مبدأ حُسن النيّة في تنفيذ العقود

" دراسة مقارنة"

إعداد

الدكتور/ مجدي بسيوني علي

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة حلوان

المُـقـدّمـــــــة

١- يُعبر حُسن النيَّة la bonne foi,, la bona fids عن الاعتقاد, الأمانة, الشرف, الثّقة, الإخلاص, الأخلاق القويمة, الوفاء, الصدق, والعكس من ذلك يكون سوء النية[1], ويكمن في إنشاء الاتفاقات الرضائيةconventions consensuelle التي تقوم على الأمانة وتهيمن عليها الثّقة, ويجب أن يقترن ذلك بالإرادة والطمأنينة[٢]. وقد شـــهدت التطورات المختلفة على ضـــرورة أن يكون التصـــرف التعاقدي مُختلطاً بالتســـامح totérance, والرغبة الحقيقية لدى المتعاقدين في التعاون من أجل إنجاز العقد[٣], فاعتبارات الثّقة المتبادلة بينهما تمنح العقد الحيوية وتكون ضرورية له, ومن ثمّ, يكون هناك ارتباطاً متبادلاً l'interdépendance بين الأمانة أو الثقة كمقتضيات لحسن

---

[1] JABBOUR (R.) : La bonne foi dans l'exécution du contrat, thèse, préface de Laurent Aynès, L.G.D.J.,2016, n^os 2,313. -- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, ١٩٨٩, صـ ٢٦ وما بعدها, صـ ٨٩, صـ ٩٢٦ وما بعدها, صـ ٩٥٦ وما بعدها, صـ ٩٨٣ وما بعدها, صـ ٩٩٥ وما بعدها. -- انظر في ذات المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, جامعة المنوفية, ١٩٩٧, صـ ٤١٦ وما بعدها.

[٢] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits français, allemand et japonais, thèse, Dalloz, 2001, n°54.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٢٩ وما بعدها. -- انظر في ذات المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, مرجع سابق, صـ ٤٤١, صـ ٤٥٢ وما بعدها.

النية والعقد, فتكون الثقة مُلازمة للعقد وتُكمِّله, وبالتبادل يُبرم العقد لهدف يتولد عن الثقة [1], وهكذا, يرتبط العقد بقوة بالثقة والأمانة وحسن النية[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن, القيمة القانونية لحسن النية قد تطورت كثيرا عبر العصور المختلفة، غير أنها لم تَعد ترتبط بالمعنى الحرفي للثقة أو الأمانة التي تُعدُّ شـــرطاً ضـــرورياً لفاعلية العقد. ويؤكد الواقع العملي على أن التعاون coopération بين حســن النية والأمانة والإخلاص والثقة يكون متلازماً. ومن هنا, يعد حســن النية أحد المبادئ الذى يتعذّر استبداله irremplacable في العلاقات التعاقدية[٣].

٢- تستدعي بعض الظواهر المعاصرة إدخال تعديلات على قانون العقود, حتى يكون أكثر عدالة وتحقيقاً للغاية المطلوبة منه, ويضــفي حماية مُضــاعفة على المدين حتى يتمكن من مواجهة الدائن الذي يكون له الســيطرة والهيمنة بصــفته صــاحب الحق. ويؤدي اتّباع الأطراف لمقتضــيات حســن النية إلى تدفق العدالة في العلاقة التعاقدية la relation contractuelle, ومن ثمّ, تحقيق الهدف من العقد الذي اختل توازنه[٤]،

---

[1] GHESTIN(J.), LOISEAU(G.), et SERINET(Y.-M.): Traité droit civil, La formation du contrat, 4e éd.,L.G.D.J.,2013.nos 291 et s.--JABBOUR (R.) : La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit.,no 313, p.250.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٨٤. -- انظر في ذات المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, مرجع سابق, صـ ٤٤١, صـ ٤٥١ وما بعدها, صـ ٤٥٥ وما بعدها.

[٣] GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), et SERINET (Y.-M.): Traité droit civil, La formation du contrat, 4e éd.,L.G.D.J., 2013.no 295.--JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit.,no 313, p. 250 et s. JABBOUR (R.) : La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit.,no1.

[٤]

فمقتضيات حسن النية تُعتبر داعماً وضامناً للعدالة وأن العلاقة بينهما قوية للغاية, فما من مقتضى لحسن النية إلا وتقره العدالة وتقوم عليه, وما من مبدأ تنادي به العدالة إلا ونجده من مقتضيات حسن النية. وإدخال حسن النية والأخلاق في العلاقات التعاقدية, من خلال محاولة إظهار أو ترجمة الحالة النفسية للمتعاقدين ونقلها إلى الواقع الحسي, باعتبار أن النية ذات طبيعة نفسية وداخلية تحيا في عالم النفس وهو عالم يحفل به علم الأخلاق ولا يتناوله القانون ولا يعتد به إلا بقدر, مشترطاً أن يكون هناك مظهراً خارجياً يدل عليه, فلا ينظم القانون الأمور الداخلة في النفس ولا يرتب آثاراً إلا على ما ظهر منها في العالم الخارجي المادي الملموس, ويعبر عن الإرادة الداخلية [١].

٣- ونشير إلى أن مقتضيات حسن النية لا حصر لها, وأن ما يُذكر منها ليس إلا نماذج عليها, على أن كلما برز أي من هذه المقتضيات كلما تناوله المشرع بالصياغة في نص قانوني ملزم. ولا تهمل كافة التشريعات والشرائع هذه المقتضيات وتنص على ضرورة مراعاتها في العلاقات التعاقدية في الوقت الحاضر, وقد نصت معظم القوانين على ضرورة تنفيذ العقود طبقا لما توجبه مقتضيات حسن النية, كالمادة ٣/١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل والتي أصبحت المادة ١١٠٤من ذات التقنين بموجب التعديل الصادر في ١٠ فبراير عام ٢٠١٦[٢], والمادة ٢٤٢ من القانون المدني

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, ١٩٨٩, صـ ٣٦, صـ ١٨٢ وما بعدها. -- انظر في ذات المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, مرجع سابق, صـ ٢٤ وما بعدها.

[٢] -Reforme du droit des oblications, un supplement au code civil, no 131 2016, Dalloz,2016, P.3.-- انظر في ذلك أيضا د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي

الألماني BGB, والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني Mimpô , والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, والمادة ١/٢ من القانون المدني السويسري[١], والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري[٢]. ويُستفاد من هذه النصوص أنه يتعين تنفيذ الاتفاقات بحسن نية les conventions doivent être exécutées de bonne foi, كما تكشف عن مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات la puissance obligatoire des conventions[٣]. ويقود إعمال حسن النية إلى المحافظة على بعض الجوانب التي يمكن ملاحظتها في الحرية التعاقدية والأمان القانوني la liberté contractuelle

---

لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية– لمحات في بعض المستحدثات, مجلة كلية القانون الكويتية العالمية, ٢٠١٧, صـ٢٩٦.

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative thè., op. cit.,n^{os} 461 et s.

[٢] انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية), جامعة حلوان,٢٠١٩, صـ ٢١٦. -- د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٨, فقرة ٢٢٥. -- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, ١٩٨٩, صـ ٩٢٦, صـ ٩٥٨.-- د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام– أحكام الالتزام), جامعة حلوان, ٢٠٠٧, صـ ١٢٦ وما بعدها.

[٣] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, thè., op. cit.,n^{o} 23.--JABBOUR (R) : La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit.,n^{o}1. -- د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية), مرجع سابق, صـ ١٨٧ وما بعدها. -- د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, مرجع سابق, فقرة ٢٢٤.-- د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام– أحكام الالتزام), مرجع سابق, صـ١٢٦.

et de sécurité juridique، وانتشـــاره ينصـــب على الحقيقة الظاهرة للاعتقاد والصدق الذي فرض نفسه، كمبدأ مباشر في قانون العقود[١].

٤- وتوجد معاني مختلفة لحســن النية, وتكمن الصــعوبة في الوصــول إلى تنظيم مشــترك يجمع هذه المعاني في التطبيقات العملية. فقد تبنى القانون المدني الفرنســي مفهوم إزداوجية معنى حســـن النية, وتبعه في ذلك القانون المدني الألماني والياباني[٢] المصـــري[٣]. ويُعبر حســـن النية عن معنيين منفصـــلين, يتمثل الأول, في الاعتقاد المشـــروع croyance légitime التي تتكون داخل الشـــخص بأن يعتقد في حقيقة الوضـــع الظاهر للأشـــياء, ويكون هذا المفهوم مُعبراً عنه بخاصـــة في قانون الأموال عندما يتطلب أن يكون الحائز le possesseur حســـن النية. أما المعنى الثاني فيكمن في الأمانة loyauté وهو ذلك المعنى الذي يظهر من نص المادة ٣/١١٣٤

---

١ JABBOUR (R.) : La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit.,n° 2.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٣٠٢ وما بعدها.

٢ JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, thè., op. cit.,n° 19.-- JABBOUR (R.) : La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit.,n°3.

٣ انظر في ذلك.-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٧٤ وما بعدها, صـ ٨٩ وما بعدها, صـ ٩٢٩ وما بعدها, صـ ٩٥٦ وما بعدها, صـ ٩٨٣ وما بعدها.-- د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة, جامعة حلوان,٢٠١٥, صـ ١٥٧ وما بعدها. -- د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٨, فقرة ٥٠.-- انظر في ذات المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, مرجع سابق, صـ ٥١ وما بعدها.

التي توجب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية, ويكون هذا المعنى الأخير محلاً لهذه الدراسة. أما القانون الألماني, فقد اعتنق هذا الموقف, بأن قرر أن يجب توضيح التفرقة بين هذين المفهومين, فالأول يكون شخصياً لأنه يعتمد على الحالة النفسية الداخلية للشخص, أما الثاني فيكون موضوعياً لأنه يتفاوت ويختلف من شخص لآخر. وقد أعطى المشرع الألماني للمفهوم الأول لحسن النية وهو الاعتقاد المشروع اسم *guter Glaube* وتترجم حرفيا بحسن النية ويحتفظ بهذا المعنى للأموال, أما المفهوم الثاني وهو الأمانة فقد أطلق عليه المشرع *Treu und Glauben* وتترجم حرفيا بالإخلاص والثقة أى الأمانة, ويُخصص هذا المعنى لقانون الالتزامات[١]. أما بالنسبة للقانون الياباني, فقد اتبع ذات التفرقة التي تبناها القانون الألماني, بأن أطلق على المعنى الأول لحسن النية, وهو الاعتقاد المشروع, *zen i* وهو الترجمة الحرفية لحسن النية. أم المعنى الثاني, فيتمثل في الأمانة, فقد أطلق عليه المشرع الياباني عبارة *sbingi seijitsu no gensoku*, ويترجم بمبدأ الأمانة والإخلاص[٢].

وتخصص الأمانة كمعنى لحسن النية لقانون الالتزامات, والتي توجب تنفيذ العقود بحسن نية. وقد اعترفت التشريعات المختلفة بوجود قاعدة الأمانة في العقود une règle de loyauté dans les contrats وأن حسن النية والأمانة تَكونان مقتضيات لا غنى عنها في كافة العلاقات الإنسانية. ويُعدُّ حسن النية في هذا النطاق قاعدة من قواعد السلوك une régle conduite التي تستوجب الأمانة والشرف بعيداً

---

[١] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, thè., op. cit.,n° 21.-- JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit.,n°3, p. 3.

[٢] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, thè., op. cit.,n° 21, p. 8.

عن كل نية وقصد سيء أو عدواني une loyauté et honnêteté exclusive de toute intention malveillante[١].

٥- ما من أحد يستطيع تبرير توسيع نطاق تطبيق النصوص التي توجب تنفيذ العقود طبقا لمقتضيات حسن النية, ليمتد خارج النطاق التعاقدي, حيث تكون القواعد أكثر عمومية مثل الأمانة التي تُزيد من مشروعيته. فحسن النية الذي ينشأ عن العقد يُعتبر المرجعية له، وينبغي أن يُقدر بالنسبة لنموذجه أو معياره. ويقتضي حسن النية وفقا لهذا الأثر سلوكاً خاصاً une exigence de comportement spécifique، طوال مدة سريان العقد، وتنفيذه، ولا يتقرر على الأطراف إلا في أوقات ضرورية لإتمام العقد sa realisation. بمعنى أنه إذا كان يوجد من جانب آخر ضرورة التصرف بأمانة وصدق من قِبل المتعاقدين بالنسبة للمستقبل والماضي, فإن ذلك يتميز بحسن النية. ويتضح أن الأمانة تُعبر عن ضرورات اجتماعية, وتُعدُّ قاعدة قانونية جماعية التطبيق داخل المجتمع، وأنها تكون مطلوبة من قِبل القانون وتتوافق معه وينظمها. وهذا يعني أنّ الأمانة تَتحدد كذلك خارج نطاق الأمور الموعود بها تعاقدياً promis contrctuellement بواسطة المتعاقدين, من أجل الإعلان عن نقطة أخرى متصلة بالقانون وهي السلوك الأساسي fondamentale de comportement, الذي يتمثل بوجه عام في أنه يتعين ألا يكون التصرف مشوباً بالخيانة. ومن هنا, تُعطي الأمانة, خارج نطاق العقد, كذلك تدرجاً آخر للتصرف الذي تحميه مقتضيات

---

[١] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, thè., op. cit.,n° 23.--JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit.,n°3.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٥٦وما بعدها.

حسن النية, والذي عليها تتجه النية نحو إعطاء جسد المشروع التعاقدي. ومنها تعد الأمانة من مقتضيات حسن النية[١]. وسنحاول توضيح ذلك في هذه الدراسة.

٦- ويجب ونحن بصدد دراسة حسن النية بيان مدى علاقته مع التعسف في استعمال الحق والشروط التعسفية les clauses abusives. ويتعلق الأمر هنا بالعلاقة بين الشروط التعسفية والنصوص القانونية, في التشريعات المختلفة, التي توجب تنفيذ العقود وفقا لمقتضيات حسن النية. والسؤال الذي يُثار في الصدد هو هل يجب تطبيق التعسف في استعمال الحق على الحقوق المترتبة عن العقد؟. فقلما يكون من الممكن المماثلة بين التنفيذ بسوء نية l'exécution de mauvaise foi de la convention à redaction à la relation abusive والشروط التعسفية المنصوص عليه في العقد. ويدخل حسن النية في الغالب لمراقبة التصرف، وأكثر تحديد مشروعيته sa légitimite وليس مضمون الاتفاق. فإذا كان حسن النية يَتحرك أساساً لمحاربة إدراج مثل هذا النوع من الشروط التعسفية, فإنه يتعين على المشرع تعديل النصوص التي توجب تنفيذ العقد طبقا لمقتضيات حسن النية, والأخذ في الاعتبار بكل التحولات والتغييرات. وتوجه الرقابة إلى موقف المتعاقد، وحسن النية لا للطموح ولا الميل نحو تحويل طريقها لاستئصال الشروط التعسفية[٢]. وسوف نحاول

---

[١] انظر في ذات المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, مرجع سابق, صـ ٤٥١ وما بعدها.

[٢] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit., n°3, p.4. -- انظر في ذات المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, مرجع سابق, صـ ٤٥٧ وما بعدها... حيث اعتبر أن من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود هو انتفاء التعسف في استعمال الحق.

بيان العلاقة بين حسن النية والتعسف في استعمال الحق في التشريعات المختلفة بالتفصيل في هذه الدراسة.

وتُعرِّض مخالفة حسن النية, في العديد من الفروض، سريان العلاقة التعاقدية للخطر. إذ يقتضي حسن النية من المدين أن يمتنع عن إتيان أي سلوك يشوبه الغش أو الإضرار العمدي بالدائن أثناء سريان العقد, وكذلك الحال بالنسبة للدائن في مواجهة المدين. فيتعين على المدين أن يمتنع عن أي سلوك من شأنه أن يَحول بين الدائن وبين الحصول على ما يرده من فوائد العقد. كما يُحظر على الدائن القيام بأي فعل يجعل تنفيذ الالتزام أكثر تكلفة أو إرهاقاً للمدين[١]. ويكون حسن النية مطلوباً بواسطة القانون, ومفروضاً من قِبل القضاء, ويغطى بالقوة الملزمة التي تتميز بها كل قاعدة قانونية. وكل مخالفة للحسن النية تستحق العقاب بواسطة السلطة العامة, وتوقع على مرتكب المخالفة [٢].

٧- يوجد الكثير من الغموض واللبس في علاقات حسن النية بالأخلاق أو مع بعض الأنظمة القانونية الآخرى مثل الأمانة, العدالة، الغش والتعسف في استعمال الحقوق, بالإضافة إلى ذلك، تُثير علاقات حسن النية بالحالة الظاهرة ومشاكلها، ومع القوة الإلزامية للاتفاق بعض التساؤلات. ويمكن تجنب الغموض في هذه العلاقات مع حسن النية من خلال إعادة تجديد أساس القوة الجبرية أو الإلزامية للتعهد fondement de la force contraignante de l'engagement. ويتسم مبدأ حسن النية بالتقلبات المستمرة, التي تؤدي إلى اضطراب الفكرة, كما تُثير الجزاءات التي توقع

---

[١] انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية), مرجع سابق, صـ ٢١٩.

[٢] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, thè., op. cit.,n° 23.

على مخالفة الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية بعض الصعوبات. وإزاء كل هذه المسائل يحتاج موضوع حسن النية إلى الدراسة لإبرازه.

٨- خطة الدراسة :

سوف نتناول حسن النية على النحو التالي:

الباب الأول : مضمون حسن النية

الفصل الأول : موضوعية حسن النية.

المبحث الأول: المفهوم الموضوعي لحسن النية.

المبحث الثاني: قبول أو اختيار المعيار الموضوعي.

الفصل الثاني: مظاهر موضوعية حسن النية.

المبحث الأول: من الناحية الموضوعية: خيانة أو خداع حسن النية.

المبحث الثاني: من الناحية الشكلية: التعسف في عدم الإخطار.

الباب الثاني: نظام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

الفصل الأول: تفاوت قوة حسن النية في تنفيذ العقود.

المبحث الأول: درجة الثقة المشروعة.

المبحث الثاني: درجة حماية الثقة المشروعة :

الفصل الثاني: الجزاء على مخالفة حُسن النيّة في تنفيذ العقود.

المبحث الأول : السقوط كجزاء على مخالفة حسن النية.

المبحث الثاني: التعويض كجزاء لمخالفة حسن النية.

الباب الأول :

مضمون مبدأ حُسن النيّة

تمهيد وتقسيم:-

٩- تُعتبر فكرة حسن النية المنصوص عليها فكرة قانونية خالصة purement juridique ويكون مدلولها مُحدداً وخاصاً. ويكون الاعتراف بها وبحق كقاعدة وضابطاً قانونياً للسلوك norme juridique de comportement في مرحلة ضرورية في تكييف مبدأ حسن النية. وينبغي استخلاص تعريفه للتخلص من الغموض يحيط به, ويضفى على حسن النية مضموناً خاصاً متوافقاً compatible مع إتمام الوعد, بعبارة أخرى أن حسن النية يكون متناسقاً مع ما تم الوعد به. ويقودنا ذلك إلى استعادة قيمته الموضوعية sa valeur objective كقاعدة قانونية تتقرر لخدمة العقد règle de droit au service du contrat وقوته الإلزامية et sa force obligatoire . وسوف نستعرض ذلك في الفصل الأول. وينبغي كذلك قياس مدى الحماية التي أضفاها القانون على مبدأ حسن النية من أجل تقصي الفاعلية التي تُمنح له في نطاق المظاهر والأشكال التعاقدية المختلفة configurations contractuelles التي بمقتضاها يتدخل حسن النية وسنوضح في الفصل الثاني, مظاهر موضوعية حسن النية.

الفصل الأول :

موضوعية حسن النية :

objectivité de la bonne foi

١٠- عندما نسلم بحقيقة أنّ العقد يقوم ليس على الإرادة الباطنة vouloir intime للشخص, تلك الإرادة التي تُلزم صاحبها، وإنما على الثقة والأمانة المتبادلة[١] sur la confiance réciproque. وقد طبق المشرع المصري حسن النية الموضوعي, إذ نص في المادة ٢/١٥٠ مدني بقوله أن " ....أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد, فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل, وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين, وفقا للعرف الجاري في المعاملات.", وقد ذهب غالبية الفقه إلى أن الثقة والأمانة يَعدَّان من مقتضيات حسن النية وأنهما ضابطان موضوعيان[٢].

ويكون من المناسب بسط وتوسيع نطاق الاستدلال raisonnement ليشمل الأخذ في الاعتبار أنّ علاقة الالتزام تجد مصدرها في الإرادات المُجسدة أو الظاهرة volontés extériorisées. ويتم انطلاق حسن النية على هذا الإطار نحو الاعتراف

---

[١] CARBONNIER (J.): Droit civil, t. 4, Les obligations, 13e éd., PUF,1988, nº 14.

[٢] انظر في ذلك د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, طبعة ١٩٨٣, فقرة ٢٨٢.-- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, جـ١- المصادر, طبعة ١٩٧٥, فقرة ٢٩٣.-- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, الجزء الأول, في مصادر الالتزام, المجلد الأول في العقد, الطبعة الثالثة, ١٩٨١, فقرات ٣٩٥ وما بعدها.-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, الكتاب الأول, مصادر الالتزام, طبعة ١٩٨١, فقرة ٨٠.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٧ وما بعدها.

بالتوقعات المشـــروعة للمتعاقد الآخر[١]. ولا تقوم هذه التوقعات على مضـــمون العقد فقط[٢]، وإنما تنشأ أيضا عن الممارسة التعاقدية. وسوف نأخذ عندئذ بالتصرف الصادر من المتعاقد لتقدير أن الإنكار أو الجهل بالمواد التي تنظم حســـن النية, لا يرتبط بالعناصر الشخصية éléments subjectifs, المُنظِّمة للحالة الفيزيائية أو المادية، وإنما بالنظر إلى العلاقة التعاقدية ذاتها، وإلى الثقة المشـــروعة La confiance légitime التي تنطوي عليها العلاقة التعاقدية. ويؤدي ذلك إلى التصور الموضوعي لحســـن النية, وســـوف نتناول ذلك في المبحث الأول, الذي يســـمح باختيار المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية في المبحث الثانى.

---

١ JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, thè., op. cit., n° 304.

٢ MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, 5e éd., Defrénois, 2011,n° 764.

المبحث الأول:

المفهوم الموضوعي لحسن النية.

تمهيد وتقسيم:

١١- يشير سلوك المتعاقد المُخالف للمواد المنظمة لمبدأ حسن النية إلى عدم تطبيق هذا المبدأ, ولا توجد له فاعلية. وقبل دراسة المفهوم الموضوعي لحسن النية, ينبغي أن نبدأ بتحديد النصوص التي توجب مقتضيات حسن النية في التشريعات المختلفة. وسوف نستعرض ذلك على النحو التالي.

المطلب الأول

موقف التشريعات المختلفة من مبدأ حسن نية.

١٢- يعتبر حسن النية مبدأً قديماً وتقنينه يشير إلى مرحلة مهمة للغاية في تاريخ تطور هذا المبدأ. وكان حسن النية قاعدة بلا شكل محدد وغير مستقرة حتى عام ١٨٠٤ ومهجور, وغير مستعمل وبلا قيود. وكان حسن النية يظهر في بعض الأعراف والعادات وفي بعض تفسيرات القانون الروماني. وقد أدخلت معظم التشريعات قاعدة تنفيذ العقود بحسن نية صراحة وكان في مقدمتها القانون الفرنسي وتبعها في ذلك العديد من التشريعات, نستعرضها على النحو التالي:

الفرع الأول: مبدأ حسن النية في القانونين الفرنسي والمصري:

أولا: القانون المدني الفرنسي.

١٣- بداية ظهور قاعدة قانونية تنظم حسن النية في عام ١٨٠٤ في فرنسا. قضت المادة ٣/١١٣٤ على ضرورة تنفيذ الاتفاقات(المُبرمة قانونا) بحسن نية, وقد نصت

على أنه" يجب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية"[١]. ويستفاد من هذا النص أنه يتعين تنفيذ الاتفاقات التي أُبرمت بطريقة قانونية بحسن نية. ويلاحظ أن مقتضيات حسن النية مطلوبة فقط في مرحلة تنفيذ العقد فقط[٢].

-- **تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦[٣]:** عُدلت المادة ٣/١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي القديم, حيث حلت محلها المادة ١١٠٤[٤] من التقنين المدني الفرنسي الجديد, والتي تنص أنه " يجب التفاوض على العقود, وإبرامها وتنفيذها بحسن نية, وهذا النص من النظام العام" [٥]. ويتضح من هذه المادة أنه يجب أن تكون العقود مُتفاوضاً عليها, ومُبرمة, ومُنفذة بحسن نية. وهذه القاعدة تتعلق بالنظام العام.

١٤- خصائص حسن النية في التقنين المدني الفرنسي:

---

[١] Art. 1134/3 du Code civil français " Elles (les conventions légalement formées) doivent être exécutées de bonne foi ".

[٢] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits français, allemand et japonais,thèse Lyon lll, Dalloz, 2001,n^os461,468 et s.--JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, these, preface de Laurent Aynès,L.G.D.J.,2016, n^os22,207 et s.,218 et s.,236 et s.303 et s.

[٣] Reforme du droit des oblications, un supplement au code civil, no 131-2016, Dalloz,2016

[٤] Art. 1104 du Code civil français " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi".

[٥] Reforme du droit des oblications, un supplement au code civil, no 131-2016, Dalloz,2016, P.3. -- انظر في أيضا د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستحدثات, مجلة كلية القانون الكويتية العالمية, ٢٠١٧, صـ٢٩١.

من قراءة المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي يظهر بعض صفات مبدأ حسن النية. **تكمن الأولى**[١]: أن قاعدة حسن النية تخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقود la force obligatoire des contrats ومبد استقلال أو سلطان الإرادة le principe de l'autonomie de la volonté , والتي تقضي بهما المادة ١١٠٣ من التقنين الفرنسي الجديد, التي حلت محل المادة ١/١١٣٤ من القانون القديم. كما يكون العقد في جميع مراحله– التفاوض, الانعقاد والتنفيذ– محدوداً تماماً بمبدأ الحرية التعاقدية le principe de la liberte contractuelle. **أما الخاصية الثانية**: فتتمثل في مكان مبدأ حسن النية التقنين المدني, حيث أن نطاقها لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فقط كما كانت تقضي المادة ٣/١١٣٤ من التقنين القديم, بل تمتد لتشمل مرحلتي التفاوض والانعقاد. ومن هنا يكون نطاق المادة ١١٠٤ أوسع من نطاق المادة ٣/١١٣٤. وتتفق المادتان في أنهما يحصران مبدأ حسن النية على العقود فقط. **أما الخاصية الثالثة:** فتكمن في أن المادة ١١٠٤, والمادة ١١٩٤[٢] من التقنين الجديد والتي تنص على أنه" تلزم العقود ليس فقط بما هو مُحدَّد فيها, وإنما أيضاً كل تكملة تقدمها له العدالة والعرف أو القانون"[٣]. فالمشرع في المادتين اختار التفرقة بين الطريقة التي يتعين بمقضاها التفاوض على العقد, وانعقاده وتنفيذه وهي حسن النية وبين التكملة التي تُساهم مع العقد عند اللزوم بموجب العدالة, والعرف أو

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits français, allemand et japonais,thèse Lyon lll, Dalloz, 2001,n°472.

[٢] Art. 1194 du Code civil français " Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi".

[٣] Reforme du droit des oblications, un supplement au code civil, no 131– 2016, Dalloz,2016, P.19.

القانون. وكانت هذه الخاصـــية تظهر في المادة ١١٣٥ إلى جانب المادة ١١٣٤ من التقنين القديم[١]. **أما الخاصـــية الرابعة**, فتتمثل في أن حســـن النية من النظام العام. بمعنى أنه يجب التفاوض على العقد, وإبرامة وتنفيذه وفقا لما توجبه مقتضـيات حسـن النيـة, ومن ثم, لا يجوز للأطراف التخلي عنـه في أيـة مرحلـة من مراحـل العقلاقـة التعاقدية. وأي اتفاق بين المتعاقدين يتضمن عدم مراعاة حسن النية, يعد باطلاً, حماية للطرف الضـــعيف وتعزيزا لفكرة قيام التعاقد على فكرة الثقة بين المتعاقدين[٢]. وعلى العكس من القانون الفرنسي لم ينص أي قانون على اعتبار مبدأ حسن النية من النظام العام.

ثانيا: مبدأ حسن النية في القانون المدني المصري:

١٥- نصـت المادة ١٤٨ من القانون المدني المصـري على أنه" ١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشـتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسـن النية. ٢- ولا يقتصـر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه, ولكن يتناول أيضـا ما هو من مسـتلزماته, وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسـب طبيعة". يتضـح من النص أن المشـرع المصـري في القانون المدني رقم ١٣١لسـنة ١٩٤٨, قد نظم مبدأ حسـن النية في التنفيذ في فقرة من المادة على غرار القانون الفرنســي القديم في المادة ٣/١١٣٤. ويســتفاد من هذا النص أن يتعين على المدين تنفيذ مضمون العقد والقواعد القانونية المكملة له بحسن نية.

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits français, allemand et japonais, th., op. cit.,n° 474.

[٢] Reforme du droit des oblications, un supplement au code civil, no 131– 2016, Dalloz,2016, P.3.– انظر في أيضا د. أشرف جابر: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية– لمحات في بعض المستحدثات, مجلة كلية القانون الكويتية العالمية, ٢٠١٧, صـ٢٩٦.

١٦- خصاص مبدأ حسن النية في القانون المدني المصري:

يتسم حسن النية المنصوص عليه في المادة ١٤٨ مصري بعدة خصائص. تتمثل **الأولى**, في أن حسن النية في تنفيذ العقد لا يقتصر على مضمون وما اشتمل عليه من شروط وما ورد به حرفيا, وإنما يُكمَّل بعدَّة موجهات وهى القانون والعرف والعدالة[١]. وتتفق هذه الخاصية مع المادتين ١١٠٤, ١١٩٤ من التقنين المدني الفرنسي الجديد فالأولى تتطابق مع نص المادة ١/١٤٨, وتتوافق الثانية مع نص المادة ٢/١٤٨. وكانت هذه الخاصية تظهر في المادة ١١٣٥ إلى جانب المادة ١١٣٤ من التقنين الفرنسي قبل تعديل ٢٠١٦. أما **بالنسبة للخاصية الثانية**: فتكمن في أن قاعدة حسن النية تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحدد مضمون العقد. والذي يخضع بدوره لمبدأ القوة الملزمة للعقود ومبد استقلال أو سلطان الإرادة[٢].

أما **الخاصية الثالثة**, فتكمن في أن قاعدة حسن النية توجَّه إلى المتعاقدين – الدائن والمدين– لضمان المساواة والتعاون المتبادل بين طرفي العقد أثناء تنفيذه[٣]. فيتعين على المدين أن يمتنع عن كل ما من شأنه الإضرار العمدي بالدائن أثناء التنفيذ,

---

[١] د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية), جامعة حلوان, ٢٠١٩, صـ ٢١٥ وما بعدها....فالقواعد القانونية المكملة تسد النقص في العقود بوضع تنظيم للمسائل التي سكت عنها المتعاقدين. كما يُكمل العقد بما يقتضيه العرف, لاسيما في المسائل التجارية. أما العدالة فهي فكرة عامة ومُوجَّه يستعين بها القاضي في بعض المسائل التي لم يتعرض لها الاتفاق ولم ينظمها نص قانوني.

[٢] انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية), صـ ٢١٥ -- د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٨, فقرة ٢٢٥.-- د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام– أحكام الالتزام), جامعة حلوان, ٢٠٠٧, صـ ١٢٦.

[٣] د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٨, فقرة ٢٢٥.-- د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام– أحكام الالتزام), صـ ١٢٧.

وعلى الدائن كذلك أن يمتنع عن أي فعل يجعل تنفيذ الالتزام أكثر تكلفة أو إرهاقاً للمدين[١]. ويتفق القانون المصري في هذا الصدد مع القانون الفرنسي إذ أن هذا الأخير يتبنى تصـــوراً أكثر مســـاواة وعدالة بين أطراف العلاقة التعاقدية. ويتعارض القانون المصري مع القانون المدني الألماني BGB حيث أن هذا الأخير ينص عل أن حسن النية لا يتصـــل أو يوجَّه إلا إلى المدين من الالتزام وفقا لنص المادة ٢٤٢ منه. كما استبعد القانون الياباني التمييز بين المدين والدائن بالالتزام, وأقر بأن مبدأ حسن النية يكون ملزماً للجانبين. أما **الخاصية الرابعة**, فيتضح من المادة ١٤٨ مدني مصري أن تطبيق مبدأ حســـن النية يقتصـــر على مرحلة تنفيذ الالتزام فقط, وهو بذلك يتفق مع القانون المدني الألماني والياباني. ويتعارض مع التقنين الفرنســـي الجديد حيث يمتدّ ليشـــمل مرحلتي التفاوض والانعقاد إلى جانب مرحلة التنفيذ بعد تعديل ٢٠١٦. أما **الخاصـــية الخامســـة**, فتتمثل في أن قاعدة تنفيذ العقد بحســـن نية (م ١٤٨ مدني مصـري) تتميز عن قاعدة تفسير العقود بحسن نية (م ١٥٠ مدني مصـري). ويتفق القانون المدني المصري في ذلك مع القانون الفرنسي والألماني. ويتعارض مع القانون الياباني الذي رفض التفرقة بين قاعدة التفسير وقاعدة تنفيذ العقد, وإن كان هذا الرفض ضمنياً لأنه لا توجد أية عبارة في نص ٢/١ مدني ياباني تؤكد على ذلك صراحة, وقد اعتبر الفقهاء اليابانيون أن قاعدة التنفيذ تحتوي بالطبع على قاعدة التفسير.

[١] د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية), صـ ٢١٩

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في القوانين الآخرى:

أولا: القانون المدني الألماني.

١٧- **الأصل الفرنسي لمبدأ حسن في القانون الألماني**. استلهم المشرع الألماني النموذج الفرنسي في التقنين القديم الصادر في عام١٨٠٤, وبخاصة القاعدة المنصوص عليها المادة ٣/١١٣٤ التي تتضمن أن يجب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية, لوضع المادتين ١٥٧, ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB[١], حيث تقترب صياغة المادة, حيث تقترب صياغة المادة ٢٤٢ من. حيث تعتبر ألمانيا من الدول التي أخذت بالتقنين الفرنسي القديم, الذي عُدل في عام ٢٠١٦. حيث تنص المادة ٢٤٢[٢]من القانون الألماني BGB على أنه" ينفذ المدين التزامه بالأداء وفقا لما يوجبه حسن النية (فيقتضي الأمانة والإخلاص) مراعاة للأعراف ".

-- التعديلات التي أُدخلت على القانون المدني الألماني BGB: مر مبدأ حسن النية في القانون الألماني بعدة تعديلات. فقد رفض القانون الألماني في وقت مبكر التمييز والفصل بين المادتين ٣/١١٣٤ , ١١٣٥من التقنين المدني الفرنسي القديم, فوضع في التقنين المدني في عام ١٨٦٣المادة ٨٥٨ التي تعتبر مظهراً للجمع والخلط بين المادتين السالفتين حيث نصت على أنه" تنفيد العقد يتضمن تنفيذه حسب الاتفاق الخاص بين الأطراف, ووفقا للنصوص القانونية المتعلقة بالعقد محل التنفيذ وبوجه عام وفقا لحسن النية وسلوك الرجل الأمين". ومن ثم كانت التفرقة بين تنفيذ العقد

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit.,n^os 16,476 et S. .... BGB هو اختصار للقانون المدني الألماني.

[٢] الترجمة الفرنسية للمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB تنص على أنه" Le débiteur a l'obligation d'exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi (comme l'exigent la confiance et la fidélité) eu égard aux usagess ".

وتحديد مضـــمونه مرفوضـــة[١]. وعلى الرغم من هذا التقارب والارتباط بين القانونين الألماني والفرنســـي, رجع القانون الألماني, في المشـــروع الأول لقانون الالتزامات الصـــادر في عام ١٨٨٢ إلى الأخذ بالفصـــل بين المادتين ١١٣٤, ١١٣٥ فاقترح مادتين منفصـــلتين أحدهما تتعلق بتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقود droits et obligations des contrats وتحدد المادة الآخرى الآثار المترتبة عن الالتزامات بوجه عام les effets des obligations en général ١١٣٥. حيث نصـــت المادة 20 n° du 1 على أنه " يلزم العقد المتعاقدين بما يكون مثبتاً في مضـمون التزامه بموجب الشـروط التعاقدية الخاصـة وطبيعة العقد كذلك, والقانون أو العرف". ويســـتفاد من هذا النص أن العقد يوجب على المتعاقدين تنفيذ مضـــمون التزاماته المحددة بمقتضـــى البنود التي يشـــتمل عليها وطبيعة هذا العقد, ونصـــوص القانون الذي تكمل تنفيذه أو العرف الذي يســـاعد على هذا التنفيذ. أما المادة 196 du n° 13 فقد نصـــت على أن" الذين يكونون أطرافاً في علاقة للالتزامات يلتزمون بالتبادل بتنفيذ هذه العلاقة بأمانة وإخلاص وتُنشئ لهم أيضا, بتطبيق درجة مؤكدة من الاهتمام, أمراً بمقتضاه يتعهدون أو يلتزمون قانوناً". وبذلك تكون المادة الأولى مأخوذة من المادة ١١٣٥ مدني فرنســي, بينما المادة الثانية تأخذ بوضــوح بمضــمون المادة ١١٣٤/٣[٢]. وتجدر الملاحظة, أن النصــين لم يتضــمنا عبارة حســن النية, ولكن بعد وقت قريب تم اقتراح إدخال تعبير حســـن النية, اقتداء بنص المادة ٨٥٨ من القانون المدني الألماني الصـادر في عام ١٨٦٣. فكان من المناسـب إدخال مبدأ حسـن النية في المادة 20 n° du 1 من القانون المدني الألماني BGB من أجل تحديد مضـمون العقد, في حين أن القانون المدني الفرنسي لم يأخذ بحسن النية إلا في تنفيذ العقد, فلم تنص عليه المادة ١١٣٥. وقد تحولت المادة 20 n° du 1 إلى المادة ٣٥٩ بموجب

[١] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 478.

[٢] JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 479.

المشـــروع الأول للقانون المدني الألماني BGB الذي صـــدر في الفترة (١٨٨٤-١٨٨٧) حيث نصـــت على أنه " يلزم العقد المتعاقدين بما يكون مثبتاً في مضـــمون التزامه بموجب شروط وطبيعة العقد, وفقا للقانون والأعراف, وباعتبار حسن النية"[١].

١٨- وبالتوازي عَدَّلت لجنة وضـــع المشـــروع الأول للقانون المدني الألماني المادة 13 n° du 196 التي أصـــبحت تنص على أن" يقع على المدين واجب تنفيذ الأداء الذي التزم به وفقا لعلاقة الالتزامات كاملاً" و المادة 224 alinéa 1 phrase 1 من المشـــروع الأول. وكانت المادة قد أقرت في نهايتها بمســـئولية المدين عند عدم تنفيذ التزامه.

وكانت اللجنة الثانية لوضـــع القانون المدني الألماني قد اقترحت صـــياغة جديدة لنص المادة 13 n° du 196 على النحول التالي" يقع على المدين واجب تنفيذ الأداء وفقا لما توجبه حســـن النية". وهذا من شـــأن أن يثير مشـــكلة في العلاقة بين المادة ٣٥٩ والمادة ٢٢٤. وتتقاطع المادتان في أن كليهما يتعلق بتحديد مضـــمون الالتزام. لذا قررت اللجنة توسيع حكم المادة ٢٢٤ وتعميمه على كل الالتزامات. وتنص هذه المادة على أنه" كما في علاقات الملكية العقارية, توجد أعراف, استعمال. يوجد أيضـاً واجب حســـن النية....". ومن ناحية آخري حُذفت المادة ٣٥٩ لأن لها اســـتعمال مزدوج مع النص المتوقع لتفسـير الاتفاقات, وتحولت المادة ٧٣ إلى المادة ١٥٧, بمعنى أن مبدأ تفسير العقود يخضع لمقتضيات حسن النية. وقد حررت اللجنة المشروع الثاني للقانون المدني الألماني في الفترة من عام ١٨٩١ إلى عام ١٨٩٥ وأدخلت تعديلاً طفيفاً على نص المادة ٢٢٤ لتتطابق وتشـــترك مع المادة ٧٣ حيث أضـــيف إليها الإحالة إلى العرف, وأصـــبح مكانها النهائي هو المادة ٢٤٢. وتقع هذه المادة في الجزء المقرر

[١] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 480.

للنصوص المشتركة لكل الالتزامات, في العنوان المخصص لـــ" مضمون الالتزامات" في الباب المعنون بـ" الالتزام بالأداء".

١٩- خصاص مبدأ حسن النية في القانون المدني الألماني BGB:

تعد صفات مبدأ حسن النية في القانون الألماني مستقرة. حيث تنص المادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB الصادر في عام ١٨٩٦, على أنه " يُنفذ المدين التزامه بالأداء وفقا لما يوجبه حسن النية (فيقتضي الأمانة والإخلاص) مراعاة للأعراف ". ويستفاد من هذا النص أنه توجد عدة خصائص لمبدأ حسن النية. تتمثل **الأولى**, في أن قاعدة تنفيذ الاتفاق بحسن نية تتميز عن قاعدة تفسير الاتفاقات بحسن نية. فالقاعدتين تنفصلان بوضوح. فقاعدة تفسير العقود تقع في القسم العام, بينما قاعدة تنفيذ الالتزامات فتقع في مقدمة القسم المشترك لكل العقود[١]. أما بالنسبة **للخاصية الثانية**, فتكمن في نطاق مبدأ حسن النية لا يقتصر على الالتزامات التعاقدية فقط, وإنما يمتدّ ليشمل كل الالتزامات, وبخاصة تلك الالتزامات المفروضة بواسطة القانون أي مصدرها القانون, والالتزامات التقصيرية التي تنتج عن الأعمال القانونية. غير أن, نطاق قاعدة حسن النية سيظل محدوداً, فالمشكلة مثارة في هذا الصدد كانت تكمن في معرفة عما إذا كان يجوز تطبيق حسن النية خارج الالتزامات قد حُلت ثم رفضت. ونصل إلى أن مبدأ حسن النية يُطبق على الالتزامات وحدها. أما الالتزامات الآخرى مثل تلك التي يتضمنها قانون الأسرة, والأموال أو الميراث فتكون مُسبعدة من نطاق تطبيق مبدأ حسن النية[٢].

أما **الخاصية الثالثة**, فتتمثل في أن قاعدة حسن النية لا تتصل أو توجَّه إلا إلى المدين من الالتزام. وهذا يشهد على المفهوم الفردي أو الشخصي الذي ذهب إليها

---

[١] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 485.

[٢] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 486.

الفقهاء الألمان بالنسبة لقانون الالتزامات. فقد تحولت علاقة الالتزامات la relation d'obligations لا إلى ترضـــية أو تعويض أطراف هذه العلاقة بالتبادل, وإنما نحو تعويض الدائن بالالتزام الرئيسـيl'obligation principale. وهذه الخاصـية يختلف القانون الألماني عن القانون الفرنســي, إذ أن هذا الأخير يتبنى تصــوراً أكثر مســاواة وعدالة بين أطراف العلاقة التعاقدية[١].

أما بالنسبة للخاصية الرابعة, فتكمن في أن الاختلاف الرئيسي مع التصور الفرنسي يتعلق بمكان مبدأ اســتقلال الإرادة. فالتنفيذ في القانون الألماني لا يتأثر بهذا التحديد, بينما مبدأ استقلال الإرادة يكون مستقراً في القانون الفرنسي, لأن هذا المبدأ لا يصلح إلا للالتزامات التعاقدية- الذي يهيمن عليها اتفاق إرادات المتعاقين- ولا يتلائم مع الالتزامات القانونية التي لا دخل للإرادة فيها[٢].

أما **الخاصـية الخامسـة**, فتتمثل في أن تطبيق مبدأ حسـن النية في القانون المدني الألماني يقتصـــر على مرحلة تنفيذ الالتزام, بينما في التقنين الفرنســـي الجديد يمتدّ ليشـــمل مرحلتي التفاوض والانعقاد إلى جانب مرحلة التنفيذ. وتجدر الإشـــارة إلى أن المادة ٣/١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي القديم, قبل تعديل ٢٠١٦, كانت تتفق مع المادة المادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB في تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد وحدها.

ثانيا: القانون المدني الياباني:

٢٠- تكون قاعدة تنفيذ العقد بحسن نية حتماً ضرورية في القانون الياباني. فقد كانت المحاولة الأولى ليصـــاغة هذه القاعدة في عام ١٨٩١ في المادة ٣٣٠ حيث نصـــت على أنه" يجب أن تُنفذ الاتفاقات بحســـن نية". وقد أُعلن في عام ١٨٩٦أنه لا يوجد

---

[١] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 487.

[٢] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 488.

مبدأ التنفيذ بحسن نية, كما لا يوجد تصور لفكرة حسن النية[١]. أما بالنسبة للمادة ٤١٥ من القانون المدني الياباني Mimpô[٢], فقد اعتمد المشرع الياباني في تنفيذ العقد, تلك القاعدة المستوحاه من القاعدة ٣٥٩ المنصوص عليها في في المشروع الأول للقانون المدني الألماني. ففي المادة ٤١٥ التي تنص على أن" التعويض عن عدم تنفيذ الأداء" ونصت في الجملة الأولى على أن " إذا لم ينفذ الميد وفقا لروح الالتزام, فيجوز للدائن أن يطلب التعويض". فالنص يقرر التزامه بدفع التعويض في حالة مسئولية المدين[٣].

٢١- إدخال مبدأ حسن النية في القانون المدني الياباني عن طريق القضاء.

ويظهر أن نص المادة ٤١٥ لم يكن كافياً بسبب الحاجة الضرورية لقاعدة أكثر عمومية. وبعد فترة من الزمن ظهر مبدأ حسن النية في القضاء الياباني. ففي الحكم الصادر في ٢٠ ديسمبر ١٩٢٠, حيث تتعلق وقائع الدعوى في أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له, وأراد استعمال حقه في استرداد العقار على أساس أن حقه ينتج عن شرط الاسترداد المدرج في العقد. ويتعين عليه لاستعمال هذا الحق أن يعلن رغبته في خلال مدة معينة ومتوقعة, وأن يقدم ثمن العقار فضلا عن نفقات عقد البيع. وعندما أعلن البائع رغبته في استراد العقار قدم مبلغاً يقل عن مجموع ثمن العقار ونفقات العقد بقيمة ضئيلة. عندئذ رفض المتعاقد الآخر, أي المشتري, رد العقار. وقضت محكمة الموضوع باعتبار المبلغ المُقدم من قِبل البائع لم يكن صحيحاً, لأنه لاستعمال الحق في الاسترداد, يلزم عرض مبلغ مساوي للمبلغ المستحق. فإذا كان العجز عن جزء طفيف من المبلغ, لا يستطيع استعمال هذا الحق أي الحق في استرداد المبيع. وقد

---

[١] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 490.

[٢] **Mimpô** يطلق على القانون المدني الياباني.

[٣] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 491.

رفضت المحكمة العليا في اليابان حكم محكمة الموضوع بموجب " مبدأ حسن النية الذي يسيطر على كل علاقات الالتزامات" en vertu du principe de la bonne foi qui contrôle tous les rapports d'obligations. فلا يمكن للمتعاقد أن يتذرع بأن العجز عن تقديم جزء زهيد أو ضئيل من المبلغ المستحق حتى يرفض استعمال حق الاسترداد من جانب المتعاقد الآخر[١].

٢٢- تعديل القانون المدني الياباني عام ١٩٤٧.

فقد أُدخلت المادة الأولى في القانون المدني الياباني Mimpô حتى تتناسب مع التعديل الدستوري. وقد شُكلت لجنتين لوضع مشروع هذا القانون, اللجنة الأولى وهي لجنة مؤقتة مهمتها دراسة النظام القانوني. أما اللجنة الثانية فهي تقوم على إصلاح القانون الخاص. وقد وضعت هذه اللجنة الخطوط العريضة للمشروع, ثم مشروع التعديل في ديسمبر ١٩٤٦ وفي ٢٢ ديسمبر ١٩٤٧ نُشر القانون رقم ٢٢٢ الخاص بالتعديل الجزئي للقانون المدني الياباني. ودخل القانون حيز النفاذ في الأول من يناير ١٩٤٨[٢].

وقد أكد المشرع من خلال هذا القانون على رغبته في تقنين مبدأ عام في القانون ويتم اللجوء إليه لتفسير هذا القانون. ولم يكن مبدأ حسن النية هو المبدأ الوحيد الذي أُدخل في القانون المدني الياباني. فقد تم إدخال بعض المبادئ من بينها مبدأ حسن النية في الفقرة الثانية من المادة الأولى, ومبدأ التعسف في استعمال الحق في الفقرة الثالثة من

---

[١] انظر في هذا الحكم .... JALUZOT(B.): th., op. cit.,n^os 492 et s

[٢] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n^o 495.

المادة الأولى. وبذلك تكون المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني الياباني Mimpôهي التي تشتمل على مبدأ حسن النية[١].

٢٣- خصاص مبدأ حسن النية في القانون المدني الياباني Mimpô:

تنص المادة ١/٢ [٢]من القانون المدني الياباني على أنه" يكون استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات من الأمور التي يجب أن تكون أعمالاً لحسن النية والأمانة". ويستفاد من هذه المادة أن استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات تعد من الأشياء التي ينبغي أن تكون أعمالاً لحسن النية والأمانة والإخلاص. وتوجد عدة خصائص لمبدأ حسن النية. تتمثل **الأولى**, في أنه على غرار القانون المدني الألماني, اختار القانون المدني الياباني عدم الإبقاء على قاعدة حسن النية في إطار القواعد ذات المصدر التعاقدي, وإنما تخصص لكل القواعد مهما كان مصدرها. وعلى العكس من القانون الألماني يكون الاختيار مقصوراً أو قائماً على قاعدة من قانون الالتزامات. اقتداء بالقانون السويسري, أراد المشرع الياباني منح أثر مبدأ حسن النية لكل عمل قانوني, في استعمال الحق وفي تنفيذ كل التزام. ومن ثم, يتصل المبدأ في القانون الياباني بكل القانون المدني[٣]. **أما بالنسبة للخاصية الثانية**, فتكمن في أن التمييز بين المدين والدائن بالالتزام يكون مستبعداً من أجل حسن النية, ويكون المبدأ إذن ملزماً للجانبين bilatéralisée[٤]. **أما**

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats,étude comparative, th., op. cit.,n° 496.

[٢] الترجمة الفرنسية للمادة ١/٢ من القانون المدني الياباني Mimpô تنص على أنه " L'exercice des droits et exécution des obligations sont des choses qui doivent être faites de bonne foi et avec loyauté ".

[٣] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 498.

[٤] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 499.

الخاصـــية الثالثة, فتتمثل في رفض التفرقة بين قاعدة التفســـير وقاعدة تنفيذ العقد. ويكون هذا الرفض ضـــمنياً لأنه لا توجد أية عبارة في نص ٢/١ تؤكد على ذلك صـــراحة, ولكن هذا الرفض يكون موجوداً بالفعل. وقد اعتبر الفقهاء اليابانيون قاعدة التنفيذ تحتوي بالطبع على قاعدة التفسير[١].

ثالثا: مبدأ حسن النية في بعض القوانين الآخرى[٢]:

٢٤- ففي **القانون السويسري** الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٠٧ اعترف بقاعدة متماثلة مع القاعدة الموجودة في القانون الياباني. فتنص المادة ١/٢ من القانون الســويســري على أنه" يلتزم كل شخص باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته وفقا لقواعد حسن النية".

أما القانون البلجيكي. فقد احتوى على قاعدة مماثلة للقاعدة المنصـــوص عليها في المادة ٣/١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديل ٢٠١٦.

أما بالنسـبة للقانون الأمريكي. فقد تبني قانون التجارة الأمريكي الموحد بشـكل واسـع قاعدة حســن النية. حيث اعتمدت المادة ٢٠٣/١ قاعدة التنفيذ بحســن نية للعقد. كما نص الجزء ٢٠٥ على تنفيذ الالتزام بحس النية.

أما بالنســبة للقانون المدني الكيبكي. نص في المادة ١٣٧٥ منه على أنه" يجب أن يتحكم حسن النية في سلوك الأطراف, سواء وقت إنشاء الالتزام أو تنفيذه أو انقضائه".

---

[١] JALUZOT(B.): th., op. cit.,n° 500.

[٢] JALUZOT (B.): th., op. cit.,n^os 461 et s.

المطلب الثاني:

معايير مبدأ حسن النية.

-- يوجد معاني لحسن أو سوء النية, فيوجد المعنى الشخصي والمعنى الموضوعي.

الفرع الأول: المعيار الشخصي والموضوعي لحسن النية.

أولا: المعيار الشخصي لحسن النية.

٢٥- فأما عن حسن النية الشخصي, فهو يُعني الجهل المُبرر بواقعة معينة أو بظرف محدد من الظروف يكون مناط ترتيب الآثار القانونية بحيث يختلف الحكم التشريعي على حسب تحقق الجهل أو تحقق العلم بهذه الواقعة أو تلك الظرف. ويكون سوء النية معناه تحقق العلم بهذا الظرف وتلك الواقعة[١]. ويكون مدخل حسن أو سوء النية الشخصي هو دائما الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء, إذ يتعين أن نبحث في تلك الذات عن حقيقة الاتجاه الإرادي التي تؤول إلى أي من الوصفين. فكما تقوم قرائن دالة على النية في اتجاهها الإرادي تقوم أيضا قرائن دالة على وصف ذلك الاتجاه بالحسن أو بالسوء, وتكون القرائن في الأخيرة عادة أكثر بروزاً. ولا يُعني ذلك اختلاف النية عن وصفها من حيث الطبيعة الذاتية وأن كليهما أمر داخلي نفسي لا يُعتدُّ به ولا يُنتج آثاراً مادام بقي في مكمنه الذاتي ولم يكون له مظهراً خارجاً دال عليه[٢]. وتكون الطبيعة الذاتية لوصف حسن أو سوء النية, متحققة حيث يكون مناط الوصف هو تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة معيار ترتيب الحكم, وإما يكون مناط الوصف – الحسن أو السوء- هو إمكان العلم, فيلتزم مَن

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, ١٩٨٩, صـ ٧٣.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٧٣.

يتصـرف باليقظة فيسـعى لتحقيق أكبر قدر من العلم. فإذا كان قد علم حقيقة وادعى أنه لا يعلم, فإنه يكون عندئذ سـئ النية, أما إذا قصـر في اسـتجماع وتحصـيل العلم قصـوراً يُنزله منزل سـئ النية. وهكذا لا يكفي لإثبات حسـن النية مجرد نفي العلم الحقيقي, وإنما يجب أن ذلك مصوحباً بنفي التقصير في السعي للعلم[١]. وهكذا, يتعلق مدخل الوصـف الحسـن أو السـئ للنية بحقيقة الجهل أو العلم الذي يجد قوامه في اعتبارات ذاتية يُنظر فيها إلى شخص المطلوب الحكم على تصرفه.

٢٦- يتفق وصـفي حسـن وسـوء النية في أنهما يحققان معنى الذاتية. فيكون سـوء النية مرادفاً ومطابقاً للخطأ الأخلاقي, وما ينبني عليه من أنه إذا ما داخل وصـف حسن النية الشك في الاعتقاد الموافق للحقيقة, كان ذلك دليلاً على تخلف حسن النية لأنه يقوم على صـدق الاعتقاد وأنه اعتقاد بات لا شـائبة عليه. ولا يُثار الشـك الذي يُصـيب حسـن النية في نطاق الالتزام باليقظة أو الالتزام بالسـعي نحو التحري بذات القدر المُتاح للسـعي لدى الرجل العادي المتواجد في مثل ظروف الشـخص المطلوب الحكم على تصـرفه. وذلك لأن هذا التصـرف في هذا النطاق يكون قائماً على سـوء نية. سـواء كان بتحقق العلم الحقيقي بالواقعة اللازم لتقرير الحكم, أم افتراض نسـبة تقصـير إلى الشـخص المراد الحكم على تصـرفه في السـعي نحو البحث والتحري للوصول إل العلم الحقيقي وهو افتراض ينزل بهذا الشخص منزل سئ النية حتى يثبت نقيضه[٢].

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٧٨.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٨٠ وما بعدها.

