبل صدور التعديلات ونظرًا لعدم وجود نص صريح يجيز للمتعاقد المضروب المطالبة ببطلان العقد في حال تم إبرامه تحت تأثير الإخلال بالالتزام بالإعلام، لجأ القضاء الفرنسي للحكم بإبطال العقد استنادًا إلى نظرية عيوب الرضا وخاصة عيب الغلط والتدليس اللذين

(1) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 44.

(2) تنص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: "تعتبر عيوب الرضا سببا لبطلان النسبي للعقد". المرجع السابق، ص 44.

يرتبطان بشكل وثيق مع الالتزام بالإعلام.⁽¹⁾ ومن الأحكام القضائية التي صدرت عن المحاكم الفرنسية في خصوص بطلان العقد استنادًا لعيوب الإرادة قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض بتاريخ 2010/1/12 بأن: " انتهاك الالتزام بالإعلام السابق على التعاقد لا يكفي لاعتباره تغييرًا بالكتمان، طالما لم يضاف إليه التحقق من الصفة المعتمدة لهذا الانتهاك وبعد غلطًا مؤثرًا بشكل حاسم على رضا المتعاقد الآخر".⁽²⁾ وفي حكم آخر قضت برفض إبطال العقد للكتمان التدليسي استنادًا إلى أن المتعاقد كان يتعين عليه الاستعلام بنفسه عن البيانات المطلوبة".⁽³⁾

ت-الالتزام بالسرية: وأخيرًا أقر المشرع الفرنسي الالتزام بالسرية⁽⁴⁾ خلال مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد على نهج الاجتهادات القضائية، حيث تنص المادة (2-1112) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أن: " يكون مسؤولًا وفقًا للقواعد العامة، كل من يستخدم أو يفشي دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات".⁽⁵⁾ وبموجب هذا النص يفرض المشرع الفرنسي على الأطراف التزامًا بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات التي اطلعوا عليها بمناسبة التفاوض على العقد المراد إبرامه؛ لأن هذه المعلومات والأسرار تمثل أهمية قصوى لأصحابها.⁽⁶⁾ إن

(1) ام كلثوم صبيح محمد وأسماء صبر علوان: الالتزام بالإعلام في ضوء تعديلات القانون الفرنسي بموجب مرسوم 10 أكتوبر 2016، مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية في الإمارات العربية المتحدة، العدد 19، الإمارات العربية المتحدة، 2018، ص 17 .

(2) Cass. Com . 12 janv 2010 , Pourvoir n° 08 – 16.812.

أشار إليه: يوسف الشندي: المرجع السابق، ص 473.

(3) Cass. Civ . 24 oct. 1972 . Bull . civ . n. 543. P 396.

أشار إليه: عمر محمد عبد الباقي: المرجع السابق، ص 240.

(4) لمزيد حول الالتزام بالسرية انظر: عبد الله حسين الخشروم - السجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية - ط 2 - دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 235. نداء كياظم محمد: الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، دار وائل للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2003، ص

175

(5) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 36.

(6) هناك معلومات تمت حمايتها بموجب القوانين، فهي لا تثير صعوبة في حمايتها من الإفشاء أو الاستغلال، ولكن الصعوبة تكمن في حماية المعلومات والأسرار التي لم يكتف لها القانون حماية

مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وفقاً لهذه المادة يتكون في الحقيقة من شقين هامين وهما: أن يتمتع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه الأسرار أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أم بعد فشلها،⁽¹⁾ وأن يتمتع أيضاً عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام يكون مسئولاً وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية.

إن الالتزام بالمحافظة على السرية هو من أهم ما يتفرع عن الالتزام بحسن النية المنصوص عليه في المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، ذلك أن حسن النية يقضي قطعاً أن يحافظ كل متفاوض على الأسرار التي تتكشف له أثناء المفاوضات والمباحثات،⁽²⁾ وهو أيضاً انعكاس للالتزام بالإعلام، فليس من العدل التزام أحد الأطراف بأن يقدم معلومات مهمة ومؤثرة للطرف الآخر من أجل أن يتعاقد بشكل حر ومستدير، دون إلزام الأخير في المقابل بالمحافظة على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف.

فقبل تشريع هذا النص، لم يكن القانون المدني الفرنسي يتضمن نصاً عاماً يشير إلى الالتزام بالسرية في المفاوضات السابقة على التعاقد، الأمر الذي دعا القضاء الفرنسي إلى الإقرار صراحة بوجود الالتزام بالسرية وحماية المتفاوض الراغب بالتعاقد الذي يدلي بمعلومات سرية للمفاوض

خاصة للمعلومات التي لها صفة الجودة وليست مشمولة بحماية براءة الاختراع، كذلك الأسرار المالية للمشروع وأسماء العملاء وحجم الأعمال وما شاكل ذلك، فهي لا تتمتع بحماية قانونية خاصة في مجال المفاوضات. للمزيد انظر: رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 450 وما بعدها. غسق خليل إبراهيم: المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط 1، مصر، 2018، ص 90.

⁽¹⁾ ويمكن أن يتم إفشاء السر بطرق شتى سواء كانت بالمكاتب أم المشافهة أم الإشارة عن طريق الرسم أم الكاريكاتير أم الأفلام السينمائية والتسجيلات الصوتية.. الخ من طرق الإفشاء، ويمكن القول إن لكل مهنة أو وظيفة أو صناعة مميزاتها الخاصة بها وهذه المميزات تنعكس بشكل أو بآخر على طرق إفشاء السر، وكففي لتحقيق الإخلال بهذا الالتزام أن ينقل السر إلى الغير ولو لم ينشر في الصحف، بل ولو كان نقل السر لأشخاص موضع ثقة. انظر: جابر مهنا شبل: الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، السنة الجامعية 1984، ص 124.

⁽²⁾ للمزيد حول تعلق الالتزام بالمحافظة على الأسرار بمبدأ حسن النية انظر: رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 449. غسق خليل إبراهيم: المرجع السابق، ص 90.

الأخر، وذلك لأنّ هذا الأخير قد يستولي على هذه المعلومات ويستفيد منها بصفة شخصية أو يقوم بإفشائها للغير وذلك استنادًا لدعوى المنافسة غير المشروعة. وبهذا الشأن قضت محكمة استئناف باريس بمسئولية أحد المشروعات عن استغلاله للمعرفة الفنية لمشروع آخر منافس، بعد ما تبين للمحكمة من أن المشروع الحائز للمعرفة الفنية كان قد كشف عنها للمشروع الآخر في إطار المفاوضات التي جرت بينهما تمهيدًا لإبرام عقد من عقود نقل التكنولوجيا، والتي انتهت دون التوصل إلى إبرام هذا العقد، حيث اعتبرت المحكمة أن قيام المشروع باستغلال المعرفة الفنية دون إذن من المشروع الحائز لها عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة.⁽¹⁾

وعليه نخلص إلى أنّ القضاء الفرنسي لعب دورًا مهمًا في مجال الالتزام بالإعلام، فمعظم الأحكام الواردة في المادة 1112 كانت من صنع القضاء الفرنسي. فالمرشع الفرنسي، اعتمد على الاجتهادات القضائية لتنظيم الالتزام بالإعلام باعتباره مظهرًا من مظاهر الالتزام العام بحسن النية الذي فرضه في المادة 1104. فبيّن شروطه وحدوده، وأخذ بالاستثناء الذي رسخه القضاء من ناحية أن الالتزام بالإعلام لا يتناول الثمن أو المقابل المالي للأداء، وكذلك قام بترسيخ الاتجاه القضائي الذي يفرض على المدين بالإعلام حمل الدليل على أنه أدى التزامه بالإعلام، وكذلك تبنى قواعد المسؤولية المدنية وجزاء القابلية للأبطال لانتهاك الالتزام بالإعلام، وفرض الالتزام بالسرية على نهج الاجتهادات القضائية.

(1) حكم صادر عن محكمة استئناف باريس 19/ 11 / 1976 في الدعوى رقم 208 - أشار إليه: سييل سمير جلول: المعرفة العلمية، منشورات الطائفي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009، ص 211-231. ومن الأحكام التي القضائية للمحكمة النقض الفرنسية، أحكام المنافسة غير المشروعة على استخدام المعلومات التي تم الحصول عليها خلال مرحلة المفاوضات لغايات شخصية.

الفصل الثاني

مجالات تطور مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفقاً لتعديلات

القانون المدني الفرنسي

أدخل المرسوم الفرنسي رقم 131 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 تعديلات على مسائل عديدة في القانون المدني ومنها مبدأ حسن النية. فقد سجل المشرع الفرنسي في القانون المدني بعد تعديلات عام 2016 تطوراً مهماً في التعاطي العام مع مبدأ حسن النية في محورين اثنين: أولها تعزيز هذا المبدأ في نظرية العقد بإدراجه ضمن القواعد العامة للعقود وليس ضمن الأحكام الخاصة بآثار الالتزام وجعله من مسائل النظام العام التي لا يجوز الخروج عليها، وثانياً توسعة نطاق هذا المبدأ حيث أصبح يشمل مختلف مراحل العملية التعاقدية من حيث التكوين والإبرام والتنفيذ، بعد أن كانت تقتصر على مرحلة التنفيذ فقط في القانون المدني السابق، كما أصبح يحكم مختلف أنواع العقود، لا سيما أن المادة 1104 أتت بمجموعة من المواد القانونية التي تبيّن الأشكال القانونية المختلفة للعقود، ويضبط سلوك جميع الأطراف في العملية العقدية، وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل بيان تطورات هذا المبدأ في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 في محورين، يتناول الأول تطور مبدأ حسن النية من حيث موضوعه في نظرية العقد، ويتناول الثاني تطور مبدأ حسن من حيث نطاقه في نظرية العقد.

المبحث الأول

تطور مبدأ حسن النية من حيث موضعه في نظرية العقد

قضى القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 في المادة 1104 من الفصل الأول من الباب الثالث بأن العقود يجب مناقشتها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية معتبرا ذلك من متعلقات النظام العام، مؤسسا بذلك لمبدأ عام جديد شامل لمختلف مراحل العملية العقدية حاكما لمختلف أنواع العقود التي تندرج ضمن هذا الفصل، بذات الوقت الذي حافظ فيه المشرع الفرنسي على جدية وجدية الصياغة القانونية التي تبين صرامة الموقف التشريعي الفرنسي حيال هذا المبدأ، لا سيما في الجزاءات المدنية التي اتخذها حيال مخالفة هذا المبدأ أو عدم احترامه معتبرا إياه من النظام العام. وهذا الموقف القانوني الجديد يستحق الإشادة لا سيما لجهة النص الصريح على هذا المبدأ ضمن المبادئ التوجيهية لنظرية العقد من جهة، وجعله هذا المبدأ من النظام العام الذي لا يجوز الخروج عليه من جهة ثانية. وهو ما سوف نبينه في مطلبين:

المطلب الأول: تطور حسن النية كمبدأ توجيهي عام.

المطلب الثاني: تطور مبدأ حسن النية كمبدأ من النظام العام.

المطلب الأول

تطور حسن النية كمبدأ توجيهي عام

إنَّ تطور الأوضاع في الحياة الاقتصادية أثر على نظرية العقد بحكم ظهور أشكال ونماذج جديدة من العقود، وراح الفقه يتحدث عن مبادئ جديدة لقانون العقود من أجل مواكبة التطورات الجديدة، وإنعاش النظرية العامة للعقود وهي ما يسمى اليوم بـ "المبادئ التوجيهية للعقد"،⁽¹⁾ هذه المبادئ هي الخطوط العريضة التي تحكم العقود كافة أو بعبارة أخرى هي القواعد الكبرى التي ترجع إليها كل القواعد المنظمة للعقود، فهي بمثابة الأطر الكبرى التي يسعى المشرع من خلالها إلى توجيه العقد الوجهة التي تحقق الأهداف المنتظرة.⁽²⁾ ولقد طرح موضوع المبادئ التوجيهية للعقد العديد من ردود الفعل الفقهية والقانونية بين مؤيد ومعارض، فقد رحب بعض الفقهاء بموضوع المبادئ التوجيهية للعقد، وانتقده آخرون موجهين له العديد من الانتقادات، أهمها أن مصطلح المبادئ التوجيهية مصطلح غامض،⁽³⁾ وحتى أنصاره غير متفقين على تحديد هذه المبادئ، حيث يميل الاتجاه إلى

(1) Principes directeurs du contrat.

(2) انظر : محمد عرفان الخطيب: المرجع السابق، ص 185 وما بعدها. شوقي بناسي: المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد، 6 العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسنية بن بوعلي، الجزائر، 2020، ص 243 وما بعدها.

(3) (يتكون مصطلح المبادئ التوجيهية للعقد من مصطلحين "مبادئ" و "توجيهية"، ليس من السهل وضع تعريف لمصطلح "مبادئ" بدليل أن المعجم القانوني للأستاذ (Comu) قد أشار إلى سبعة تعاريف، منها " قاعدة قانونية منشأة بنص قانوني في ألفاظ جد عامة موجهة لإلزام تطبيقات مختلفة وتعرض بواسطة سلطة عليا " و "مبدأ عام ملزم قانونا ولو لم يكن مكتوبا في نص تشريعي و "اسم يعطي لمبدأ قانوني غير قابل للانتهاك، قاعدة مطلقة" و "قاعدة عامة يجب عند غياب نص خاص أو خرق معين، أن تحكم نوعا من الحالات على الاستثناء"، ومما يزيد من صعوبة الوصول إلى تعريف "المبادئ" هو أن مضمونها يتغير بحسب المصطلح المضاف بعدها، فيقال المبادئ الأساسية"، و"المبادئ المؤسسة"، و "المبادئ الجوهرية"، و"المبادئ التوجيهية"، أما بالنسبة لمصطلح التوجيهية فهو يذكر بمصطلح بالنظام العام التوجيهي، أي النظام العام الذي يسعى من خلاله المشرع إلى تجسيد تدخل الدولة في تسيير الاقتصاد من أجل المحافظة على المصلحة العامة، ومن ثم يكون المقصود بمصطلح "التوجيهية" في المجال العقدي هو توجيه العقد نحو رؤية معينة يتبنّاها المشرع في تنظيم النشاط العقدي. يرى جانب من الفقه الفرنسي أنَّ "المبادئ" ترمز إلى قواعد قانونية مصاغة في عبارات عامة لها القابلية لاستيعاب الكثير من القواعد والمبادئ الفرعية. أما بالنسبة لمصطلح "توجيهية"، فهو يرمز إلى التدخل من أجل تيسير أمر

اعتناق ثلاثة مبادئ جوهرية هي الحرية العقدية، والقوة الملزمة للعقد، وحسن النية، في حين يميل بعض الفقه الآخر إلى اعتناق ثلاثة مبادئ حديثة هي المساواة العقدية، والتوازن العقدي، والتضامن العقدي.⁽¹⁾

وقد تأثرت بعض المشاريع الفقهية الدولية والأوروبية مثل مبادئ (Unidroit)، ومبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC) بهذه المنهجية فأوردت هي الأخرى مجموعة من المبادئ التوجيهية بعنوان جامع في شكل فصل أو قسم يتصدر تنظيم أحكام العقد،⁽²⁾ فقد بدأت مبادئ (Unidroit) بـ "أحكام عامة" وهي تمثل حرية التعاقد في المادة (1/1)، والقوة الملزمة للعقد في المادة (3/1)، وحسن النية وأمانة التعامل في المادة (7/1)، والسلوك غير المنضبط في المادة (8/1)،⁽³⁾ وفي نفس الاتجاه تبدأ مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC) بالحرية العقدية في المادة (102/1)، وحسن النية في المادة (201/1)، وواجب التعاون في المادة (202/1).⁽⁴⁾

ولقد خصص المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 فصلاً خاصاً أسماه «أحكام تمهيدية»، تضمنت المبادئ الأساسية للعقود: الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد، وحسن النية. هذه الأحكام تتعلق بتعزيز المبادئ الحاكمة لنظرية العقد، فهي تنطبق على كافة العقود. فقد نصت المادة 1105 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أعمال

معين في وجهة معينة، وبناء على هذا التحليل تكون المبادئ التوجيهية للعقد هي مجموعة القواعد القانونية المصاغة في عبارات عامة والتي بمقتضاها يسعى المشرع إلى توجيه العقد وجهة معينة). العبارة بين قوسين مأخوذة حرفياً من: شوقي بناسي: المرجع السابق، ص 245 وما بعدها.

⁽¹⁾ François Chevallier: Les principes généraux du droit des contrats, Mémoire pour le Master 2 de Droit privé general, UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – PARIS II , Année universitaire 2014 –2015 . p 3 .See also: Marine GOUBINAT: Les principes directeurs du droit des contrats, THÈSE Pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES Spécialité . Franch ,2006, P 41.

⁽²⁾ Marine GOUBINAT: Les principes directeurs du droit des contrats, THÈSE Pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES Spécialité , Franch ,2006, P 41.

⁽³⁾ مبادئ اليندروا: www.unidroit.org

⁽⁴⁾ مبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL): www.jus.uio.no

تلك المبادئ على كافة العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة مالم تكن تلك العقود تخضع لأحكام خاصة .

ولقد بين التقرير المقدم لرئيس الجمهورية الفرنسية أسباب اختيار المشرع الفرنسي مصطلح "الأحكام التمهيدية" لعنونة الفصل الأول، حيث أوضح التقرير أن اختيار عنوان هذا الفصل بالنظر إلى مضمونه، ولا سيما من حيث طرحه لمبادئ الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد وحسن النية في التفاوض على العقد وتنفيذه، كان نتيجة مناقشات مهمة. وإن الأمر خلافاً لبعض المشاريع الأوروبية لم يقع اختياره على فصل تمهيدي مخصص لـ "المبادئ التوجيهية" لقانون العقود، وإنما كان الاختيار مستوحى من الفصل الحالي الأول من الباب الثالث للقانون المدني المعنون بـ "أحكام تمهيدية" من أجل الدلالة على أنَّ القواعد العامة الموضوعية رغم كونها موجهة لإعطاء خطوط توجيهية لقانون العقود، إلا أنها لا تشكل قواعد تعلو تلك التي تليها والتي يستطيع القضاة الاستناد إليها لتبرير التدخل المتزايد، وإنما يتعلق الأمر بمبادئ موجهة لتسهيل تفسير مجموع القواعد المطبقة على العقد، والتي تسد الفراغ عند الحاجة.⁽¹⁾

يشكل حسن النية ثالث المبادئ التوجيهية للعقد، فبعد أن كان مبدأ فرعياً من بين الأحكام المتعلقة بآثار العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل، فإنه يوضع الآن ضمن المبادئ العامة التي تحكم نظرية العقد عامة، ويمنح وضعاً جديداً، ضمن فصل "الأحكام التمهيدية".⁽²⁾ (إلى جانب الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، وجميعها توصف بأنها مبادئ عامة للعقود كلها، وهو ما يحدث لأول مرة في القانون المدني الفرنسي).

وعليه فقد أعاد المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التوضع القانوني لهذا المبدأ، بوضعه ضمن المبادئ العامة التي تحكم نظرية العقد، وأضاف عليه العديد من الجوانب المحدثة الهادفة لتحقيق الأمان التعاقدى لطرفي العقد وضماناً للتوازن التعاقدى بين طرفيه، وحرصاً على تأمين أكبر قدر من العدالة التعاقدية.

⁽¹⁾ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. www.legifrance.gouv.fr .

⁽²⁾ يتألف الفصل الأول، المعنون "الأحكام التمهيدية"، من المواد من 1101 إلى 1111-1 من القانون المدني الفرنسي بعد

تعديلات عام 2016

فالمشرع الفرنسي في تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 ارتقى بحسن النية إلى مصاف المبادئ التوجيهية للعقد في المادة 1104/1، ووسع من نطاق تطبيقه من عدة نواح هي:

1- من حيث الزمان:

وسّع المشرع الفرنسي من النطاق الزمني لمبدأ حسن النية ليشمل مختلف مراحل العملية التعاقدية من حيث التكوين والإبرام والتنفيذ في المادة 1104 التي تقضي بأنّ العقود يجب مناقشتها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية معتبراً ذلك من متعلقات النظام العام، هذا الموقف لم يكن يشار إليه بهذه الصراحة والوضوح في القانون المدني المعدل، حيث لم ترد الإشارة إلى مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 سوى في الأحكام القانونية الخاصة بآثار الالتزام فقط، في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 التي تنص على أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، في حين أن الاجتهاد القضائي هو من كان يتولى توسيع هذا المبدأ على مختلف مراحل العملية التعاقدية.⁽¹⁾

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن " صياغة المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 جاءت معيبة، إذ توحى بنوع من التضييق في مجال حسن النية، فمصطلح "تنفيذ العقد" لا يشمل وجوب أعمال حسن النية عند قطع العلاقات العقدية، وإنّ الأولى استعمال مصطلح "آثار العقد" أو استعمال عبارات عامة مثلما كان ينص عليه المشروع الحكومي لتعديل القانون المدني (Chancellerie) ".⁽²⁾

على الرغم من اتساع نطاق حسن النية إلى المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة الإبرام ومرحلة تنفيذ العقد، إلا أنّ المشرع الفرنسي أغفل من نطاق مبدأ حسن النية مرحلة إنهاء العقد، حيث يلاحظ من خلال استقراء المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 أن هذه المادة جاءت خالية من أي إشارة لمبدأ حسن النية في مرحلة إنهاء العقد. فهذه المرحلة جزء لا يتجزأ من مراحل العقد التي يجب أن تكون مشمولة بمظلة حسن النية شأنها شأن باقي مراحل العقد. فمرحلة إنهاء العقد لا تقل أهمية عن مراحل التفاوض والإبرام والتنفيذ فكما أن الدخول في

(1) Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France. www.books.openedition.org .

(2) العبارة بين قوسين مأخوذة حرفياً من شوفي بناسي: المرجع السابق، ص 255 .

العلاقات التعاقدية يستلزم حسن نية الطرفين، فإن التحلل منها يستلزم كذلك من الطرفين التحلي بحسن النية حفاظاً على العلاقة التعاقدية التي نشأت بين الطرفين، وعلى ما يكون كل طرف في هذه العلاقة قد حصل عليه من مصلحة أو منفعة يخشى أن تضار بسبب إنهاء هذه العلاقة بسوء نية من قبل أحد الطرفين. حيث يلعب مبدأ حسن النية دوراً مهماً في مواجهة ما تثيره مرحلة إنهاء العقد من مشكلات قانونية تتمثل في كيفية حماية طرفي العقد من إنهاء أحدهما له بسوء نية بقصد الإضرار بالطرف الآخر، حتى في ظل وجود شرط يقضي بأحقية أحدهما في إنهاء الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، فقد يقوم أحد المتعاقدين بإنهاء العقد ارتكاباً منه إلى إعمال هذا الشرط بدافع من سوء نية بقصد إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر.

وفي مرحلة إنهاء العقد تظهر الحاجة إلى مبدأ حسن النية بجلاء في عقود المدة التي يكون فيها الزمن عنصراً جوهرياً، كعقد العمل والوكالة والإيجار والشركة حيث يلزم كل متعاقد بعدم إنهاء العقد أو السعي إلى ذلك بنابع من سوء نية أي بما يخالف مقتضيات حسن النية، وأن يستمر في تنفيذ ما التزم به اتفاقاً طالما فعل المتعاقد الآخر، على وفق ما تم الاتفاق عليه بالعقد وما تستلزمه قواعد القانون والعدالة والعرف والإنصاف إلى حين انتهاء المدة المحددة للعقد أو استعمال حق الإنهاء المقرر قانوناً أو اتفاقاً بحسن نية وفق الضوابط التي حددها القانون لذلك. فمثلاً في عقد العمل يجب على رب العمل التحلي بحسن النية عند استعمال الحق في الإنهاء الانفرادي لهذا العقد دون الإضرار بالطرف الآخر وأن يتقيد بالضوابط القانونية الأخرى المقررة في هذا الشأن منها الإخطار بالإنهاء خلال فترة معينة قبل تاريخ الإنهاء المحدد والاستناد إلى مبرر مشروع.

2- من حيث الشكل:

يشمل مجال مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 كافة أنواع العقود، بدليل أن المشرع الفرنسي وضع المادة 1104 بشكل مستقل في بداية الفصل الأول الذي يتضمن الأحكام العامة التي تنظم نظرية العقد بشكل عام، وقبل التطرق للقواعد الخاصة بالتمييز بين العقود المسماة وغير المسماة والأشكال المختلفة التي يمكن أن يبرز فيها العقد، مما يؤكد أن حسن النية يشكل مبدأ عاماً يحكم مختلف أنواع العقود التي تندرج ضمن هذا الفصل.

3- من حيث الأشخاص:

إنّ موقع المادة 1104 وصياغتها يسمح بتطبيقها على جميع الأطراف في العملية العقدية على حد سواء، فمبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 مبدأً ثنائي ينطبق على كل من المدين والدائن في العقود، وبغض النظر عن وضعه كمحترف أم غير محترف، مهني أم غير مهني فهو واجب يقع على كاهل كل طرف من الأطراف في العملية التعاقدية، بما في ذلك الأطراف الذين يمكن وصفهم بالضعفاء، وبذلك يدحض فكرة أن حسن النية له هدف اجتماعي أحادي الجانب يخدم الطرف الضعيف فقط. بل إن حسن النية يوسع قبضته إلى جميع الأطراف وإلى ما وراء الحدود التعاقدية، إلى مرحلة ما قبل التعاقد، في حين أن المتفاوضين ليسوا أطرافاً متعاقدة بعد. فلا بد أن يتصف كل طرف في العملية العقدية بكل مظاهر حسن النية من الأمانة والثقة والنزاهة وشرف التعامل والتعاون مع الطرف الآخر، وأن يراعي كل منهما مصالح الآخر.⁽¹⁾ كما أنّ مبدأ حسن النية بفضل تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 ينطبق أيضاً على الطرف الثالث في العقد الذي يعتبر من الغير بالنسبة للدائن والمدين في العلاقة العقدية، والذي يجب ألا يبرم عن عمد عقداً ينتهك الحقوق التعاقدية للآخرين، فيعاقب المشرع الفرنسي الآن سوء نية الطرف الثالث (الغير) عندما يتعاقد انتهاكاً لعقد بيع العقارات أو انتهاكاً للوعد من جانب واحد أو الوعد بالتفصيل.⁽²⁾ فقد نص المشرع الفرنسي لأول مرة في المادة 1198 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات 2016 على شرط حسن النية في نزاعات الحائزين المتعاقبين للعقار والمنقول. حيث تقضي هذه المادة بأنه إذا اكتسب شخصان على التوالي حقهما على ذات العقار أو ذات المنقول من الشخص نفسه، يفضل الحائز الذي حاز المنقول أولاً أو الذي سبق إلى تسجيل سنده طبقاً للشكل الرسمي بالسجل العقاري في حالة العقار، حتى ولو كان حقه لاحقاً، شرط أن يكون حسن النية أمّا إذا كان سيئ النية فإنه تطبق عليه عقوبة عدم تمكنه من الاستفادة من أولوية نشر تصرفه في السجل العقاري، كما تعاقب النصوص الجديدة سوء نية الطرف الثالث (الغير) الذي

⁽¹⁾Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse I Capitole. France. www.books.openedition.org

⁽²⁾ Mustaph Mekki: Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations D. 2015 . www.dalloz-actualite.fr

يتعاقد منتهكًا للوعد من جانب واحد أو الوعد بالتفضيل،⁽¹⁾. فقد قضت المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بأنه إذا خالف الواعد عقد الوعد بالتفضيل ولم ينفذ التزامه بتفضيل المستفيد بشأن العقد محل التفضيل وأبرم هذا العقد مع الغير، فإنه يكون مسؤولاً تجاه المستفيد مسؤولية عقدية. ويختلف الجزاء حسب حسن أو سوء نية الغير المتعاقد مع الواعد. فإذا كان هذا الغير سيئ النية وعلى علم بوجود الوعد وبنية المستفيد في التمسك به، فإنه يمكن للمستفيد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه أو المطالبة بالبطلان أو أن يطلب من القاضي الحلول محل الغير في العقد الذي تم إبرامه، وفي الوعد بالتعاقد من جانب واحد قضت المادة 1124 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ببطلان العقد الذي يبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للوعد متى ثبت علم الغير بوجود الوعد، وبالتالي أصبح لمبدأ حسن النية نطاق عام للغاية فيما يتعلق بالأطراف في العملية العقدية.