٢٧- وقد استخدم المشرع المصري معنى حسن وسوء النية وفقا للمفوم السابق في القانون المدني[١]. ليقطع بأن ذلك هو مفهوم هذين الوصفين وتتأكد المقابله بينهما من مقارنة بعض النصوص التي تحكم فرضاً واحداً حيث يقضي المشرع فيها بحكم إذا كان الشخص يعلم بواقعة معينة, وهو مفهوم سوء النية. ويقضي بحكم مغاير متى كان الشخص حسن النية يجهل تلك الواقعة[٢]حيث يرجع السبب في تفاوت الحكمين إلى اختلاف وصفي النية. وكان المشرع المصري واضحاً في تقرير المفهوم الشخصي لحسن وسوء النية حين قضى في شأن اكتساب الحق في الحيازة بقوله في المادة ١/٩٦٥ مدني أنه" يُعدُّ حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الحق ناشئا عن خطأ جسيم..." وقضى كذلك بزوال حسن النية بقوله في المادة ١/٩٦٦, ٢ مدني أنه" ١- ولا تزول صفة حسن النية عن الحائز إلا

---

[١] من ذلك ما أورده في المادة ١٠٤ مدني مصري من اعتبار شخص النائب لا شخص الأصيل محل هو محل اعتبار عن النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما. وأنه ليس للموكل, إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقا لتعليمات صدرت له من موكله, أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو, أو كان من المفروض حتما أن يعلمها. وما تضمّنته نصوص المواد ١٠٦, ٢/١٠٧,١١٤ (تصرف المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر). وكذلك المواد المتعلقة بعيوب الإرادة كالمادة ١٢٠ (الغلط) والمادة ١٢٦ الخاصة بالتدليس. والمادة ١٢٨ المتعلقة بالإكراه. والمادة ٢٢٠/جـ المتعلقة بإحدى حالات الإعفاء من الإعذار. والمادة ٢٣٨ فقرات ١, ٣ المتعلقة بالدعوى البوليصية. والمادة ٣٦٩ المتعلقة بالمقاصة. والمادة ١/٩٢٤ الخاصة ببناء سئ النية على أرض الغير, والمادة ٩٢٥ الخاصة ببناء حسن النية على أرض الغير. والمادة ١/٩٦٥, ٩٦٦ للحيازة. وقد عبر المشرع المصري في المواد ١٠٧, ١/١٨٣, ٣٦٩, ٢/٥٧٧ مدني مصري, عن حسن النية بمعنى الجهل. أما باقي المواد فقد عبر فيها عن سوء النية بمعنى العلم.

[٢] انظر في ذلك المادتين ١/٩٢٤, ٢/٩٢٤ الخاصة بإقامة منشآت على أرض الغير إذ يعبر في الفقرة الأولى عن الباني سئ النية وحكمه. ويقضي في الفقرة الثانية عن الباني حسن النية الذي يعتقد اعتقاد مشروع أنه يبني على ملكه وأن له الحق في إقامة منشآت عليها

من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير. ٢- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى". وفي تفسير النصوص القانونية التي أورد فيها المشرع المصري وصفي حسن أو سوء النية أجمع الفقه والقضاء على تأكيد المعنى الشخصي لهذين الوصفين[١].

ثانيا: المعيار الموضوعي لحسن النية.

٢٨- أما عن حسن أو سوء النية الموضوعي فيرتبط بمدى مراعاة مقتضيات أو مستلزمات حسن النية أو عدم مراعاتها, حتى إذا أتى المتصرف تصرفه متوافقا مع هذه المقتضيات كان حسن النية, أما إذا أتى به على خلافها كان سئ النية[٢]. وتقوم مقتضيات حسن النية على مباديء أخلاقية ومجموعة من القيم التي يؤمن بها المجتمع وتهيمن على تعاملات الأفراد. وتوصف هذه المقتضيات بالعمومية والتجريد, ومن ثم, ترتفع إلى مقام القواعد القانونية ولو لم يتضمنها نص تشريعي. ومن هنا, يتم تحديد مقتضيات حسن سلفا وفقا لضوابط موضوعية ثابتة في كل مجتمع. وتتسم مقتضيات حسن النية بالنسبية, من حيث المكان والزمان, فتتفاوت بتنوع المجتمعات وتختلف باختلاف قيمها ومثلها العليا التي تعتنقها. ولذا فإن ما يُعدّ من مقتضيات حسن النية في مجتمع معين قد لا يصلح كذلك في مجتمع أخر, وأن ما يصلح أن يكون مقتضات حسن النية في زمن أو عصر معين في مجتمع ما قد لا يصلح في ذات المجتمع في زمن لاحق عليه نظرا لاختلاف النظرة إلى المعتقدات والقيم والتي من شأنها أن تؤدي إلى تغير في مقتضيات حسن النية.

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, صـ ٨٣, وهامش ١١, ١٢ من ذات الصفحة وما بعدها.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, صـ ٨٩.

٢٩- ويجمع بين مقتضيات حسن النية على اختلافها زمانا ومكانا عدة خصائص منها[١]: الأولى, تتمثل في أن هذه المقتضيات تقوم على مباديء ثابتة في عرف المجتمع وأخلاقياته, فلا يكون هناك ثمة خلاف لا حول وجودها ولا حول مضمونها. أما الخاصية الثانية فتكمن في أنها تقوم على صفتي العموم والتجريد, ومن ثم, فإن مقتضيات حسن النية تتحدد بطبيعتها سلفا وفقا لضوابط موضوعية مستقرة في كل مجتمع. وتتمثل الخاصية الثالثة في أن مدخل حسن أو سوء النية فيها ليس مدخلاً شخصياً ينظر فيه إلى مدى علم أو جهل المتعامل بواقعة معينة تكون محل اعتبار لدى المشرع في تقرير الحكم, وإنما يكون مدخلاً موضوعياً يُنظر فيه إلى مدى **اتفاق التصرف أو مخالفته لمقتضيات حسن النية.** لأن القانون حين يرتب حكمه على أساس من مقتضى حسن النية لا ينظر فيه إلى واقعة معينة أو تصرف محدد على أساس من العلم أو الجهل بهذه الواقعة أو تلك التصرف, وإنما ينظر إلى المقتضى ذاته وما إذا كان المتعامل قد خالفه حيث ينتفي حسن النية أو التزم به فيبقى حسن نيته. وهكذا, تتحقق مخالفة مقتضيات حسن النية لمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقضي به هذه المقتضيات بغض النظر عمّا إذا كان الشخص المُخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه أم لا يعلم.

٣٠- وقد نص المشرع المصري على حسن النية الموضوعي في صدد تنيذ العقد إذ أوجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية, وهذا ما تقضي به المادة ١/١٤٨ مدني مصري. كما تقضي بذلك المادة ٣/١١٣٤ مع المادة ١١٣٥ قبل تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦, والتي أصبحت بعد التعديل, المادة ١١٠٤ والمادة ١١٩٤ من التقنين المدني الفرنسي, وكذلك المادة ٢٤٢ من القانون المدني

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٠.

الألماني التي مراعاة العرف, وهو عبارة عن قواعد مستقرة, عند تنفيذ العقد بحسن نية. وفي تفسير معنى حسن النية في تنفيذ العقد ربط جانب من الفقه[١] بين قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة ١/١٤٧ مدني مصري وبين تنفيذه الذي يجب أن يكون بحسن نية, وقد استخلص هذا الجانب من هذا الربط مبدأين أحدهما أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتخلص مما يلزمه به العقد, أما المبدأ الثاني فيكمن في أنه لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يفرط في الاستفادة من العقد على حساب الطرف الأخر, ويُرتب هذا الجانب من الفقه على ذلك أن حسن النية الموضوعي يعد ضابطاً قانونياً يلزم مراعاته عند تنفيذ العقد[٢].

وقد بسط المشرع المصري هذا الضابط ليشمل إضافة إلى مرحلة تنفيذ العقد مرحلة إنشائه, وعلى ذلك تقضي المادة ٢/١٥٠ مدني مصري. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فبعد أن كان يتطلب مقتضى حسن النية في تنفيذ العقد, وعلى ذلك تنص المادة ٣/١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل. وبعد تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦ بسط المشرع الفرنسي هذا الضابط, في المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي, ليشمل إضافة إلى مرحلة تنفيذ العقد مرحلتي التفاوض والإنشاء.

وهكذا, يهيمن مبأ حسن النية على العقد في كافة مراحلة بداية من التفوض مروراً بإبرام العقد وصولاً إلى تنفيذه. فإذا كان الفقه قد سلم بأن مبدأ حسن النية يعد ضابطاً للعقود, فإن ذلك يستلزم أن يكون لوصف الحُسن مقومات موضوعية وتنأي عن الاعتبارات الشخصية, حتى تصلح أن تكون منضبطة لذاتها وحاكمة لغيرها. وتكون الضوابط الموضوعية عبارة عن تحديد إطارات لسلوك نموذجي يرتضيه المجتمع

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٠ وما بعدها.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩١.

حاكماً أو مقياساً يُقاس على أساسه سلوك الأفراد وما إذا كانت قد التزمت حدود هذا الإطار أم تجاوزته. وهو ما يقوم به حسن النية كضابط للعقود, فيلزم أن يكون هذا الضابط واضح الحدود حتى يصلح كضابط للعقود, وهو لا يكون كذلك إلا أن تكون مقوماته موضوعية لا شخصية. ومن هنا, كان وصف حسن النية في مرحلة التنفيذ كضابط للعقود على أنه حسن نية موضوعي وليس شخصيا[١].

٣١- تفرض العقود ذاتها مراعاة حسن النية في التنفيذ كضابط موضوعي لا شخصي لهذه العقود, وفقا لمضمون العقد, الذي تم وضعه سلفا, ويلتزم المتعاقدين بتنفيذه. وأن الإخلال بهذا الضابط يستوجب العقاب وفقا لإقرار المسئولية التعاقدية لا طبقا لفكرة التعسف في استعمال الحق لأن المسئولية التي تقوم على أساسها تكون مسئولية تقصيرية [٢].

وتجدر الإشارة إلى أن, المشرع المصري قد طبق حسن النية الموضوعي, إذ نص في المادة ٢/١٥٠ مدني أنه " ....أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد, فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل, وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين, وفقا للعرف الجاري في المعاملات.", وقد ذهب غالبية الفقه إلى أن الثقة والأمانة يعدان من مقتضيات حسن النية وأنهما ضابطان موضوعيان[٣].

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية...., صـ ٩١ وما بعدها.

[٢] انظر في ذلك د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, فقرة ٢٨٧. -- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, جـ١- المصادر, فقرة ٣٠٥.-- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, جـ١, في مصادر الالتزام, فقرة ٤١٣.

[٣] انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, في مصادر الالتزام, فقرات ٣٩٥ وما بعدها.-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, فقرة ٨٠. -- د. عبد المنعم فرج الصدة:

وقد طبق المشرع المصري حسن النية الموضوعي في نطاق الغلط كعيب من عيوب الإرادة من ناحيتين, أحدهما يتمثل في بيان جوهرية الصفة إذ قضى بأن الغلط يكون جوهرياً إذا وقع في صفة في الشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين, أو يجب اعتبارها كذلك لما يُلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية, وهذا ما تنص عليه المادة ١٢١/٢/أ. ويتمثل التطبيق من الناحية الثانية في بيان نطاق التمسك بالغلط إ قضي بأنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية, ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه, إذا أظهر الطرف الأخر استعداده لتنفيذ هذا العقد, وهذا ما تنص عليه المادة ١٢٤ مدني مصري. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن ما ينبغي في التعامل من حسن نية يمثل ضابطاً موضوعياً للصفة الجوهرية حتى بالنسبة للاتجاه القائل بذاتية الغلط[١]. وهكذا, تعتبر نزاهة التعامل وهي إحدى مقتضيات حسن النية, عنصراً موضوعياً, يتم اللجوء إليه كمعيار لتقدير الغلط. ومن ثم, يتبيّن من كل هذه التطبيقات أن حسن النية الموضوعي يقوم على أساس من مقتضيات حسن النية وأنه يختلف في طبيعته عن حسن النية الشخصي وأن ذلك الاختلاف هيأ للأول منهما دون الثاني أن يكون ضابطاً للعقود, وتنحسر سلطة قاضي الموضوع في شأنه بحدود قانونية يخضع الإخلال بها لرقابة محكمة النقض[٢].

مصادر الالتزام, فقرة ٢٨٢.-- د.عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, جـ١, المصادر, فقرة ٢٩٣-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية...., صـ ٩٧ وما بعدها.

[١] انظر د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, في مصادر الالتزام, فقرة ١٦٨-- د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, , فقرة ١٥٧.-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, فقرة ٢٠.-- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, جـ١- المصادر, فقرة ١٨٨.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية...., صـ ٩٩.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية , صـ ١٠٠.

٣٢- يكون الإبقاء على حسن النية تحت تأثير الإرادة الشخصية اقتراحاً غير ملائم من ناحيتين[١], تتمثل الأولى في أنّ الاقتراح يميل إلى تفضيل اختلاط حسن النية مع المعنوية confusionave la morale. أما الناحية الثانية، فتكمن في أن حسن النية الشخصي لا يتيح الأخذ في الحسبان بالتغييرات التي تطرأ على الإخلال بمبدأ حسن النية، ويبدو لنا أنه يكون من الضروري إذن رفض المفهوم أو التصور الشخصي, وسوف نعرض لذلك, حتى يتسنى الأخذ بالمفهوم الموضوعي وفقا للنصوص القانونية المختلفة, كالمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني.

الفرع الثاني: رفض المعايير الشخصية les critéres

٣٣- تترجم القواعد الواردة في كل من المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي التي حلت محل المادة ٣/١١٣٤ منه بعد تعديل ٢٠١٦, والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألمانيBGB , والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني Mimpô, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي[٢], على أنها قواعد سلوك, يتعين على المتعاقدين الالتزام بها بتبني تصرفاً متوافقاً comportement conforme مع الثقة والأمانة المتبادلة[٣], يتوافق مع هذه النصوص. ويكون ذلك

---

١ JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit.,n° 305.

٢ JALUZOT(B.): th., op. cit.,n^os 461 et s.

٣ DESGORCES (R.): La bonne foi dans le droit des contrats : role actuel et perspectives , these dactyl. Paris II,1992. P.134.

أساساً للأثر الذي يكون مناسباً لتكملة التعامل بقوة مع النتائج المترتبة على مضمون هذه القاعدة. فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الثقة المشروعة والأمانة والوفاء بالعهد والإخلاص وشرف التعامل بنزاهة تعد من مقتضيات حسن النية وهي دائما ذات معيار موضوعي . ومن هنا كان وصف حسن النية التنفيذي كضابط حسن نية موضوعي للعقود وليس شخصياً[١]. وحتى يتسنى لقاعدة السلوك إنجاز مهمتها كقاعدة قانونية norme juridique ضامنة للاتحاد بين المتعاقدين, ولا يمكن أن يُعدّ حسن النية حالة المعنوية, بمعنى قصد أو نية المتعاقد، ولكن ينبغي أن يكون مقدراً وفقا لإنعكاس آثار الإرادة الموضوعية على العلاقة التعاقدية.

أولاً: انفصال أو فصل النية. detachement de L'intention

٣٤- كان القانون الفرنسي كالقانون المصري مضطرباً عندما تعلق الأمر بالأخذ في الاعتبار ليس بالحالة النفسية للمتعاقدين, بل بأوضاعهم ومواقفهم prendre en considération non la psychologie des contractants mais leurs attitudes . فقد سيطرت فكرة النية للمتعاقدين على النظام القانوني الفرنسي والمصري[٢]. والسبب في ذلك يرجع إلى أثر قاعدة سلطان الإرادة Le sillage du principle du L'autonomie de la volonté التي, على الرغم من تراجعها, فإن

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية..., صـ ٩٢.

[٢] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats,étude comparative, th., op.,cit.,n°340 -- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٢٥ وما بعدها, صـ ٧٣ وما بعدها.

آثارها ما زال يشع بقوة في فكرة حسن النية[١]. فيجب القول بأن النية أو القصد L'intention يُقدِّم وجه مزدوج يُؤثر بالتأكيد على مضمون النصوص القانونية التي تُلزم تنفيذ العقد بحسن نية. فالنية تهتم سواء بالتسبيب أو الباعث motivation[2] الذي يتصل بالتصرف أو السلوك comportement , أو بتفسير الاتفاق L'interprétation de la convention[٣].

(أ) فصل حسن النية عن الباعث أو السبب في العقد:

٣٥- ذهب جانب من الفقه الفرنسي والمصري[٤] إلى الربط بين حسن النية bonne foi والباعث على التصرف motif de comportement وقال بأن القصد هو الباعث على التصرف الذي منحه القانون الفرنسي والمصري في مجموعه أهمية كبيرة إذ اعتبر أن حسن النية كالقصد الذى يحث المتعاقد على التصرف. فإذا كان القصد حسناً فإن الشخص يكون حسناً النية bonne foi, أما إذا كان القصد سيئاً كان الشخص سيء النية La personne est de mauvaise foi. ومن هنا,

---

[١] د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, , فقرات ٢٦ وما بعدها١٨. – د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, المصادر الإرادية وغير الإرادية, جامعة حلوان, ٢٠١٥, صـ ٧٨ وما بعدها, صـ١٤٩ وما بعدها.

[2] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats,étude comparative, th., op., cit., n°335

[٣] JABBOUR (R.): L.G.D.J., 2016.n° 307.

[٤] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats,étude comparative, th., op.,cit., n°340.---- RITA JABBOUR: La bonne foi dans l'exécution du contrat, these,preface de Laurent Aynès, L.G.D.J., 2016.n° 308. انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٥٠ وما بعدها.

يتعارض سوء النية مع حسن النية, ويتعين أن يتفق مع تطبيق نصوص التي تستوجب تنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النة. ويُعبَّر عن القصد السيء mauvaise، بالغش dolosive، بالتدليس frauduleuse. وللوصل في هذا الإطار إلى تعريف لحسن النية, يكون من الضروري البحث في داخل (باطن) كل متعاقد, وأن المواد التي تنظم حسن النية الواردة في بعض التشريعات كالمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, تعد الأساس الأخلاقي base morale. فيجب أن تكون النية حسنة، في اعتقاد أو إيمان الضمير بأن الاتفاقات يجب أن تُنفذ بحسن نية les conventions devront être executes de bonne foi، وهذا يعني أن تنفيذ الاتفاقات يتم وفقا للروح المستخلصة من نية الأطراف. ومن ثم, تُنفذ الالتزامات طبقاً لنية الأطراف، ولإتمام الهدف الذي بمقتضاه, من وجهة نظرهم أبرموا العقد، وأن يكون التنفيذ قد تم كذلك وفقاً للقواعد التي تنطوي على السلوك الذي يتسم بالأمانة والصدق, بعبارة أخرى, تنفيذ الاتفاق من قبل الشخص الأمين والصادق une conduite honnête et loyale [١]. وعلى ذلك تقضي المادتان ٢٤٢ من القانون الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني[٢].

(ب) فصل حسن النية عن تفسير العقد. interprétation:

٣٦- تعد النية كذلك وسيلة لتفسير الاتفاق في حدود أنها تتشابه مع التصرف المشوب بحسن النية أو سوء النية[٣]، وبذلك يكون الطريق ممهداً للغموض واللبس بين

---

١ JABBOUR (R.):, op. cit.n° 308.

٢ JALUZOT (B.): th., op., cit., n^os 461 et s.,485 et s., 498 et s.

٣ JALUZOT (B.): th., op., cit., n^os 340, 569 et s. -- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٧ وما بعدها.

المادتين ١١٠٤, ١١٩٤ من التقنين المدني الفرنسي بعد التعديل, أي اللبس بين المادتين ٣/١١٣٤, ١١٣٥من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل. بدون شك ينبغي أن نؤكد على أن العدالة والنية تكونان مفترضتان بقوة في أطراف العقد. فوفقاً للمادة ١١٩٤ فرنسي بعد التعديل, والمادة ١٤٨ مصري يرى جانب من الفقه تفسيراً لهذه الفكرة، فيذهب إلى أن الاتفاقات يجب أن تُقدر بُحسن نية وتُقبل كافة آثارها, وهذا يكون في نية الأطراف وأدائها. ولا توجد هذه النية في العبارات المكتوبة في العقد الذي تمّ بينهما فحسب، وإنما توجد أيضا في مبادئ العدالة المستعملة في مختلف الدول، وفي القواعد العامة للقانون les règles générales de la loi, وفي العرف. وتقضي المادة ٢٤٢ من التقنين المدني الألماني BGB بأن يجب على المدين أن يُنفذ التزامه بالأداء وفقا لما يوجبه حسن النية (فيقتضي الأمانة والإخلاص) مراعاة للأعراف[١].

ويقع على القاضي واجب تفسير الاتفاق وتنظيم التنفيذ ordonner l'exécution وفقاً لنية الأطراف, مراعاة للغاية التي يرغب الأطراف في الوصول إليها. يقود إعادة إحياء حسن النية في قصد الأطراف إلى الغموض بين النية والعدالة. وعلى كل حال فإن الأخذ في الحسبان بالنية لفهم المادة ٣/١١٣٤ أو المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي يكون متنازعاً فيها، فمن ناحية, لا تتعادل الصعوبة في تحديد الفكرة الغامضة مع تلك الصعوبة في تقدير الحالة الداخلية للأفراد. ويبدو أن الاعتماد على فكرة النية لفهم الحالة الباطنة وهمياً. ومن الناحية الأخرى, فتتمثل في أن العلاقة المزعومة أو المفترضة بين الفكرتين قد تُسهم في انحراف معنى المادة,لأن الحالة

[١] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats,étude comparative, th., op., cit., n^os 461, 484 et s.

النفسية للقصد ترجع إلى أن الحالة الباطنية أو الداخلية une interiorité التي يصعب تحديد ذاتيتها[١]. لذا يتعين فصل النية عن العنصر النفسي.

ونستخلص في النهاية أنه لإثبات صفتها الموضوعية، يكون من الضروري فصل حسن النية disjoindre la bonne foi عن العنصر النفسي الذي يرتبط به عادة. وينبغي عدم التعويل من الأساس على نية الفاعل. ودون حاجة إلى الإحالة أو التفويض إلى إحساس أو عاطفة داخلية مبهمة، فالإرادة الموضوعية تكون كافية إذن la volonté objective suffit[٢].

ثانياً : الارتباط بالإرادة الموضوعية. rattachement à la volontè objective

٣٧- تتم الإرادة عادة بطريقة شخصية demaniére subjective فتقوم على اعتبارات داخلية وباطنية غير قابلة للقياس[٣]. فيتعذّر على أي إنسان معرفة هذه

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative,th.,op. cit., n°341.-- JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit.,n° 308, p. 247.-- فلا يوجد أي تعريف وتحديد للنية ومضمونها فهي تكون وبحق متبخرة. فحسن النية هو عبارة عن الهدف الجيد أو الحسن. فإرادة تميل إلى إنجاز شئ جيد لتبعث الحياة لدى الفاعل, ولكن لسوء الحظ قد تكون النتيجة المتحصلة غير مشروعة. وبسبب حسن القصد, حسن النية, فاعله لن يكون مُعاقباً. وهذه القاعدة تعتبر من القانون الكنسي, ولكن كان ذلك مرفوضاً في القانون المدني الفرنسي. وقد أدى ذلك إلى تطبيق قضاة الموضوع هذه القاعدة وأيدت أحكامهم محكمة النقض الفرنسية. وفي المقابل, أقر القانون بعض التطبيقات التي تحمي المدين حسن النية. بيد أن حسن النية تُعني حسن القصد الذي يدفع أحد الأطراف على الأداء في الظرف المخفف.

[٢] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit.,n° 309.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ١٨٢ وما بعدها.... فالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة وصفان يُلحقان بالنية في تحركها

الأمور الداخلية للشخص الذي يُعبر عن إرادته. وقد تعرَّض هذا المبدأ لعدة انهيارات, التي لم تستنفذ في العادة النية الشخصية للمتعاقدين. وما لا يدع مجالاً للشك أنّ الفقه انقسم إلى اتجاهين متعارضين, تبنّى الأول الإرادة الباطنة volonté interne أي انتصر للنية الحقيقية, فكان اتجاهاً ذات طابع شخصي بحت أما الاتجاه الأخر, فقد اعتنق الإرادة الظاهرة أو المعلنة La volonté déclarée فكان اتجاهاً ذات طابع موضوعي محض[١]. **ويتخذ المذهب الشخصي** من النية الحقيقية الباطنة أساساً للتصرف القانوني, ولا ينظر إلى النية فيما أعلنته أو عبرت عنه إلا أنه لا يعدو أن يكون سبيلاً لتحقيق غاية وهي نقل حقيقة القصد من الحيز النفسي الداخلي إلى الحيز الخارجي الظاهري. وإذا كانت الغاية هي جوهر التصرف وهي القصد الحقيقي والباعث الفعلي الذي دفع بالمتصرف إلى الإقدام على إبرام تصرفه, فإنه يتعين

الإرادي. وهما وصفان متعارضان متقابلان, ولذا فإنهما لا يلتقيان ولا يتوازيان. غير أنه يكون لهما أثراً كبيراً في تحديد طبيعة التصرف القانوني وآثاره القانونية.

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, 5e éd.,Defrénois, 2011,n° 749.-- JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit.,n° 310.-- انظر في ذلك د. نزيه المهدي: دروس في النظرية العامة للالتزام, ج١, مصادر الالتزام, طبعة ١٩٨٦, صـ٥٠.-- د. عبد الفتاح عبد الباقي: موسوعة القانون المدني, نظرية العقد والإرادة المنفردة, ١٩٨٤, فقرة ٥٤.-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, فقرة ٢٠.-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة, مرجع سابق, صـ ١٤٩ وما بعدها.-- د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, فقرات ٤٧ ما بعدها-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية صـ ١٨٢.

الوقوف عند هذه النية سواء في تكوين العقد أو تفسيره أو في تحديد الالتزامات الناشئه عنه. أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس[١].

وتجدر الإشارة إلى أن التقنين المدني الفرنسي كان أكثر تأثراً بالأولى الإرادة الباطنة النفسية، واعتبر الثانية عديمة الجدوى إلا إذا تطابقت مع الإرادة الداخلية الشخصية au vouloir intime لصاحبها أي الإرادة الداخلية للمتعاقد[٢]. على الرغم من أن القانون الفرنسي منبته الأصلي كان في القانون الألماني ذي النزعة الموضوعية[٣].

٣٨- **أما بالنسبة للمعيار الموضوعي**. فيتخذ من مظهر النية أساساً للتصرف ويغفل كلية النية الباطنة النفسية إذ هي خفاء في النفس كامنة في الضمير. ولا يحفل القانون, باعتباره ظاهرة اجتماعية, إلا بما يبرز أو يظهر في أرض الواقع والعالم الحسي, أي ينظم القانون السلوك الخارجي وحسب. ومن هنا كان الاعتداد بمظهر النية وليس بالنية ذاتها. وأن المظهر هو الذي يجب الوقوف عنده باعتباره العنصر الأساسي المنشئ للالتزام أو للتصرف القانوني, ومن ثم, يُنظر إلى التعبير الظاهر

---

[١] فإذا قام الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تتفق مع الإرادة الباطنة النفسية فالعبرة بالإرادة الباطنة لا بالظاهرة. وإذا تعذّر معرفة الإرادة الباطنة النفسية بالجزم, فما على القاضي إلا أن يعرفها عن طريق الافتراض. فالإرادة الحقيقية أولاً وإلا فالإرادة المفترضة, ولكنها حقيقية كانت أو مفترضة, هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة وهي الإرادة الحرة المختارة غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط... انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ١٨٣.-- د. عبد الفتاح عبد الباقي: موسوعة القانون المدني, نظرية العقد والإرادة المنفردة, فقرة ٥٤.-- د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, فقرة ٧٢.-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, فقرة ٢٠.

[٢] CARBONNIER (J.): Droit civil, t. 4, Les obligations, 13e éd., PUF,1988, n° 14. -- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية , صـ ١٨٤.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية.. , صـ ١٨٤.

الخارجي الذي أعلن به المتصـرف قصـده الحقيقي أو نيته أو إرادته الباطنة على أنها الإرادة القانونية المعتبرة[١].

ومن الملاحظ أن **المذهب الموضـوعي هو مذهب ألماني النشـأة**, وقد سـاد في القانون الألماني الحديث, ويجد هذا المذهب أنصـاره من الفقهاء الذين يُرجعون القوة الملزمة للعقد إلى القانون مع الأخذ في الحسـبان الاعتبارات الاجتماعية وما تقتضـيه من كفالة اسـتقرار المعاملات وحماية الثقة المشـروعة وليس الأخذ بالاعتبارات الأخلاقية كالوفـاء بالعهد[٢]. **أما بالنسـبة لموقف القانون المصـري**, فقد أخذ بالإرادة الباطنة وأكملها بالإرادة الظاهرة. وراعى في الخلط بين الاتجاهين الاعتبارات المختلفة التي تنتمي إلى كل منهما فقد وازن بين اعتبار احترام الإرادة الباطنة واعتبار اسـتقرار المعاملات[٣].

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ١٨٥. -- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة, جامعة حلوان, ٢٠١٥, صـ ١٥٣ وما بعدها.-- د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٨, فقرات ٤٨ ما بعدها

[٢] انظر في ذلك د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام, طبعة ١٩٦٦, فقرة ٥٢. -- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ١٨٥.

[٣] انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة, صـ ١٥٧ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٥٠... ومن تطبيقات هذا الخلط نظرية عيوب الإرادة, فالمشرع يعتدُّ بالغلط والإكراه والتدليس ويعتبرها موجبة للبطلان النسبي في التصرف القانوني وهو إعمال لمبدأ سلطان الإرادة والاعتداد بالإرادة الباطنة. غير أنه, من ناحية أخرى, حرص على استقرار المعاملات فاستبعد البطلان النسبي إذا كان المتعاقد لا يعلم ولم يكن في وسعه أن يعلم, وهذا ما تقضي به المواد ١٢٠مدني مصري للغلط, والمادة ١٢٦ للتدليس, والمادة ١٢٨ مدني مصري للإكراه.

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي: فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون المدني الفرنسي قد عدل عن المذهب الشخصي واتّجه مع ذلك نحو الأخذ في الاعتبار بالإرادة الموضوعية la volontè objective [1]. فإذا كان ذلك صحيحاً لتحقيق فاعلية قانونية، فإنّ الإرادة الداخلية ينبغي أن تتجاوز إلى المظهر الخارجي manifestation extérieure . فهل لا يكون الكلام المعطى عبارة عن تصرف خارجي، سلوك اجتماعي، وإعلان عن الإرادة ؟ وكذلك علاقات الأعمال Les relations d'affaires كمظاهر خارجية في الحياة surface extérieure de la vie لا تقوم على الإرادة الداخلية vouloir interne للمتعاقدين، وقد أرسو إرادة مُعبراً عنها volonté exprimée, ظاهرة manifestée وبعد تفاوض بشأنها voire négociée. ومن ثم, تكون مراقبة الضمير غير ذي جدوى[٢]. وتكون هذه المظاهر ضرورية بالنسبة للأطراف المتوافقة على إبرام العقد. ويُسجل ذلك في عبارات العقد وبنوده, ويتم تطبيقها عملا. ويشهد القانون الوضعي على هذا الاتجاة . وباختصار يكون المفهوم الموضوعي لإرادة الأطراف متاحاً عندما يأخذ في الحسبان الإرادة الخارجية une volonté extériorisée. وينبغي أن يكون هذا الدليل موجوداً عادة وبشكل طبيعي كإشارة توضع في إطار قاعدة للتصرف comportement [٣]. ويتبقى دراسة المعيار الموضوعي لحسن النية.

---

[1] انظر في ذلك JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 309.

[٢] RIPERT (G.): La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., L.G.D.J.,1949.n° 159.

[٣] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 310.

المبحث الثاني:

قبول أو اختيار المعيار الموضوعي

réception d'un critére objctif

٣٩- ينبغي أن تقوم النصوص القانونية التي تنظم تنفيذ العقد بحسن نية كالمادة المادة ٣/١١٣٤ التي عُدلت إلى المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٤٨ من القانون المدني المصري, على التقدير الموضوعي بالنسبة للثقة المشروعة التي تعد من مقتضيات حسن النية, والتي تدفع المتعاقد إلى إلى التفاوض على العقد في المرحلة قبل إبرام العقد ثم مرحلة الانعقاد, ثم مرحلة تنفيذ العقد, وتنطوي هذه النصوص, على الرغم من الوسائل المساعدة, على الحماية الأكثر فاعلية لهذه الثقة.

المطلب الأول:

الثقة المشروعة

confiance légitime

٤٠- ترتبط فكرة الثقة دائما بحسن النية، ويكون من المناسب التأكيد من ذلك, قبل تعيين أُطرها وحدودها المبينة في نطاق العقد حيث أن الثقة المشروعة هي وحدها التي يحميها القانون.

الفرع الأول: دور الثقة المشروعة والأمانة في تنفيذ وتفسير العقد:

يكون حسن النية متلازماً مع الثقة المشروعة والأمانة في تنفيذ العقود وفي تفسيرها.

أولا: علاقة الثقة بتنفيذ العقد:

٤١- في كل الأوقات، يكون لحسن النية علاقات قوية مع الثقة، لأن الثقة المشروعة تعد من مقتضيات حسن النية. فأصل كلمة الثقة يرجع إلى cum fides، أن وجود النية في شيء ما، أو في شخص ما، هو الأصل في مصطلح حسن النية. فيتعين الجمع بين حسن النية والثقة. فالثقة بين المتعاملين ضرورية لضمان الحفاظ على حسن النية, فمن حق المتعامل أن يركن إلى تلك الثقة وأن يفترض فيمن يتعامل معه أن يجري تعامله على أساس من الشرف والأخلاق والأمانة. ولا ينال من هذا المعنى أن طبيعة العقود تقوم على مصالح متعارضة, فكل متعاقد يسعى إلى تحقيق مصالحه ولو على حساب مصالح المتعاقد الأخر. ويهيمن عليه في سعيه حدوداً أهمها مقتضيات حسن النية, وقد أدرك المشرع المصري هذا المعنى حين نص في المادة ١/١٤٨ على أنه" ١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...". ويستفاد من هذه المادة أنه يتعين تنفيذ العقد وفقا لمتضيات حسن النية ومنها الثقة المشروعة.

أما عن **القانون المدني الألماني BGB** [١] فقد قضت المادة ٢٤٢ بهذا المعنى عندما نصت على أنه " يُنفذ المدين التزامه بالأداء وفقا لما يوجبه حسن النية (فيقتضي الثقة والإخلاص) مراعاة للأعراف. ونصت على ذات الأمر المادة ٢/١ من **القانون المدني**

---

[١] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op., cit., n^os 461, 484 et s.

اليابانيMimpô بقولها" يكون استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات من الأمور التي يجب أن تكون أعمالاً لحسن النية والأمانة"[١].

ثانيا: علاقة الثقة المشروعة والأمانة بتفسير العقد:

٤٢- في القانون المدني المصري, استعان المشرع بالثقة لتفسير العقد وعلى ذلك تنص المادة ٢/١٥٠ من القانون المدني المصري بقولها"...أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد, فيجب البحث عن النية المشتركة بين المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانه وثقة بين المتعاقدين, وفقا للعرف الجاري في المعاملات". ومؤدى هذا النص أنه يجب لتفسير العقد البحث عن النية المشتركة والأمانه والثقة بين المتعاقدين, وبذلك يكون الثقة المشروعة والأمانة من مقتضيات حسن النية, وأنهما ضابطان موضوعيان[٢].

أما عن **القانون المدني الياباني**, فقد اعتمد في ظل غياب نص يتعلق بالتفسير, المادة ٢/١ التي تتعلق باستعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات بحسن نية وأمانه, واعتبارها هي ذاتها المعيار المُستخدم للتفسير القانوني[٣], وبذلك يكون المشرع الياباني قد استعان بالأمانة في التفسير وهي ضابط موضوعي.

---

[١] JALUZOT (B.): th., op., cit., n^os 461, 498 et s.

[٢] انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, جـ ١, في مصادر الالتزام, صـ ٢٢٢.-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, فقرة ٣٨٨.-- د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام, فقرة ١٥٤.-- د. عبد الفتاح عبد الباقي: موسوعة القانون المدني, نظرية العقد والإرادة المنفردة, فقرة ٢٨٥.-- د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, فقرة ٢٨٢.-- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, جـ١- المصادر, فقرة ٢٩٣.-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٧, صـ ٩٨٣ وما بعدها, وهامش رقم ١٤٨.

[٣] JALUZOT (B.): th., op., cit., n^os 500, 572.

أما بالنسبة **للقانون المدني الألماني BGB** , فقد تبنى المشرع حسن النية في التفسير وفقا للمادة ١٥٧منه حيث نصت على أنه" يجب أن تُفسر العقود وفقا لما توجبه حسن النية, بمراعاة العرف". وأن المادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني, والتي تقتضي تنفيذ الالتزام بحسن. وبذلك يفصل المشرع الألماني بين تفسير وتنفيذ العقد واعتبرهما عمليتين منفصلتين. ومن هنا يكون المشرع الألماني قد تبنى حسن النية والعرف لتفسير العقد[١].

أما **بالنسبة للقانون المدني الفرنسي**, فقد اعتمد المشرع لتفسير العقد على البحث في النية المشتركة للمتعاقدين وهو عنصر ضروري للمرونة التعاقدية. وقد استعان بعدة معايير للتفسير وهي العدالة, وطبيعة الأشياء, والعرف والقانون. وعلى ذلك تقضي المواد ١١٥٦ وما بعدها[٢], والتي أصبحت المواد ١١٨٨ وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي. ومن هنا, يظهر أن القانون المدني المصري والياباني يعتمدان على الثقة والأمانة في تفسير العقد, وهما ضابطان موضوعيان.

٤٣- فقد كان للنية في العصور المختلفة جناحين إيجابي وسلبي double volet actif et passif وفي ذلك تكون النية عبارة عن اعتقاد أو إيمان لاسيما الأمانة أو الوفاء أو الإخلاص[3] croyance autanque fidélite . فحسن النية La bona fids يكمن في إنشاء الاتفاقات الرضائية préside á L'édication de conventions consensuelle التي تقوم على الأمانة ويهيمن عليها أي اتفاقات

---

[١] JALUZOT (B.): th., op., cit., n^os 571, 576, 598, 610 et s, 614.

[٢] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op., cit., n^os 577, 587, 614.

[3] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٨٤.

الثقة. ويقتضـــي أن هذا يكون مقترناً بالإرادة والطمأنينة sécuriser[١]. وهكذا يحتفظ حسن النية بمفهومه المتعمق لفكرة الثقة بعنصريها الاعتقاد أو الأمانة والإخلاص[٢].

أما بالنسبة **للقانون الوضعي** فقد شهد على الضرورة المتزايدة للتصرف التعاقدي المختلط بـالتســـامح totérance والإرادة المتعـاونـة volonté de collaborer فاعتبارات الثقة المتبادلة بين الطرفين La confiance réciproque des parties والذي يعطي الحيوية للعقد ويكون ضـرورياً له, ومن ثم يكون هناك ارتباط متبادل بين الأمانة أو الثقة والعقد l'interdépendance de la confiance et du contrat , فالعقد يكون متلازماً بالثقة وتُكمِّله. وبالتبادل يُبرم العقد لغاية أو لأثر يتولد عن الثقة Le contrat peut avoir pour but et pour effet de générer la confiance[3] وأن العقد يرتبط بقوة بالثقة وحسن النية[٤].

وهكذا, تطورت القيمة القانونية لحســن النية بعمق عبر العصــور المختلفة، غير أنها لم تعد ترتبط بالمعنى الحرفي بالثقة أو الأمانة التي تُعتبر شرطاً ضـرورياً لفاعلية العقد. وقد أصر الفقه على زيادة قيمة حسن النية valorisation de la bonne foi . ويؤكد الواقع العملي على أن التعاون coopération بين حســـن النية والثقة يكون متلازماً ونتيجة طبيعة, والذي من شـــأنه أن يؤدي في النهاية, إلى تحقيق أهداف اقتصـــاديـة termes économique, كمبـدأ من المبـادئ الـذى يتعـذّر

---

١ JALUZOT (B.):th.,op. cit., n°54.

٢ JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit.,n° 313.

3 GHESTIN(J.), LOISEAU(G.), et SERINET(Y.-M.): Traité droit civil, La formation du contrat, 4e éd.,L.G.D.J.,2013.nos 291 et s.-- JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, *th.,op. cit.*,n° 313, p.250.

٤ انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٨٤.

استبداله irremplacable في العلاقات التعاقدية Le relations, وينبغي أن يكون ذلك جوهر الواقع العملي التعاقدي[١]. ولا يكون هناك شيئاً غير متوقع في هذا الأمر لأن الاتفاق لا يخلو من احتمالات المخاطر بالنسبة لوضع المتعاقد l'attitude du contractant في إنجاز التزامه أو تعهده L'accomplissent de son engagement . ولهذا يكون من الضروري الاعتماد على قاعدة تنظيمية norme régulatriceللتصرف التعاقدي بطريقة تُتيح إثبات استمرار الثقة والأمانة, بعبارة أخرى, أي بطريقة تؤكد على بقاء الأمانة. ضرورة حسن النية يوصل لهذه الثقة L'exigence de bonne foi véhicule cette confiance.

وقد أرست القوة الملزمة asseoir la force obligatoire كذلك أن المعيار الذي يسمح بقياس مخالفة حسن النية contravention على أساس الثقة والأمانة يعتبر محاولة مرتبطة. وتكتسب هذه الحقيقة الدقة عندما تكون حدود الثقة les contours de la confiance يمكن تحديدها، ويتعين أن يكون هذا التحديد مشروعاً ومتاحاً[٢].

الفرع الثاني: تحديد إطار الثقة المشروعة:

delimitation de La confiance légitime

٤٤- يقصد بمصطلح المشروعية أنه يتعين أن يكون موضوع كل تصرف, متوافقاً وبحق مع نصوص القانون. واستلزمت مبادئ الأخلاق أن يكون التعامل على قدر كبير من النزاهة والشرف دون الخيانة. فالخيانة أو الغدر La trahison للأمانة لا

---

[١] GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), et SERINET (Y.-M.): Traité droit civil, La formation du contrat, 4e éd., L.G.D.J., 2013, nos 295.--- JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 313, p. 250 et s.

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 313, p. 251.

يحميها القانون[١]. فالاعتقاد أو اليقين, الذي يُغذِّى الاقتناع بضرورة تنفيذ العقد contractuel project ولا يُكسب بالضرورة حقاً ne confère pas nécessairomeht un droit. وبالتأكيد فإنه لا يكون من المناسب حماية التسرع في الاقتناع الأعمي, أو فتح الباب للقاضي لإحداث ضرراً بالمضرور. وقد رفض القانون مساعدة ذلك الذي لا يكون تصرفه مشروعاً, حتى ولو أصابه ضرراً، ولا يُعتدُّ بمُخالفة حسن النية إلا في حالة الاعتداء atteinte على الثقة المشروعة le manquement à la bonne foi n'est caractérisé qu'en cas d'atteinte à la confiance légitime[٢]. بمعنى أن المتعاقد الذي يتصرف بصواب يستطيع تعزيز مضمون العقد ويساعد على تنفيذه. فالتصرفات التي تنطوي على خديعة أو غش أو سوء نية أو خيانة الأمانة تُعد من قبيل الخطأ التعاقدي la faute contractuelle الذي يستحق جزاء أشد يحمل معنى الردع كالإبطال والبطلان أو التعويض الكبير[٣].

ففي قضية الخِزَن الحديدية المنظورة في ٣٠ يونيو ٢٠٠٤[٤]، رفضت محكمة النقض الفرنسية إعادة الأخذ بتجاوز أو تَعدِ البنك L'abus de l'etablissement buncaire عندما قام بزيادة أو مُضَاعَفِة قيمة استئجار prix de location الخزنة الحديدية. وأن العميل قد أُعلن في الوقت المناسب بقائمة بالأسعار traif, وتم إخطاره بأنه يكون حراً في عدم الاستمرا علاقاته مع البنك, فضلاً عن أنه يجوز له استخدام

---

[١] STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, thèse AIX-Marseil,LGDJ,2000.n°234.

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 314.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٨٤ وما بعدها.

[٤] Cass. Civ. 1re, 30 juin 2004, RTDciv., 2005, p.749, obs.P.-Y.Gautier.

سلطته بانفراد usée son pouvoir unilatéral لتعديل أسعاره. ولا يملك البنك في أي وقت مفاجأة الثقة المشروعة لمستأجر الخزنة الحديدية، فالخطأ أو التعسف لا يكون موصوفاً أو متميزاً بدرجة من الجسامة، لأنه لا يمكن أن توجد الثقة المشروعة في فكرة استقرار أو ثبات الأسعار l'idée de stabilité du prix وأن هذا السعر يخضع لقوانين السوق soumis aux loi du marché. في المقابل, لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في معاقبة من يعتدي على المشروعية بخيانة الأمانة.

٤٥- ويتيح مفهوم حسن النية بواسطة الثقة المشروعة بإعادة تجميع التصرفات المتباينة la variété تُخالف النصوص القانونية التي تُنظِّم حسن النية والثقة, كالمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي. فأي سلوك أو تصرف من قبل أحد المتعاقدين, ينطوي على الغدر والخيانة, يُعدُّ مخالفة لهذه النصوص, ومن ثم الاعتداء على الثقة المشروعة[١]. ويشمل هذا المعيار كافة الأشكال السلوكية, ولا يتعلق الأمر هنا إلا بمظهر محتمل لضرورة حسن النية. ومن ثم, يكون نطاق حسن النية أكثر اتساعاً, وفيه يُعاقب كل سلوك أو تصرف غير متوقع imprévisible يضر بالثقة المشروعة للغير. وعند عدم وجود مثل هذا التصرف, فلا يكون هناك بالضرورة مخالفة, كما هو الحال في استغلال المركز القوي. فعندما يوجد أحد المتعاقدين في وضع قوي, تكون تصرفاته متوقعة.

باختصار لأن القوة الإلزامية للعقد تقوم على التحالف والارتباط alliance بين المتعاقدين, الذي ينطوي على الثقة المتبادلة confiance réciproque وأنّ المعيار

---

[١] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 315.

المُستخدم في تقدير حسن النية لا يكون إلا الثقة ذاتها, التي تُعتبر ضابطاً موضوعياً[١]، فالثقة وحسن النية يُكَوّنان علاقة دقيقة وشديدة, وأن عدم إقرارها من قبل أحدهما يؤثر على الآخر. وفي المقابل, الثقة المشروعة تكون مضمونة بواسطة المواد التي تنظم تنفيذ العقد بحسن نية وثقة كالمادة ١٤٨ مصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني, والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي.

المطلب الثاني:

وسائل حماية الثقة المشروعة:

٤٦- إذا كانت المادة ٢٤٢ من القانون المدني الألمانيBGB , والمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي الجديد, والمادة ١/١٤٨ والمادة ٢/١٥٠ من القانون المدني المصري, والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني Mimpô من النصوص الأكثر جدارة على ضمان حماية الثقة المشروعة, فإنه توجد وسائل أخرى مكملة لحماية حسن النية, وسوف نستعرض هذه الوسائل على النحو التالي:

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٧, صـ ٩٨٣ وما بعدها, وهامش رقم ١٤٨.--.316 JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 316.--.١٤٨

الفرع الأول: الوسائل التكملية لحسن النية:

تُستخدم وسائل مختلفة من قِبل المحاكم والتي من شأنها ضمان حماية الثقة المشروعة للغير. ومنها فكرة السبب وفكرة الحالة الظاهرة.

أولا- دور السبب في حماية الثقة المشروعة la cause

إذا كان السبب آلية ضرورية mécanisme nécessaire لحماية الثقة المشروعة de protection de la confiance légitime, فإنه يبقى على الرغم من أهميته غير كاف.

(ا)- الحماية الضرورية :

٤٧- يُعتبر السبب عادة شرطاً أو ركناً في الالتزام، ويبرر قوته الإلزامية[١]. وهو السبب المباشر القريب الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقة من وراء الالتزام[٢]. وانعدام السبب لا يُعرَّف فقط بأنه غياب المقابل للالتزام L'absence de contrepartie à l'obligation, وإنما يتعلق بغياب المصلحة أو الهدف التي يريد المتعاقدان تحقيقها أو الوصول إليها من تنفيذ العقد l'exécution du contrat à بشرط أن هذه

---

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 621. يعتبر السبب العنصر المبرر للقوة الإلزامية للالتزام, فهو يتيح للقاضي رقابته. من أجل حماية المصالح التي يهتم بالمحافظة عليها.

[٢] انظر في ذلك د. محمد لبيب شنب, د. ميرفت ربيع عبد العال: الجزء الثاني, مصادر الالتزام, المصادر الإرادية وغير الإرادية(العمل غير المشروع – الإثراء بلا سبب), جامعة حلوان, ٢٠١٥, صـ ٣٦ وما بعدها.-- د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٨, فقرة ١٥٦...وتقسم هذه النظرية السبب إلى ثلاثة أنواع, هي السبب المنشئ والسبب القصدي والسبب الدافع.

المصلحة تترتب عن اقتصاد العقد l'économie du contrat [١]. ويصطدم السبب مع التطبيق الجامد une application vivace وبخاصة عندما يستند على التزام الأصلي a l'obligation essentielle.

ويُقصد بالالتزام الأصلي أو الرئيسي تلك الفكرة التي بموجبها لا يمكن لجوهر التعهد أو الالتزام engagement أن يتخلى أو يهجر صفته الأساسية substance, فيُحظر على المتعاقدين interdit aux contractants الحرمان من الفائدة من الالتزام priver son intérêt الأصلي عن طريق الشروط المُعارضة clauses contredisant لأثر هذا الالتزام[٢]. وعلى ذلك نصت ١١٣١ التب أصبحت المادة ١١٧٠ من التقنين المدني الفرنسي بموجب التعديل الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ بقولها أن " يعتبر كل شرط يَمنع في جوهره الالتزام الأساسي للمدين كأن لم يكن" [٣]. ومؤدى هذا النص أنه يحظر كل شرط يكون لمضمونه أثراً مانعاً للالتزام الأساسي للمدين ويفرغه من مضمونه, وبخاصة الشروط المُحددة للمسئولية. فهذا الشرط الذي يرد على التزام المدين الرئيسي والأصلي يكون بالضرورة معروفاً غير مكتوب: فالشرط المُحدّد للمسئولية يُحظر إذا كان هذا الشرط يتعارض مع أثر التعهد الموقع عليه بالإمضاء, مادام هذا الشرط يُفرغ الالتزام الأصلي من مضمونه.

---

١ MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, op. cit.,n° 624.

٢ MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, op. cit.,n° 982.

٣ Art. 1170 du Code civil français " Toute clause qui prive sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.". وقد حلت المادة ١١٧٠ من التقنين المدني الفرنسي الجديد محل المواد ١١٣١, ١١٥٠ من التقنين القديم.

٤٨- وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذه الفكرة في حكم لها صادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٩٦[١]، تحت مسمى السبب، عندما أقرت أن الشرط المُدرج في العقد la clause stipulée في عقد النقل السريع، والذي ينصرف إلى حصر التعويض في التأخير عن دفع أجرة النقل فقط retard dans la livraision au seul prix du transport والمدفوعة بواسطة الشاحن أو المرسل versé par L'expéditeur, بيد أن ضرورة مراعاة المدة من قبل شركة chronopst يعتبر التزاماً من التزاماتها الأصلية والرئسية، وتبرر التعريفة الخاصة، وإذا كانت صحة الشرط مسلماً بها، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى اعتبار العقد بدون سبب[٢]، ولإنقاص الإسراف في الجزاء en réduisant excessivement la sanction عن عدم تنفيذ الالتزام الأساسي إلى الحد الذي يمكن عنده الاستمرار في السداد، فإن الناقل " يخالف التعهد الذي يتحمله" L'engagement pris. فلا يستطيع أحد التخلص صراحة من الالتزام: فلا يمكن للشخص أن يلتزم أو لا يلتزم في ذات الوقت s'engager et ne pas s'engger à la fois. فليس من المنطقي أن يريد الشخص ولا يريد, يبيع ولا يبيع ، يعطي ولا يعطي، يخدم ولا يخدم في ذات الوقت[٣].

٤٩- وتؤدي عدم ملاءمة هذا الاتجاه إلى انعدام قابلية التوقع للشروط المتعلقة المسئولية clauses de responsabillite وفقاً للقواعد العامة [٢]، فالبعض من هذه الشروط يمكن تبريرها بالكامل نظرا لأنها تتسم بالمنطقية. وعليه هل يجب نظير استمرار التقلبات والتغييرات، حماية الثقة المشروعة للمتعاقد الآخر حماية كبيرة بعدم

---

[١] Cass. Com., 22 oct. 1996, JCP. G, 1997, obs. M. Fabre- Magnan.

[٢] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, op. cit.,n° 624.

[٣] JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 320.

التفعيل désacttivant التلقائي للشـــروط المتعلقة بالالتزام الأســـاســـي؟. وقد حلت المسألة بواسطة حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ يونيو ٢٠١٠ حيث قررت أن " فقط الشرط المُحَدِّد للتعويض La clause limitative de réparation الذي يتعارض مع أثر الالتزام الرئيســـي الموقع عليه من المدين يكون غير المكتوب. والحد الأعلى للتعويض Le plafond de dommages et interet المتفق عليه لا يكون بخســـاً أو مُبَرَّراً convenu n'etant ni dérisoire ni injustifié ولا يُفرغ الالتزام المُبرم من كـل مـاهيـة ويجـب تطبيقـه il ne vide pas L'obligation contractée de toute substance et doit s'appliquer[١]. ومن خلال هذا الحكم وضـعت محكمة النقض الفرنسـية إطاراً للتدخل في الشـروط المُعارضـة للآثار المترتبة عن الالتزام الموقع عليه من قِبل المدين. فالتقدير المعمول به يكون تحديدياً لأنه يُطبق جزاءات السـبب. وذلك يسـتوجب إفراغ الشـرط من مضـمونه من الواجبات Le contraintes الملقاة على المدين، باســتبعاد مســئوليته. وقد عاد القضـــاء وأكد بوضـوح على أنه يسـتحيل على المتعاقد إعادة أخذ الدور الذي أعطاه للمتعاقد الآخر، حماية للثقة المشروعة المثارة لإحياء الشروط المُحدِّدة للتعويض[٢].

(ب)- الحماية غير الكافية: protection insuffisante

٥٠- يوجد ثلاثة اعتراضـات[٣] يمكن أن تُحل من أجل إثبات أن السـبب لا يُعدُّ وسـيلة مناســبة لحماية الثقة والأمانة المشــروعة في نطاق العقد. يتمثل الأول في الاعتراض الزمني, حيث يعتبر الوقت شـرطاً في تكوين العقد، ويقتصـر على مسـألة صـحة هذا

---

[١] Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, Bull.civ., IV., n° 115.

[٢] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit., n° 320.

[٣] JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 321.

العقد validité، وكذلك وجوده سوف يقود إلى مرحلة التنفيذ الاتفاقي austode de l'exécution de la convention, ومن ثم يكون تنفيذ التزام أحد طرفي العقد أو كليهما مرتبطاً بالزمن, إذ يتم تنفيذ الالتزام على فترات زمنية متتالية ومتعاقبة. ولا يمكن للسبب إذن أن يؤدي دوراً كافياً تماماً لحماية الثقة المشروعة في النطاق الزمني لسريان العقد La vie du contrat .

أما الاعتراض الثاني فيتعلق بانعقاد العقد structurelle، حيث أن المادة ١١٣١ من التقنين المدني الفرنسي(التي أصبحت ١١٧٠ بعد التعديل), لم تتجه عندئذ لإعمال فكرة السبب" الموضوعي المجرد" objective et abstraite التي تُسيطر على وجود مقابل الالتزام[١], وأن سبب الالتزام يكمن في وجود الالتزام الأخر، بيد أن خيانة الثقة المشروعة في مرحلة تنفيذ الالتزام تكون أيضاً مسألة سلوك une question de comportement ويظهر أن السبب في هذه الحالة ليس لديه القدرة impuissante في السيطرة على الطريقة والأسلوب الذي يتصرف به المتعاقد.

أما عن الاعتراض الثالث ، فيكمن في معالجة مسألة الأمان القانوني sécurité juridique والسبب يكون مقاوماً vivace وبخاصة عندما يواجه فكرة السبب الشخصي cause subjective. ويترتب على هذه القرارات الحديثة دراسة تحقيق الفائدة والتوازن في الالتزامات التعاقدية l'équilibre des obligations contractuelles[٢] ويتعارض ذلك مع ثبات واستقرار قانون العقود malia

---

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit.,n° 621.

[٢] TERRE(F.), SIMLER(Ph.), et LEQUETTE(Y.): Les obligations, 11e éd.,Dalloz, 2013.n°342.,يعتبر السبب مبرراً القوة الملزمة للالتزام, العقد يجب أن يقدم لمن يلتزم, فيتعين على القاضي أن يتحقق من أن لالتزام كل متعاقد أساس قانوني, وإنما ليس له رقابة على أن التزام كل طرف في العقد يكون متعادلاً بواسطة المقايضة, أي أن يكون بوسع القاضي التحقق

stabilite du droit des contrats. وندرك في ضوء هذه الملاحظات ، عدم توافق فكرة السـبب لتحقيق الحماية الكاملة للثقة والأمانة المشـروعة ويقود ذلك إلى اختيار الوسائل المحتملة الأخرى لإتمام هذه المهمة كنظرية الحالة الظاهرة[١].

ثانيا- دور نظرية الأوضاع الظاهرة في حماية الثقة المشروعة:

théorie de l'apparence

٥١- على غرار السبب, يمكن تصور نظرية الوضع الظاهر كوسيلة لحماية الاعتقاد المشـروع légitition croyance, ويبدو في كل الأحوال أنها كالسـبب غير كافية لتحقيق هذه الغاية.

(ا)- الحماية الضرورية للثقة المشروعة بواسطة نظرية الأوضاع الظاهرة:

٥٢- هذه النظرية من خلق القضاء فتكون الهيئة الظاهر الطريقة التي وفقاً لها يتجلى شـيء ما apparaits أو يظهر se manifeste وهو يكون كذلك مظهراً سـطحياً superficiel, ويكون في الغالب مظهراً خادعاً للشيء, من خلال معارضة حقيقته sa réalite [٢]. وفقا للمعنى اللغوي الحالة والموضع والمركز التي تنطوي على المشهد أو المسـرح القانوني بنظرية مُشـوَّهه ومُحرَّفة وتبدل شـكله. أما المعنى القانوني فيُقصـد بالحالة الظاهرة " تلك الحالة التي تَرى بالعين، هيئة الشـخص أو الشـيء: أي تكوينه المرئي والظـاهر", وتعرف أيضـاً بـأنـه" المظهر أو الهيئـة النـاتجـة- عمداً أم لا

من أن كل متعاقد يعطي مقابلاً مساوياً لما يأخذ, أو يأخذ مقابلاً مساوياً لما يعطي. MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit.,n° 623.

[١] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 322.

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 323.

intentionnellement– عن إعادة جمع الإشـــارات والعلامات الخارجية signes extéreurs ، كالتصـرف، الإنكار, الاسـتقرار والإقامة ..." التي وفقاً لها أظهر ترتيباً للحالة, أو للوظيفة كصـــفة الوكيل qualité de mandataire، الوارث أو المالك ، والذي يولد تصـــديقاً أو اعتقاداً مغلوطاً لدى الغير والتي تقوم على الاعتقاد (الغلط المشـروع) erreur légitime [١], إذ يُزين الشـخص ويُمهد بهذه العلامات والإشـارات حقيقة هذه الحالة أو هذه الوظيفة. أما في القانون، نظرية الأوضـاع الظاهرة عبارة عن نظرية قضـائية بمقتضـاها يكفي المظهر وحده لإنتاج الآثار بالنسـبة للغير الذي, وقع بالتبعية في غلط مشـــروع، بتجاهل الحقيقة, وعلى ذلك العقود التي يُبرمها الوكيل الظاهر تكون مُلزمة للشـــخص الذي يظهر هذا الوكيل نائباً عنه، فحالة الظاهرة تُعد في الحقيقة، على غرار الإثراء بلا ســبب l'enrichissement sans cause من خلق القضـــاء بغرض التخفيف tempérer من شـــدة المبادئ العمياء la rigueur aveugle des principes عندما يكون لدى الشخص كل المظاهر وملامح صاحب بعض الحقوق, على حســـب نوع الغير الذين يتعاملون معه وفقاً لنية هذا المظهر, ويقتضي الأمان القانوني حماية الغير[٢]. على هذا الأساس ، فإذا ذلك هو المقصود في الحقيقة من خلق القانون.

٥٣- تُعدُّ نظرية الأوضاع الظاهرة أبرز التطبيقات التي يبدو فيها أثر حسن النية على استقرار التعامل. وهي نظرية تقوم على افتراض أن شخصاً قد اعتقد بحسن نية, وعلى غير الحقيقة, ثبوت صـفة ليسـت ثابتة له قانوناً وشـاع ذلك الاعتقاد حتى اعتقد الناس معه في اكتسابه هذه الصفة والتي تُخوّله سلطات التصرف في الشئ شأنه في

---

[١] Ibid

[٢] BENABENT (A.): Droit civil, Les obligations, 12e éd., Montchrestien, 2010, n°500.

ذلك شأن المالك الحقيقي له وأنه على أساس من تلك الصفة قِبله فقد كان منطق زوال سند الملكيته يوجب زوال تصرفه لأنه تصرف فيما لا يملك, وتقضي القاعدة الأصولية بأن زوال حق الناقل يترتب عليه زوال حق المتلقي غير أن الرأي اتجه إلى عدم زواله حماية للغير الحسن النية ومحافظة على استقرار التعامل[١]. ويترتب على التصرفات الصادرة- وفقا لنظرية الأوضاع الظاهرة- من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي متى كانت القرائن الظاهرة المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة[٢].

(١) النصوص التشريعية التي أقرت نظرية الأوضاع الظاهرة[٣].

٥٤- في التقنين المدني الفرنسي: تعتبر نظرية الحالة الظاهرة عصب للعديد من المجالات ففي مجال قانون الأسرة droit de la famille ففي الزواج الظني le marriage putatif ، حيث أنّ المادة ٢٠١ من التقنين المدني الفرنسي تنص على

---

[١] انظر في ذلك د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, فقرة ٢٦٤.-- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, جـ١, المصادر, فقرة ٢٨٧.-- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, جـ ١, في مصادر الالتزام, فقرة ٣٥٦. -- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, صـ٧٠.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية , صـ ١٠١٨.

[٢] انظر د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية , صـ ١٠١٨, ١٠١٩, ومجموعة أحكام قضائية في هامش رقم ١٩٣.-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, , صـ٧٠.

[٣] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit.,n° 323, p.259

أن " الزواج الذي حكم بإبطاله ينتج, لاسيما, آثارة بالنسبة للزوجين، عندما يكون قد أُبرم بحسن نية". وفي قانون الأموال le droit des biens فقد تم إقرار بعض المظاهر في التقادم المكسب L'usucapion. أما بالنسبة لقانون الالتزامات le droit des obligations فقد أعلنت المادة ١٢٤٠ من القانون المدني الفرنسي أن " الوفاء بحسن النية هو الوفاء الذي يكون فيه استلام الدين صحيحاً, بعد أن يرفع المُسَلِّم يده".

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية الأوضاع الظاهرة تبقى التطبيق المستقر un application vivac في نطاق الوكالة mandate, وتؤكد على ذلك المادتان ٢٠٠٨، ٢٠٠٩ من التقنين المدني الفرنسي، وتتجه في كل هذه الحالات، لحماية الاعتقاد المشروع للغير protéger la croyance légitime des tiers. فالموكل mandant يمكن أن يلتزم على أساس الوكالة الظاهرة un mandant apparent ، حتى في غياب خطئه المحتمل الذي يستحق العقاب être reprochée, يكون اعتقاد الغير الحسن النية بسلطات الوكيل مشروعاً, بمعنى أن الغير والوكيل لديه اعتقاد مشروع، أي أن الوكيل والغير المتعامل معه حسن النية، ويفترض هذا الوصف أن الظروف لا تتيح للغير التحقق من الحدود الدقيقة لسلطات الوكيل pouvoirs du mandatair légitime.

٥٥- **<u>أما في القانون المدني المصري:</u>** ففي قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين تم إقرار الزواج الظني لعلاج آثار بطلان الزواج. والزواج الظني[١] هو زواج باطل إلا أن بطلانه لا ينتج آثاراً إلا بالنسبة للمستقبل فقط نظرا لحسن نية الزوجين أو أحدهما, أما بالنسبة للفترة السابقة على على الحكم بالبطلان فإن آثاره لا تمتد إليها. والحكمة

[١] انظر في ذلك د. أسامة أبوالحسن مجاهد: محاضرات في الأحوال الشخصية لغير المسلمين, جامعة حلوان, ٢٠١٩, صـ ١٨٧ وما بعدها.

من من الأخذ بهذه الفكرة هي الرغبة في تلافي النتائج التي تترتب على البطلان بالنسبة إلى الماضي[١].

كما يوجد هناك الدائن الظاهر, وهو من كان الدين في حيازته, وهو شخص غير دائن حقيقي, ولكنه يظهر أمام الناس كما لو كان الدائن فعلاً. وقد استوجب القانون حماية من يتعامل معه بحسن نية رعاية لحسن نيته وتحقيقاً لاستقرار التعاملات[٢].

وعلى ذلك الوارث الظاهر الذي يُنصّب دائناً بجميع حقوق التركة في ذمة الغير. وقد نص المشرع المصري على أن الوفاء إليه يقع صحيحاً على الرغم من أنه ليس الدائن الحقيقي إذ نص في المادة ٣٣٣ مدني على أنه" إذا كان الوفاء لشخص الدائن أو نائبه فلا تُبرأ ذمة المدين إلا.... أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته". ومؤدى هذا النص أن حسن نية المُتعامل مع صاحب الصفة الظاهرة شرط

---

[١] وقد نصت المادة ٤٤ من مجموعة ١٩٣٨ تنص على أن " الزواج الذي حكم بإبطاله يترتب عليه مع ذلك آثاره القانونية بالنسبة للزوجين وذريتهما إذا ثبت أن كليهما حسن النية أي يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذي يشوب العقد. أما إذا لم يتوافر حسن النية إلا من جانب أحد الزوجين دون الأخر فالزواج لا يترتب عليه آثاره إلا بالنسبة لهذا الزوج....". ويُستفاد من هذا النص أن هناك شروط يتعين توافرها لتحقق فكرة الزواج الظني وهي: ١- أن يكون هناك مظهر قانوني للزواج ..٢- يُشترط حسن النية من الزوجين كليهما أو أحدهما على الأقل...٣- أن يُحكم ببطلان الزواج. انظر في ذلك د. أسامة أبوالحسن مجاهد: محاضرات في الأحوال الشخصية لغير المسلمين, صـ ١٨٨ وما بعدها.

[٢] انظر في ذلك د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٦, صـ ١٤.-- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, فقرة ٣٠٧.-- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, جـ ١, في مصادر الالتزام, ط ٣, فقرة ٤٢٤.-- د. عبد الباسط جميعي: نظرية المظهر, رسالته, جامعة القاهرة, ١٩٥٦, صـ ٣٠٧ وما بعدها -- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, صـ٧٠.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ١٠٢١.

حمايته. وأن مناط صحة الوفاء للدائن الظاهر أن يكون المدين حسن النية, أي معتقداً أنه يقوم بسداد الدين للدائن الحقيقي[١].

٥٦- كما يوجد النائب الظاهر أو الوكيل الظاهر, وهو الشخص الذي اكتسب صفة النيابه أو الوكالة عن أصيل لم يمنحها له من الأصل, ولكنه اكتسبها بسبب مظهر خلقه أو ساهم في خلقه الأصيل خطأ منه أو اهمالا. أو منحها له بشروط محددة فتخطى النائب نطاقها في تعامله مع الغير حسن النية الذي لم يُنسب إليه خطأ أو تقصير في معرفة هذه الحدود أو منحها بشروطه التي التزم بها لكن الأصيل قام بعزله أو بتقليص سلطاته. وقد يكون النائب نفسه هو الذي تخلى هذه الوكالة أو النيابة الاتفاقية ولكنه استمر في تعامله مع الغير كنائب أو وكيل. وقد يكون الموكل قد فقد أهليته أو توفى ولكن الوكيل ظل محتفظاً بسند وكالته أو بمظهرها الدال على استمرارية مباشرته لعمله وتعامل مع الغير بحسن نية. ويُشترط لقيام الوكالة الظاهرة, تطبيقا لنظرية الأوضاع الظاهرة, توافر شرطين فيمن تعامل مع صاحب الظاهرة, أحدهما أن يكون حسن النية بأن يكون جاهلاً للسبب الذي فقد به الوكيل صفته الحقيقية أو اكتسبها على غير الحقيقة. أما الشرط الثاني, فيكمن في انتفاء الخطأ من جانبه ويفرض ذلك التزاماً بالسعي في توجيه مقتضيات حسن النية حسب الجهد المألوف في التحري عن حقيقة الواقع. ولا يعفيه من ذلك إلا أن يكون مظهر الوكالة

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ١٠٢١, وهامش رقم ٢٠٣. -- د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٦, صـ ١٤ وما بعدها.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام رابطة الالتزام, دار النهضة العربية, ٢٠١٥, فقرة ٥١.

من الجسامة بحيث يُخفى أمره على يقظة الرجل المعتاد. ويسمى هذا الشرط " الغلط الشائع" تميزا له عن شرط حسن النية, ومن مقتضي مبدأ حسن النية, في هذه الحالة, ولأجل حماية الثقة المشروعةينصرف أثر التصرف إلى الأصيل[١]. وتقضي بذلك المواد ١٠٤, ١٠٦, ١٠٧, ٧١٣ من القانون المدني المصري.

٥٧- وعلى ذلك أيضا المالك الظاهر, ومن صوره الوارث الظاهر وهو شخص آلت إليه التركة كلها أو جزء منها ميراثاً على أنه الوارث الوحيد لها أو أنه أحد الورثة المستحقين وتصرف مع الغير الحسن النية على أساس من هذه الصفة, والذي تبيّن بعد ذلك أنه ليس وارثا, ولم تَثبت له هذه الصفة من الأصل, لوجود مانع من موانع الإرث وقد تحقق هذا المانع- كالقتل أو ظهور من يحجبه حجب حرمان مثلا- وقد يستولي هذا الشخص على التركة كلها أو بعضها على أساس هذه الصفة التي اكتسبها واستقر في يقينه أنه المالك الحقيقي لما آل إليه. وهكذا اعتقد الناس اعتقادا كان مبعثه الغلط في اكتساب هذه الصفة, وشاع بينهم أنه المالك الحقيقي. فكان يتعين أن يُنظر في تعامل الغير معه نظرة حماية متى كان هذا الغير حسن النية يجهل صفته الحقيقية رعاية لحسن النية من ناحية, وأنه لم يكن في وسعه أن يدرك هذه

---

[١] انظر د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ١٠٢٣ وما بعدها.-- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, فقرات ٧٩ وما بعدها.-- د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام, فقرة ٢٢.-- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, في مصادر الالتزام, فقرة ٨٨.-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, صـ ١٧٤وما بعدها- - انظر في ذلك د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٩٥, صـ ٩٧ وما بعدها.-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري, دار النهضة العربية, ٢٠١٦, صـ ٢٧, ٢٨.

الصـــفة وتحقيقاً لاســـتقرار التعامل من ناحية أخرى. زمن ثم, ينفذ تصـــرف الوارث الظاهر في حق الوارث الحقيقي وكأنه الذي أبرمه[١].

٥٨- ومن تطبيقات المالك الظاهر, المدين الراهن الذي زالت ملكيته بأثر رجعي: هو الشخص, مالك العقار المرهون الذي رهنه رهنا رسميا, ثم تزول ملكيته بأثر رجعي بسبب الفسخ أو الإبطال. فبعد أن كان الرهن من المالك, ومن ثم كان صـحيحاً نافذاً, أصـبح صـادراً من غير مالك, وبالتالي لا يكون نافذاً في مواجهة المالك إلا إذا أقره. نظرا لأن مقتضـــى الأثر الرجعي أن يعتبر المدين الراهن لم يملك العقار المرهون في أي وقت, ومن ثم, يكون رهنه لهذا العقار رهناً لملك الغير. والأصل في هذا الشأن هو تطبيق حكم رهن ملك الغير, ومن ثم عدم نفاذ الرهن في حق المالك الحقيقي للعقار. غير أن المشـرع رأى أن تطبيق هذا الحكم هنا من شـأنه أن يضـر بالدائن المرتهن, حيث يزول التأمين العيني الذي اعتمد عليه عند منح الائتمان. ولذلك خرج المشـــرع عن هذا الأصل وفضل مصلحة الدائن المرتهن حسن النية على مصلحة مالك العقار لضمان اتقرار التعاملات, فنص في المادة ١٠٣٤مدني على أن " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصـادر من المالك الذي تقرر إبطال سـند ملكيته أو فسـخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سـبب أخر, إذا كان هذا الدائن حســن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن" [٢]. ويلزم لبقاء الرهن صـحيحا ونافذا, وفقا لنص المادة ١٠٣٤مدني, توافر

---

[١] انظر في ذلك د. عبد الباسط جميعي: نظرية المظهر, رسالته, صـ ٣٧١ وما بعدها -- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ١٠٣١.

[٢]() انظر د. أشرف جابر: الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, ٢٠١٩, فقرة ١٠٩, صـ ٩٦ -- د. محمد السعيد رشدي: الحقوق العينية الأصلية والتبعية, طبعة ٢٠٠٨, صـ ١٠٦ وما بعدها -- د. نبيلة رسلان: التأمينات العينية والشخصية, طبعة ٢٠١٧, جامعة طنطا , صـ ١٠٦ وما بعدها.-- د. عابد فايد: التأمينات العينية والشخصية, جامعة حلوان, ٢٠١٧, فقرة ٢٨, وما بعدها.

عدة شروط[١][٢]. وإذا توافرت الشروط السابقة, فإن الرهن يبقى قائماً وينفذ في حق من آلت إليه ملكية العقار المرهون حيث يعود العقار محملاً بالرهن, وهنا تكمن حماية مصلحة الدائن حسن النية, متى كان هذا الغير حسن النية يجهل الصفة الحقيقية للمدين الراهن وقت إبرام الرهن بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي. فإذا كان

---

[١] نعرض لها على النحو التالي: أولا: أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وقت انعقاد الرهن: فيجب لإبقاء الرهن قائما, على الرغم من زوال ملكية الراهن بأثر رجعي, أن يكون الراهن مالكاً للعقار وقت الرهن, وأن يكون سند الملكية قائماً. ثانيا: أن تزول ملكية الراهن بعد انعقاد الرهن بأثر رجعي: يتعين أن تكون ملكية الراهن قد زالت عنه بعد إنشاء عقد الرهن بأثر رجعي. ثالثا: أن يكون الرهن مقيداً قبل زوال سند ملكية الراهن. يجب أن يكون الرهن مقيداً أي ثابت التاريخ وسابق على تاريخ زوال سند ملكية الراهن.رابعا: أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت انعقاد الرهن. يتعين لتطبيق نص المادة ١٠٣٤ أن يكون الدائن حسن النية وقت إبرام العقد. فحسن نية الدائن هي التي تبرر استحقاقه للحماية الاستثنائية بالإبقاء على الرهن. والمقصود بحسن النية هو جهل الدائن وقت إبرام الرهن بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي. فإذا كان يعلم وقت إبرام الرهن بما كان يهدد سند ملكية الراهن, فإنه يكون سيء النية ومن ثم لا يستحق هذه الحماية. والعبرة في حسن نية الدائن هي بوقت إبرام عقد الرهن ولا أثر لعلمه بعد ذلك بما يهدد سند ملكية الراهن انظر د. أشرف جابر: الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, ٢٠١٩, فقرة ١٠٩, صـ ٩٦-- د.محمد السعيد رشدي: الحقوق العينية الأصلية والتبعية, طبعة ٢٠٠٧/٢٠٠٨,صـ ١٠٦وما بعدها--د.نبيلة رسلان: التأمينات العينية والشخصية, طبعة ٢٠١٧, جامعة طنطا , صـ ١٠٦ وما بعدها. -- د. عابد فايد: التأمينات العينية والشخصية, فقرة ٣٠.

[٢] بيد أن حسن نية الدائن ينتفي ولو كان يجهل وقت الرهن بما يهدد سند ملكية الراهن متى كان جهله ناتج عن خطأ جسيم, فقد جرى العمل أن الخطأ الجسيم يأخذ حكم سوء النية. ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كان في استطاعة الدائن بجهد بسيط, لو سلك مسلك الرجل المعتاد, في التثبت من ملكية الراهن وما يهددها من أسباب الزوال, كأن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون ولم يدفع باقي الثمن وذكر ذلك في البيع الذي تملك به وأهمل الدائن في الاطلاع عليه, أو اطلع عليه وكان يستطيع أن يعرف أن هذا السند مهدد بالفسخ إذا لم يف الراهن بباقي الثمن إلا أنه لم يتنبه لذلك...انظر محمد السعيد رشدي : المرجع السابق صـ٢٦.-- د.نبيلة رسلان: المرجع السابق, ١٠٦

يعلم وقت إبرام الرهن بما كان يهدد سند ملكية الراهن, فإنه يكون سيء النية ومن ثم لا يستحق هذه الحماية من ناحية, وأنه لم يكن في وسع الدائن المرتهن أن يدرك هذه الصفة وتحقيقاً لاستقرار التعامل وأنه وقع في الغلط الشائع من ناحية أخرى.

٥٩- ومن تطبيقات نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون المصري. نص المادة ٢٤٤ مدني الخاص **بالدعوى الصورية**, والذي يقضي بأن" إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري..." ويُستفاد من هذا النص أن الغير يتمسك بالعقد الظاهر أي الصوري للمحافظة على استقرار المعاملات. وقد اشترط القانون لتمسك الغير بالعقد الظاهر أن يكون هذا الغير حسن النية, أي يجهل وقت نشوء حقه بصورية العقد. أي يكون قد تعامل على أساس العقد الظاهر معتقداً اعتقاداً مشروعاً أنه عقد جدي لا صوري. أما إذا كان الغير سيئ النية بأن كان يعلم وقت نشوء حقه بصورية العقد, فلا يكون له التمسك بالعقد الصوري لأنه يعلم أنه غير حقيقي, وبالتالي لا يكون في إعمال العقد الحقيقي أية مفاجأة لثقته المشروعة, ومن ثم, لا يؤثر ذلك على استقرار التعاملات[١].

(٢) إقرار القضاء لنظرية الأوضاع الظاهرة:

٦٠- يجب تطبيق نظرية الوضع الظاهر عن توافر الشروط المحددة [٢]، ولا يقصد من ذلك فتح الباب أمام ادَّعاءات ومطالبات عدم التبصر ouvrit la porte aux revendrcations imprévoyants. ويقتضي importe عادة أن تكون الحالة

---

[١] انظر في ذلك د. محمد لبيب شنب, د. أسامة ابو الحسن مجاهد: أحكام الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٦, صـ ١٤٨.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام رابطة الالتزام, الطبعة الأولى, دار النهضة العربية- القاهرة, جامعة حلوان, ٢٠١٠, فقرة ١٦٦, صـ ١٥٥. -- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, هامش رقم ٢١٦, صـ ١٠٣٢ وما بعدها.

[٢] BENABENT (A.): Droit civil, Les obligations, 12e éd., Montchrestien, 2010, n°502 et s.

الظاهرة كافية وأن الغلط المرتكب le erreur comise لا يمكن دفعه أو تجنبه[١]. وقد خفف القضـــاء مع ذلك هذه الضـــرورة أو الشـــرط الأخير لأنه أقر حماية مَن يرتكب الغلط المشروع حتى ولو كان يجوز دفعه mêmesi elle n'etait pas unvincible [٢].

وقد عالجت محكمة النقض الفرنسية صراحة هذه النظرية بحكمة، إذ اهتمت بشدة بإثبات التوازن بين جانبين للأمان القانوني، فهي تميل لصـــالح الأخذ في الاعتبار الاعتقاد المشروع ، ولصالح التدخل لتقوية إرادة صاحب الحق الفعلي de forcer la volonté du titulair réel du droit وبعبارة أخرى، فإن نظرية الوضـــع الظاهر تفحص علاقات الحق في التصرفات بإضفاء الحماية عليهاالتي تكون مشروعة بإيجاد وضـــعاً قانونياً لها[٣]. وعلى ســـبيل المثال الحالة التي يتجه فيها المشـــتري إلى التحكيم لحل النزاع في البيع مع ســـمســـار عقارات معتمد- الوكيل العقاري- الذي لا يتمتع بالســـلطة التي تُمكنه من الوصـــول إلى المصـــالحة. في هذه القضـــية أيدت محكمة النقض الفرنسية بانتظام حكم محكمة الاستئناف" التي استخلصت من ظروف الدعوى الاعتقاد المشـــروع لدى مشـــتري العقار بتمتع الوكيل بالســـلطات المزعومة aux pouvoirs du prétendu mandataire [٤]. ومن هنـــا, تكون محكمـــة النقض الفرنسية في هذه الدعوى قد أقرت ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من وجود اعتقاد مشـــروع لدى المشـــتري, وبعد ذلك تطبيقا لنظرية الأوضـــاع الظاهرة حيث يوصـــف بالســـمســـار الظاهر فيكون لهذات الســـلطات التي للســـمســـار الحقيقي. ويترتب على تطبيق هذه النظرية حماية الغير: وهذه الحالة تتمثل في الأشـــياء C'est la

---

[١] BENABENT (A.): Les obligations, op. cit., n° 503 et s.

[٢] BENABENT (A.): Les obligations, op. cit., n° 503 et s.

[٣] BENABENT (A.): Les obligations, op. cit., n° 502

[٤] Cass. Civ.1re, 6 janv. 1994, n°91-22.117, Bull.civ.,I,n°1.

pretection de tiers et L'aspect extérieur des choses من خلال المظهر أو الهيئة الخارجية التي تظهر في أعين الغير على أنها حقيقة قانونية la vérité juridique وعلى الرغم من أهميتها ، فإن الحالة الظاهرة لا تكف لتُغطية كل المجال اللازم لحماية الثقة المشروعة[١].

(ب) عدم كفاية حماية نظرية الأوضاع الظاهرة للاعتقاد المشروع.

une protection insuffisante

٦١- يرجع عدم كفاية دور نظرية الأوضاع الظاهرة في حماية الاعتقاد المشروع إلى أربعة أسباب[٢]: يتمثل الأول في أن فنية الحالة الظاهرة لا تتعلق بالعقد بحسب الطبيعة, ولا تهتم حصرياً به, أي لا تكون مقصورة على العقد. أما السبب الثاني, فتكمن في أنه إذا كانت فكرة الوضع الظاهر عبارة عن علاقة ثلاثية الأطراف, فإن حماية الثقة أو الاعتقاد المشروع تتضمن علاقة مباشرة بين الطرفين, وذات النتيجة تكون مفروضة, بمعني أن نظرية الأوضاع الظاهرة تكون مخصصة لأداء وظيفتها بين ثلاثة أشخاص. وهذا الملاحظة تقودنا أيضا إلى السبب الثالث: فتتعلق في أنه إذا كان لنظرية الأوضاع الظاهرة أثراً على صحة التصرفات effet de valider des actes, فإن حماية الثقة المشروعة في المقابل يتم التمسك بها ويعتمد عليها لتحديد وتعزيز استعمال الحق، أو لإقرار مسئولية المتعاقد au engager responsabilité d'un contractant[٣].

أما بالنسبة للسبب الرابع فيكمن في أنه إذا كانت نظرية الأوضاع الظاهرة تُعدُّ وسيلة فعالة لحماية الاعتقاد المشروع الذي يعتمد عليه الشخص الذي تظهر عليه صفات

---

[١] JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 324

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 325.

[٣] JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 325.

وملامح أصحاب بعض الحقوق[١]، فإن تطبيقها يجعل الحق ضعيفاً وهشاً وينبغي أن تظل هذه النظرية فرضاً استثنائياً. ومن هنا, تدعو هذه الأسباب إلى استبعاد هذه الآلية. ويبقى التحقق عمَّا إذا كان يمكن لحسن النية, أن تُعتبر قاعدة قانونية socle légal مناسبة لحماية فعالة protection efficace للثقة المشروعة [٢].

الفرع الثاني: حسن النية وسيلة مُفضَّلة لحماية الثقة المشروعة.

٦٢- أدَّت التحولات والتغييرات المعاصرة في قانون العقود إلى تزايد اهمية إدخال فكرة الثقة المشروعة في نطاق النظام القانوني سواء في فرنسا أو في مصر، ولا تكون التطورات التي تَدّخل على مبدأ حسن النية أجنبية بالتأكيد عن التعديل والإصلاح القانوني الحالي[٣]. وقد تمخض عن ذلك تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦ الذي عمل على زيادة نطاق حسن النية, حيث حلت ١١٠٤ محل المادة ٣/١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي. وقد دافع القضاء والفقه عن أن حسن النية وسيلة مُفضَّلة لحماية الثقة المشروعة.

أولا: إقرار القضاء بأن حسن النية وسيلة كافية لحماية الثقة المشروعة:

٦٣- فبالنسبة للقضاء فقد ارتبطت العديد من الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي التي تقوم على المادة ٣/١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي(المادة ١١٠٤ بعد تعديل), بحماية الثقة المشروعة la protection de la confiance

---

[١] BENABENT (A.): Les obligations, op. cit., n°500.

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 325.p.261.

[٣] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, *op. cit.,* n° 752.

légitime[١]، عندما عاقب المحكمة المخالفة غير المشـــروعة الصـــادرة من الدائن sanctionne la contradiction illégitime du créancier باسم حسن النية، فهو أي الدائن يضـــمن في الحقيقة مثل هذه الثقة، ويلتزم بالمحافظة عليها، وهكذا يمكننا القول أنه : بموجب المادة ٣/١١٣٤ , والمادة ١١٠٤, لا يســتطيع أي فرد أن يُعارض أو يخالف بطريقة غير المشروعة بالاعتماد على الغير، كما لا يكون بوسعه خداع أو خيانة tromper الثقة المشـــروعة l'attente légitime للمتعاقد الآخر[٢]. وهذه التصـــرفات التي تســـتحق العقاب تُعدُّ من قبيل الخطأ التعاقدي التي تســـتوجب الحكم بالإبطال أو البطلان أو التعويض الكبير[٣].

وقد أيدت ذلك محكمة النقض الفرنســية في حكمها الصـــادر في ٨ مارس ٢٠٠٥, عندما قررت عقاب punit المخالفة غير المشروعة الصادرة من صاحب المصرف أو المُقرض. وقد أقرَّت الدائرة الثالثة المدنية لمحكمة النقض الفرنســـية فى ٢٨ يناير ٢٠٠٩ هذا المبدأ[٤]. فحسن النية يَحثُّ بانتظام على معاقبة الاستعمال الخاطئ للحق comdamner l'exercice fautif du droit لفسخ, للتنازل, لحوالة العقد أو التعدي franchiseur. وكل هذه الأمور من شأنها أن تؤدي إلى مفاجئة التوقعات المشروعة surprennent les previsions légitimes للمتعاقد الآخر على تتبع العلاقة[٥].

---

[١] MAZEAUD (D.): La confiance légitime et l'estoppel, RIDC, févr. 2006, p. 363. n° 9.

[٢] MAZEAUD (D.): La confiance légitime et l'estoppel, *op. cit.*,p. 363.n°21.

[٣] د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٨٤ وما بعدها, وهامش رقم ١٤٩.

[٤] Cass. Com., 8 mars 2005, D., 2005,p. 2836, obs. S.Amrani- Mekki et B. Fauvraque-Cosson.---

Cass. Civ.3re, 28 janv. 2009, D., 2009,p. 2008, note D. Houtcieff.

[٥] Cass. Com., 5 avr. 1994, JCP, 1994, I, 3803,obs. Ch.Jamin.

وتعاقب المادة ١١٠٤ مدني فرنسي جديد الدائن من خلال الشرط الفاسخ une clause résolutoire . وتجمتع الثقة المشروعة في كل الحالات المختلفة التي لا تقرها المادة السالفة, من خلال الأخذ في الحسبان ليس فقط الحالات التي تمّ الاتفاق عليها في العقد، وإنما أيضاً اتخاذ موقفاً غير مُعلن في عبارات القبول التي عليها يعتمد المتعاقد اعتماداً مشروعاً[١]. لأن تبني تصرفاً, في كافة مراحل العقد بداية من مرحلة التفاوض على العقد ومرورا بتكوينه ووصولا إلى مرحلة تنفيذه, يمكن أن يخلق التوقع المشروع attente légitime وحسن النية يستتبع معاقبة خيانة الثقة. ويتيح إرساء هذا الضابط الموضوعي، للأطراف للوصول إلى حقوقهم[٢]. ويستفاد من نص المادة ١١٠٤ من التقنين الفرنسي الجديد, أن حسن النية أصبح مطلوباً في سائر مراحل العقد, التفاوض والإبرام والتنفيذ, وأن غياب حسن النية من شأنه أن يؤدي إلى انعدام الثقة المشروعة, وبالتالي يستحق التصرف المخالف لحسن النية العقاب, لأن حسن النية يُعدُّ من النظام العام في مراحل العقد الثلاث.

ثانيا: تأكيد الفقه على أن حسن النية وسيلة كافية لحماية الثقة المشروعة:

٦٤- فقد تسائل جانب من الفقه عن أساس قادر على إرساء تصور للثقة المشروعة, الذي يأخذ من حسن النية كدعامة مُفضَّلة support privilégie مختارة من بين الأفكار كالخطأ faute, التعسف في استعمال الحق d'abus, الغش

---

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit.,n° 764. يترادف حسن النية مع الترابط في التصرف أو السلوك, ويتيح حماية الاعتقاد المشروع للمتعاقد الأخر, الذي لا يقوم فقط على عبارات العقد, عندما يكون تنفيذه في خلال مدة محددة, أما سوء النية فيعني الخيانة أو الخداع أو الغدر.

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 326.

fraude, السبب أو الوضع الظاهر[١]. وقد اكتشف هذا الجانب من الفقه, في هذا الشأن، أن محكمة النقض الفرنسية، أقامت علاقة بين الجزاء الموّقع المخالفات التعاقدية La sanction des contradictions contractuelle وبين فكرة حسن النية. أما الجانب الآخر من الفقه[٢]، فقد ذهب إلى أن قاعدة حسن النية تكون أساساً لكل عمل أو تصرف ملائم. وهذا يستتبع أن هذه الفكرة تحقق الأمان القانوني: بالنسبة للمتعاقد الذي يسبب ضرراً للمتعاقد الآخر، حيث يتصرف بلا عقاب agir impunément وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالتوقعات المشروعة les prévisions légitimes للمتعاقد الآخر, ومن ثم, يقوم على انتهاك الأمان القانوني La sécurite juridique . كما أكد جانب أخير، على أن حسن النية يُدافع عن الاستقامة والحصانة عن طريق مُعاقبة الخداع والكذب, فيوجب الاستقرار en sanction naht l'hypocrisie impose la constance والعدل والإنصاف التنديد والتشهير بتفكك العلاقة التعاقدية, كما يُشجّع ذلك على التضامن solidarité بمعاقبة عدم الاكتراث أو الإهمال الخاطئ en frappant l'indifférence fautive. ووجود مثل هذه المشاعر في العلاقة التعاقدية يُرسّخ الثّقة المشروعة التي تمثل للمتعاقد قيمة أخلاقية la valeur morale بالنسبة للمتعاقد الآخر[٣].

٦٥- في النهاية تكون نظرية الأوضاع الظاهرة وفكرة السبب أموراً متباينة وغير متوافقة inappropriées من أجل حماية فعالة وحقيقية للثقة المشروعة عند الخيانة والغدر والخداع الصادر من المتعاقد وهو بصدد تنفيذ العقد، ويكون هذا الدور, على

---

[١] MAZEAUD (D.): La confiance légitime et l'estoppel, op. cit.,n° 21.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 326, p.263.

[٣] STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, thèse AIX-Marseil, LGDJ, 2000. n°234.

العكس, مترتباً بوضـــوح عن المادة ٣/١١٣٤ والتي حلت محلها المادة ١١٠٤ بعد التعديل والذي ينطوي على قاعدة قانونية يتوافق مع هذه الحماية. والمواد الأخرى في القانون المدني المصـري التي ذكرناها سـلفا عند الحديث عن الثقة المشـروعة ونظرية الأوضاع الظاهرة[١].

وعلى ذلك تقضـــي المادة ٢٤٢ من القانون المدني الألمانيBGB من أجل حماية فَعَّالة وحقيقية للثقة المشـــروعة عند الخيانة والغدر والخداع الصـــادر من قِبل المتعاقد أثنـاء تنفيـذ الاتفـاقـات, وذات الحكم تنص عليـه المـادة ٢/١ من القـانون المـدني الياباني Mimpô, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, وهذه النصـــوص تتبنى فكرة حماية الثقة المشروعة[٢].

وتجدر الملاحظة إلى أن التصـــور القانوني لحســـن النية يحتاج بالضـــرورة إلى المعيار الموضـــوعيun critère objectif, حتى يتســـنى لنا تحديد التقصـــير أو المخالفة. فلا يوجد محلاً لدراســـة الأســـس الجوهرية اللازمة لفصـــل القصـــد أو النية النفســـية l'intention psychologique عن أطراف العقد. فقط الارتباط بـالإرادة الموضـــوعية, يعني تلك الإرادة الظاهرة المُعبّر عنها أو المعلنة, يتعين أن تؤخذ في الحســبان عند تقدير الجهل أو الإنكار[٣]. وفي هذا الصـــدد, لا تكون الثقة المشـــروعة

---

[١] انظر في ذلك JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 327.

[٢] JALUZOT(B.): th.,op. cit., n^os 461 et s.,485 et s., 498 et s.

[٣] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 328.-- انظر د. نزيه المهدي: دروس في النظرية العامة للالتزام, جـ١, مصادر الالتزام, صـ ٥٠.-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, فقرة ٢٠.-- د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام, فقرة ١٥٤.-- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, جـ١, في مصادر الالتزام, صـ ٢٢٢.-- د. عبد الفتاح عبد الباقي: موسوعة القانون المدني, نظرية العقد والإرادة المنفردة, فقرة ٥٤.-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ١٨٢ وما بعدها. -- حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, , صـ ١٥٣ وما بعدها.- - د. أشرف جابر سيد: مصادر الالتزام, فقرات ٤٨ وما بعدها.

والتوقعات إلا امتداداً طبيعياً للخلط الفعلي بين النية والأطراف. لهذا, لا يُقاس الاعتداء على حسن النية إلا بالنسبة للاعتداء الموضوعي على الأداء الموعود به من قبل المتعاقد الآخر. وتكون الثقة, الأمانة أو الاعتقاد المشروع إذن المعيار الحاسم في تقدير المخالفة لكافة النصوص التي تلزم توافر مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود, في التشريعات المختلفة المذكورة سلفا. وقد أضافت المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي, بضرورة توافر حسن النية في مراحل العقد المختلفة بداية من مرحلة التفاوض, ثم الانعقاد, وأخيرا مرحلة التنفيذ. وهذا النص يكون قاعدة قانونية مُخصصة لحماية هذه الثقة المشروعة التي تعد من مقتضيات حسن النية[١]. ولفهم المعيار المُحدِّد كذلك, يتعين وصف المظاهر الموضوعية المخالفة أو المسيئة لحسن النية.

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٨٣ وما بعدها.

الفصل الثاني:

مظاهر موضوعية حسن النية .

٦٦- تثير مظاهر التقصير أو الإخلال بحسن النية أيضاً Les manifestations du manquement à la bonne foi عدداً من الأسئلة من حيث الموضوع, وندرس الغدر أو الخيانة la félonie, ويقصد بذلك خداع النية التعاقدية، ومن حيث الشكل, نتعرض للتحولات المادية بواسطة تحكم أحد المتعاقدين.

المبحث الأول:

من الناحية الموضوعية: خيانة أو خداع حسن النية.

٦٧- يَظهر تباين التطبيقات القضائية في القضاء الفرنسي في فرضين: يتمثل الأول, في المخالفة غير المشروعة التي تضر بالمتعاقد الآخر. أما الفرض الثاني, فيتعلق بالاستغلال التعسفي للمركز القوي L'exloitation abusive d'une position force. وسوف نحاول دراستها على النحو التالي.

المطلب الأول:

المخالفة غير المشروعة.

contradiction illégitime

٦٨- يُستفاد من النصوص التي تستوجب تنفيذ العقود بحسن نية في التشريعات المختلفة أن التصرف المُتوقع un comportement prévisible يتعين أن يتوافق مع فكرة الاتحاد والترابط والتعاون بين المتعاقدين التي بمقتضاها يظهر كل متعاقد إنضمامه أو موافقته manifesté son adhesion. ونجد من تطابق أو اتفاق

الإرادات، أن حسن النية يحمي القصد التعاقدي ضد التصرفات المخالفة contre les comportements contadictoires. ومن هنا يكتسب الترابط التعاقدي بُعداً أكثر مرونة من تلك البُعد الذي يذهب إليه الفقه، ولا يعني ذلك مواجهة الفرض الذي عليه يتبنى المتعاقد التصرفات المتعاقبة والمتناقضة inconciliables بالنسبة للعقد فقط[١]، وإنما لتوسيع مجال تطبيق الفكرة العامة لعدم استقرار التصرف بالنسبة للثقة المشروعة المقررة. ويكون من المناسب لتحقيق هذين الشكلين: الأول الإشارة إلى الاستقرار والثبات في الالتزام التعاقدي ذاته.أما الشكل الآخر, فيكمن في التصرف السابق الذي يعتمد عليه المتعاقد.

الفرع الأول: الالتزام الأصلي بالثقة والأمانة طوال مدة سريان العقد l'engagement initial

٦٩- يقوم الالتزام مع الأمانة والثقة في تنفيذه بالنسبة للاتفاق على التوقع والتبصر la prévision، ويقصد بذلك أنه يُفترض, وفقا للأمانة, أن تصرف المتعاقدين سيكون بذات المضمون طوال مدة سريان العقد la vie du contrat, وهذا هو مضمون عمل حسن النية. ويوصي هذا الأخير بالاستقامة rectitude في موقف المتعاقد، وحتى يتسنى عدم الاعتداء على التوقع المشروع، إذ يستطيع المتعاقد المتابعة الدائمة بهدف إنجاح العلاقة التعاقدية[٢] satisfactoire de la relation. وبواسطة الاستمرار الذي

---

[١] MAZEAUD (D.): La confiance légitime et l'estoppel, op. cit.,n°4.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٣٣ وما بعدها, صـ ٩٥٦ وما بعدها, صـ ٩٨٣ وما بعدها.-- د.حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, المصادر الإرادية وغير الإرادية, جامعة حلوان, ٢٠١٩, , صـ ٢١٥ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٢٢٥.

٦- مبدأ حُسن النيّة في تنفيذ العقود "دراسة مقارنة"

ينطبع على العقد, فإن حسن النية يرسم اتفاق الإرادات في مراحل السلوكية المتوقعة. ويعطي ذلك الاستقرار العديد من التعريفات المتقاربة, فالاستقرار يُعرف لاسيما بالصفة التي لا تنقطع ولا تنتهي ويعالج الاستقرار الأفكار الآتية الاستمرار continuité، البقاء durabilité ، الرسوخ fixite ، الدوام immutabilité الذي لا يتغير invariabilité، الثابت stabilit permanence. فهل لا يكون ذلك هدف حسن النية الذي يكفل إمكانية الوثوق في السلوك؟. وهذه الضرورة هي أساس العدالة, ويقتضي أن يكون المتعاقد جدياً في مناقشاته ومخلصاً وأميناً في تنفيذ التزاماته. ويجب أن يستمر على ذلك في كل تصرفاته ومشروعاته[١].

والقاعدة السلوكية الواردة في النصوص القانونية المختلفة, كالمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, هي صدى النية التي يقوم عليها الأطراف في تعاقداتهم. ويستوجب هذا النص من المتعاقدين اتخاذ موقفاً مُترابطاً, حتى يتسنى ضمان إبرام العقد وتنفيذه بطريقة تتوافق مع هذا التعاون والاتحاد conforme à l'alliance بين المتعاقدين. ويَمنع مبدأ حسن النية أحد المتعاقدين من مفاجأة أو مباغتة التوقعات المشروعة للمتعاقد الآخر، إذ يكون بوسع كل متعاقد الاعتماد عليه في كل مراحل العلاقة التعاقدية la relation contractuelle[٢].

٧٠- ويتحول القضاء الفرنسي نحو معاقبة من يقوم بعمل يُثبت موقفاً غير قابل للتوقع d'une attitude imprévisible وتغطي المخالفات غير المشروعة هذا الإطار من خلال عدد كبير من الأشكال، والمتعاقد الذي يمارس تدليساً أو إزدواجاً

---

[١] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 332.

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 332. P. 266.

بتصـــرفه، ومن ثم, فإنه يُعَطِّل entrave تنفيذ الاتفاق, فيجعل تنفيذه مســـتحيلاً أو صـعباً impossible ou difficile [١]. ويتحقق ذلك أيضـاً في نطاق الشـرط الفاسـخ clause résolutioire حيث تعاقب sanctionné باسم حسن النية، فالمؤجر الذي يمنع مســـتأجريه locataires من تقديم طلب تخصـــيص مســـكن أو مأوى allocation– logement من خلال عدم تقديم مخالصـــات بالإجارة layer . وذات الأمر تبرير المالك الذي يقوم بالتنبيه الرســـمي délivre un commandement بفســـخ العقد تنفيذا للشـــرط الفاســـخ, عندما يكون المســـتأجر غائباً في أثناء العطلة الصـــيفية. كذلك رفض طلب المســـتأجر إنهاء عقد الإيجار عندما يجيز العقد بذلك. ويتعين الإشارة إلى أن يقع المتعاقد التزام باحترام الثقة المشروعة للمتعاقد الآخر. على أســـاس أن, القوة الإلزامية للاتفاق تكون مُختلطة مع حســـن النية التي تقود إلى قابلية التوقع دون تصـدع التصـرف الصـادر من قبل المتعاقد الآخر في كل مراحل سـريان الاتفاق[٢].

الفرع الثاني: تصرف المتعاقد بالمخالفة لتصرفه الأصلي أو الأول .

٧١ – ينطوي حسـن النية على واجب التعاون والارتباط الذي يُقدر بالنسـبة للتصـرف الأول ويعتمد عليه المتعاقد الآخر، وأنه يكون مناســباً للشـــرف والأمانة. فالمقصـــود الفرض الذي بمقتضـــاه يتبنى المتعاقد موقفاً يهدف إلى إيجاد توقع أو أمل مشـــروع une attente légitime لدى المتعاقد الآخر، فيحمي القانون عندئذ هذا الشـــخص الذي خلق الثقة في نفس المتعاقد الآخر، فالطرف في العقد لا يســتطيع أن يتصــرف

---

[١] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, 11e éd., Dalloz, 2013, nº 440.

[٢] JABBOUR (R.): th., op. cit., nº 333.

بالمخالفة en contrdiction للتوقع الذي أوجده عند الطرف الآخر عندما يتصرف هذا الأخير كما ينبغي لهذا التوقع acte raisnnablement à cette atiente. فالمتعاقد لا يكون بوسعه التصرف بالمعارضة لإقراراته أو إعلاناته أو تصرفاته السابقة، وأن مجرد التسامح أو التساهل لا يكف لاسترداد الثقة المشروعة[١].

وقد شهد القانون الفرنسي تطوراً تدريجياً نحو الإقرار بهذه القاعدة في نطاق الإجراءات المدنية وفي قانون العقود. ففي نطاق الإجراء المدني procédure civile استحسنت محكمة النقض الفرنسية، في نطاق التحكيم الدولي، حكم محكمة الاستئناف, إذ قررت أن المتعاقد الذي يشارك بدون أي تحفظ في إجراء تحكيمي la procédure arbitrale يكون مرفوضاً عليه بموجب قاعدة الدليل المغلق en vertu de la règle de l'estoppel, وهو نظام يحظر على الشخص إنكار ما صدر عنه من قول أو فعل بوسيلة مخالفة, حيث أنّ هذا القضاء يفصل في المسألة دون وجود شرط اللجوء إلى التحكيم أو وجد الاتفاق إلا أنه باطل. الخطأ في الاتفاق هو الذي يمكن تطبيقه, وبذات الطريقة لن يفضل المدعي الادعاء أمام محكمة الاستئناف بطريقة تتعارض مع الحجة المستند عليها أمام قاضي الموضوع، وعن طريق المقارنة، فإن الدائرة الأولى المدنية من محكمة النقض الفرنسية قررت ضرورة الترابط الإجرائي L'exigenee conhérence procédure في الدعوى المنظورة أمامها في ٥ يوليو ٢٠٠٥، حيث قررت أن " دعوى فسخ العقد غير المُنفذ un action en résolution du contrat inexécuté لا يجوز ضمها cumuler مع الدعوى التي تهدف إلى تنفيذه تنفيذا جزئياً son exécution partielle فلا تقضى محكمة الاستئناف بفسخ العقد وتنفيذه[٢].

---

[١] JABBOUR (R.): th., op. cit., n° 334.

[٢] Cass. Civ.1re, 5 juill. 2005, n° 04-15.808, Bull.civ., I, n°292.

٧٢- **أما بالنسبة لقانون العقد**، فقد كان الحكم الصادر في ٨ مارس ٢٠٠٥ حاسماً في التأكيد[١], لأنّ محكمة النقض الفرنسية قررت، بأن المخالفة غير المشروعة contradiction illégitime للبنك، فلن يستطيع البنك في الواقع طلب الاستفادة من شرط تجميع الحساب bénefice de la clause d'unite de compte, فهو يدير حسابات عَمِليه دائما بطريقة منفصلة، ويتشابه التسبيب مع الحكم الصادر في ٢٨ يناير ٢٠٠٩، الذي أقر معاقبة شركة التأمين la societé d'assurance التي غلبت نظام يحدث كل عشرة سنوات décennale تشوبه الفوضى لإلزام المؤمن له بسداد الأقساط الرئيسية (كبيرة القيمة) ثم بعد ذلك خالف هذا التكييف أمام قاضي الموضوع. وتكون الإشارة إلى ضرورة التعاون والارتباط مبرراً على أساس النصوص القانونية المنظمة لتنفيذ العقد بحسن نية. وذات المنطق يكمن في معاقبة الدائن الذي فاجأ مدينه باللجوء إلى الشرط الفاسخ في حين أنه قد ترك العقد بدون تنفيذ لعدة سنوات. وعلى ذلك أيضا خيانة الثقة أو الخداع من قِبل المتعاقد المتنازل الذي أقنع المتعاقد الآخر أن العقد سيتم مواصلته والإبقاء عليه, وذلك لحثّ الأخير على إنجاز الاستثمارات, في حين فسخ المتعاقد الاتفاق فجأة aui rompt abruptement la convention[٢].

وتجدر الملاحظة أن, الاتجاه القضائي في فرنسا يُعاقب الموقف غير المتعاون للمتعاقد والذي يُخالف فيه التصرف السابق un comportement precedent, أي أن سلوك المتعاقد الحالي يُخالف سلوكه السالف. كالأفعال أو الإشارات gestes أو

---

[١] Cass. Com., 8 mars 2005, D., 2005,p. 2836, obs. S.Amrani- Mekki et B. Fauvraque-Cosson.

[٢] Cass. Com., 5 oct. 2004, RTDciv., 2005,p. 127, obs. J.Mestre et B. Fages.

الأقوال التي بمقتضاها تتولد الثقة والأمانة المشروعة لدى المتعاقد الآخر من أجل أن يستمر التعاون والاتحاد prepétuent l'alliance بين المتعاقدين, لأن عبارات القبول تشهد على الثقة الممنوحة والمتحققة confiance donnée et reçue لدى المتعاقد الآخر, وحتى لو لم تكن كافية على الثقة[١].

وتجدر الإشارة إلى أن, حسن النية يعني ترابط وتناسق التصرف, أي السلوك الحالي للمتعاقد لا يخالف سلوكه الأول حتى لا يخدع ثقة المتعاقد الآخر, ويتعارض مع توقعاته. فلا يجب خداع أو غش الثّقة أو أمانة décevoir la confiance أشخاص أخرين يمكن أن يقعوا بالإشارة كما يخدعوا بالكلام[٢].

٧٣- إذا كان حسن النية يستوجب الأمانة في التعامل, فإن التعامل لا يستقيم إلا بها, وللأمانة والثقة المشروعة كالتزام تقتضيه موجبات حسن النية دور في مرحلة ما قبل التعاقد, فيقع على المتعاقد التزام بالإفضاء أو الإدلاء بالبيانات المؤثرة في رضاء المتعاقد الآخر, وعلى ذلك عقد التأمين, ويمتد هذا الالتزام ليشمل مرحلة تنفيذ العقد[٣], ومن ثم, يتعين على المتعاقد ألا يدلي بمعلومات تتعارض مع معلومات أدلى بها سلفا, حتى لا يخدع الثقة لدى المتعاقد الآخر ويتعارض مع توقعاته. كما تعتبر الكفالة

---

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, op. cit.,n°746.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٢٩ وما بعدها.

[٢] CARBONNIER (J.): Droit civil, t. 4, Les obligations, 13e éd., PUF,1988.n° 17.--- JABBOUR (R.): th., op. cit.,n° 335.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٣٠.

والوكالة من العقود التي تقوم على اعتبارات الثقة أيضا وتوجب التزاماً بالإفضاء في مرحلة ما قبل التعاقد, ويمتد هذا الالتزام طوال مدة سريان العقد[١].

وقد أدرك المشرع المصري اهمية الدور الذي تؤدية الأمانة في التعامل حين قضي بيانا لآثار العقد وفي نطاق تفسيره في المادة ٢/١٥٠ مدني مصري بأنه" 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, وفقا للعرف الجاري في المعاملات". ومؤدى هذا النص أن الأمانة التي تعد أحد مقتضيات حسن النية تُعتبر ضابطاً في تفسير العقد[٢].

باختصار يظهر الاعتداء على الثقة المشروعة من خلال التصرف غير المستمر أو غير الدائم من أحد الطرفين والذي يخالف التوقعات المشروعة لشريكه son partenaire وتأخذ المخالفة غير المشروعة شكلين: الأول يتمثل في الالتزام الأساسي الأصلي الذي يحظر النفاق والإزدواجية والتدليس le engagement initial qui proserit duplicité. أما الشكل الثاني: فيتحدد بالسلوك أو التصرف السابق الذي عليه يكون الشريك (المتعاقد) تولدت لديه ثقة مشروعة. ففي كل من هاتين الحالتين يستحق التصرف غير المستمر أو غير الثابت العقاب répréhensible في حالة أنه

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٣٦ وما بعدها.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٥٦ وما بعدها.-- د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, فقرة ٢٨٢.-- د.عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, فقرة ٩٣.-- د. عبد الفتاح عبد الباقي: موسوعة القانون المدني, فقرة ٢٦٥.-- د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام, فقرة ١٥٢.-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, فقرات ١٩٨ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٢١٠ وما بعدها.

ينكر أو يتجاهل الثقة المشروعة للغير. علاوة على أن هناك فرض أخر يفسد حسن النية يكمن في الاستغلال التعسفي لمركز القوة.

المطلب الثاني:

استغلال المتعاقد مركزه القوي

exploitation d'une position de force

تمهيد وتقسيم:

٧٤- يُعدُّ استغلال مركز القوة مظهراً أخر لخيانة الثقة المشروعة, ويكشف عن مخالفة حسن النية هنا عن الموضوعية الكاملة، وهذا يوصف من خلال تنفيذ السلطة التي تضر بالنية التعاقدية عن طريق وقف أو تعطيل مصلحة المتعاقد الآخر الاقتصادية. ولتغطية هذا الموضوع نستعرض العلاقة بين حسن النية والتعسف في استعمال الحق وعدم تعيين الثمن, وتقدير الآثار والنتائج.

الفرع الأول: العلاقة بين حسن النية والتعسف في استعمال الحق:

٧٥- عندما يتصدى الفقه لفكرة التعسف في استعمال الحق, فإن فكرة حسن النية تظهر على الساحة, ومن ثم يتعين أن تؤخذ في الحسبان. ومن هنا يتسلل الغموض واللبس في العلاقة بين الفكرتين. وقد قرر القانون الفرنسي, في بعض التطبيقات أن تطبيق المادة ٣/١١٣٤ (التي أصبحت المادة ١١٠٤ بعد تعديل ٢٠١٦), بشكل طبيعي, يتيح للقاضي الفرصة في الرقابة على التعسف في استعمال بعض الحقوق المترتبة عن العلاقة التعاقدية[١]. على الرغم من عدم تحديد بوجه عام الروابط والقيود

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit., n° 1502. انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية,

المحفوظة بين الفكرتين, ويمكن التمييز بين اتجاهين, يتمثل الأول في أن حسن النية يُساعد النظام القضائي في الكشف عن حالات التعسف, لأنه يُعدُّ مَدخلاً للتعسف في استعمال الحق. أما الاتجاه الثاني, فيكمن في أن التصدي لحسن النية يكون في إطار أنه يُعتبر معياراً للتعسف في استعمال الحق.

أولا: حسن النية كأساس للتعسف في استعمال الحق:

(ا)- القانون المدني الألماني BGB :

٧٦- ربط تطور القضاء الألماني, بشكل تدريجي, بين التعسف في استعمال الحق ومبدأ حسن النية, ولجأ في هذا الشأن إلى المادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني[١]. وذهب جانب من الفقه إلى أن مثل هذا الأساس لم يكن مقبولاً[٢]. فعند تضارب المصالح مع حسن النية تأتي مخالفة الأخلاق والآداب الحسنة bonnes moeurs, وعلى ذلك تقضي المادة ١٣٨من BGB التي تُقدِّم كذلك للتعسف أساساً مناسباً [٣]. وقد توسع القضاء الألماني في مفهوم الغبن بما يمكنه من التحكم في مضمون العقد بشكل يتيح بإعادة التوازن إلى الالتزامات التعاقدية. وكل تصرف مخالف, وفقا لنص

دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية مع إشارة للقوانين الانجلوأمريكية, دار النهضة العربية, ١٩٩٦, فقرات٦٢٥ وما بعدها.

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit.,nos 1503 et s. -- انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات٦٢٠ وما بعدها.

[٢] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit.,nos 1483 et s.

[٣] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit.,no 1504.

المادة السالفة, لما تقضي به الأخلاق والآداب العامة يعد باطلاً, وقد أُستخدم هذا النص لردع التعسف الناشيء عن الشروط العامة التي ترد في العقود العامة الواردة على السلع والخدمات التي يقدمها أكثر من مهني بموجب عقود نموذجية تحتوي على الشروط العامة للتعاقد[١].