هذا التوسع في حسن النية لا يضعف القانون المدني الفرنسي بل يعززه، فهو رمز قوي للقانون الفرنسي؛ لأن مبدأ حسن النية بفضل التوسيعات التي قام بها المشرع الفرنسي في قانون القانون المدني أصبح يؤدي دوراً أخلاقياً وتوجيهياً وحمائياً في العلاقات التعاقدية دون التأثير على فعاليتها الاقتصادية، فتكريس المشرع الفرنسي لحسن النية كمبدأ عام، من شأنه تعزيز الجانب الأخلاقي في التعاقد، وتأكيد القيم الأخلاقية التي يرغب المشرع في تعزيزها في المعاملات. وهو يضع ضوابط العقد في جميع مراحل وجوده، ويضبط سلوكيات المتعاقدين أو حتى المتفاوضين في المراحل السابقة على العقد، ويحافظ على التوازن العقدي بين الحقوق المتعارضة والمصالح المتضاربة فيما بينهم.

وكما أن مبدأ حسن النية يتكامل مع مبادئ عامة أخرى في حكم العلاقة التعاقدية، حيث يخفف من الحرية التعاقدية في مرحلة التفاوض، ويحد من تجاوزات الحرية العقدية بفرض شروط تعسفية، ويعمل على التلطيف من صرامة القوة الملزمة للعقد أثناء تنفيذه، ويعاقب على التفسير أو التنفيذ غير العادل لشروط العقد.

ومن خلال تعميم حسن النية، يعزز المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي اتساق القواعد ويعيد العقد إلى وحدته. يسمح هذا المبدأ التوجيهي بتوحيد القواعد المتناثرة من خلال توجيه تفسيرها.

(1) انظر: أشرف جابر: المرجع السابق، ص 333.

ومن المؤكد أنَّ مبدأ حسن النية يتجاوز التطبيقات المعينة التي يقوم عليها، ولكن من منظور الدقة وتعميق هذه القواعد وليس من منظور الالتفاف على الأحكام القانونية. ويتجنب انتشار حلول قضائية محددة بالاستناد إلى النص القانوني ويسهل إمكانية الوصول إلى القواعد وتوضيحها. فهو يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية والتي قد يؤدي تطبيقها بحرفيتها إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها. كما أنَّ مبدأ حسن النية ذو مدلول قانوني متطور مما يجعل منه أداة مرنة وطبعة في يد القضاء يسهل ملاءمتها وتكييفها مع مستجدات الحياة العملية. ويسمح له بالإجابة عن كثير من التساؤلات الناتجة عن التطبيق العملي لقانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 لا سيما في العقود ذات الطبيعة الاقتصادية.

كما أنَّ تأكيد حسن النية كمبدأ توجيهي عام في القانون المدني الفرنسي يعزز استقلاله الذاتي وبعده الإيجابي. فحسن النية كمبدأ عام لا يقتصر على الجانب السلبي المتمثل في حظر ومعاقبة كل فعل أو ترك يتعارض مع حسن النية كالغش والاحتيال وغيرها فصعب، بل له أيضًا جانب إيجابي ينطوي على الكثير من الالتزامات الإيجابية كالالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، والالتزام بالنزاهة، والالتزام بالأمانة وغيرها من الالتزامات التي تساهم في تحقيق العدالة التعاقدية. فقد أولى المشرع أهمية للالتزامات الإيجابية التي تجد أساسها في مبدأ حسن النية وهي تعتبر متفرعة عنه وملازمة له، أهمها الالتزام بالإعلام، فقد استحدث المشرع هذا الالتزام في تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 وأفرد له نصوصًا خاصة لتنظيمه واعتبره من النظام العام.⁽¹⁾

فضلا عن أن عمومية وشمول مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 تعزز طبيعته كواجب، أكثر من طبيعته كالالتزام.⁽²⁾ ولقد أثار التكييف القانوني لهذا المبدأ في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 العديد من التحفظات، لجهة اعتباره يدخل ضمن مفهوم الالتزام التعاقدي أو الواجب التعاقدي، بمعنى هل على طرفي العقد الالتزام بالتعاقد بحسن نية أم واجب التعاقد بحسن نية؟ ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول إن الالتزام العام

(1) انظر: أم كلثوم صبيح محمد و سماء صير علوان: المرجع السابق، ص 5 وما بعدها .

(2) Mustaph Mekki: La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ?, Institut de Recherches pour un Droit Att. , Université Paris 13, France , 2019 , www.hal.archives-ouvertes.fr. See also: Mustaph Mekki: Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations D. 2015 . www.dalioz-actualite.fr

بالتعاقد بحسن نية يدخل في إطار الالتزام التعاقدي العام، في حين أن الالتزام الخاص باحترام هذا المبدأ ببعض مراحل العقد أنه يدخل في إطار الواجب الخاص، لا سيما بعدما قرنه القانون المدني قبل تعديلات عام 2016 بصفة الإلزام كما في المرحلة السابقة على التعاقد على سبيل المثال. ويذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي وهو ما نؤيده إلى أن احترام مبدأ حسن النية القائم على عدّه واجباً أشد قوة منه القائم على احترامه بوصفه التزاماً، باعتبار أن مبدأ حسن النية إذا كان التزاماً فإنه يفترض وجود عقد، والمادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 تقضي بأنّ التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها يجب أن يكون بحسن نية، فإذا كان حسن النية التزاماً فإنّ ذلك يعني أنه في حالة عدم وجود عقد، فإن حسن النية لا ينتج عنه أي تأثير، مما يوجب استبعاد مثل هذا التفسير. فاحترام حسن النية في القانون المدني الفرنسي بوصفه واجباً أشد دلالة بوصفه التزاماً، فهو واجب عام على الأطراف يتخلل علاقاتهم، دون التمكن من الانتقاص منه.⁽¹⁾

⁽¹⁾ محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 206.

انظر أيضاً:

Bérénice de Bertier; La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France. [www. books.openedition.org](http://www.books.openedition.org)

المطلب الثاني

تطور مبدأ حسن النية كمبدأ من النظام العام

مبدأ حسن النية يعتبر آلية من آليات حماية المصالح العليا للمجتمع، فكما تسعى فكرة النظام العام والأداب العامة، إلى مراعاة الجوانب الأخلاقية التي يعد انتهاكها إخلالاً بالمصالح العليا السائدة في المجتمع. فحسن النية يقتضي أيضاً مراعاة الاعتبارات الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها، وهو مبدأ ضروري لتوازن العلاقات التعاقدية، وحماية النظام العام، وإصلاح إطاره العام. فالتزام الأفراد به في العلاقات التعاقدية يؤدي إلى حسن سير النظام في المجتمع، لأنه يعتبر آلية من آليات تنظيم العلاقات التعاقدية، ويرمي إلى المحافظة على المصالح الخاصة للطرف المقابل، بمعنى أن العقد إنما يكون شريعة للمتعاقدین طالما أنه قد نفذ في الحدود التي يبيحها القانون من ناحية عدم مخالفته للنظام العام، حيث إنَّ للأفراد أن يتفقوا على تنظيم ما يرون من العلاقات فيما بينهم، بشكل لا يتعارض والنظام العام، وبذلك يضمن المشرع للعقد القوة والاستقرار بوصفه أداة لتبادل المنافع، ليضمن الناس على معاملاتهم، الأمر الذي يشكل إعمالاً لمبدأ حسن النية، بل إن هذا وظيفة من وظائف مبدأ حسن النية والنتيجة غير المباشرة للالتزام بمقتضيات حسن النية هو تحقيق المصلحة العامة، لذا من غير المعقول استبعاده عن النظام العام الذي يحكم العقود، لأن وجوده ضمن النظام العام يؤدي إلى حماية المصالح العليا للمجتمع، لذلك حسناً فعل المشرع الفرنسي إذ جعل مبدأ حسن النية قاعدة من قواعد النظام العام من خلال نص المادة 1104 بعد تعديله لأحكام القانون المدني. حيث نصّت على أنه: " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية يعتبر هذا الحكم من النظام العام".

لقد سبق أن اقترح مشروع TERRE لعام 2008 ذلك في المادة 5 التي تنص على أنه: " لا يمكن للأطراف استبعاد أو تقييد هذا الواجب".⁽¹⁾ كما أن صياغة نص المادة 1104 مشابهة إلى نص المادة 201/1 من مبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL) التي تنص على أن: " يجب أن يتصرف

⁽¹⁾ المرجع السابق، ص 207

See also: Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 , Dalloz, p 3 .

كل طرف وفقاً لحسن النية والتعامل العادل. ولا يجوز للأطراف استبعاد أو الحد من هذا الواجب“،⁽¹⁾ والمادة 1/7 من مبادئ اليونيدروا التي تنص على أنه: “على كل طرف أن يتصرف وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، ولا يجوز لأي طرف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده”.⁽²⁾

وعليه فقد أكد المشرع الفرنسي في الفقرة 2 من المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ، لأول مرة، على طابع النظام العام لمبدأ حسن النية، وهذا التوجه من قبل المشرع الفرنسي حسم المسألة التي كانت قيد المناقشة بين الفقهاء الفرنسيين، فلم يعد مبدأ حسن النية قاعدة مفسرة لإرادة الأطراف، وإنما أصبحت قاعدة قانونية أمرة تقيد الحرية التعاقدية للأفراد لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التحلل من حكمها.⁽³⁾ كما أن توجه المشرع الفرنسي هذا يساعد على توضيح أفضل لمبدأ حسن النية ويعزز طبيعته كواجب بدلا من الالتزام، ومن بين المبادئ الثلاثة المكرسة في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، مبدأ حسن النية هو المبدأ الوحيد الذي أسبغ عليه المشرع الفرنسي طابع النظام العام.

والمدقق في موقف المشرع الفرنسي من جهة ربط هذا المبدأ بالقواعد المتعلقة بالنظام العام يدرك جيداً حجم التحول في الموقف القانوني الفرنسي في التعاطي القانوني مع مبدأ حسن النية، من حيث الجزاء المترتب على مخالفة هذا المبدأ أو عدم احترامه. إن ربط مبدأ حسن النية بالنظام العام في المادة 1104 يفيد بالضرورة أنه من النصوص الأمرة التي لا يجوز للأطراف تجاهلها أو الالتفاف حولها، أو أن يتصل طرف من هذا الالتزام، سواء في مرحلة ما قبل التعاقد أو إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، إنه مفروض حتى ولو لم ينص عليه الاتفاق، وكل اتفاق بين الأطراف على استبعاد حسن النية يكون باطلاً، وتهدر آثاره، وعليه فلن يتمكن أطراف العلاقة التعاقدية من تحرير أنفسهم بصورة مباشرة أو غير مباشرة من واجبهم بحسن نية، كما أن مبدأ حسن النية و وفقاً للمادة 1104 واحد غير قابل للتجزئة، وبالتالي لا يمكنهم تقييد نطاق هذا الالتزام أو استبعاد عواقب سوء نية

⁽¹⁾ مبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL): www.jus.uio.no.

⁽²⁾ مبادئ اليونيدروا: www.unidroit.org.

⁽³⁾ Mustaph Mekki: La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ?, Institut de Recherches pour un Droit Att. , Université Paris 13, Franch , 2019 . www.hal.archives-ouvertes.fr.

أحد الأطراف في أي مرحلة من مراحل العلاقة التعاقدية، على العكس من ذلك، يبدو من الممكن استبعاد تطبيق أحكام المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التي تقضي بإعادة التفاوض بحسن نية في حالة حدوث ظروف طارئة غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد،⁽¹⁾ لأنه نص تكميلي، وليس من النظام العام، وبالتالي يمكن للأطراف الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة صراحة أو ضمناً، وهو ما دفع ببعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة سيكون محدوداً ولن يوفر حماية كافية للطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية من الظروف الاقتصادية الصعبة ما دام المشرع الفرنسي أتاح إمكانية الاتفاق على مخالفتها، فهذا الحكم يمثل استثناء لهذا الإجراء الجديد بإعادة التفاوض على العقد فيما يتعلق بشرط الالتزام بحسن النية في هذه المرحلة.⁽²⁾

كما أولى المشرع أهمية للالتزامات التي تجد أساسها في مبدأ حسن النية وهي تعتبر متفرعة عنه وملازمة له، وخصوصاً الالتزام بالإعلام الذي يعد أهم عنصر من عناصر حسن النية، حيث أفرد له المشرع الفرنسي نصوصاً خاصة لتنظيمه واعتبره من النظام العام أيضاً، إمعاناً في حماية الطرف الضعيف في مرحلة ما قبل التعاقد وحماية المجتمع من العقود المخلة بالتوازن العقدي في ظل التطورات التكنولوجية والاقتصادية المتسارعة، وهذا من شأنه أن يعزز الأمن القانوني وضمان استقرار المعاملات في المستقبل من خلال قطع الطريق أمام عدم المساواة واختلاف المراكز القانونية بين المتعاقدين.⁽³⁾

ولقد اختلف الفقهاء الفرنسيون حول مسألة تحديد دلالة مصطلح النظام العام في المادة 1104، فإن كان المعنى يفيد بالضرورة أنه لا يمكن استبعاد مقتضيات مبدأ حسن النية بإرادة الأطراف من نطاق العقد، فهل النظام العام المنصوص عليه في المادة 1104 المقصود به هو النظام العام

⁽¹⁾ هذه المادة في نظر بعض الفقه الفرنسي رمز تجديد القانون المدني الفرنسي وانفتاحه على التناغم مع القوانين الأجنبية وبخاصة الأوروبية. محمد حسن قاسم: الظروف الطارئة بين القانون المدني المصري 1948 وقانون العقود الفرنسي الجديد 2016، مجلة جامعة بيروت العربية، 2017، لبنان، www.digitalcommons.bau.edu.lb
انظر أيضاً: أشرف جابر: المرجع السابق، ص 322-325.

⁽²⁾ Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France. [www. books.openedition.org](http://www.books.openedition.org)

⁽³⁾ انظر: أم كلثوم صبيح محمد و أسماء صبر علوان: المرجع السابق، ص 9- 10 .

التوجيهي أو الحمائي؟ وهل اعتبار المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية قاعدة من قواعد النظام العام، يفيد أن جزاء الإخلال به هو البطلان..؟

وهل يمكن للقاضي أن يثير الأمر من تلقاء نفسه في حال إخلال أحد المتقاضين بمبدأ حسن النية؟ وهل يمكن القبول بالتنازل اللاحق للتمسك بحسن النية، بمعنى آخر هل يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية أو لأي منهما أن يعني الطرف الآخر من هذا الالتزام لاحقاً؟ المشرع الفرنسي لم يجب عن هذه التساؤلات، على الرغم من اعتقادنا بإمكانية ذلك.

يتعين لتحليل موقف المشرع الفرنسي الإشارة بداية إلى أن النظام العام منذ ظهوره عرف تطوراً في مضمونه بشكل إيجابي، فطيلة القرن الماضي عرفت قواعد النظام العام تطوراً إيجابياً بسبب مظاهر تدخل الدولة في جميع مجالات الحياة وخاصة الاقتصادية، فالتحولات الاقتصادية أدت إلى ضرورة تدخل الدولة لوضع آليات وضوابط تحكم المجال الاقتصادي للعقد،⁽¹⁾ فصنف النظام العام إلى نظام عام سياسي ونظام عام اقتصادي الذي يصنف بدوره إلى توجيهي ويعبر عن تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي،⁽²⁾ والحمائي الذي يعمل على حماية بعض الفئات كالأجراء والمستهلكين والمستأجرين وغيرهم.⁽³⁾ وأحكام النظام العام التوجيهي يترتب على مخالفتها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً،⁽⁴⁾ أما قواعد النظام العام الحمائي فهي تتضمن أحكاماً لحماية الطرف الضعيف، والبطلان

(1) انظر: عبد الناصر بلميهوب، مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل في قانون العمل الجزائري، أطروحة نيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2016، ص 29. وانظر: ماموني ربيعة وحدوش تسعيت: النظام العام الاجتماعي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، الجزائر، السنة الجامعية 2017، ص 11 وما بعدها.

(2) من تطبيقات النظام العام التوجيهي قوانين التسعير الجبري وقوانين حماية المستهلك. انظر: إبراهيم عنتر فتحي الحياتي: النظام العام الاقتصادي من المقترضات الاجتماعية للعقد، مجلة الدراسات المستدامة، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد الثاني، جامعة تكريت، العراق، 2020، ص 150.

(3) وقد أورد المشرع البحريني في القانون المدني تطبيقات للنظام العام الاقتصادي الحمائي فيما يخص حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان وحماية المؤمن له في عقد التأمين.

(4) إن البطلان المطلق هو جزاء مخالفة النظام العام التوجيهي المتعلق بالسياسة التشريعية والقواعد الأساسية التي تسود المجتمع وتحفظ المصلحة العامة. فالبطلان المطلق يهدف أساساً إلى استئصال عقد باطل نماسه بالمصلحة العامة، أي إن تقرير البطلان في هذه الحالة شرع في الأصل لا لحماية مصالح بعض الأفراد فحسب وإنما لحماية المصلحة العامة وضمان حسن تطبيق القانون. انظر: إبراهيم عنتر فتحي الحياتي: النظام العام الاقتصادي من المقترضات الاجتماعية

لا يخدم مصلحة الطرف الضعيف، بل مصلحة الطرف القوي، و بالتالي تنتفي الغاية من أحكام النظام العام الحمائي، لذلك حماية المتعاقد الضعيف تقتضي الإبقاء على العقد لا إبطاله، كما أن المصلحة العامة لأي بلد تكون عادة مرتبطة بتنفيذ العقد أكثر من عدم تنفيذه لأن العقد أداة اقتصادية مهمة في البلاد، لذا قد يترتب على مخالفة النظام العام الحمائي إبقاء العقد أو إبطال الشرط التعسفي، ونضيف حتى التعويض في المرحلة السابقة على إبرام العقد لمخالفة مبدأ حسن النية، كقاعدة من قواعد النظام العام.⁽¹⁾

يُرى من خلال استقراء نصوص القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، أن الجزء الذي رتبته المشرع الفرنسي قد يقتصر على التعويض، وهذا لا يتنافى مع فكرة النظام العام الحمائي، التي قد تستدعي مثل هذا الجزء. فمثلا في المفاوضات يكون الجزء على سوء السلوك في المفاوضات التعويض طبقاً للمادة 1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 إذ لا نجد إشارة إلى البطلان، ذلك لأنه ليس هناك عقد ليُبطل ما لم يبرم اتفاق إطار أو عقود تمهيدية.⁽²⁾ كما أن إبطال العقد لمخالفة مقتضيات حسن النية يؤدي حتماً إلى خسارة اقتصادية مؤكدة باعتبار أن البطلان يعيد المتعاقد إلى الوضعية السابقة عن إبرام العقد وهو ما يتنافى مع الاستقرار التعاقدي والذي يدخل في اعتبارات النظام العام، وقد يتنافى إبطال العقد مع مصلحة من

للعقد، المرجع السابق، ص 155. انظر أيضا: أحمد محمد المصطفى أحمد المختار: العقد والنظام العام والآداب العامة، مجلة القانون والأعمال الدولية، العدد 23 جامعة الحسن الأول، 2019، ص 46.

⁽¹⁾ إن التوجه التشريعي الحديث في بعض القوانين الخاصة يقتصر على بطلان الشرط المخالف للنظام العام الحمائي دون العقد. انظر: جاك غستان، المپول في القانون المدني، المرجع السابق، ص 261 - 270. انظر أيضا: إبراهيم عنتر فتحي الحياضي: المرجع السابق، ص 161.

⁽²⁾ يحرص الأطراف في التفاوض على العقود الهامة على وضع تنظيم اتفاقي للتفاوض على العقد، وذلك من خلال إبرام بعض الاتفاقات التمهيدية التي تهدف إلى تسهيل عملية التفاوض وإيجاد حلول لما قد ينشأ عنها من مشكلات، من أهم هذه الاتفاقات التمهيدية عقد الإطار وهو ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلزم الأطراف باتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة، حيث تقوم هذه العقود بتسهيل عملية التفاوض على العقود المستقبلية، فعندما يرغب طرفان في إبرام سلسلة من العقود ذات طبيعة واحدة (مثل عقود التوريد)، فإنهما يقومان بوضع شروط رئيسية تحكم إبرام هذه العقود في المستقبل، وتسمى هذه الشروط (عقد الإطار) فيبدل أن يتفق الطرفان في كل مرة على تفاصيل العقد المراد إبرامه، فإنهما يتفقان بمقتضى عقد الإطار على الشروط الأساسية التي ترم طبقاً لها العقود اللاحقة. انظر: رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 478 وما بعدها.

عملت لفائدته القاعدة القانونية. فإبطال العقد تكون أحيانا آثاره وخيمة في صورة تطبيقه بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير وهو ما يهدد استقرار العلاقات التعاقدية، فالمتعاقد المتضرر والذي تكون مصلحته في بقاء العقد قائما رغم مخالفته للنظام العام سيحجم عن طلب إبطاله، لذلك يجب اعتبار أن الغاية من إبطال العقد لم تعد تسليط العقاب على المتعاقدين بل البحث عن الحكمة المطلوبة من سن القاعدة القانونية التي سوف يحققها التعويض كلما تعلق الأمر بحماية النظام العام الاقتصادي.

غير أنه وبخصوص إمكانية إثارة الجزاء، للإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية من قبل القاضي. فيرى في هذا الصدد بأن المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ورد فيها وبشكل صريح، أن مبدأ حسن النية قاعدة من قواعد النظام العام. ما يفيد أنه يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، أثناء النظر في النزاع، بغض النظر عن الجزاء. ويذهب اتجاه فقهي إلى أن القاضي يكون ملزما بإثارة ما يتعلق بالنظام العام بمفهومه التقليدي من تلقاء نفسه، وذلك لأنه طرف مخوّل بحماية المصالح العليا للمجتمع والأسس التي تقوم عليها، أما ما يمس النظام العام الحمائي فلا يكون ملزما بإثارته من تلقاء نفسه، بل يجب عليه في ذلك التقيد بمصلحة المتعاقد الجدير بالحماية في العقد.⁽¹⁾

كما قد يتفق الأطراف مقدما حال الدخول في المفاوضات أو حال إبرام العقد على استبعاد عواقب سوء نية أحد الأطراف، ويعد هذا الاتفاق باطلا ولا يترتب أي أثر تجاه الأطراف، وذلك لأنه مخالف مخالفة تامة للنص الأمر الوارد بمادة 1104. كذلك الحال في الاتفاق اللاحق على إبرام العقد، لأن واجب حسن النية طبقا للمادة 1104 يمتد من المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة إبرام العقد إلى تمام تنفيذ العقد، كما أن هدف المشرع الفرنسي من ربط مبدأ حسن النية بالنظام العام أن يضع إطارا شاملا من الحماية للعلاقة التعاقدية وتوفير الأمان القانوني للأطراف، لذلك يرى بأن المشرع لو منح الأطراف حرية الاتفاق على مخالفة مقتضيات حسن النية بموجب اتفاق سابق أو لاحق، فإنه بتواني الأطراف على مخالفته ستصبح المخالفة قاعدة في جميع العقود وسيؤدي ذلك إلى أن تكون المادة 1104 عديمة الفائدة وكذلك الجزاء المترتب عليها يغدو صوريا، ومن ثم يستطيع

(1) إبراهيم عنتر فتحي الحياثي: النظام العام الاقتصادي من المقتضيات الاجتماعية للعقد، المراجع السابق، ص 154.

الطرف القوي في العقد أن يضع شروط المخالفة دائماً في العقد على المتعاقد الضعيف، وهو ما يخلّ بالتوازن العقدي ويؤثر حتماً على استقرار المعاملات.

ونخلص إلى أنّ القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 سجل تطوراً مهماً في التعاطي العام مع هذا المبدأ من حيث السياسة الجزائية المدنية التي اتخذها حيال مخالفة هذا المبدأ أو عدم احترامه معتبراً إياه من النّظام العام. وعلى الرغم من ذلك فإنّ توصيف المبدأ بمفهوم النظام العام على إطلاقه في المادة 1104 يحتاج إلى مزيد من التوضيح لا سيما لجهة توضيح الآثار المترتبة عليه، وإعادة التكييف القانوني لعبارة "ويعد هذا الحكم من النظام العام"، بما يفيد بأنّ المقصود بالنظام العام هنا هو النظام العام الحمائي المقارب لما هو موجود في القوانين الاجتماعية.

المبحث الثاني

تطور مبدأ حسن النية من حيث نطاقه في نظرية العقد

كرس المشرع في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على العقد، وهي مرحلة التفاوض، وكذلك عند إبرام العقد، فضلاً عن تنفيذه، وهو ما يعني أن التقيد بهذا المبدأ قد بات التزاماً قانونياً عاماً يشمل كافة مراحل العقد بدءاً من التمهيد له إلى إبرامه إلى تنفيذه. وهو ما عبر عنه نص المادة 1104 المستحدثة بأنه: يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية"، وقد حل هذا النص محل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 التي كانت تقصر حدود مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد.

وعليه فإننا سنتناول هذا المبحث في إطار مطلبين: المطلب الأول سنخصصه للالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد؛ أي مرحلة المفاوضات وتكوين العقد، في حين سنتطرق في المطلب الثاني للالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد.

المطلب الأول

الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد وتكوين العقد

يظهر مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد ومرحلة تكوين العقد من خلال الالتزامات التي يفرضها على عاتق أطراف العملية العقدية، وهو ما سنبينه في فرعين:

الفرع الأول: الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد.

الفرع الثاني: الالتزام بحسن النية في مرحلة تكوين العقد.

الفرع الأول

الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد

تبدأ المرحلة السابقة للتعاقد بالدعوة إلى الدخول في مفاوضات على العقد المنشود وقد تكون طويلة أو قصيرة حسب أهمية العقد المتفاوض عليه، وقد رَسَخ القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ولأول مرة في فرنسا نصوصاً قانونية خاصة تنظم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وفرض على الأطراف المتفاوضة الالتزام بحسن النية، كما نظم الالتزامات المتفرعة عنه فوضع أحكاماً خاصة بالالتزام بالإعلام والالتزام بالسرية.

المفاوضات هي المرحلة التي تسبق صدور الإيجاب، فصدور الإيجاب هو النقطة التي تنتهي عندها مرحلة المفاوضات، ويتم بعدها الدخول في مرحلة جديدة في حياة العقد؛ وهي مرحلة تكوين العقد.

إنَّ التطور التكنولوجي الهائل الذي يشهده العالم أفرز الكثير من العقود ذات الأهمية المالية العظيمة والمعقدة مثل عقود التنقيب عن المعادن، وعقود الإنشاءات الهندسية الميكانيكية والكهربائية، وإنَّ معظم هذه العقود تتولى تنفيذها شركات عملاقة متعددة الجنسيات تسعى في خوض المنافسة التامة إلى حصد ثمار نجاحها ما يستدعي في الغالب استعدادات ضخمة قبل إبرام هذه العقود، ومن هنا ظهرت الحاجة الماسة إلى المرور بمرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد للإعداد والتحضير والتداول والنقاش بالشكل الذي يتناسب مع هذه العقود الحديثة اقتصادياً وتكنولوجياً لإزالة ما بها من غموض وتعقيد بحيث يتم بعد ذلك إبرام العقد على أساس سليم وواضح مما يحقق له الاستقرار.⁽¹⁾

فهذه المرحلة تقوم على التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أوحل لمشكلة ما، اقتصادية أو قانونية أو تجارية، أو سياسية.... الخ. وتضم هذه المرحلة عدداً هائلاً من العمليات، مثل القيام بأعمال تحضيرية أ وفحوص فنية أو دراسات اقتصادية، وإعداد خطط المشروع محل العقد وتوفير وسائل التمويل أو التأمين، وقد يتم تحرير أوراق في هذه المرحلة لا تدخل تحت حصر يطلق على أغلبها أوراق

(1) حمدي محمود بارود: الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة الدخول عن مفاوضات العقد، مرجع سابق، ص 540 .