وقد حسم القضاء الألماني المسألة بعد ذلك, وأيّد أساس التعسف في استعمال الحق الذي يقوم على حسن النية والمادة ٢٤٢ مدني ألماني. فقد لجأت المحاكم الألمانية بشأن العقود النموذجية والشروط العامة التي ينفرد بوضعها طرف واحد بقصد إبرام عمليات متكررة تحت ذات الشروط, والتي لا يكون بوسع الطرف الآخر أن يفاوض بشأنها. وقضت المحاكم في هذا الصدد بضرورة أن تكون هذه الشروط متوافقة مع مقتضيات حسن النية واحترام المصالح الجوهرية للمتعاقدين[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن, أسباب هذا الربط ترجع إلى أن فكرة حسن النية وحدها تضم كل الحالات التي اعتبرها القضاء تعسفاً في استعمال الحق, وعلى ذلك المادة ٢٢٦ من القانون المدني الألماني, حيث يشمل حسن النية حالة التعسف في استعمال الحق, بسبب شرطها الضيق للغاية وهو ضرورة توافر نية الإضرار. لأن صاحب الحق لم يقصد باستعماله لحقه سوى الإضرار بالغير, فمعيار التعسف هنا معيار شخصي يتم الرجوع فيه إلى نية صاحب الحق. أما المادة ٨٢٦ مدني ألماني لا تدخل ضمن حالات التعسف في استعمال الحق, وبخاصة الحالات التي يكون المعيار فيها موضوعياً بدون خطأ, فضلا عن أن كل حالات التعسف لا تعتبر اعتداءً على حسن

---

[١] انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرة ٦٢٠.

[٢] انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرة ٦٢٢.

النية, وتعد المادة ٢٤٢ هي الأساس القانوني الوحيد لمنع التعسف في استعمال الحق, عندما يكون من حدود استعمال الحقوق[١].

٧٧- ذهب جانب من الفقه الألماني إلى أن أساس حسن النية في المادة ٢٤٢ يمكن أن يُعتبر أساساً غير مناسب. وقد ذهب جانب من الفقه الألماني منذ قرن من الزمان, إلى أن حسن النية يفرض على المتعاقدين احترام التزاماتهم التعاقدية, ويتعارض حسن النية " بأي حال من الأحوال مع عدم استعمال الحق بل مع تعسف صاحب الحق في استعمال حقه ومع التصرف باستهانة في التزاماته التعاقدية" nexecrçait en aucun cas un droit mais (le) dépass(ait) et agi(ssait) au mépris de ses obligations contractuelles

فعلى الرغم من تأكيد القضاء الألماني على أن حسن النية تعتبر أساساً للتعسف, يظهر أن هذا الأساس ضعيفاً وهشاً في الوقت الحالي. ولا يكون هذا الأساس وحده المطروح. فمن ناحية, كان هذا النظام, في الأصل, مُعبَّراً عنه في النظام الروماني. وقد أضفى مشروعية كبيرة للغاية على هذا النظام, وقد كان الفقه الألماني يحترم القانون الروماني.

ومن الناحية الآخرى, حاول الفقه التأكيد على أنه, على الرغم من غياب النص الصريح على أن حسن النية يعتبر أساساً للتعسف في استعمال الحق, فقد أخذ المشرع الألماني في العديد من النصوص التي تنص عليه صراحة. وعلى ذلك تنص المادة

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit.,n° 1504. -- انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد..., فقرات ٦٢٠, ٦٢٢.

٣٢٠ الفقرة الثانية من القانون المدني الألماني بأنه" ... باستثناء عدم التنفيذ, يستحيل استعمال هذا الحق في بعض الظروف, وبخاصة في حالة التقصير الخفيف في الأداء, عند مخالفة حسن النية ", وكذلك المادة ٤٥٩ الفقرة الأولى العبارة الثانية من ذات القانون بقولها أن" المسئولية عن العيوب الخفية في الشئ, ليست مسئولية في حالة انخفاض قيمة الشئ إلى الحد الأدنى". وكذلك المادة ٤٩٨ الفقرة الثانية العبارة الثانية من ذات القانون التي تنص على أن" في ظل مسئولية البائع, لا يستطيع المشتري طلب إنقاص ثمن الشيء إذا كان قد تلف بسبب تافه أو بدون خطأ من البائع". وكذلك المادة ٢/٥٤٢ من ذات القانون تنص على أن" فسخ عقد الإيجار بسبب عدم استخدام الشئ المؤجر, عندما يكون المانع في الاستعمال خفيفاً, ولا يكون الفسخ مشروعاً إلا إذا كان للمالك مصلحة مشروعة فيه". هذا, وقد صدر القانون الألماني المنظم للشروط العامة في التعاقد في ٦ ديسمبر عام ١٩٧٦ مقننا ما سبق وأكد عليه القضاء الألماني من ضرورة احترام حسن النية والمصالح الجوهرية للمتعاقدين, بالإضافة إلى ضرورة توافق الشروط العامة في العقود مع مقتضيات الأخلاق والآداب العامة, ومن ذلك عدم استغلال الطرف الأقوى لموقعه بالنسبة للطرف الآخر, ليفرض عليه شروطاً ما كان ليقبل بها على النحو الذي وردت به لو تيسر التعرف على حقيقتها أو لو كان بوسعه التخلص منها[١]. وتقرر جميع هذه النصوص مسألة مشتركة, وهي أن التعسف في استعمال الحق يكون مُحدداً بواسطة القانون. ويُقدم روح القانون كأساس تكميلي المساعدة للنظام القضائي الألماني. ومن هنا يكون القانون أساساً صحيحاً للتعسف في استعمال الحق. وقد ذهب الفقه الألماني إلى ضرورة تأسيس التعسف بطرق مختلفة, بعبارة آخرى يجوز أن يكون للتعسف في

[١] انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, مرجع سابق, فقرة ٦٢٣.

استعمال الحق أكثر من أساس, وأكد هذا الفقه على أن الربط بين التعسف وحسن النية يكون ضعيفاً[١].

(ب) القانون المدني الياباني Mimpô:

٧٨- يوجد أساس قانوني آخر للتعسف في استعمال الحق, غير حسن النية. فقد أُثيرت في القانون الياباني مسألة التعسف في استعمال الحق من البداية. وقد أقر الفقه الياباني على غرار الفقه الفرنسي, أن المسئولية التقصيرية la responsabilité délictuelle هي أساس التعسف, ويبقى الأمر ملتبس وغامض حول مسألة التَّحقق من أن هذا الأساس مناسباً أم لا.

أما عن موقف القضاء الياباني فقد أدخل التعسف في استعمال الحق دون دراسة النصوص القانونية الموجودة سلفا في القانون المدني الياباني, بيد أنه, أقر بأن الجزاء الذي يوقع على التعسف, ينتج عن المسئولية التقصيرية لمرتكب هذا التعسف, في حدود الضرر الذي أحدثه جراء تجاوزه في استعمال حقه, وبالتالي يلتزم المسئول بتعويض هذا الضرر. وقد أدخل المشرع الياباني حظر التعسف في استعمال الحق في مقدمة القانون المدني, بموجب التعديل رقم ٢٢٢ الصادر في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٤٧, حيث أضاف فقرة ثالثة للمادة الأولى منه والتي تنص على أن" التعسف في استعمال الحق لا يكون مقبولاً ". وبذلك يكون المشرع قد قصد فصل النظامين عن بعضهما البعض, حسن النية عن التعسف في استعمال الحق, بأن أعطى لكل منهما أساساً قانونياً مختلفاً[٢]. بعد أن نص في المادة الأولى الفقرة الثانية ٢/١ من هذا القانون على أنه" يكون استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات من الأمور التي يجب أن تكون أعمالاً لحسن النية والأمانة". ويستفاد من هذه المادة أن استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات تعد من الأشياء التي

---

[١] JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1507.

[٢] JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1509.

ينبغي أن تكون أعمالاً لحسن النية والأمانة والإخلاص[١]. فالفقرة الثانية من المادة الأولى تربط بين حسن النية واستعمال الحقوق, أما الفقرة الثالثة من ذات المادة فتحظر التعسف في استعمال الحقوق. ومن هنا, يكون حسن النية أساساً للتعسف في استعمال الحق في القانون المدني الياباني, إلى جانب المسئولية التقصيرية التي قال بها الفقه الياباني كأساس للتعسف في استعمال الحق.

٧٩- أما بالنسبة **للقانون المدني السويسري** الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٠٧ فقد اعترف بالعلاقة بين حسن النية واستعمال الحقوق, على غرار القاعدة الموجودة في القانون الياباني. إذ نص في المادة ١/٢ من القانون السويسري على أنه" يلتزم كل شخص باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا لقواعد حسن النية"[٢].

(جـ) أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي:

٨٠- ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن أساس التعسف في استعمال الحقوق في العقود في القانون المدني الفرنسي, يرتبط بالمادة ١٣٨٢منه, التي تنظم المسئولية التقصيرية, والتي أصبحت المادة ١٢٤٠ بعد تعديل ٢٠١٦[٣]. وبالتالي تكون المسئولية التقصيرية أساساً للتعسف في استعمال الحق, ووفقا لهذه الوجهة من النظر تُعدُّ حالات التعسف طائفة جديدة من الخطأ طبقا لنص هذه المادة السالفة. ويُقدِّم هذا الأساس تعويضاً كافياً للمضرور الذي لحقه ضرراً جراء هذا التعسف, ولكن هذا التعويض يكفي فقط في حدود المسئولية التقصيرية التي يلتزم بها المسئول عن التعسف. ولا

---

[١] JALUZOT (B.): th., op. cit., n^os 461, 496.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٦٧, هامش ١١٦.-- JALUZOT (B.): th., op. cit.,n^o 462.

[٣] Reforme du droit des oblications, un supplement au code civil, n^o 131- 2016, Dalloz,2016, p.30.

يخلق هذا الوضع أية صعوبة في حدود التعسف غير المُطبق في نطاق قانون العقود. وحتى وقت قريب, كان القضاء الفرنسي يرفض التمسك بالتعسف في استعمال الحق حتى في العلاقات السابقة على التعاقد, غير أن التعسف لم يكون مُعاقباً عليه إلا على أساس المسئولية التقصيرية[١].

أما في الوقت الحاضر فقد اختلف الأمر, وطبقت محكمة النقض الفرنسية, بشكل غير محسوس, التعسف في استعمال الحق في تنفيذ العقد applique l'abus de droit dans l'exécution du contrat. وبموجب مبدأ عدم الجمع non-cumul بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية, أصبح من المستحيل الإبقاء على اعتبار المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي أساساً للتعسف في استعمال الحق. لأن حسن النية المنصوص عليه في المادة ٣/١١٣٤ (المادة ١١٠٤ بعد تعديل ٢٠١٦) يُعتمد عليه بشكل كبير في معاقبة التعسف في استعمال الحق[٢]. وعلى ذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية بأن التعسف في استعمال الحق الناتج عن العقد يؤدي إلى مخالفة الالتزام بحسن النية une violation de l'obligation de bonne foi [٣].

٨١- وقد أجمع الفقه والقضاء في فرنسا على أن المادة ٣/١١٣٤ تعتبر أساساً لتطبيق جديد على التعسف في استعمال الحق, وهو التعسف في تقدير الثمن l'abus dans la fixation du prix [٤]. غير أن, محكمة النقض الفرنسية لم تتبع الاقتراح وبالأحرى لم تشير إلى حسن النية, وفضلت أن تترك الأساس مفتوحاً, حيث يتم اللجوء إلى مواد ذات نطاق أكثر اتساعاً plus vastes من قانون العقود في

---

[١] انظر في ذلك JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1510.

[٢] JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1511.

[٣] Cass. Civ. 1re, 31 nov. 1994, RTDciv., 1995, p. 358, obs. J.Mestre .

[٤] JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1512.

التقنين المدني الفرنسي, ويظهر ذلك من خلال الإشارة إلى المادتين ١١٣٤, ١١٣٥ والتي حلت محلهما المادتان ١١٠٤, ١١٩٤ بعد تعديل ٢٠١٦.

والسؤال الذي يُثار هنا هل يجب الرجوع إلى حسن النية لمعاقبة حالات التعسف في استعمال الحقوق المترتبة عن العقود؟ وتكون الإجابة بالإيجاب على هذا السؤال. غير أن جانب من الفقه لم يُفضل هذا الاختيار[١]. وأرجع ذلك لعدة أسباب فمن ناحية, يكون لكل من حسن النية والتعسف كنظامين قانونين في القانون المدني الفرنسي, قوة متعادلة ومتساوية, والتسليم بأن التعسف يتفرع عن حسن النية, سيخلق علاقة تبعية بين الفكرتين, وهذا من شأنه أن يؤدي إلى توسيع كبير في نطاق تطبيق المادة ٣/١١٣٤. ولم يكتسب حسن النية هذه القوة وهذا النطاق الواسع في إطار العلاقات التعاقدية. ومن ناحية آخرى, إذا كانت المادة ٣/١١٣٤ تؤدي حتما وبالضرورة إلى خلق فكرة التعسف في استعمال الحق في العقود, فإنه يتعين تمييز هذا التعسف عن التعسف في استعمال الحق بوجه عام. وتكون وحدة فكرة التعسف في استعمال الحقوق المترتبة عن العقد والتعسف بوجه عام في النهاية غير موجودة أو مفقودة. ومن ناحية أخيرة, يبدو أن الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ لا تكون كافية بمفردها لمساعدة النظام القضائي. وفي كل الأحوال رأى جانب من الفقه أن المادة ١١٩٤ مدني فرنسي, تقدم أساساً قانونياً أكثر توافقاً. حيث أن هذا المادة تنص على مجموعة من الوسائل الضرورية التي يلجأ إليها القضاء لتكوين قراره, ولإنشاء الحاجات القانونية الجديدة, لأن المادة السالفة تقضي بأن العقد لا يقتصر, في تحديد مضمونه, على ما ورد حرفيا في بنوده, بل أن ذلك يُكَمَّل بِعِدَّة موجهات هي العدالة, العرف, القانون وطبيعة الالتزام, وتقدم كذلك مصدراً حقيقياً وملائماً للأنظمة القانونية مثل التعسف في استعمال الحق[٢]. وهكذا, يفرض حسن النية الرقابة على تقدير الثمن في العقود.

---

[١] JALUZOT (B.): th., op. cit., n° 1513.

[٢] JALUZOT (B.): th., op. cit., n° 1513.

(د) القانون المدني المصري.

٨٢- يقتضي حسن النية والعدالة عدم التعسف في استعمال الحق, كما تنبئ معايير التعسف عن أنه يخرج عن جادة حسن النية[١]. وأن من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود انتفاء التعسف في استعمال الحق, أي الخروج بالحق عن حدود حسن النية الواجب في استعمال الحقوق[٢]. وتنظر معايير التعسف إلى الاستعمال غير المشروع للحق إما من الناحية الشخصية أم الموضوعية. ويقوم المعيار الشخصي على نية صاحب الحق, عندما لا يقصد من استعماله الحق سوى الإضرار بالغير, وعلى ذلك تقضي المادة ١/٥ من القانون المدني المصري[٣]. كما أن انعدام المصلحة انعداما تاما يعد قرينة على قصد إحداث الضرر, وكذلك يعبر الخطأ الجسيم عن سوء النية صاحب الحق[٤]. أما بالنسبة للمعيار الموضوعي فيتمثل في إما أن تكون المصلحة من استعمال الحق قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير, أو تكون المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من استعمال الحق غير مشروعة, وفي الحالتين يكون المعيار مادي في ظاهرة إلا أنه كثيرا ما يتخذ قرينة على نية الإضرار

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٦٧ وما بعدها.

[٢] انظر في ذلك د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, صـ ٤٥٧ وما بعدها.

[٣] انظر في ذلك د. أسامة أبو الحسن مجاهد: المدخل لدراسة القانون, جامعة حلوان, ٢٠٢١, صـ ٢٩٨.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: المدخل للعلوم القانونية, دار النهضة العربية, ٢٠١٦, فقرة ٣١٨. -- د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, صـ ٤٥٨ وما بعدها.

[٤] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٦٨ وما بعدها.

بالغير, كما تكون تلك النية العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة في استعمال الحق, أي يوصف بالتعسف[١].

وتجدر الإشارة إلى أنه, ليس من المألوف في سلوك الشخص العادي أن يسعى, تحت ستار استعماله لحقه, إلى الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة قليلة الاهمية مقارنة بالضرر الذي أصاب الغير أو أن تكون المصلحة التي يريد تحقيقها غير مشروعة. ويبدو أن إدخال النظرة الأخلاقية له تأثيره في مفهوم التعسف, وتحديد حالاته, ومن ثم تحديد معنى حسن أو سوء النية[٢]. وبذلك نرى أن أساس التعسف هو حسن النية والماد ١٤٨ مدني مصري. والتي توجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية, ولا يقتصر التنفيذ على ما يتضمنه العقد, وإنما يضاف إليه عناصر مُكملة كالعدالة, العرف والقانون[٣]. ونرى أن المادة ١٤٨ بفقرتيها تقدم أساساً مناسباً للتعسف, على غرار المادتين ١١٠٤, ١١٩٤ من القانون المدني الفرنسي. وتُعتبر مصدراً حقيقياً للأنظمة القانونية مثل التعسف في استعمال الحق. بيد أن, جانب من الفقه المصري رأى, على غرار جانب من الفقه الفرنسي والياباني, أن المسئولية التقصيرية تعد أساساً للتعسف في استعمال الحق, وفقا للمادة ١٦٣ مدني مصري[٤].

---

[١] انظر في ذلك د. أسامة أبو الحسن مجاهد: المدخل لدراسة القانون, مرجع سابق, صـ ٢٩٨.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: المدخل للعلوم القانونية, مرجع سابق, فقرات ٣١٩ وما بعدها. -- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٦٩.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٧٠.

[٣] د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, ٢٠١٩, صـ ٢١٥ وما بعدها.

[٤] انظر في ذلك د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٢٢٥.

٨٣- وقد أورد المشرع المصري العديد من التطبيقات على التعسف في استعمال الحق. وعلى ذلك مضار الجوار غير المألوفة التي لا يمكن تجنبها, ويكون للمضرور الحق في طلب إزالة هذه الأضرار وتقضي بذلك المادة ٨٠٧ مدني مصري[١]. وكذلك منع المشرع المؤجر من استعمال حقه في الحبس أو الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمراً تقتضيه حرفة المستأجر أو المألوف من شئون الحياة أو كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تفي بضمان الوفاء التام بالأجرة, وتقضي بذلك المادة ٢/٥٨٩ مدني. وأيضا إصرار الدائن على تنفيذ الالتزام, على الرغم من وجود ظروف طارئة جعلت هذا التنفيذ مرهقاً للمدين, يُعدُّ تعسفاً من جانبه تأباه العدالة ويتعارض مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود. وتقضي بذلك المادة ٢/١٤٧ مدني. وكذلك المادة ٢/٣٤٦ مدني والخاصة بنظرة الميسرة[٢].

ثانيا: التشابه بين التعسف في استعمال الحق وحسن النية.

٨٤- يرتبط التعسف في استعمال الحق بحسن النية من وجهة النظر التصورية. لأن الأفكار التي تغطيهما تكون متقاربة, ومن شأن ذلك أن يُعطي مكاناً للتشابه والتماثل بين الفكرتين. وهذه الظاهرة توجد في معظم الأنظمة القانونية.

---

[١] انظر في ذلك د. أشرف جابر: الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, جامعة حلوان, ٢٠١٧, فقرة ٣٣.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: القانون المدني, الحقوق العينية الأصلية والتبعية والتأمينات الشخصية, صـ ٣٩ وما بعدها. -- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٧٠ وما بعدها.

[٢] انظر في تطبيقات آخرى في القانون المدني المصري د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, مرجع سابق, صـ ٤٥٩.

ففي القانون المدني الألماني BGB. تتضـــمن المادة ٢٤٢ منه ذات المبدأ الذي يتمثل في الدفع بالتدليس l'exceptio doli في القانون القديم[١]. وقد اســـتقبل الفقه المعاصـــر هذه الفكرة الواســـعة بالمناقشـــة ورأى في قاعدة حســـن النية ذات الفكرة الأساسية التي تحث على الدفع بالتدليس, فيكون لأحدهما صدى إنعكاسي le reflet inverse على الآخرى. وقد رأى الفقه في هذه الحقبة في حســـن النية " الحدّ العام للإرادة الفردية ". أما الفقه المعاصـــر فقد قرر أن المادة ٢٤٢ تقوم على فكرة أن لكل حق حدود اجتماعية- أخلاقية limites socio-éthiques تكون متأصـــلة ومتماثلة ويلزم اســـتعمال هذا الحق اجتماعياً بما يتلائم مع باقي الحقوق. ويضـــع حســـن النية حدوداً لاستعمال الحقوق, ومن غير المحتمل أن يؤدي حسن النية إلى نتائج مُتعارضة مع القانون والعدالة. وبعبارة آخرى, يُعتبر حسن النية القاعدة التي تضع الحدود العامة ليس فقط لتنفيذ الالتزامات, وإنما أيضا لاستعمال كل حق la bonne foi est une règle qui pose des limites générales non seulement à l'exécution des obligations, mais encore à l'exercice de tout droit [2].

أما في القانون المدني الياباني Mimpô, فيكون التقارب بين الفكرتين, التعسف في استعمال الحق وحسن النية, أكثر قوة. ويبدو أن الاتجاه الأول لدى الفقه الياباني كان يتمثل في اختيار التمييز بين حسن النية والتعسف في استعمال الحق, فقد كان يُطبق الأولى على تنفيذ الالتزامات, ويحتفظ بالآخرى لمعاقبة التعسف في استعمال الحقوق

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit.,n^{os} 1483 et s.

[2] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative, th., op. cit.,n^{o} 1514.

مثل حق الملكية, وكانت التفرقة بين القاعدتين على حسب نطاقها القانوني. ولا تكف هذه التفرقة لتجنب تنظيمات الأفكار. وقد قنن المشرع الياباني هاتين القاعدتين بطريقة واسعة للغاية وأبقى على تطبيقهما بطريقة عامة على الواجبات والالتزامات دون تفرقة بينهما على حسب نطاقها في القانون المدني الياباني. ويكون من المستحيل التفرقة بين مجال تطبيق القاعدتين[١].

٨٥- ففي المرحلة الأولى ذهب جانب من الفقه الياباني إلى أن لحسن النية والتعسف ذات الماهية, وأن التفرقة بينهما ليست ضرورية. وأن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون المدني الياباني تُعتبران قواعد جوهرية لذات الأمر وينشأ عنهما اتجاهات ذات اختلافات طفيفة. وذهب هذا الجانب من الفقه أيضا إلى أن حسن النية يُعدُّ معياراً للتعسف في استعمال الحق, فكل استعمال للحق يتعارض مع حسن النية يفضي إلى تعسف في استعمال الحق la bonne foi était le critère de l'abus de droit: tout exercice de droit contraire à la bonne foi entraînait un abus de droit [2], ثم بإعادة الأخذ بالحجج التي ساقها الفقه الألماني, فقد استند جانب من هذا الفقه إلى خطورة التفسير التحكمي من ناحية القاضي وقرر عندئذ أن التفرقة بين الفكرتين تكون ضرورية. وتوجد طريقتان لتجنب مثل هذا الخطر, التحديد الواضح لنطاق تطبيق كل منهما أو تطبيق كل منهما وفقا لمعايير عادلة وموضوعية [٣].

فقد اقترح جانب من الفقه الياباني إلى الفصل الواضح بين نطاق الفكرتين. فقرر من ناحية, أن حسن النية عبارة عن فكرة لها تأثير على مضمون الحقوق, طبقا لتوقعات

---

١ JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1515.

2 JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1516.

٣ JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1517.

وثقة المتعاقدين, ولا يتعارض تطبيقها مع الرقابة على ستعمال الحقوق, كما يُطبق حسن النية وبخاصة على التعديلات في علاقات الالتزامات أو على تفسير هذه الالتزامات. ومن ناحية آخرى, يكون التعسف في استعمال الحق من ذاتية القاعدة التي تتيح الرقابة على استعمال الحقوق كتلك الحقوق المتفرعة عن حق الملكية[١].

كما اقترح جانب آخر من الفقه الياباني تفرقة آخرى, وفقا للعلاقات التي تربط المتعاقدين. فمن ناحية, يجب أن يُطبق حسن النية من أجل توفيق المصالح بين المتعاقدين المرتبطة بواسطة الحقوق والالتزامات الخاصة, وعلى ذلك أطراف عقد الإيجار للتوفيق بين حقوق والتزامات المؤجر والمستأجر, وكذلك عقد العمل وما يترتب عليه من حقوق والتزامات صاحب العمل والعامل, وكذلك العلاقات الزوجية والأبوية, ويكون تطبيق قاعدة حسن النية بقصد التوفيق بين مصالح الأطراف. ومن الناحية الآخرى, يهدف حظر التعسف في استعمال الحق إلى التوفيق بين الأشخاص الذين لم تجمعهم علاقات خاصة, والتطبيق على ذلك هو استعمال حق الملكية بالنسبة للغير[٢]. ويَمنح حسن النية للقاضي سلطة تحديد الحقوق التعاقدية, وهذه السلطة تكون في الدرجة الأولى من سلطاته. ويكون تأثير هذه السلطة أكثر عمقاً, لأن القاضي يستطيع أن يقرر وجود بعض الحقوق التعاقدية[٣].

الفرع الثاني: عدم تحديد أو الغموض في الثمن يعد تعسفاً.

٨٦- ذهب جانب من الفقه إلى أن النزاع التعاقدي لا يجب أن يكون خادعاً أو غادراً ويُكتشف ذلك il ne faut pas que la lutte contrciduelle soit déloyale

---

١ JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1518.

٢ JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1519.

٣ JALUZOT (B.): th., op. cit.,n° 1520.

بمجرد أن يتعسف أو يتجاوز أحد المتعاقدين في غلبته وتفوقه[١], ويعني ذلك أن أحد المتعاقدين يتجاوز في استغلال وضعة أو مركزه القوي[٢]. ويظهر استغلال مركز القوة في كل مرة يستخدم فيها أحد المتعاقدان السلطة بمفرده بطريقة تُعطِّل مصلحة المتعاقد الآخر الاقتصادية، بمعنى أن هذا الأخير ليس لديه القدرة على الصمود اقتصادياً في تنفيذه للعقد. ولا يكون المقصود بالتأكيد العودة إلى مسألة حق المتعاقد الآخر في المناقشة والتفاوض على مصالحة[٣]. وتعزز مصلحة صاحبها، السلطة الفردية تتقرر لخدمة ذلك الذي يستخدمها met en oeuvre. فلا ينتج التعسف l'abus عن الاستعمال المشروع l'exercice légitime، إذ يعمل المتعاقد وفقاً لضمان مصالحه الخاصة, وبالأحرى عندما يلجأ إلى الاستغلال غير المشروع l'exploitation illegitime لمثل هذه السلطة التي تقوم على مخالفة حسن النية tel pouvoir que se loge la contravention à la bonne foi. وفي الواقع, يكون السعر غير العادل شرطاً للتعسف في استعمال حق الإنفراد بتقدير الثمن، ولكن لا يكف لوصفه. أم يجب على المتعاقد الآخر تحمل السعر المُحدد subisse le prix fixé دون النص على حل بديل.

---

[١] RIPERT (G.): La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., L.G.D.J.,1949.n40.-- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن....., فقرات ٦٢٠ وما بعدها.

[٢] انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, صـ ٥٨ وما بعدها.

[٣] انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة, مرجع سابق, صـ ٥٨ وما بعدها, صـ ١٢٤ وما بعدها.-- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية, مرجع سابق, فقرة ٦٢٢.

أولا: رفض الثمن العادل, الثمن العادل يمنع التعسف . rejet du just prix

٨٧- يجب تأييد الآراء التي ترى أن السعر العادل يمنع التعسف في استعمال الحق في العقد، بمعنى أنه ما دام السعر عادلاً فإنه يدل على عدم تعسف أحد أطراف العقد. ولا يحمي العقد المتعاقد ضد النتيجة غير العادلة l'injustice résultat للعلاقة المتعادلة أو المتوازنة اقتصادياً، فالعقد قرينة على العدل – من أجل الحديث عن الرغبة والطموح– فهو لا يكون سيئاً، إذا تمت الموافقة عليه بحرية, لأنه يكون من التفكير المنطقي أن الفرد يكون قادراً على إدراك مصالحه بما لديه من الذكاء الكافي[١]. وتعد هذه الشروط والظروف إقراراً لنظرية الثمن العادل la théorie du juste prix [٢], أو يرخص للقاضي بتقدير الثمن, ومهما يكن فإن الثمن المُبالغ فيه le prix excessif في حد ذاته لا يستحق العقاب n'encourt pas de sanction لأن التعسف قد لا يقوم على اختلال التوازن بين الأداءات التعاقدية L'abus ne se loge pas dans le déséquilibre entre les prestations contractuelles[٣]. مع مراعاة الاستثناءات، فلم يقر القانون الوضعي, في الواقع,

---

١ CARBONNIER (J.): Droit civil, t. 4, Les obligations, 13e éd., PUF,1988.no36

٢ MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit.,n° 519.

٣ JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., op. cit., nos 175 et s, 189 et s., 340.. أما إذا كان التعسف قد تضمنه العقد مُسبقاً, فيتضمن شروطاً تعسفية, لم يكن للمتعاقد الآخر إلا أن يقبلها دون أية مناقشة أمام ظروف تفرض عليه هذا القبول, فيكون العقد حينئذ من عقود الإذعان. ومن ثم, يكون المتعاقد المذعن غير حر في قبوله. ويخرج من هذا القبول نوعاً من استغلال الظروف الاقتصادية إلى جانب استغلال الظروف الشخصية. وفي هذه الحالة, يكون للقاضي, تحقيقا للعدالة, أن يُعدّل الشروط التعسفية أو يُعفي الطرف المُذعن منها

بالتفاوت وعدم التناسب La disproportion[1] كما لم يتطلب التعادل أو التوازن التام في الأداءات[٢].

ولم تترك محكمة النقض الفرنسية لهذا الأمر وهي بصدد واقعة قضائية متعلقة بتقدير الثمن من جانب واحد[٣]. وهذا يعني على الأقل أنه على المحاكم تقدير الثمن العادل، من خلال دراسة الظروف التي تُستخدم في تقديره. ويقتصر دور القضاء على الرقابة من الأساس على التعسف في استعمال الحق في تقدير الثمن، وعلى شروط استعمال شرط الثمن[٤]. ويكون الحل مُوفقاً لأنه لا يزيد من مهمته في ضمان أن الثمن المُعيّن في العقد يكون مناسباً أو تقدير الثمن وفقاً للسياسة الاقتصادية الحسنة. ويتولد الثمن وفقاً لآليات السوق الحر واستراتيجياته المختارة التي لا تُزيد من تدخل القاضي من تلقاء نفسه L'office du juge[٥]. وللتحقق من وجود تعسف في تحديد الثمن un abus dans la fixation du prix يكون بالاتجاه نحو عنصر آخر وهو استغلال مركز القوة.

كلية...انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩١٧.

[1] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit., n° 520.

[٢] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, 11e éd., n°311.

[٣] Cass. ass. Plén., 1re dec.1995, n°91-15.999, Bull. ass. Plén., n°7.

[٤] د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية..., فقرات ٥٨ وما بعدها.

[٥] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Les obligations, op. cit., n° 311.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩١٨ وما بعدها.

ثانيا: التسليم باستغلال مركز القوة (معيار للتعسف) L'pxpluitation d'une position de force

٨٨- يَجد السؤال عن المعيار المُستخدم لبيان التعسف في تقدير الثمن, إجابته في بعض الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي. فقد أقرت محكمة النقض أنه يمكن مُعاقبته, على أساس المادة ٣/١١٣٤ مدني فرنسي والتي حلت محلها المادة ١١٠٤, مَن يُغالي في تقدير الثمن مُتعسفاً باستعمال حقه في تقدير الثمن عندما ينفرد بهذا التقدير. فإذا كانت هناك علاقة تعاقدية بين الأطراف, فيجب ألا تكون علاقة فردية. ولا يمكن أن يوقع العقاب, على ذات الأساس، على من يسرف في تقدير الثمن متعسفاً عندما يرتبط الأمر باقتصاد المتعاقد الآخر[١]. ويعتين أن يُضاف استغلال مركز القوة كمعيار آخر للتفاوت أو عدم التناسب في الثمن. وهذا المعيار يُعبِّر عنه بالاستحالة L'impossibilité على المتعاقد مقاومة استعمال المتعاقد الآخر لحقه, وبعبارة آخرى, أن المتعاقد صاحب المركز القوي لا يفرض شروط ونفوذه وحسب, بل يتجاوز في استغلال هذا المركز, على المتعاقد الآخر الذي لا يكون في مقدوره مقاومة هذه السلطة[٢].

٩٠- **وتجدر الإشارة, إلى أن القضاء** الفرنسي لجأ إلى استغلال مركز القوة لتبرير بعض الأحكام معتمداً في ذلك على المادتين ١١٢٩، ٣/١١٣٤ – التي عدلت للمادة

---

[١] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.,* n° 342.-- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد..., فقرة ٥٠.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 342.-- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, .., فقرات ٥٠ وما بعدها, وفقرات ١٨٠ وما بعدها, وفقرات ٢٥٧ وما بعدها.

١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي. حيث نقضت محكمة النقض الفرنسية[١] حكم محكمة الاستئناف الذي فصل بالبطلان بسبب عدم تقدير الثمن، حيث تضمن الاتفاق على أن تعيين الثمن سيكون عن طريق التليفون، أي أنه تم الاتفاق على إجراء مكالمة تليفونية يتم فيها تقدير الثمن، وفقا للتغيرات المستقبلية في هذا التقدير. مع الاستعانة بقائمة الأسعار التعريفية tarif المزودة والمعروفة عن تقدير الثمن في هذا الشأن, والتي تُثبت أن الأطراف لم يدَّعوا أو يحتجوا بأن المؤجر bailleur قد تعسف بانفراده بنفسه بزيادة أجرته (أو تعريفته) بهدف تحقيق منفعة غير مشروعة، وتجاهل كذلك التزامه بتنفيذ العقد بحسن نية méconnaitre son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi.

وتجدر الملاحظة أن, جانب من الفقه[٢] اتجه إلى تحليل هذا القضاء بتمييز التعسف بشرطين: الأول, يتمثل في وجود تفاوت أو عدم تناسب في الثمن La disproportion, أما الشرط الثاني: فيكمن في إذعان المدين L'assujetissement du débiteur. وقد أضفى مركز القوة في هذا الخصوص مظهرين. الأول, ينتج عن الحق، وعندئذ يلتزم المدين بهذا الثمن ولا يكون لديه إمكانية التخلص أو مغادرة العقد. والثاني, عندما يوجد شرط حصري أو انفرادي un clause d'exclusivité بتقدير الثمن[٣].

ولا يُقصد بذلك وبحق التأكيد على اعتبار مثل هذا الشرط تعسفياً في كل العقود المرتبطة به – والمعتمدة عليه– حيث يُستبدل بواسطة مراعاة السيطرة القانونية والوضع المالي للطرف الآخر. ولا تكف التبعية القانونية وحدها لبيان التعسف, كما لا

---

[١] Cass. Civ.1re, 29 nov. 1994, D., 1995, p.122, note L.Aynes.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* nº 342, P. 275.

[٣] انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ..., فقرات ٥٨ وما بعدها.

يكون شرط استعمال الحق بالإرادة المنفردة معياراً لتقدير التعسف، وإنما على الأكثر يُعتبر إشارة على احتمال استغلال أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر. فالتعسف ينتج عن استغلال أحد المتعاقدين مركزه القوة, بمعنى أن التعسف يتحقق بالفعل باستعمال مركز القوة, إذ يتعذَّر أو يستحيل على المدين التخلص أو التحرر من علاقات المتعاقدين impossibilité de se libérer des liens contractuelle دون تهديد نشاطه الاقتصادي بالسقوط والإنهيار[١].

٩١- وبدون شك فإن تمييز التعسف سريع الإثبات كما أكد على ذلك الحكم الصادر في ١٢ مايو ٢٠٠٤ في فرنسا[٢]، والخاص بقطع العلاقات التجارية relations commerciales القائمة. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء الفرنسي لم يأخذ في الاعتبار بحالة التبعية أو الارتباط situation de depedances التي يغلب استخدامها, حيث اهتدى القضاء لها كبديل لغياب الشرط الانفرادي، ولن يقع فسخ العقد إذن عند وجود موقف قانوني واقتصادي لا يُقاوم أو يُقهر insurmountable[3]. وقد ذهب جانب ثالث من الفقه إلى أنه " يجب أن يكون المُتعاقد قادراً على تحمل الثمن المُحدّد دون أن يُهدد نشاطه بالسقوط أو الإنهيار. ويوجد تعسف في استعمال الحق, من الناحية العملية, عندما ينطوي الثمن على خروج أو استبعاد المتعاقد الآخر من السوق أو التسبب في إفلاسه sa ruine. وبوجه عام سيكون هناك تعسفاً عندما لا يوجد حل للتغييرات والتطورات المُؤثرة على السوق، أو

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°342.P. 275.-- انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, مرجع سابق, فقرات ١٨٠ وما بعدها.

[٢] Cass. Com., 12 mai 2004, n°01-12.865, Bull.civ.,IV., n°86.

[3] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°342.

عندما يكون الثمن الذي تم تقديره خارجاً عن العلاقة التعاقدية –عن طريق أجنبي– لا يمكن تحمله insupportable[١]. فعلى كل حال, يكمن تمييز التعسف في وجود أو عدم وجود الحل البديل.

ثالثا: التوسع في التعسف في استعمال الحق.

٩٢– يتأكد التعسف في استعمال الحق, في غير حالة تقدير الثمن, عندما يخضع est assujetti المتعاقد une situation de domination لسيطرة وهيمنة المتعاقد الآخر, دون أن يكون له سلطة رفض أو التخلص من العلاقة التعاقدية sans pouvoir renoncer à la relation contractuelle. وعلى ذلك, يجوز تطبيق هذا الأمر على المواقف التعاقدية الآخرى غير عدم تقدير الثمن[٢]. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية, في حكمها الصادر في ١٣ نوفمبر ١٩٩٢[٣], أن امتناع الموزع من استعمال الوسائل التعاقدية الخاصة بتقدير الثمن التي تمّ ذكرها في العقد، يؤكد على أن شركة البترول لا تلتزم بتنفذ العقد بحسن نية. ومن هنا إذا كان أحد المتعاقدين يمتنع عن استخدام الوسائل المُحدَّدة في العقد لتقدير الثمن، فإنّ هذا المتعاقد لا يلتزم

---

[١] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, op. cit.,n°293.--- انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, مرجع السابق, فقرات ٧٢ وما بعدها.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 343.-- انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية...., صـ ٩١٧, صـ ٩٦٧ وما بعدها. -- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية...., فقرات ٢٥٧ وما بعدها.

[٣] Cass. Com., 3 nov. 1992, RTDciv., 1993,p. 124, obs. J.Mestre.

بحسن النية في تنفيذ العقد، ويقع هذا المتعاقد الآخر في استحالة مواجهة المنافسة L'impossibilité de faire face à la concurrence وهو ما يقود إلى الإفلاس, ويكون استعمال مركز القوة هو أحد معايير التعسف في استعمال الحق.

وتجدر الملاحظة, أنه في ضوء الحكم الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٤[١] يكون من الممكن اعتبار استغلال مركز القوة L'exploitation d'une position de force تعسفاً عندما لم يتبقى بدائل آخرى للمدين ne laisse pas d'autres alternatives au debiteur لتعزيز استئناف العقد المُعطَّل، وقد قرر هذا الحكم أن عقد الإيجار ينص على أن ثمن الإيجار سوف يُقدَّر عن طريق البنك لكل مدة إيجار, حيث يقوم البنك بإخطار عميله فى خلال ستة أشهر قبل رفع أسعاره، وذلك بسبب أن تطور المسئولية عن الترتيبات أو التجهيزات لا تسمح له بالإبقاء على السعر على سبيل الاستثناء. فيكون من حق العميل التداخل في دعوى التعويض عن التعسف في تقدير الثمن action en dommages et intérêts pour abus de la fixation du prix. وقد سلمت محكمة الاستئناف بذلك، إذ أقرت على أن زيادة السعر, في الواقع العملي, يُعتبر مظهراً خارجاً عن القياس, حيث لا يستطيع البنك تفسيره. وقد تعرض حكم محكمة الاستئناف للرقابة من قبل محكمة النقض الفرنسية بخصوص إحالتها إلى المادتين ٣/١١٣٤ التي حلت محلها المادة ١١٠٤، والمادة ١١٣٥ التي حلت محلها المادة ١١٩٤ من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديل ٢٠١٦.

ويَنقسم الحل المُقترح إلى حجتين, تتمثل الأولى, في رفض القضاء فكرة أن الحق في تقدير الثمن من طرف واحد déterminer unilatéralement يمكن أن يكون مُقدراً في نطاقه أو مداه. ويكون للمتعاقد الآخر الحق في تقدير التعريفة بحرية كمقابل لخدماته المُقدمة. أما الحجة الثانية, فتكمن في أنه لا يُجبر العَمِيل على الخضوع

[١] Cass. Com.,1re , 30 juin 2004, RTDciv., 2005,p. 749, obs. P.-Y Gautier.

للشـــروط المفروضـــة من قِبل المتعاقد الآخر، والنص على أن الحق يمكن توجيهه بحرية إلى مؤسسة بنكية آخرى. وهامش الربح من عمله كان كبيراً إلى حد ما. حيث يقع على المؤسسة إخطار العميل في خلال عدة أشهر قبل رغبتها في تعديل قائمة أســعارها. بحيث يمكن أن يســتفيد أحد الطرفين من الحل البديل لدفع أو رفض التعسف[١].

٩٣- وتوجد **فروض آخرى** يُطبق فيها ذات الحل, فعندما لا تُقدِّم الشـــركة المتعاقدة للمتعاقد معها الخدمات بالنصيحة المنصوص عليها في عقد الاستشارة، في حين أن هذا الأخير يكون محظوراً عليه تقديم الفائدة من خبرته للشـــركات الآخرى، مع مراعاة شـــرط عدم المنافســـة en acceptant clause de non-concurrences. ولا يُســـمح للمتعاقد الآخر معها من الحصـــول على المنافع والمزايا المترتبة على العقد، وترتكب الشـــركة خطأً يتمثل في أنها لم تُنفذ العقد بأمانة وإخلاص n'exécutant toyalement بذاتها، وتتحمل مسئوليتها. وعلى ذات الفكرة يسقط الجزاء عن التعسف في استعمال الحق, في بعض الفروض, وبخاصة عند توسيع نطاق الحقوق التقديرية أو غير المحدودة des droit discrétionnaires. وهكذا يُقضـى بالتعسـف، التنفيذ عن طريق الدائن بالدخل (صاحب الدخل) من خلال شرط تحويل الالتزام بالدخل أو بإيراد مرتب إلى التزام ببذل بعناية L'exercice par un crédirentier d'une clause de conversion de la rente en obligation de soins. وبتطبيق هذا الشرط في الظروف التي تكشف عن جسامة خاصة في تنفيذ التزام أحد المدينين بالمرتب بحســـب الأخذ في الاعتبار بالمانع الذي يلحق به. عندئذ أقامت محكمة الاستئناف أن الدائن بإيراد المرتب كان يعتمد على حقه. وقد رفضـت محكمة النقض

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,*n°343.p. 277.

الفرنسية هذا الحكم ولامت على قاضي الموضوع أنه لم يتحقق من أن الدائن بالدخل لم يكن مُتعسفاً في استعمال هذا الحق. فالموقف المحظور L'attitude proscrite هو ذلك الموقف الذي أغلق كافة البدائل والوسائل المتاحة أمام المتعاقد الآخر. وبذات الطريقة, تسمح فكرة استغلال مركز القوة بتوضيح الأحكام التي تُعاقب صاحب العامل الذي يدرج بسوء نية شرط النقل d'une clause de mobilite[١]. وهكذا, أقر القضاء الفرنسي تعميم هذا المعيار على عدد مؤكد من المواقف, إذ يُعاقب على مخالفة حسن النية[٢].

٩٤- يُعدُّ عدم وجود وسائل بديلة يكون بوسع المتعاقد اللجوء إليها مخالفة لحسن النية. فبالمقابلة، للفرض السابق الذى يُبيّن أن في المخالفة غير المشروعة من قِبل أحد المتعاقدين بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر, يُترجم التعسف باستغلال مركز القوة. ويعتبر غياب الحل البديل عنصراً أولياً في تجاهل حسن النية La méconnaissance de la bonne foi. وبالطبع يكون البرهان المُتخذ من القرارات والأحكام المتعلقة بتقدير وتعديل الثمن من جانب واحد, مشهوراً بوضوح[٣]، وأكثر عمومية، يمكن تصدير هذا الحل إلى الأنواع الأخرى التي تُخالف المادة ٣/١١٣٤ التي تُخالف حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط, والتي حلت محلها- بعد التعديل التشريعي الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦- المادة ١١٠٤ مدني فرنسي والتي اقتضت حسن النية في كل المراحل التعاقدية بداية من التفاوض ومرورا بإبرام العقد ووصولا إلى تنفيذه. إلى جانب المظاهر الموضوعية لمخالفة حسن النية التي تمّ معالجتها في المسائل المتعلقة بالموضوع, توجد مظاهر أخرى تأخذ باعتبارات الشكل.

---

١ Cass. soc., 18 mai 1999, RTDciv., 2000,p. 326, obs. J.Mestre et B.Fages.

٢ En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,*n°344.p. 278.

٣ En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 345.

المبحث الثاني:

من حيث الشكل: التعسف في عدم الإخطار.

٩٥- تضع النصوص القانونية في التشريعات المختلفة, وبخاصة المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, النهاية للعلاقة التعاقدية. وتقتضي هذه النهاية مراعاة الشروط التي يتعلق موضوعها بضرورة تجنب القرار التعسفيLa décision rbitraire ويُبرر ذلك أن عدم احترام المتعاقد الإخطار بإنهاء العقد فضلا عن غياب تسبيب هذا القرار، ويمكن أن يُعاقب هذا المتعاقد باسم حسن النية.

المطلب الأول:

عدم مراعاة الإخطار أو التنبيه:

٩٦- الرقابة على الإخطار بواسطة حسن النية تكمن في أنه يقع على القاضي التحقق من صفته المنطقية أو المعقولية، وأنه مُتفق عليه من قِبل الأطراف. فقد يضع المتعاقد عادة شروطاً, تهدف إلى تقييد حق المتعاقد الآخر في استخدام سلطة فسخ العقد بإرادته المنفردة. ومن بين هذه الشروط ما يرد بتطلب مهلة قصيرة لإعلان الرغبة في فسخ العقد[١].

[١] انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية.., فقرة ١١٣.

الفرع الأول: الإخطار المُسبب préavis :

٩٧- غياب أو عدم كفاية الإخطار من المحتمل أن يتحول إلى تعسف dégenérer en abus سواء أكان في العقود غير محددة المدة, أم في العقود التي تكون مدتها مُحددة. فعند إبرام بعض عقود الصيانة أو الاشتراك في الخدمات لمدة طويلة, فإن مقدموا السلع والخدمات يذهبون إلى إيراد شروط بتجدد هذه العقود تلقائياً عندم عدم إعلان أحد المتعاقدين رغبته في فسخ العقد في مهلة محددة قبل نهاية مدته الأصلية. وتعتبر هذه الشروط من قُبيل الشروط التعسفية في معظم هذه العقود لسببين, يتمثل الأول في خطورة هذه الشروط على رغبة المتعاقدين في الاستمرار في التعاقد. أما السبب الثاني, فيكمن في أن المستهلك الذي لا يتمكن من إعلان رغبته في المدة المحددة سيضطر إلى الاستمرار في التعاقد لذات المدة الأصلية, وهي مدة طويلة في الكثير من العقود[١].

أولا: العقود غير المحددة المدة contrats à durée indeterminée

٩٨- **الحق في الفسخ** : يتميز قانون العقود غير المحددة المدة بحظر الالتزامات المستمرة أو الدائمة la prenibition des engagements perpétuels، وعلى ذلك تترجم رخصة فسخ الاتفاق résilier بالإرادة المنفردة – من جانب واحد– هذا الحظر. وقد عادت محكمة النقض الفرنسية وأكدت على هذا الموضوع عندما قررت " أنه عند غياب النص القانوني disposition légale الخاص, يجوز لكل طرف في العقد غير المحدد المدة " احتراماً لمدة الإخطار ومراعاة التعسف في استعمال الحق, إنهاء العقد بالإرادة المنفردة دون تسبيب قراره، وهكذا يجوز في العقد غير المحدد

[١] انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية..., فقرة ١١٤.

المدة, فسخ أو قطع rompu العقد بالإرادة المنفردة لأي من المتعاقدين أي من جانب واحد، ويتعين على من يرغب في قطع العلاقة التعاقدية إخطار المتعاقد الآخر[١].

٩٩- ضـــرورة الإخطار nécessite، يفرض القانون, العرف والاتفاق، في بعض الحالات، احترام الإخطار, ويكون الإخطار ضـرورياً, في غير هذه الفروض, بواسطة القضـاء. وفي هذا الصـدد, رفضـت محكمة النقض الفرنسـية حكم محكمة الاسـتئناف التى لم تتحقق, في إطار العقد الصـحيح غير محدد المدة، عما إذا كان الباعث الدافع لقطع العلاقة التعاقدية، يجب أن يُراعي الإخطار تجنباً لمفاجأة أو مُباغتة exempt de brusquerie المتعاقد الآخر[٢]. فإعلان الرغبة في عدم التعاقد يجب أن يتم قبل نهاية العقد, بوقت مناســب, حتى يتســنى تنبيه المتعاقد الآخر[٣]. وبذات المنطق, لم تتردد محكمة النقض الفرنسـية في رفض حكم قاضـي الموضـوع الذي أكد بأنه يحق للبنك أن يقوم" بـإلغاء أو قطع العلاقة دون إخطـار عملائـه" supprimer sans préavis son concours, في حين أنه اتفق مع عميله على استمرار السحب على المكشـوف. وتُراقب المحاكم إجراء الانقطاع أو الفسـخ, وفقا لمقتضـيات حسـن النية, بقصـــد التحقق من أن الإخطار المُســـبب قد تمّ مراعاته بدقة، من خلال الأخذ في الحسبان طبيعة ومدة العلاقات التعاقدية qu'un prèavis raisonnable a bien été respecté compte tenu de la nature et de la durée des

---

[١] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°348.

[٢] Cass. Com. 5 déc. 1984, n° 83-14.273, Bull.civ.,IV,n°332.

[٣] انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرة ١١٦.

relations[1]. حتى يتيح الفرصة للمتعاقد الآخر – شريكه في العلاقة– من ترتيب أموره، لذا يجب على المتعاقد مراعاة مدة لإجراء الإخطار تتناسب لاسيما مع مستلزمات المهنة أو أعراف المهنة aux usages de la profession. بحيث يستجيب الإخطار من حيث المبدأ لبعض الأمور المحققة[٢].

١٠٠- وقد فرض القانون حدوداً لضرورة الإخطار. ففي الائتمان البنكي، على سبيل المثال، نصت المادة ١٢- ٣١٣ L من تقنين النقود والتمويل الفرنسي على أن" إقامة الائتمان لا يستلزم مراعاة مدة للإخطار، سواء كان فتح الائتمان مُحدداً أو غير مُحدد المدة، وعندما يكون تصرف المستفيد من الائتمان جسيماً ويستحق العقاب réprénensible, أو في الحالة، التي يتأكد فيها موقف هذا الأخير نهائياً في التسوية ". كما يُستفاد من المادة L 442-6,I.5° من قانون التجارة الفرنسية أن اشتراط الإخطار لا يُعدّ عائقاً في ممارسة الحق في الفسخ بدون الإخطار في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته d'inexécution par l'autre partie de ses obligations[٣].

وقد سلم القضاء الفرنسي[٤] بأنه في حالة القوة القاهرة force majeure أو في حالة عدم احترام أو عدم تنفيذ irrespect المتعاقد لكل التزاماته، فيكون بوسع المتعاقد الآخر فسخ العقد دون إجراء الإخطار. ولا يُعتبر هذا الإجراء القاطع للعلاقة

---

[1] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit., n° 885.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 348.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 349.

[٤] Cass. Com., 5 mars 1996, RTDciv., 1996, p.905, obs. J.Mestre.

التعاقدية إجراءً انتقامياً مُتجاوزاً الحد une riposte démesurée, لا سيما عندما يرجع تصرف المتعاقد الآخر – الشريك– إلى " استحالة متابعة تنفيذ العلاقات التعاقدية". كذلك عند تقديم شهادة طبية تُثبت " السلوك العدواني" Le comportement agressif للمانح بالنسبة لصاحب الامتياز, أو عندما يكون تصرف الطبيب عبارة عن خطأ جسيم faute grave يُلحق الضرر بسمعة وشهرة المستشفى التي يعمل بها. ومن جانب آخر عند وجود شرط فاسخ مُتفق عليه مُقدَّما un clause de resiliation anticipée يشترط الحق في فسخ العقد في أي وقت، دون أي إخطار, فلا يستلزم ذلك تعويضاً مهما يكن. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن أو الاعتراض بالتعسف في استعمال الحق, نظرا لغياب الإخطار, في حال عدم وجود خطأ في قطع أو فسخ العقد Rejeté le grief d'abus pour défaut de préavis en L'absence de faute dans la rupture. وهو ما يؤكد في الحقيقة على أن المتعاقد لم يفعل سوى " أنه استعمل, بحسن النية وبدون خطأ من جانبه, الحق في الفسخ المنصوص عليه في العقد[1]. ويمكن تصور هذا المنطق في العقود المحددة المدة.

ثانيا: العقود محددة المدة.

١٠١- يتمثل التجديد في مثل هذا النوع من العقود، في أن مسألة الإخطار لا تثير صعوبات من باب أولى. فيُشترط وجود مدة معينة لإنهاء العلاقات التعاقدية دون أي تسبيب, ودون أن يكون من الضروري تنبيه أو تحذير المتعاقد الآخر aviser son partenaire, فالعقد الذي تحدد مدة لانقضائه, فبمجرد انتهاء هذه المدة تنقطع العلاقة التعاقدية, دون حاجة للتسبيب أو إخطار المتعاقد الآخر. ويكون المقصود في مثل هذا النوع من العقود هو تطبيق إرادة الأطراف دون قيد أو شرط une

[1] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 349.

application pure et simple de la volonté des parties. ولهذا، فإن نهاية أية علاقة لا تكون معصومة من الرقابة عندئذ، فعلى سبيل المثال، العلاقة التي تكون محلاً للعديد من التجديدات والتغييرات. وفي مثل هذه الظروف, يجب على الأطراف مراعاة الإخطار الذي يتوافق مع الأعراف, وتستحق المفاجأة في فسخ العقد الجزاء[١] est possible d'une sanction.

١٠٢- **شرط التجديد الضمني لعقد الإيجار** clause de tacite reconduction

يكون لضرورة الإخطار تنفيذاً خاصاً في حالة وجود شرط ضمني, حيث يكون لهذا الشرط تأثيراً على متابعة تنفيذ العقد ويفرض على المتعاقد الذي لا يرغب في التجديد الإخطار أو الإبلاغ La renouveler de le notifier عن هذه الرغبة في مدة معقولة un délai raisonnable. فعندما يتعين الاتفاق على هذا الشرط قبل التجديد، فيقع على المتعاقد الآخر التزاماً قانوناً عند رغبته على عدم التجديد, الإعلان informé عن الفسخ أو الانقطاع. في المقابل, عندما يكون التجديد الضمني مُستبعداً صراحة من قبل الأطراف، فإن عبارات الموافقة تُغلب ذلك وأن الإخطار لا يكون ضرورياً[٢] Le préavis n'est pas exige.

وهكذا, فإن عدم تجديد العقد المُبلغ بإنهائه, مباشرة بعد انتهائه لا يعتبر تعسفاً أيضا عندما تكون العلاقة التجارية قد استمرت منذ عدة سنوات, لأن الأطراف قد استبعدوا صراحة التجديد الضمني exclu La tacite reconduction من خلال شرط في عقدهم وقرروا أن هذا العقد ينتهي في التاريخ المُحدد فقط. أما بالنسبة لمسألة ضرورة

---

[١] MESTRE (J.):" La rupture du contrat de concession exclusive demeur bien soumise au droit commun", RTD Civ. P.370.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 350.

أو عدم ضـــرورة الإخطار, فإن معقولية الإخطار caractére raisonnable يمكن أن تُثار وبحق عندما يكون منصوصاً عليه في العقد[١].

الفرع الثاني: اشتراط الإخطار في العقد. stipulation d'un préavis contracuel

١٠٣- في العقود غير المحددة المدة، يكون قرار فســـخ العقد حقاً, وتنفيذه بطريقة تعسفية وحده هو الذي يستحق العقاب seule sa mise en oeuvre obusive est sanctionée. فالمتعاقد الذي يضـــع نهاية للعلاقة التعاقدية, من خلال مراعاة الطرق والوسائل المُحددة بواسطة العقد, لا يُعرض نفسه للجزاء المترتب عن التعسف في استعمال الحق, أي لا يكون مُتعسفاً في استعمال حقه في الفسخ[٢]. وهكذا، فإن المانح concédant الذي يحترم الإخطار التعاقدي préavis contractuel يتيح لصـاحب الامتياز cencessionnaire بتنظيم إعادته، فلا يكون ملتزماً بمسـئوليته. ووفقاً لذات المنطق, فإن محكمة اسـتئناف باريس اعتبرت أن الحكم الصـادر في ٢٤ أبريل ٢٠٠٤، على أنه يجب على المانح الامتياز أو المحيل, باســـتثناء الاعتداء أو مخالفة واجبه بالثقة والأمانة التجارية son devoir de loyauté commercial, لإبلاغ وإعلان شريكه, بإبعاده نهائياً من المجموعة في مدة كافية, من أجل السماح له بالاحتفاظ بوضع أفضل لأنشطته[٣].