مسكرتارية موقعة من طرف واحد أو أكثر من الأطراف التي يتم التفاوض والتناقص فيما بينها في هذه المرحلة، وقد بلغت هذه الأوراق من كثرتها وتنوعها إلى اختلاف مسمياتها ومن هذه المسميات، مذكرة التفاهم وخطاب التفاهم والاتفاقات الأساسية وعهد الشرف وخطاب النوايا.⁽¹⁾ فهي إذن مرحلة استكشافية يتلمس فيها كل طرف طريقه إلى العقد في جو من التردد والحذر، مما يقتضي البحث عن توفير قدر من الحماية للمتعاقدين أو بالأحرى للمتعاقد الضعيف في مرحلة ما قبل التعاقد، كما أنها تعد مرحلة وقائية هامة تسبق إبرام عقد ارتضاء أطرافه، وينفذ كل منهم التزاماته بطريقة سليمة وهادئة وسيجنبهم مغبة الدخول في منازعات وولوج ساحات القضاء في الدولة أو قضاء التحكيم.⁽²⁾

وقد كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه لإرساء تعريف محدد لمرحلة المفاوضات، فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى تعريفها بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل إن هناك عروضاً وعروضاً مضادة كما عرفها بأنها تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات، والمسااعي، والمشورات، وتبادل وجهات النظر، بهدف التوصل إلى اتفاق، وأخيراً فقد تم تعريفها "بأنها تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف المرحلة السابقة على التعاقد ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"⁽³⁾ وقد عرفت هذه المرحلة أيضاً "بأنها تلك المرحلة التي يتم فيها اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل".⁽⁴⁾ وأخيراً فقد عرفت المرحلة السابقة على التعاقد بأنها "مرحلة تقوم على المناقشة

⁽¹⁾ عروبة شافي عرط المعموري: المرجع السابق، ص 10 .

⁽²⁾ انظر: حسن الحسن: التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1993، ص 11.

عبد الحكيم عبد اللطيف القوي: المرجع السابق، ص 12.

⁽³⁾ عروبة شافي عرط المعموري: المرجع السابق، ص 6 . رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

⁽⁴⁾ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 64.

للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف التي تروم التعاقد وحل ما بينها من مشكلات أو تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضاري".

وتعد مرحلة التفاوض مرحلة مستحدثة في للقانون المدني الفرنسي، فمن بين المسائل التي استحدثتها تعديل القانون المدني لسنة 2016 وشكلت إضافة للقانون المدني الفرنسي هو تقنيته لمرحلة المفاوضات بصورة صريحة وجعلها مرحلة مستقلة ومختلفة عن بقية المراحل تحكمها نصوص مستقلة بذاتها، في الوقت الذي كان فيه القانون المدني الفرنسي قبل التعديل مقتصرًا فقط على مرحلتين رئيسيتين في حياة العقد، من خلال مرحلة الانعقاد ومرحلة التنفيذ، والظاهر من النص المعدل أنَّ مرحلة المفاوضات لها أهميتها وخصوصيتها؛ باعتبارها مرحلة حساسة يمتد تأثيرها ليشمل بقية المراحل اللاحقة عنها، ولضمان قيام هذه المرحلة بوظيفتها القانونية الاقتصادية باعتبارها وسيلة وقائية تعتمدها الأطراف التي تروم التعاقد لا بد من تزويدها بضمانات كافية تزرع عنصر الثقة ما بين المتعاقدين، وإنَّ ذلك لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال تأكيد مبدأ حسن النية، الذي يقتضي توفير حد الأمانة والصدق والنية الجادة والحسنة وتظافر جهود الأطراف الساعية إلى التعاقد، وحتى يمكن أن تحقق هذه المرحلة أهدافها لإنجاح عملية التعاقد ومعنى الالتزام بحسن النية في التفاوض العقدي يختلف عن معناه في مرحلة تنفيذ العقد الذي ينصرف إلى إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولكن المقصود مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، والذي يفرض على المفاوض في العقد التزاماً إيجابياً بالصدق والأمانة من خلال المحاورات والمناقشات واللقاءات تجاه المفاوض الآخر الذي يرغب بالتعاقد معه، فحسن النية يقتضي أن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة وصدق وثقة وصولاً إلى المنفعة المراد تحقيقها من إبرام العقد، ولذلك عُرف الالتزام بالتفاوض بحسن نية "التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض والترم بها كل طرف من أطراف التفاوض، بحيث لا يؤدي إلى إضرار الطرف الآخر دون مسوغ قانوني بل يتوصل كلا الطرفين إلى حقه بأمانة".⁽¹⁾ ومن هذا يتضح أنه على كل طرف من أطراف التفاوض العقدي أن ينفذ التزامه بشكل متناسب فيه الأداءات وتحقيق المنفعة عن طريقة الأمانة والثقة والجدية في المحاورات والمناقشات، وأن تتوفر لدى الطرفين المتفاوضين الرغبة الصادقة والاستعداد الجيد للتفاوض، بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي.

(1) انظر: عبد الحليم عبد السليم القرني: المرجع السابق، ص 187 .

ولقد انقسم الفقه القانوني المقارن فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، ومهمته في تحقيق التوازن التعاقدية، فقد اختلف فقهاء القانون الإنجليزي حول مدى فاعلية هذا المبدأ في العلاقات التعاقدية؛ حيث لم ينكر بعضهم وجود هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ بنود العقد، وأنكروا وجوده في المرحلة السابقة على التعاقد (مرحلة المفاوضات)، على أساس عدم وجود رابطة عقدية في الأساس خلال هذه المرحلة، وبالتالي عدم وجود التزامات تعاقدية، وعلى جانب آخر، أنكر العديد من فقهاء القانون الإنجليزي وجود هذا المبدأ من أساسه في مرحلة ما قبل وبعد التعاقد، على أساس انعدام سلطة القاضي الوطني في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، والأخذ بظاهر ما اتفقوا عليه فقط، وفي المقابل اعتدَّت غالبية فقهاء النظام القانوني اللاتيني بهذا المبدأ كثيرًا، باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي تحكم وتنظم العلاقة التعاقدية، ليس في مرحلة تنفيذ العقد فقط ولكن في مرحلة التفاوض على شروطه، خاصة ما أخذ به القانون الإيطالي⁽¹⁾ والقانون الألماني⁽²⁾.

وفي فرنسا اقتصر الحديث عن مبدأ حسن النية قبل التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي على فترة التنفيذ، بمعنى أنَّ هذا الالتزام عبارة عن التزام من الالتزامات التعاقدية، أي الالتزامات الناشئة عن العقد وهو التزام يقع على المدين بالتنفيذ بالدرجة الأولى، وهذا ما يفهم من نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016، ولكنَّ هذا النص لم يمنع فقهاء القانون الفرنسي وقضاء محاكم النقض الفرنسية من التعامل مع هذا المبدأ على أنَّه التزام قانوني يطبق أيضًا في مرحلة التفاوض على العقد؛ فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسيان على أنَّ حسن النية في

⁽¹⁾ تنص المادة (1337) من القانون الإيطالي على أن: " يلزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية ". تنص المادة 1375 من الالتزامات العامة على التزام الدائن والمدين بالتصرف وفقًا لقواعد العدالة .

This article constituted that "pre-contractual negotiations and liability. During the course of the negotiations and in the formation of the contract, the parties must act in Good faith."

انظر : وإلل حمدي أحمد: المرجع السابق، ص 307 - 308 . محمود فياض: المرجع سابق، ص 235 .

⁽²⁾ تعتبر المدرسة الألمانية هي الرائدة والنموذج في الالتزام بمبدأ حسن النية، وهذا ما نصت عليه المادة (2/241) من القانون المدني الألماني التي ألزمت المتعاقد بمراعاة حقوق ومصالح المتعاقد الآخر، وتوسعت المادة (2/311) في المجال لتجعل من هذا الالتزام مطبقًا على مرحلة التفاوض على العقد إضافة لمرحلة تنفيذه وفقًا لما جاء في المادة (242) من نفس

القانون، انظر : وإلل حمدي أحمد: المرجع السابق، ص 302 - 303 . محمود فياض: المرجع السابق، ص 227

العقود مبدأ عام يشمل مجال تطبيقه مرحلة التفاوض والإبرام رغم عدم وجود نص صريح يحدده ، وذلك استناداً لما جاء في القواعد العامة في المسؤولية، وبالأخص نص المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 اللتين تلزمان مرتكب الفعل الضار الذي أدى بخطئه، أو بإهماله، أو بتقصيره إلى الإضرار بالغير بضمان هذا الضرر.⁽¹⁾

ومعظم القوانين المدنية العربية المتأثرة بموقف المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل لم تتضمن نصاً صريحاً يقرر فيه مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد واختصر ذكره في مرحلة التنفيذ فقط. وتبع أغلب الفقهاء في الدول العربية ما اقتنع به القضاء والفقهاء في فرنسا فذهبوا أيضاً إلى ضرورة القول بأن مبدأ حسن النية المفروض من قبل المشرع في مرحلة تنفيذ العقد لا يقتصر على هذه المرحلة فقط بل يشمل أيضاً المرحلة السابقة على التعاقد.⁽²⁾

ولكن بعد تعديلات 2016 نص القانون المدني الفرنسي صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات من خلال نص المادة 1104 وهي مادة جديدة تم استحداثها في القانون الفرنسي تقنياً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي مدى عقود طويلة من الزمن في مجال المرحلة السابقة على التعاقد.⁽³⁾ ومتأثراً بمبادئ قانون العقود الأوروبي الموحد (PECL) ومبادئ اليونيدروا (UNIDROIT)، حيث نصّت كل من مبادئ قانون العقود الأوروبي الموحد (PECL) ومبادئ (اليونيدروا) صراحة على التزام طرفي التعاقد بالتفاوض وفقاً لمقتضيات حسن النية.⁽⁴⁾

(1) انظر : محمد محمد أبو زيد: المرجع السابق، ص12 . محمود فياض: المرجع السابق، ص 236. وائل حمدي أحمد: حسن

النية في البيوع الدولية، المرجع السابق، ص 253 .

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة (148) من القانون المدني المصري على أنه : " 1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وتنص الفقرة الثانية من المادة (2/150) من القانون المدني العراقي (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ...) ويقابل هذه المادة في القانون الجزائري الفقرة الأولى من المادة (107) من القانون الجزائري (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية) وبذلك أكد المصري والعراقي والجزائري على مراعاة حسن النية أثناء تنفيذ العقد. انظر : محمد محمد أبو زيد: المفاوضات في الإطار العقدي، المرجع السابق، ص12 . محمود فياض: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 236. وائل حمدي أحمد: حسن النية في البيوع الدولية، المرجع السابق، ص 253.

(3) يوسف شندي: المرجع السابق، ص 451 .

(4) انظر : جان سمش وكارولين كالوم: المرجع السابق. ص 126.

كما نظم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في المادة 1112 التي تنص على أنه: " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرًا يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية، تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الخاص خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي يتم إبرامه ولا فوات فرصة الحصول على هذه المزايا ". وتنص الفقرة الأولى من المادة 1112 على أنه: " يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومات مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه. على الرغم من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء. تعد معلومات لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف. يقع على من يدعي أن معلومة كانت واجبة له إثبات أن الطرف الآخر كان مديناً له بها، ويقع على هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له. " لا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده. " فيما عدا مسؤولية المدين بواجب الإعلام، فإن الإخلال بهذا الواجب يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد 1130 وما بعدها". وتنص الفقرة الثانية من المادة نفسها على أنه: " يكون مسئولاً وفقاً للقواعد العامة، كل من يستخدم أو يفشي دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات". (1)

وبقراءة المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، نستشف عدة أمور:

1- إنَّ المشرع الفرنسي ولأول مرة يتطرق ويضيف صراحة مرحلة جديدة من مراحل العقد وهي مرحلة المفاوضات.

2- أقرن المشرع الفرنسي هذه المرحلة بمبدأ حسن النية، وذلك كغيرها من المراحل ومن دون استثناء أو تمييز وجعله على نفس القدر من الأهمية فيها جميعاً، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أهمية هذا المبدأ، ودوره في تحقيق أهداف العقد.

3- يعتبر القانون هو مصدر الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، فبناء على هاتين المادتين لم يعد مصدر الالتزام بحسن النية يقتصر على العقد وعلى مرحلة التنفيذ وعلى المدين بالتنفيذ وإنما أصبح مصدره القانون بالدرجة الأولى، لأنه من غير الممكن القول بأن مصدر الالتزام هو العقد والعقد لم ينشأ بعد، وهذا أول جديد عرفه المبدأ في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016.

(1) ترجمة: محمد حسن فاسم: المرجع السابق، ص 35 - 36.

4- إنَّ الالتزام بحسن النية المنصوص عليه في المادة 1104 سالفه الذكر هو التزام عام، وهو يقع بالضرورة على عاتق الطرفين على نحو متبادل، حيث يكون كل منهما دائئاً بهذا الالتزام، ومديئاً به في الوقت نفسه، ولا يقتصر على طرف دون الآخر، كما في المادة 1134 من القانون الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 التي كانت تقصر الالتزام بحسن النية على العقد وعلى مرحلة التنفيذ وعلى المدين بالتنفيذ دون الدائن، كما أنه مبدأ يحكم مرحلة التفاوض في كل العقود دون استثناء. فالالتزام بالتفاوض بحسن نية يشمل حتى حالة إبرام عقد ينظم عملية التفاوض، فهذا العقد يخضع بالضرورة لمبدأ حسن النية.

5- إنَّ الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد مسألة من مسائل النظام العام في القانون الفرنسي، فهو التزام قانوني جوهري، لا يستقيم التفاوض على العقد بدونه، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، ويترتب على عدم مراعاة مبدأ حسن النية خلال هذه المرحلة جزاء البطلان، وذلك إمعاناً في حماية الطرف الضعيف، وتعزيزاً للأمن القانوني، وضمان استقرار المعاملات.

6- إنَّ الالتزام بالتفاوض بحسن نية في القانون الفرنسي هو التزام بتحقيق نتيجة، فقد يعتقد البعض للوهلة الأولى أنَّ الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية، ولكن هذه الرؤية تغيرت، خاصة بعد التبصر والتمعن في مضمون هذا الالتزام⁽¹⁾، حيث إنه يفرض على المتفاوض أن يبتعد ويتجنب المكر والخديعة والغش والتلاعب، ويقوم بمناقشة شروط العقد بجدية تامة، وإن يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض، ثم إن حسن النية يدخل في تقدير الطرفين عند اتفاقهما على التفاوض، بحيث لو علم أحد الطرفين أنَّ الطرف الآخر لن يكون حسن النية لامتنع حتماً عن الدخول معه في التفاوض، وفي ضوء ذلك فإنَّ الالتزام بحسن النية هو التزام بتحقيق نتيجة، فكل متفاوض لابد أن يكون حسن النية في تفاوضه، حتى يستطيع الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض وعن ما سيرتبه العقد في المستقبل، ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما بوسعه لكي يكون حسن النية فلم يستطيع.

⁽¹⁾ وقد اختلف الفقه حول أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هل هو التزام ببذل عناية أم غاية ؟ يذهب جانب من الفقه أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية حتى لو لم يتم التوصل إلى إبرام العقد. حيث إنه من الصعب أن نضع التزاماً على عاتق الأطراف المتفاوضة كل منهم بحسن نية أثناء التفاوض، في حين يرى جانب آخر وهو الرأي الراجح أن التزام أطراف التفاوض بحسن نية هو تحقيق نتيجة. انظر: وائل حمدي أحمد: المرجع السابق، ص 250. عبد الحليم عبد اللطيف الفوني: المرجع السابق، ص 220.

7- يحكم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد مبدأن هما: مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية، فالالتزام بالتفاوض بحسن النية في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 لا يعني بالضرورة وجوب التفاوض قبل إبرام أي عقد، بل وجوب الالتزام بحسن النية حال التفاوض على العقد. حيث تقضي المادة 1112 من القانون الفرنسي صراحة بأنه من الجائز الدعوة إلى التفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد مع مراعاة مقتضيات حسن النية.

فقد أخضع المشرع الفرنسي المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد فضلا عن مبدأ حسن النية لمبدأ آخر هو مبدأ حرية التعاقد، ولكنه لم يجعل المبدأين على نفس الدرجة، بل جعل القاعدة هي مبدأ حرية التعاقد والقيود هو مبدأ حسن النية. فاستناداً لمبدأ حرية التعاقد المنصوص عليه في المادتين (1102) و(1112) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 فإن لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات والعدول عنها متى شاء دون أن يتعرض للمسئولية، فالدخل في المفاوضات حول إبرام عقد معين لا يعني البتة أن يكون المتفاوض ملزماً بإبرام العقد النهائي بالفعل؛ لأن ذلك من شأنه إهدار مبدأ حرية التعاقد. فالمتفاوض يظل متمتعاً بكامل حريته في التعاقد من عدمه، ولا يقيد من هذه الحرية في القانون الفرنسي سوى الالتزام بحسن النية في المادتين (1104 و1112)، لأن إطلاق العنان للحرية التعاقدية يفتح الباب لمفاوضات غير جادة، تكون سبباً لإضاعة الوقت والمال دون نية حقيقية وجادة في التعاقد، وإنما قد يكون قصده من الدخول في المفاوضات، منع من تفاوض معه من إبرام صفقة معينة مع الغير يبقياها هو، أو حرمان الغير منها، أو كأن يقصد الاطلاع على بعض المعلومات والأسرار أو لغرض إطالة أمد المفاوضات العقدية دون نية الوصول إلى نتيجة نهائية، إلى غير ذلك. لذا فرض المشرع الفرنسي على كل طرف أن يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا أخل بهذا الالتزام وقطع المفاوضات بتعسف أو بسوء نية كما لو اقترب إبرام العقد ثم عدل فجأة دون أي مبرر مشروع ونتج عن ذلك ضرر بالمتفاوض الآخر.

8- إن المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد إما أن تنتهي بنتيجة النجاح أو الفشل، والواقع أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يرتبط بنجاح أو فشل المفاوضات والعدول عن التعاقد، ففي كل الأحوال سواء انتهت المفاوضات بالنجاح أم بالفشل فالأمر سواء في تقرير المسؤولية عن التفاوض بحسن نية، فإنه في حالة كانت نتيجة المفاوضات إيجابية بنجاح الأطراف في إبرام العقد النهائي فلا وجود لأي مسؤولية تترتب إلا في حالة وجود عيب من عيوب الرضا نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض، أما إذا كانت نتيجة المفاوضات

سلبية وقام أحد الأطراف بقطع المفاوضات فإنه عندئذ لا تترتب عليه أية مسؤولية، ولا يمكن حتى إلزامه بشيء طالما أنه أدار المفاوضات بشكل جدي ومتفق مع مبدأ حسن النية وكان يستند إلى مبرر مشروع في قطع المفاوضات من جانبه فقطع المفاوضات، وكما أشرنا سابقاً لا يمكن أن يشكل بذاته خطأ يستوجب المؤاخذة، فالمبدأ هو حرية التعاقد في القانون الفرنسي التي تعطي كل طرف الحق في قطع المفاوضات في أي وقت، إنما يجب لقيام المسؤولية حصول خطأ خلال هذه المرحلة يتمثل في الإخلال بحسن النية كما في حالة تعطيل المفاوضات بسوء نية أو قطع المفاوضات بتعسف أو بدون سبب مشروع بغرض الإضرار بالغير، فالالتزام بحسن النية في المفاوضات يفرض على كل متفاوض أن يستند في هذا القطع إلى أسباب موضوعية تبرره، لا سيما إذا وصلت المفاوضات إلى درجة متقدمة وأوشكت على الانتهاء، بل إن حسن النية يقتضي منه أن يخطر الطرف الآخر، وفي الوقت المناسب، بعزمه على قطع المفاوضات ولا يفاجئه بذلك، وإلا اعتبر قطعه للمفاوضات خطأ ينشئ مسؤوليته.

ومن حالات تحمل المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات: دخول طرف في مفاوضات دون أن تكون لديه نية حقيقية للتعاقد، أو كان يهدف من وراء ذلك الاطلاع على الأسرار الفنية والمالية للمتفاوض الآخر، أو لإبعاده عن التفاوض مع الآخرين، أو لتعطيل الطرف الآخر وتأخير إبرام العقد النهائي المرتقب، أو بأن يعرض أحدهم على الآخر بيانات مغلوطة غير صحيحة، لولاها لما قطع مفاوضات العقد أو أنه ساهم بتصريحات مضرة أو مقترحات مضرة أو مقترحات غير جادة، أو الاستمرار في التفاوض مع علمه بأنها لن تؤدي إلى إبرام العقد، أو كان لدى الشخص نية إيقاع الضرر بسوء نية أو بخفة تستوجب المؤاخذة، ويعد من هذا القبيل أيضاً، القطع التعسفي للمفاوضات المتقدمة بلا مبرر مشروع حتى دون وجود نية للإضرار بالطرف الآخر، أو خلق مظهر كاذب أو خادع من قبل الشخص الذي يقطع المفاوضات المتقدمة بلا مبرر مشروع بعد أن عرض الطرف الآخر أمام الغير على أنه شريك له، أو خان الثقة التي أولاها له الطرف الآخر من خلال المفاوضات بعد أن تم الاتفاق على المبيع والتمن ولم يبق سوى الاتفاق على آلية تنفيذ العقد، وكذلك استغلال معلومات سرية تم الحصول عليها خلال مرحلة المفاوضات بالمخالفة للالتزام بالمحافظة على الأسرار وغير ذلك من صور القطع غير المشروع للمفاوضات.

إن المسؤولية الناتجة عن مخالفة مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في القانون الفرنسي هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية حتى ولو لم يتم التعبير عن ذلك صراحة في

المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 كونها ناشئة عن مخالفة التزام قانوني وهو انتهاك مبدأ حسن النية وفي مرحلة لم ينعقد فيها العقد بعد.⁽¹⁾ ولا يستثنى من هذا الحكم إلا حالة وجود نص في القانون يقضي بخلاف ذلك ويجعلها مسئولية عقدية في حالات معينة أو حالة وجود اتفاقات على التفاوض بين الأطراف.⁽²⁾ فإذا وجد اتفاق بين الطرفين على التفاوض فإن الاتفاق يحكم العلاقة التفاوضية على العقد، وإذا أخل أحد أطراف التفاوض بمبدأ حسن النية وانسحب عن التفاوض مما يسبب الضرر بالطرف الآخر، فإنه يسأل عن تعويض هذه الأضرار على وفق أحكام المسؤولية العقدية.⁽³⁾

وإثبات الإخلال بالالتزام بحسن النية يكون على الطرف المتضرر، فالأصل في الإنسان حسن نيته، ولا يكلف أحد إثبات الأصل، فحسن النية مفترض، ولمن يدعي بغير ذلك إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات.

9- يتبنى المشرع الفرنسي في المادة 1112 مفهومًا ضيقًا للضرر الواجب التعويض عنه خلال هذه المرحلة، بحيث يقتصر التعويض على الضرر الفعلي الذي أصاب الضحية وليس الكسب الفائت أو تفويت فرصة إبرام هذا العقد. فلا يجوز تعويض المضرور خلال المرحلة السابقة على التعاقد عن الكسب الفائت الذي كان يتوقع الحصول عليه لو تم إبرام العقد، بما في ذلك تفويت فرصة الحصول على هذه المكاسب من العقد لو أبرم.

10- لتوفير حماية قانونية فعالة وكافية لسلامة الرضا من العيوب في المرحلة السابقة على التعاقد نظم المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام في الفقرة الأولى من المادة 1112/1، وهذا الالتزام يمثل النتيجة الطبيعية والمنطقية لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، فحسن النية يقتضي من كل متفاوض منذ اللحظة الأولى لبدء التفاوض أن يتخذ موقفًا إيجابيًا تجاه المتفاوض الآخر، فيطلع على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه. لذلك ألقى المشرع الفرنسي على عاتق الأطراف المتفاوضة الالتزام بالإعلام والإفصاح عن كافة المعلومات الضرورية التي من شأنها أن تؤثر على رضا الطرف الآخر

⁽¹⁾ Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 . p4.

⁽²⁾ Simon Associés: Les nouveaux articles 1112 et suivants du code civil relatifs aux négociations , La Lattre des réseaux .

⁽³⁾ انظر: رجب كريم عبد اللاء: المرجع السابق، ص 436 . صبري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 130 .

وقبوله، وهذا الالتزام لا يقع إلا على الطرف الذي لديه علم بمسألة جوهرية تحسم خيار الطرف الآخر . وإذا كان العقد المنوي إبرامه يتضمن التزامات متبادلة فعلى كل طرف يتوفر لديه معلومة جوهرية تتعلق بأدائه المطلوب تقديمه أن يبلغ الطرف الآخر بها، وعليه جعلت المادة 1112 الالتزام بالإعلام يقتصر على المعلومات التي كان أحد الأطراف يعلمها عند التفاوض على العقد ولا يمتد ليشمل المعلومات التي كان يجب على أحد الأطراف العلم بها، فالمدين بالالتزام بالإعلام لا يلزم بالاستعلام من أجل إعلام للطرف الآخر بما تهمه معرفته.

وكذلك جعلت هذه المادة الالتزام بالإعلام يشمل المعلومات التي تبلغ من الأهمية ما يؤثر على رضا الطرف الآخر ويرتبط بما يمكن أن يعول عليه هذا الطرف الآخر من ثقة فيمن يتعامل معه. ويقع عبء إثبات قيام الالتزام بالإعلام وعدم تنفيذه على الطرف الذي يدعي بأن الطرف الآخر يعلم بالمعلومة ولم يفصح بها، وفي المقابل يتعين على هذا الأخير إثبات قيامه بهذا الالتزام.

ولقد جعل المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات مسألة من مسائل النظام العام فلا يجوز للأطراف وضع حدود لهذا الالتزام وتقييده كما لا يحق لهم استبعاده. وفي فيما يتعلق بجزاء الإخلال بهذا الالتزام فيتمثل في قابلية العقد للبطلان وفقاً لعيوب الرضا.⁽¹⁾

11- حمى المشرع الفرنسي الطرف الذي يدلي بالمعلومات بناء على التزامه القانوني بالإعلام لصنع توازن بين كلا الطرفين بتقرير المسؤولية في حالة الإفشاء بالمعلومات التي يتم الإفصاح عنها بناء على هذا الالتزام، حيث صاغ المشرع الفرنسي هذا الالتزام في المادة 1112 عن المسؤولية الناشئة عن إفشاء الأسرار والمعلومات التي تم الوقوف عليها من خلال المفاوضات، وذلك بناء على القواعد العامة في المسؤولية. والالتزام بالسرية هو التزام منبثق عن مبدأ حسن النية، فالنطاق الزمني للالتزام بالتفاوض بحسن نية في القانون الفرنسي يبدأ من مرحلة المفاوضات، وحتى تنفيذ العقد، كما يمتد

⁽¹⁾ لقد تناولنا الالتزام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بالتفصيل عند الحديث عن دور القضاء الفرنسي في ترسيخ الالتزام بالإعلام في الفرع الثاني من المطلب الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني بعنوان: تقنين ما استقرت عليه الاجتهادات القضائية.

طبقاً لنص المادة 1112 لمرحلة ما بعد فشل المفاوضات بإلزام كل طرف بعدم الإفصاح عما وقف عليه من معلومات.

والأصل أن هذا الالتزام هو انعكاس للالتزام بالإعلام، لذا فهو يطبق دون حاجة لنص قانوني أو اتفاق بين الأطراف، إذ كيف يمكن إلزام طرف قانوناً بأن يقدم معلومات مهمة ومؤثرة للطرف الآخر من أجل أن يتعاقد بشكل حر ومستتير دون إلزام هذا الأخير بالمقابل بالمحافظة على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف؟! فالإعلام الصحيح والوافي يفرض احترام مبدأ سرية المعلومات المتبادلة خلال مرحلة المفاوضات، وبدون هذه السرية لن يتم تحقيق الغرض المقصود من الإعلام.

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يستمر حتى بعد انتهاء مرحلة المفاوضات، ويشمل هذا الالتزام الامتناع عن الكشف عن تلك المعلومات السرية، واتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لمنع نشرها، والامتناع عن استخدام هذه المعلومات لغايات أخرى غير إبرام العقد. وبعد سبب البنية الطرف الذي يدخل المفاوضات ليس بنية التفاوض وإنما بنية الكشف عن معلومات سرية لدى الطرف الآخر. وكون المعلومات التي تم تبادلها خلال المفاوضات سرية أم لا، يعتمد على مدى معرفة هذه المعلومات من الجمهور فعلياً، فحتى تكون سرية يجب أن تكون غير معروفة للجمهور، وأن تكون لها كذلك قيمة اقتصادية.⁽¹⁾ ولتحمل المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالسرية، يجب على المدعي، أن يثبت انتهاك الالتزام بالسرية والضرر الذي أصابه من جراء ذلك، وأن يكون هذا الضرر ناجماً عن انتهاك الالتزام بالسرية.⁽²⁾

وعليه فبموجب المادتين 1104 و1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 أصبح مبدأ حسن النية له الأولوية الكاملة، بأن يكون واجباً قانونياً مفروضاً على المتعاقدين في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد.

لم يهتم القانون المدني البحريني - كغيره من القوانين المدنية العربية - بالمرحلة السابقة على التعاقد، فعلى الرغم أهمية هذه المرحلة وخصوصيتها، باعتبارها مرحلة حساسة تمتد تأثيرها ليشمل

(1) انظر: عبد الله حسين الخشروم: المرجع السابق، ص 235. نداء كاظم محمد: المرجع السابق، ص 175.

(2) يوسف الشندي: المرجع السابق، ص 475.

بقية المراحل اللاحقة وانعكاس تأثيرها على عموم حياة العقد، إلا أن المشرع البحريني لم ينص على هذه المرحلة، ولم يتعرض إلى الالتزامات المفروضة على عاتق الطرفين لا سيما مبدأ حسن النية، كما لم يتعرض إلى قواعد المسؤولية التي تنشأ عن الأعمال غير المشروعة التي ترتكب خلالها. هذا الفراغ الذي يحتم على المشرع البحريني ضرورة التدخل لتنظيم هذه المرحلة، لتحقيق قفزة نوعية في مجال العقود ومواكبة التطور الحاصل في مسألة المفاوضات السابقة على التعاقد، ونحن ندعو المشرع البحريني إلى الاقتداء بالمشرع الفرنسي والنص على المبادئ التي تحكمها، والمتمثلة في حرية المفاوضات العقدية، في المبادرة إليها وسيرها وقطعها، مع احترام مقتضيات مبدأ حسن النية، والمحافظة على سرية المعلومات المتحصلة منها، والمسؤولية عن الأعمال غير المشروعة التي ترتكب خلالها.

كما أن المشرع البحريني لم يعالج الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بشكل صريح في القانون المدني، إلا أنه يقر به ولو بشكل غير صريح، حيث اعتبر كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليلاً إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة في المادة (90) من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه: "يعتبر تدليلاً الكذب في الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملابساته، أو المكوث عمداً عن واقعة أو ملايسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملايسة"، والمادة (388/ج) من نفس القانون التي تنص على أنه: "ج- ويعتبر تدليلاً كتمان البائع ملايسات أحاطت بشرائه، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري".

كما أن القانون المدني البحريني تضمن بعض التطبيقات للالتزام بالإعلام في بعض العقود كعقد التأمين حيث تقضي المادة 704 من القانون المدني البحريني بالزام من يطلب التأمين بأن ينلي بدقة وأمانة وقت إبرام العقد بكل المعلومات والبيانات الخاصة والمحيط بالخطر المراد تأمينه على اعتبار أنه صاحب محل عقد التأمين والأعلم به وبظروفه، التي على أساسها يقرر المؤمن بعد التقييم ما إذا كان سوف يأخذ تلك المخاطر على عاتقه أم لا، ومن ثم التعاقد وتوفير الغطاء التأميني للمؤمن له من عدمه، هذا من جهة. ومن جهة ثانية فإن هذه المعلومات تفيد في تحديد مبلغ قسط التأمين أو التعويض المناسبين وذلك يصب في مصلحة طرفي عقد التأمين وفائدتهما فيحصل المؤمن له على مبلغ التأمين، وفي المقابل لا يلتزم المؤمن بأكثر من قيمة التعويض

الحقيقية.⁽¹⁾ كما تنص المادة 704 على أن التزام المؤمن له بالإعلام يستمر قائماً حتى في فترة سريان عقد التأمين، فإذا حدث شيء يغير في الخطر أو في الشروط أو في الظروف المحيطة أثناء سريان العقد، فعلى المؤمن له أن يبادر إلى إخطار المؤمن بذلك حتى يباشر بدوره الإجراءات المناسبة حيال تلك المستجدات كتغيير الشروط أو الأسعار.⁽²⁾

الفرع الثاني

الالتزام بحسن النية في مرحلة تكوين العقد

بعد مرحلة المفاوضات التي تبدأ بالدعوة إليها وتظل كذلك إلى أن تنتهي بفشل أو تنتهي بصدور إيجاب من الطرف الآخر، ومن ثم تبدأ مرحلة أخرى هي مرحلة إبرام العقد، والمادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 تنص بشكل صريح على دور حسن النية في إنشاء العقد، موقف لم يكن يشار إليه بهذه الصراحة والوضوح في القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016. وحسن النية في هذه المرحلة له مفهوم متغير عن مرحلة المفاوضات، ففي كل مرحلة من مراحل حياة العقد يكون له مفهوم متغير حسب كل حالة على حدة، فتختلف مقتضياته في مرحلة إبرام العقد عن مرحلة المفاوضات، ومرحلة الإبرام ومرحلة التنفيذ، خاصة أن حسن النية وسوء النية يرتبطان بالعوامل النفسية للأطراف.

⁽¹⁾ تنص المادة 704 من القانون المدني البحريني على أنه: ' يلتزم المؤمن له بما يأتي: أ (أن يبين بوضوح وقت إبرام العقد كل الظروف المعروفة له والتي يهتم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، وتعتبر مهمة على الأخص الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة محددة . ب (أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة المخاطر وذلك فور علمه بها . ج (أن يؤدي مقابل التأمين في موعد استحقاقه . د (أن يبادر إلى إبلاغ المؤمن بكل حادثه من شأنها أن تجعله مسؤولاً . ولا تسري أحكام البند (ب) على التأمين على الحياة'.

⁽²⁾ انظر: محمد سعد خليفة وأحمد محمد هيكال: العقود المسماة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، البحرين،

ولقد زخر القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بالكثير من المبادئ والأحكام المستحدثة في مرحلة إبرام العقد بدءاً من صدور الإيجاب والقبول إلى بعض صور التراضي الخاصة كالوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد بالإرادة المنفردة.

أولاً: الالتزام بحسن النية في مرحلة التعبير عن الإرادة:

يقصد بمرحلة إبرام العقد المرحلة التي يتم فيها انعقاد العقد النهائي وذلك عن طريق تبادل إيجاب وقبول متطابقين، ودون الخوض في نقاش حول شروطه. وهذه المرحلة تبدأ في اللحظة التي يصدر فيه الإيجاب، إذ في هذه اللحظة تنتهي مرحلة التفاوض على العقد وتكون حققت الغرض منها حيث يكون الطرفان قد توصلا إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، فيقوم أحدهما بتوجيه إيجاب بالعقد إلى الطرف الآخر يتضمن بطبيعة الحال الشروط التي انتهيا إليها في مرحلة التفاوض، فإذا قبل الأخير هذا الإيجاب دون شرط أو قيد انعقد العقد النهائي.⁽¹⁾

يعرف الإيجاب بأنه التعبير عن الإرادة النيات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول، فهو تعبير عن إرادة التعاقد يصدر من أحد الأشخاص مفصلاً من خلال نيته في إبرام عقد بشروط محددة، وإذا ما صادف قبولاً من الطرف الموجه إليه انعقد العقد قانونياً.⁽²⁾

وعرّفت المادة 37 من القانون المدني البحريني الإيجاب بأنه: "العرض الذي يقدمه شخص لآخر بعزمه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجه له. ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية".

(1) اختلف الفقهاء حول الحد الذي يفصل بين المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة إبرام العقد، فذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد لا تنتهي إلا في اللحظة التي ينعقد فيها العقد النهائي بتطابق الإيجاب مع القبول فحتى لو كان الإيجاب صدر بالفعل فإن المرحلة السابقة على التعاقد لا تنتهي إلا بقبول هذا الإيجاب ممن وجه إليه. ويذهب الرأي الراجح إلى أن صدور الإيجاب هو الحد الفاصل بين المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة إبرام العقد، فحيث وجد الإيجاب انتهى التفاوض. رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 78. عبدالرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 232.

(2) عبد المنعم فرج صدد: نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص

وتنص المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: "يتم العقد بالتقاء الإيجاب والقبول اللذين يعبر الأطراف بموجبهما عن إرادتهما في التعاقد. يمكن أن تنتج هذه الإرادة عن تصريح أو مسلك لا لبس فيه صادر عن صاحبه". وتنص المادة 1114 من نفس القانون على أنه: "يتضمن الإيجاب، الموجه إلى شخص محدد أو غير محدد، العناصر الجوهرية للعقد المنشود، ويعبر عن إرادة صاحبه في الارتباط في حال قبوله. عند تخلف ذلك، فلا يعد سوى دعوى للتفاوض". بموجب هاتين المادتين يجب أن تتوافر في الإيجاب الصادر من أحد الأطراف شروط معينة حتى يكون إيجاباً بالعقد وليس مجرد دعوة إلى التفاوض بحسب الأحوال، وتلك الشروط هي:

1- يجب أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد، وذلك بأن يكون الموجب مصمماً وعازماً نهائياً على إبرام العقد إذا ما صادف الإيجاب قبولاً مطابقاً، فلا يكفي مجرد الرغبة في التعاقد، وإنما يجب أن تنتج إرادة الموجب إلى التعاقد على وجه جازم. وبهذا يظهر الفرق بينه وبين الدعوة إلى التفاوض، إذ الدعوى إلى التفاوض ينقصها النية القاطعة في الارتباط، فإذا وجدت هذه النية كنا أمام إيجاب.⁽¹⁾

ووفقاً للمادة 1113 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 فإنه يمكن للموجب التعبير عن إرادته بصورة صريحة مثلاً باللفظ أو الكتابة أو الإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو بصورة ضمنية باتخاذ موقف لا تترك ظروف الحال مجالاً للشك في دلالة على إرادة الموجب.

2- ويجب أن يكون الإيجاب كاملاً: فحتى يرقى العرض إلى مرتبة الإيجاب يجب أن يتضمن كافة العناصر الجوهرية الأساسية لإبرام العقد، بحيث لا يبقى لانعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق.

3- يجب أن يكون الإيجاب خالياً من الغموض: وذلك بأن تكون شروطه واضحة لا لبس فيها، فليس ثمة إيجاب صحيح إذا ما وجه شخص إلى آخر عروضاً متناقضة يعارض بعضها بعضاً، أو إذا كانت شروط العرض مخالفة لحقيقة الشيء المراد التعاقد بشأنه.

4- ويجب أن يوجه الإيجاب إلى شخص ما، فالإيجاب في حقيقته هو تعبير عن الإرادة، ومن ثم يجب لكي ينتج أثره القانوني أن يوجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين.

(1) رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 550 .

ويمكن أن يوجه الإيجاب إلى أفراد الجمهور وهو إيجاب صحيح يلزم صاحبه تمامًا
مثل الإيجاب الموجه إلى شخص معين.⁽¹⁾

فإذا لم يشمل العرض على كافة هذه الشروط فإنه لا يعد إيجاباً في القانون الفرنسي ولكن يصدق
عليه وصف الدعوة إلى التفاوض.

والإيجاب إما أن يكون ملزماً أو غير ملزم. الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم، بحيث يمكن لمن
صدر عنه حق العدول عنه قبل قبوله من جانب الموجه إليه هذا الإيجاب، ما دام أنَّ الموجب لم
يقرن إيجابه بميعاد يلتزم خلاله بالبقاء عليه. حيث تؤكد المادة 1115 من القانون المدني الفرنسي
بعد تعديلات عام 2016 على أنه: "يجوز الرجوع عن الإيجاب بكل حرية طالما لم يصل إلى
من وجه إليه".

وعادة ما يتحقق الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد، سواء
أكان هذا المجلس مجلساً حقيقياً بأن كان الشخصان في مكان واحد يجمعهما وجهاً لوجه، أم كان
المجلس حكماً بأن كانا على اتصال مباشر في زمان واحد ولو لم يجمعهما مكان واحد كما هو
الحال في التعاقد بطريق الهاتف، إذ يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام لم يصدر عن
الطرف الموجه إليه الإيجاب قبولاً له. ويسقط هذا النوع من الإيجاب عدة أسباب هي: إذا عدل
عنه الموجب في مجلس العقد قبل أن يقترب به قبول من وجه إليه، أو إذا رفضه من وجه إليه
الإيجاب، سواء كان الرفض تاماً أو جزئياً كأن يقبل الموجه إليه الإيجاب شراء الشقة ولكن بسعر
أقل من المطلوب فيها، إذ يسقط الإيجاب في هذه الحالة إلا أنه يعتبر بمثابة إيجاب جديد، أو إذا
انقض مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين ولو لم يعدل عنه الموجب، إذ لا يعتد بالقبول الذي
يحدث بعد انقضاء مجلس العقد. غير أنه يصلح هذا القبول اللاحق لأن يكون إيجاباً جديداً

(1) ويمكن أن يصدر الإيجاب عن أي شخص بغض النظر عن صفته المستقبلية في العقد، فلا يشترط لاعتبار العرض
إيجاباً في عقد البيع مثلاً أن يكون صادراً عن الشخص الذي سيأخذ صفقة البائع أو صفقة المشتري في العقد بعد إبرامه، بل
المهم هو ترتيب العرضين، فالعرض الأول سواء صدر عن المشتري «المستقبلي» أو عن البائع هو الذي يعتبر إيجاباً، بينما
الرد التالي المتضمن الموافقة على الإيجاب المقدم فهو القبول.

موجها إلى الموجب الأول الذي سقط إيجابه بانقضاء مجلس العقد، وأخيرًا يسقط الإيجاب غير الملزم بموت الموجب أو فقد أهليته قبل قبول الإيجاب ممن وجه إليه.⁽¹⁾

أما الإيجاب الملزم فيتحقق إذا صدر الإيجاب مقترنا بميعاد، ويكون الإيجاب مقترنا بميعاد إذا عين له الموجب موعدًا محددًا يلتزم خلاله بالبقاء على إيجابه، فعندئذ يلتزم الموجب بالبقاء على عرضه المدة المحددة ولا يجوز له العدول عن إيجابه، فإذا أعلن الطرف الآخر عن إرادته في التعاقد بالقبول خلال هذه المدة انعقد العقد بهذا القبول. كما قد يكون الإيجاب ملزمًا حتى لو لم يقترن بميعاد نتيجة لطبيعة المعاملة أو ظروف وملابسات العقد، فمن يرسل لآخر برقية يعلن فيها عن رغبته في التعاقد معه يلتزم بالبقاء على إيجابه خلال المدة المعقولة ولو لم يحدد لإيجابه موعدًا يلتزم فيه بالبقاء عليه، وتقدر هذه المدة بالمدة اللازمة لوصول البرقية إلى من أرسلت إليه، والمدة اللازمة لردده على رسالة الموجب بالقبول أو الرفض.⁽²⁾

وقد تناولت المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 الإيجاب الملزم حيث نصت على أنه: لا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة التي حددها الموجب أو انقضاء مدة محددة معقولة إذا لم يحدد له مدة. فالرجوع عن الإيجاب بالمخالفة لهذا الحظر يحول دون إبرام العقد". فأوجب المشرع الفرنسي على الموجب البقاء على إيجابه خلال الميعاد المقترن به سواء كان هذا الميعاد محددًا بمدة معينة حددها الموجب في إيجابه أم كانت محددة بالمدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة التعامل أو ظروف العقد وملابساته، وبالتالي يتمتع على الموجب سحب إيجابه خلال هذا الميعاد وإلا عدَّ مخالفًا لنص القانون على نحو يحول دون انعقاد العقد ويرخص للطرف الآخر مطالبته بالتعويض عن ذلك.

وتنص المادة 1117 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: " يسقط الإيجاب بانقضاء المدة التي حددها صاحبه أو بانقضاء المدة المعقولة إذا لم يقرنه صاحبه بمدة. ويسقط كذلك في حال فقدان صاحبه لأهليته أو وفاته ". إنَّ المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1117 قد أورد سببين لسقوط الإيجاب وهما: انقضاء الميعاد المعين للقبول، وانقضاء الميعاد

(1) انظر: خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 40، 35-36.

(2) انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوجيز في النظرية العامة للالتزام (المصادر - الإثبات - الآثار الإوصاف - الانتقال - الانقضاء) منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 68.

المعقول إذا لم يكن هناك تحديد لميعاد. كذلك يسقط الإيجاب إذا رفضه من موجه إليه ولو لم تنقضي مدة الإيجاب، ويستوي أن يكون الرفض تاماً أو في صورة قبول يتضمن تعديلاً لمضمون الإيجاب، ويسقط الإيجاب أيضاً إذا عدل الموجب عنه قبل أن يصل إلى علم من وجه إليه. وعادة ما يثار التساؤل حول إثر وفاة الموجب، أو فقد أهليته على بقاء الإيجاب الملزم من عدمه. وقد كان القضاء الفرنسي يجري قبل إصلاحات 2016، على التمييز بين ما إذا كان الإيجاب مصحوباً بميعاد أم لا، فكان يقضي ببقاء الإيجاب المصحوب بميعاد رغم موت الموجب أو فقد أهليته أثناء هذا الميعاد، ما لم يتبين أن شخصيته محل اعتبار فإن الإيجاب يسقط حينئذ.⁽¹⁾ وعلى النقيض مما جرى عليه القضاء، فقد تبني المشرع الفرنسي، في إصلاحات 2016، حالاً مغايراً فعد موت الموجب أو فقد أهليته من بين أسباب سقوط الإيجاب في جميع الأحوال، أي سواء كان الإيجاب مصحوباً بميعاد من عدمه، وسواء كانت شخصية الموجب محل اعتبار أم لا، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1117 من أن الإيجاب يسقط في حالة فقد الموجب أهليته أو موته، ويتبين من هذا النص أن المشرع قد انحاز إلى إعلاء مبدأ الحرية التعاقدية لورثة الموجب حال موته، أو لذائبه حال فقد أهليته، على حساب مصلحة من وجه إليه الإيجاب.

هذا بالنسبة للوجه الأول للإرادة أمّا القبول وهو الوجه الثاني للتعبير عن الإرادة فيقصد به الموافقة الصادرة من الموجب له على العرض الذي قدمه الموجب في إيجابه. تنص المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أن: "القبول هو التعبير عن إرادة صاحبه بالارتباط طبقاً لشروط الإيجاب. ويمكن الرجوع عن القبول طالما لم يصل إلى الموجب شريطة أن يصل الرجوع إلى الموجب قبل القبول. ويكون القبول غير المطابق للإيجاب مجرداً من كل أثر، ما لم يشكل إيجاباً جديداً".

يشترط لصحة القبول باعتباره الوجه الثاني للتعبير عن إرادة التعاقد الشروط الآتية:

- 1- يعبر القابل عن إرادة باثة بالتعاقد مع الشخص الذي وجه إليه الإيجاب. ولا يلزم في القبول شكل خاص - كقاعدة عامة - فيعتد بالقبول سواء أكان قبولاً صريحاً أم قبولاً ضمنياً. ويتحقق القبول الصريح بتعبير القابل عن إرادته باللفظ كقوله قبلت أو بطريق الكتابة أو بطريق الإشارة أو بأي طريقة أخرى من طرق التعبير عن القبول بصورة صريحة. ويتحقق القبول الضمني لدى من وجه إليه الإيجاب إذا صدر عنه على إثر علمه بالإيجاب سلوك

(1) أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد. المرجع السابق، ص 299

معين لا يمكن حمله إلا على محمل القبول، مثلاً قيام من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد من جانبه يحمل على قبوله له، وفي هذه الحالة ينعقد العقد، كذلك لو كان هناك عرف أو إذا كانت طبيعة التعامل أو غير ذلك من الظروف تجعل من مسلك من وجه إليه الإيجاب مظهرًا غير مباشر من مظاهر القبول. ⁽¹⁾ فمثلاً إذا استمر المؤجر في قبول الأجرة من المستأجر رغم انتهاء عقد الإيجار ففي إطار العلاقة الخاصة بين المؤجر والمستأجر لا يمكن حمل هذا السلوك إلا على محمل القبول، فإن أخذ المؤجر للأجرة من المستأجر يعد قبولاً ضمنياً للإيجاب الموجه من المستأجر في تجديد العقد. ⁽²⁾

أما السكوت فلا يعتبر مظهرًا من مظاهر القبول، فمن حيث الأصل فلا يعتبر سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولاً، وبالتالي لا ينعقد به العقد. إنَّ السكوت في ذاته، مجرداً عن أي ظرف ملابس له، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً؛ لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي، ومع ذلك يمكن اعتبار السكوت قبولاً على سبيل الاستثناء في الحالات التي حددتها المادة 1120 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التي تنص على أنه: " لا يعد السكوت قبولاً، ما لم يتبين عكس ذلك في القانون أو من العرف أو علاقات الأعمال أو الظروف الخاصة ". وبناءً على هذه المادة يمكن اعتبار السكوت قبولاً في حالة وجود نص قانوني أو عرف يدل على أن السكوت يعتبر قبولاً أو إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وكان الإيجاب متصلاً بهذا التعامل، أو إذا اقترن السكوت بظروف خاصة بالتعاقد تسمح بأن يستشف من السكوت معنى القبول للعقد.

2- الحرية في رفض التعاقد: يلزم لصحة القبول للتعبير عن إرادة التعاقد أن يكون حرّاً، فمن وجه إليه إيجاب من غيره يكون له كامل الحرية في قبوله له أو رفضه إياه، ولا يلزمه عند الرفض تسبب هذا الرفض، ولا تجوز مسألته عن هذا الرفض حتى وإن ترتب على ذلك حدوث ضرر للموجب، باعتباره يمارس حقاً مقررًا له، فلا يسأل بتعويض غيره عما أصابه من جراء استعماله لحقه في التعاقد أو عدم التعاقد مادام أنه غير متعسف في استعماله لهذا الحق.

(1) خالد جمال أحمد حسن : المرجع السابق، ص 40 .

(2) عبدالرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 235 . رمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق،

3- يجب أن يأتي القبول مطابقا للإيجاب دون زيادة أو نقص أو تعديل، أما إذا تضمن شيئا من ذلك فإنه يعتبر حينئذ رفضا للإيجاب ويغدو ما تضمنه القبول المعدل إيجابا جديدا يحتاج لقبول الموجب الأول لينعقد العقد على ما تقدم به القابل. أما إذا لم يتحقق القبول على هذا النحو فلا ينعقد العقد.

4- يجب أن يتصل القبول بعمل الموجب حتى ينعقد العقد، لا جرم أن التعاقد بين حاضرين يتيح لكل من طرفي العقد اتصال تعبير كل واحد منهما عن إرادته بعلم الآخر، وبالتالي فلا تظهر قيمة هذا الشرط في القبول إلا إذا كان التعاقد بين غائبين أي لا يجمعهما مجلس عقد واحد، فالعقد لا ينعقد إذا كان التعاقد بين غائبين كقاعدة عامة، إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب، وطبقا للمادة 1121 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 يتحدد زمان ومكان الانعقاد بزمان ومكان اتصال علم الموجب بالقبول.⁽¹⁾

5- صدور القبول في الوقت المناسب: ينبغي لصحة القبول وصلاحيته لانعقاد العقد به، ضرورة صدوره في الوقت المناسب للاعتداد به قانونيا، وبالتالي يلزم أن يصدر عن القابل خلال صلاحية الإيجاب للاقتران به، أو بمعنى آخر يتعين ألا يصدر القبول بعد سقوط الإيجاب بأحد أسباب السقوط. ففي التعاقد بين حاضرين لا يعتد بالقبول الصادر بعد انقضاء المجلس فلا ينعقد به العقد، وفي هذه الحالة يعد القبول بمثابة إيجاب جديد مقدم من القابل وموجه إلى الموجب الأول، فإن صادف قبولا من الموجب الأول انعقد العقد بقبوله.

وفي التعاقد بين غائبين يتعين أن صدور القبول خلال مدة صلاحية الإيجاب، حتى ينعقد به متى اتصل بعلم من وجه إليه، وهذا يستوجب صدور القبول خلال المدة التي حدد الموجب التزامه بالبقاء على إيجابه خلالها أو خلال المدة المعقولة اللازمة لوصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه ولإعلان الموجب برغبته في التعاقد.

وعليه فإذا توافرت هذه الشروط يكون القبول صحيحا وينعقد العقد باقتران القبول بالإيجاب، ولا يجوز في هذه الحالة للقابل الرجوع عن قبوله بعد انعقاد العقد، إلا أن المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 تقضي بجواز رجوع القابل عن قبوله بشرط أن يكون

⁽¹⁾ تنص المادة 1121 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أن: ينعقد العقد بمجرد وصول القبول

إلى الموجب، ويعتبر منعقدا في مكان وصول القبول " .

القبول لم يصل بعد إلى علم الموجب، وشريطة أن يصل الرجوع عن القبول إلى علم الموجب قبل أن يصل إليه القبول، فإذا وصل القبول أولاً انعقد العقد ولا يكون للرجوع عن القبول أي أثر، كما يجوز للقابل الرجوع عن قبوله في حالة إذا نص القانون أو العقد على مهلة للعدول طبقاً لنص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، فيجوز له العدول عن قبوله خلال هذه المهلة حتى لو وصل القبول إلى علم الموجب وانعقد العقد، ويترتب على هذا الرجوع انقضاء العقد بأثر رجعي.⁽¹⁾

لقد فرض المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، فجعله التزاماً أساسياً يتحكم في عملية إبرام العقد بمقتضى نص المادة 1104، بحيث إذا ما خالفه أحد الأطراف يكون مسئولاً. فإذا كان المبدأ هو حرية في التعاقد، ونتيجة لهذا المبدأ فإن الموجب يتمتع بكامل الحرية في سحب الإيجاب إذا لم يكن مقروئاً بمدة طالما لم يقترن بقبول، وإن من وجه إليه الإيجاب له حرية القبول أو الرفض وحرية الرجوع في قبوله في حالات محددة، ولكن هذه الحرية لم يتركها المشرع الفرنسي من غير حدود، وإنما حددها بمبدأ حسن النية، الذي يقضي أن العدول عن الإيجاب أو القبول أو

(1) تنص المادة 1122 على أنه قد يرد في القانون أو العقد نص على فترة تفكير أو فترة الانسحاب، وفترة التفكير هي الفترة التي لا يستطيع خلالها من وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله: فإذا فعل ذلك، فإن قبوله لا ينتج عنه أي أثر، أي أنه لا يؤدي إلى انعقاد العقد. فقد يكون الطرف الذي وجه إليه الإيجاب غير قادر لوحده، على اتخاذ قرار معلل، فيجبره القانون على الانتظار لفترة معينة قبل الإفصاح عن موافقته لإجباره على التفكير في مدى ملاءمة العقد المقترح له. أما فترة الانسحاب فهي فترة يمكن خلالها للطرف القابل سحب قبوله والرجوع فيه بالفعل وبالتالي يؤدي إلى إنهاء العقد بأثر رجعي. ففي بعض الأحيان لا يمكن للطرف القابل تكوين رأي بشأن فائدة العقد له إلا بعد تنفيذه، ومن ثم فإن مصلحته تقتضي النص على مهلة للانسحاب، يكون له خلالها حق الرجوع عن قبوله إذا تبين عدم فائدة العقد بالنسبة له.

ويلاحظ على الفترتين أن فترة التفكير تمنع تكوين العقد وبالتالي تشمل أي بداية للعقد، في حين أن فترة الانسحاب تبدأ بعد انعقاد العقد وتمنع تنفيذ العقد الذي تم تشكيله بالفعل. كما يلاحظ أيضاً أن للطرفين سلطة الاتفاق على فترات للتفكير والانسحاب، ولأن فترة التفكير تؤدي إلى تأخير تكوين العقد، فإن ذلك يفترض مسبقاً أن فترة التهدة منصوص عليها في عقد منفصل عن العقد المراد إبرامه، أما فترة الانسحاب فيمكن النص عليها في العقد النهائي ذاته المبرم بين الطرفين.

Clément François :LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS PRÉSENTÉE PAR L'IEJ DE PARIS], ATER à l'université Paris | Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat . <https://iej.univ-paris1.fr> .

الامتناع عن القبول لا بد أن يكون لباعث مشروع، أما إذا كان باعث الشخص على مجرد الإضرار بالطرف الآخر، كان سيئ النية. وتنعقد بذلك مسؤوليته وهي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ. فالمسئولية هنا هي ليس عن مجرد العدول عن الإيجاب أو القبول في حد ذاته، أو الامتناع عن القبول في حد ذاته، لأن العدول أو الامتناع كليهما جائز، وإنما لخطئه في استعمال حقه بالعدول عن الإيجاب أو القبول أو الامتناع عن القبول دون مبرر مشروع.