١٠٤- تثير مسألة المدة المعقولة للإخطار مشكلة أخرى. ففي هذا الخصوص, وعلى الرغم من احترام الإخطار التعاقدي, فإذا كان المتعاقد قد أُعلم بالفســـخ، بما يتلائم مع

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n°350.p.281.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,*n°351.

[٣] CA Paris. 28 avr. 2004, JCP E, 2004, n 3, p. 30.

الاتفاق، فلا يجوز على الإطلاق معاقبة الاعتداء على حسن النية[١]. وقد أولت محكمة النقض الفرنسية اهتمامها بالرقابة من أجل تبصير المتعاقدين، بضرورة تعيين مدة للإخطار، وفرضت على قضاة الموضوع إعادة التحقق من " النية المشتركة للأطراف La commune intention des parties". وفي حالة عدم التمكن من الإثبات, فإنه يثور التساؤل عن المدة المعقولة القابلة للاتفاق Le délai convenable, التي من شأنه إتاحة الفرصة للمتعاقد لإيجاد شركاء جُدد. فإذا كان مراعاة الإخطار التعاقدي ضرورياً، فيجب أن تكون لهذا الإخطار مدة معقولة raisonnable, بمعنى أن هذه المدة ينبغي أن تكون كافية. وهذا الاتجاه الذي اعتنقته محكمة النقض الفرنسية في العلاقات التجارية[٢]، فيبدو أنه من الملاحظ في هذا الإطار, أن الإخطار التعاقدي لا يستبعد كل مخاطر التعرض للجزاء باسم حسن النية بسبب الفسخ التعسفي. Tout risque de sanction au nom de la bonne toi pour rupture abusive.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في مجموعة من الأحكام, بأنه يتعين على القاضي التحقق من أن الإخطار التعاقدي كان يأخذ في الاعتبار مدة العلاقات التجارية بين الأطراف والأعراف التجارية المحتمل تطبيقها عليها. وكذلك يقع على القاضي إثبات أن مدة الإخطار durée du préavis, يتم تحديدها بواسطة الاتفاق حتى تكون كافية، لضمان تجنب التعسف في استعمال الحق suffisanté et écarter L'abus. وقد أعلن قضاة الموضوع في هذا الشأن التشابه بين الإخطار التعاقدي

---

[١] STOFFEL-MUNCK (Ph.): Préavis contractuel et préavis raisonnable , RDC, 1re oct. 2004, no 4, p.943.

[٢] STOFFEL-MUNCK (Ph.): Préavis contractuel et préavis raisonnable , RDC, 1re oct. 2004, n° 4, p.943.

والإخطار الكافي[١]. ومن ثم, يكون إنكار أو تجاهل حسن النية مقبولاً, عند مراعاة مدة الإخطار délai de prévenance، ولهذا يكون لمحكمة النقض الفرنسية طريقاً ممهداً للرقابة على مدة للإخطار لبيان مدى معقوليتها وكفياتها[٢].

وباختصار خيانة أو خداع الثقة المشروعة ليس فقط بالنسبة لموضوع الحق. فهو يتجلى أيضاً في اتخاذ إجراء مفاجئ يتمثل في فسخ العقد. ويشهد غياب الإخطار أو عدم كفايته دلائل مؤثرة. ويعد عدم احترام التسبيب جناحاً أخر لمعاقبة التعسف التعاقدي.

المطلب الثاني :

عدم مراعاة تسبيب الإخطار.

non respect de la motivation

١٠٥- يكون لحسن النية حدوداً مرسومة لتنفيذ الاتفاق La bonne foi de l'exécution de la convention. وتفرض هذه القاعدة على المتعاقد بأن يكون تصرفه وسلوكه متوافقاً مع الثقة المشروعة [٣]، ويحدث ذلك في الترابط والاتحاد la confiance legitime susatée par l'alliance واستمرار التعاون بين المتعاقدين. وتُطبق هذه القاعدة على السلطة الفردية الصادرة من جانب واحد، وتمنع هذه القاعدة من المفاجأة أو المباغتة. لأن قابلية التوقع تكون سبباً لوجود العقد، وضرورة التسبيب تساهم في مشروعية الإجراءات التعاقدية. فيقود السبب إلى فهم التصرف, فيتعلق

---

[١] STOFFEL-MUNCK (Ph.): Préavis contractuel et préavis raisonnable , RDC, 1re oct. *op. cit.,* n° 4, p.943.

[٢] RITA JABBOUR: th., *op. cit.,* n° 351.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٨٣ وما بعدها.-- د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسن النية وأثره في التصرفات, صـ ٤٥٥ وما بعدها.

التسبيب إذن بمشروعية الإجراء. ويُعرَّف التسبيب بأنه إيراد الأسباب والبواعث Jounir des motifs, وهو الاستطالة في شرح أسباب الحكم causes décision بما يتيح من التخلص من التعسف في استعمال الحق. ويؤدي عدم إجراء التسبيب إلى العقاب, على الرغم من أنه لم يكن منصوصاً عليه النصوص القانونية المختلفة التي توجب تنفيذ العقد وفقا لما توجبة مقتضيات حسن النية كالمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي. وقد أنشأ جانب من الفقه وضعاً قانونياً عندما لا يتوقع المتعاقد الأخر هذا الأمر سلفاً. عندما يتم عمل تعديلات جوهرية على موضوع العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين, أو عندما يكون المتعاقد محروماً من استعمال حق مقرر له[١].

الفرع الأول:

التعديل الجوهري للعقد بالإرادة المنفردة من جان أحد المتعاقدين:

modification substantielle unilatérale

١٠٦- يترتب على العقد مجموعة من الحقوق والامتيازات الفردية, من بينها سلطة تعديل العقد pouvoir de modifier le contrat. ويتصرف الأطراف في هذا الصدد وفقاً للحق المنصوص عليه بواسطة الاتفاق, والذي ينطوي على إمكانية تعديل العقد في مرحلة تنفيذه أو عدم تعديله. ولعمل ذلك, يتم الرجوع إلى الرضائية au consensualisme, ولكن تنظيم هذا الحق يتدرج hiérarehisée من خلال شروط استعماله. فبعض الشروط تمنح عقود المدة قدراً كبيراً من المرونة une grande souplesse, ضماناً لإجراء تعديلات على هذه العقود حتى تتوافق مع

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 353.

تغير الظروف. فقد تتكرر التطورات التي تستوجب تعديل آثار ونتائج التبعات الاقتصادية les conséquences conomiques للعقد بالنسبة للأطراف. وهي تفسر أن أحد المتعاقدين على الأقل يستفيد من تطوير أهداف الاتفاق[١].

ومن هنا, يلتزم المتعاقدان بمضمون العقد, وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ومن ثم, لا يجوز نقض العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة. وعلى ذلك تنص المادة ١٤٧ /١ من القانون المدني المصري بقولها" العقد شريعة المتعاقدين, فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين, للأسباب التي يقررها القانون". ويستفاد من هذا النص أن مضمون العقد واجب التنفيذ, فيجب على المتعاقدين احترامه والالتزام به, شأنه في ذلك شأن القاعدة القانونية. وهذا المبدأ ليس سوى نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة, فضلا عن أن له أساساً خلقياً, يتصل بحسن النية والأمانة, ويتمثل في ضرورة احترام العهد الذي قطعه كل متعاقد على نفسه, كما يكون لهذه القاعدة أساساً اقتصادياً يكمن في توفير الاستقرار في التعاملات. وبالتالي, يترتب على ذلك أنه لا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين, للأسباب التي يقررها القانون. ومن ثم, لا يجوز لأي من المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد أو تعديله, لأن الاتفاق ثمرة توافق الإرادتين, فلا تملك إرادة منفردة منهما إزالة قوته الإلزامية. ولا يقتصر أثر القوة الملزمة للعقد على طرفيه فقط بل تشمل القاضي, فلا يجوز له نقض العقد أو تعديله بدعوى العدالة لأن وظيفته تكمن في تطبيق ما تمليه عليه إرادة الطرفين, وليس إنشاء العقد. ولكن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على نقض العقد أو تعديله بإرادتهما معا, فإذا تم التعديل على هذه النحو بات هذا التعديل شريعة المتعاقدين, ومن ثم, لم يعد من حق أي منهما التمسك

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°354. -- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ١٥ وما بعدها.

بالعقد قبل التعديل[١]. وعلى ذلك قضت المادة ١٤٨ مدني مصري, والمادة ١١٠٤, والمادة ١١٩٤ من التقنين المدني الفرنسي بعد التعديل, بأن يتعين الالتزام بتنفيذ مضمون العقد بحسن نية.

١٠٧- ولا يقتصر تنفيذ سلطة تعديل العقد على تحديد الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد الآخر فقط، وإنما أيضا على تحديد النتائج الاقتصادية المهمة لهذا الأخير. وقد استوجب القضاء تسبيب استعمال سلطة التعديل من أجل حماية المتعاقد الآخر من التعسف في استعمال الحق contre L'arbitraire du pouvoir . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد في الحكم الصادر في ٢٠ أكتوبر ٢٠٠٤ [٢], بأن العقد الابتدائي المتعلق باكتساب ملكية جزء من العقار تحت الإنشاء، وبعد التوقيع على العقد, قام المالك بتغيير كبير في المبنى, وأخطر الحاجز بتعديل المشروع مع زيادة كبيرة في الثمن une importante augmentation du prix, والذي رفض هذه التعديلات من جانبه ces modifications, ثم أقام الحاجز دعوى المسئولية ضد المالك منشيء المبنى, بسبب التنفيذ الخاطئ للعقد inexécution fautive du contrat, في حين أن هذا الأخير كان بوسعه إنهاء العقد واسترداد المَبلغ المدفوعة، ومن هنا, يقع على المالك التزاماً بتنفيذ العقد بحسن نية L'oligation d'exécuter de bonne toi le contrat ، وقد لامت محكمة النقض الفرنسية على قاضي الموضوع أنه لم يؤكد على أن التعديل الجوهري للمشروع كان مُبرراً ومُسبباً Justifée يرجع إلى باعث جدي ومشروع motif sérieux et

---

[١] د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٢٢٤.-- انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, فقرة ٢٠٣ وما بعدها.-- د. جلال محمد إبراهيم : النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام – أحكام الالتزام), جامعة حلوان, ٢٠٠٧. صـ ١٢٦.

[٢] Cass. Civ. 3re, 20 oct. 2004, RDC,1re avr. 2005, n° 2, P.264, obs. D.Mazeaud.

légitime. وقد أشـارت المحكمة إلى أن التعديل الجوهري للعقد دون إيراد الأسـباب الدافعة له, يعد مخالفة واعتداء على حسـن النية attentatoire à la bonne doi التي توجبة النصـوص القانونية المختلفة في تنفيذ العقد, ومن هنا, تتقرر مسـئولية المالك, ومن ثم يستحق العقاب. وقد انتهى قضاة الموضوع إلى ضرورة ذكر الأسباب وراء القرار بإجراء التعديلات الجوهرية بالإرادة المنفردة modification unilatérale .

ولم تفصـل محكمة النقض الفرنسـية [١] في مسـألة تقدير الثمن بالإرادة المنفردة, فإذا كانت محكمة اسـتئناف باريس قد قررت فرض التسـبيب الإلزامي impératife لقرار تعديل الثمن، ولم يحتذى القضـاء العالي حذوها، إذ قضـى بأن البنك يكون حراً في تقدير الثمن الذي يريده دون أن يسـتحق العقاب على الخطأ[٢]. فلا يلزم مشـروعية الأسـباب التي تبرر تقدير الثمن، وكذلك التقدير الباهظ أو المفرط. ولا تكون سـلطة تقدير الثمن من جانب واحد مُحددة في نطاقها[٣]. ما من ضـرورة للتسـبيب في هذه الحالة، ونرى اختلافا في الفرض الذي يكون المتعاقد محروماً من الحق في التعديل.

---

[١] Cass. Civ.,1re , 30 juin 2004, RTDciv., 2005, P. 749, obs. P.-Y Gautier.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 315.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n°354. P.285.

الفرع الثاني: حرمان المتعاقد من الحق في التعديل الجوهري بالإرادة المنفردة:

Privation d'un droit

أولا: عدم قبول الحوالة: refus d'agrement

١٠٨- بدون الاستثناءات، يمكن نقل العقد من خلال التنازل عنه أو حوالته[١]. ويقصد هنا صفة من صفات العقد حيث يتم استبدال المتعاقدين une ubstitution de contractants، وقابلية التحويل عبارة عن قابلية التغيير modulable عن طريق الاتفاق par voie de convention . ويكون من المحتمل, في الواقع العملي, حظر الحوالة أو قبولها الخالص أو المجرد أي بدون قيد أو شرط L'interdire purement simplement, وإنما يجب بمراعاة توافر بعض الشروط من ناحية شرط قبول المدين للحوالة une clause d'agrément [٢]. ويتيح ذلك للمحال عليه cédé – المدين- رقابة اختيار المُحيل cédant للمحال له cessionnaire[٣]، ولكن هذه السلطة لا تكون في الأصل تعسفية. وبالتالي فهي تخضع للرقابة على أساس تعسف المدين المحال عليه في استعمال حقه في عدم قبوله لها[٤].

١٠٩- قاعدة الرقابة على أسباب رفض الحوالة: principe d'un contrôle: لا يخضع الحق في القبول Le droit d'agrement للسلطة التقديرية n'est pas

---

١ MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit.,n° 910.

٢ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.): La cession de contrat, Defrénois, 15 juill 2000, n° 13-14,p.811.

٣ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.): La cession de contrat, n° 13-14,p.811.

٤ En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 355.

discrétionraire, وأن أسباب الرفض يمكن أن تكون موضوعاً للرقابة. ففي الحكم الصادر في ٢ يوليو ٢٠٠٢ [١]، والذي أكّد أن محكمة النقض الفرنسية قبلت حكم محكمة الاستئناف، فمن ناحية, أن عقد الامتياز contrat de concession يقوم صراحة على الاعتبار الشخصي intuitu personae، وينص على أن نقله أو تحويله لمصلحة الغير, يخضع لموافقة مانح الامتياز concédant المحيل أو المُتنازل. أما الناحية الثانية فتتمثل في أن عدم القبول المانح يجب أن يكون مُسبباً أو مُبرراً Le refus d'agrément du concedant devait être justifié, بواسطة أمور تأخذ في الاعتبار المحافظة على مصالحه – أي مانح الامتياز– التجارية المشروعة La sauvegarde de ses intérêsts commerciaux legitimes, وحتى يتم تجنب كل تعسف، فإنه يتعين عليه إيراد أسبابه في هذا الرفض. وكان الحكم بالمقابلة منقوضاً، حيث لامت محكمة النقض على قضاة الموضوع من أنهم لم يتحققوا من أنه " إذا كانت الأسباب المُقدَّمة سلفا من قبل مانح الامتياز، وكذلك المتأخرة – المُقدمة أثناء سير الدعوى– لم يكن من شأنها تبرير عدم قبوله". وكان حكم قضاة الموضوع يرى بدون شك معاقبة المتعاقد الذي يُفاجئ أو يُباغت المتعاقد الآخر. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية مؤخراً، في مناقشة في نطاق مشروعية الأسباب حيث اعتبرت أن مانح الامتياز عليه أن ينفذ شرط القبول (الموافقة) بأمانة وإخلاص concedant avait didélement exécuté la clause d'agrément ، فضلاً عن أنه لا يستطيع تسبيب قراره إلا في أثناء سير الدعوى. في النهاية, هل يمكن أن نستنتج أن هذا الحكم يقر بضرورة التسبيب بوجه عام؟

---

[١] Cass. Com., 2 juill. 2002, RTDciv., 2002,p. 810, obs. J.Mestre et B. Fages.

وقد فسر قاضي الموضوع، وكذلك محكمة النقض الفرنسية بطريقة مرنة عبارات الشرط التعاقدي stipulation contractuell . في حين أن الشرط لا يَجبر المانح أو المحيل صراحة على تبرير عدم قبوله son refus d'agrement، وقد استنتج القضاء الفرنسي أنه يوجد التزاماً ضمنياً بالتسبيب une obligation implicite de motivation لأن مانح الامتياز أو المحيل يكون ملتزماً بالدراسة بعدل وإنصاف مع الاهتمام الكامل بواجب التبديل المُقترح، وإبلاغ قراره بسرعة لصاحب الامتياز أو المحال له. ووجود شرط يَفرض تسبيب عدم القبول يقلل بوضوح أثر لحل المقرر، ويترك مسألة التسبيب معلقة [١].

١١٠- ألقى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٥ أكتوبر ٢٠٠٤ [٢], الضوء باهتمام على هذه المسألة، عندما أقر أن رفض المانح أو المحيل حوالة رؤوس الأموال التجارية الذي أبرمه مع صاحب الامتياز أو المحال له. الذي يخصص للمانح دفع تعويضاً عن العمل الإرادي في إخفاق التسوية والفسخ الخاطيء résilié fautivement للعقد الذى أبرموه. وقد قضت محكمة الاستئناف على المانح بسبب سوء نيته، باعتبار أن عدم قبوله لم يكن مُسبباً من قِبل الشخص المرشح. وفصل قضاة الموضوع في الدعوى بالإضافة إلى أنه قضى على المانح " الذي قام بعمل غير مشروع, بأن وقف عقبة أمام بيع المشروع والذي لم يُقدِّم سبباً لعدم القبول الذي بمقتضاه يُحول العقد في غايته". وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف وأكدت على أن عدم الموافقة يمكن أن يقوم على أسباب آخرى غير تلك

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°356.

[٢] Cass. Com., 5 oct. 2004, RTDciv., 2005,p. 127, obs. J.Mestre et B. Fages.

الأسباب المتعلقة بالشخص المرشح (الغير) الذي ينقل الامتياز له بعد قبول مانح الامتياز. فيمكن أن يكون الرفض بسبب عجز المشروع عن الاستمرار اقتصاديا. وقد اتجه القضاء, وفقا لما يشبه الحق والاحتمال, نحو الرقابة على مشروعية الأسباب, مع الاهتمام الكامل بالتوسع ليشمل جميع الفروض التي تدخل في التعسف. وفي الحكم الصادر في ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ [١] ترك مع ذلك التصديق على رفض القضاء العالي للرقابة على شرط القبول كما في حوالة الإيجار التجاري المقرون بحوالة رؤوس الأموال. ويكون من المناسب للإثبات في هذه الحالة, أن تسبيب الحكم لا تأتي مطلقاً على دراسة تصرف المؤجر في تنفيذ مثل هذا الشرط. وقد ركزت محكمة النقض الفرنسية على حقيقة مشكلة ما تنظمه المادة ٣/١١٣٤ مدني فرنسي(مادة ١١٠٤)، وبعبارة أخرى، ليس على شروط إعمال شرط القبول, وإنما بالنسبة لبيان النصوص الآمرة للإيجارات التجارية dis positions impératives des baux مع حسن النية. ويكون رفض القضاء للرقابة على أسباب تنفيذ شرط القبول مبرراً بواسطة وجود نصوص متعلقة بالنظام العام La présence de dispositions d'ordre public التي عليها لا يمكن مخالفتها، كذلك في حالة سوء نية mauvaise toi المؤجر. بمراعاة هذا الفرض، يقع شرط القبول إذن، ويبدو لنا أنه من المحتمل أن يكون محلاً للرقابة. بالإضافة إلى مسألة القبول، يوجد فرض أخر للحرمان من الحق في التعديل بالإرادة المنفردة، وهو رفض تنفيذ العقد.

[١] Cass. Civ. 3re, 9 déc. 2009, RTDciv., 2010,p. 105, obs. B. Fages.

ثانيا: رفض مُتابعة أو الاســـتمرار في تنفيذ العقد: refus de poursuivre La relation

١١١- الحق في إلغاء العقد le droit d'éteindre le contrat يكون محدوداً أو محجوباً بضـرورة تسـبيب سـتعمال هذا الحق بالإرادة المنفردة, بمعنى أن مباشـرة هذا الحق تســتوجب التســبيب. فعند اســتعمال أحد الأطراف هذا الحق, فإنه يؤدي إلى حرمان المتعاقد الآخر من حق[١]. ونعرض في هذه الحالة لفســخ العقد قبل الانتهاء المتوقع للالتزام، أو عند رفض تجديد العقد[٢]، في حين أن الاســتثمارات قد تم إنجازها نتيجة لطلب الشريك المتعاقد.

(ا) – طلب فسخ العقد قبل انتهاء مدته. rupture avant terme

١١٢- تتمثل القاعدة في عدم وجود شرط مُقدَّم بالفسخ absence de clause de résiliation anticipée. وينبغي احترام العقد المُحدد المدة حتى انتهاء مدته. ومن ثمّ، فإن كل فسـخ قبل انتهاء هذه المدة، ينبغي أن يُحكم عليه بالتعسـف في اسـتعمال الحق être jugée abusive. وعلى ذلك قامت محكمة النقض الفرنســية بالرقابة على التســبيب. ففي الحكم الصــادر في ٢٠ مايو ٢٠٠٣ [٣] نفذت هذه الملاحظة، وترجع وقائع القضية إلى أن أحد المستشفيات تعاقدت مع طبيب للنساء لمدة ٢٥ سنة قابلة للتجديد بعد انتهاء هذه المدة. في يونيو ١٩٩٥، أخطرت المســتشــفى الطبيب الممارس بقرارها بإنهاء عقده. وقد تجاهلت وضــعه كمتعاقد آخر. فطلب الطبيب التعويض عن الضـرر الذي لحق به le médecin L'assignée en réparation du préjudic subi. وقد أجابت محكمة الموضــوع طلبه، وأكدت محكمة النقض

---

[١] AYNES (L.): Motivation et justification , RDC, 2004, n°2, P.55.

[٢] AYNES (L.): Motivation et justification , RDC, 2004, n°2, P.55.

[٣] Cass. Civ. 1re, 20 mai 2003, JCP, 2003, I, 186, note J.Rochfeld.

الفرنسية حكمها. واعتبر القضاء العالي فسخ العقد قبل حلول الأجل, بدون سبب مشروع, تصرفاً خاطئاً considére comme fautive la rupture de la convention avant l'échéance du terme لم. لأنهم كانوا قد التزموا لمدة مُحددة من الزمن، فكل مُتعاقد يتوقع ويترقب بمشروعية التنفيذ الهادي للعلاقة التعاقدية s'attendre à la poursuite paisible de la relation contractuelle. والقرار يكون مبرراً, لأن الحل الآخر يُفضي إلى مُحازاة نظام الفسخ في العقود مُحددة المدة على تلك النظام في العقود غير المحددة المدة. وتتيح هذه الأخيرة، في الواقع، بسبب حظر الالتزامات المستمرة الدائمة prohibition des engagement perpétuls, لكل طرف أن يضع نهاية لقبوله الإرادي l'accord de volonte تحت تحفظ التعسف أو بشرط عدم التعسف، ومثل هذه الحالة لا تكون من الاتفاقات المُنعقدة لمدة محددة[١].

عدم وجود الباعث المشروع motif legitime وهو تحديد مدة يلتزم المتعاقدان باحترامها. غير أن, ينبعي التحقق من مشروعية استعمال الحق في فسخ العقد بالإرادة المنفردة عن طريق ضرورة التسبيب الذى سيُفرض لتفسير انفصال عن العلاقة التعاقدية قبل انقضاء المدة المُتفق عليها l'expiration du délai convenu ولم يُستبعد ذلك من قِبل القضاء. ويمكننا من جهة أخرى, أن نطلب إذا كان يوجد شرط سابق بالفسخ une clause de résiliation anticipée, مُتفق عليه بين الأطراف, والذي سلمت محكمة النقض الفرنسية بصحته، فإنه يتيح الفرصة للحماية من مخاطر التعسف, ومن ثم, يستوجب لاستبعاد التعسف, تسبيب طلب الفسخ[٢].

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 358.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 358.P.358.-- انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد.., فقرات ١١٤ وما بعدها.

١١٣- **الشرط الفاسخ السابق**: أكدت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في ٣ ابريل ٢٠٠١, على أنه لا يوجد تعسفاً في فسخ العقد بسبب وجود شرط فاسخ تمّ إدراجه في العقد. ويُعتبر هذا الشـــرط مظهراً للإرادة المتبادلة للمتعاقدين، حيث يقر الأطراف في الاتفاق, بسلطة كل طرف في وضع نهاية فورية للعقد عندما تبدو مفيدة له, دون حاجة إلى تسبيب قراره. لذا فوجود شرط سابق بالفسخ يضع إذن نهاية للعقد ويعتبر تسبيباً آمراً للفسخ منصوصاً عليه في العقد[١]. بمعنى أن عبارات الشرط المدرج في العقد تقوم مقام التسبيب. ويُعتبر هذا الاتفاق على شرط الفسخ شريعة للمتعاقدين, ومن ثم يجب على المتعاقدين احترامه والالتزام به شأنه شأن القاعدة القانونية[٢]. ويطلق على هذا الشرط الشرط الفاسخ الصريح, والتي تنص عليه المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري, بقولها" يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه.....", ومؤدى هذا النص أنه يجوز لأطراف العقد, عند إبرامه أو في وقت لاحق سابق على الإخلال بالالتزام, أن يتفقا على اعتبار العقد مفســـوخاً من تلقاء ذاته بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام. والحكمة من هذا الشـــرط تكمن في التيســـير على الدائن بعدم إلزامه باللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ. فإذا كانت القاعدة توجب صدور حكم من القضاء بالفسخ,

---

[١] Cass. Civ. 1re, 3 avr. 2001, JCP, 2001, I, 354, no 19 et s,note J.Rochfeld.

[٢] د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٢٢٤, ٢٩٩ وما بعدها-- انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, فقرات ٢٠٣ وما بعدها, وفقرة ٢٥٦.-- د. جلال إبراهيم : النظرية العامة للالتزام, صـ ١٢٦.

فإن هذه القاعدة ليســـت من النظام العام, لذا يكون للأطراف العقد الاتفاق صـــراحة مقدما على فسخ العقد[١].

وهكذا, يُبرر الحل المقرر من قِبل القضاء في حدود وجود شرط اتفاقي صريح سابق بالفسخ يستبعد مبدئيا الأخذ بأن المتعاقد الآخر يكون محروماً من فسخ العقد, ويكون ذلك مستبعداً نتيجة عقاب يُطبق عند التعسف في استعمال هذا الشرط[٢]. بالإضافة لفسخ العقد قبل انتهاء مدته, يتعين مواجهة فرضية عدم تجديد العقد.

(ب) – عدم تجديد العلاقة التعاقدية: non– renouvellement de relation contratuelle

١١٤– **عند عدم وجود اســـتثمارات:** في نطاق العقد المُحدد المدة، يكون عدم تجديده بتوافق الإرادات في كل مرة تتحقق الغاية من هذا العقد, لا يعتبر ذلك خطأ. وعلى ذلك قضـــت محكمة النقض الفرنســـية بأن الطرف لا يلتزم بإعطاء تســـبيباً على عدم تجديد العقد المعقود noué مع المتعاقد الآخر. فالأســـباب المعتمد عليها motifs invoqués الخادعة أو التي تنطوي على غش أو غير الصـــادقة أو غير الحقيقية لا تُعدُّ تعسفاً. قوة المبدأ المُعلن يمكن أن تخضع مع ذلك لحقيقة تدعو إلى التدرج Une réalite invitant à la nuance[٣].

أما في حالة وجود استثمارات، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه عندما يدفع المتعاقد المتعاقد الآخر لإنجاز الاســـتثمارات المترتبة عن العقد بإقناعه بتجديد العقد،

---

[١] د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام , صـ ١٦٥.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٣٠٠ وما بعدها.-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, فقرة ٢٥٨.– – د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٢١٣ وما بعدها.

[٢] AYNES (L.): Motivation et justification , RDC, 2004, n°2, P.55.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*,n°360.

فإن عدم التجديد يترتب عليه مسئوليته. ويكون للمتعاقد الآخر في حدود الاستثمارات المطلوبة مشـــروعية في الاعتقاد في تنفيذ ومتابعة العلاقة التعاقدية، وأن انقطاعها ينبغي, حتى لا يتجه نحو التعسف في استعمال الحق, أن يكون مصحوباً بضرورة تسبيب هذا الاستعمال ne pas vexser dans L'arbitraire, s'accompagner d'une motivation[1]

١١٥- وفي النهاية إذا كان القضاء الفرنسي لم يتردد في استعادة أن غياب ضرورة التسبيب،لاسيما في فسخ العقد، وهو يكون ضرورياً في بعض الفروض الآخرى، فعلى سبيل المثال يكون التسبيب ضرورياً في حالة التعديل الجوهري للعقد، أو ذلك التصرف الذي يَحرم المتصـــرف إليه من الحق. ومثل ذلك يكون في حالة القبول, وعند وجود فسخ غير متوقع للعلاقة التعاقدية قبل انتهائها, أو عندما يرفض أحد المتعاقدين تجديد الاتفاق لحث المتعاقد الآخر على إنجاز الاستثمارات a réaliser des investissements[٢].

ويقترن التصور الموضوعي لمخالفة حسن النية بالموضوعية في تحديد مظاهرها بعد ذلك التطبيقات المختلفة القضاء, ينشأ المنطق. فخيانة أو خداع الثقة المشروعة تتجسد في نوعين من الفروض. يتبلور الأول في خيانة حسن النية التعاقدية, ويتضح ذلك في البداية من خلال معاقبة المخالفة غير المشـــروعة الصـــادرة من المتعاقد والتي تلحق الضـــرر بالمتعاقد الآخر. وتُقصـــي المواد المختلفة التي توجب حســـن النية في تنفيذ العقود التنافر بين المتعاقد بالنسبة للعقد ذاته أو التصرف السابق, كالمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون

---

[1] Cass. Com., 5 avr. 1994, JCP, 1994, I, 3803, obs. Ch.Jamin.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*,n°361.

المدني الكيبكي. ويتبيَّن الاعتداء على حسن النية من خلال الاستغلال التعسفي لمركز القوة, حيث يفرض المتعاقد إرادته على الطرف الضعيف, أي سد الطرق أمام لإيجاد الحل البديل, فيضطر إلى إتمام العلاقة التعاقدية. أما بالنسبة للنوع الثاني من الفروض التي تُخالف حسن النية من خلال دراسة الإجراءات التعاقدية, والتي تترجم بواسطة التصرف التعاقدي التعسفي. وتوصف المخالفة من خلال عدم احترام الإخطار, يقع ذلك عند عدم وجود الإخطار أو عدم كفايته. ومن هذه الفروض أيضا مخالفة النصوص القانونية التي تستوجب تنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية, توصف بعدم مراعاة تسبيب الإجراء عندما يكون هذا التسبيب ضرورياً, عندما يوجد تعديل جوهري لتوافق الإرادات أو عند وجود حرمان من الحق. وهكذا, من خلال دلائله الموضوعية, فإن مضمون حسن النية يُكتشف أو تُحل رموزه بشكل غير محسوس وبهدوء.

الباب الثاني:

نظام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

تمهيد وتقسيم:-

١١٦- لا تكون المقتضيات المتفرعة عن حسن النية التعاقدية على ذات الدرجة من القوة وفقاً للأشكال التي وفقا لها يتم تفسير هذه الضرورات. بالإضافة إلى ذلك فإن النصوص المختلفة التي توجب تنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية, تتجسد من الجزاء الذي تُطبقه عند مخالفة حسن النية, مثل المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري.

لذا سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين, نستعرض في الأول, تدرج قوة حسن النية في تنفيذ العقود. ونتناول في الفصل الثاني, الجزاء على مخالفة حُسن النيّة في تنفيذ العقود.

الفصل الأول :

تفاوت أو تدرج قوة حسن النية في تنفيذ العقود.

تمهيد وتقسيم:

١١٧- لا يكون التصرف المشروع المُتوقع أو المُرتقب من المتعاقد واحداً في سائر العقود. فحسن النية له في الحقيقة حياة خاصة, بالنسبة لتغيراته وتلقباته وفقاً للاتفاقات التي تنطوي عليها.غير أن, يتعين قياس قوة حسن النية في بالنسبة لهذه الاتفاقات، وتُعدُّ الثقة المشروعة وحدها هي الوسيلة التي يتم اللجوء إليها لقياس قوة حسن النية. لذا يتعين دراسة درجة الثقة المشروعة, ودرجة حماية الواجبة لهذه الثقة.

المبحث الأول:

درجة الثقة المشروعة

degré de confiance légitime

١١٨- تجدر الملاحظة أن القضاء استقر على أن مقياس قوة التصرف يقتضي ألا يكون المتعاقد هو نفسه, متماثلاً, في كافة العقود[١]. وقد أقر الفقه الفرنسي هذه الحقيقة, حيث اقتفى آثار ذلك وذهب إلى أنه ما من اتفاق لا يكون متفق عليه إلا ويجب أن يتسم أطرافه بحسن النية. بمعنى لا يوجد عقد تم إبرامه بدون ضرورة توافر حسن النية لدى كل من المتعاقدين, وتعد الثقة المشروعة بين المتعاقدين من مقتضيات حسن النية, فمن حق كل متعاقد أن يركن إلى هذه الثقة وأن يفترض في المتعاقد معه أنه يُجري تعامله على أساس من الأمانة والأخلاق والشرف, ولا ينال من هذا المعنى أن العقود بحسب طبيعتها مصالح مُتعارضة وأن كان كل متعاقد يسعى مصالحه, فإن سعيه تَحُدَّه حدود لعل أهمها مقتضيات حسن النية, وعلى ذلك تقضي المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري فتنص على وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[٢]. لا يكون حسن النية واحداً في كافة العقود, ففي بعض العقود يكون حسن النية أوسع نطاقاً، وفي البعض الآخر يكون أقل نطاقاً، فيجب أن يكون حسن النية كاملاً في كافة الاتفاقات، ويكون كل طرف ملتزماً بكل ما يوجبه حسن النية، وفقاً لطبيعة الاتفاق والآثار التي تترتب عن تنفيذه. فلا توجد شكوك بالنسبة لتعدد وتفاوت الاتفاقاتla diversité des conventions, حيث أن قوة وشدة مقتضيات l'intensité des exigencies حسن النية يكون من المحتمل أن تتغير وفقاً لطبيعة

---

[١] STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, *op. cit.*, n^os^234 et s.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٨٣.

العلاقة modulation selon la nature de la relation، أي تتغير على حسب مضمون العقد والعملية التعاقدية[١].

وبالتطابق في درجة الثقة المشروعة بين المتعاقدين, توجد طائفتين منفصلتين العلاقات التعاقدية[٢]. الأولى: غير مكررة, تشمل مجموعة من أشكال تكون الثقة فيها مُخفّفة. أما الطائفة الثانية, فتهتم بعلاقة الثقة بروابط الواجب.

المطلب الأول:

الثقة المشروعة المُخففة في علاقات الحق:

١١٩- ذهب جانب من الفقه[٣], إلى أهمية القوة الدافعة المحركة بواسطة العقد, الذي يكون متصوراً كآلية للحذر والتبصر. ويُعبر التوافق الإرادي دائماً عن مصالح متنافرة un antagonism d'intérêts. فهل يجب على كل متعاقد أن يأخذ في الحسبان مصالح الطرف الآخر؟. تنشأ الغالبية العظمى من الاتفاقات, وفقاً لرابطة الحق, أي تكون مقترنة بالحق، حيث تكون الثقة المشروعة مُخَفّفة. ففي هذا النوع من العلاقات، إذا كان موضوع العقد متصلاً, فإن مصالح المتعاقدين تظل متميزة. ويَقتدي حسن النية عادة بقوة العلاقة التعاقدية, ولا يُجبر المتعاقد على الإطلاق على وضع مصلحة

---

١ En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 432.

٢ STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, th., *op. cit.*, n° 234 .

٣ STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, th., *op. cit.*, n° 239.

المتعاقد الآخر في خطر[١]، بمعنى لا يُحدث حسن النية ضرراً في مصلحة المتعاقد. فلا يفرض حسن النية عندئذ إلا تصرفاً متوافقاً مع الغاية من العلاقة التعاقدية. فالرقابة تعمل على أساس حسن النية التي تُصادف الدفاع عن المصلحة الشخصية، وعلى حماية إنجاز الهدف المشترك.

الفرع الأول: مراعاة المصلحة الشخصية:

respect de l'interêt personnel

١٢٠- لا يشكك أحد في أن المصلحة الفردية تهيمن على العلاقات الإنسانية، فيكون من المؤكد أن بعض الأعمال الاقتصادية توجه نحو تحقيق مصلحة الغير. ولن يكون قانون العقود مشروعاً عندما يقتضي من الدائن بألا يخدم مصالحه أو الذي يتعامل باهتمام بخصوص مصالح مدينه. باستثناء بعض المواقف التعاقدية الخاصة. وسوف نستعرض لذلك على النحو التالي:

أولا: مشروعية المطالبة بالحق بحسن نية: légitimité

١٢١- لا يُرصَد حسن النية إلى عرقلة بحث الدائن عن مصلحته المشروعة، فيوجد على العكس تلاق وانطباق coincidence بين حسن النية ومصلحة الدائن، ويتبين ذلك من التمسك بالمطالبة بالحق أو في تنفيذه.

---

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit., n° 764.

(ا) دور المطالبة المشـــروعة في حماية حق أو دين الدائن: inviolabilité dela créance

١٢٢- حافظت محكمة النقض الفرنســـية على ذاتية الحقوق والالتزامات التي تم الاتفاق عليها قانوناً في العقد، أي كانت محور توافق الإرادات. فالدين يستدعى السداد أو الدفع La dette appelle le remboursement وأن حسن أو سوء نية الدائن لا يكون له أثراً على الأداء الموعود به La prestation promise وهو سداد الدين. ويحدد الدائن الطريقة التي يعتمد عليها في تنفيذ حقه بالمطالبة أو الملاحقة من أجل الحصـول عليه. فلا يكون السـلوك الذي يتبناه الدائن في اسـتعمال حقه في المطالبة بالدين, محلاً للجزاء، إلا في بعض الصـور الخاصـة للغاية فقط عندما يكون الدائن مُتعســفاً في اســتعمال حقه. وتُظهر هذه الأســباب في الأمان القانوني. فالمطالبة المشروعة للدين la réclamation légitime, من الشروط المنطقية, وتكون المطالبة مشروعة كذلك عندما تكون مصحوبة بحق بحسن النية من جانب الدائن[١].

١٢٣- عدم الاهتمام بقوة الالتزام indifférence à la rigueur de l'obligatio. فإذا كانت مطالبة الدائن بتنفيذ الالتزام تضـــر بمصـــالح المدين، فإن الدائن يَســـتنفذ السلطات المزود بها للحصول على حقه, فإنه يكتسب بانتظام القدرة على المدين، إذ يشعر بقوته[٢]. فلا يبالي في الاستغلال المُنظّم لحقه، فيؤدي إلى إحداث ضرر بالغير. ولا يهتم القانون بهذا الضـــرر, لأنه لا يعتبر الدائن مُرتكباً لخطأ[٣]. ولهذه الغايات

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*, n° 392 et s.

[٢] RIPERT (G.): La règle morale dans les obligations civiles, *op. cit.*, n° 74.

[٣] RIPERT (G.): La règle morale dans les obligations civiles, *op. cit.*,

أصـداء جوهرية كإعادة الحديث عن الحقيقة التعاقدية la réalite contractuelle[١]. حيث تُعتبر مطالبة الدائن لحقه أثراً لهذه العلاقة التعاقدية. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن التعسف لا يكمن في دفاع الدائن عن مصالحه المشروعة[٢]. فيكون البعض من هذه المشـكلات مطلوباً حلها، إذا كانت مماطلة المتعاقد غير خاطئة وتكون المماطلة كذلك عندما يرغب هذا الأخير في تنفيذ حقه[٣].

ويُثير سـلوك الدائن comportement du créancier تفسـيرين. يتمثل الأول في احتمال الكشـف عن تسـامحه أو تسـاهله، أما التفسـير الآخر, فيكمن في قابلية النظر فيـه، إذ يتمثل في التنـازل أو العدول une renonciation من جانبـه. فقد أكدت محكمة النقض الفرنسـية, وفقا للمادتين ١١٣٤, ١١٤٧ من التقنين المدني الفرنسـي(التي حلت محلها المواد ١١٠٤, ١٢١٧ بعد تعديل ٢٠١٦), في حكم صـادر في ٢٨ سـبتمبر ٢٠٠٤, أنـه" لا يكون التنفيذ خاطئاً، بواسـطة المانح (المحيل) Le concédant الـذي مُنح في البـدايـة مـدداً للوفـاء de délais accordé des paiement, وفقا للشـروط التعاقدية stipulations contractuelles من أجل الحماية من الأضـرار se prémunir du risque غير المُغطاة من دينه[٤]. ومن ثم, فإن طلب الدائن سداد باقي دينه بعد مرور عدة سنوات على حلول أجل الاستحقاق échéance du terme لا يكون في ذاته خاطئاً fautif n'est pas en soi. وهكذا, لا يمكن اسـتنتاج التنازل عن الحق فقط من تكاسـل أو سـكوت صـاحبه La

---

١ RIPERT (G.): La règle morale dans les obligations civiles, *op. cit.,* n° 160.

٢ MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit.,n° 751.

٣ En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 436.

٤ Cass. Com., 28 sept. 2004, RTDciv., 2005, p. 129, obs. J.Mestre et B. Fages.

renonciation aun droit ne peut se déduire de la seule inaction ou silence de son titulaire [١]. فلا يستخلص التنازل عن الحق فقط من التراخي في التنفيذ أو من سكوت صاحبة.

أما بالنسبة لسلوك المدين comportement du débiteur فإن القانون يحمي أيضاً المصلحة المشروعة للدائن فيمتنع على المدين الإعفاء من التنفيذ الدقيق لالتزاماته. ويظهر ذلك من حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٦ نوفمبر ١٩٩٦, عندما قضت بأن المُؤمِّن assureur الذي لزم الصمت الخادع من أجل التكاسل والتراخى في تنفيذ التزاماته حتى يستفيد من إعمال التقادم grâce au jeu de la prescription، فإنه سوف يتحمل بمسئوليتة التعاقدية. ولا يُعرقل المدين بسبب سوء نيته mauvaise foi في الحق في طلب الدين faire obstadé au droit de créance ويقوم الدائن بالإضافة إلى ذلك بممارسة حقوقه المحفوظة[٢].

(ب) قوة استعمال الدائن الحق.

١٢٤- يخضع الحق الفردي الملازم للعقد وحسن النية لممارسته للرقابة contrôler l'exercice. وقد حافظ القضاء الفرنسي على التوازن بين ضرورة هذا التحديد الإطاري encadrement وبين حماية المصالح المشروعة للمُستفيد منها protection de intérêts légitimes de son bénéficiaire. وهكذا, يكشف القضاء عن تخويل أحد المتعاقدين تقدير الثمن الذي يريده بمفرده, كما يكون حراً في زيادته libre de procéder à son augmentation. في هذه الوجهة من النظر، فإن التصرف فقط بزيادة الثمن على المتعاقد الآخر, زيادة مُبالغ فيها لا تُعدّ بذاتها

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 437.

[٢] Cass. Civ. 1re, 26 nov. 1996, n°94-13.468, *Bull.civ.*, I, n°415.

تعسفاً في مواجهة هذا الأخير[١], في الحالة التي يكون بوسع المتعاقد الآخر التصرف وفقاً للحل البديل une solution alternative. وأكثر عمومية، الشروط المختلفة المُدرجة في الاتفاق لا تسعى إلا إلى حماية مصالح صاحبها[٢]، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في الحكم الصادر في ٢ يوليو ٢٠٠٢ على أن محكمة الاستئناف استخلصت أن" عدم القبول المانح (المحيل) يجب أن يكون مُبرراً بواسطة ضرورات المحافظة على مصالحه التجارية المشروعة La sauvgarde de ses interest commerciaux légitimes, ولكي يتلافى كل تعسف pour éviter tou arbitrair فيتعين أن يُسبب عدم قبوله الحوالة[٣].

وبذات الطريقة، أقرت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في ٥ أكتوبر ٢٠٠٤ [٤] بالنسبة لعدم القبول غير المشروع un refus d'agrément illégitime بأن المانح أو المحيل(بالنسبة لعقد حوالة الامتياز) يستطيع أن يأخذ في الاعتبار الأسباب الآخرى التي تتعلق بالشخص المُرشح الذي سنقل له الامتياز أي المتصرف إليه. ويكمن البرهان المماثل الخاص بفسخ العقد, في تبرير المصلحة المشروعة للمتعاقد في وضع نهاية لالتزامه puisse mettre fin à son engagement. وخطورة تصرف المتعاقد تُخوّل المتعاقد الآخر فسخ التوافق الإرادي l'accord

---

[١] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, 11e éd.,Dalloz, 2013.n°293.-- En ce sens JABBOUR (R.): La th., *op. cit.*,nos 338 et s, n° 439.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n°439.

[٣] Cass. Com., 2 juill. 2002, RTDciv., 2002,p. 810, obs. J.Mestre et B. Fages.

[٤] Cass. Com., 5 oct. 2004, RTDciv., 2005,p. 127, obs. J.Mestre et B. Fages.

volonté بالإرادة المنفردة romper unilatéralement, ومن مخاطره عدم الاهتمام بأن العقد محدد المدة أم لا. وكانت المحكمة قد قررت, في هذا الإطار, أنه في حالة غياب النص القانوني disposition légal الخاص, يكون في وسع كل متعاقد في العقد غير المحدد المدة contrat à durée indetermine، بدون إبداء أي أسباب على قراره motiver sa decision, أن يضع نهاية لهذا العقد بالإرادة المنفردة[١]. ولهذه الأحكام هدف متشابه وهو حسن النية في حدود متوافقة[٢] مع حماية المتعاقد لمصالحه المشروعة، ولكن هذه الحقيقة تقتضي وبحق وضع حدود للمشروعية.

ثانيا: نطاق مشروعية المطالبة بالحق بحسن نية: Limite à la légitimité

١٢٥- مصلحة المتعاقد تجد نطاقها في خيانة أو خداع الثقة المشروعة sa limite dans la trahison de la confiance legitime من قِبل المتعاقد معه. ويتحدد هذا النطاق في كل مرة توجد مخالفة للنصوص التي توجب تنفيذ العقود بحسن نية, كالمادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي, والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة, ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, والمادة ١/٢ من القانون المدني السويسري[٣]. وقد أورد القضاء أمثلة قاطعة وحاسمة في الشأن. ففي قانون العمل, تتحقق الحدود المُوضوعة أو المُقررة على استعمال صاحب العمل لحقه المشروع في تنفيذ شرط الانتقال clause de mobilité, عندما لا يكون قراره " مفروضاً dictée لمصلحة المشروع"، كما لو كان صاحب العمل قد قرر تبديل la mutation أو نقل

---

١ JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 439.

٢ MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit., n° 764.

٣ JALUZOT (B.): th., op. cit., n^os 461 et s.

أحد العمال من قطاع حيوي إلى قطاع أقل شـــأن de moindre importance [١]. وكذلك للدفاع عن مصـالحه المشـروعة لا يصـرح بإلزام العامل الذي يكون لديه أزمة عائلية بالنقل الفوري في المحل الممنوح للعمال الآخرين. وبطريقة مماثلة، ووفقا للقواعد العامة, إذا كان فســـخ الاتفاق بالإرادة المنفردة مُتاحاً لكل من المتعاقدين، فإن محكمة النقض الفرنسية سلّمت بأن المصلحة المشروعة في فسخ العقد لا تستبعد المتعاقد الذي يكون مسئولاً بمفرده عن قطع العلاقات التعاقدية [٢]. ومن هنا, تتحكم كل النصـوص التي توجب تنفيذ العقود بحسـن نية في إقامة حدود المشـروعية اسـتعمال صاحب الحق له.

وهكذا, يؤدي حســن النية في عدد من العقود, بالنســبة لممارســة الحقوق، إلى أن الثقة المشروعة تظهر مُعتدلة أو مُخَفَّفة. وهذا النموذج الموحد الجامد للسلوك التعاقدي من شــأنه أن يقود إلى احترام المصــلحة المشــروعة للمتعاقد الآخر. ويكون حقه في الأداء الموعود به في هذا الشأن مصوناً, ويتعذّر انتهاكه, ويتصرف من ناحية آخرى وفقا لرخصــة ممارســة حقوقه بحرية، بشـرط مراعاة حسـن النية son droit à la prestation promise est à cet egard inviolable et il dispose par ailleures de la faculté d'exercer librement ses prerogatives, sou réserve de bonne foi . بالإضافة إلى هذه الحماية الأخيرة, يجب حماية الهدف المشترك[٣].

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n°440.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n°440.P.353.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 441.

الفرع الثاني: مشروعية حماية الهدف المشترك

protection de l'objectif commun.

١٢٦- يتضـــمن العقد في كل مراحله – التفاوض, الإبرام والتنفيد – أن كل متعاقد يلتزم بالوصـــول إلى تحقيق الغرض المشـــترك. وتختلف طبيعة الهدف بالتأكيد على حسب نوع العقود، ولكن المستقر هو ضرورة توافر حسن النية في إتمام العقد بالكامل من أجل تأمين المنفعة assurer L'utilite. وتُترجم ضرورة حسن النية بإخضاع أو امتثال الأطراف L'assujettssement des parties للهدف التعاقدي au but contractuel [١]. وتحثُّ النصـوص المنظمة لضـرورة تنفيذ العقود بحسـن نية, على إنجاز الهدف المشترك بواسطة المتعاقدين. وتحتل مقتضيات حسن النية عادة مكان الصـدارة في العلاقة التعاقدية من أجل إنجاز الهدف المشـترك. لأن مبدأ حسـن النية يُنشـــئ التزاماً على طرفي هذه العلاقة يوجب أن يتعاون كلاهما لبلوغ ثمرتها المرجوة من إبرامها والمنوط تحصـــيلها من تنفيذها, وينظر لهذا الالتزام على أن العلاقة بذاتها هي التي تفرضـه[٢]. فيكون المتعاقد مقتاد نحو، عدم مخالفة التزامه الأول أو الأساسي renier son engagement initial والاعتداء على الثقة المشروعة للمتعاقد الآخر لحماية استمرار الاتفاق à protéger la pérennite de la convention وبطريقة غير مباشرة لتحقيق الهدف المشترك[٣].

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية, في هذا الصـد, في الحكم الصـادر في ٣ نوفمبر ١٩٩٢[٤]. أن ذات اســـتدلال يكون في عقد العمل, لأنه ينطوي على الثقة في التعاون والتكاتف المتواصـــل للأطراف من أجل إنجاز الهدف المشـــترك. ومن هذا المنطلق,

---

[١] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 442.

[٢] انظر د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٢٩.

[٣] انظر د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٣٠ وما بعدها.

[٤] Cass. Com., 3 nov. 1992, RTDciv., 1993,p. 124, obs. J.Mestre.

ينبغي على رب العمل أن يكفل التناسب بين أجور العمال وتطور أعمالهم، والإبقاء على كفاءتهم على ممارسة العمل. وبطريقة مماثلة: تتطلب التقنية الفنية بطريقة إعلانية زيادة درجة المساعدة والتكاتف المنتظر من جانب الممول[١]. وتضاف هذه الفروض إلى تلك الفروض الآخرى التي تُنتج فكرة حسن النية التي تحمي الثقة المشروعة في إتمام المشروع أو الهدف المتفق عليه.

وفي النهاية يلتزم الأطراف، طوال مراحل التعاقد– التفاوض والإبرام والتنفيذ– بالاتفاق منح مواقفهم الاتحاد والتعاون. وتحقيق التوافق بين التصرفات والهدف من الاتفاق l'adaptation des comportements à la finalité de la convention ، وكذلك علاقات الحق، لإتمام الهدف المشترك الذي يقصده العقد ، وتواجه هذه النقطة من شكل تعاقدي آخر من أجل تحقيق الثقة المشروعة[٢].

---

[١] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Les obligations, 11e éd., *op. cit.*,n° 441.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 443.

المطلب الثاني:

زيادة درجة الثقة المشروعة المُعزّزة لعلاقات الواجب:

confiance légitime renforcée dans

les rapports de devoir

١٢٧- في الغالبية العظمى من الحالات, لا يتضمن حسن النية على أن المتعاقد يتعين أن يتصرف بصورة أفضل لمصالح المتعاقد الآخر. بيد أنه, يوجد فروض يستثمر أحد المتعاقدين درجة الثقة الخاصة, كوضعه في علاقات الواجب. وتكون درجة حسن النية الموصى بها في هذه الحالات عالية. فهي تقترب إلى ضرورة الائتمان والاستيثاق وينطوي على واجب حماية مصالح المتعاقد الآخر أو حماية المصلحة المشتركة للطرفين.

الفرع الأول: واجب حسن النية في حماية مصلحة المتعاقد الآخر.

في روابط الواجب، تتوفق مقتضيات حسن النية مع الأخذ في الحسبان مصلحة المتعاقد الآخر، فالمتعاقد يستطيع أن يتحمل واجب حماية مصالح الغير.

أولا: واجب تحمل مصالح الغير بحسن نية.

١٢٨- **ففي عقد الوكالة:** لم يكون المقصود بالنسبة لمصالح المُوكل intérêts du mandant, التعارض المألوف بين مصالح المتعاقدين المُترتبة عن العقد، ولكن بالأحرى تلك الصورة الخاصة التي بمقتضاها تكون مصالح أحدهم مُقررة بواسطة الآخر. فقد لاحظ جانب من الفقه أنه في بعض العقود، يكون الالتزام بالتصرف بحسن نية أكثر قسوة وشدة L'obligation d'agir de bonne foi devient plus

rigoureuse لأن العقد يضع أحد الأطراف إلى حد ما تحت رحمة الأخر[١]. كما هو الحال في عقد الوكالة الذي يستحوذ فيه الوكيل un mandataire على ثقة الموكل. ويوصي هذا الموقف بتصرف خاص, يحتاج بالضرورة إلى درجة كبيرة من الثّقة المشروعة, إذ يلزم الأول بأن يتصرف باتجاه مصالح الثاني[٢]. وتكشف المادة ١٥٩٦ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٧٠٣ /١ من القانون المدني المصري عن أنه يُحظر على الوكيل أن يُخالف ما وُكِّل فيه وأنه مُلزم بتنفيذ الوكالة. وهذا يفسر إذن, أن يكون من الضروري معاقبة الوكيل إذ خالف واجب حسن النية القوي, بمعنى أن درجة حسن النية في هذا الواجب تكون عالية للغاية, لدرجة تصل إلى لحسن النية الائتماني– في عقود الأمانة– فلا يستطيع الشخص بكل صراحة الخيانة أو الغدر[٣].

١٢٩– **أما بالنسبة لعقد التأمين:** فهو من عقود حسن النية, إذ يشارك عقد التأمين سائر العقود في مبدأ حسن النية. غير أن هذا المبدأ يلعب في عقد التأمين دوراً أساسياً ومحورياً أكبر من الدور الذي يلعبه في العقود الأخرى, بمعنى أن درجة حسن النية المطلوبة في عقد التأمين تكون كبيرة للغاية, والسبب في ذلك يرجع إلى أن المُؤمِّن لا يستطيع بمفرده تكوين فكرة حقيقية ودقيقة عن الخطر أو الشيء المؤمن علية إلا عن طريق البيانات والمعلومات التي يحصل عيها من المؤمن له نفسه الذي يقع عليه التزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات, ولذا يتعين أن يدلي هذا الأخير بهذه

---

[١] RIPERT (G.): La règle morale.., *op. cit.,* n° 162 et s.

[٢] RIPERT (G.): La règle morale..., *op. cit.,* n° 164.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 445.– انظر د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٣٦, صـ٩٤٥ وما بعدها.

البيانات بأمانة ودقة وهذا هو مضمون حسن النية في عقد الأمين. ويلعب حسن النية في عقد التأمين دوراً هاماً عند إبرام العقد وأثناء تنفيذه[١].

فعند إبرام العقد يتعين على المؤمن له أن يدلى بالبيانات الصحيحة والدقيقة عن الشيء المؤمن عليه وكافة الأخطار التي تحيط به وكل الظروف التي من شأنها أن تؤدي إلى احتمال وقوع الخطر لأن المؤمن يلجأ إلى هذه البيانات في تقدير قيمة القسط أو تحديد موقفه من إبرام العقد. أما عن حسن النية أثناء سريان العقد فيجب على المؤمن أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تحقق الخطر المؤمن منه, كما يجب عليه إخطار المؤمن بتفاقم أو زيادة الخطر ولو لم يكن له دخلاً في هذه الزيادة. وفي الجملة يتعين أن يلتزم المؤمن له بالأمانة والصدق والإخلاص, ولهذا وضع القانون جزاءات شديدة على مخالفة المؤمن له مبدأ حسن النية هي البطلان، وسقوط حقه في مبلغ التأمين[٢].