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 الباعث مشروعاً، أما إذا كان باعث الشخص على العدول هو مجرد الإضرار بالطرف الآخر، كان سيئ النية، وتقع مسؤوليته التقصيرية، بشرط أن يعتبر العدول خطأ يستوجب التعويض. وسحب الإيجاب بسوء نية، يكون مثلاً لو كان الموجب قد أصدر إيجابه دون أن تكون لديه أي نية حقيقية لإبرام العقد.

أما إذا اقترن الإيجاب بمدة محددة فإن الموجب يلزم بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، فإذا انتهت المدة المحددة للقبول، سواء كان الأجل صريحاً أم ضمنياً (يستفاد هذا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة)، فإن الإيجاب يسقط دون حاجة إلى سحبه، أما إذا عدل الموجب عن إيجابه قبل انقضاء المدة المحددة فإن هذا العدول يشكل خطأ يحول دون إبرام العقد طبقاً للمادة 1116 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، ويؤدي هذا العدول إلى قيام مسئولية الموجب غير التعاقدية طبقاً للقواعد العامة. ويقع على عاتق الطرف الذي أصابه ضرر من العدول عبء إثبات الخطأ استناداً لأحكام المسئولية التقصيرية. ويحق للمضرور الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه استناداً إلى المادة 1116 التي تنص على أنه: يؤدي الرجوع إلى قيام مسئولية الموجب غير التعاقدية طبقاً للقواعد العامة دون إلزامه بالتعويض عن المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه. وطبقاً لهذا النص فإن تعويض الضرر الناجم عن العدول لا يجوز أن يتضمن تعويضاً عن فقدان المكاسب التي كان يمكن تحقيقها من العقد الذي لم يبرم. فالتعويض في هذه الحالة يقتصر على الضرر الفعلي الذي أصاب المضرور فقط ولا يشمل الكسب الفائت.

وبالنسبة للقبول فمن حيث الأصل، إن الشخص الذي وجه إليه الإيجاب ليس ملزماً بقبوله؛ لأن له حرية القبول أو الرفض، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة دائمة، وإنما هي مقيدة بمبدأ حسن النية فتتهض المسئولية بحق الموجب له إذا تعسف في استعمال حق الرفض، في حالة ما إذا كان

الموجب له هو الذي طلب من الموجب أو دفعه إلى التقدم بالإيجاب، فإنه يكون قد ولد الثقة لدى الموجب بالرغبة في التعاقد، لذا يتحمل المسؤولية الناتجة عن رفض الإيجاب الصادر بناء على دعوة إلى التعاقد من جانبه إذا لم يقدم أسباباً مشروعة، ومفاد ذلك أنه إذا وجه شخص الدعوة إلى شخص آخر للتعاقد معه، فإنه بذلك يكون قد استحثه على الإيجاب، فإذا ما استجاب إلى دعوته وتقدم بإيجاب للتعاقد معه، فلا يحق لصاحب الدعوة أن يرفض هذا الإيجاب لسبب غير مشروع، وإلا كان متعسفًا في الرفض. ويترتب على ذلك أن يسأل من وجه الدعوة إلى التعاقد مسؤولية تقصيرية. وبذلك يراقب القضاء مدى مشروعية أسباب رفض التعاقد، لكي يكفل للطرف المتضرر حقه.

وقد يمنح المشرع الفرنسي للقابل حق الرجوع في قبوله بعد صدوره استناداً إلى المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التي تقضي بجواز رجوع القابل عن قبوله بشرط أن يكون القبول لم يصل بعد إلى علم الموجب وشريطة أن يصل الرجوع عن القبول إلى علم الموجب قبل أن يصل إليه القبول، فإذا وصل القبول أولاً انعقد العقد ولا يكون للرجوع عن القبول أي أثر، كما يجوز للقابل الرجوع عن قبوله في حالة إذا نص القانون أو العقد على مهلة للعدول طبقاً لنص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، ويجوز له العدول عن قبوله خلال هذه المهلة حتى لو وصل القبول إلى علم الموجب وانعقد العقد، ويترتب على هذا الرجوع انقضاء العقد بأثر رجعي. وعلى الرغم من أن القابل يملك حق الرجوع في القبول في هاتين الحالتين إلا أن هذا الرجوع مقيد أيضاً بوجوب الالتزام بمقتضيات حسن النية.

ثانياً: الالتزام بحسن النية في (النيابة في التعاقد):

وإن كان الأصل أن الرضا الذي يتم به العقد يجب أن يصدر من المتعاقدين، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ قد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق النيابة وليس عن طريق المتعاقدين الأصليين. يقصد بالنيابة في التعاقد حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إبرام التصرف القانوني مع

انصراف آثار التصرف إلى الأصيل.⁽¹⁾ ويشترط في النيابة أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، ومن ثم يلزم عند البحث عن عيوب الإرادة النظر إليها في شخص النائب لا في شخص الأصيل،⁽²⁾ كذلك على النائب أن يتعامل باسم ولحساب الأصيل لا باسمه، فضلاً عن وجوب صدور إرادته ضمن الحدود المرسومة في نيابته.⁽³⁾

يلعب حسن النية دوراً في التصرفات الصادرة من النائب في إطار إبرامه عقوداً باسم الأصيل تنفيذاً للنيابة ويظهر أثر مبدأ حسن النية في الحالات التالية:

1- صفته في العقد: تعاقد النائب باسمه الشخصي وليس باسم الأصيل فلا تتصرف آثار العقد للأصيل ولا تعود الحقوق إليه، وإنما تعود آثارها للنائب ويكون وحده الملزم تجاه المتعاقد معه، ولا يجوز للنائب في هذه الحالة التمسك بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل. وهذا ما جاء في المادة (1154) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ؛ لأن الالتزام بحسن النية في تنفيذ النيابة يفرض على النائب وقت إبرام العقد أن يكشف للمتعاقد معه صفته وأنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه حتى تتصرف آثار العقد المبرم من النائب إلى الأصيل، فإذا خالف ذلك وتعاقد باسمه فإن المتعاقد معه لا يجبر على اعتبار العقد قائماً بينه وبين الأصيل، إلا إذا كان المتعاقد مع النائب يعلم، أو كان مفروضاً فيه أن يعلم أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة، كما أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 63 من القانون

(1) تتنوع النيابة من حيث مصدرها إلى أنواع ثلاثة: I- النيابة الاتفاقية: وهي نيابة مصدرها الاتفاق المبرم بين الأصيل والنائب، ويعتبر هذا الاتفاق مصدر تعيين النائب أو تحديد سلطاته، مثل ذلك نيابة الوكيل عن موكله . 2- النيابة القانونية: وهي نيابة مصدرها القانون سواء من حيث تحديد شخص النائب أو من حيث تعيين سلطاته واختصاصاته، مثل نيابة الولي. 3- النيابة القضائية: وهذا النوع من النيابة تعد نيابة قضائية من حيث مصدر تعيين شخص النائب، بمعنى أن القاضي هو الذي يعين النائب، ولكنها تعد نيابة قانونية من حيث تحديد سلطات النائب، مثال ذلك نيابة الوصي أو القيم، فالقاضي هو الذي يقوم بتعيينهما، في حين أن القانون وليس القضاء هو الذي يحدد سلطاتهما. خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 21 .

(2) تنص المادة (61) من القانون المدني البحريني على أنه: " أ) في التعاقد بطريق النيابة، تكون العبرة بشخص النائب، لا بشخص الأصيل، في اعتبار عيوب الرضاء، أو أثر العلم، أو انجهد ببعض الظروف الخاصة"

(3) انظر: خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 22-23 .

المدني البحريني حماية للمتعاقد حسن النية الذي لم يكن يعلم بوجود النيابة وقت إبرام العقد وأن النائب أبرم العقد لحساب الأصيل وليس لحسابه.⁽¹⁾

2- تجاوز حدود النيابة: إذا تعاقد النائب باسم الأصيل مع الغير وكان متجاوزاً حدود نيابته أو عمل دون نيابة أصلاً فلا يحتج بهذا العقد تجاه الأصيل إلا إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ويعتقد على نحو مشروع أن النائب يتعامل في حدود النيابة، لا سيما إذا كان هذا الاعتقاد قد تولد لدى المتعاقد مع النائب بسبب مسلك الأصيل أو تصريحاته.

ويكون المتعاقد مع النائب حسن النية إذا كان يجهل أن النائب قام بالتعاقد معه دون نيابة أو متجاوزاً حدود سلطاته في النيابة، ويجوز له في هذه الحالة طلب بطلان العقد، والرجوع على النائب الذي تجاوز حدود النيابة أو تعاقد بدون النيابة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة إبطال العقد. أما إذا كان يعلم أن النائب كان متجاوزاً لحدود نيابته أو أن النيابة غير موجودة وقت إبرام العقد فلا يحق له المطالبة ببطلان العقد. لقد أعطى المشرع الفرنسي للأصيل الذي تم التعاقد باسمه الحق في إجازة العقد أو رفضه، حيث يكون نفاذ العقد موقوفاً على إجازته، فإذا أجازته تنصرف آثار العقد المبرم من النائب إلى الأصيل من يوم إبرام العقد لا من يوم صدور الإقرار.⁽²⁾ ولا يجوز له بعد ذلك التمسك بعدم الاحتجاج به أو بطلانه وهذا ما نصت عليه المادة (1156) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ، أما إذا لم يجز الأصيل التصرفات التي يباشرها النائب خارج حدود نيابته، فلا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا أن يرجع بالتعويض على النائب إن كان لذلك وجه.

3- إساءة استعمال سلطاته: ويقتضي مبدأ حسن النية في النيابة أن يقوم النائب بتنفيذ النيابة بكل أمانة وإخلاص وأن لا يتجاوز سلطاته الممنوحة له، وأن لا يسيء استعمالها ويراعي تحقيق مصلحة الأصيل عند التعامل مع الغير، فإذا أخل النائب بذلك وأساء استعمال سلطاته إضراراً بالأصيل فإنه يكون سبباً للنية، كما لو قام النائب بإبرام عقود مع الغير تحمل الأصيل بالتزامات يعلم أنه لا يستطيع الوفاء بها إضراراً به، ففي مثل هذه الحالة يحق للأصيل أن يتمسك ببطلان العقد الذي

(1) تنص المادة (63) من القانون المدني البحريني على أنه: " إذا لم يظهر النائب، وقت إبرام العقد، أنه يتعاقد باسم الأصيل، فإن المتعاقد معه لا يجبر على اعتبار العقد قائماً بينه وبين الأصيل. إلا إذا كان يعلم، أو كان مفروضاً فيه أن يعلم، أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة، أو كان يستوي عنده، أن يكون التعاقد حاصلًا مع النائب أو الأصيل".

(2) الإقرار اللاحق كالإذن السابق ويسري أثر العقد إلى الأصيل من يوم إبرام العقد لا من يوم صدور الإقرار.

تم بشرط أن يكون الغير الذي تعاقد معه النائب على علم بالإساءة أو كان مفروضا فيه أن يعلم بذلك من الظروف المحيطة بالتعاقد، أما إذا كان حسن النية لا يعلم بوجود إساءة من النائب في استعمال سلطاته الممنوحة له من الأصل فإن آثار العقد الذي أجراه النائب باسم الأصل تنصرف إلى الأصل، ولا يحق له التمسك بالبطلان حماية للغير حسن النية، وهذا ما نصت عليه المادة (1157) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 . ولم ينظم المشرع البحريني حالة إساءة استعمال النائب للسلطات الممنوحة له من الأصل بموجب النيابة، ونرى أنه يلزم تنظيم هذه الحالة حماية للأصل من تصرفات النائب.

4- انتهاء النيابة: لقد أغفل المشرع الفرنسي في تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 النص على حالة انتهاء النيابة وآثارها، إلا أن الأصل أنه إذا تعاقد النائب مع الغير بعد انتهاء نيابته بسبب من أسباب الانتهاء كما في حالة وفاة الأصل أو عزل النائب فإن آثار العقد الذي أبرمه النائب لا تنصرف للأصل إن كان حيا أو إلى ورثته من بعده إن كان قد مات، إلا أنه حماية للغير حسن النية ولأجل حماية الثقة المشروعة فقد قرر المشرع البحريني أنه في حالة كون النائب ومن تعاقد معه يجهلان انتهاء النيابة كما في حالة وفاة الموكل دون علم النائب أو عزل النائب دون وصول قرار العزل إليه فإن التصرف يعتبر أنه قد تم من النائب بوصفه هذا، وتنصرف آثاره إلى الأصل إذا كان سبب انقضاء النيابة عزله النائب، وإلى ورثته إذا كان سبب الانقضاء هو موت الأصل.⁽¹⁾

ثالثاً: الالتزام بحسن النية في الوعد بالتفضيل، والوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

استحدث المشرع الفرنسي في قانون العقود الجديد المادتين 1123 و1124 بشأن كل من الوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد بإرادة منفردة، وكلاهما صورة خاصة للتعبير عن التراضي في مرحلة إبرام العقد، لم يكن القانون المدني الفرنسي يعالج أيًا منهما من قبل، بل كان القضاء يطبق في شأنهما حلولاً عملية، فتدارك المشرع هذا القصور وقتن ما جرت عليه أحكام القضاء في هذا الشأن.⁽²⁾

(1) المادة 65 من القانون المدني البحريني. انظر: خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص24.

(2) أشرف جابر: المرجع السابق، ص333.

عرفت المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ، الوعد بالترفضيل بأنه عقد يلتزم بموجبه شخص بترفضيل شخص آخر في التعاقد على سائر المتعاقدين إذا قرر التعاقد مستقبلاً.⁽¹⁾ وبينت الفقرة الثانية أنه في حال إبرام العقد مع طرف ثالث انتهاكا لاتفاقية الترفضيل، يمكن للموعد له الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به، عندما يكون الطرف الثالث على علم بوجود اتفاق بالترفضيل بين الواعد والموعد له، ويجوز للموعد له أيضا أن يبطل أو يطلب من القاضي الحل محل الطرف الثالث المتعاقد مع الواعد في العقد.

أما الوعد بالتعاقد بإرادة منفردة فقد عرفت المادة 1125 بأنه العقد الذي بمقتضاه يعد طرف، وهو الواعد، طرفا آخر، وهو الموعد له، بإبرام عقد، تكون عناصره الجوهرية محددة بمجرد إبداء الأخير رغبته في ذلك.⁽²⁾

يطرح المشرع الفرنسي في إصلاحات عام 2016 حولا مبتكرة تسمح للأطراف بوضع حد لمشكلة إخلال الواعد بالتزامه، سواء في الوعد بالترفضيل أو الوعد بالتعاقد من جانب واحد، وتقرير جزاء لها، وهو ما كان القانون المدني قبل تعديلات عام 2016 يغفل تنظيمه، فاستحدثه المشرع في القانون المدني . فيعاقب المشرع الفرنسي الآن على سوء نية الطرف الثالث (الغير) عندما يتعاقد انتهاكا للوعد من جانب واحد أو الوعد بالترفضيل.⁽³⁾ فقد قضت المادة 1123 من القانون المدني

⁽¹⁾ الوعد بالترفضيل هو صورة من صور الوعد الملزم لجانب واحد مع وجود بعض الفوارق بينهما يمكن تلخيصها بما يأتي:

(1) الوعد بالتعاقد غالبا ما تكون شخصية الموعد له ليست محل اعتبار في العقد، أما في الوعد بالترفضيل ففي الغالب تكون شخصية الموعد له محل اعتبار في العقد. (2) في الوعد بالتعاقد تكون الشروط الجوهرية للعقد محددة منذ البداية، أما في الوعد بالترفضيل فتحدد الشروط الجوهرية للعقد لاحقا. (3) في الوعد بالتعاقد يجب أن تتوافر في الواعد أهلية البيع في تاريخ إبرام الوعد وليس في تاريخ إعلان الرغبة. في حين أن في الوعد بالترفضيل يكون الواعد ملتزما بإعطاء الأفضلية للموعد له. فالوعد بالترفضيل ليس من أعمال التصرف حيث إن الواعد لا يلتزم فيه بالتعاقد ولكن يلتزم بإعطاء الأفضلية للمستفيد إذ إن التزامه يكون بالامتناع عن التعاقد مع الغير لذلك فالأهلية اللازمة للوعد هنا ليست مطلوبة عند إبرام الوعد إنما في وقت ممارسة الأفضلية. انظر: أمنة عبد الكريم علي أحمد: الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق، السنة الجامعية 2008، ص 214 .

⁽²⁾ تقابلها المادة 50 من القانون المدني البحريني .

⁽³⁾ Mustaph Mekki: Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations D. 2015 . www.dalloz-actualite.fr

الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بأنه إذا خالف الواعد عقد الوعد بالتفضيل ولم ينفذ التزامه بتفضيل المستفيد بشأن العقد محل التفضيل وأبرم هذا العقد مع الغير، فإنه يكون مسئولاً تجاه المستفيد مسؤولية عقدية. ويختلف الجزاء حسب حسن أو سوء نية الغير المتعاقد مع الواعد. ويشترط المشرع الفرنسي في المادة 1123 لإثبات سوء نية الغير المتعاقد مع الواعد أن يبين المستفيد ليس فقط علم هذا الأخير بوجود الوعد بالتفضيل - وهذا الأمر قد يكون يسيراً في بعض الحالات - وإنما أيضاً أن الدائن المفضل ينوي استعمال حقه في التفضيل، وهو ليس من الأمور الهينة.

لقد خولت المادة 1123 المستفيد (الموعد له) في الوعد بالتفضيل دعويين في مواجهة الواعد هما التعويض والإبطال، فيجوز للمستفيد (الموعد له) أن يرفع، في جميع الأحوال، دعوى تعويض في مواجهة الواعد إذا تعاقد هذا الأخير مع الغير إخلالاً بالوعد الصادر منه. ويستوي في رفعها أن يكون الغير عالمًا أو غير عالم بوجود الوعد بالتفضيل لمصلحة المستفيد (الموعد له). كما ويجوز للمستفيد (الموعد له) رفع دعوى البطلان أو الحل محل الغير في العقد في حالة إذا أثبت علم الغير بوجود الوعد بالتفضيل، وبنية في الإفادة منه.⁽¹⁾ وهاتان الدعوتان يباشرهما المستفيد على سبيل التخيير أو البديل لا الجمع، فلا يمكن له أن يرفع دعوى التعويض ودعوى البطلان أو الحل محل الغير في ذات الوقت.

أمّا في الوعد بالإرادة المنفردة فيتم تقرير بطلان العقد الذي يبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للوعد متى ثبت علم الغير بوجود الوعد، كذلك منح المشرع الفرنسي الموعد له الحق في طلب التنفيذ العيني؛ أي إبرام العقد الموعد به، حال رجوع الواعد عن وعده متى أبدى المستفيد رغبته في التعاقد أثناء مدة الوعد. ويلاحظ هنا أنّ مبدأ حسن النية يقوم بدور وقائي، فيثني الواعد عن التراجع عن التزامه والتعاقد مع طرف ثالث بسوء نية انتهاكاً للوعد.

انظر أيضاً: أشرف جابر: المرجع السابق، ص 333.

⁽¹⁾ ولقد منح المشرع الفرنسي بموجب المادة 1123 الغير الذي يريد التعاقد مع الواعد ولديه علم أو شك بوجود وعد بالتعاقد لمصلحة شخص ما دعوى تسمى بالدعوى الاستفهامية، وهذه الدعوى يرفعها الغير في مواجهة الموعد له يستفسر منه كتابة عما إذا كان هناك وعد بالتفضيل لصالحه، وما إذا كان ينوي الإفادة منه أم لا. ويجب أن يحدد الغير للموعد له مدة معينة معقولة للرد على هذا الاستفسار. وتبدو أهمية اشتراط الاستفهام كتابة في أنه في حال عدم رد الموعد له خلال المدة المحددة لذلك، فإنه لا يستلزم أن يطلب إخلاله محل الغير في العقد أو أن يطلب إبطال هذا العقد.

المطلب الثاني

الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

إذا نشأ العقد صحيحاً مستوفياً جميع شروطه وأركانه فإنه يصبح ملزماً لأطرافه ويجب عليهم تنفيذه واحترامه، فلا يجوز لأحدهم التحلل منه أو تعديله إعمالاً للقوة الملزمة للعقد. ولقد اتبعت التشريعات المقارنة مبدأ القوة الملزمة للعقد بمبدأ حسن النية؛ لأن لمبدأ القوة الملزمة علاقة وطيدة بمبدأ حسن النية. فمبدأ حسن النية فرضته التشريعات للتخفيف من حدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تعني أن الالتزام الذي ينشأ عن العقد له قوة الالتزام الناشئ عن القانون. فلا يجوز لأي من المتعاقدين أن يتمسك بتنفيذ العقد حرفياً على وجه يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقدين الآخرين. فالقوة الملزمة للعقد توجب على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ التزامه طواعية واختياراً وبالطريقة التي تتفق مع حسن النية، ويجزئ القانون حسن النية في تنفيذ العقد، فيمنحه نظرة إلى ميسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية، ويجازي سيئ النية في تنفيذ العقد، فليزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع إذا كان قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً أثناء التنفيذ.⁽¹⁾ إن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فإن المتعاقد الذي يحيد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسؤولاً على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد قبل أن يكون مسؤولاً على أساس المسؤولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق.⁽²⁾

إذا كان الاتجاه الحديث في القوانين المدنية هو تعميم دور مبدأ حسن النية في كافة مراحل العقد ابتداءً بالمفاوضات ومروراً بالإبرام وانتهاءً بتنفيذ العقود وهو ما لمسناه بشكل واضح في موقف المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني. والذي نصت المادة (1104) منه على أن يتم التفاوض في العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية ويعد هذا الحكم من النظام العام، إلا أننا نجد أن أغلب القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني البحريني قد قصر دور مبدأ حسن النية على

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنجوري، المرجع السابق، ص 245 .

⁽²⁾ المرجع السابق.

تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود، إذ نصّت المادة (129) من القانون المدني البحريني على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمّنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل. (1)

وعليه فإنّ تنفيذ العقد بحسن نية أمر يوجبه القانون في جميع العقود، ولم تعد هناك - كما كان الأمر في القانون الروماني - عقود حرفية التنفيذ، وعقود رائدها حسن النية، بل العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية. (2)

عرف بعض الفقه الالتزام بحسن النية في مرحلة التنفيذ بأن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طوعاً واختياراً وأن يجري التنفيذ على النحو المشروط في العقد أو على النحو الذي يقتضيه العرف أو الثقة المتبادلة بين الناس، (3) ويرى البعض الآخر أن مبدأ حسن النية في إطار تنفيذ الالتزام هو أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الآخر من أوضاع وأن تنفذها وفقاً لذلك وليس كما تريد، (4) كما عرف حسن النية في تنفيذ الالتزام بأن ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد أو يجعلها أكثر كلفة دون مبرر. (5) إنّ حسن النية في تنفيذ العقود يأخذ مظهرين:

المظهر الإيجابي: وفيه يفرض مبدأ حسن النية على المتعاقد أن يتخذ موقفاً إيجابياً في تنفيذ التزامه، إذ يستلزم حسن النية الالتزام بالتعاون فيما بين المتعاقدين؛ ذلك لأن العقود ليست مجرد نتيجة للتوافق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة وإنما يجب أن ينظر إليها على أنها الوسيلة القانونية للتعاون والتآزر بين الطرفين، والالتزام بالتعاون فرضه مبدأ حسن النية كالتزام

(1) يطابقها نص المادة (1/148) من القانون المدني المصري. المادة 149 من القانون المدني السوري، المادة 148 من القانون المدني الليبي، والمادة (148) من القانون المدني الفلسطيني، المادة (2/150) من القانون المدني العراقي.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، 245.

(3) انظر: حسن علي الذنون: المرجع السابق، ص 212.

(4) انظر: عبد المنعم موسى إبراهيم: المرجع السابق، ص 83.

(5) انظر: حسن علي الذنون: المرجع السابق، ص 212.

أصيل،⁽¹⁾ ومن تطبيقات الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقد التعاون فيما بين الشركاء لتحقيق أغراض الشركة.⁽²⁾ على الرغم من أهمية الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقد إلا أن المشرع الفرنسي لم ينص عليه صراحة في قانون العقود. إنَّ مسلك المشرع الفرنسي لا يشير إلى وجود قصور في القانون الجديد، فالالتزام بالتعاون هو التزام متفرع عن الالتزام بحسن النية الذي تم صياغته على نحو عام في المادة 1104 ليشمل التطبيقات المختلفة لحسن النية. على العكس فإنه إذا قام المشرع الفرنسي بتخصيص نصوص لكل التزام متفرع عن حسن النية فإنَّ ذلك سيؤثر على سهولة قراءة النصوص. لذلك فضل المشرع مبدأ عاماً مرناً بدلاً من تقسيم حسن النية إلى مبادئ فرعية ليس لها نفس القيمة، ولها نطاق متغير اعتماداً على نوع العقد.

ومن الالتزامات الإيجابية التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ، الالتزام بالإعلام وهو يختلف عن الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد؛ لأن يرتبط بتنفيذ الالتزامات الأصلية الناشئة من العقد، وهو يهدف إلى إحاطة المتعاقد علماً ببيانات ومعلومات تيسر عليه تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد أو تساعد في الاستفادة من محل العقد الذي يتصف بالتعقيد أو الخطورة، كالإخطار والتنبيه في الحالات التي تتجم عنها مخاطر تؤثر في تنفيذ العقد من قبل أحد المتعاقدين، فمبدأ حسن النية يفرض على المؤمن له إبلاغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تزيد من المخاطر.⁽³⁾ أو يلتزم بائع الآلات الكهربائية بأن يبين للمشتري طرق استعماله ومخاطره أو التزام المستأجر بأخطار المؤجر بأي اعتداء على العين المؤجرة. ومن تطبيقات المظهر الإيجابي لمبدأ حسن النية الالتزام بالضمان، فالبايع أو المؤجر حينما يضمن العيوب الخفية أو يضمن تعرضه الشخصي مادياً كان أو قانونياً إنما ينفذ التزاماً فرضه القانون بنصوص صريحة إلا أنه يعد مظهرًا إيجابيًا لمبدأ حسن النية⁽⁴⁾.

(1) انظر: عبد الحكيم عبد اللطيف القوي: المرجع السابق، ص 427. رمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص 195. حسام الدين كامل الاهواني: مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، 1991 - 1992، ص 210.

(2) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 245، هامش 2.

(3) ملام عبد الزهرة عبد الله الفتاوي: المرجع السابق، ص 125-132.

(4) انظر: عبد الرزاق السهوري، المرجع السابق، ص 241.

ومن مظاهر حسن النية الالتزام بالمحافظة على أسرار العقد كالالتزام من يستورد سلعة معينة ألا يفشي سرّها التكنولوجي، وغيرها من التزامات أخرى التي تؤدي إلى تسهيل تنفيذ التزام الطرف الآخر كالتزام المصدر بتزويد المستورد بالمستندات والوثائق اللازمة لنقله عبر عدة دول أو تنفيذ الالتزام بطريقة تجعله أقل كلفة على المتعاقد الآخر كمد الأسلاك الكهربائية من أقرب مسافة ممكنة أو إيصال الراكب من الطريق الأقصر.

المظهر السلبي: يكرس مبدأ حسن النية الالتزام بالنزاهة في تنفيذ العقود لتحقيق العدالة التعاقدية، والتزام المتعاقدين بالنزاهة يتحقق عندما يكف كل متعاقد عن كل ما يتنافى مع القصد الحسن، فهو يظهر بصورة امتناع المتعاقد عن القيام بأي عمل يتنافى مع الشرف والأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين، وعليه أن يمتنع عن أي غش أو تدليس في تنفيذ العقد، فيجب عليه أن يمتنع عن استعمال أية حيل من شأنها حرمان المتعاقد من مزايا العقد أو تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو مرهقاً أو يحمله بمبالغ ضخمة لا تتناسب مع المنفعة المرجوة من العقد أو تحميله نفقات غير ضرورية.⁽¹⁾

ومن مظاهر الالتزام السلبي بحسن النية في تنفيذ العقد الالتزام بعدم إفشاء أسرار العقد والالتزام بعدم المنافسة، كالتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل وعدم إفشاء أسرار العمل حتى بعد انقضاء العقد، التزام بائع المتجر بالامتناع عن القيام بأعمال التجارة التي تؤدي إلى منافسة المشتري، ومن المظاهر السلبية لحسن النية أيضاً التزام البائع ألا يخفي عن غش العيوب الموجودة في المبيع، والتزام السائق ألا يسلك في إيصال الراكب الطريق الأبعد حتى يزيد في عدد الكيلومترات في عداد السيارة لزيادة الأجرة.

إنّ مبدأ حسن النية هو التزام مفروض على المدين والدائن، فيقيد الدائن في مطالبته بتنفيذ الالتزام، فليس للدائن أن يتعسف في استعمال حقه العقدي إضراراً بالمدين بالالتزام. من ثم فلا يمكن للدائن أن يتمسك بحرفية ما جاء في العقد، ولا أن يغالي في التمسك بحقوقه في العقد، ويقيد المدين في تنفيذه الالتزام وطريقة تنفيذه له، بحيث لا يصدر منه أي غش أو إضرار في طريقة تنفيذه للالتزام. ويعود للقاضي مراقبة حسن تنفيذ العقود، فالعقود يجب أن تنفذ وتفسر وفقاً لحسن النية ويتمتع القاضي في ذلك بسلطات واسعة، وهذا ما سنحاول توضيحه في فرعين:

(1) عبد الحكيم بن عيسى: مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة تلمسان، المجلد

الفرع الأول: دور الأطراف في تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: دور القضاء في تطبيق مبدأ حسن النية.

الفرع الأول

دور الأطراف في تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد

يجب على الأطراف المتعاقدة تنفيذ العقد بحسن نية فهذا الالتزام يقع على عاتق كل من الدائن والمدين في الرابطة العقدية، فعلى الدائن الالتزام بحسن النية عند مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته العقدية، وعلى المدين بالمقابل الالتزام بحسن النية عند تنفيذ التزاماته، وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: التزام الدائن بحسن النية في التنفيذ:

يفرض مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد على الدائن عدة التزامات هي:

1- عدم تعسف الدائن في طلب التنفيذ العيني والدفع بعدم التنفيذ: يوجب حسن النية على كل متعاقد أن يلزم بالأمانة في تنفيذ التزاماته ويقوم بأداء كل ما عليه من التزامات أداء كاملاً لا نقص فيه إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 1193 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ، فلا يجوز للمتعاقدين نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، فيكون بذلك المتعاقد حسن النية إذا قام بالوفاء الكامل بالتزاماته العقدية، أما إذا لم يقم بالوفاء بها كاملة فإنه يعد سيئ النية؛ لأن تنفيذ العقود في القانون المدني لا يتم إلا بقيام كل متعاقد

بالوفاء بالالتزامات التي تم الاتفاق عليها.⁽¹⁾ فحتى يكون المستأجر حسن النية يجب عليه القيام بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد، فيكون المستأجر سيئ النية عند عدم دفع بدل الإيجار في المواقيت المحددة . وإن التأخر الكبير في الدفع مؤسسا لسوء النية، وكذلك التأخيرات المتتالية التي لا يبررها عذر مشروع. وعليه فإنه يتعين على المدين تنفيذ التزاماته في العقد بشكل كامل، وبالعكس ذلك إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزاماته أو نفذها بشكل منقوص أو معيب فإنه في هذه الحالة يحق للدائن أن يطلب التنفيذ العيني الجبري متى كان ذلك ممكناً، حيث تنص المادة 1221 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: "يحق للدائن بالتزام معين، بعد إعدار المدين، المطالبة بالتنفيذ العيني إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلاً أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن".⁽²⁾

وإذا تعلق الأمر بعقد ملزم لجانبين وكان مستحق الأداء، كان للدائن أن يدفع بعدم التنفيذ طالما لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، حيث تنص المادة 1219 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: "يجوز لأحد الأطراف أن يرفض تنفيذ التزامه، على الرغم كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وكان التنفيذ على قدر كافٍ من الجسامة".⁽³⁾ إن مبدأ حسن النية في هذه الحالة يفرض على الدائن أن لا يتعسف في اللجوء إلى وسائل التنفيذ ويتمسك بطلب التنفيذ العيني أو يدفع بعدم تنفيذه التزاماته، خصوصاً إذا كان المدين قد نفذ الجزء الأكبر من الالتزام ولم يبقى سوى جزء ضئيل، على الدائن أن لا ينظر إلى مصالحه فقط بطلب التنفيذ الأكمل والدقيق، وإنما يجب عليه أن يراعي مصالح المدين ويكون متسامحاً مع مدينه المخفق أو العاجز عن التنفيذ الأكمل لالتزاماته، بإظهار حد أدنى من التضامن استجابة

⁽¹⁾ قيل بهذا الشأن: "أسمى مظهر لحسن النية هو احترام الالتزام الموعد به". عبد المنعم موسى إبراهيم: المرجع السابق، 83.

⁽²⁾ ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 96.

لقد استوحى المشرع الفرنسي هذه المادة من المادة 9: 102 من قانون العقود الأوروبي . جان سمنس وكارولايين كالوم: المرجع السابق، ص 128 .

⁽³⁾ ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 95-96 . تنص المادة 150 من القانون المدني البحريني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، ما لم يتفق على خلافه، أو يقضي العرف بغيره".

لواجب الأمانة، وتدعيمًا للثقة الواجب توافرها في العلاقات التعاقدية المتمثلة في عدم جني مصلحة أنانية من العقد، وعدم التضحية بمصالح للمتعاقد معه. وإلا كان متعسفا في استعمال حقه، وتعسف الدائن يظهر في ناحيتين: عندما يدعي أو يثير عدم التنفيذ مهما كان قدره ضئيلا، وحينما يضحي بمصالح مدينه، في هاتين الحالتين يعتبر الدائن مخلا بالالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد، ويترك تقدير ذلك للقاضي. فالقاضي ينظر في ظروف كل قضية، ويقوم بدور الرقيب على أخلاقيات التعامل موازنا بين المواقف، ومرجحا حسن النية حيثما تبين سوء النية لدى أحد الطرفين، فحق الدائن في طلب التنفيذ أو دفعه بعدم تنفيذ التزاماته مقيد باستعماله في حدود حسن النية. بناء على ذلك فإن القاضي بخصوص ذلك، يبحث ما إذا كان التنفيذ الجزئي أو النقص في التنفيذ على قدر من الجسامة ويقرر للدائن التحلل من التزاماته المقابلة أو طلب إجبار المدين على التنفيذ العيني، وفي تقديره هذا ينظر أيضا فيما إذا كان الالتزام ما زال قابلا للتنفيذ العيني، أم أنه أصبح مستحيلا أو مرهقا، لدرجة لا تتفق مع مبادئ حسن النية والإنصاف في تنفيذ العقود، فإذا كانت فائدة الدائن من التنفيذ العيني ضئيلة وغير مجدية أو أن ما لم يقم المدين بتنفيذه جزءا ضئيلا أو أن طلب التنفيذ حاصل على سبيل النكاية أو الإضرار بالمدين، واعتبره مشوبا بسوء النية فإن القاضي يرفض دعوى التنفيذ.

ولقد أعطى المشرع الفرنسي الدائن في المادة 1217 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 عدة خيارات بالنسبة للجزء الذي لم ينفذ من قبل الدائن بالالتزام ومن بين هذه الخيارات: أن يرفض تنفيذ التزامه أو أن يوقف تنفيذه، أو إمكانية التنفيذ الجبري العيني لالتزامه، أو طلب تخفيض الثمن، أو فسخ العقد، أو طلب التعويض، ويمكن له الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز دائما إضافة التعويض إليها. كذلك قضت المادة 1223 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بأن للدائن قبول التنفيذ غير الكامل والمطالبة بتخفيض نسبي للثمن.

لا يوجد في القانون المدني البحريني نص يعطي للدائن خيارات في حالة التنفيذ الجزئي من قبل المدين، ونتمنى لو يقتدي المشرع البحريني بالمشرع الفرنسي في ذلك، وينظم هذه المسألة ويمنح الدائن خيارات تمكنه من اختيار ما هو أنسب له بعد الموازنة بين مصالحه التي يرجو تحقيقها من العقد، ومصالح مدينه حسن النية وما يمر به من ظروف منعه من تكملة التنفيذ لا سيما إذا كان

الجزء الذي لم ينفذه المدين بسيطاً بالمقارنة بمجموع ما قام بتنفيذه من التزاماته، ويكشف عن التزامه بالتسامح الذي يجب أن يظهره الدائن إزاء عدم تنفيذ قليل بالنظر للكل وللمغرض المنشود.

2- أن تكون مطالبة الدائن بالفسخ مبررة: قد ينكث أحد المتعاقدين بالتزاماته فيلجأ المتعاقد الآخر بدلاً من متابعة التنفيذ، أو طلب التعويض عن التنفيذ إلى تفضيل فسخ العقد. فإذا تبين أثناء تنفيذ العقد أن أحد المتعاقدين أخل بالتزاماته، سواء لم يكمل العمل الملتزم بإتمامه أم أساء تنفيذه، حق للمتعاقد الآخر فسخ العقد، وإنهاء العلاقة العقدية مع الطرف الآخر المخل بالتزامه. كما يجوز له طلب التعويض عن الأضرار التي تسبب بها المتعاقد الآخر.

وفي هذا الصدد استحدث المشرع الفرنسي في قانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 المادة 1226 التي تخول للدائن بشرط إغذار المدين وإمهاله أجلاً معقولاً للتنفيذ - أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة. وقد تأثر القانون الفرنسي في ذلك بالاتجاهات القانونية المعاصرة في مجال العقود، فقد تضمنت مبادئ اليونيدروا (UNIDROIT) النص على الفسخ بالإرادة المنفردة في المادة 1-2/3/7 والتي وردت بأن: الفسخ يقع بإخطار يوجه إلى المدين⁽¹⁾، وبمبادئ قانون العقود الأوروبي الموحد (PECL) التي تبنت مبدأ فسخ العقد بالإرادة المنفردة في الفقرة الأولى من المادة 9/301 تحت عنوان الحق في الفسخ على أنه: "يجوز لأحد الأطراف أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه"، كما نصت الفقرة الأولى من المادة 9/303 على أن: "فسخ العقد يقع بإخطار يوجه إلى المدين"⁽²⁾.

وتتص المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: "يجوز للدائن، وعلى مسؤوليته، فسخ العقد عن طريق الإخطار. وفي غير حالات الاستعجال، يجب عليه أولاً إغذار المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة، على أن يتضمن الإخطار صراحة أنه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته يكون للدائن الحق في فسخ العقد، فإذا استمر في عدم

(1) مبادئ اليونيدروا: www.unidroit.org

(2) الأصل في القانون المدني الفرنسي في إصلاحات 2016 أن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو اتفاق وذلك بموجب المادة 1184 من القانون المدني. انظر: منى أبوبكر الصديق محمد حسان: فسخ العقد بالإرادة المنفردة دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، المجلد 85، العدد 1، مصر، 2019، ص 3 إلى 7.

التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره، ويحق للمدين في أي وقت اللجوء للقضاء للاعتراض على الفسخ. ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامته عدم التنفيذ ". ولقد سمح المشرع الفرنسي للمدين الذي فسخ عقده أن يلجأ للقضاء، لإثبات أن فسخ العقد لم يكن له أسباب تبرره، وأنه قام بتنفيذ التزاماته الأساسية، وأن الدائن يتذرع بعدم تنفيذه التزاماته الثانوية أو أن لديه من الأعذار ما يبرر عدم قيامه بالتنفيذ أو تأخره في القيام بالتنفيذ.

وبما أن تقرير الفسخ أمر متروك للقاضي بعد طلب الطرف المتضرر من فسخ العقد، فله إن وجد أن الفسخ لم يكن مبرراً قانونياً أن يحمل المطالب بالفسخ مسؤولية الفسخ. حيث تنص المادة 1228 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه " يجوز للقاضي، تبعاً للظروف، إقرار الفسخ أو الحكم به أو الأمر بتنفيذ العقد وأن يمنح المدين - في هذه الحالة وعند الاقتضاء - مهلة للتنفيذ أو الاكتفاء بالحكم بالتعويض ". يعتبر حسن النية شرطاً أساسياً للمطالبة بفسخ العقد، حيث يشترط للتمسك به أن تستند إلى أسباب تبرره وأن لا يكون لأجل الإضرار بالمدين، إذ إن حسن النية شرط أساسي لممارسة الحقوق. فإذا شعر القاضي بأن طلب الفسخ صدر عن سوء نية رفض الطلب. لذلك يجب على الدائن أن يثبت للقاضي أن عدم التنفيذ على قدر من الجسامته يبرر الفسخ جسامته.

لا شك أن فسخ العقد يحقق فائدة للدائن، أفضل من حصوله على التعويض الذي يبقى رهناً بملاءة المدين وحسن نيته، فالفسخ يمنح الدائن الامتياز على الشيء موضوع العقد فيعاده له. غير أن الفسخ يعد من أشد جزاءات القانون المدني خطورة، من حيث إنه يدمر المراكز القانونية المستقرة بأثر رجعي، ويتنافى والمقصود الأصلي من العقود، لذلك فإن مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود يحصن العقود من الفسخ بطريقة غير مباشرة.

إن الحق في الفسخ يقوم على اعتبارات العدالة. فهذا الحق مقيد باستعماله في حدود حسن النية. بناء على ذلك فإن القاضي بخصوص طلب الفسخ، يبحث ما إذا كان النقص في التنفيذ يبرر طلب الفسخ بل يتعداه إلى عدم التنفيذ الكلي، ويقوم بتقدير وضع المدين الذي تأخر في تنفيذ التزاماته أو امتنع عنها وأسباب تأخره في التنفيذ، وكذلك تقدير حسن أو سوء نيته ليقرر في ضوء ذلك مصير العقد، فليس للقاضي الاستجابة لطلب الفسخ إذا لم يجد مبرراً قانونياً له، ويمكنه تبعاً لذلك أن يرفض طلب الفسخ ويأمر بمتابعة التنفيذ إذا كان ممكناً ومتوافقاً مع أحكام العقد، وله أن

يمنح المدين حسن النية مهلة لتنفيذ تعهده. ونص المشرع الفرنسي في هذا الصدد أنه إذا كان المانع من التنفيذ مؤقتاً، فلا يبرر للدائن طلب الفسخ استناداً للمادة 1218 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016. فالمبدأ هو المحافظة على العقد قدر المستطاع، وعدم السماح بالتخلص منه عندما يكون التنفيذ ممكناً.

على غرار العديد من القوانين العربية، لم يكن القانون المدني البحريني ينظم فسخ العقد بإرادة أحد المتعاقدين عند عدم التنفيذ. فالأصل في الفسخ في القانون المدني البحريني أنه لا يقع إلا بحكم قضائي وهذا هو الفسخ القضائي وتنظمه المادة (140)، أو باتفاق وهو الفسخ الاتفاقي وفقاً للمادة 141 أو يفسخ العقد بقوة القانون إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه ويسمى انفساخاً⁽¹⁾ ولذلك فإن الفسخ بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بدون وجود اتفاق صريح بين طرفي العقد غير جائز في القانون المدني البحريني؛ لأنه يشكل خروجاً على قاعدة العقد

(1) إنَّ الفسخ كجزء يلحق العقد في القانون البحريني كقاعدة عامة لا يتحقق (إلا بحكم قضائي، وهذا باستثناء بعض مراتب الفسخ الاتفاقي التي يتحقق فيها فسخ العقد بمجرد عدم التنفيذ بموجب اتفاق صريح بين طرفي العقد، هذا إلى جانب الفسخ القانوني الذي يتحقق فيه فسخ العقد بمجرد استحالة التنفيذ التي ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. تنظم المادة 140 من القانون المدني البحريني الفسخ القضائي حيث تنص على أن: "أ- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إذاره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان نه مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته. ب- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى التزاماته في جملتها ". يستفاد من هذا النص أنه لكي يحق للعقد طلب فسخ العقد لا بد من توافر الشروط الآتية: 1- أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين؛ 2- أن يتحقق إخلال العاقد بالتزاماته العقدية، 3- أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزاماته أو على استعداد لتنفيذها، 4- يجب أن يكون طالب الفسخ قادر على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد، 5- أن يكون طالب الفسخ بإعذار المدين. ومتى توافرت الشروط سالفة الذكر في جانب أحد طرفي العقد كان من حقه رفع دعوى قضائية لطلب فسخ العقد. أما الفسخ الاتفاقي فتتنظمه المادة 141 من القانون المدني البحريني التي تنص على أن: "أ- لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، أو بالشرط القاضي بتثبيت سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بنية من حقيقة أثره. ب- والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالتزام، لا يعفي في غير المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه ". منح المشرع البحريني بموجب هذه المادة للمتعاقدین سلطة الاتفاق على تنظيم فسخ العقد تنظيمًا اتفاقيًا يخرجان به على القواعد العامة في فسخ العقد عن طريق القضاء لينهيا الرابطة العقدية بينهما بطريق الاتفاق. انظر: خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 184 وما بعدها.

شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحد الأطراف أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون.

ونوصي المشرع البحريني بسن نص في القانون المدني على غرار المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي الجديد تسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة في غير حالة عدم وجود اتفاق صريح بين طرفي العقد كأحد أنواع الفسخ، متى توافرت شروط معينة ووضع ضوابط محددة تكفل عدم التعسف في استعماله من قبل الدائن، وأن يخضع هذا الفسخ لرقابة قضائية لاحقة إذا ما اعترض على الفسخ الذي أوقعه الدائن؛ لأن هذا النوع من الفسخ يحقق مزايا متعددة ويستجيب لضروريات عملية مهمة مقارنة بالفسخ القضائي، تتعلق في مجملها بتجنب الكثير من المشاكل المتعلقة بنظام التقاضي، فضلا عن كونه الأكثر فعالية من الناحية الاقتصادية، والأكثر عدالة في مجال الجزاء المدني لعدم تنفيذ العقد. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يحدد معنى (مهلة معقولة) الواردة في المادة 1226 تاركًا الأمر للقضاء من دون تحديد أي معايير، لذا نتمنى من المشرع البحريني تجاوز هذه الثغرة وتحديد المعايير التي على المحكمة اتباعها لتحديد المهلة المعقولة التي يمنحها الدائن للمدين لتنفيذ التزاماته ليتجنب فسخ العقد.

ثانياً: التزام المدين بحسن النية في التنفيذ:

إن أحسن تنفيذ للعقد يكون باحترام مبدأ حسن النية، فالعلاقات القانونية بين الأفراد ليست فقط علاقة بين ذمتين ماليتين فقط، بل هي قبل كل شيء علاقة بين شخصين لا تشكل الذمة المالية بالنسبة إليهم إلا صفة ملازمة لشخصيهما. من ثم فالقوة الملزمة للعقد التي تعني أن الالتزام الذي ينشأ عن العقد له قوة الالتزام الناشئ عن القانون، تفرض - حتى يكون تنفيذ المدين لالتزاماته مقبولا من وجهة نظر القانون - أن يراعي المدين في تنفيذه لالتزاماته مقتضيات حسن النية القانونية والأخلاقية حتى يكون التنفيذ العيني للالتزام كاملا صحيحا ويتفق مع حسن النية، فإن لم يراع مقتضيات حسن النية في التنفيذ كان المدين سيئ النية في التنفيذ.⁽¹⁾

(1) Brigitte Lefebvre: La bonne foi: notion protéiforme, p. 348. www.usherbrooke.ca

انظر: كنزة بكنوة وفضة بوطرنيج: المرجع السابق، ص 116 وما بعدها.

وعليه فأول ما يفرضه مبدأ حسن النية على المدين، هو تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد ضمن القواعد القانونية للتنفيذ؛ لأن التنفيذ لا يقتصر على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزمات العقد وملحقاته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، وما يقتضيه حسن النية بحسب طبيعة الالتزام. فالالتزام المدين بحسن النية في التنفيذ يفرض عليه أن يخضع لما تمليه عليه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد بالتزاماته الأصلية والجوهرية والفرعية غير الجوهرية ومستلزماتها حتى لو لم تذكر صراحة في العقد، فيجب أن يتم التنفيذ بالمدى والنطاق الذي حدده العقد والقانون، بصورة كاملة ووفق ما يوجبه مبدأ حسن النية، والالتزام بهذا هو ما يجعل التنفيذ قانونيًا وصحيحًا.

كما يقتضي مبدأ حسن النية من المدين أن يختار في تنفيذ العقد، الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل، فيقوم بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، بالكيفية والطريقة التي يتمنى أن تؤدي إليه لو كان في مكان المتعاقد الآخر. فالمطلوب منه أن يتحلى بأمانة وصدق وإخلاص ويحترم الثقة المتبادلة التي يستوجبها شرف التعامل، فيؤدي التزامه في الأجل المحدد مختارًا وبدون ممانعة وبشكل غير منقوص، وببذل العناية الكافية في تنفيذ ما اتجهت إليه النية المشتركة، فلا يتعمد عدم التنفيذ أو يهمل أو يتراخى في ذلك، ويراعي مصالح المتعاقد الآخر ويتعاون معه، ويحاول الحد من الخسارة التي قد تلحق به إن كان بإمكانه. فالناقل الذي ينفذ التزامه الأصلي المتمثل بفعل النقل، يجب عليه أن يراعي في أثناء قيامه بذلك الأصول الأخلاقية، التي تقتضي منه أن يكون أمينًا، بأن لا يسلك طريقًا وعرة قد تلحق ضررًا بالمنقول، وبالتالي بمصلحة المتعاقد الآخر. وهو يتصف بسوء النية سواء ألحق الضرر بالمتعاقد الآخر متعمدًا، أم أنه قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان حسن التنفيذ، وعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر.

إنَّ عدم التزام المدين بمقتضيات حسن النية في تنفيذه الالتزام، يعتبر خطأ يترتب مسؤوليته العقدية بتعويض الضرر المباشر المتوقع الذي لحق بالدائن، وقد يلزم بالتعويض عن الضرر غير المتوقع وقت التعاقد إذا كان ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا؛ لأن مسؤوليته في هذه الحالة تكون مسؤولية تقصيرية. حيث تنص المادة 3/1231 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على

أنه: " لا يلزم المدين إلا بالتعويض عن الأضرار التي كانت متوقعة أو التي كان من الممكن توقعها عند إبرام العقد، إلا عندما يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ جسيم أو تدليسي".⁽¹⁾

الفرع الثاني

دور القضاء في تطبيق مبدأ حسن النية

متى كانت القاعدة القانونية مرنة فإنها تمنح القاضي سلطات واسعة في تطبيقها، ومن ذلك مبدأ حسن النية الذي يشكل أداة أو وسيلة نافذة في يد القاضي يدخل بموجبها في العقود كلما دعت الحاجة.

من أهم ملامح الإصلاح التشريعي الفرنسي التي تظهر بجلاء هو تزايد سلطة القضاء إزاء العقد، ليس فحسب منذ إبرامه، بل من المرحلة السابقة عليه، حيث أصبح من سلطة القاضي أن يتحقق من مدى توافر حسن نية بين طرفي العقد في جميع مراحل العقد، تحقيقاً للتوازن العقدي بين المتعاقدين، وعدم اختلاله، فيتدخل القاضي كلما وجد ميزان العدالة مختلاً ويعيد للعقود توازنها وعدالتها. فتكريس المشرع الفرنسي لمبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد يوسع من صلاحيات القاضي في إحقاق الحق ورد العقود والتصرفات إلى حدودها.

وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي يهتم بتطبيق القانون ولكن ليس على حساب المبادئ الأخلاقية التي يسعى لحمايتها والحفاظ عليها، وهذا التشدد من جهة المشرع جعل من هذا المبدأ ملزماً للمتعاقدين وللقاضي، لذلك أعلى المشرع من شأن مبدأ حسن النية وكرسه من ضمن قواعد النظام العام، التي لا تقف عند المطالب بل يجب على القاضي أن يتدخل في العلاقات العقدية ويراقب مدى الالتزام بها، فعلى اعتبار أن القاضي هو الميزان بين مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد، ويقوم بترجيح مصلحة المجتمع على مصلحة الأفراد. وترجيح هذه المصلحة يعود لعدة أسباب منها أن الحقوق بين الأفراد يجب أن تكون في توازن دائم معتدل لتؤدي رسالتها في الحياة أداء يتفق

(1) تقابلها المادة 223 من القانون المدني البحريني.

مع مصلحة المجتمع وأهداف القانون وغايته⁽¹⁾. لذلك فإن القاضي في سبيل تطبيق مبدأ حسن النية يقوم بثلاثة أدوار رئيسية:

الأول دور رقابي: حيث يقوم بمراقبة مدى التزام أطراف العلاقة التعاقدية بمبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد قبل وعند إبرام العقد، ويراقب حسن تنفيذ العقود، ومدى تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام بالإعلام التعاقد، حيث يقوم بتقدير حسن نية المتعاقد بمعياري ذاتي ومعياري موضوعي وفي هذا الدور لا يقوم القاضي بتطبيق مبدأ حسن النية بل يقوم برقابة التزام المتعاقدين به من خلال المعايير السابقة التي من خلالها يقرر القاضي حجم المسؤولية المدنية التي ترتبت على الإخلال أو عدم الإخلال بحسن النية.

والدور الثاني دور تفسيري: لما كان الأصل العام في القانون المدني هو أن العقد ينشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية، ولا يسوغ للقاضي أن يتدخل في تنفيذه بأي وجه من الوجوه، وذلك تسليماً واحتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. إن المشرع قد سمح للقاضي التدخل بتفسير العقد المطروح أمامه في النزاع الناشئ بين أطرافه، لإمكانية التوصل للحل القانوني المناسب والأكثر ملاءمة والأقرب للعدالة، فقيام أطراف العقد بتنفيذه وفقاً للبند التي يتضمنها تحقيقاً لمصالحهم الخاصة، لا يستقيم دائماً مع المصلحة العامة التي تقتضي حماية المصالح العليا للمجتمع التي تتعارض مع المصالح الذاتية للفرد داخل المجتمع، وذلك بإشاعة الأخلاق والسلوكات الحميدة المقبولة من طرف الجماعة، إعمالاً لمبدأ حسن النية في العقود.

في حالة قيام نزاع حول العقد، فإن القاضي يقوم أولاً بتحديد مضمونه، فإذا كانت عبارات العقد غامضة أو متعارضة أو يوجد شك حول دلالتها، وجب على القاضي التدخل وتفسير العقد للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفي العقد حتى يحدث تطابق بين العبارات المستعملة وروح العقد.⁽²⁾

تقضي المادة من 1192 المستحدثة في القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 بأن الشروط الواضحة غير الغامضة في العقد ليست محلاً للتفسير؛ لأن هذا سيعرضها لخطر التحريف.

⁽¹⁾ Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse I Capitole, France. [www. books.openedition.org](http://www.books.openedition.org) .

⁽²⁾ يقصد بتفسير العقود: تبين وتوضيح الألفاظ والعبارات المكونة لها بغية الوصول إلى المعنى الحقيقي الذي يقصده المتعاقدان أو المتصرف . انظر: عبد الحكيم عبداللطيف القوي: المرجع سابق، ص 432 .

فإذا كانت عبارات العقد واضحة لا يعتريها أي مظهر من مظاهر اللبس أو الغموض أو الشك حول دلالتها، فلا مجال لتفسيرها؛ لأنها تعبر عن الإرادة الحقيقية الكامنة للمتعاقدين، ففي هذه الحالة يجب على القاضي التقيد بعبارات العقد؛ لأن الانحراف عنها يعتبر بمثابة التحريف لإرادة المتعاقدين، ويقتصر دور القاضي هنا عند حد إلزام المتعاقدين بالمعنى الواضح لعبارات العقد. وقد تكون عبارات العقد واضحة لكن وضوحها لا يعكس النية المشتركة للمتعاقدين ويعبر عن إرادتهم الحقيقية، وهنا يمكن للقاضي أن يمارس سلطته في تفسير العقد رغم وضوح عباراته؛ لأن الوضوح هنا يقتصر على اللفظ دون الإرادة والنية المشتركة. فحسن النية في تنفيذ العقد يقتضي عدم الاعتداد بالمعنى الظاهر للتعبير الوارد في العقد والبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين. ويتضمن القانون البحريني ذات الحكم في المادة 125/أ التي تنص على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".⁽¹⁾

ونصت المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أن: "يتم تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للأطراف دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وإذا تعذر الكشف عن هذه النية، يفسر العقد وفقاً للمعنى الذي يعطيه له الشخص العادي حال وجوده في نفس الظروف".⁽²⁾ ويقضي هذا النص بأنه إذا كانت عبارات العقد واضحة ولكن الظروف تدل على أن أطراف العقد أسأوا استعمال التعبير الواضح، وعبروا عنه بلفظ لا يستقيم في ذات المعنى، ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يأخذ بالمعنى الواضح للفظ، بل يجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصده المتعاقدون. ويلجأ القاضي في تفسير العقود إلى الاستعانة بمبدأ حسن النية في التعرف على نية المتعاقدين المشتركة.⁽³⁾ فهذا المبدأ يعد من أهم الوسائل الأخلاقية والقواعد العامة التي يلجأ إليها القاضي في تفسير العقود، فمبادئ حسن النية تملي على القاضي تفسير

(1) تقابلياً المادة 150 من القانون المدني المصري .