١٣٠- أما بالنسبة للقضاء: ففي هذا الشكل، يُعاقب أحد المتعاقدين عندما يضع في المقدمة مصالحه الخاصة ses propres intérêtes في حين أنه يتحمل مسئولية حماية المصالح المتعلقة بالمتعاقد الآخر[٣]. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية حكم لها صادر في ٢٧ فبراير ١٩٩٦[٤], أن وكيل الشركة، بسبب كتمانه أو سكوته التدليسي

---

[١] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, مرجع سابق, صـ ٩٣٠ وما بعدها.

[٢] انظر د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام عقد التأمين، جامعة حلوان, ٢٠١٦, فقرة ٣٧.-- د. نزيه محمد الصادق المهدي: الوسيط في الأحكام العامة لعقد التأمين, جامعة القاهرة, ٢٠١٧, صـ٢٤٠ وما بعدها.-- د. نبيلة رسلان ود.سعيد قنديل: العقود المسماة عقد الإيجار والتأمين, جامعة طنطا, ٢٠١٦, صـ٢٧١ وما بعدها.

[٣] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 445.P.356.

[٤] Cass. Com., 27 fevr. 1996, D., 1996, p. 518, note Ph. Malaurie.

sa réticence dolosive. فقد اشتري حصصاً acctions من أحد شركاء associé الشركة الشخصية ونقله وقيده لمشترين آخرين. وبالتالي يكون هذا الوكيل مُقصراً في واجب الأمانة manqué au devoir de loyuaté الذي التزم به باعتباره مديراً للشركة بالنسبة لكل شريك، وبخاصة عندما يكون قائماً بالوساطة intermediaire لإعادة ترتيب مشاركته. وتوصي صفة الوساطة لحساب الغير، بضرورة الالتزام بالأمانة الكبيرة فيما يخص الموكل mandant, ويجب أن يقود ذلك إلى كشف الوكيل المعلومات والبيانات القاطعة. ولا يكون المقصود من ذلك على الإطلاق هو الحل المقرر وفقاً للواجب العام بالإفصاح un devoir generale de reveler عن كل معلومة حصل عليها بنفسه وتكون ضرورية وأكثر تأثيراً, وإنما المقصود هو حماية الموكل الذي مَنحه الثقة الكاملة.

وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية ذات المنطق عندما فرضت على الوكيل (عن المستشفى) بإعلام الموكل وهو الطبيب بكل تطور قانوني مُحدِّد لحقوقه, عندما قررت في الحكم الصادر في ١٢ يوليو ٢٠٠٧ أن أطباء التخدير في إطار الشركة التي تُدير المستشفى قد أعطوا لهذا الأخيرة وكالة لاستعادة سمعتهم ورد اعتبارهم تجاه المرضى والمؤسسة. وقرر القضاء المنتظم بأنه يجب على المستشفى أن تُبلغ الأطباء بالتطورات القضائية ليُتيح لهم الحق في تحصيل مبالغ إضافية، من صناديق تأمين المرض, فضلا عن أن هذا القضاء لم يُشير صراحة إلى واجب حسن النية، غير أن ذلك يكون ضمنياً. فعندما يضطلع شخصاً بمصالح شريكه، فيتعين عليه أن يؤدي هذا الالتزام بأعلى درجة naut degré من الثقة والأمانة يطلق عليها حسن النية دون انتقاص. وإذا اختفى هذا الشرط فلن ينجح العقد. ويفسر ذلك من جهة أخرى, في مرونة souples الشروط القانونية conditions légales الواجب توافرها لفسخ عقد

الوكالة بالإرادة المنفردة. ذات الاستدلال يمكن أن يتحول إلى مواقف بمقتضاها يلتزم المتعاقد, بسبب الظروف, بالمحافظة على مصالح الغير[١].

ثانيا: واجب المحافظة على مصالح الغير بحسن نية . préserver les intérêts d'autrai

١٣١- **عقد الكفالة في القانون الفرنسي:** وعلى ذلك أيضا الكفيل مثال آخر يقتضي حسن النية المُدعَّمة ذات الدرجة الكبيرة التي تنتج عن عقد الكفالة. ويتضمن هذا التوافق عدم تحمل مصالح للمتعاقد الآخر، وإنما حماية هذه المصالح والمحافظة عليها. وتتحقق هذه المسلمة من خلال الإقرار الذي تضعه المادة ٢٣١٤ من التقنين المدني الفرنسي, فنصت على أنه" تُبرأ ذمة الكفيل من المسئولية عند استبدال الحقوق, فرهون الدائن الرسمية وامتيازاته لا تستطيع الكثير بفعل هذا الدائن, تُدار لصالح الكفيل". ويُستفاد من هذا النص تتلخص في أنه إذا كان الدين الأصلي مضمونا بتأمينات أخرى إلى جانب الكفالة، كرهن رسمي مثلا، فإن مثل هذا التأمين العيني يضمن رجوع الكفيل على المدين إذا ما قام بالوفاء للدائن. فإذا تسبب هذا الدائن بخطئه في فقد هذا التأمين، فإنه يلحق ضررا حقيقياً بالكفيل، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه الدائن من هذه التأمينات. وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا النص بانتظام من أجل حماية مصالح الكفيل ضد موقف الدائن المشوب بالخيانة أو بالخداع. وقد أقر القضاء العالي بأن الدائن يكون, في ذات الوقت, مضموناً بواسطة الكفالة التي تُعتبر تأميناً مؤقتاً une sûrete provisoire يلتزم في مواجهة الكفيل بالاعتراف بالتأمين النهائي، لأن عقد الكفالة الذي يعرف على أنه يُبرم في المصلحة الخاصة للدائن l'intérêt exclusif، ولكن في حدود أنه ينبغي

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n°445, P.357.

على هذا الدائن المحافظة على مصـــالح الكفيل les intérêts de la caution، ويتعين على الدائن أن يلتزم بدرجة كبيرة من حســـن النية والثقة لحماية مصـــالح الكفيل[١].

١٣٢- **أما في القانون المدني المصري**: فتُنظِّم المادة ٧٨٤ مدني دفع الكفيل بإضـــاعة الدائن المتعاقد الآخر, في عقد الكفالة, التأمينات. وأن هذا الدائن لم يُحافظ على مصـالحه. فقد يكون الالتزام الأصـلي المكفول مضـمونا بتأمينات أخرى, كرهن رسـمي مثلا, إلى جانب الكفالة, ومثل هذا التأمين العيني يَضـمن رجوع الكفيل على المدين إذا ما قام بالوفاء للدائن. وفي هذه الحالة يلتزم الدائن بالمحافظة على هذه التأمينات حتى يتســـنى حماية مصـــالح الكفيل, وإلا برئت ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه هذا الدائن بخطئه من هذه التأمينات. وفي ذلك نصت المادة ٧٨٤ مدني على أنه" ١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضـاعه الدائن بخطئه من الضـمانات.٢- ويقصـد بالضـمانات في هذه المادة كل تأمين يُخصـص لضـمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون" [٢].

وإذا كانت الكفالة تُعقد بين الدائن والكفيل، فيتعين تنفيذها وفق ما يقتضـــيه مبدأ حسـن النية، وألا يقتصـر المتعاقد على الالتزام بما ورد في العقد، بل يلتزم أيضـا بما هو من مســـتلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحســـب طبيعة الالتزام(م ١٤٨ مدني). وتقضـي العدالة بأنه يحظر على الدائن اتيان أي عمل يكون من شـأنه تهديد

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n°446.

[٢] انظر في ذلك د. محسن البيه: التأمينات الشخصية والعينية, جامعة المنصورة, فقرة ٧٦.-- د. أشرف جابر: الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, فقرة ٦٦, صـ ٥٥, وما بعدها.- - د. محمد السعيد رشدي ود. مصطفى عبد الجواد, ود. جمال عبد الرحمن: الحقوق العينية (الأصلية والتبعية), جامعة بني سويف, ٢٠٠٨, صـ ١١٧.

حق الكفيل الاحتمالي في الرجوع على المدين. وعلى ذلك متى صدر من الدائن عمل خاطئ ترتب عليه ضرر للكفيل، كان لهذا الأخير أن يطلب من القاضي تعويضه، الذي يقرر براءة ذمته من الدين بقدر ما أصابه من ضرر، إذ القاضي هو الذي يعين طريقة التعويض تبعا للظروف (المادة ١/١٧١ مدني مصري) [١]. ويلزم لتمسك الكفيل بإضاعة التأمينات أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً بخطئه وأن يترتب على ضياع التأمين ضرر للكفيل[٢]. وفي النهاية, يتعين على الدائن حماية مصالح الكفيل

---

[١] انظر في ذلك محسن البيه: التأمينات الشخصية والعينية, فقرة ٧٩.-- د.أشرف جابر: الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, فقرة ٦٦, صـ ٥٦, وما بعدها.

[٢] ويُشترط لإعمال الدفع بإضاعة التأمينات عدة شروط على النحو التالي: الشرط الأول: أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً: من الشروط الجوهرية لإعمال الدفع بإضاعة التأمينات، أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً للدين المكفول، ويقصد بالتأمين الخاص هو كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون(م ٢/٧٨٤ مدني). والتأمينات التي يترتب على إضاعتها براءة ذمة الكفيل هي التأمينات الخاصة، ولا يهم نوع التأمين الخاص فيستوي أن تكون تأمينات خاصة شخصية كالتضامن أو كفالة أخرى, أو تأمينات عينية، كالرهن الرسمي، والرهن الحيازي, وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز. وسواء كانت هذه التأمينات قانونية, أو اتفاقية, ولا يهم ما إذا كان التأمين موجوداً وقت انعقاد الكفالة، أو تقرر بعد ذلك، كما لا يهم إذا كان التأمين مقرراً على مال المدين، أو على مال الغير، كالحائز والكفيل العيني. ولا يدخل في مفهوم التأمينات الخاصة حق الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال مدينه (م ٢٣٤ مدني). فلا يتوافر الدفع بإضاعة التأمينات في حال إهمال الدائن في المحافظة على الضمان العام. حيث أن المادة ٧٨٤ مدني لا تنصرف إلى الضمان العام، فإن الدائن لا يكون مسئولا عن إضعافه، إلا إذا ألزمه عقد الكفالة، بالمحافظة عليه. ويعتبر من قبيل إضاعة التأمينات الخاصة إهمال الدائن في قيد الرهن أو عدم تجديده أو التنازل عن أولويته فيه, وكذلك إبراء الدائن أحد الكفلاء. والشرط الثاني: أن يكون ضياع التأمين الخاص نتيجة خطأ الدائن: لا يكفي للدفع بإضاعة التأمينات أن يكون هناك ضياع لتأمين خاص، بل يجب أن يكون السبب وراء ضياع هذا التأمين هو خطأ الدائن، وهذا يستفاد من العبارة الصريحة للمادة١/٧٨٤ مدني، التي تعلن أن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من

الضمانات. كأن يبرئ كفيلا آخر، أو مدينا متضامنا مع المدين، أو نزوله عن رهن أو امتياز، أو عن حيازة مال محبوس، أو نزوله لدائن متأخر عن مرتبته في الرهن، أو رضائه في أن يتأخر في استيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم. وقد يتمثل خطأ الدائن في واقعة سلبية تنسب إلى الدائن، كثيرا ما تتجسم في إهماله المحافظة على التأمينات التي له، كعدم قيده الرهن، أو عدم تجديده القيد، أو بتركه الأموال الواقع عليها امتياز.

وعلى العكس، إذا لم يمكن نسبة خطأ إلى الدائن، فلا يحكم ببراءة ذمة الكفيل، بالرغم من ضياع التأمين الخاص، وقد يحدث ذلك، متى كان ضياع التأمينات، ناشئا عن قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المدين، ومن باب أولي، إذا رجع ضياعها إلى فعل الكفيل، فلن يمكن بداهة أن يعتبر الدائن مسئولا عن ضياعها، ولا تبرأ، من ثم، ذمة الكفيل، حيث إن حكم المادة ١/٧٨٤ مدني لا يطبق إلا إذا كان الدائن مُقصرا. ويستوي أن يصدر الخطأ من الدائن شخصيا أو من شخص هو مسئول عنه كوكيله أو تابعه. والشرط الثالث: أن يترتب على ضياع التأمين ضرر للكفيل: تُعد براءة ذمة الكفيل, نظرا لإضاعة الدائن للتأمينات، نوعا من التعويض مُقرر لهذا الكفيل ضد الدائن، بسبب خطئه, ومن ثم يجب أن يلحق الكفيل ضرراً, حتى يكون في براءة ذمته تعويضًا له عنه. ويستفاد من المادة ٧٨٤ مدني أن القانون يقضي ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه الضمانات، فمجرد إضاعة تأمين، دون أن يُستبدل به تأميناً آخر، لا يقل عنه في قيمته، يبرئ ذمة الكفيل دون اعتبار لما إذا كانت هناك تأمينات أخرى يستطيع الكفيل بواسطتها استيفاء ما سيدفعه عن المدين أم لا. فلا يشترط إذن للقول يتحقق الضرر للكفيل أن يترتب على ضياع هذا التأمين إعسار المدين، أو يكون التأمين الضائع هو التأمين الوحيد الذي يكفل الدين، فإذا ظل المدين موسرا بعد ضياع التأمين، أو بقيت تأمينات أخرى تكفى للوفاء بالدين. جاز للكفيل مع ذلك أن يتمسك ببراءة ذمته لأن إضاعة التأمين الخاص تقلل على أي حال من فرصة الكفيل في استيفاء حقه، حيث إن المدين الموسر، قد يعسر بعد ذلك، كما أن التأمينات الأخرى الباقية قد تضيع بعد ذلك. أما الشرط الرابع: فيكمن في أن يتمسك الكفيل بإضاعة الدائن للتأمين:....انظر محسن البيه: التأمينات الشخصية والعينية, مرجع سابق, فقرات ٧٩ وما بعدها-- د. أشرف جابر سيد: الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, مرجع سابق, فقرة ٦٦, صـ ٥٥, وما بعدها.-- د. محمد السعيد رشدي ود. مصطفى عبد الجواد, ود. جمال عبد الرحمن: الحقوق العينية (الأصلية والتبعية), مرجع سابق, صـ ١١٧ وما

بدرجة كبيرة من حسن النية والثقة.

١٣٣- **أما بالنسبة لعقد التأمين** assurance يكون حسن النية ذو فائدة مهمة في عقود التأمين. فهو من عقود حسن النية, ويلعب هذا المبدأ في عقد التأمين دوراً جوهرياً أكبر من الدور الذي يلعبه في العقود الأخرى, بمعنى أن درجة حسن النية المطلوبة في عقد التأمين تكون كبيرة للغاية[١], شأنها في ذلك شأن عقد الكفالة, لأن الدائن لا يستطيع إهمال مصالح المتعاقد الآخر، كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على ذلك في حكمها الصادر في ٨ نوفمبر ٢٠٠٧, ففي هذه الدعوى المتعلقة بعقدين تأمين على الحياة مُتعدد الضمانات multi-support وقد عمد المؤمن من جانب واحد إلى استبعاد بعض الضمانات supports من النطاق التعاقدي، بما يُجيز لطالب التأمين اللجوء إلى التحكيم في المدة المعينة. وقد قبلت محكمة الاستئناف حجته- أي المؤمن-, حيث تقوم على الشروط العامة التي ستتيح له بتغير عدد وطبيعة هذه الضمانات. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية حكم قاضي الموضوع حيث لامت عليه أنه لم يتحرى بفاعلية عما إذا كان المؤمن لا يسع لحماية مصالحه فقط[٢]. بمعنى أنه يتعين على غرار التزام الدائن بالمحافظة على مصالح الكفيل إلى جانب حماية مصالحه, أن يحافظ المؤمن على مصالح المؤمن له إلى جانب مصالحه.

بعدها.

[١] انظر في ذلك د. نزيه محمد الصادق المهدي: الوسيط في الأحكام العامة لعقد التأمين, جامعة القاهرة, ٢٠١٧, صـ٢٤٠ وما بعدها.-- د. نبيلة رسلان ود.سعيد قنديل: العقود المسماة عقد الإيجار والتأمين, جامعة طنطا, ٢٠١٦, صـ٢٧١ وما بعدها.-- د.عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام عقد التأمين، فقرة ٣٧.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 447.

١٣٤- تكون درجة حســـن النية عالية للغاية حتى تحقق الحماية في ظل وجود ثقة مشروعة مُدعِّمة, أي درجة كبيرة من الثقة المشروعة. ويتحقق ذلك في روابط وعلاقات الواجب الموصـــوفة بالثقة القوية les rapports de devoir caractrisés par une confiance forte. على العكس من الفرض الســـابق، يتعين على المتعاقد احترام مصـلحة المتعاقد الآخر. فالنصـوص الواردة في القوانين المختلفة والتي توجب تنفيذ العقود وفقا لمقتضـيات حسـن النية كالمادة ١١٠٤من التقنين الفرنســي, والمادة ١/١٤٨ من المدني المصــري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, والمادة ١/٢ من القانون المدني الســويســري[١], تقتضـــي جميعها عدم الخيانة أو الخداع ذلك الذي اسـتثمر هذه الثقة في العلاقة, وينطوي ذلك على تحمل حقوقهم أو ببســاطة حمايتها، وأبعد من واجب حماية مصلحة المتعاقد الآخر، يمكن حماية المصلحة المشتركة[٢].

الفرع الثاني: واجب حماية المصلحة المشتركة للمتعاقدين بحسن نية.

protection de l'intérêt commun

١٣٥- تسـود المصـلحة المشـتركة أو الجماعية عقود الشـركات التي تكفل أعلى درجة من الثقة haut degrée de confiance في أثناء سـريان الاتفاق. فعقد الشـركة، والوكالة mandat، عبارة عن عقود ذات طبيعة رضـــائية nature consensuelle

---

[١] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits français, allemande et japonais,th., *op. cit.,* n^{os} 461 et s.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n^{o} 448. -- انظر د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٢٢٥.-- د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ١٢٦ وما بعدها.-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, فقرة ٢٠٣ وما بعدها.-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٥٦ وما بعدها.

وأن الثقة تُعتبر مكوناً أساسياً وجوهرياً une composante essenstielle[١]. وتتحدد الشركة في العلاقة, التي تُعدُّ الأساس سواء لالتزامات أم لحقوق الشركاء associés، هذا الشرط إذا كان ضرورياً فإن اختفاءه يستلزم انحلال الشركة La dissolution de la société. وهكذا, لا توجد الشركة بدون إرادة الاشتراك وتوزيع الخسائر volonté de s'associer et de partager les pertes, وسيطرة حسن النية[٢]. فإن عقد الشركة يخضع للشركاء لبيان ورسم آثارها على المصلحة المشتركة. فيقع على كل شريك التزاماً بالتعاون التي يتفرع عنه الالتزام بالافضاء الذي يفرضه هذا العقد, لضمان استمراره[٣].

وتجدر الإشارة إلى أن, عقد الشركة يتشابه مع عقد التعاون Le contrat coopération حيث يجمعهما نموذج واحد، وهو الاشتراك, فكل من العقدين يخضع كل طرف لقاعدة التعاون، التي عليها تترتب المصلحة المشتركة للشركاء L'intérêt commun des partenaires. ولا يتحقق ذلك بدون إعطاء دلالة إضافية إيجابية في ضرورة حسن النية l'exigence de bonne foi، والامتثال للقاعدة المنقولة من واجب التعاون L'assujettissement à la norme emportant la formation d'un devoir de coopération. وبمقتضى هذه القاعدة، يلتزم الشركاء بالتصرف الإيجابي من أجل تحقيق المصلحة المشتركة للمشروع. ويتضمن ضرورة حسن النية

---

[١] RIPERT (G.), BOULANGER (J.), et PLANIOL (M.): Traité droit civil d'après le Traité de Planiol, t. 2, LGDJ, 1956, n° 464.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 449. -- انظر د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٣٤ وما بعدها.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٣٠, ٩٣٤.

على تصـــرف إيجابي يهدف إلى إنجاز الأهداف التعاقدية. وهكذا يكشـــف في نموذج الشريك، واجب التعاون والمساعدة القوية [١].

١٣٦- ذات المنطق يكون معمولاً به في نطاق عقد المصـــلحة المشـــتركة contrat d'intérêt commun، حيث تُعتبر الوكالة شـــكلاً من هذا النوع. فعلى الرغم من صـعوبة تعريف هذه الفكرة, فإن فكرة المصـلحة المشـتركة تتميز " بضـرورية التعاون بين المتعاقدين لإتمام عمل مُشـترك الذي في نطاقه توجد مصـلحتيهما الخاصـة في العلاقة الضـــيقة"[٢]. فيلتزم الوكيل بإخطار موكله في حالة خروجه عن حدود الوكالة, وأن يزود الموكل بالمعلومات الضـرورية عما وصـل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حســاباً عنها, ويتعين على الوكيل أن يفضـــي بهذه المعلومات بما توجبه مقتضـــيات حسن النية[٣].

وقد استقر القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام على مُعاقبة الاعتداء على حسن النية، فيعد تقصـير من جانبه كذلك في واجب حسـن النية, الموكل الذي يَترك للوكيل بيع عقار له لا يستوجب شرط الانفراد بالتصرف أي بالبيع. كذلك يعد مخاللفة لحسن النية الموكل الذي يعمل في التجارة عندما يحرم وكلاءه ses mandataires من المشاركة في مجموع مبيعاته leur chiffre d'affaires عند تنفيذ شرط الانفراد بالبيع المنصـوص عليه في العقد. في هذا المنطق، طبقت محكمة النقض الفرنسية بوضـوح تام مُقتضـيات حسـن النية لمعاقبة الوضـع المزدوج للوكيل الذي يقوم بإخفاء نشـاط

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n°449.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n°450.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٣٦, ٩٤٥ وما بعدها.

موازي caché l'activite parallèle أثناء تنفيذ عقد وكالته. وقد أكد قضاة محكمة النقض أن محكمة الاستئناف عندما وصفت الخطأ الجسيم بالإزدواجية أو التدليس[١].

المبحث الثاني:

درجة حماية الثقة المشروعة :

١٣٧- تقضي النصوص الواردة في القوانين المختلفة, كالمادة ١١٠٤من ذات التقنين الفرنسي, والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, والمادة ١/٢ من القانون المدني السويسري, أنه في كل مرة يكون تصرف المتعاقد مخالفاً للثقة المشروعة والأمانة، فإن ذلك يُعدّ اعتداءً على الثقة, ولا يتم تحديد هذا الاعتداء بسهولة. ويستدعي تصرف المتعاقد الغادر أو الخائن للثقة المشروعة للمتعاقد الآخر, تطبيق جزاء[٢]. ويؤدي ذلك إلى نشأة نوعين من العلاقات التعاقدية تقوم على الحق أو الواجب Le pouvoir ou sur devoir[٣].

فيوجد تباين في درجة حماية الثقة المشروعة، ففي بعض الصور, إذا كانت درجة الثقة عالية, فإن درجة الحماية المطلوبة تكون منخفضة أو صغيرة une protection faible. وبالتالي, تكون العلاقة بين درجة الثقة ودرجة الحماية, علاقة عكسية أو مقلوبة inversement. ومن ثم, لا تكون الطوائف جامدة figée . ويبدو ذات الأمر في علاقة الحق، إذ يمكن أن يوجد مدخل لوصف سوء النية بالضعيف,

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°451.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٥٨ وما بعدها.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 453.

ويتكون ذلك بواسطة الخطأ اليسير une faute légére. كما يطبق ذات الأمر في علاقة الواجب, فتوجد ظروف حيث يكون هذا المنطلق عالياً, أي يوصف سوء النية بالجسيم. فلا توجد لقوة الثقة المشروعة دائماً صدى في درجة الحماية التي تُضفى من قِبل القانون الوضعي. ويقصد من ذلك التحقق من مدى توافق هذه الملاحظة مع دراسة التفاوت المهيمن على تذبذب حسن النية.

(٤٥٤) توجد من الناحية الفنية دالتان تُجيزان تغيير درجة الحماية المرتقبة والمتوقعة من المتعاقد. الأولى شدة الرقابة القضائية المقررة على التصرف[١]، أما المقياس الثاني فيأخذ بقوة استجابة القانون لمواجهة سوء النية La force de la reponse du droit face àl mauvaise foi، لتقدير ترضية المضرور في هذا الجدول. وينشأ بين النوعين تدرج gradation للحماية يتوافق مع الثقة المشروعة، وهذا التدرج يكون إما حماية شديدة وصارمة أم ضعيفة[٢].

---

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, op. cit.,n° 121.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 454.

المطلب الأول:

الحماية المُشددة والصارمة للثقة المشروعة.

١٣٨- تكون درجة حماية الثقة المشروعة كبيرة أو عالية, عندما يُمارس القضاء رقابة دقيقة أو ضيقة contrôle étroit على أساس حسن النية, وعندما توصف بالعدم أو التقصير, أي سوء النية, فيتعين أن تُقاوم بفاعلية.

الفرع الأول: الرقابة الضيقة والدقيقة على سوء النية.

La mauvaise foi strictement controlee

١٣٩- يكون من المناسب, لقياس قوة حماية الثقة المشروعة، النظر في تفاوت الرقابة التي يمارسها القضاء. ويقع على القاضي, في هذا الصدد, تحديد السبب الذي يرجع إليه وجود مخالفة أو تجاهل لحسن النية. ويكون من السهل إثبات تدرج التغيرات La gradation des fluctuations وفقاً للمواد الواردة في القوانين المختلفة والتي تقتضي حسن النية في العلاقات التعاقدية. فعبارة الخطأ (faute) سوف تُستخدم, غير أن, لا يجب أن يوجد الخطأ مرتبطاً بأي اعتبار معنوي أو أخلاقي[١]. ويتم الرجوع في تقدير التصرف دائما, إلى العلاقة التعاقدية ذاتها, من خلال عبارات الاتفاق, فضلا عن الواقع العملي التعاقدي[٢]. وتتيح هذه العوامل بتقدير الخيانة أو الغدر La tranison الذي تتعرض له الثقة المشروعة لدى المتعاقد الآخر. وتعمل آلية الرقابة بواسطة حسن النية كذلك عند وجود تقصير أو إخلال تعاقدي تتفاوت درجة جسامته gravit varie وفقاً لقوة العلاقة التعاقدية. فيكفي أن يُثبت القاضي أن المُقصر كان سلوكه مشوباً بالإثم حتى يستحق العقاب. وهذا المنطلق يكشف عن القاعدة في العديد

---

[١] BENABENT (A.): Les obligations, 12e éd., *op. cit.*,n° 405.

[٢] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit., n° 764.

من فروض ممارسة الحق بالإرادة المنفردة. والتي من المحتمل أيضا أن تكون اعتداءً سواء كان بالخطأ اليسير الصادر من صاحب الحق أو البسيط[١].

أولا: الخطأ اليسير أو التافه faute légère

١٤٠- الخطأ اليسير هو ذلك الخطأ الذي يُعرف بأنه قليل الجسامة peu grave الذي يترتب عن عدم الاحتياط البسيط imprudence أو الإهمال négligence [٢] والمثال التقليدي للإفلات عن علاقة الواجب في عقد الوكالة. كما في حالة الفسخ أو العدول التعسفي La revocation abusive من جانب الوكيل، كما يقدم عقد العمل contrat travail تطبيقاً مماثلاً, لأن القضاء يهدف لحماية مصالح طائفة معينة, فيرفع من درجة اليقظة. وتكون هذه الخطوة معمولاً بها لاسيما في نطاق الرقابة على تنفيذ شرط تحويل العقد وشرط التجربة. وسوف نعرض لهذه الفروض على النحو التالي:

(ا) فسخ عقد الوكالة. rupture du contrat de mandat

١٤١- وفقاً لنص المادة ٢٠٠٤ من التقنين المدني الفرنسي، يكون بوسع الموكل, بشرط عدم التعسف في استعمال حقه، بعزل revoquer وكيله من جانبه كما يشاء, دون أن يكون له بسبب العزل الحق في التعويض droit des dommages et intérêts. ولفرض المسئولية على الموكل والحصول منه على تعويض indemnisation أي إلزامه بدفع تعويض, فيتعين على الوكيل أن يُثبت اللوم الخفيف أو الخطأ اليسير légérete blâmble في جانب المتعاقد الآخر. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الخطأ الخفيف هو كل ما يحتمل أن يتصل بالظروف الكيدية

---

[١] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n°456.

[٢] BENABENT (A.): Les obligations, *op. cit.,* n° 412.

أو في غير وقته[١]. ودرجة حسن النية تقتضي في هذه الحالة أن تكون إذن عالية. كما أن عقد الوكالة يزيد من علاقة الواجب التي توصف بالثقة relation de devoir marquée du sceau de la confiance. ويكون حسن النية لهذا أكثر قوة [٢] plus vigoureuse, ويكون من شأن ذلك أن يُسهل على الموكل فسخ الرابطة العقدية de se défaire du lien contractuel . ودرجة حسن النية العالية المفروضة على الوكيل هي التي تُحافظ على مصالح الموكل, من خلال الآثار الانعكاسية, بذات الدرجة من حسن النية المقررة على الموكل عندما يفسخ العلاقة مع المتعاقد الآخر.

(ب) تعديل العقد الذى يتضمن شرط الحق في نقل العامل. un clause de mobilité

١٤٢- لا يُعد عقد العمل بحسب طبيعته من عقود الإذعان, كما أنه لا يعتبر من العقود النموذجية, وإنما يكون من العقود التي ينفرد صاحب العمل عادة بكتابتها وفرض إرادته على العامل بوصفه الطرف الضعيف في هذه العقود[٣]. فيُدرج غالبا في عقود العمل, شرط النقل الذي يُجيز مقدماً لصاحب العمل تعديل بعض عناصر عقد العمل من جانب واحد. ويمتد حق صاحب في تعديل العقد ليشمل الحق في استبدال أو نقل العامل بالإرادة المنفردة إلى مكان عمل آخر. وقد أقر القضاء أن ممارسة صاحب العمل لهذا الحق يعتبر موضوعاً للرقابة الدقيقة للغاية على التعسف في استعمال الحق controlé etroit de l'abus. فضلاً عن أن حسن النية يكون مُفترضاً وفقاً لحكم محكمة النقض الفرنسية. ويقع على العامل إثبات سوء النية

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 457.

[٢] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٩١ وما بعدها.

[٣] انظر د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرة ٤٦٨.

صاحب العمل، إذ ينبغي عليه أن يُثبت أن الشرط قد نُفذ لأسباب أجنبية عن مصلحة المشروع أو نفذ شروط مانعة conditions exclusives لحسن النية التعاقدية[١].

في الواقع العملي، يجب أن تكون درجة حسن النية عالية لدى صاحب العمل، وأن التعسف يمكن أن يوصف بمجرد اللوم الخفيف. وتشهد عدة أحكام قضائية, على أن تنفيذ شرط النقل يكون مُعاقباً عليه عندما يؤدي إلى الاعتداء على الحياة الشخصية والعائلية للعامل. وعلى ذلك إصرار صاحب العمل على تنفيذ شرط النقل عندما يعلم بأن العامل لابد أن يُكرس جزء من وقته لابنه العاجز عن الحركة في الصباح مما يؤدي إلى تأخره عن العمل، وأن وضع العمل الذي كان يشغله قبل النقل للعمل الجديد كان مناسباً لظروفه. ذات الحكم يكون عندما يفرض صاحب العمل على العامل, الذي يكون في أزمة عائلية, النقل الفوري لهذا العامل في مكان عامل آخر, فيطبق على صاحب العمل جزاء في حالة تطبيقه شرط النقل. وبذات المنطق، يكون تصرف صاحب العمل مشوباً بالذنب عندما يُغير العامل أو المستخدم عندما لا يلحق به ضرراً. وفي النهاية, تدعو هذه المواقف إلى إثبات أن رقابة محكمة النقض تكون ضيقة أو دقيقة من أجل حماية الثقة المشروعة للعامل[٢]. ويُطبق ذات الحل عندما يفسخ صاحب العمل بسوء نية عقد بعد تجربة العامل وفقا لشرط التجربة.

(جـ)- فسخ العقد بسبب شرط الاختبار:

rupture du contrat née d'une clause d'essai

١٤٣- تكون مدة التدريب أو الاختبار مشروطة في عقد العمل قبل كل التزام نهائي بات engagement definitif. وقد استلزم المشرع مدة لتعلم المهنة ومراحلها

---

[١] Cass. soc., 23 févr. 2005, RTD_{civ}., 2005, p. 395, obs. J.Mestre et B.Fages.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 458.

المتتابعة. ومنح صاحب العمل هذه المدة من شأنها أن تسمح له بتقدير القيمة الفنية والمهنية للعامل valeur professionnelle, وهذا يعني الصفات المهنية, كما أوجب المشرع الكتابة في عقد العمل المتدرج لضمان مصلحة العامل بوصفه الطرف الضعيف[١]. ويعطي شرط التجربة لصاحب العمل حقاً من جانب واحد يمارسه بمفرده faculte unilatérale, فهو يُجيز له عزل العامل الذي لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة recherchées. ويَخضع استعمال هذا الحق للرقابة الضيقة. ولضمان عدم استغلال صاحب العمل لشرط الاختبار الذي يسمح بإنهاء عقد العمل بدون مسئولية, فقد ورد نص المادة ٣١ من قانون العمل المصري بتحديد فترة الاختبار بما لا يزيد عن ثلاثة أشهر غير قابلة للتجديد[٢].

ويعد التعسف موجوداً عندما يكون طلب الفسخ مشوباً بمجرد اللوم أو الخطأ الخفيف أو اليسير simple légéreté blâmble من طالب الفسخ[٣]. وهذا يعرقل وبحق من إمكانية وصف التعسف من خلال قصد الإضرار, وإنما يشهد التكييف الوحيد للخطأ على ضرورة أن تكون درجة حسن النية مرتفعة une exigence de bonne foi élevée. وقد قُضى كذلك بأن فسخ عقد العمل من جانب صاحب العمل بعد بضعة أيام من بداية مدة التجربة La périod d'essai ويتميز مثل هذا الموقف, بقدر أن هذا الأخير قد استأجر عاملاً على الرغم من الخلاف بينهم قبل التوقيع على العقد. ويُعاقب صاحب العمل الذي فسخ عقد العمل كذلك في أثناء مدة التجربة بسبب أن

---

[١] STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, th., *op. cit.*, n^os^ 711et s. -- انظر د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن.., فقرات ٤٧١ وما بعدها.

[٢] انظر د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد...., فقرات ٤٨٦.

[٣] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 459.

العامل غير مُختص أو غير كُفء incompetent في خلال بضعة أيام فقط . وهكذا دعت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه إذا كان صاحب العمل يستطيع أن يقرر بسلطته التقديرية فسخ الاتفاق في هذه المدة, ولا يكون ذلك إلا بمراعاة عدم التعسف في استعمال حقه ce n'est que sous réserve de ne pas abuser de son droit[1] . وهكذا يُعد الخطأ الخفيف تعسفاً La légéreté blâmable constitueun tel abus . وحتى يكون صاحب العمل مُتعسفاً في استعمال حقه في فسخ عقد العمل بعد تجربة العامل, أن يكون محاطاً بضرورة مفاجئة هذا العامل. وتوجد فروض تعاقدية أخرى تعتبر موضوعاً لدرجة حماية أقل, تتطلب إثبات الخطأ البسيط من أجل قبول تكييفه بالتعسف.

ثانيا: الخطأ البسيط. La faute simple.

١٤٤- هذا النوع من الخطأ يكون ذات درجة جسامة أعلى قليلاً من الخطأ الخفيف أو اليسير لأن الخطأ البسيط يبدو واجباً. ويقصد بالخطأ البسيط الخطأ العادي faute ordinaire أي أنه متوسط أو معتدل moyenne لا ينطوي على درجة جسامة خاصة، ولا يكون خفيفاً, ويكون الأساس في القواعد العامة[٢]. وتوجد أمثلة كثيرة على هذا الفرض، كتلك الحالة التي يُراقب فيها القاضي سلطة المتعاقد في تعديل العقد من خلال إعمال شرط التأمين متعدد الضمانات، أو لإلغاء تنفيذ الشرط الفاسخ أو شرط العدول.

(ا) تعديل العقد الذي يتضمن شرط التأمين متعدد المساعدات.

١٤٥- من المعروف أن عقد التأمين من العقود التي تنفرد شركات التأمين بإعدادها وطباعتها سلفا, وينحصر دور المؤمَّن لهم على قبول التعاقد والتوقيع على النماذج

[1] Cass. Soc. 17 juill. 1996, n°93-46.494, Bull.civ.,V, n°289.

[٢] BENABENT (A.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.*,n° 412.

والعقود التي يُقدمها المؤمن[١]. ولضمان عدم تعسف شركات التأمين في هذه العقود, أوجب المشرع المصري شكل معين في الشروط الجوهرية باعتبارها متعلقة بالمصلحة العامة وليس فقط بمصلحة المؤمن له, ورتب على مخالفة هذا الالتزام البطلان المطلق للشرط. وعلى ذلك شرط اللجوء إلى التحكيم, إذ نص المشرع في المادة ٤/٧٥٠ مدني مصري على بطلان"...٤- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة". ويُستفاد من هذا النص أن المشرع المصري قد أولى هذا الشرط اهمية خاصة لم يترتب عليه من إخراج الاختصاص بالفصل في النزاعات المتعلقة بعقد التأمين من سلطة القضاء, ومن هنا, يُعتبر هذا الشرط من الشروط المهددة للتوازن العقدي في ظل خضوع المؤمن له لمثل هذا الشرط الذي يفرضه عليه المؤمن[٢].

وقد أقر القضاء الفرنسي في الأحكام المتعلقة بعقود التأمين على الحياة contrats assurance–vie بحق طالب التأمين اللجوء إلى التحكيم، كما أجاز بحق المؤمن في تعديل بعض المساعدات أو التعويضات من جانب واحد. وقد أقر كذلك إلغاء suppression المساعدات التي لا يجب أن تكون جملة، بدون مقابل، ومنفذة من أجل إفراغ عقد التأمين من ماهيته afin de vider le contrat de sa substance وعرقلته في أداء وظيفته التقليدية. وقد اعتبر القضاء الفرنسي في

---

[١] انظر د. جلال محمد إبراهيم: التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،٢٠٠١ ، ص٤٣٣ وما بعدها.-- د.عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام عقد التأمين، فقرة ٢٨.-- د. نزيه محمد الصادق المهدي: الوسيط في الأحكام العامة لعقد التأمين, جامعة القاهرة, ٢٠١٧, صـ ٢٣١ وما بعدها.

[٢] انظر د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ٤٥٣.-- د. جلال محمد إبراهيم: التأمين، صـ٤٣٤ وما بعدها.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام عقد التأمين، فقرة ٢٨ وما بعدها.-- د. نزيه محمد الصادق المهدي: الوسيط في الأحكام العامة لعقد التأمين, صـ ٢٣٢ وما بعدها.

مناسبة أخرى, أن استبعاد المؤمن من جانب واحد لبعض المساعدات من النطاق التعاقدي تعسفاً[١]. وقد لامت محكمة النقض الفرنسية, وفقاً لنص المادتين ١١٣٤ التي حلت محلها المادة ١١٠٤, والمادة ١١٤٧ والتي عُدلت بالمادة ١/١١١٢ من التقنين المدني الفرنسي الجديد, حكم محكمة الاستئناف، لأنها لم تتحقق من أن المؤمن لم يقصد من إلغاء بعض هذه المساعدات supriment certains de ces supports ، الخداع أو الغدر، عندما يُحافظ على مصالحه فقط، ويحرم المؤمن له L'assure من إمكانية إحلال النقود محل المساعدات في الدعاوى التنافسية. وأن المؤمن يفقد كل مصلحة من شرط التحكيم المعروف والموقع عليه من طالب التأمين[٢].

ويأخذ هذا القضاء في الحسبان كذلك أنه اعتبر المخالفة تعسفاً. وهذا من شأنه أن يكشف عن كفاية الخطأ البسيط للوصول إلى المقصود، وتكون رقابة محكمة النقض الفرنسية ضيقة[٣] أو ذات نطاق محدود. ويطبق ذات الاتجاه على الشرط الفاسخ، إذ يعتبر الخطأ البسيط تعسفاً فيوصف بالتعسف في استعمال الحق.

(ب) فسخ العقد بواسطة الشرط الفاسخ الاتفاقي. clause résolutoire

١٤٦- يُتيح الشرط الفاسخ للأطراف توقع انحلال résolution العقد أو أكثر دقة الفسخ resiliation في حالة عدم تنفيذ الالتزام المقرر بالاتفاق، ويتم اللجوء إلى هذا الشرط من أجل حث المدين على تنفيذ التزاماته، ويكون المقصود من هذه الميزة هو الالتفاف حول اللجوء إلى الفسخ القضائي La resolution judiciaire[٤] بموجب

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 460, P. 365.

[٢] Cass. Civ. 2e, 22 fevr. 2007, n° 05-19.754, Bull.civ., I, n° 41.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 460, P. 366.

[٤] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 461. -- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٢١٣ وما بعدها.-- د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ١٦٥.-- د.

المادة ١١٨٤ من التقنين المدني الفرنسي(أصبحت المادة ١٢٢٤ بعد تعديل ٢٠١٦), والمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري. ولكن ينبغي تنفيذ هذا الشرط بحسن نية، ويمارس القضاة في هذا الشأن رقابة ضيقة. ويتميز سوء النية في فرضين، فيكون من المتفق عليه أنه يوجد سوء نية malveillance لدى الدائن عند تمسكه بالشرط الفاسخ. وعلى ذلك إرسال المؤجر للمستأجر تنبيه رسمي un commandement بالأجرة, في حين أنه اعترف كذلك بعدم وجوده في أيام العطلات. ولهذا فإن سوء النية يعتبر موجوداً في ظل إثبات خطأ أقل درجة جسامة. وهذا يكفي أن استعمال شرط غير متوقع ومفاجئ للثقة المشروعة للمرسل إليه الآخر من خلال مفاجأته ومباغتته بالتمسك به. وعلى ذلك أيضا عقد بيع عقار نظير إيراد مرتب مدى الحياة un contrat de vente d'immeuble en viager أي أن ثمن العقار الذي يلتزم به المشتري يكون عبارة عن إيراد مرتب مدى الحياة ومن شأن الشرط الفاسخ أنه سيؤدي إلى إنحلال العقد بقوة القانون بعد التنبيه الرسمي بالدفع الذي يبقى بدون أثر. فإن الدائن بالدخل- الدائن بالمرتب- يكون قد استعمل هذا الشرط بتعسف لأنه لم يطالب بحقه المستحق في غضون عدة سنوات, قبل أن يطلب بالفسخ فجأة, ولم تكن رقابة القضاء على استعمال هذا الشرط جديدة [١]. وتكون هذه الرقابة ضيقة ومحدودة. ومن ثم, يضر بالثقة المشروعة للمتعاقد الآخر, ويؤكد على التعسف في استعمال الشرط الفاسخ. وهذا الشرط يجب أن يبقى فعالاً من أجل احترام توقعات المتعاقدين.

(جـ) فسخ العقد الناتج عن شرط العدول une clause dedit

أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٣٠٠ وما بعدها.-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, فقرة ٢٥٨

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 461.

١٤٧- هذا الشرط يكون في العموم مشترطاً في مصلحة المدين وشرط العدول يكمن في حق أو رخصة العدول أو الرجوع se dédire, بمعنى التخلص se dégager[١] من اتفاق الإرادات de L'accord de volontes. ولا يجب الاعتداء كذلك على الحق في العدول، متزرعاً بحجة سوء نية صاحبه. هذا التحليل يقوم من خلال أن العدول يكون بوجه عام مقترناً بمقابل مالي contrepartie financiere يسمى العربون, وحينئذ يكون العربون ثمناً للحق في العدول[٢]. فالطرف الذي دفع العربون قد اشترى الحق في العدول مقابل تركه العربون, ومن تسلمه اشتراه- أي العدول- مقابل رد العربون ومثله. وعلى ذلك تنص المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري على أن" ١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده, وإذا عدل من قبضه رد ضعفه, هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

ومودى هذا النص أن دفع العربون, إذا لم يتم الاتفاق على غير ذلك, يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في أن يعدل عن العقد الذي أبرمه خلال المدة المتفق عليها, فإذا انقضت هذه المدة, ولم يعدل أي من المتعاقدين عن العقد صار باتاً لا يجوز العدول عنه. وعندئذ يصبح العربون جزءاً من تنفيذ العقد. أما إذا عدل أي من المتعاقدين, فإن الحكم يختلف على حسب ما إذا كان دافع العربون هو الذي عدل أم من تسلمه. فإذا كان العدول من قِبل من دفع العربون فقده كثمن لعدوله, أما إذا كان العدول من

---

[١] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, op. cit.,n° 886.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*,n°462.-- انظر د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد فقرات ١١٧ وما بعدها.-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٥١ وما بعدها.-- د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ٤٢ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٨٧ وما بعدها.

قِبل تسلم العربون رده ومثله حتى يكون قد دف ثمن لعدوله[١]. وعلى ذلك لو حجز أحد الأشخاص سلعة لدى البائع مقابل مبلغ من المال على سبيل العربون, بما يسمح للمشتري أن يعدل عن الشراء على أن يحتفظ البائع بالعربون, وفي ذات الوقت فللبائع أن يرد إلى المشتري ما قبضه ومثله ليكون ذلك ثمناً لعدوله عن التعاقد. ولكن قد يكون ما يدفعه المشتري مقدماً جزءاً من ثمن السلعة دليلا على بدء تنفيذ العقد, وفي هذه الحالة لا يستطيع أي من المتعاقدين العدول عن العقد بإرادته المنفردة[٢].

١٤٨- ومع ذلك وفي ظل إمكانية الاتفاق على تحديد دلالة العربون بما يخالف نص عليه المشرع. فإن البائع المحترف قد يضع من الشروط ما يكفل له وحده الحق في العدول عن العقد بإرادته المنفردة, دون أي مقابل, بينما يفرض على المشتري الإبقاء على التزامه بتنفيذ العقد وحرمانه من العدول عنه, وإلا فقد مُقدم الثمن. وفي هذا الفرض قد يتصور المشتري عديم الخبرة أنه يتمتع بذات الحق الذي يحظى به البائع في فسخ العقد. فقد يتصور أن فقدانه لما دفعه مقدماً هو من قبيل العربون الذي له دلالة العدول, وإنما الأمر في حقيقته أن البائع قد قدر مقدماً قيمة التعويض الذي يستحقه بمبلغ يساوي ما دفعه المشتري. فبينما يكون للبائع الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة, وفقا لشرط العدول, وبدون أن يلتزم بأي ثمن لهذا العدول, فإن المشتري يفقد

[١] ويلاحظ أن العدول ليس تعويضاً, ولذلك يلتزم به الطرف الذي عدل ولم يترتب ضرر على هذا العدول, ومن ثم لا يعد الاتفاق على العدول من قبيل الشرط الجزائي الذي يعتبر تعويضاً اتفاقياً مقدماً.. د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ٤٣.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٨٨.

[٢] انظر د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ١١٧.

ما دفعه مقدماً للبائع إن لم يتمكن من الاستمرار في التنفيذ[١]. وقد يتعسف البائع في ممارسة شرط العدول للوصول لفسخ العقد.

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية [٢] إلى الإنطلاق من قوة الطابع التقديري للحق في العدول. فقد سلمت كذلك بمعاقبة ممارسته– شرط العدول– بطريقة تعسفية exercice abusive. وفي هذه الحالة، يقوم الخطأ البسيط على تعطيل إعمال شرط العدول المُتَمَسك به بسوء نية من قِبل بائع الشقة[٣]. ويبدأ البائع في إعمال هذا الشرط بعد تنفيذ العقد، بعد أن يقوم المشتري بسداد الثمن بانتظام حتى يتم دفعه بالكامل. ويكون الدخول لوصف الخطأ هنا هو نسبياً في الأساس والرقابة التي تجرى باسم حسن النية تظهر ضيقة[٤].

١٤٩– في النهاية يمكن للثقة المشروعة الاستفادة, في بعض الحالات، من درجة الحماية المرتفعة التي تُضفيها النصوص الواردة في القوانين المختلفة كالمادة ١١٠٤من التقنين المدني الفرنسي, والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, والمادة ١/٢ من القانون المدني السويسري ويتم التحقق

---

[١] انظر د. حسن جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ١١٨.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٨٨, صـ ٩٢.

[٢] Cass. Civ. 3e, 15 févr. 2000, RTDciv., 2000, p. 564, obs. J.Mestre et B.Fages.

[٣] MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op. cit.,n° 885.

[٤] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 462. P.367.

منها بالرقابة الضـيقة والملزمة التي يمارسـها القضـاء، ويتماثل سـوء النية أحياناً مع الخطأ اليسير وينطبق ويتلائم مع الفروض الناتجة من تنفيذ شروط النقل والاختبار أو فسخ عقد الوكالة، ويشابه سوء النية كذلك مع الخطأ البسيط والأمثلة على ذلك, شرط التعديل من جانب واحد في عقد التأمين، أو فسخ العقد بتطبيق شرط الفسخ الاتفاقي أو شرط العدول. الرقابة الصارمة والشديدة لحسن النية, تقترن بتدرج آخر, الذي يتسم بالشدة والقوة التي بمقتضاها يتم مواجهة المخالفة أو التقصي, أي مواجهة سوء النية.

الفرع الثاني: المواجهة الشديدة أو الصارمة لسوء النية.

la mauvaise foi strictement contrée.

١٥٠- يأخذ التنوع أو التفاوت الآخر الذي يسـعى إلى التحقق من تقلبات أو تغييرات حسن النية بدرجة ترضي المضرور على التوالي بلا انقطاع بالحكم بالجزاء degree de satisfaction de la vicime consecutivement aprononce d'une santction. وبالتأكيد سيُبرهن ذلك على أن مثل هذا الأثر يُزيد من النظام الشخصي. ومع ذلك يمكن ملاحظة أن القانون لا يحمي بطريقة مماثلة de façon homogene كل المتعاقدين الذين تعرضـوا لخيانة الثقة المشـروعة. بملاحظة الأنظمة القانونية المختلفة التي توجب تنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية, فإن الخيانة أو الغدر يعد مخالفة لهذه النصوص التي تتضمنها هذه الأنظمة, والتي تواجه المخالفة بتطبيق جزاء على المتعاقد المخالف.

ولتنفيذ آثار العقد من أجل مسـاعدة الطرف المضـرور affine secourir la partie, فإن القاضي يسعى لإزالة أو إسقاط آثار التصرف أو أكثر خصوصية إزالة أثر ممارسـة الحق الذي يتعارض مع نص المواد التي تقتضـي حسـن النية. ويُعتبر تعطيل الشـروط كالشـرط الفاسـخ الاتفاقي والعدول أمثلة توضـيحية تقليدية، بحيث يتم منع فاعلية أو آثار تصـرف الدائن سـئ النية وهو بصـدد ممارسـة مثل هذه الشـروط،

ويقوم القاضـــي بالحكم بمتابعة تنفيذ العلاقة التعاقدية. وهذا يكشـــف عن إنقاذ أحد المتعاقدين، فلا يوجد شـك في أن المسـتأجر الذي يتعرض subit لسـوء نية من قِبل المؤجر ويجد مصـــلحة في الإبقاء على عقد الإيجار. ويتجلى هذا الإجراء، في منح التعويض, لأنه يُعيق رفع يد المسـتأجر. وبمتابعة آثار الاتفاق لا يكون دائماً الوسـيلة الوحيدة التي تُكســـب المضـــرور الترضـــية أو التعويض الكامل une pleine satisfaction[١].

وذات المنطق يكون قابلاً للانتقال في حوالة العقد la cession du contrat. حيث نرى عند وجود أو عدم وجود شـــرط القبول une clause d'agrement, وتستطيع المحاكم، في حالة سوء نية، تعطيل عدم قبول المُحال عليه (المدين) cédé على الحوالة, ومحصـــلة ذلك الطريق هو إجازة العملية, وإتمام عقد الحوالة. والإجراء الذي يحقق الترضـــية التامة للمتعاقد المضـــرور لأن القاضـــي يمنع أو يحد من آثار التصـرف العدواني prive effet le comportement attentatoire على حسـن النية بما يتيح تحرك سـريان العقد. ويعتبر إعادة التأكيد على قوة الالتزام La force de L'engagement, وتكون الثقة المشروعة بالتالي شديدة الحماية [٢].

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 464.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 464.P.368.

المطلب الثاني :

الحماية الضعيفة للثقة المشروعة.

١٥١- تكون الثقة المشروعة للمتعاقد ضعيفة الحماية بواسطة تطبيق النصوص التي توجب تنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية, عندما تكون الرقابة على التعسف ضعيفة أو مواجهته ضعيفة.

الفرع الأول: الرقابة الضعيفة على سوء النية.

بالمخالفة للفروض التي تعرضنا لها سلفا، تكون الرقابة على وجود حسن النية أكثر فتوراً. وتكشف بطريق غير مباشر عن عدم حماية الثقة المشروعة لأن التقصير لا يعتبر إلا سبباً للخطأ الإرادي.

أولا: درجة جسامة الخطأ.

(ا) الغش أو الخطأ العمدي.

١٥٢- يعد الخطأ عمدياً أو تدليساً عندما يقوم الفرد بإتيان تصرفاً أو سلوكاً أو امتنع عن إتيانه بهدف إحداث ضرر بالغير ما دام يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم بأن مسلكه يُسبب هذا الضرر حتى ولو لم يؤدي هذا التصرف لإيذاء المضرور[١]. ويتميز الخطأ

---

[١] MAZEAUD (H.L et J.) et CHABAS (F.): Leçons de droit civil . t . 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, Montchrestien, 9e éd., 1998, n°446.-- BENABENT (A.): Les obligations, *op. cit.*,n° 412-1.--CARVAL (S.): La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée. thése. L.G.D.J., 1995, nos 290 et s.--JAMBU-MERLIN (R.): Dol et faute lourde ,D., 1955, p. 89.-- COUTANT-LAPALUS (C.):Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thèse, P.U.A.M., 2002, n° 580.

العمدي بشكل جوهري بالإرادة والقصد الخبيث, وهو بذلك يُعبر عن حالة نفسية تدل على سوء النية لدى مرتكب التصرف سواء بالإتيان أو بالامتناع, ورغبته الشديدة للسعي نحو تحقيق الضرر للغير, فضلا عن أن هذا السلوك ينطوي على درجة جسامة حقيقية [١].

ولهذا يتعين أن يتوافر في الخطأ العمدي أو الغش بعض الخطورة, وأن يكون قد تم ارتكابه عمداً وإراديا من قبل الفاعل بقصد الإضرار بالغير, وإذا لم يكن لديه إرادة الإضرار بالغير, لكان قد تصرف بطريقة أخري, حتى يتلافى الإضرار بالغير. ويتم النظر للغش أو الخطأ العمدي في نطاق المسئولية العقدية من مضمون أوسع, بحيث يشمل الإرادة التي تدل على عدم فعل ما هو ضروري لتنفيذ العقد, ولهذا يكون الخطأ العمدي دليلاً علي سوء النية لأنه يكون تعبيراً عن سلوك من شأنه عرقلة تنفيذ الالتزام العقدي , وأن مجرد المسلك السلبي من المدين ولو لم يكن متجاوزاً يشير إلى سوء النية, ويكفي بذاته إذا كان من شأنه أن يضع عقبة في سبيل تنفيذ العقد[٢].

---

[١] CARVAL (S.): La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée. (thé., *op. cit.,*n^{os} 291 et s.--LALOU(A.): La gamme des fautes , D.H. ,1940, p.18.--COUTANT-LAPALUS (C.): Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thè., *op. cit.,*n°580 et s. -- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, جامعة الإسكندرية, رسالة, ١٩٧٢, فقرة ١٨٧.

[٢] JAMBU-MERLIN (R.)- Dol et faute lourde, *op. cit.,*p. 91.--SEGUR (L.): La notion de faute contractuelle en droit civil français, thèse, Bordeaux, 1954, p.140 et s.

(ب) الخطأ الذي لا يُغتفر La faute inexcusable

١٥٣- يُعرّف الخطأ الذي لا يغتفر على أنه هو الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي وينتج عن فعل أو ترك إرادي أو عن معرفة بالخطر التي يجب أن توجد لدي الفاعل، مع تخلف أي سبب مبرر, ويتميز عن الخطأ العمد بتخلف عنصر العمد أو القصد. وبهذا تكون المحكمة قد انتهت إلى وضع الخطأ الذي لا يغتفر بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم[١] وفي إطار هذا التعريف لا يشترط أن يكون مرتكب الخطأ على علم بخطورة تصرفه, وإنما يكفي أن يكون الخطر من الممكن توقعه عادة[٢].

(ج) الخطأ الجسيم

١٥٤- يمكن تحديد مفهوم الخطأ الجسيم على أنه سلوك ينطوي على جسامة معينة تتمثل في الغلط أو الإهمال الفادح أو هو خطأ لا يغتفر[٣] , كما يعرف على أنه خطأ

---

[١] STARCK (B.): Essai d'une théorie générale de la responsabilitécivile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Paris, 1947, p.437.-- BENABENT (A.): Les obligations, *op. cit.,*n° 412-1.-- ROBLOT (R.) – De la faute lourde en droit privé français , R.T.D.C., 1943, p. 1 et suiv, no 16.-- LALOU(A.): La gamme des fautes, *op. cit.,* p.17.-- COUTANT-LAPALUS (C.): Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thè., *op. cit.,*n°582.-- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.): Droit civil , les obligations 2e t.1, Les sources, Sirey, 1988, n° 473.-- SEGUR (L.): La notion de faute contractuelle en droit civil français, thè., *op. cit.,* p.147 et s.-- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, مرجع سابق, فقرة ١٩٠.