(2) ترجمة: محمد حسن قاسم؛ المرجع السابق، ص 78 .

(3) النية المشتركة لا يقصد بها تلك الإرادة الباطنة التي تستخلص بمعيار ذاتية، بل الإرادة الباطنة الموضوعية التي تستخلص بمعيار موضوعية، هي طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. وبالتالي للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين يحاول القاضي أن يكشف عن الإرادتين الباطنتين لكل متعاقد بواسطة إرادتهما الظاهرتين ليؤكد من أن التعبير عن الإرادة كان صادقاً. انظر: مبارك محمد ذيب الفصيح: دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن نية في العقد، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية كلية الدراسات العليا، 2010، ص 22 وما بعدها.

العقد بصورة تعكس إرادة الأطراف الحقيقية، المتجهة نحو الأمانة والعدل والمساواة بين المتعاقدين. على أساس أن الأطراف المتعاقدة كانت عند إبرامهم للعقد يحملون نية حسنة أو أنهم ينوون تنفيذ التزاماتهم المتبادلة على أساس ذلك. فمن غير المتصور أن يكون العقد ذا قوة إلزامية ويعد شريعة للمتعاقدين، إن كان كل طرف منهم يتربص بالآخر ويسيء النية له، ويقوم علاقته به على أساس الغش وسوء النية والتدليس.⁽¹⁾

ويقتضي حسن النية في تفسير العقد من القاضي عدم التقيد بالمعنى الحرفي للعبارة الواردة في العقد، إذا كانت لا تعبر بحق عن نية المتعاقدين، وأن يقوم بتفسير العقد بمرونة وبحسب ما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ويرفض كل تفسير يبنى على ما يتنافى مع حسن النية والأمانة كسوء النية أو الرغبة في التظليل أو الغش، ويأخذ بما تمليه الثقة المشروعة، والمفترضة في المعاملات.⁽²⁾ كما يقتضي حسن النية في تفسير العقد، أن يتم تفسير العقد في ضوء روح العقد والغرض منه، فيستلهم القاضي الغرض والقصد من العقد عند إبرام المتعاقدين له.⁽³⁾

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قاعدة تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين في المادة 1188 هي نفسها القاعدة المنصوص عليها في المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلات عام 2016 التي تنص على أنه: " يجب البحث في النية المشتركة للأطراف المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات ". فلم يبلغ المشرع الفرنسي هذه القاعدة في إصطلاحات 2016، ولكن أضاف عليها قاعدة جديدة تتعلق بتفسير العقد في فقرة ثانية من المادة 1188 تقضي بأنه في حال تعذر على القاضي معرفة النية المشتركة فإنه يجب عليه تفسير العقد حسب المعنى الذي يضعه له شخص متوسط الصفات يوضع في نفس الظروف". ولقد جاء هذا النص مشابها لما

(1) انظر: دعاء موسى عبد الرحمن برهم: دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، مصر، السنة الجامعية 2018 - 2018، ص 65 وما بعدها.

(2) انظر: عبد الحكيم عبد اللطيف القوني: المرجع السابق، ص 441. مبارك محمد ذيب الفصيح: المرجع السابق، ص 23.

(3) Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse I Capitole, France, [www. books.openedition.org](http://www.books.openedition.org)

نصت عليه مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL) ومسودة الإطار المرجعي للشرعة العامة غير المقننة (DCFR).⁽¹⁾

المشرع الفرنسي في المادة 1188 يعالج مشكلة تعذر الوصول للنية المشتركة للمتعاقدين، فقد يجد القاضي وهو في سبيل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير بنود العقد، أن لكل متعاقد نية حقيقية تختلف عن نية المتعاقد الآخر، أو أن هناك بنوداً في العقد صاغه أحد أطراف العقد وتم قبوله من قبل الطرف الآخر دون أن يقرأ بالفعل، وبالتالي ففي هذه الحالة يكون البحث عن النية المشتركة عديم الجدوى ومستحيلاً لوجود نيتين مختلفتين ومتباعتين،⁽²⁾ في هذه الحالة عندما يتعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فإنه يقوم بتفسير العقد وفقاً للمعنى الذي يعطيه له الشخص العادي حال وجوده في نفس الظروف. إن هذا المسلك المستحدث الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1188 يجب أن يكون محل إطراء، ونتمنى من المشرع البحريني الاقتداء به وتعديل المادة 125 من القانون المدني البحريني.

الدور الثالث التطبيقي: في حالة حدوث اختلال في التوازن العقدي بين الأطراف، يتدخل القاضي ويقوم بتطبيق مبدأ حسن النية لحماية للتوازن والعدالة العقدية. من أهم حالات تدخل القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية ما يلي:

1- الأخذ بنظرية الظروف الطارئة: فقد تطوراً بعد إبرام العقد ظروف خارجة عن إرادة الطرفين، تحول دون تنفيذه أو تؤدي إلى أن يتكبّد المدين خسارة كبيرة، تغلب التوازن العقدي الذي قام عليه العقد أصلاً. لذلك تجاوزت التشريعات مع حكم هذه الحالة فنصت على نظرية الظروف الطارئة، التي تجيز للقاضي إذا ما طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة، بسببها يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً، ويهدده بخسارة فادحة أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. حيث نصت المادة 130 من القانون المدني البحريني على

⁽¹⁾ يطلق مصطلح الشريعة العامة غير المقننة كترجمة لمصطلح (common law) وهو النموذج القانوني الذي تتبناه بريطانيا ومن يتبعها من الدول. جان سميث وكارولين كالوم: المرجع السابق، ص 128 .

⁽²⁾ Clément François: LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS PRÉSENTÉE PAR L'IEJ DE PARIS I. Présentation des articles 1188 à 1192 du nouveau chapitre III « L'interprétation du contrat », ATER à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat . www.iej.univ-paris1.fr .

أنه: " إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه - وإن لم يصبح مستحيلا - صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".⁽¹⁾

لم يكن القانون المدني الفرنسي يعرف نظرية الظروف الطارئة حتى صدور مرسوم 2016، ولقد كان لمبدأ حسن النية دور مهم في حماية توازن العقد في حالة الظروف الطارئة، فالالتزام الذي يصبح مرهقا للمدين، أمر يرفضه العدل والإنصاف؛ لأن الأساس في التعاقد هو حسن النية. فإذا كان تحقيق الربح والخسارة هو من آثار تنفيذ أي عقد، إلا أن تحقيق ربح فادح مقابل خسارة فادحة، يقتضي أن لا يكون أثر لأي عقد، فالالتزام بحسن النية في التنفيذ يقتضي منع أي اختلال في التوازن العقدي عندما يتجاوز هذا الاختلال حدود ما هو معقول ومقبول في التعامل.⁽²⁾ لذلك فقد اعتمد القضاء الفرنسي على مبدأ حسن النية لفرض التزام على أحد الأطراف المتعاقدة بإعادة التفاوض بشأن العقد الذي أصبح غير متوازن، في حالة حدوث تغيير غير متوقع في الظروف.⁽³⁾ ولم يعد اليوم هناك حاجة ليقوم القضاء بالالتفاف على العقد والاستناد إلى مبدأ حسن النية في تقرير مثل هذا الحكم، حيث كرس المشرع الفرنسي هذا الحكم في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 الذي استحدث نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي، وتنص هذه المادة على أنه: " إذا حدث تغيير في الظروف، غير ممكن التوقع، عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغيير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض. وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ ووغف الشروط التي يحدونها، أو الطلب من القاضي - باتفاقهم المشترك - أن يقوم بتطويع العقد . ففي حالة عدم الاتفاق، خلال مدة معقولة، يمكن

(1) انظر: خالد جمال أحمد حسن: المرجع السابق، ص 194 .

(2) Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse J Capitoile, France. [www. books.openedition.org](http://www.books.openedition.org)

(3) انظر: مبارك محمد ذيب النصيح: المرجع السابق، 57. وما بعدها.

للقاضي، بناء على طلب أحد الأطراف، تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها".⁽¹⁾ يلزم لتطبيق هذا النص توافر ثلاثة شروط: فيجب أن يقع حادث خارجي عن طرفي العقد غير متوقع كظروف السوق، أو أزمة اقتصادية، أو اضطرابات سياسية، كما يجب أن يترتب على هذا الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً بدرجة كبيرة، وأخيراً يجب ألا يكون المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقاً قد قبل مسبقاً تحمّل مخاطر التنفيذ المرهق حال تغير ظروف العقد. ويتفرع عن هذا الشرط نتيجة هامة، وهي أن نص المادة 1195 ليس أمراً، وبالتالي فهو لا يتعلق بالنظام العام، إذ يمكن للمتعاقدين مخالفته، بالاتفاق على قبول تحمل ما قد ينشأ عن تغير ظروف العقد من مخاطر التنفيذ المرهق.

وبموجب المادة 1195 وضع المشرع الفرنسي نظاماً لإدارة العقد في حال تغير الظروف يقوم على ثلاث مراحل، مرحلة يتمتع فيها المتعاقدان بحرية كاملة في استبعاد تدخل القاضي في علاقتهما العقدية، إلى مرحلة تنقلص فيها هذه الحرية باتفاقهما معا على اللجوء إلى القاضي لتحديد مصير العقد، إلى مرحلة يفقد فيها المتعاقدان تماماً كل دور في تحديد مصير العقد، وذلك حتى يطلب أحدهما من القاضي حال عدم اتفاقهما أن يتولى بنفسه تحديد مصير العقد سواء بمراجعة شروطه أم بإنهائه في الوقت وبالضوابط التي يحددها، وسلطة القاضي في هذا الشأن جوازية، فله أن يقرر مراجعة شروط العقد، أو على العكس يقرر إنهائه.⁽²⁾

وعلى الرغم من تنظيم مسألة عدم توازن العقد في حالة وجود ظروف طارئة بنصوص قانونية خاصة، فإن حسن النية ليس غائباً تماماً؛ لأن أي متعاقد يحاول استخدام أساليب للمماطلة ويتظاهر بإعادة التفاوض للاستفادة من استمرار العقد أثناء التفاوض، يعتبر منتهكاً للالتزام بحسن النية. وفي هذه الحالة فإن المبدأ بحسن النية في تنفيذ العقد يحل محل النصوص القانونية الخاصة.

إن المشرع الفرنسي في المادة 1195 لم ينص على إعادة التفاوض على العقد، أو مراجعة شروط العقد لظروف غير متوقعة على أساس حسن النية إلا أنها تنبع منه وإن كانت منفصلة عنه الآن بموجب نصوص خاصة. وهكذا فإنه كلما تطور مبدأ حسن النية في القانون فإنه يفقد في نفس الوقت بعض تداعياته. ويعاد التركيز على وظائف أخرى لمبدأ حسن النية.

(1) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 81.

(2) انظر: خالد مصطفى فهمي: التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، مصر،

2019، ص 174 وما بعدها.

لقد أثار نص المادة 1195 العديد من التساؤلات في الفقه حول ما إذا كان بالإمكان الاستناد إلى الالتزام العام بحسن النية لفرض التزام بإعادة التفاوض خارج الشروط التي حددتها المادة 1195. بمعنى آخر، هل يمكن للالتزام بحسن النية في التنفيذ أن يفرض على المتعاقدين التزاماً بإعادة التفاوض في الحالات المنصوص عليها في المادة 1195. يجيب التقرير المقدم للرئيس الفرنسي على ذلك بأن حسن النية ليس: قاعدة مستوى أعلى يمكن أن تبرر الالتفاف على القواعد الأخرى، وعليه فإنه لا يجوز للقاضي الاستناد إلى مبدأ حسن النية لفرض الالتزام بإعادة التفاوض في غير الحالات المنصوص عليها في المادة 1195؛ لأن ذلك يعتبر تحايلاً على الشروط التي حددها القانون. ونفس الحكم، في حالة إذا كان التغيير غير المتوقع للظروف في وقت إبرام العقد لا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للغاية بالنسبة لأحد المتعاقدين ولكنه يعود بمنافع كبيرة للطرف الآخر فلا يمكن تطبيق نص المادة 1195، ولا يجوز الاستناد لحسن النية للالتفاف حول شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ لأن حسن النية لا يعني تقاسم المنفعة غير المتوقعة للعقد، فإذا فات أحد الأطراف ببساطة فرصة للشراء من الطرف غير المتوقع فلا يكون ذلك سبباً لتطبيق نص المادة 1195 طالما أن عملية التنفيذ لا تسبب خسائر.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة الجديدة رقم 1195 (حول الظروف الطارئة) قد تعرضت إلى الانتقاد بسبب كونها افتقدت إلى إرشاد متماسك حول كيفية وجوب تطبيقها من قبل المحاكم بطريقة متسقة.⁽²⁾

2- نظرية الميسرة: نظرية الميسرة هي مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم، وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ⁽³⁾. أي أن المهلة القضائية أجل مصدره

(1) Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats , Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France. [www. books.openedition.org](http://www.books.openedition.org)

(2) جان سمنتس وكارولان كالوم: المرجع السابق، ص 127 .

(3) أصل نظرية الميسرة هو الشريعة الإسلامية فقد جاء في الآية 280 من سورة البقرة في قوله تعالى: "وَأِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ" وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ .

القضاء وأساسه القانون الذي يجيز للقاضي أن يمنح المدين حسن النية أجلاً معقولاً للوفاء بدينه، ما دام لم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم⁽¹⁾.

فقد نصت المادة 1228 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: يجوز للقاضي، تبعاً للظروف، إقرار الفسخ أو الحكم به أو الأمر بتنفيذ العقد وأن يمنح المدين في هذه الحالة، وعند الاقتضاء مهلة للتنفيذ أو الاكتفاء بالحكم بالتعويض⁽²⁾. الأصل في الالتزامات التي يربتها العقد الصحيح أن يتم الوفاء بها فور إبرام العقد فيجب على المدين الميسر تنفيذ التزامه متى توافرت شروط الوفاء به، ولكن ذلك المدين قد يتعرض في بعض الأحيان إلى عقبات تمنعه من تنفيذ التزامه، وعندئذ قد يطلب الدائن التنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض، فبمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يوجب على كل من المدين أو الدائن أن لا يضر أي منهما بالآخر، وأن يتعاونوا معاً في تنفيذ العقد، فإذا تمسك الدائن بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد دون مراعاة لظروف المدين الحسن النية الذي يواجه صعوبات في التنفيذ فإنه يكون متعسفاً في استعمال حقه مما قد يلحق ضرراً بالمدين نتيجة ذلك. ولقد تدخل المشرع الفرنسي ونظم هذه المسألة تقديرًا لظروف المدين المعسر الحسن النية، ومنح القاضي صلاحية إنظار المدين المعسر أجلاً للتنفيذ إذا استدعت حالته ذلك، وله أن يكفي بالتعويض. فالقاضي يتمتع بسلطة تقدير الحكم الذي يتناسب وظروف عدم التنفيذ استناداً إلى مبدأ حسن النية بين المتعاقدين. فمنح القاضي مهلة الوفاء للمدين يتطلب من القاضي التأكد من أن المدين حسن النية. والأصل أن حسن النية لدى المدين مفترض ما لم يثبت الدائن أن مدينه كان قادراً على الوفاء بالتزامه ولكنه تأخر حتى فاتته الفرصة مما يحتم على القاضي عدم منحه نظرة الميسرة. أيضاً ينبغي على القاضي التيقن من أن المدين سيئ الحظ حتى يمنحه المهلة في الوفاء، أي أن المدين يمر بأزمة طارئة ومؤقتة يمكن تجاوزها في حال منحه أجلاً إضافياً من قبل القاضي للوفاء بالتزامه الذي يستطيع بعد التأكد من ظروف المدين الاقتصادية منحه هذا الأجل مع ضرورة الأخذ بالاعتبار التأكد من حسن نية المدين⁽³⁾. فعلى سبيل المثال لو

(1) انظر: رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 288. خوخة أبالدين وسهيله لعربي، انقضاء الالتزام بالوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، السنة الجامعية 2012 و 2013، ص 22 .

(2) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 100 .

(3) طرطاط نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2015، ص 36.

كان المدين يملك عقارًا يتعذر بيعه في الحال فيستطيع القاضي منحه أجلًا إضافيًا ليكون لديه الوقت اللازم لبيع العقار والوفاء بالتزامه. وفي المادة 5/1343 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 يشترط المشرع الفرنسي لمنح المدين أجلًا للتنفيذ إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود، أن يراعي القاضي احتياجات الدائن وأن يكون تأجيل دفع المبالغ المستحقة في حدود المستتين. (1)

ولقد منح المشرع البحريني أيضًا القاضي سلطة تقديرية واسعة حيال طلب التنفيذ العيني وطلب الفسخ، فله مطلق الحرية في إجابة طالب نظرة الميسرة إلى طلبه أو أن يرفض هذا الطلب ويمنح مهلة للتنفيذ إذا كان المدين حسن النية لا سيما إذا كان مالم يوفه المدين قليل الأهمية بالنسبة لالتزامه في جملة أو يكتفي بالحكم عليه بالتعويض. (2) ويشترط المشرع البحريني في المادة 346 من القانون المدني أن لا يؤدي منح المدين أجل التنفيذ إلى إلحاق ضرر جسيم بالدائن. (3)

(1) تنص المادة 5/1343 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 على أنه: "يجوز للقاضي مراعاة حالة المدين - وأخذًا في الاعتبار حاجات الدائن - أن يؤجل الوفاء بالمبالغ المستحقة أو أن يسقطها في حدود مدة سنتين". ترجمة: محمد حسن قاسم: قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد 1300 إلى 1386) من القانون المدني الفرنسي وفقًا لمرسوم العام 2016 وقانون التصديق 2018 مع ملحق بالمواد المعدلة من قانون العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020. ص 46.

(2) تنص المادة 140 من القانون المدني البحريني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إذاره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان نه مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرا بدوره في الوفاء بالتزاماته.

ب () ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلًا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى التزاماته في جملةها " .

(3) تنص المادة (346) من القانون المدني البحريني على أنه: " 1- يجب أن يتم الوفاء فورًا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. 2- على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " . توافقها المادة (2/346) من القانون المدني المصري .

3- إدخال المرونة على الشرط الجزائي: من حالات تدخل القاضي في العقد استناداً إلى مبدأ حسن النية في حالة اختلال التوازن العقدي بينهما أثناء تنفيذ العقد ما نصت عليه المادة 5/1231 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 التي تقضي بأنه: " عندما ينص العقد على أن من يتخلف عن تنفيذه يلتزم، على سبيل التعويض، بدفع مبلغ معين، لا يجوز أن يُمنح الطرف الآخر مبلغاً يزيد أو ينقص هذا المبلغ. على الرغم من ذلك يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه، إنقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهضاً أو تافهاً بشكل ملحوظ. وإذا تم تنفيذ التعهد جزئياً، يجوز للقاضي، ولو من تلقاء نفسه، أن يخفف الجزاء المتفق عليه، وذلك بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي، دون الإخلال بأعمال الفقرة السابقة. يعد كأن لم يكن كل شرط يخالف الفقرتين السابقتين...".⁽¹⁾ بموجب هذا النص أجاز المشرع الفرنسي للقاضي في حالات معينة استثناء من هذا الأصل تعديل الشرط الجزائي الذي يقدر سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه. فبإمكان القاضي إعادة النظر في الشرط الجزائي بتخفيضه متى كان مفرطاً أو الزيادة فيه ورفعها إذا كان ضئيلاً جداً، وإذا كان الالتزام نفذ في جزء منه، فيمكن للقاضي أن يخفض التعويض. ولقد اعتبر المشرع الفرنسي هذه السلطة الممنوحة للقاضي بموجب المادة 5/1131 من النظام العام، حيث اعتبر كل الاتفاق على استبعاد هذه السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل الشرط الجزائي كأن لم تكن.

ولقد منح المشرع البحريني القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بموجب المادة (226) من القانون المدني البحريني التي تنص على أن: "التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. ويجوز للمحكمة أن تخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين". يجوز للقاضي الحكم بزيادة الشرط الجزائي إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً بموجب المادة 227 من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه: " إذا

(1) ترجمة: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 104 .

جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنه من الحالات التي يوسع مبدأ حسن النية من سلطة القاضي بالتدخل لتعديل العقد، حالة اختلال التوازن العقدي بين الالتزامات وحقوق المتعاقدين بسبب وجود الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فيكون له تعديل الشروط التعسفية الواردة فيها أو إعفاء الطرف المذعن منها، غير أن المشرع الفرنسي في تعديلات القانون المدني الفرنسي لعام 2016 غلّ يد القاضي عن تعديل العقد في حالة وجود شروط تعسفية، حيث تقرر المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي يعد تعديلات عام 2016 الجزاء المترتب على وجود شرط تعسفي في العقد، واعتبار الشرط التعسفي كأن لم يكن، ومؤدى هذا الجزاء هو أن القاضي لا يملك أي سلطة تعديل هذا الشرط بما يعيد التوازن بين المتعاقدين. يعد نص المادة 1171 الذي استحدثه المشرع الفرنسي في تعديلات القانون المدني لعام 2016 بشأن إهدار كل شرط ينطوي على إخلال جسيم التوازن العقدي بين المتعاقدين، واعتباره كأن لم يكن، قفزة مهمة نحو حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان.

وعليه نخلص إلى أن تنفيذ الالتزام التعاقدى بحسن نية يحقق العدالة التعاقدية؛ لأنه يحقق لكل متعاقد الحصول على ما كان يبتغيه من منفعة جراء تعاقدته بشكل عادل ومتناسب مع الأداء الذي فرضه عليه العقد، ويجنبنا - في أغلب الأحوال - الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق.

وهكذا يكون لمبدأ حسن النية دور مهم في تحقيق العدالة العقدية بين المتعاقدين، فاللتوازن بين المبادلات متوقع؛ لأنه لم يكن أحد الطرفين في وضع يتيح له أن يقدر أو أن يدافع عن مصالحه، ولذا يجب ألا يؤدي هاجس افتراض عدم احترام العدالة ومبدأ حسن النية إلى إعاقة التبادلات التي لا غنى عنها للعلاقات الاجتماعية، كما يجب الاعتماد على مبدأ حسن النية لدعم الترابط بين القانون والأخلاق فيعتمد القاضي على هذا المبدأ لغرض ديمومة العقد، والإبقاء عليه، فبدلاً من أن يحكم القاضي بإبطال العقد بسبب وجود مغالطات في تنفيذه، إذ نجد التوجه اليوم في القوانين المقارنة وعلى رأسها القانون الفرنسي هو الإبقاء على العقد عن طريق فرض جزاءات بالاستناد إلى مبدأ حسن النية دون إلغاء العقد، كتعديل بنود العقد أو منح نظرة الميسرة أو فرض التعويض أو إلغاء البنود التعسفية وغيرها.

وأخيرًا نرى أن رؤية المشرع الفرنسي في قانون العقود الجديد هذه رغم اتساعها بقيت منقوصة غير مكتملة، حيث أغفلت من نطاق مبدأ حسن النية مرحلة ما بعد انتهاء العقد، فهذه المرحلة جزء لا يتجزأ من مراحل العقد التي يجب أن تكون مشمولة بمظلة حسن النية شأنها شأن باقي مراحل العقد لا سيما أن هناك عدة التزامات يفرضها الالتزام بحسن النية على الأطراف بعد انتهاء العقد أهمها الالتزام بعدم المناقصة والالتزام بعدم إفشاء الأسرار، أن الاجتهاد القضائي المستقر يقر بشمولية مبدأ حسن النية لهذه المرحلة، لذا نرى بأن على المشرع الفرنسي إعادة النظر ويصح موقفه تجاه هذه المرحلة من مراحل العقد، ويتجاوز حدود التطبيق المنقوص لمبدأ حسن النية.

الخاتمة

الخاتمة

في نهاية دراسة تطور مبدأ حسن النية في العقود، لا بد من بيان النتائج الأساسية التي توصلت إليها الدراسة، والمقترحات التي تخرج بها في نهاية المطاف، وذلك وفقاً لما يلي:

أولاً: النتائج:

1- يمكن التمييز بين معنيين لحسن نية، المعنى الموضوعي الذي ينظر إلى حسن النية على أنه الطريقة المستخدمة في إضفاء الطابع الأخلاقي على العلاقات التعاقدية للتخفيف من أوجه عدم المساواة بين الأطراف، والمعنى الشخصي الذي يهدف إلى حماية الاعتقاد الخاطئ لأحد الطرفين المتعاقدين لإحداث تأثير على المظاهر الخارجية.

2- لم يضع القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 تعريفاً شاملاً جامعاً يحدد مفهوم مبدأ حسن النية.

3- على عكس الدقة التي تتميز بها المفاهيم القانونية، يتميز مصطلح حسن النية بالغموض وبعدم التناسق والتحديد، وإنه مفهوم مرن قادر على التكيف مع أي سياق معين، وله استخدامات متعددة، لذا من الصعب وضع هذا المصطلح في تعريف محدد وجامد، لأن هذا يتناقض مع طبيعة هذا المبدأ .

4- نظراً لصعوبة وضع تعريف نظري محدد يعكس كل جوانب حسن النية بدقة، يميل بعض الفقه الحديث إلى تحديد مفهوم حسن النية على أساس وظيفته من خلال بيان الطريقة التي يعمل بها، وتمييز بين وظائفه المختلفة .

5- إن مفهوم حسن النية قد يلتبس مع العديد من المصطلحات في المدلول أو المعنى إلا أنه في حقيقته يعطي معاني مختلفة ومستقلة عنها، وإن كان هناك مساحات واسعة مشتركة بينهم لا يمكن إنكارها، ولعل هذا ما يميز مبدأ حسن النية عن غيره من المبادئ القانونية.

6- ارتكز المشرع الفرنسي على عدة مبررات لفرض الالتزام بحسن النية في تعديلات القانون المدني لعام 2016، تنقسم إلى مبررات عامة تهدف إلى إصلاح نظرية العقد بوجه عام ويأتي الأمن القانوني في صدارة هذه المبررات ثم تقوية التنافسية التشريعية، ومبررات خاصة بتعزيز مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي بوجه خاص تتمثل في تحقيق التوازن العقدي وتقنين ما استقرت عليه الاجتهادات القضائية في فرنسا.

7- سجل القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات 2016 تطوراً مهماً في التعاطي العام مع مبدأ حسن النية، فقد تم إدراجه ضمن المبادئ التوجيهية التي تحكم مختلف أنواع العقود وليس من الأحكام الخاصة بآثار الالتزام، فقد تبنى المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية كمبدأ توجيهي إلى جانب مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة ضمن الفصل الأول المعنون بـ " أحكام تمهيدية . "

8- قضى القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 في المادة 1104 من الفصل الأول من الباب الثالث بأن العقود يجب مناقشتها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية، معتبراً ذلك من متعلقات النظام العام، مؤسساً بذلك لمبدأ عام جديد شامل لمختلف مراحل العملية العقدية حاكماً لمختلف أنواع العقود التي تندرج ضمن هذا الفصل.

9- تبين إصلاحات 2016 صرامة الموقف التشريعي الفرنسي حيال مبدأ حسن النية، لاسيما في السياسة الجزائية المدنية التي اتخذها المشرع الفرنسي حيال مخالفة هذا المبدأ أو عدم احترامها، معتبرا إياه من النظام العام.

10- وسع المشرع الفرنسي من نطاق هذا المبدأ ليشمل مختلف مراحل العملية التعاقدية مرحلة التفاوض والإبرام والتنفيذ، بعد أن كانت تقتصر حدود مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط في القانون المدني قبل تعديلات عام 2016. مما يعني أن التقيد بهذا المبدأ قد بات التزاما قانونيا يشمل كافة مراحل العقد.