[٢] انظر في ذلك د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, مرجع سابق, فقرة ١٩١.

[٣] COUTANT-LAPALUS (C.): Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thè., *op. cit.,*n°583.

فاحش أو لا يمكن العفو عنه أو التسامح فيه, وينتج عن سلوك غير عادي وتقصيري[١], كما يمكن تعريف على أنه " عدم بذل العناية بشئون الغير بصورة لا تصدر من أقل الناس حرصاً وأشدهم غباء في شئونهم الخاصة, وهذا الخطأ يتعارض مع حسن النية"[٢].

وبالنسبة للتفرقة بين الخطأ العمدي أو الغش والخطأ الجسيم, فقد كان محل جدل كبير. فذهب جانب من الفقه الفرنسي إلي المساواة والتشابه بينهما في الجسامة استناداً إلي القاعدة التي سادت في القانون الروماني Culpa lata dolo aequiparatur[٣]. وقد اتجه أنصار المساواة بين الغش الخطأ الجسيم إلي تبرير أخر بالقول بأن الخطأ الجسيم يعد قرينة في إثبات الغش فإذا كان الخطأ العمد يستند إلي النية والقصد, فمن وجهة نظرهم أن مجرد علم الشخص بما قد يترتب علي مسلكه من ضرر,حتى ولو لم يقصد هذا الضرر يكفي للقول بوجود نية الإضرار لديه مما يسوي بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم[٤]. كما يتميز الخطأ الجسيم عن الخطأ الذي لا يغتفر من حيث الصفة

---

[١] CARVAL (S.): La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée. th., *op. cit.,* n° 293, p.332.-- BENABENT (A.): Les obligations, *op. cit.,*n° 412-2.

[٢] LALOU(A.): La gamme des fautes, *op. cit.,* p.1 et s.-- BENABENT (A.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.,*n° 412-2. -- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, فقرة ١٩٣, صـ ٣٦٩.

[٣] MARTY (G.) et RAYNAUD (P.): les obligations 2e t.1, Les sources, *op. cit.,*n° 472.-- LALOU(A.): La gamme des fautes, *op. cit.,* p.2 et s.-- MAZEAUD (H.L et J.) et CHABAS (F.): Leçons de droit civil . t. 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, *op. cit.,* n°447. -- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, فقرة ١٩٤, صـ ٣٧٠.

[٤] ROBLOT (R.): De la faute lourde en droit privé français, *op. cit.,*n° 7.

الإرادية للفعل أو الامتناع عن الفعل, فالخطأ الجسيم يعد خطأ غير عمدي يتمثل في أفعال الإهمال أو عدم الحيطة غير الإرادية, ولكنها فادحة, أما الخطأ الذي لا يغتفر فيتمثل في أنه إرادي أي أن الفعل أو الترك الذي أدي إلى الضرر كان محل إدراك أو قبول من مرتكب الخطأ. ومن البديهي أن الصفة الإرادية للخطأ الذي لا يغتفر لا تمتد إلى الضرر ذاته وإلا كنا بصدد خطأ عمدي [١].

ثانيا: ماهية الخطأ الإرادي عند غياب قصد الإضرار. Identification à la faute volontaire en l'absence d'intention de nuire

١٥٥- تظهر قوة حسن النية, في بعض الفروض, ضعيفة. فلا تتحرك الرقابة إلا في حالة المخالفة الإرادية، ويظهر ذلك بقوة في الخطأ التدليسي la faute dolosive والخطأ الذي لا يغتفر La faute inexcusable [٢] هذا الوصف الأخير يتميز عن السابق بواسطة الإحساس بالحادث المتوقع. وقد واجهت بعض المظاهر من هذه الأخطاء في ثلاثة فروض. يكمن الأول, في معالجة التعسف في تقدير الثمن بالإرادة المنفردة، أما الفرض الثاني فيتمثل في الرفض التعسفي لتوافق العقد، أما الثالثة فتكمن في فسخ العقد من جانب واحد عند وجود استثمارات حقيقية.

---

١ ROBLOT (R.): De la faute lourde en droit privé français, *op. cit.,*n° 17.-- LALOU(A.): La gamme des fautes, *op. cit.,* p.17 et s.--SEGUR (L.): La notion de faute contractuelle en droit civil français, thè., *op. cit.,* p.148 et s.-- COUTANT-LAPALUS (C.): Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thè., *op. cit.,*n^{os}582 et s.-- JAULT (A.): La notion de peine privée, Thèse, L.G.D.J, 2005, n^{os} 121 et s.--CARVAL (S.): La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée. th., *op. cit.,*n^{os} 292 et s, n° 295.

٢ BENABENT (A.): Les obligations, *op. cit.,* n° 412-1.

(أ) تقدير الثمن بالإرادة المنفردة : fixation unilatérale du prix

١٥٦- تؤدي الشروط التي تسمح لمُقدِّم السلعة أو الخدمة بتحديد الثمن بإرادته المنفردة, إلى إهدار مصلحة مشتري السلعة أو متلقي الخدمة وتوقعاتهم المشروعة, فضلا عن أن هذه الشروط من شأنها أن تترك العميل في حالة من القلق وعدم الثقة[١]. فترك تقدير الثمن للبائع وفقا لنص المادة ١/٤٢٣ من القانون المدني المصري يستند إلى أنه من المستبعد أن تتجه إرادة المتعاقدين على أن يتحكم أو يتعسف من يُترك له تحديد الثمن تحكماً مطلقاً. فالتفسير الحقيقي لاتفاق المتعاقدين في هذه الحالة يُسفر عن أن الطرف الذي يقوم بهذا التحديد يعمل في إطار المعقولية أي الثمن المعقول[٢]. وثمة قد توجد طريقة لتقدير الثمن تتوقف على أمانة البائع وهو الثمن الذي اشترى به هذا الأخير. ويعد ذلك تقدير للثمن من جانب واحد. لأن المشتري يعتمد على مدى صدق ما يقرره البائع في بيانه لقيمة الشئ الحقيقية, فإذا كذب البائع أو أخفى ما يجب عليه بيانه عُدَّ خائناً وجاز للطرف الأخر الرجوع عليه لفوات التراضي على الثمن[٣]. والواقع أنه يجب أن يتم تقدير الثمن بواسطة الطرفين, وألا يُترك ذلك لأحدهما. لأنه من الممكن أن يُبالغ البائع في تقدير الثمن فيغبن المشتري أو أن يبخس المشتري الثمن فيؤدي بذلك إلى غبن البائع. فإذا ورد شرط يتيح للبائع الإنفراد في تقدير الثمن,

---

[١] انظر د. حسن جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ٥٨ وما بعدها.

[٢] انظر د. حسن جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ٦٢.-- د. محمد وحيد محمد على: عقد البيع, جامعة حلوان, ٢٠١٩, صـ ٦٤ وما بعدها.

[٣] انظر في ذلك د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٩٦٤ وما بعدها.-- د. محمد وحيد محمد على: عقد البيع, صـ ٦٧ وما بعدها... وتستمد طريقة تقدير الثمن وفقا للثمن الذي اشترى به البائع من الشريعة الإسلامية, حيث نمط من عقود البيع يطلق عليه عقود الأمانة, وهي عقود بيع المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة.

فإن ذلك يعني أن الثمن يتحدد بإرادة أحد الطرفين, وهو ما يعني إنعدام التراضي على الثمن[١].

١٥٧- وقد أقر القضـــاء الفرنســـي[٢] بحق كل من الطرفين في تقدير الثمن بإرادته المنفردة، وقد وضعت محكمة النقض الفرنسية حدوداً لهذه المسألة. فإذا كانت المحكمة سلمت بأن ممارسة هذا الحق يَخضع للرقابة للتأكد من خلو التصرف من التعسف في اســتعمال هذا الحقest contrôlé sur le fondement de L'abus, فإن هذه المســألة تُثير مشــكلة أخرى تكمن في أن هذا التقدير يفلت dé cleuchement من العقاب. والحل البديل يتضــمن الاختيار بين المفهوم الواســع أو الضــيق للتعســف في استعمال[٣].

وتجدر الإشارة, إلى أن الاختيار الثاني هو المأخوذ به، فيظهر أن وصف التعسف فقط أكثر وضــوحاً, فقد قررت محكمة النقض الفرنســية في حكم صــادر عن الدائرة التجارية في ١٥ يناير ٢٠٠٢ أنه في وجود انهيار عام في سوق السيارات، وحيث قام مانح الامتياز (المحيل) باتخاذ إجراءات بفرض رســوم على المحال لهم لتغطية مخاطر الاســتمرار في تنفيذ نشــاطهم، في حين أنه رفض الخضــوع من جانبه, أي المانح, لذات المقتضــيات أو الالتزامات, ولم يتردد في توزيع أرباح الأســهم على المســاهمين. وقد اســتحســنت محكمة النقض الفرنســية حكم محكمة الاســتئناف الذي اســتخلص تعســف المحيل. ويبقى هذا الحكم حلاً منفصــلاً، ويقود ذلك إلى الاعتراف بالرقابة الضــعيفة على التعســف في تقدير الثمن من طرف واحد conduit à

---

[١] انظر د. حسن جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ٦٥ وما بعدها.- - د. محمد وحيد: عقد البيع, صـ ٦٧ وما بعدها.

[٢] Cass. ass. Plén., 1re dec.1995, n°91-15.999, Bull. ass. Plén., n°7.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 468.

reconnaitre le faible contrôle de L'abus dans la fixation unilatérale du prix.[١]. وهذا يدل على أن الخطأ البسيط une faute simple لا يكف بتثبيت الحماية بواسطة حسن النية. كذلك إذا كانت المخالفة لا توصف من قِبل القاضي، فيبدو أن الخطأ الإرادي une faute volontaire يكون الموضوع المطلوب أى أنّ الخطأ البسيط هو الخطأ الإرادي[٢].

(ب) رفض تعديل العقد. refus d'adapter le contrat

١٥٨- يخضع الأطراف لمضمون العقد وفقا للقوة الملزمة لهذا العقد, وهو ما يعرف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وتنص على ذلك المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري بقولها أن" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". ويستفاد من هذه المادة أن العقد يقوم بين الطرفين مقام القانون, ويجب على القاضي أن يطبقه عليهما كما يطبق القانون. ويترتب على ذلك, أنه لا يجوز لأحد الطرفين منفرداً أن يستقل بنقض العقد أو تعديله لأن ما تعقده الإرادة المشتركة لا تستطيع أن تحله إرادة منفردة. ويجب على كل متعاقد أن يُنفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه, وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية, حيث أن حسن النية يعد مبدأ عاماً يسود جميع العقود, فهو يفيد المدين في طريقة تنفيذ التزاماته, كما يفيد الدائن في طريقة المطالبة بحقه. ولكن قد يحدث أن تتغير الظروف التي أنشئ فيها العقد ولم يكن متوقعاً هذا التغير وقت التعاقد. وهذا من شأنه أن يستدعي تعديل العقد حتى يتماشى مع الظروف الجديدة. ويختلف الأمر على حسب وجود شرط بإعادة التفاوض مدرج في العقد أم لا.

---

[١] Cass. Com., 15 janv. 2002, D., 2002, p. 1974, note Ph. Stoffl-Munck.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 468.

١٥٩- **في ظل غياب شرط إعادة التفاوض** absence de clause de renégociation فعندما يوجد تغيير في الظروف المتعارضة circonstance contrariant مع توقعات الأطراف les prévisions des parties, يكون في وسع المتعاقد مُمارسة حقه في قبول أو رفض بإرادته المنفردة تعديل مضمون العقد، ويثير ذلك التساؤل عن درجة قوة المخالفة أو التقصير المطلوبة لوصف ممارسة حق المتعاقد بالتعسف. وتعد المخالفات أخطاءً إرادية, حيث أنها تعتبر اعتداء على النصوص المختلفة التي توجب تنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عن الدائرة التجارية في ٢٤ نوفمبر ١٩٩٨[١], بأنه يُعدُّ مخالفة لحسن نية الموكل الذي لم يتخذ الإجراءات الواقعية من أجل إتاحة الفرصة للوكيل بممارسة حقه في تقدير الأثمان التنافسية prix concurrentiels. فبينما تتسم هذه العلاقة الأخيرة وبحق بدرجة عالية من الثقة، فإن وسيلة التخلص من التعسف في استعمال الحق يجب أن تكون قوية. فكلما كانت درجة الثقة عالية كلما لم يكن هناك تعسف، ويتضح ذلك بدون شك من خلال فكرة أنه لا يوجد أحد يكون مجبراً على تعديل عبارات القبول المتفق عليها قانوناً. بعبارة آخرى, أنه لا يفرض على المتعاقد قبول تعديل للعقد بعد اتفاق الإرادات عليه. ويبدو أن إعادة توفيق العقد أو تعديله وفقا للظروف الجديدة, يأخذ على العكس اتجاهاً آخر عندما يكون شرط إعادة التفاوض مُدرجاً في العقد.

١٦٠- **في ظل وجود شرط إعادة التفاوض**. إدراج شرط إعادة التفاوض في الاتفاق يشير إلى إتاحة استمرار توافق الإرادات vise à permettre à l'accord de volontés de perdurer على الرغم من الاضطرابات والتقلبات في البيئة

[١] Cass. Com., 24 nov. 1998, RTDciv., 1999, p. 646, obs. P.-Y. Gautier.

الاقتصـــادية التي تحدث فجأة أثناء تنفيذ هذا الاتفاق دون توقع أطراف العقد[١]. ويؤدي وجود هذا الشـــرط إلى ترســـيخ مبدأ ســـلطان الإرادة, والذي من شـــأنه أن يؤدي إلى اســـتقرار المعـاملات داخـل المجتمع, كمـا يعتبر هـذا المبـدأ من قوانين النظـام الاقتصـادي[٢]. فإذا كان هذا الشرط يدعو إلى التحقق من تلاقي الإرادات أو التراضـي, فإنه لا يُلزم المتعاقدين بتحقيق نتيجة. فإذا أخفق التوافق فلا تعزو مســـئولية ذلك إلى أي من المتعاقدين ما دام لم يوجد هناك سلوك تعسفي. كذلك يُعتبر الرفض مراجعة أو تعديل العقد الذي اختل التوازن الاقتصـــادي فيه، فمن يرفض إدخال تعديل على الثمن الموقع عليه من قبل الأطراف, فلا يمكن أن يوصـف خطأ من جانبه. فقط نية إحداث الضـرر هي التي تُعتبر خطأ. فيجب بدون شـك التسـليم بأنه في هذه الظروف تكون درجة حسـن النية المطلوبة أكبر من تلك الدرجة المطلوبة في حالة غياب شـرط إعادة التفاوض[٣]. والمقصـــود الآن هو البداية في إجراء الفصـــل للجزاء كنتيجة لفســـخ العقد بالإرادة المنفردة, في حين أن المتعاقد الآخر قد نفّذ الاستثمارات.

(جـ) فسخ العقد عند وجود استثمارات مُنفّذة.

١٦١- دعت محكمة النقض الفرنسية إلى إمكانية فسخ أو إلغاء العقد من جانب واحد untilatérament أي العقد غير المُحدد المدة مع احترام المدة المعينة للإخطار

---

[١] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 470.

[٢] انظر د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, مرجع سابق, فقرات ١٤ وما بعدها... وقد فسر علماء الاقتصاد مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الاقتصادية على أساس أن السوق تحكمه قوانين العرض والطلب وأن هذه القوانين هي التي تحقق النفع للمتمع والفرد. وحتى يتسنى تنشيط التجارة والتعامل في السوق وتشجيع النشاط الاقتصادي, يتعين إزاحة أية عقبة أمام حرية الإرادة.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 470.

وبدون تسبيب قراره، بشرط مراعاة التعسف sous réserve d'abus . والسؤال الذي يُثار هنا هو متى يكون التعسف اعتداءً ؟. اتفق القضاء على كشف ذلك فقط في المخالفة غير المشروعة contradiction illégitime. ويحدث ذلك عندما يحث المتعاقد شريكه المتعاقد الآخر على إتمام الاستثمارات دون الإبقاء على العلاقة التعاقدية. وقد اعتبرت المحكمة في هذا الشأن أنه عندما يدفع المتعاقد إرادياً المتعاقد معه في هذا الطريق دون أن يترك له الوقت المناسب لتخفيف مصروفاته d'amortir ses dépenses, فإن الفسخ المُفاجئ للعقد يُنتج مسئوليته la rupture soudaine du contrat entraîne sa responsabilité[١]. فعلى سبيل المثال في القضية ٥ أكتوبر ٢٠٠٤ [٢]، رفضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف لأن المحكمة لم تتأكد من أن مانح الامتياز (المحيل) قد أقنع المحال له أن العقد سيستمر لحثه على إنجاز الاستثمارات. وبالمقابل رفض القضاء العالي الأخذ في الاعتبار الاستثمارات المنفذة بالمبادرة من المحال له أو من الموزع، وبدون أي طلب من المانح المورد أو المقاول. فقد فرقت المحكمة كذلك بوضوح في الفرض الذي يثبت فيه المتعاقد الخطأ الخفيف أو المبادرات بمشروعات قليلة للغاية, وهذا لن يعوض, لأن الثقة المشروعة قد خُدعت حقيقة. والذي يُعوض فقط هو الاستثمارات المنفذة أو المصروفات، في الوقت التي تُنفذ فيه. ويبدو بالنسبة لهذه الحقيقة، وصف الخطأ بالإرادي، دون البحث عن نية الإضرار، ومن ثم, يمكن أن يكون الفسخ تعسفاً ويَستحق العقاب[٣]. ويكمن التعسف في أن المتعاقد يحث المتعاقد الآخر على إتمام الاستثمارات, ويقنعه كذباً باستمرار العقد, في حين أنه يفسخ العلاقة التعاقدية.

---

١ Cass. Com., 5 avr. 1994, JCP, 1994, I, 3803, obs. Ch.Jamin.

٢ Cass. Com., 5 oct. 2004, RTDciv., 2005,p. 127, obs. J.Mestre et B. Fages.

٣ JABBOUR (R.): th., *op. cit.*,n°471.

ثالثا: ماهية الخطأ الإرادي مع قصد الإضرار Identification à la faute avec intention de nuire

١٦٢- يكون مستوى فاعلية حسن النية ضعيفاً في بعض الفروض. ولذلك يعتبر وصف المخالفة بالخطأ الإرادي مع قصد الإضرار ضرورياً. بعبارة آخرى, عندما تكون درجة قوة حسن النية ضعيفة أو صغيرة, فإن ذلك يشير إلى وجود مخالفة من المتعاقد, وأن هذه المخالفة توصف بالخطأ الإرادي الذي يقوم على الفعل الضار مع نية الإضرارر. ويُقصد بالخطأ الإرادي الخطأ العمدي une faute intentionnelle وهذا يستوجب أن الإرادة لا تتسبب فقط في التصرف الذي يحدث الضرر (التصرف الضار)، وإنما يرغب مرتكب السلوك في تحقيق الضرر ذاته ومثل هذا الخطأ يكون مُفاجئً[١]. والأمثلة على هذا النوع من الخطأ، مزاولة حق الخيار الذي يعد التزاماً بدلياً, وممارسة الفسخ بالإرادة المنفردة المترتب عن شرط الفسخ المُقدَّم.

(ا) مزاولة حق الخيار الناتج عن التزام بدلي. exercice de l'option

١٦٣- لم تتردد المحاكم في الرقابة على ممارسة حق الخيار الناتج عن الالتزام البدليune obligation alternative . ويضفي هذا الحق على صاحبه رخصة التفضيل والاختيار بين الغايات التبادلية – العلاقات التبادلية- التي يكون مصدرها القانون أو العقد[٢]. ويكون التعسف في استعمال هذا الحق جسيماً. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في ٧ فبراير ٢٠٠٦ [٣], وتتعلق هذه الدعوى

---

١ BENABENT (A.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.*, n° 412-1.

٢ MALAURIEC (Ph.),AYNES (L.),et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Les obligations, op.cit., n° 1084.

٣ Cass. Civ. 1re, 7 févr. 2006, RTDciv., 2006, p. 763, obs. J.Mestre et B.Fages.

بمشتري منزل للسكن, نظير إيراد مرتب مدى الحياة. وبعد فترة تمسك صاحب الإيراد- الدائن بالإيراد-, على الرغم من إعاقة أحد المدينين بإيراد المرتب débirentiers, بتطبيق نص العقد الذي يفرض عليه" تنفيذ التزام ببذل عناية" في مقابل " إنقاص مبلغ الإيراد" وهو التزام بتحقيق نتيجة. فعدم تنفيذ هذا الالتزام, يجعل الدائن بالإيراد le crédirentier يطلب بالإرادة المنفردة فسخ البيع. فالانفراد بتكوين الشرط المتنازع عليه, الذي ينص على إمكانية التمسك في الوقت المناسب, وحسب رغبته هو وحده, مهما كان السبب, بتحويل الإيراد إلى التزام ببذل عناية, وقد أكدت محكمة الاستئناف على الحق في طلب الفسخ. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية, ووفقاً للمادة ١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي, (المادة ١١٠٤), حكم محكمة الموضوع على أساس أنها تلتزم بالتحقق عمّا إذا كان البائع لم يتعسف في ممارسة حقه. وقد ألقت الدعوى الضوء على سوء النية أو نية الإيذاء الواضح من قبل الدائن بإيراد المرتب الذي لم يحث أو ينبه المتعاقدين معه إلى الصعوبات الكبيرة التي ترسم فقط في التزود بطريقة تمكنه من الحصول على فسخ البيع. وقد أكد الاستدلال على أن حق الخيار الذي ينتج عن الالتزام البدلى لا يكون حقاً تقديرياً. وهكذا, إذا كانت درجة التحرك لمواجهة التعسف والإفلات منه مرتفعة، فإن الثقة المشروعة للمدينين بإيراد المرتب تكون مَحميَّة, لأن البائع لا يستطيع حقيقة ممارسة حقه في الخيار. ذات الملاحظة تتحقق في الشرط الفاسخ المقدم.

(ب) فسخ العقد الناتج عن الشرط المُقدَّم بالفسخ.

١٦٤- يستطيع الأطراف تنظيم بواسطة الاتفاق الطريق الذي بمقتضاه يرغبون وضع نهاية لعلاقتهم التعاقدية, ويتمتع الأطراف بحرياتهم في إدراج شرط يجيز لهم الخروج من الاتفاق الإرادي àsortir de l'accord de volontés دون تبرير ذلك بأي

سـبب مهما كان. وأي خروج أو انحراف عن هذا الشـرط، فيكون لديهم القدرة على التخلص والإفلات من رقابة القضـاء على التعسـف في اسـتعمال الحق. فهل يجب التسـليم بأنه لا يمكن إعمال الرقابة بأية طريقة ؟ فقد اسـتقر القضـاء الفرنسـي على استبعاد التعسف في تطبيق شرط الفسخ الاتفاقي السابق بالإرادة المنفردة. وينص هذا الشـرط على أن" للأطراف أن يقرروا بحق كل منهما في وضـع نهاية للعقد الموجود عندما يحسـن لديه, دون أن يُسـبب أو يُبرر أي منهما الأسـاس السـليم لقراره". بالأخذ بعبارات الاتفاق, وقد أكد القضـاء الفرنسـي على التوقع أو الترقب التعاقدي, ويظهر كذلك دفع كل تدخل على أسـاس حسـن النية. لعمل فتحة أو ثغرة في منطوق الحكم ففي الحكم الصـادر في ١٧ فبراير ٢٠١١ [١] يذهب إلى كسـر هذه القاعدة وإنقاص طائفة الشروط التي تتخلف عن حقوق تتسم بأنها حقوق تقديرية. في هذه الحالة, يعهد السـمسـار العقاري إلى الوكيل العناية بالبحث عن مشـترين وبائعين للعقارات. فالعقد يقضـي بإمكانية الفسـخ بالإرادة المنفردة " في أي وقت, دون إجراء إخطار أو تعويض مهما كانت طبيعته". وبالرجوع لعبارات الاتفاق, يكون بوسع الموكل وضع نهاية بدون إخطار للعلاقة التعاقدية. الحكم على الفسـخ المفاجئ غير المتوقع la rupture brutale, ويكون الوكيل عندئذ مُعيناً لسـداد التعويض. وقد رفضـت محكمة النقض الفرنسـية الحق في هذا الطلب لأن المتعاقد لا يهتم إلا بتغليب حسـن نيته, وانعدام الخطأ في جانبه, على حقه في فسـخ العقد. فإذا كانت مخاطر التعسـف نظرا لغياب الإخطار مُستبعدة, فإن المحكمة تحتفظ مع ذلك بعدم الحق في التدخل لو أن التعسف في البداية كان متجاوزاً. ولكن مثل هذا الحل لا يكون الحل الذي انتهت إليه هذه

[١] Cass. Civ. 1re, 17 févr. 2011, n°10-13.980, Bull.civ.,I,n°28.

الدعوى, كما لم يكن الحل المعمول به. وهكذا وضـــعت المحكمة قاعدة للرقابة تقوم على حسن النية. ولن يكون التعسف مستبعداً إذن في حالة قصد الإضرار[١].

وبالإضـــافة إلى أنّ الحماية الضـــيقة والمحدودة للثقة المشـــروعة، يتعين النظر في الظروف التي من شـــأنها أن تؤدي إلى أن مثل هذه الثقة تكون ضـــعيفة الحماية faiblment protégée. ويتشابه التعسف مع الخطأ الإرادي L'abus peut tout d'abord s'identifier à la faute volontaire والأمثلة على ذلك تتمثل في تقدير الثمن بالإرادة المنفردة، ورفض تعديل العقد، وكذلك إنهاء العقد في حالة وجود اســـتثمارات منفذة بناء على طلب المتعاقد. وكذلك يعتبر التعســـف منطوياً على نية الإضرار وعلى ذلك ممارسة حق الخيار الناتج عن الالتزام البدلي بسوء نية, أو الشرط المقدم بالفسخ، وتكشف المخالفة, بالإضافة إلى ذلك عن ضعف المواجهة[٢].

---

[١] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°473.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n°474.

الفرع الثاني: ضعف مواجهة سوء النية.

La mavaise foi faiblement contrée

---- تَعرُّض الثقة المشـــروعة لأحد المتعاقدين لســـوء النية من قِبل المتعاقد الآخر يُظهر ضعف الحماية بسبب الانتقاص من قسوة أو شدة الإجراءات المعلنة والذي من شأنه أن يُشجع السلوك الذي يستهين بتطبيق المواد القانونية التي تقتضي حسن النية في تنفيذ العقود كالمادة ١١٠٤من التقنين المدني الفرنسي, والمادة ١/١٤٨ من المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني, والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي, والمادة ١/٢ من القانون المدني الســويســري والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني . وتتمثل إجراءات رد فعل القانون على مخالفة حســـن النية في التعويض المالي أو انحلال العلاقة التعاقدية.

أولا: التعويض المالي. compensation pécunaire

١٦٥- تُعرِّض مخالفة حســن النية, في العديد من الفروض، ســريان العلاقة التعاقدية للخطر. ومن ثم, يترتب على ســـوء النية من جانب أي من المتعاقدين إلى عدم تنفيذ العقد. إذ يقتضي حسن النية من المدين أن يمتنع عن إتيان أي سلوك يشوبه الغش أو الإضرار العمدي بالدائن أثناء سريان العقد, ويَحول بين الدائن وبين الحصول على ما يرده من فوائد العقد. وكذلك الحال أيضـــا بالنســـبة للدائن في مواجهة المدين, فيُحظر على الدائن القيام بأي فعل من شـــأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام أكثر تكلفة أو إرهاقاً للمدين[١]. ويعتبر تقرير التعويض L'allocation de dommages-intérêts هو

[١] انظر في ذلك د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية), جامعة حلوان, ٢٠٢٠, صـ ٢١٩.

السبيل الوحيد الباقي un pis-aller. ويعد الإخلال بمدأ حسن النية إخلالاً بالتزام تعاقدي يستوجب مسئولية المخالف[١].

ويوجد في هذا الشأن العديد من المواقف، حيث يتم تقدير تعويض مالي وهو أقل ترضية للمتعاقد. وعلى ذلك الفسخ التعسفي لعقد العمل عندما يتضمن شرط الاختبار. وإذا كانت مسألة مناسبة إعادة المنصب للموظف تقوم على المشروعية بالنسبة لتوقعات هذا الأخير, فيبقى منح التعويض المالي حلاً مُفضلاً دائما للتسوية, كذلك إذا كانت الثقة المشروعة للموظف أقل حماية أي عندما لا تتوافر درجة الحماية الكافية لحسن النية. ويصبح بقاء الأطراف في العلاقات العقدية صعباً[٢].

وتجدر الملاحظة إلى أن الحكم بالتعويض في بعض الأحيان, يعتبر رد الفعل الوحيد المنطقي لمواجهة سوء النية الصادر من المتعاقد. ويمكننا القول على هذه الترضية بأنها ترضية هزيلة أو قليلة maigre consolation. ومن هنا تكون وسيلة التعويض أداة ضعيفة في مواجهة سوء نية المتعاقد, ومن ثم, تعد الحماية أكثر ضعفا. فإذا كانت هذه الآلية ضعيفة نسبياً في ضمان حماية مصالح المتعاقد المضرور، فإنه يكون أكثر الأسباب قوة لإحداث فقدان التوازن الاقتصدي للعقد، لا يمكن تجنبها على الأقل في بعض الحالات، إذا لم يكن هناك ما هو أفضل faute de mieux. ويبقى أن قوة استجابة القانون للتصرف بسوء نية تتيح باختبار أو التحقّق من فاعلية الحماية الممنوحة للثقة المشروعة. فضلاً عن أن التعويض المالي، فإن فسخ العقد يُعتبر أداة

---

[١] انظر في ذلك د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٢٢٥.-- د. حمدي عبد الرحمن ود. ميرفت ربيع: النظرية العامة للالتزام, صـ ٢١٦ وما بعدها.

[٢] STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, th., *op. cit.*,n°328. -- انظر د. حسن جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ٤٦٨ وما بعدها.

آخرى لمواجهة تجاهل حسن النية الذي توجبه النصوص القانونية في القوانين المختلفة التي تقتضي حسن النية في تنفيذ العقود.

ثانيا: فسخ العقد [١].

١٦٦- إذا كانت الحقيقية تكمن في أن العقد لا يجب التضحية به مهما حدث، فإن العقد الذي لم يُنفذ أو كان تنفيذه معيباً l'inexécution ou la mauvaise exécution من شأنه أن يؤدي إلى موت العقد، ومن ثم, يجب التخلص منه اقتصادياً, فالقوى الحيوية للمتعاقد تكون قادرة على تنفيذ العقد وسوف تُعيد استخدامه بسرعة [٢]. مثل هذه الخطوة تتقرر عند مخالفة الالتزام بتنفيذ العقد بحسن النية، وهي التي تُجيز التخلص أو الخروج s'extraire من العقد المحكوم عليه بالسقوط والإخفاق la faillite بسبب سوء نية أحد المتعاقدين, ويُقدِّم اللجوء إلى وسيلة فسخ العقد للدائن الذي يتعرض للسلوك غير المشروع le comportement illégitime الصادر من المدين, حماية نسبية مقررة للمحافظة على ثقته المشروعة[٣].

وتجدر الإشارة, إلى أن مخالفة حسن النية من قبل المتعاقد تقود في هذه الحدود, إلى طلب فسخ العقد بالإرادة المنفردة من قِبل المتعاقد الآخر بسبب الأضرار التي

---

[١] انظر في ذلك د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ١٥٩ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٢٩٠ وما بعدها.-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٢٠٥ وما بعدها. -- انظر د. حسن جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, فقرات ١١٠ وما بعدها.-- د.حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, فقرات ٢٥٢ وما بعدها.-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية, صـ ٨٠٩ وما بعدها.

[٢] CARBONNIER (J.): Les obligations, *op. cit.,* n°81.--BENABENT (A.): Les obligations, n^os^ 389 et s.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.,* n° 476.

أصابته. فالمتعاقد سئ النية بسبب جسامة تصرفه هو الذي يُبرر لجوء الطرف الآخر إلى إنهاء العقد بإرادته المنفردة, لكي يتخلص من هذه الأضـــرار التي لحقت به، وهذه الخطورة لا تحتاج بالضـــرورة إلى مدة للإخطار بالفســـخ. وفي ظل عدم وجود بديل آخر، فإن هذه الآلية تُظهر حرية المتعاقد المضـــرور في اتخاذ ما يلزم من إجراءات للمحافظة على مصـــالحه. وبدون شـــك, يعتبر الاســـتمرار في العلاقة التعاقدية عندئذ تسوية. ولهذا، فإن الحل يكشف, عن أن إقرار التعويض, لتحقيق تسوية نسبية للدائن عند اتخاذ المتعاقد الآخر إجراء مفاجئ يخالف توقعاته. ومن هنا, تشـــهد إجراءات تخلص أو فســـخ المتعاقد للعلاقة التعاقدية على الحماية الضـــعيفة للثقة المشـــروعة une protection faible de la confiance légitime[1]

[1] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 476. P. 376.

الفصل الثاني:

الجزاء على مخالفة حُسن النيّة في تنفيذ العقود.

sanction de la violation de la bonne foi

تمهيد وتقسيم:

١٦٧- يُقدِّم الجزاء الواجب التطبيق على التصرف المَشوب بسوء النية فائدة واضحة في النطاق التعاقدي. والمقصود من ذلك هو معرفة ما هي الجزاءات المُقدَّمة للمتعاقد الذي يسعى للوصول إلى الحكم على المتعاقد الآخر مرتكب السلوك الخاطئ comportement fautif أو التصرف المشوب بالذنب الذي يتمثل في خيانة أو خداع trahi الثقة المشروعة. وتوقيع الجراء من شأنه أن يؤدي إلى إبطال أو تعديل آثار الشرط المدرج في العقد. ومن ثم, يفتح تجاهل حسن النية الذي توجبه النصوص القانونية في تنفيذ العقود كالمادة ١١٠٤من التقنين المدني الفرنسي, والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني Mimpô, والمادة ١/٢ من القانون المدني السويسري والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي[١]. وكذلك المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB الباب أمام ممارسة الحق في طلب الفسخ القضائي أو فسخ العقد بالإرادة المنفردة. القاعدة هنا هي أن مخالفة حسن النية يستوجب التعويض. وفي النهاية، يكون إنقاص الثمن La réfaction موصى باستخدامه, على سبيل الجزاء, في حالة التعسف في تقدير الثمن بالإرادة المنفردة.

---

[١] JALUZOT (B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative *op. cit.*, n^os^ 461 et s.

٦- مبدأ حُسن النيّة في تنفيذ العقود "دراسة مقارنة"

١٦٨- توجد جزاءات مستبعدة لا تطبق عند مخالفة حسن النية, ويعد إنقاص الثمن[١], جزاء يمكن أن يوقع عند مخالفة حسن النية, إذ يطبق على المتعاقد سيء النية. ويهدف هذا الجزاء إلى إنقاص الثمن المبالغ فيه والذي تمّ تقديره بالإرادة المنفردة, وبسبب تعسف صاحب الحق في تقدير هذا الثمن، ولا يتوافق هذا الجزاء لمعاقبة أية مخالفة لحسن النية.

ومن الجزاءات مستبعدة كذلك الدفع بعدم التنفيذ ويعرّف كذلك برفض التنفيذ, ويُطبق في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان بوسع الطرف الأخر رفض التنفيذ، وعلى ذلك إذا قصَّر أو خالف أحد الطرفان في حسن النية، فإنه يكون قد خالف في تنفيذ التزامه، ومن ثم يستطيع الطرف الآخر رفض تنفيذ التزامه[٢]. وعلى الرغم من فائدته, فإن هذا الجزاء لا يكون مسلماً به في نطاق الاعتداء على حسن النية[٣].

---

١ VINEY(G.) :Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité ,L.G.D.J.,2e éd., 1997, n° 171 ---TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.,*n° 311.--BENABENT (A.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.,*n° 298.-- En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,*n°483.

٢ TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.,*n° 685.-- CARBONNIER (J.): Droit civil, t. 4, Les obligations, *op. cit.,*n° 84.-- MALAURIEC (Ph.),AYNES(L.),et STOFFEL-MUNCK(Ph.): Droit civil,Les obligations,op.cit.,n° 858.

٣ JABBOUR (R.): th., *op. cit.,*n°484.

١٦٩- وتوجد جزاءات كالفسخ القضائي[١] لا يعتبر جزاءً كافياً، من ناحية الفائدة المرجوة منه أو من ناحية حدوده. فعلى الرغم من أنه جزاء مشهور واسع التطبيق أكثر من إنقاص الثمن والدفع بعدم التنفيذ، إلا أنه لا يكون كافياً في حالة مخالفة حسن النية. وتوجد جزاءات لا تكون مستبعدة, وتكفي أيضا لمعاقبة المتعاقد على سوء نيته في تنفيذ العقود, وتوقع على مخالفته لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود. مثل جزاء السقوط والتعويض عن كافة الأضرار التي أصابت المتعاقد جراء تصرف المتعاقد الآخر بسوء نية. لذا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين. نعرض في الأول لجزاء السقوط, ونبين في المبحث الثاني التعويض.

كما يُعتبر السقوط والتعويض أداتين مناسبتين لمعاقبة تجاهل يفتح تجاهل حسن النية الذي توجبه المواد ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي, المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري, تحديد ذاتيتهما مع ذلك لا يكف، وعلى الرغم من ذلك يجوز تطبيقهما.

---

[١] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*,n^os^486 et s.

المبحث الأول :

السقوط كجزاء على مخالفة حسن النية

la déchéance

١٧٠- وقد عرف الفقه السقوط على أنه انقضاء لحق, أو وظيفة, أو رخصة, أو مركز قانوني معين, أو منفعة معينة على سبيل العقوبة بسبب خطأ صاحب هذا الحق أو الوظيفة أو الرخصة أو المركز القانوني أو المنفعة[١]. ويُوجد تطبيقان للسقوط, الأول,

---

[١] وقد عرف PICARD (M.) et BESSON (A.) السقوط على أنه" فقد حق أو حرمان صاحبه منه على سبيل العقوبة" انظر في ذلك..... PICARD (M.) et BESSON (A.): Traite generale des assurances terrestres en droit francais, t.1, 4 vol., 1945,n°512. -- فالسقوط هو" ضياع حق أو وظيفة على سبيل الجزاء"-- كما عرفته SALLE DE LA MARNIERRE بأنه " انقضاء حق بقوة القانون أو الاتفاق بسبب خطأ إيجابى أو سلبى من صاحب هذا الحق" انظر في ذلك.... SALLE DE LA MARNIERRE (E.): La déchéance comme mode d´extinction d´un droit (Essai de terminologie juridique),R.T.D.C,1933,P.1037n°13.--كما عرفته COUTANT-LAPALUS (C.) بأنه " جزاء على الخطأ يتضمن فقدان الحق أو المركز القانوني" انظر ... COUTANT-LAPALUS (C.): Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thè., *op. cit.*,n°492.--- وقد عرفه JAULT (A.) بأنه " ضياع الحق, أو الوظيفة, أو الصفة, أو فقدان المنفعة على سبيل الجزاء" انظر في ذلك.... JAULT (A.): La notion de peine privée, Thèse, L.G.D.J, 2005, n^{os} 158.-- كما قالت CARVAL (S.) بأنه " عقوبة تتمثل فى انقضاء الحق بموجب القانون, أو العقد بسبب خطأ صاحب هذا الحق" انظر في ذلك... CARVAL (S.): La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée. thé., *op. cit.*,n^{os} 155 et s.-- ويعرف الأستاذ " السنهوري " السقوط علي أنه تعين ميعاد معين يجب أن يتم فيه حتماً عمل معين أو استعمال رخصة معينة قررها القانون" انظر في ذلك...د. السنهوري: الوسيط جـ ٣ فقرة ٥٩٤ صـ ١٠٠٠-- كما عرفة " د.عبد المنعم البدراوي " بأنه يتمثل فى فقدان

يتمثل في منع أو حرمان المتعاقد سيء النية من الفائدة التي يأمل إعادتها إليه. وتكمن الثانية في حرمان المتعاقد من اللجوء إلى الإجراء الذي يرغب في ممارسته.

الرخص التى يجيز القانون استعمالها" -- وقد عرفه " د.محمد إبراهيم دسوقي " على أنه انقضاء حق, أو رخصة, أو مركز قانونى نتيجة فعل إيجابى أو سلبى من صاحب هذا الحق أو الرخصة أو المركز القانونى" انظر في تعريفات السقوط ... د.محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, مرجع سابق, هامش (١) صـ ١٢٩، صـ ١٣٠.

المطلب الأول:

سقوط الميزة أو الفائدة المتوقعة.

déchéance de l'avantage escompté

١٧١- ففي عدد كبير من العقود، يُعتبر الجزاء الذي يتمثل في سقوط الميزة أو الفائدة المتوقعة, إجراءً متوافقاً للحكم على التصرف العدائي الذي يخالف مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود التي تقضي بها النصوص القانونية في التشريعات المختلفة التي ذكرناها سلفا, وخاصة التي تهدف إلى تأمين الجزاء العيني للضرر الذي أصاب المتعاقد, أي المضرور من سوء نية المتعاقد الآخر لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إتيان التصرف غير المشروع، ويمكن مواجهة نموذجين في هذا الشأن، يتمثل الأول في الاحتفاظ الجبري بالعقد، والثاني, في التنازل الجبري عن العقد.

الفرع الأول: الإبقاء الإجباري على العقد بسبب مخالفة حسن النية.

maintien forcé du contrat

يميل القانون الوضعي إلى اختيار الإبقاء الجبري على العقد، لذا يجب مع ذلك التفرقة على حسب أن سقوط الفائدة المتوقعة نتيجة التمسك أو عدم التمسك بشرط فسخ العقد.

أولا: وجود شرط بإنهاء العقد.

en présence d'une clause d'anéontissement du contrat

١٧٢- تجيز بعض الشروط كشرط العدول أو الفسخ clause de dédit, لأحد المتعاقدين أن ينهي الاتفاق بإرادته المنفردة. ويُضفي هذا الشرط على المستفيد منه الحق في إنقاص أو تقليص العقد. فالميزة الممنوحة تكون محققة وغير متنازع عليها، لأن المتعاقد يكون مرخصاً له الخروج أو التخلص من العقد بدون قيد أو شرط s'extraire purement simplement بعدم تنفيذ التزامه أو الرجوع عن تعهده. ويعتبر هذا الحق عادة من الحقوق التقديرية, حيث يُخضع في ممارسته للسلطة التقديرية لصاحبه، ومن ثم, يكون من المحتمل خضوع الحق في التعديل للرقابة. وهكذا, فإن الآثار المترتبة على شرط العدول الذي يُمارس بسوء نية يجب أن تكون بدون تأثير, بمعنى, إذا كان استعمال شرط العدول بسوء نية, فإنه يتعين إبطال أو إسقاط آثار هذا الشرط. أو ينبغي إزالة مفعول هذا الشرط mauvaise foi devaient être neutralises. ومن ثم, يؤدي هذا السقوط إلى الإبقاء بالقوة أو الاحتفاظ بالاتفاق[١].

---

[١] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 524.

ومن جانبها, أكدت محكمة النقض الفرنسية ضمناً في الحكم الصادر في ١٥ فبراير ٢٠٠٠ [١] على أنه" يؤدي إثبات سوء نية المستفيد من الحق في العدول أو فسخ العقد, إلى انعدام الآثار القانونية dé pourvu d'effet juridique الناتجة عن ممارسة هذا الحق. ومن ثم, تقود مخالفة أو تجاهل النصوص القانونية التي توجب مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود, في التشريعات المختلفة. ووأكدت محكمة النقض الفرنسية بأن تجاهل المادة ١١٠٤من شأنه أن يؤدي, بعد توقيع جزاء سقوط حق المتعاقد في فسخ العقد بسبب سوء نيته, إلى متابعة أو اقتفاء التنفيذ الإجباري للعلاقة التعاقديةLa poursuite forcée de la relation contractuelle [2].

ثانيا: عدم وجود شرط بإنهاء العقد.

١٧٣- انقضاء العقد dénonciation du contrat, بعيداً عن إعمال شرط إنهاء العقد، فإن إنهاء العقد يخضع أيضاً لمقتضيات حسن النية. فتجدر الملاحظة أنه لمنع ضرر على وشك الوقوع، وقد أثار القاضي اتخاذ إجراءات مسبقة تكون مانعة على سبيل الحماية، فيوجب الإبقاء الإجباري على الاتفاق الذي فُسخ تعسفياً. أي أن القاضي يسقط الآثار القانونية للفسخ التعسفي من قِبل أحد المتعاقدين. فقد استقر القضاء على أن القاضي يجيز إعادة تنظيم تنفيذ العقد الذي تمّ إنهاءه تعسفياً ordonner la poursuite du contrat abusivement rompu أو المفسوخ تعسفياً، من خلال تحديد نهاية مؤكدة له. في هذه الحالة، وعلى الرغم من أن الاتفاق يتضمن أن إنهاء العقد يكون بانتظام، وأن الطريقة التي تمّ إنهاء العقد بها كانت

---

[١] Cass. Civ. 3e, 15 févr. 2000, RTD$_{civ}$., 2000, p. 564, obs. J.Mestre et B.Fages.

[2] JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 524.P.403.

مُتعارضـــة مع المنطق الذي يتعين على المتعاقدين اتباعه طوال تنفيذ العقد[١]. وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠٦ [٢] هذا الاتجاه, عندما وضعت حدوداً لسلطة قاضي الأمور المستعجلة بخصوص الإبقاء الإجباري للعقد، وقد رفض القضاء العالى حكم محكمة الاستئناف عندما نظمت للمُورِّد تنفيذ علاقاته التعاقدية مع الموزع، على الرغم من فسخ العقد الأصلي (الأول) وعدم وجود عقد جديد. ونرى أن هذا الحكم يَحظر على قاضي الأمور المستعجلة أن يسعى لعلاج العقد, ويتبنى طلب إحياء العقد. وتكمن الخصوصية في هذه الحالة, أن الفسخ يتعين أن يكون مُنظماً، وترك الباب مفتوحاً لإمكانية اللجوء إلى التنفيذ الإجباري للعقد عندما يكون انقضـــاء العقد غير مُنظم dénonciation irrégulière [٣].

وهكذا فإنّ إنهاء العقد بطريقة غير منتظمة عندما يكون الإنهاء بالإرادة المنفردة بسبب جسامة التصرف الصادر من المتعاقد, أي سوء نيته. ومن هنا يجوز للقاضـــي الحكم بالتنفيذ الجبري أو الاســتمرار الإجباري للعقد، ليؤكد على عدم فاعلية ممارسة الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة، فيجب إطالة العقد لمدة معينة. وبالتالي يعد إنهاء العقد من جانب أحد المتعاقدين إنهاءً للعقد بطريقة غير مُنتظمة عندما لا يقوم طالب الفســـخ بإخطار المتعاقد الآخر في خلال المدة المعينة للإخطار, ويجوز للمحكمة أن تقرر الاســـتمرار في العلاقة التعاقدية لمدة محدودة ordonner la poursuite du lien contractuel pour période déterminée [٤].

---

[١] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*,n°525.

[٢] Cass. Com., 28 nov. 2006, RTDciv., 2007, p. 345, obs. J.Mestre et B. Fages.

[٣] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 525 .P.404.

[٤] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 526.

الفرع الثاني: الحوالة الإجبارية للعقد.

La cession forcée du contrat

١٧٤- يعد التنازل الإجباري عن العقد مثالاً واضحاً على سقوط الميزة المتوقعة (المأمولة)، وهذه الطريقة مستعملة ومتداولة بشكل كبير. وينطوي التنازل الإجباري عن العقد على نقل وتحويل هذا العقد للغير. فيصبح هذا الغير مُحال له cessionnaire، طرفاً في العقد. لأنه يخضع إلى إجازة وقبول المحال عليه cédé(المدين)، وهذه الحوالة من حقوق أطراف العقد[١]. وتنعقد الحوالة بين الدائن وشخص آخر بقصد نقل حق الدائن قِبل المدين. ويسمى الدائن المُحِيل, ويسمى الشخص الآخر المُحَال له. ومن ثم, يكون طرفا الحوالة هما الدائن المحيل والغير المحال له, ويتعين رضاء كليهما لانعقاد الحوالة. أما المدين- المحال عليه- فلا يكون طرفاً في العقد لذا فرضاؤه بها ليس شرط لانعقادها, وعلى ذلك تقضي المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري. وتكون الحوالة نافذة فيما بين طرفيها بمجرد انعقادها, أما بالنسبة للمدين وهو من الغير لأنه لم يكن طرفاً في الحوالة, فلا تكون نافذة في مواجهته إلا قبلها أو أعلن بها وعلى ذلك تقضي المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري[٢]. وتُعاقب الممارسة المخالفة لمقتضيات حسن النية، ويفرض ذلك فحص آثار سوء النية على حوالة العقد ذاتها، على حسب التحقق من غياب، أو وجود شرط القبول.

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n° 527.

[٢] د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٦, صـ ٢٣٧ وما بعدها.-- د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام- أحكام الالتزام), جامعة حلوان, ٢٠٠٧, صـ ١٩٥ وما بعدها.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام رابطة الالتزام, دار النهضة العربية, ٢٠١٥, فقرات ٣٠٠ وما بعدها.

أولا: عدم وجود شـــرط يتضـــمن قبول الحوالة في العقد. en l'absence d'une clause d'agrément

١٧٥- يكون كل عقد, بمراعاة شـــرط خاص، قابلاً للحوالة cessible. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٦ مايو ١٩٩٧[١], أن الحوالة تقتضي الحصـــول على قبول المحال عليه (المدين) على الحوالة Le cession devait recueillir le consentement cédé حتى تكون نافذة. فتستوجب الحوالة في كل مرة القبول المُســـبق من قبل المدين أو في وقت الحوالة. ففي هذا الفرض إذا كانت ممارسة المدين لحقه في قبول الحوالة مشوبة بسوء النية. فهل تستطيع المحاكم تجاوز رفض القبول علاوة على أن الحكم بالحوالة أو حل النزاع بالحكم بالتعويض ؟ عند التســـليم بذلك, فإن قابلية الحوالة من جوهر الاتفاق، فما من أحد يمنع القاضـــي من تعطيل أو وقف الرفض المتنازع فيه من قبل المحال عليه (المدين) على الحوالة paralyser le refus litigieux du cédé ويجيز – أى القاضـــي– الحوالة, ومن ثم, تصبح الحوالة إجبارية, بسبب رفض المحال عليه التعسفي. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن حرية المحال عليه يجب ألا تتعرض للانتقاص منها لأن موافقته لا يترتب عليها ولا تشـــير إلى إنشـــاء عقد جديد conclusion d'un nouveau contrat، وهكذا فإن الرفض التعسفي من قبل المحال عليه لن يؤدي إلى وقف قابلية الحوالة لتوافق الإرادات[٢].

---

[١] Cass. Com., 6 mai 1997, n°94-16.335, Bull.civ.,IV., n°117.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n° 528.

ثانيا: وجود شرط قبول الحوالة في العقد.

١٧٦- يشهد شرط القبول على الحرية التعاقدية، ويكون وسيلة للرقابة على سريان العقد بين الطرفين من خلال الحق في قبول الحوالة أو رفضها. وتُتيح هذه الآلية ذاتها حماية مزاولة المحال له لحقه في الاختيار. بالتأكيد، تكون شروط القبول مُحتملة في التوافق الإرادي بين المتعاقدين على قابلية العقد للحوالة، ولكن ممارسته يجب ألا تكون تعسفية أو تحكمية. وفي رقابة محكمة النقض الفرنسية على إعمال هذا الشرط, إذ أكدت بقوة على إبطال تأثير- وقف مفعول- مثل هذا الرفض, عن طريق إجازة حوالة العقد en autorisant la cession du contrat, أي الحوالة الإجبارية. ويكون ذلك دليلاً قوياً على أن سقوط الفائدة أو الميزة المتوقعة على سبيل الجزاء على الرفض التعسفي refus abusif يكون رداً متناسباً على سوء نية القابل(المحال عليه) mauvaise foi de L'agreant. وتُثار مسألة ملائمة هذا الحل في مناسبة القضية الصادرة من محكمة النقض الفرنسية الصادرة في ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ [١], التي تعود وقائعها إلى أن شركة مدنية عقارية أبرمت عقد إيجار، حيث استأجرت بعض الأماكن بقصد استخدامها في الأغراض التجارية. وبعد مدة كانت فيها الشركة المستأجرة المحيلة cédante في وضع يُمكِّنها من التصفية القضائية، إلا أنها قامت بتحويل الإيجار للغير. وقد رفضت الشركة المحال عليها cédé الحوالة بحِجَّة أن الشركة المحيلة لم تستغل على الإطلاق رؤوس الأموال التجارية في الأماكن المستأجرة (المَحال التجارية المستأجرة). لهذا, لا يستطيع مدير الشركة المحال عليها تجاهل هذه الحقيقة لأنه كان أيضا وكيلاً للشركة المستأجرة (المحيل) وأن رفضه إذن غير مُبرر في نظر محكمة الاستئناف التي بينت سوء نيته ورفضت المحكمة طلباته بعدم نفاذ الحوالة في مواجهة الغير inopposabilité بالفسخ القضائي لعقد الإيجار وبطرد الشاغلين.

[١] Cass. Civ. 3re, 9 déc. 2009, RTD civ., 2010,p. 105, obs. B. Fages.

وقد تم رفضت محكمة النقض الفرنسية وأعلنت أن" القاعدة التي بمقتضاها تكون الاتفاقات مُنفَّذة بحسن نية لا تجيز للقاضي الاعتداء على جوهر الحقوق والالتزامات المُتفق عليها قانوناً بين الأطراف". فقد أضافت المحكمة عنصراً جديداً يشير إلى أن القاضي لا يكون بوسعه " التخلص من النصوص الآمرة في النظام الأساسي لعقود الإيجار التجارية". في هذه الحالة, عدم موافقة المحال له وفقا لشرط القبول ليس محلاً للرقابة بواسطة حسن النية[١].

ويتعلق الحل الذي ينطوي عليه هذا الحكم بشرط القبول, ويتسم بأنه أقل من ذلك الحل المنصوص المواد المتعلقة بالنظام العام, ولا يتيح هذا الحل في الواقع التأكد من أنّ آثار الرفض التعسفي refus abusif لن تُسقط الفروض التي لا تدخل في النظام العام. ومن ثمّ, يأخذ القضاء الفرنسي في الحسبان أن سوء نية المؤجر سوف يتيح, بدون شك, تعطيل آثار الشرط، ويؤدي إلى الحوالة الإجبارية للإيجار une cession forcée du bail. وهذا الحكم لم يتهم إذن بالقضاء السابق بإبطال تأثير شرط القبول. ويبقى القاضي حراً في الرقابة على ممارسة هذا الشرط، وفي إجازة الحوالة الاضطرارية عند اللزوم Le cas échéant[٢]. باختصار، يكون لدراسة

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n° 529.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 530... وبالتعرّض لقراءة الحكم في القضية السابقة, نجد أن الحد الأدنى للقراءة يتمثل في أن الحل المقرر المتعلق بشرط القبول يكون أقل من ذلك الحل الموجود في النصوص المتعلقة بالنظام العام, بمناسبة المادة ١-١٤٥ من قانون التجارة الفرنسي. وهي من القواعد المفروضة بواسطة القانون, والتي تقضي بأن هذه النصوص تُجبر الأفراد على احترامها وباختصار تمنع من التخلص من النصوص الآمرة disposition imperatives. ولن يستطيع القاضي إجراء الرقابة على أساس حسن النية المحدد لأن شرط القبول يكون تطبيقاً لهذه النصوص. أما في الحد الأقصى للقراءة, فتكمن في أنه لا يهتم بأن شرط القبول يرتبط أم لا بنصوص النظام العام، ولن يبطل القاضي تأثير هذا الشرط في كل الحالات، لأنه لا يبين

سـقوط الفائدة المتوقعة، أثرين منفصـلين، الأول هو الإبقاء الجبري للعقد, سـواء عند وجود أو عدم وجود الشـرط الفاسـخ للعقد. أما الأثر الثاني فيكمن في إجازة الحوالة الإجبارية, بغض النظر عن وجود أو عدم وجود شـرط القبول. ففي هذه الحالات يُفضي الجزاء إلى استئصال التصرف المشوب بسوء نية وآثاره[١].

طائفة الحقوق والمزايا التعاقدية، ويُمارس هذا الشرط بالمقابلة لجوهر الحقوق والالتزامات ولن يكون من المحتمل خضوع هذا الشرط للرقابة. ومن هذا المنظور، عندما يتعلق الأمر بشرط القبول، يتغير اتجاه القضاء، وتجدر الإشارة إلى أنه, في هذه الحالة يُفضّل التفسير الأدنى لهذا الحكم.

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 531.

المطلب الثاني:

سقوط الحق في ممارسة الرجوع .

déchéance du recours exercé

١٧٧- مصدر الحق في العقد يتمثل في الرجوع الذي يتقرر للمتعاقد صاحب الحق، والذي يكون من المتوقع أن يتأثر بالسقوط إذا كانت مزاولة هذا المتعاقد لحقه في الرجوع لا تكون وفقا لمقتضيات حسن النية. فمصطلح الرجوع يقصد به في المفهوم الواسع أنه يعطي المتعاق الوسائل المحركة لمقاومة الضغط الصادر من المتعاقد الآخر. ففي هذه الفروض، لا يوصف رد فعل المتعاقد دائماً بحسن النية والسقوط يكون مقرراً لتسهيل إبطال تأثير الحق في ممارسة الرجوع سواء أكان الرجوع موجه لترضية الدائن أم يتجه نحو حماية مصلحة المدين[١].