11- إن المشرع الفرنسي قد أحسن صنعاً بالنص على اعتبار الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاما قانونيا وهو ما يتماشى مع المحيط والحركة اللامتناهية للعقود على المستوى الوطني والدولي، وما يحيط بها من ملايسات وانتشار واسع للمفاوضات في أغلب العقود.

12- نظم المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام بطريقة دقيقة فوضح حدوده ومنع الأطراف من تقييد هذه الحدود أو استبعاد أي جزء منه بموجب نص المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016، كما بين أن أساسه يتمثل في حسن النية، وجعله من النظام العام، وقد مد المشرع الفرنسي حدود الالتزام بالإعلام ليشمل جميع مراحل العقد بدءا من مرحلة المفاوضات وحتى انتهاء تنفيذ العقد فأضحى الالتزام بالإعلام مرتبطا بحسن النية، كما نظم عبء الإثبات فيه والجزاء المترتب على مخالفته.

13- فرض المشرع الفرنسي الالتزام بحسن النية في مرحلة تكوين العقد وإبرامه بموجب المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 ، موقف لم يكن يشار إليه بهذه الصراحة والوضوح في القانون المدني السابق .

14- يرتبط مبدأ حسن النية بالسلطة القضائية، فمبدأ حسن النية يوجه القاضي لتفسير العقد وفقاً للنية المشتركة لأطرافه، ويمنع من اللجوء إلى نص العقد للهروب من روحه، فهو الحارس لروح العقد واستمراريته، كما يؤدي إلى توسيع دور القاضي، حيث يمكنه من إعادة النظر في مضمون العقد، سواء بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة أو نظرية الميسرة أو بتمكينه من إعادة النظر في الشرط الجزائي المتفق عليه بين المتعاقدين.

15- مبدأ حسن النية له دور فعال ومتزايد في مجال العقود، لا سيما أنّ نظرية العقد من مميزاتا وخصوصياتها أنّها في تطور مستمر، هذا التطور الذي يمكن مجاراته بالاعتماد على مبدأ حسن النية، لذلك استبعاد مقتضياته من نطاق العقد أمر غير ممكن فهو قاعدة واجبة الاتباع، ونظرية العقد في حاجة إلى هذا النوع من القواعد.

16- إنّ هذه الإصلاحات للقانون المدني الفرنسي بإيجابياتها وسلبياتها تشكل حافزاً للبلدان التي تتبع النموذج الفرنسي لإعادة النظر في تقنياتها.

ثانياً: التوصيات:

1-أوصي المشرع البحريني أن يقتدي بالتشريع الفرنسي وبالتشريعات الحديثة في تخصيص بعض النصوص للمبادئ التوجيهية للحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد وحسن النية، ونقترح في هذا الإطار أن يخصص المشرع فصلاً خاصاً بالقانون يتضمن التعريف بالعقود وتصنيفاتها، ويتضمن النص ثلاثة مبادئ: الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد، وحسن النية لأنها تشكل وحدة متجانسة، فالحرية العقدية مبدأ أصيل في قانون العقود يتماشى مع تعريف العقد في حد ذاته، وتأتي القوة الملزمة للعقد لتأكيد هذه الحقيقة من أجل العمل على ضمان الاستقرار في المجتمع، في حين تساهم حسن النية في تلطيف هذه القوة وتسمح بتجاوزها في أحوال معينة من طرف المشرع أو القاضي تحقيقاً للعدالة العقدية لا سيما في ظل التفاوت الواضح بين الأطراف المتعاقدة.

2-أوصي بإفراد نص خاص بمبدأ حسن النية يشمل جميع المراحل العقدية في القانون المدني البحريني المتفاوض، والإبرام، والتنفيذ، والإنهاء، على أن تعتبر القاعدة التي يتضمنها هذا النص أمراً، أي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وذلك على غرار ما فعله المشرع الفرنسي بنص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 . ونقترح أن تكون بالصياغة الآتية: " يجب أن يتم التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها وإنهائها وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية. يعتبر الحكم من النظام العام " .

3- أن يتناول التزام المتفاوض بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد بصورة صريحة في صلب التشريع على غرار نظيره الفرنسي؛ لأنه التزام ضروري لتسهيل عملية التفاوض يكسو

المفاوضات بطابع الثقة والجدية، وينأى عن التفاوض المغرض بسوء نية واتباع الأساليب العادلة والشريفة، كما يتمشى مع التطورات الحديثة على مستوى العقود، ونرى أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، على أن يحاط بالحماية القانونية اللازمة ويصاغ في صورة قواعد أمر بما يعزز الثقة في المفاوضات وفي جدتها، وحماية كلا الطرفين بما يكفل تحقيق التوازن العقدي. ونقترح أن يأخذ القانون المدني البحريني بنص مفاده أن: " الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها وقطعها يكون حراً. وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية . كل خطأ في المفاوضات تطبق قواعد المسؤولية عن العمل غير المشروع، ولا يشمل التعويض عن الضرر الكسب الفائت أو تفويت فرصة الحصول عليه " .

4- يحسن بالمشروع البحريني الأخذ بالالتزام بالإعلام من خلال جعل هذا الالتزام سابقاً على التعاقد ومحمولاً على عاتق الأطراف خلال مرحلة المفاوضات، وأن يكون الجزاء المترتب على مخالفة الالتزام بالإعلام واضحاً، وجعله من النظام العام أسوة بالمشروع الفرنسي، ونقترح أنه يكون النص: " يجب في المفاوضات على من يعرف من الطرفين معلومة ذات أهمية حاسمة في رضا الآخر، إعلامه بها طالما كان هذا الأخير يجهل على نحو مشروع هذه المعلومة أو وضع ثقته في المتعاقد الآخر. وتعد ذات أهمية حاسمة المعلومات ذات الصلة المباشرة والحتمية بمحل العقد أو سببه أو صفة الأطراف. وعلى من يدعي أن من حقه معرفة معلومة معينة أن يثبت وجوب ذلك على الطرف الآخر. وعلى هذا الأخير عبء إثبات تزويده بها. ويقع باطلاً كل اتفاق على تقييد أو استبعاد هذا الالتزام، فضلاً عن أن مسؤولية الإخلال بهذا الالتزام يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفق الشروط المنصوص عليها بالمواد المتعلقة بعيوب

الرضاء. ولا يجوز لأي طرف أن يستعمل أو يفشي بدون إذن معلومات سرية تحصل عليها بمناسبة المفاوضات العقدية".

5- أوصي بتنظيم حالة إساءة استعمال النائب للسلطات الممنوحة له من الأصل بموجب النيابة، حماية للأصول من تصرفات النائب على غرار المادة 1157 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 .

5-أوصي بتدخل المشرع البحريني بتكريس الفسخ بإرادة منفردة، بسن نص في القانون المدني على غرار المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي الجديد تسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة كأحد أنواع الفسخ، متى توافرت شروط معينة ووضع ضوابط محددة تكفل عدم التعسف في أعماله من قبل الدائن، وأن يخضع هذا الفسخ لرقابة قضائية لاحقة إذا ما اعترض المدين على الفسخ الذي أوقعه الدائن، وتحديد المعايير التي على المحكمة اتباعها لتحديد المهلة المعقولة التي يمنحها الدائن للمدين لتنفيذ التزاماته لتجنب فسخ العقد .

6-أوصي بمعالجة تشريعية مشكلة تعذر الوصول للنية المشتركة للمتعاقدین في مجال التفسير على غرار المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلات عام 2016 والتي لم تلغ الإصلاحات لهذا النص. من التقنين المدني أضافت فقرة ثانية تنص على أنه: "وفي حال عدم إمكانية معرفة النية المشتركة فإن العقد يفسر حسب المعنى الذي يضعه له شخص متوسط الصفات يرضخ لنفس الظروف".

المراجع

المراجع

أولاً - الكتب العامة :

1. احمد إبراهيم حسن، طارق المجدوب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006 .
2. أنور السلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005 .
3. أنور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ط1، مصر، 1988 .
4. أنور العمر وسى: شرح القانون المدني، دار العدالة، ط 5، مصر، 2015 .
5. جاك غستان، المطول في شرح القانون المدني (مفاعيل العقد وأثاره)، ترجمة منصور القاضي، ط 2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008 .
6. حسام الدين كامل الاهواني: مصدر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، 1991 - 1992 .
7. حسن علي الذنون: أصول الالتزام (شرح القانون المدني)، مطبعة المعارف، ط1، العراق، 1970 .
8. خالد جمال احمد حسن: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، ط1، البحرين، 2002.
9. رمضان محمد أبو السعود: أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004 .
10. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ط1، مصر، 1999.
11. صاحب عبيد الفتلاوي: تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 1998 .
12. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوجيز في النظرية العامة للالتزام (المصادر - الإثبات - الآثار الأوصاف - الانتقال - الانقضاء) منشأة المعارف، مصر، 2004 .
13. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان، 2000 .
14. عبد المنعم فرج صده: نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، 1991.
15. عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، دار النهضة العربية، دون طبعة، بيروت، دون سنة نشر .

16. عثمان التكروري وأحمد طالب سويطي: مصادر الالتزام - مصادر الحق الشخصي في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المكتبة الأكاديمية، ط1، فلسطين، 2016 .
17. عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر، 2004 .
18. ليلى عبد الله سعيد: الوجيز في شرح القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001 (للعقود المسماة - عقد البيع)، مطبعة جامعة البحرين، ط1، البحرين، 2003 .
19. محمد حسين عبدالعال: مبادئ القانون، مطبعة جامعة البحرين، ط1، البحرين، 2003 .
20. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية مصادر القانون وتطبيقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009 .
21. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة دار التأليف، مصر، 1987م
22. مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد: مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006 .
23. المعجم الفلسفي، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، 1983 .

ثانياً - الكتب المتخصصة:

1. أبو الحسن الشنتريني: الذخيرة في محاسن أهل الجزيرة، إحسان عباس، الدار العربية للكتاب، تونس، 1981.
2. احمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994 .
3. اسعد ذياب: ضمان العيوب الخفية وتخلف الوصف: دار اقرأ للطباعة، لبنان، 1983 .
4. إسماعيل العمري: الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مطبعة الزهراء الحديثة، ط1، منشورات مكتبة بسام، 1984.
5. آمال زيدان عبد اللاه، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2009 .
6. أنور يوسف حسين: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر و القانون، مصر، 2014 .
7. بدوي السيد: نحو نظرة عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1989 .

8. بلحاج العربي: الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، ط1، الأردن، 2010.
9. حامد شاكر محمود الطائي: العدول في الاجتهاد القضائي: دراسة القانونيّة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
10. حبيب إبراهيم الخليل - المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 1983.
11. حسن الحسن: التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1993.
12. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد وظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دار النهضة العربية، دون ط، مصر، 1991.
13. حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، ط1، مصر، 1996.
14. حسين بن سليمة: حسن النية في تنفيذ العقود، المطابع الموحدة، تونس، 1993.
15. حسين عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، منقحة، ط2، دون ناشر، 1998.
16. حمدي احمد سعد، الالتزام بالإدلاء بالصفة الخطرة للشيء المبّيع، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
17. خالد السيد محمد عبد المجيد: أحكام عقد العمل عن بعد، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2014.
18. خالد جمال أحمد: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2003.
19. خالد مصطفى فهمي: التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2019.
20. خالد ممدوح إبراهيم: أمن المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر، 2007.
21. رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
22. سبيل سمير جلّول: المعرفة العلمية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009.

23. سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المتحدة للطباعة، ط1، مصر، 1999 .
24. سعيد سعد عبد السلام: الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، مصر، 2006 .
25. شيرزاد عزيز سليمان: حسن النية في ابرام العقود، دار دجلة، ط1، الأردن، 2008 .
26. صبري خاطر: الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة، ط1، الأردن، 2001 .
27. صوفى حسين ابوطالب ومحمد عبد الهادي الشقنقيري: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جامعة القاهرة، مصر، 1973 .
28. عاطف النقيب: نظرية العقد، منشورات عويدات، ط1، لبنان، 1988 .
29. عبد الحليم عبد اللطيف القوني: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004 .
30. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقود، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1988 .
31. عبد الله حسين الخشروم-الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية - ط 2 - دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 .
32. عبد المنعم موسى إبراهيم: حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006 .
33. علاء الحسنون: العدل في مذهب أهل البيت، المعاونة الثقافية للمجمع العالمي لأهل البيت، ط1، إيران، 1429 هجرية، ص 37 - 44.
34. عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر، 2004 .
35. غالب كامل المهيترات: الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2018.
36. غسق خليل إبراهيم: المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط 1، مصر، 2018 .
37. فايز أحمد عبد الرحمن: عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد: دار النهضة العربية، مصر، 2010 .
38. كريم بولعابي: حسن النية في المادة التعاقدية، مجموعة الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015 .

39. محمد إبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، ط1، المملكة العربية السعودية، 1990 .
40. محمد حسين عبدالعال: دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2008 .
41. محمد شكري جميل العدوي: سوء النية وأثرها في عقود المعاوضة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008 .
42. محمد شكري سرور: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تحدثها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، مصر، 1983 .
43. محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2002 .
44. محمد عبد الهادي الشقنقيري: تاريخ النظم القانونية (قسم الشريعة الرومانية)، دون ناشر، 1962 .
45. محمد محمد أبو زيد: المفاوضات في الإطار العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 .
46. محمد محمد مصباح القاضي: مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، مصر، 1997 .
47. محمود علي رحمه: الحماية القانونية والقضائية من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018 .
48. نداء كاظم محمد: الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2003 .
49. نزيه محمد صادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982 .
50. الهادي سعيد عرفة: دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، العدد 1، مصر، 1986 .
51. هاني أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد: نظرية العش في العقد، دار الكتب العالمية، ط1، لبنان، 2011 .
52. وائل حمدي احمد علي: حسن النية في البيوع الدولية، دار الفكر والقانون، مصر، 2010 .

53. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2001 .
54. ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (مصادر الحقوق الشخصية - مصادر الالتزام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان، 2011 .

ثالثاً - الرسائل العلمية :

1. أمل كاظم سعود: الالتزام بالتعاون في العقود، دكتوراه، جامعة النهرين، العراق، 2007 .
2. أمينة عبد الكريم علي أحمد: الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق، السنة الجامعية 2008 .
3. إيمان بوكر الدين وخديجة بلعزلة: التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016 .
4. بن سالم المختار: الالتزام بالإعلام كألية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018 .
5. جابر مهنا شبل: الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، السنة الجامعية 1984 .
6. حسان مجلي فارس المجالي: حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات العليا، 2003.
7. حفيفة بنقة: الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2013 .
8. حميدة رواس: خصوصية عقد التأمين، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، الجزائر، السنة الجامعية 2016 .
9. خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري: نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، الإمارات العربية المتحدة، السنة الجامعية 2017.
10. خوخة أباالدين وسهيله لعربي، إنقضاء الالتزام بالوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، السنة الجامعية 2012 و 2013 .
11. دعاء موسى عبد الرحمن برهم: دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، مصر، السنة الجامعية 2018 .

12. رضا المرغبي وعبد الحميد عبود: التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1983 .
13. رضوان الهادي أحمد الطيب: الالتزام بالتعاون في العقود، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، مصر، 2017.
14. ريم عبد الباقي حمزة: القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، السنة الجامعية 2017 .
15. زينب سالم: " الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، الجزائر، السنة الجامعية، 2018-2019 .
16. سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، السنة الجامعية 2014 .
17. سفيان الفرجي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الجامعية 2011،
18. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: نطاق العقد، دكتوراه، جامعة بغداد، العراق، 2006 .
19. سميرة زايدي: الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2016 .
20. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989 .
21. صبرينة بوزيد: قانون المنافسة - لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني؟، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي 45، الجزائر، 2016.
22. طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2015.
23. عبد الرحمن مصطفى: نظرية السبب في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1984 .
24. عبد الناصر بلميهوب، مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعا للعامل في قانون العمل الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2016 .
25. عدنان إبراهيم سرحان: الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1986 .

26. عرعارة عسالي: التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015 .
27. عروبة شافي عرط المعموري: التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، 2008 .
28. علاق عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2008 .
29. عمار حنتيت: التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2015 .
30. فاطمة الزهراء زيتوني: حسن النية في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018 .
31. فهيمة بلحمزي: الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018 .
32. كنزة بكلوة وفضة بوطرنخ: مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018 .
33. مأموني ربيعة وحدوش تسعديت: النظام العام الاجتماعي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، الجزائر، السنة الجامعية 2017.
34. مبارك محمد ذيب الفصيح: دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية كلية الدراسات العليا، 2010 .
35. مزيت فايزة ومعوشي لعجة: الالتزام بالإعلام في العقد الطبي بين القانونين الجزائري والفرنسي، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2015 .
36. مقني بن عمار: القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009 .
37. نجيب عبد الله نجيب الجبشة: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2017 .
38. نعمان محمد خليل جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق (التنازع بين القانون والواقع المستقر)، مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 1977.

39. يحيى أحمد بن طه: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، السنة الجامعية 2007 .
40. يسمينه آسيا مندي: النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.

رابعاً – المقالات والأبحاث والدوريات :

1. أحمد رباحي: أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف، العدد 5، الجزائر، 2008 .
2. أحمد محمد المصطفى أحمد المختار: العقد والنظام العام والآداب العامة، مجلة القانون والأعمال الدولية، العدد 23 جامعة الحسن الأول، 2019 .
3. أحمد عبد الظاهر: الأمن القانوني كقيمة دستورية، جامعة القاهرة، مصر، مقال منشور على موقع www.kenanaonline.com بتاريخ 31/12/2009 .
4. إبراهيم عنتر فتحي الحياني: النظام العام الاقتصادي من مقتضيات الاجتماعية للعقد، مجلة الدراسات المستدامة، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد الثاني، جامعة تكريت، العراق، 2020.
5. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد (صناعة تشريعية وصياغة تشريعية لمحات في بعض المستحدثات)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2، الجزء 2، الكويت، 2017 .
6. ام كلثوم صبيح محمد وأسماء صبر علوان: الالتزام بالإعلام في ضوء تعديلات القانون الفرنسي بموجب مرسوم 10 أكتوبر 2016، مجلة الفنون والأدب والعلوم الإنسانية والاجتماع، كلية الإمارات للعلوم التربوية في الإمارات العربية المتحدة، العدد 19، الإمارات العربية المتحدة، 2018 .
7. أمين دواس: المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 1، المجلد الخامس، ٢٠٠٨ .
8. بلحاج العربي: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، الجزائر، 1992.
9. بوغزاوي بو جمعة: الأمن القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 111، المغرب، 2013.

10. حامد شاكر محمود الطائي: دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الحقوق، لجامعة المستنصرية، العدد 31، العراق، 2017 .
11. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي. تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 1993 .
12. حمدي محمود بارود: المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، الجامعة الإسلامية، المجلد 16، العدد 1، فلسطين، 2008.
13. حمزة بن خدة: قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة العدد 11، الجزائر، 2018 .
14. جان ستمس وكارولين كالوم: الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، ترجمة نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، الجزائر، 2017 .
15. حمدي محمود بارود: الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، كلية العلوم الإدارية والاقتصادية الجامعة الإسلامية، المجلد 20، العدد 2، فلسطين، 2012.
16. شوقي بناسي: المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6 العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسنية بن بوعلي، الجزائر، 2020.
17. صلاح محمد أحمد دياب: التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 1، العدد 1، 2004 .
18. ظفر محمد الهاجري: التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي أكتوبر 2016م بالمقارنة بالقانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 3، الكويت، 2017 .
19. عبد الحكيم بن عيسى: مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة تلمسان، المجلد 40، العدد 1، العراق، 2021 .
20. عبد الرحمن اللمتوني: الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، العدد 46، المغرب، 2014 .

21. عبد المجيد غميجة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الجزائر، 82 مارس 2008 .
22. عبدو محمد: التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية وآثاره، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، المجلد 7، الجزائر، 2018 .
www.asjp.cerist.dz.
23. عزوان عبد الحميد شويش، سوء النية ودوره في سريان إثر العقد على الخلف العام والدائنين العاديين، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 1، المجلد 1، العدد 1، الجزء الثاني، العراق، 2016.
24. علي الحنودي: الأمن القانون ي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 96، المغرب، 2011 .
25. كاظم علي الشمري: المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، جامعة ديالى، العدد 27، العراق، 2006.
26. ليث كمال نصراوين: متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، الجزء الأول، السنة 5، 2017 .
27. محمد عدنان باقر: القواعد الأخلاقية في تحسين مضمون العقد، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 4، العراق، 2014 .
28. محمد حسن قاسم: الظروف الطارئة بين القانون المدني المصري 1948 وقانون العقود الفرنسي الجديد 2016، مجلة جامعة بيروت العربية، 2017، لبنان،
www.digitalcommons.bau.edu.lb
29. محمد صديق محمد وحسان علي مسلم: الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل المجلد 18، العدد 63، السنة 20، العراق، 2018 .
30. محمد عرفان الخطيب: المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة السابعة - العدد 2 - العدد التسلسلي 26، الكويت، 2019.
31. محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي: أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره، مجلة تهامة - جامعة الحديدة، العدد 10، الجمهورية اليمنية، 2020 .
32. محمد عرفان الخطيب: إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي رقم 131-2016 بتاريخ 2016/02/10 المعدل لنظرية العقد في القانون المدني الجديد- التبرني

- والآثار، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - العدد 4 - العدد التسلسلي 32، الكويت، 2020 .
33. محمد محمد عبد اللطيف: الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد 36، مصر، 2004 .
34. محمود فياض: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالتوجيه الأوربي رقم (1993/13) وتوجهات محكمة العدل الدولية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 14، العدد 2، البحرين، 2018 .
35. محمود فياض: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 54، السنة 27، الإمارات، 2013.
36. مصطفى بن شريف، الأمن القانوني والأمن القضائي، جريدة هسبريس، جريدة الكترونية مغربية، 8 مارس 2013، www.hespress.com.
37. مصطفى بن رشيد: الأمن القانوني والأمن القضائي. مقال منشور على مجلة المختبر القانوني الإلكترونية، www.labodroit.com.
38. مصطفى فاضل كريم الخفاجي: فلسفة القانون عند (أرسطو)، مجلة بابل للدراسات الإنسانية، المجلد الرابع، العدد 2، العراق، 2014 .
39. منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، المجلد 85، العدد 1، مصر، 2019 .
40. نوري حمد خاطر: وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، العدد 17، مايو 2019 .
41. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي: المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بطنطا، العدد 34، الجزء 3، مصر، 2019 .
42. وليد لعوامري: الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد. مجلد 3، عدد 5، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية كلية الشريعة والاقتصاد، الجزائر، 2014.
43. يسري محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، العدد 3، السنة 1، مصر، 2003 .

44. يوسف شندي: دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، الجزء 2، الكويت، 2017.

خامساً- المراجع الأجنبية :

1. ANDREI MAMOLEA: Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation. Published: 09 December 2014. Chapter 5: good faith review.
2. ALEXAE FOURNIER-DE FAÏ: La recherche de l'attractivité internationale et la réforme du droit des obligations, OPTION FINANCE – 6 NOVEMBRE 2017. www.optionfinance.fr
3. Bérénice de Bertier: La bonne foi dans la réforme française des contrats, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France. www.books.openedition.org
4. Brigitte Lefebvre: La bonne foi: notion protéiforme, p 348. www.usherbrooke.ca.
5. Clément François: LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS PRÉSENTÉE PAR L'IEJ DE PARIS 1, Présentation des articles 1188 à 1192 du nouveau chapitre III « L'interprétation du contrat », ATER à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat. www.iej.univ-paris1.fr.
6. FAVART: cite par JALUZOT, precite. p: 38, parag. 126. www.lwgiscomparw.fr
7. () Jaluzot, La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais, 2001. www.legiscompare.fr.
8. François Chevallier: Les principes généraux du droit des contrats, Mémoire pour le Master 2 de Droit privé general, UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – PARIS II, Année universitaire 2014 –2015.

9. Gilles de Sorbay: L'ATTRACTIVITÉ DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS: RÊVE OU RÉALITÉ? Parution Janvier 2017. www.village-justice.com
10. Hannecart Zoé. Equité et bonne foi: outils d'humanisation du droit des obligations. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018. thesis. www.hdl.handle.net.
11. John Cartwright, Simon Whittaker: The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms, bloomsbury publishing, 2017.
12. Marine GOUBINAT: Les principes directeurs du droit des contrats, THÈSE Pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES Spécialité, Franch ,2006.
13. Mustaph Mekki: Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations D. 2015. www.dalloz-actualite.fr.
14. Par Beigitte Lefebvre: LA bonne foi, nation proteiforme, Universite de Sherbrooke, 1996.p 26. www.usherbrooke.ca.
15. PHILIPPE JACQUES, Regards sur l'article 1135 du Code civil, Préf. François Chabas, Dalloz, 2005, p. 303-304. <https://www.lgdj.fr>.
16. Patrick Lingibé: Peut-on être indemnisé en cas de perte de chance, Villade de la Justic la communaute des métiers du droit. www.village-justice.com.
17. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. www.legifrance.gouv.fr.
18. Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Dalloz.

19. Simon Associates: Les nouveaux articles 1112 et suivants du code civil relatifs aux négociations, La Lettre des réseaux. www.lettredesreseaux.com
20. STATHIS BANAKAS: Liability for contractual negotiations in English Law, Revista para el ANALISIS DEL DERECHO, UNIVERSITS OF EAST ANGLIA ,Barcelona, February 2009. www.indret.com
21. VINCENT KARIM: La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec www.ssf.editionsthemis.com.
22. YVES-MARIE LAITHIER, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, Pref. H. Muir-Watt, L.G.D.J., 2004, n°351. <https://www.lgdj.fr>.
23. Yves Boyer: obligation de renseignements dans la formation du contract, Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1978 aux p. 20. www.books.google.com.
24. Yves Picod: Les projets français sur la réforme du droit des obligations, Université de Perpignan Via Domitia, Faculté de Droit, France, 2009. www.indret.com

خامساً - القوانين والتشريعات :

1. قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد 1300 إلى 1386) من القانون المدني الفرنسي وفقاً لمرسوم العام 2016 وقانون التصديق 2018 مع ملحق بالمواد المعدلة من قانون العقود، ترجمة محمود حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020 .
2. قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية (المواد من 1100 - 1231-7)، ترجمة محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
3. القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001 .
4. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
5. مبادئ اليندروا . www.unidroit.org :
6. مبادئ قانون العقود الأوروبي. www.jus.uio.no. (PECL)

Abstract

This thesis is an academic effort to shed light on the modern aspects of the principle of good faith in the contract theory of the new French Law of Contracts after its latest amendment in 2016. It is aimed at identifying the extent of success achieved by this amendment in weeding out the legislative shortcomings that had marred the contract theory in the previous civil legislation. It also aims to inform the Arabian legal and jurisprudential community about these modern aspects and draw their attention thereto, to introspect if there is a need to review the fait accompli of this principle in their countries. The research follows a comparative, critical, analytical and descriptive legal approach. On the one hand, it analyses the modern aspects of this principle in the new French Law of Contracts, while on the other, it critically compares its current reality with the previous civil law and the Bahraini civil law in accordance with a research plan that, at its outset, presents the definition of the principle of good faith and the historical developments that accompanied its adoption into French Law. The following two chapters contain the traditional and modern concepts of good faith and its legal impact on the contract theory.

The research explains how the legislators of the new French Law of Contracts generalized the principle of good faith to govern the various types of contracts and re-adapted it to make it consistent with social, economic and legal changes and make the contract theory more responsive to these changes. The research also uncovers the new legal vision that widens the protective cover of the principle of good faith for the various phases of the contract, and that the French legislator must not isolate the contract termination phase from this protection, hoping that French legislation will review its current position and provide a comprehensive protective cover to the contract.

UNIVERSITY OF BAHRAIN



College of Law

Department of Private Law

**Evolution of the principle of good faith in
contracts**

**A comparative study - especially in French
law**

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Ph.D.
Degree in Private Law

Submitted by

Sana S. Baqer sharaf

20035593

Supervised by

D. Mohammad Yousef AlZubi

Professor of Civil Law

UNIVERSITY OF BAHRAIN

Kingdom BAHRAIN

2022