الفرع الأول: سقوط الحق في الرجوع إلى الوسائل المقررة لمصلحة الدائن.

recours visant la satifaction du créancier

أولا: علاج القصور في تنفيذ العقد.

١٧٨- يلجأ الدائن إلى بعض الوسائل لمواجهة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته. فقد تكون القوة الملزمة للعقد force obligatoire عديمة الجدوى, لا طائل منها, إذا كان الدائن لا يستطيع مقاومة عدم تنفيذ المدين للالتزام. من خلال الطرق المختلفة، فإن قانون العقد قد نظم من جانبه وسائل للرد بقوة على عدم الوفاء بالالتزامات. ويجب على الدائن مع ذلك أن ينفذ رجوعه في الحالات المعصومة من سوء النية. في الفروض

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n° 532.

العكسية, يكون استخدام الدائن لحقوقه مقرراً. فيجوز للدائن أن يلجأ إلى بعض الوسائل للمحافظة على حقوقه, غير أنه يتعين عليه أن يتسم بمقتضيات حسن النية وهو بصدد استخدام هذه الوسائل. أما إذا كان هذا الاستخدام مشوباً بسوء نية من جانبه, فيسقط حقه في اللجوء لهذه الوسائل. ومن هذه الإجراءات الدفع بعدم التنفيذ، وطلب فسخ الاتفاق لعدم التنفيذ.

(ا)- سقوط الحق في طلب الدفع بعدم التنفيذ: l'exception d'inexécution

١٧٩- يُعرَّف الدفع بعدم التنفيذ بأنه رخصة قانونية يحق بمقتضاها للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزام مُستحق الأداء في العقد الملزم للجانبين synallagmatiques كوسيلة للضغط على المتعاقد الآخر لحمله على تنفيذ التزامه الحال الأداء الممتنع عن تنفيذه. ويُعدُّ الدفع بعدم التنفيذ أداة للعدالة الخاصة un instrument de justice privé, إذ لا يلزم الالتجاء إلى القضاء لطلب التمسك بالدفع[١]. وقد قررت المادة ١٦١ من القانون المدني المصري عندما نصت على أنه" في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المقابلة مستحقة الأداء, جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً من تطبيقات القاعدة العامة في الحق في الحبس التي قضت به المادة ٢٤٦ من القانون

---

[١] -- انظر CARBONNIER (J.): Droit civil, t. 4, Les obligations, *op. cit.*,n° 84. في ذلك أيضا د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ١٧٦ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٣١١.-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٢٢١.- - د.حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: مصادر الالتزام, المصادر الإرادية وغير الإرادية, فقرة ٢٤٨.

المدني المصـــري[١]. ويكمن أســـاس الدفع في عدم التنفيذ في فكرة الســـبب التي تقيم ارتباطاً بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين وهو ذات الأســاس الذي يقوم عليه الحق في طلب الفسخ[٢]. وتجدر الملاحظة أن الدفع بعدم التنفيذ يُطلق عليه أيضا الامتناع المشروع عن الوفاء أو وقف تنفيذ العقد, وللتحقق من مشروعية استخدام هذه الطريقة، فإن تخضـع للرقابة, فيستطيع القاضـي إجراء الرقابة اللاحقة un contrôle a posteriori[٣].

١٨٠- وتقوم آلية الرقابة في الأصـــل على النية, ولم ينكر النظام هذه الاتجاهات إذ يســتوجب حســن النية فى المتعاقد الذي يتمســك بالدفع بعدم التنفيذ[٤]. حيث يقع على المتعاقدين في كافة العقود التزاماً بضـــرورة مراعاة مقتضـــيات حســـن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية, وتقضـــي بذلك المادة ١١٠٤من التقنين المدني الفرنســـي, والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB والمادة ١/٢ من القانون المدني الســويســري

---

[١] د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, صـ ١٥٣.-- د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ١٠٨ وما بعدها.-- د. أشرف جابر : مصادر الالتزام, فقرة ٣١١.-- د. عابد فايد : أحكام رابطة الالتزام, فقرات ١٢٨ وما بعدها.

[٢] د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٣١١.

[٣] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n° 534.-- انظر في ذلك أيضا د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام , صـ١٧٦ وما بعدها.

[٤] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.*,n° 631.-- MALAURIEC (Ph.),AYNES(L.),et STOFFEL-MUNCK(Ph.): Droit civil,Les obligations,op.cit.,n° 861.

والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي[١]. وكذلك المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني Mimpô.,

وعلى ذلك يعد مُخالفاً لحسن النية, تمسك المتعاقد بهذا الدفع لحمل المتعاقد الآخر على التنفيذ في ذات الوقت الذي يمتنع فيه هو أو يصـــر على عدم التنفيذ. وكذلك المتعاقد الذي يتمســك بهذا الدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد نَفذ الالتزام في مجمله ولم يتبقى منه إلا جزء يســير, أو كان هذا الجزء الذي لم يُنفذ قليل الاهمية. وعلى ذلك أيضـــا امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزام أســاســي لإجبار المتعاقد الآخر بتنفيذ التزام ثانوي. ويعد الدفع بعدم التنفيذ في هذه الأمثلة من مظاهر التعسف في استعمال الحق, فيكون من يتمسك بالدفع سئ النية[٢].

ومن ثمّ, يتبين أنه لا يكون بوسع الدائن سيء النية التمسك بهذا الدفع حقيقة ne puisse être valablement invoquéé par le créancier de mauvaise foi. ويكون إعماله – الدفع بعدم التنفيذ– مُعطَّلاً كذلك **في حالتين**, تتمثل الأولى, عندما يكون عدم التنفيذ منسـوباً للمتعاقد الذي يرغب في الاســتفادة منه, أي أن عدم تنفيذ الالتزام يحقق فائدة للمدين به، وعلى ذلك المســتأجر الذي يعزو إليه اســتحالة الانتفاع واستثمار التجارة, ومن ثم, يخلق المستأجر لنفسه وضع يستطيع من خلاله الدفع بعدم التنفيذ. وتكمن الحالة الثانية, في أن الدفع بعدم التنفيذ عبارة عن رد فعل متجاوز الحد reaction démesurée بالنســبة لمخالفة المدين manquement، ويستطيع القضاة عندئذ اعتبار أن القصور أو المخالفة déficience واجبة الإثبات,

---

[١] JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative *op. cit.*,n^os^ 461 et s.

[٢] انظر في ذلك أيضا د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ١٧٨.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٣١١, صـ ٢٤٧.-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٢٢٤.

ومن ثم, لا تكون مع ذلك كافية لرد مشروعية رفض التنفيذ, أي أن, تقصير المدين لا يكف لنفي مشروعية الدفع بعدم التنفيذ. ويكون حسن النية عندئذ وسيلة الرقابة على أن الدفع بعدم التنفيذ يكون مطبقاً بطريقة مُتناسبة مع عدم التنفيذ الصادر من المتعاقد الآخر L'exception d'inexécution est mise en oeuvre de maniére proportionée à L'inexécution du cocontractant وممارسة ذلك يُجيب عن الحاجة الشديدة La bonne foi est alors un moyen de contrôle que لحسن النية. وإذا لم يكن هذا الشرط متوافراً, فإن الدائن لن يتمكن حقيقة من الاستفادة من الرجوع على المدين بالدفع بعدم التنفيذ[١].

(ب) سقوط الحق في طلب فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ الالتزام. resolution pour inexécution

١٨١- يتماثل حق المتعاقد في طلب الفسخ مع حقه في الدفع بعدم التنفيذ في أنهما من الوسائل التي يلجأ إليها أحد المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين, للضغط على المتعاقد الآخر لحمله على تنفيذ التزامه المُمتَنع عن تنفيذه. ويسقط الحق في طلب فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ إذا استعمله مَن تقرر له بسوء نية. ونفرق في هذا الصدد طلب الفسخ القضائي والاتفاقي.

١- الفسخ القضائي:

١٨٢- الفسخ هو حق المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين, في حل الرابطة العقدية إذا أخل المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه. ويشترط لإمكان المطالبة بالفسخ, أن يكون العقد ملزماً للجانبين, وأن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه, وأن يكون المتعاقد طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو على الأقل مستعداً لتنفيذه, وأن يكون قادراً على إعادة الحالة

---

[١] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 534.

إلى ما كانت عليه قبل التعاقد, وعلى ذلك تقضـــي المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري[١].

ويلجأ الدائن إلى طلب الفسخ من القضاء – الفسخ القضائي– إذا توافرت شروط الفسخ, وخلا العقد من اتفاق بين المتعاقدين بشأن الفسخ. إذ يكون للدائن المضرور الحق في طلب الفســخ على أســاس المادة ١١٨٤ من التقنين المدني الفرنســي التي حلت محلها المادة ١٢١٧ من التقنين المدني الفرنســـي بعد تعديل ٢٠١٦, والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصــري. فيكون بوســع الدائن إما أن يطلب التنفيذ العيني الجبري L'exécution forcée للعقد إذا كان هذا التنفيذ مازال ممكناً. وإما أن يطلب الفســخ القضــائي بمعنى إنهاء العقد anéantissement, مع طلب التعويض. فعلى غرار الدفع بعدم التنفيذ, الذي يجمعه أصـل مشـترك مع الفسـخ من الناحية القانونية[٢], يقوم الفسخ على حسن النية La reso lutionse fonde sur La bonne foi [٣].

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان سلوك أحد المتعاقدين مخالفاً للنصوص القانونية في معظم التشـــريعات المختلفة, التي توجب مراعاة مقتضـــيات حســـن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية, كما تقضـــي بذلك ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنســـي, والمادة ٢/١ من القانون المدني الياباني Mimpô, والمادة ١/٢ من القانون المدني السويسري والمادة ١٣٧٥ من القانون المدني الكيبكي[٤]. وكذلك المادة ١/١٤٨ من القانون المدني

---

[١] انظر في ذلك أيضا د. جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ١٥٩ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٢٩٣ وما بعدها.-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٢٠٩ وما بعدها.

[٢] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Les obligations, *op. cit.*,n° 644.

[٣] RIPERT (G.): La règle morale...., *op.cit.*, n° 76.

[٤] JALUZOT (B.): *op. cit.*, n^os 461 et s.

المصـــري والمادة ٢٤٢ من القانون المدني الألماني BGB. وتقر هذه النصـــوص بمشـروعية الفسـخ، فهل يتغير الأمر عندما يؤدي التمسك بالفسـخ ذاته إلى الإضـرار بحسن النية ؟ تكمن الإجابة في أن للقاضـي السلطة المطلقة pouvoir souverain في تقدير مدى جســـامة المخالفة التي يحتج بها الدائن بالقياس على تصـــرفه. وقد اسـتبعدت محكمة النقض الفرنسـية إعمال الفسـخ الذي يتمسـك به الدائن بإيراد مرتب مدى الحياة الذي يرتكب تعســفاً عندما يطلب من المدين تبديل الإيراد بالمرتب، حتى يزوده بوسـيلة تمكنه من الحصـول على فسـخ البيع[١]. ومن هنا, يسـقط حق الدائن في طلب فسخ العقد, إذا كان تصرفه بسوء نية, ويجبر على تنفيذ العقد.

ومن هنا, عندما يكون تمسـك أحد المتعاقدين بالحق في طلب الفسـخ مشـوباً بسـوء نية, فإنه يكون مُسـتبعداً Le recours invouné de mavaise foi est ainsi écarté, ويبطل أثره, أي يســـقط هذا الحق. ويكتفي القاضـــي بالحكم بالتعويض المتعاقد, بســبب ســلوك المتعاقد الآخر وعدم تنفيذه لالتزماته, ويكون التعويض جزاءً كافياً, ويسقط الفسخ[٢]. فيجوز التعويض عند مخالفة أحد الطرفين لتنفيذ التزامه، وطلب الفسـخ من الطرف الآخر. ويثار التسـاؤل في هذا الصـدد عن الفرض الذي يتفق فيه المتعاقدان على فسخ العقد؟.

٢- **الفسخ الاتفاقي (الشرط الفاسخ الصريح)** clause résolutaire

١٨٣- يُقصـد بالفسـخ الاتفاقي إنهاء الرابطة التعاقدية عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته, بموجب اتفاق صريح على هذا الفسخ. يُقدِّم الشرط الفاسخ المُدرج في العقد, في الواقع العملي, مصـلحة مزدوجة. الأولى, تكمن في أنه يعمل ببسـاطة على إنهاء

---

[١] Cass. Civ. 1re, 7 févr. 2006, RTDciv., 2006, p. 763, obs. J.Mestre et B.Fages.

[٢] JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 535.

العقد لأن إدراجه في العقد يسمح بالاستغناء عن تدخل القاضي وفقاً المادة ١١٨٤ من التقنين المدني الفرنسي التي حلت محلها المادة ١٢١٧ من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديل ٢٠١٦, والمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري. لأن القاعدة التي تستوجب صدور حكم قضائي بالفسخ لا تتعلق بالنظام العام, فيجوز للمتعاقدين التخلي عن اللجوء للفسخ القضائي, والاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد عدم تنفيذ الالتزام, وإدراج هذا الشرط صراحة في العقد[١].

أما المصلحة الثانية، وتتمثل في أن صفته الدافعة incitatif للمدين[٢]. وبسبب فاعليته في أنه يَحثَّ هذا الأخير دائماً على تنفيذ التزاماته. ولا يتقرر أثر الشرط الفاسخ صراحة, أي يبطل أثر هذا الشرط, إذا كان قد تم تنفيذه من قبل الدائن بسوء نية La clause résolutoire expresse n'est pas acquise si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par créancier[3]. ولم تحسم محكمة النقض الفرنسية ذلك بالتأكيد. وفي المقابل، لا يكون لحسن نية المدين أي أثر على إقرار هذا الشرط. فقط سوء نية المستفيد من الشرط هو الذي يُؤثر على مدى التمسك به. ولهذا فإنّ إبطال تأثير الشرط الفاسخ المُمارس بسوء نية ينتزع الإبقاء الإجباري على الاتفاق La neutralisation des effets d'une clause résolutoire exercée de mauvaise foi emporte le maintient forcé de la convention. ويكون

---

[١] BENABENT (A.): Les obligations, *op. cit.,* n° 396.-- En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,*n°536. -- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات, ٢٩٩ وما بعدها.-- د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ١٦٥ وما بعدها-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, , صـ ٢١٣ وما بعدها.

[٢] MALAURIEC (Ph.), AYNES(L.),et STOFFEL-MUNCK(Ph.): Les obligations,op.cit., n° 885.

[3] Cass. Civ. 1re, 31 janv. 1995, RTD_{civ}., 1995, p. 623, obs. J.Mestre .

رجوع الدائن مُعطَّلاً أيضا[1] le recours du créancier est ainsi paralyse , ولكن هذا الدائن يبقى بالطبع حراً في استخدام حقه في مرات جديدة، عندما تتوافر شروط إعمال الشرط الفاسخ بحسن نية. ويجوز له الالتجاء إلى القضاء إذا نازعه المدين بشأن الفسخ, لأن القاضي لا تُسلب سلطته التقديرية حيال هذا الفسخ. ويتعين على القاضي إذا ثبت له امتناع المدين عن تنفيذ التزامه, ومن ثم التأكد من حسن نية الدائن, وبالتالي التحقق توافر شروط طلب الفسخ, أن يحكم بفسخ العقد. ويكون هذا الحكم مقرراً وكاشفاً للفسخ وليس منشئاً له, لأن الاتفاق– الشرط الفاسخ– هو مصدر هذا الفسخ وليس حكم القاضي[٢]. وبطريقة مماثلة يمكن المطالبة إذا لم يوجد حسن النية، فإنه يؤدي إلى سقوط حق الدائن في تنفيذ تأميناته.

ثانيا: سقوط حق الدائن في تنفيذ التأمينات. réalisation de la sûreté

١٨٤– يُقصد بالتأمينات تلك الضمانات التي تتقرر في مصلحة الدائن الذي يتصرف بكل حرية لكى يوافق على إنشاء الضمانات التي يتمنى الحصول عليها من المدين. ويقوم بتنفيذها عند عجز أو تقصير هذا الأخير في الوفاء بالدين المضمون بالتأمين. ومن باب أولى, يجب أن يكون الحق في تنفيذ الضمان من السلطة التقديرية للدائن, لذا يتعين تنفيذ الضمان بإدراك ودراية للتخلص من الرقابة على حسن النية. فعندما يكون سلوكه مشوباً بسوء النية وهو بصدد تنفيذ الضمان, فإن حق الدائن في هذا التنفيذ يسقط. كما يرد على انعدام الرقابة بعض الاستثناءات, التي تجوز فيها الرقابة.

---

[1] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 536.

[٢] انظر في ذلك د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ٢١٥.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٣٠١.-- انظر في ذلك أيضا د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ١٦٩.

(ا) عدم خضوع الحق في تنفيذ الضمان للرقابة. non contrôlable

١٨٥- يترتب على تنفيذ التأمين ضرراً للمدين، فالدائن يتصرف في إطار قدر محدود من الحرية في تنفيذه للضمان, في حدود أن هذا الحق يكون مقرراً لضمان الدين, ويُترك مكان محدود للرقابة التي تقوم على حسن النية ويكون الحق في الحبس شاهداً على ذلك.

١٨٦- **الحق في الحبس** Le droit de retention: يتقرر للدائن الحق في حبس المال المرهون Le bien gage, في الرهن الحيازي, فعند عدم وفاء المدين بالدين, وهو يمثل وسيلة لحمل المدين والضغط عليه توصلاً لوفاء الدين المضمون بالرهن بالكامل, ويجوز له ممارسة هذا الحق, بموجب المادة ٢٠٨٢ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١١١٠ مدني مصري[١]. فيجوز التسليم للدائن المرتهن صاحب الرهن الحيازي الحق في الحبس, ويقتضي على صاحب هذا الحق أن يتمتع بحيازة المال المرهون detention أو la possession أي تحت يده. ويثبت حق الحبس للدائن المرتهن سواء كان الشئ المرهون محله عقاراً أم منقولاً, وسواء أكان المنقول مادياً أم معنوياً[٢].

ويستطيع الدائن المرتهن أن يحبس الشئ المرهون عن الناس كافة, دون الإخلال بحقوق الغير التي يتم حفظها وفقا للقانون. فالدائن يستطيع أن يحبس الشئ عن

---

[١] انظر في هذا المعنى د. أحمد محمود سعد و د. همام محمد محمود زهران: التأمينات العينية والشخصية, دار الثقافة العربية, ٢٠٠٧, صـ ٥١٤ وما بعدها-- د. محمد السعيد رشدي, د. مصطفى عبد الجواد, د. جمال عبد الرحمن: الحقوق العينية (الأصلية والتبعية), فقرة ١٧٤.-- د. نبيلة إسماعيل رسلان: التأمينات العينية والشخصية, صـ ٢٤٣, وما بعدها.

[٢] انظر في هذا المعنى د. أحمد محمود سعد و د. همام محمد محمود زهران: التأمينات العينية والشخصية, صـ ٥١٤.-- د. نبيلة إسماعيل رسلان: التأمينات العينية والشخصية, صـ ٢٤٤.

المدين الراهن, فيمتنع عن رده إليه, كما يجوز له حبس الشـئ عن المالك الحقيقي إذا كان الدائن قد تسلم الشئ وهو حسن النية يعتقد اعتقادا مشروعاً أن المدين هو المالك. ويختلف حق الدائن في الحبس الذي ينشـأ عن الرهن الحيازي كتأمين عيني خاص باعتباره وسيلة من وسائل التأمينات الخاصة, عن الحق في الحبس الذي يثبت للدائن العادي بموجب المادة ٢٤٦ مدني مصري باعتباره وسيلة من وسائل الضمان العام[١].

وتجدر الإشارة إلى أن, حق الدائن المرتهن في حبس الشئ المرهون, يعتبر رفضاً مشروعاً لرد هذا الشـئ حتى تمام الوفاء بالدين المضمون بالرهن, هذه الطريقة تحقق مصلحة توصف بأنها غير مرغوب في آثارها. فعلى الرغم من أنه يكون من الصعب استبعاد الجزاء الذي يقوم على التعسف في استعمال الحق، فقد أقر القضاء الفرنسي بأن هذه المخالفة نادرة الوقوع, لأن التسـليم برقابة مرنة للغاية من أجل تعطيل أو إبطال تأثير فوائد هذا الإجراء, يكون بالمخالفة للغاية منه. ويتبيَّن ذلك من ملاحظات محكمة النقض الفرنسية في أن الضرر الذي يحدثه Le dommage occasionné par rétenteur الحابس يكون ضـرراً شـديداً على المدين. فلا يبدو أن القضـاة مستعدون لإعادة الأخذ بالتعسف في ستعمال الحق في الحبس, كما يكشف الحكم الصادر في ٢٤ سبتمبر ٢٠٠٩ [٢].

وقد فصـلت المحكمة في هذه الدعوى بأن هذا الحق، الذي يُمارس بواسـطة البائع الذي يطالب شـرعاً بالوفاء بثمن السـيارة, الذي يحتج به في مواجهة المشـتريين من الباطن. الخلاصة, هي أن حسن النية, ليس أكثر من أن إعسار المشتري من الباطن" لا يمكن أن يتحول إلى ما هو أسوأ بالتعسف في ممارسة هذا الحق". وهكذا يعتبر " الحق في الحبس هو حق عيني يكون نافذاً في مواجهة الغير غير الملتزم بالدين".

---

[١] د. محمد السعيد رشدي, د. مصطفى عبد الجواد, د. جمال عبد الرحمن: الحقوق العينية (الأصلية والتبعية), فقرة ١٧٥.

[٢] Cass. Civ. 1re, 24 sept. 2009, n°08-10.152, Bull.civ.,I, n°178.

وبالطبع يجب على الحابس le réteneur أن يُمارس حقه بطريقة مشـــروعة Le réteneur doit exercer son droit d'une maniére légitimes, كما أن هذا القضـاء يقر بشدة شروط صحة التأمينات, كشرط التحقق من مشروعية تنفيذه. فإذا كان في هذا النطاق، توجد عقبة في إعمال الرقابة على التعســـف، فإن الفروض الأخرى تُجيز مجازاة تنفيذ التأمين بسوء النية[١].

(ب) خضوع الحق في تنفيذ الضمان للرقابة:

١٨٧- تعد الكفالة نوعاً من التأمينات الشخصية الخاصة. ويتعين على الدائن في عقد الكفالة المحافظة على مصـــالح الكفيل. وتتحقق هذه المســلمة من خلال الإقرار الذي تضـعه المادة ٢٣١٤ من التقنين المدني الفرنســي, فنصـت على أنه" تُبرأ ذمة الكفيل من المسئولية عند استبدال الحقوق, فرهون الدائن الرسمية وامتيازاته لا تستطيع الكثير بفعل هذا الدائن, فهي تُدار لصـــالح الكفيل". وقد طبقت محكمة النقض الفرنســية هذا النص بانتظام من أجل حماية الكفيل ضـــد خداع الدائن.[٢]. أما في القانون المدني المصـــري فقد نظمت المادة ٧٨٤ من القانون المدني المصـــري, دفع الكفيل بإضاعة الدائن المتعاقد الآخر للتأمينات. وأن هذا الدائن لم يُحافظ على مصالحه. فقد يكون الالتزام المكفول مضـمونا بتأمينات أخرى إلى جانب الكفالة, وفي هذه الحالة يلتزم الدائن بالمحافظة عليها, حتى يتسـنى حماية حقوق الكفيل, وإلا برئت ذمة الكفيل بقدر ما أضـاعه هذا الدائن بخطئه من هذه التأمينات. وعلى ذلك تقضـي المادة ٧٨٤ مدني مصـــري. ومؤدى هذا النص أن فكرة هذا الدفع تتلخص في أنه إذا كان الدين الأصلي مضمونا بتأمينات أخرى إلى جانب الكفالة، كرهن رسمي مثلا، فإن مثل هذا التأمين العيني يضـمن رجوع الكفيل على المدين إذا ما قام بالوفاء للدائن. فإذا تسـبب

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 538.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n°446.

هذا الدائن بخطئه في فقد هذا التأمين، فإنه يلحق ضـــررا حقيقياً بالكفيل، ولهذا، فإن ذمة الكفيل تبرأ في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه من هذه التأمينات[١].

١٨٨- يخضـــع تنفيذ الكفالة La mise en oeuvre du cautionnement لمقتضيات حسن النية les imperative. ويؤدي مخالفة هذا الواجب إلى سقوط حق الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين بدلا من المدين عندما لا يضـــمن المحافظة على الحقوق المفضـــلة. وتبرأ ذمة الكفيل عندما يقع الحلول في الحقوق، كالرهون الرسمية وحقوق الامتياز المقررة للدائن، بسبب فعل هذا الأخير, لصالحه. وعلى ذلك, عندما يهمل صانع السيارة في التمسك بشرط المحافظة على ملكية السيارات المبيعة للمحال له أو صـــاحب الامتياز المعلن أو المشـــهر أو المقرر تحويله قضـــائيا. ذات المنطق عندما يهمل البنك الدائن في عمل ما هو ضروري لتأمين المحافظة لمصلحته على الأموال المرهونة وأدى إلى اســـتحالة الاســـتفادة بالحلول في الحقوق. في هذه الحالة، يسقط حق الدائن أو يُجرّد من حقه Le créanaer est déchu de son droit في مطالبة الكفيل بالدين المكفول بســـبب" عدم إعلانه" بالدين في الإجراء الجماعي للمدين. وفي جميع الحالات يكون جزاء السـقوط قاسـماً مشـتركاً [٢]. ويجب على الكفيل إقامة الدليل على أن الحلول في الحقوق أصـــبح مســـتحيلاً بســـبب فعل الدائن. ومن جانبه, للتخلص من جزاء السقوط، يجب على الدائن أن يثبت أن الحلول الذي أصبح مستحيلاً بسبب تراخيه أو تكاسله لن يكون مؤثراً. فينبغي المحافظة على

---

[١] انظر في ذلك د. محسن البيه: التأمينات الشخصية والعينية, فقرة ٧٦.-- د. أشرف جابر: الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, فقرة ٦٦, صـ ٥٥, وما بعدها.-- د. محمد السعيد رشدي ود. مصطفى عبد الجواد, ود. جمال عبد الرحمن: الحقوق العينية (الأصلية والتبعية), صـ ١١٧.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n^os^ 539 et s.

سـبب الثقة المشـروعة قوية من أجل حماية مصـالح الكفيل من الوقوع تحت طائلة سقوط حقه في الرجوع .

الفرع الثاني: سقوط الحق في الرجوع إلى الوسائل المقررة لحماية مصالح المدين.

recour visant la protection de intérêts du débiteur

يؤدي سوء نية المدين إل تعطيل مفعول الوسائل التي يجوز له اللجوء إليها للدفاع عن مصالحه أي سقوط حقه في إبداء الدفوع أو في القيام بالإجراءات الفردية.

أولا: سقوط حق في استعمال الدفوع : moyens de defense

١٨٩- توجد عدة دفوع يكون بوسـع المدين اللجوء إليها عند مطالبة الدائن له بتنفيذ التزامه. مثل **الدفع بالتقادم**: prescription وهو دفع موجه إلى دعوى الدائن من شـأنه أن يؤدي إلى سـقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسـك به من له مصـلحة فيه. ويكمن أسـاس التقادم في المحافظة على اسـتقرار الأوضـاع في التقادم الطويل, فليس من المقبول بعد مرور مدة طولية (١٥ سـنة في القانون المصـري, ٣٠ سـنة في القانون الفرنسـي) سـكت خلالها الدائن عن المطالبة بحقه ثم يتذكر فجأة أنه كان له حق عند أحد الأشخاص. فمثل هذا السكوت طيلة هذه المدة يحمل على أنه تنازل من قِبل الدائن عن حقه. إذن اعتبارات الحفاظ على اسـتقرار الأوضـاع تحتم في هذه الحالة" سقوط" حق الدائن في مطالبة مدينه بتنفيذ الالتزام الذي كان له في ذمته[١].

[١] د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام رابطة الالتزام, فقرات ٤١٤ وما بعدها.-- د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, صـ ٢٨٠ وما بعدها.-- د. جلال إبراهيم: النظرية العامة للالتزام, صـ ٢٨٠ وما بعدها.

ومن هنا, يكون للمدين الحق عند مطالبة الدائن له بتنفيذ الالتزام, بعد المدة المعينة للتقادم, الدفع بالتقادم. وعلى المدين أن يلتزم بمقتضيات حسن النية وهو بصدد استعمال حقه في في هذا الدفع, فلا يستطيع المدين الدفع بالتقادم بسوء نية. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في ٢٦ نوفمبر ١٩٩٦[١], بأن المؤمن يلتزم بالأمانة والصدق Layouté في تنفيذ التزامه بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له بعد وقوع الكارثة à la survenance d'un sinistre. ولا يستطيع المؤمن الاستفادة من مدة التقادم se prévaloir du délai عندما يتعمد تركها تمر حتى يتسنى له التخلص من التزامه بتعويض المؤمن له son obligation d'indemniser L'assuré . والصعوبة بالنسبة لهذا الأخير (المؤمن له) تكون عند إثبات أن السكوت الخادع من المؤمن كان بهدف إضعاف يقظته أو حرصه. إذا تحقق ذلك, فإن سقوط وسيلة الدفاع المُستمدّة من التقادم تكون مستحقة. وبالتالي يسقط المدين– المؤمن– بسبب سوء نيته في الدفع بالتقادم, عند مطالبة الدائن– المؤمن له– له بتنفيذ الالتزام, بعد مرور المدة المعينة للتقادم. بمعنى أنه إذا كان سلوك المدين طوال مدة التقادم سئ النية بأن يتركها تمر عمدا حتى تُبرأ ذمته من الدين, فإن وسيلة الدفاع المستمدة من التقادم– الدفع بالتقادم– تكون مستوجبة السقوط, ويلتزم المؤمن عندئذ بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له. ويطبق ذات الاستدلال عندما يحاول المدين الاستفادة من سوء النية بالإجراءات الفردية.

[١] Cass. Civ. 1re, 26 nov. 1996, n°94-13.468, Bull.civ., I, n°415.

ثانيا: سقوط الحق في التدابير الفردية mesures individuelles.

(سقوط حق المدين في طلب نظرة الميسرة).

١٩٠- نظرة الميسرة أو مَدّ المهلة delais de grâce, تقضي القاعدة في الوفاء بالالتزام بأنه يجب أن يتم الوفاء بالالتزام في الموعد المحدد لذلك, سواء أكان باتفاق الطرفين أم بنص القانون. وإذا لم يُحدّد للوفاء بالالتزام أجل, فيجب أن يتم الوفاء به فورا بمجرد نشوئه وترتيبه نهائياً في ذمة المدين, وعلى ذلك تقضي المادة ١/٣٤٦ من القانون المدني المصري. أما الاستثناء على هذه القاعدة هو نظرة الميسرة, لذ يجوز للقاضي أن يحدد لوفاء الالتزام موعداً متأخراً عن الموعد المتفق عليه, أو عن الموعد الذي يحدده القانون, فيصبح الوفاء الالتزام مستحقاً عند حلول الأجل الذي عينه القاضي. لذا يطلق عليه الأجل القضائي أو نظرة الميسرة ويمنحها القاضي للمدين دون موافقة الدائن, نظرا لظروف خاصة به [١]. وعلى ذلك تنص المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدني المصري, بقولها أن" .... ٢- 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 التأجيل ضرر جسيم". ويستفاد من النص أن يتعين توافر عدة شروط لمنح المدين نظرة الميسرة ومنها ألا يوجد نص يمنع إعطاء هذه المهلة, وألا يلحق الدائن من تأجيل الوفاء ضرر جسيم, وأن تستدعي حالة المدين وظروفه منحه أجلاً للوفاء. وتقدير ظروف المدين متروك للقاضي يفصل فيه على ضوء الظروف والملابسات التي تحيط بتنفيذ المدين لالتزامه, واهمها حسن أو سوء نية المدين. فيوافق القاضي على منح المدين المهلة إذا وجد أنه حسن النية حريص على الوفاء بالتزامه, ولا يمنعه من ذلك سوى ظروف خاجة عن إرادته, كمرض لحقه أو لحق أحد أفراد أسرته. أما إذا وجد القاضي أن المدين سئ

[١] د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, صـ ٢٢ وما بعدها.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام رابطة الالتزام, فقرات ٧٠ وما بعدها.

النية, وأنه ممتنع عن التنفيذ تعنتا رغم اســـتطاعته التنفيذ, فإن القاضـــي لا يمنحه الأجل[١]. ومن ثم, إذا كان المدين سئ النية, فيسقط حقه في طلب نظرة الميسرة.

١٩١- أما بالنســـبة للقانون المدني الفرنســـي. فتعتبر المادة ١/١٢٤٤ منه(التي أصـــبحت المادة ٥/١٣٤٣ من التقنين المدني الفرنســـي بعد تعديل ٢٠١٦) مثالاً حاسماً، حيث قضت بأنه يجوز للقاضي بعد الأخذ في الحسبان حالة المدين والاهتمام باحتياجات الدائن، وفي حدود عامين، تأجيل أو تقسيط reporter ou échelonner الوفاء بالمبالغ المستحة الدفع. وقد أدخل المشرع الفرنسي قيداً لمنح الأجل القضائي, يتعلق بضرورة أن يكون الالتزام عبارة عن التزام بدفع مبلغ من النقود قد استحق الأداء ويطالبه الدائن بالوفاء به[٢].

ولا يستطيع المدين سيء النية الاستفادة من الإجراءات الفردية كما لو طلب تقسيط أجل الدفع échelonnement des paiements[٣] أو نظرة ميسـرة أي مهلة للوفاء. ويتبين أن المواد ٢/٣٤٦ مدني مصري والمادة ١/١٢٤٤, ٥/١٣٤٣ مدني فرنسي لم تذكر صراحة عبارة " حسن نية المدين". فإذا كانت المادة ٢/٢٣٦ اكتفت بذكر عبارة " إذا اســـتدعت حالته(أي المدين) ذلك", وذكرت النصـــوص الفرنســـية عبارة " حالة المدين situation du débiteur ", فإن حالة المدين تتمثل في الصعوبات والأزمات المالية difficultés financiéres التي تتعارض مع تنفيذه لالتزاماته, ومع حســـن

---

[١] د. عابد فايد: أحكام رابطة الالتزام, فقرات ٧٢ وما بعدها.-- د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, صـ ٢٣ وما بعدها.

[٢] JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.,*n° 542.-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام رابطة الالتزام, مرجع سابق, فقرة ٧١.

[٣] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, *op. cit.,*n° 440.

نيته. ويتعين على هذا الأخير أن يثبت من خلال تصرفه أنه كان مستعداً تماماً للوفاء بديونه tout disposé à payer ses dettes وأنه يبذل قصـــارى جهده لتوفيق وضـــعه arranger sa situation, ولا يمنعه من ذلك ســوى ظروف لا يد له فيها, وكلها قرائن على حسن نيته. في المقابل, يؤدي فعل المدين المخالف لحسن النية إلى سقوط حقه في طلب نظرة ميسرة[١].

١٩٢- في النهاية, يكون تطبيق جزاء الســـقوط غنياً بالإمكانيات وكافياً. فهو يجيز سواء بسقوط الميزة أو الفائدة التي يستطيع المتعاقد سيئ النية توقعها بتصرفه, سواء سـقوط الحق في ممارسـة حق الرجوع أو المطالبات بسـبب التصـرفات التي تخالف النصوص القانونية التي توجب تنفيذ العقود وفقا لمقتضيات حسن النية كالمادة ١١٠٤ مدني فرنسـي, والمادة ١/١٤٨ مدني مصـري. ففي الأولى, يقود السـقوط إلى الإبقاء الإجباري أو التنفيذ الجبري للعقد أو حوالته الإجبارية. أما بالنســـبة للإمكانية الثانية, فتنتج عن أما سقوط حق الدائن في الرجوع إلى الوسـائل المقررة لمصـلحته, حيث أنه يؤثر على طرق علاج التعامل مع القصـور في تنفيذ الالتزامات التعاقدية, أو سـقوط الحق في الرجوع إلى الوسـائل التى تهدف إلى حماية مصـالح المدين. ويضـفي جزاء السقوط كل قوته على الالتزام بمنع المتعاقد من التصرف بطريقة مخالفة وعدائية للثقة المشـروعة للمتعاقد الآخر. ويوجد بالإضـافة إلى السـقوط, التعويض الذي يكون له فاعلية وبخاصة لمعاقبة مَن يُخالف حسن النية.

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, th., *op. cit.*,n° 542. -- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: أحكام رابطة الالتزام, مرجع سابق, فقرة ٧٣, صـ ٦٨ وما بعدها.-- د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, مرجع سابق, صـ ٢٤.

المبحث الثاني :

التعويض كجزاء على مخالفة حسن النية

dommages et intérêts

١٩٣- يكون التعويض مقرراً على سبيل الجزاء القانونى سواء كان بطريقة استثنائية عندما لا يمكن تطبيق جزاء السقوط، أم كان تكميلياً عندما يكون الضرر قابلاً للتعويض, ويتقرر هذا الجزاء لمعاقبة مَن يُخالف أو يتجاهل النصوص القانونية في معظم التشريعات المختلفة, التي توجب مراعاة مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية. ولا تُثير طبيعة التعويض التعاقدية الشك, لأنه يكون متوقعاً بين الأطراف المتعاقدة وبوجه عام يكون قابلاً للتوقع القانوني, كما يكون التعويض المالي سلاحاً تقليدياً[١]. ويتعين أن يكون التعويض مساوياً لكل الضرر الذي يصيب المتعاقد جراء مخالفة حسن النية من قِبل المتعاقد الآخر. ومن ثم, يجب أن يكون الضرر معوضاً بالكامل.

المطلب الأول:

تقدير التعويض.

évaluation de reparation

١٩٤- تنطوي المسئولية التعاقدية على التعويض الكامل لكل الأضرار الناتجة عن السلوك المشوب بسوء النية الصادر عن المتعاقد الآخر. ويقع على المضرور, علاة على ذلك, الواجب يكمن في الحد من الأضرار التي قد يتعرض لها.

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 544.

الفرع الأول: التعويض الكامل عن الأضرار الناتجة عن مخالفة حسن النية.

la réparation intégralité du dommage

يقوم مبدأ التعويض الكامل على تعيين مدى كافة الأضـــرار حتى يمكن تقدير قيمة التعويض.

أولا: مبدأ التعويض الكامل. le principe de la réparation intégrale

١٩٥- تُمَثل المسئولية الأثر أو الجزاء المترتب على إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدي, ويُعد المتعاقد مُخلاً بالتزامه عند امتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام أو التأخير فيه, ويكون مخلاً أيضـــا عندما يكون تنفيذ هذا الالتزام معيباً. ومتى ثبت إخلال المتعاقد بالتزامه كان مسئولاً عن تعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي أصابه جراء هذا الإخلال, ما لم يُثبت أن اســتحالة التنفيذ قد نشــأت عن ســبب أجنبي لا يد له فيه, وعلى ذلك تقضــي ١١٤٧من التقنين المدني الفرنســي والتي حلّت محلها المادة ١/١٢٣١ [١] بعد تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦, والمادة ٢١٥ من القانون المدني المصري. **وتكمن القاعدة:** في أن نظام المســئولية التعاقدية ينحصــر, من حيث المبدأ, في نطاق التعويض عن الضـــرر المتوقع dommage prévisible, لحماية توقعات المتعاقدين. وفي هذا تختلف المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية, إذ يشمل التعويض في هذه الأخيرة

[١] Art. 1231-1 du Code civil français " Le dé est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêtes soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ".

الأضـــرار المتوقعة وغير المتوقعة[١]. وعلى ذلك تقضـــي ١١٥٠ من التقنين المدني الفرنســـي والتي حلت محلها المادة ٣/١٢٣١ بعد تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦, والمادة ٢/٢٢١ من القانون المدني المصري, والتي تقضي بأنه إذا كان الالتزام مصدره العقد, فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر المتوقع أو الذي كان يمكن توقعه وقت التعاقد.

وتجدر الملاحظة, إلى أن النظام التعاقدي يُتيح للمتعاقدين بتوقع المخاطر التي قد يتعرضون لها أثناء تنفيذ العقد. ويُشترط في الضرر واجب التعويض أن يكون محققاً ومباشراً ومتوقعاً[٢].

١٩٦- أما الاستثناء: فيكمن في أنه إذا كان نطاق الضرر مُحدداً، فيجب على العكس ضمان تعويض كافة الأضرار, أي يتعين أن يكون التعويض الكامل للضرر متحققاً. ويقصد بذلك المبدأ الجامد المقرر في المادة ١١٤٩ من التقنين المدني الفرنسي التي حلت محلها المادة ٢/١٢٣١[٣], والمادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري. ويخضع التعويض في تقديره المطلق لقاضي الموضوع، وتوجد صعوبات في هذا التقدير لأنه يعتمد على الظروف, وتحدد المحكمة نطاق الضرر.

---

[١] انظر في ذلك د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ١٨٠, صـ ١٩٥ وما بعدها, صـ ١٩٨ وما بعدها.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرات ٢٣٤, ٢٤٦.-- JABBOUR (R.): th., *op. cit.*,n° 546.

[٢] انظر في ذلك د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, صـ ١٩٥.-- د. أشرف جابر: مصادر الالتزام, فقرة ٢٤٥.

[٣] Art. 1231-2 du Code civil français " Les dommages et intérêtes dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-aprés ".

ويكون التعويض الكامل امتداداً للتعويض العادل, نتيجة للأضـــرار التي لحقت المضرور بسبب جسامة خطأ المسئول عن الضرر. وذلك بإضافة مبلغ إلى التعويض العادل[١]. ويتم تقدير تعويض الضـمان, أي التعويض العادل, ويشـتمل علي الخسـارة المتحققة والضـــرر المادي, والضـــرر المتوقع في المســئولية العقدية, ويتم الأخذ في الاعتبار كل الأضـرار التي لحقت به, بعيداً عن كل فكرة لسـوء النية, ويضـاف إليه قيمة تعادل الخطأ المشوب بالذنب حتى يصل إلى التعويض الكامل[٢], الذي يقوم على إقرار مسـئولية فاعل الضـرر التي تقوم بدورها على فكره الذنب, بالنظر إلي سـلوك المسـئول غير المشـروع المشـوب بسـوء النية, أي المخالف لحسـن النية, فالتعويض الكامل ما هو إلا إضـافة للتعويض, يتم تقديرها وفقا لجسـامة الخطأ, أو درجة سـوء النية, وفقا للمعيار الشـخصـي[٣]. وتشـتمل علي المكسـب الفائت والضـرر الأدبي,

---

[١] STARCK (B.): Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thè., *op. cit.,* p. 397.--ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.): Essai sur la notion de reparation, thèse, L.G.D.J., 1974, p.100.

[٢] STARCK (B.): Essai d'une théorie générale de la responsabilitécivile considérée ..., thè., *op. cit.,* p. 397, p. 415.--ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.): Essai sur la notion de reparation, thè., *op. cit.,* p.100 et s. -- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, مرجع سابق, فقرة ٨٢, صـ١٥٨, وما بعدها.-- د. يحيي صقر أحمد صقر: حماية حقوق الشخصية في إطار المسئولية التقصيرية , رسالة دكتوراه, دار النهضة العربية , ٢٠٠٧, صـ ٥٥٩ وما بعدها.

[٣] JAULT (A.): La notion de peine privée, thè., *op. cit.,* n°38.--STARCK (B.): Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile ...., thè., *op. cit.,* p. 415 et s.--ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.): Essai sur la notion de reparation, thè., *op. cit.,* p.99 et s. -- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين

والضـــرر غير المتوقع في المســـئولية العقدية, ثم تضـــاف هذه القيمة إلي تعويض الضمان لتصبح تعويضاً كاملاً[١].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار التعويض الكامل عقوبة خاصـــة[٢]. وهذه العقوبة لها حد أدني تبدأ من عنده، وحداً أقصـــي تنتهي عنده. فالحد الأدنى الذي تبدأ العقوبة الخاصـــة من عنده يتمثل في تعويض الضـــمان أو التعويض الموضـــوعي العادل. أما عن الحد الأقصـى للعقوبة الخاصـة فهو التعويض الكامل[٣] . وبالتالي فهي تبدأ من بعد الحد الأقصـــى لتعويض الضـــمان, والذي يعتبر الحد الأدنى للعقوبة الخاصـــة, وحتي الحد الأقصـــى للتعويض الكامل, والذي يُعتبر أيضـــاً الحد الأقصـــى للعقوبة الخاصة[٤].

الخطأ والضرر, فقرة ٨٢, صـ١٥٨.-- د. يحيي صقر أحمد صقر: حماية حقوق الشخصية في إطار المسئولية التقصيرية , صـ ٥٥٩ وما بعدها.

[١] COUTANT-LAPALUS (C.): Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thè., *op. cit.,*n^{os} 240, 385, 433.

[٢] JAULT (A.): La notion de peine privée, thè., *op. cit.,* n°38.--STARCK (B.): Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile…., thè., *op. cit.,* p. 415 et s.--COUTANT-LAPALUS (C.): Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thè., *op. cit.,*n^{os} 240, 385, 433.--ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.): Essai sur la notion de reparation, thè., *op. cit.,* p.99 et s.-- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر, فقرة ٨٢.-- د. يحيي صقر أحمد صقر: حماية حقوق الشخصية في إطار المسئولية التقصيرية, صـ ٥٥٩ وما بعدها.

[٣] STARCK (B.): Essai d'une théorie générale de la responsabilitécivile…, thè., *op. cit.,* p. 406.

[٤] STARCK (B.): Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile …., thè., *op. cit.,* p. 415 et s.

١٩٧- ويغطي مبدأ التعويض الكامل كافة الأضرار سواء أكانت مادية أم معنوية ففي ***الحالة الأولى***: يكون المقصود هو التعويض عن الضرر الذي يتمثل في التعويض عن الكسب الفائت Lucrum cessans والخسارة المتحققة dammum emergens[١]. وهكذا عندما تكون التعويضات واجبة على المتعاقد الآخر، فينتج المكسب الفائت على سبيل المثال عن مخالفة للالتزام الإنفرادي. ويمكن أن يصدر أيضا عن الفرصة الفائتة perte de chance التي تتوافق مع عدد كبير من الأعمال المتوقع ممارساتها قريبا. ومن ناحية آخرى, يجب أن يوازن التعويض الخسارة المتحققة les perts subies في حالة الإنهاء أو الفسخ المفاجئ وغير المتوقع rupture brutale للعلاقة التعاقدية. وهذه الخسائر تتمثل في الاستثمارات غير المتحققة investissements non encore amortis، ويجب أن يُغطي التعويض l'indemnisation كل الآثار المالية Les effets pécuniaires الناتجة عن الأخطاء المرتكبة fautes commises من قِبل المتعاقد الذي يتعمد زيادة النفقات المالية alourdi frais على صاحب الامتياز (المحال له) concessionaire ويُصَعِب إدارته.

أما في ***الحالة الثانية***: فقد أقرت المحاكم التعويض عن الضرر الأدبي dommage moral. كما هو الحال في التعويض عن الاعتداء على السمعة التجارية لصاحب الامتياز نتيجة الفسخ التعسفي من جانب مانح الامتياز (المحيل). فينبغي مع ذلك ملاحظة التحفظ الذي عَبَّرت عنه محكمة النقض الفرنسية بالنسبة للتعويض عن هذا النوع من الضرر. ويكون عقد الالتزام (الامتياز) contrat concession شاهداً قوياً

---

[١] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Les obligations, *op. cit.*, n° 597 et s.

على الإبقاء على العلاقة العقدية, بعيداً عن كل تشـــجيع للمتعاقد الآخر على إنجاز الاستثمارات، ولا يكف (الضرر الأدبي) بذاته لوصف طلب فسخ العقد بالتعسف في اسـتعمال الحق, ويتم تقرير التعويض عن الضـرر الأدبي إلى جانب بقاء العقد. ومن الناحية النظرية، تُعدُّ خيانة أو خداع الثقة وحدها confiance trompée ضرراً, ومن ثم, التسـليم بأن الاعتقاد الخائب croyance décue يكون قادراً بمفرده على تبرير التعويض، ويتضـــمن الأخذ في الحســـبان بالضـــرر الأدبي. بيد أن، إذا كان نظام المسئولية التعاقدية يجيز هذا التعويض، فإن محكمة النقض الفرنسية لم تُقر ذلك، في هذه الحالة, فإن الرغبة تميل إلى إمكانية تقرير هذا التعويض باسم حسن النية.

وتجدر الإشارة إلى أن, محكمة النقض الفرنسية قد رفضت في حكمها الصادر في ٥ أكتوبر ٢٠٠٤[١] حكم محكمة الاستئناف الذي أخذ بتعسف مانح الامتياز – المحيل– في تنفيذ العقد, دون إثبات أن هذا الأخير قد حثّ صـــاحب الامتياز على إنجاز الاسـتثمارات، ولم يكتف القضـاء العالي بالتصـرف المشـوب بسـوء النية فقط، والذي يستتبع التعويض عن الاستثمارات المالية الضرورية بواسطة مانح الامتياز. ويستوجب القضـــاء، لإقرار التعويض، إذن ضـــرراً واقعياً ملموســـاً dommage tangible أي الضـرر المادي, فعند غياب الضـرر المادي، يَتَعذَّر التقدير النقدي للضـرر المعنوي الذي ينتج عن التصـرف المشـوب بسـوء النية والذي يتسـم بالتردد الذي لا يتوافق مع ضـــرورة القابلية للتوقع التعاقدي peu compatible avec L'exigence de prévisibilite contractuelle, وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن مَن يخدع الثقة لا يرتكب بالضرورة تعسفاً[٢].

---

[١] Cass. Com., 5 oct. 2004, RTDciv., 2005,p. 127, obs. J.Mestre et B. Fages.

[٢] En ce sens JABBOUR (R.):, th., *op. cit.,* n° 546.

ثانيا: تقدير قيمة التعويض.

١٩٨- تعتبر مشكلة تقدير التعويض مشكلة دقيقة, فتقدير قيمة التعويض يمكن أن يكون قاصراً أو مانعاً, وإنما يتأكد أيضاً أنه تكميلي للسقوط complémentaire à la déchéance, فتعويض الضرر الذي أصاب المتعاقد بسبب تصرف المتعاقد الآخر المخالف لحسن النية. ومهما كان نوع الضرر, فإن الصعوبة التي تواجه القاضي تكمن في التقدير المالي. فيكون التعويض في حالة الحكم بالسقوط منقوصاً, فلا يغطي التعويض إلا الضرر المستمر على الرغم من انعدام تأثير الحق بتطبيق جزاء السقوط. ومن جهة أخرى، عندما يكون يقتصر الحكم على التعويض فقط، فهل يساوي المبلغ المُخصص للتعويض أو يزيد عن قيمة الدين؟ ويظهر أن القضاء قد رد بالإيجاب. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في ٥ نوفمبر ٢٠٠٣ [١] بأنه في الامتناع عن حماية المستأجر من إبطال تأثير التنبيه بالإخلاء الذي قدمه بسبب عيب في الشكل La nullite de son congé، لا يستطيع المؤجر إنكار هذه المخالفة ونتائجها، ويكون مُرتكباً خطأً يُبرر تقدير مبلغ للتعويض يساوي قيمة الإيجارات الناتجة عن سريان عقد الإيجار. والحل المعمول به يحظر priver التصرف المشوب بسوء النية وآثاره.

فإذا كان التعويض الذي يساوي بدقة الدين, فإنه لا يعتبر اعتداءً على ماهية الحقوق والالتزامات. ومن ثم, لا يكون من المناسب تقييد سلطة القاضي في تقدير التعويض بطريقة غير مبررة من ناحية المسئولية العقدية والتقصيرية ، ويبقى التساؤل عما إذا كان يقع على الأطراف التزام بإنقاص أو تخفيض الضرر الواجب التعويض.

---

[١] Cass. Civ. 3e, 5 nov. 2003, n° 01-17.530, Bull.civ.,III,n°189.

الفرع الثاني: واجب المضرور بتحديد أو حصر الضرر المترتب عن مخالفة حسن النية.

١٩٩- **في نطاق المسئولية التقصيرية:** اقتضاء حسن النية يمكن أن يُستَمدّ أو يُشتق من واجب يقع على المتعاقد مضمونه تقليل أو تخفيض الضرر الذي لحقه minimiser son dommage وفقاً للمادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي والتي حلت محلها المادة ١٢٤٠[١] من تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦, وتقابلها المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري, التي تنص على أن فاعل الضرر يجب أن يُعوض" كل النتائج " ويلتزم المضرور بالحدّ الضرر الذي أصابه أي يلتزم بعدم زيادته. هذه التسوية تدخل في نطاق المسئولية التقصيرية. وتبقى إمكانية إدراج واجب المضرور بتخفيض الضرر الذي أصابه[٢].

أما في نطاق المسئولية التعاقدية: ذهب القضاء إلى التأكيد على أن منطق تحديد أو حصر الضرر الذي أصابه يمكن تغليبه بالنسبة للمضرور سيء النية. كما هو الحال في الضرر المادي الذي يلحق المُورِّد (المُتعهِّد) نتيجة الفسخ المفاجئ لعلاقته التعاقدية مع المُوزِّع. فإذا كان فسخ العقد موصوفاً بالتعسف في استعمال الحق، فإن نطاق التعويض في المقابل يكون محدوداً, لأن الأول يتناسب مع الثاني ويرتبط به، ولا يكون الحكم بالتعويض مُفيداً في تنظيم حل عادل لإقامة وتقوية علاقات الأعمال الأخرى. قبول أو تحمل المخاطر والأحكام تقوم على الأخذ بهذه الحقيقة في الاعتبار من أجل تقدير الضرر. ويبرر الحل من خلال فكرة أن القانون لا يهتم بعلاج الجروح

---

[١] Art. 1240 du Code civil français " Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel i lest arrive à le réparer ".

[٢] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 548.

mission de ponser les plaies التى لا يكون لها رد فعل مناسب. وعلى الرغم التردد الواضح لمحكمة النقضالفرنسية, وبمراعاة كافة التحفظات, فإنها تسعى من أجل التسليم في المجال التعاقدي، بأن واجب المضرور بتحديد نطاق الضرر الذي أصابه, يقوم على حسن النية[١]. أي أن محكمة النقض الفرنسية أقرت بأنه يقع على المضرور واجب الحَدّ من أو تقليل الضـرر الذي لحق به, ويقوم هذا الواجب على حسـن النية, بمعنى أنه يحظر على المضـرور أداء هذا الواجب بالمخالفة لحسـن نية, كما لو قام بزيادة هذه الأضرار على خلاف الحقيقة.

وفي النهاية, تتضـمن دراسـة تطبيق جزاء التعويض النظر في تقديره. ويجب في هذا الشأن, أن تُغطي المَبالغ المعينة بواسطة القاضي كل الضرر المتوقع doivent couvrir L'intégralite du dommage prévisible الذي يَنتج عن مخالفة حسـن النية. ويكون تقدير هذه المبالغ وفقاً لعبارات المادة ١١٤٩ من التقنين المدني الفرنسي التي حلت محلها المادة ٢/١٢٣١[٢], وكذلك المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري، لتعويض الضـرر المادي بل والأدبي أيضـاً. وفي كل الحالات, يأخذ نطاق التعويض في الحسبان الحكم بالسقوط أم لا. وتقود هذه النقطة إلى الاهتمام بمسألة الواجب الذي يقع على المضـرور بتحديد الضـرر الذي أصـابه وفقا لحسن النية du devoir pour victime de limiter son dommage au nom de la bonne

---

[١] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.*, n° 549.

[٢] Art. 1231-2 du Code civil français " Les dommages et intérêtes dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-aprés ".

foi, فإذا كان هذا الواجب يتسم بالصعوبة في نطاق المسئولية التعاقدية, فإنه يكون مقبولاً [١].

[١] STOFFEL–MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, th., *op. cit.,* n° 163 et s.

المطلب الثاني:

تنظيم التعويض عن الأضرار الناتجة عن مخالفة حسن النية.

aménagement de La reparation

٢٠٠- تُتيح الحرية التعاقدية للمتعاقدين تحديد النتائج المالية وآثارها على التوازن الاقتصادي للعقد بسبب عدم تنفيذ التزاماتهم. وتكون الشروط المُحدِّدة للمسئولية في الحقيقة مشروعة Les clauses limitatives de responsabilité sont en effet licites والتي يمكن لها، في حالة المخالفة التعاقدية، أن تسمح للمدين بتحديد حد أعلى أو سقف fixer le plafond لمبلغ التعويض[١]. ويُقصد بذلك أن حسن النية، يبدو مغرياً للمتعاقد في محاولة استبعاد مسئوليته الاتفاقية[٢]. ولهذا، هل يكون هذا النوع من الشروط صحيحاً ؟ يفترض الإجابة بالنفي. ويكون حسن النية في العقد ضرورياً لا غنى عنه, إذ يُضفى عليه صبغة النظام العام une coloration d'ordre public كما في إقرار تعديل قانون العقود في التقنين المدني الفرنسي الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦. فلا يكون حسن النية فقط قاعدة تُسيطر على تنفيذ كل العقود وحسب, وإنما هي قاعدة ضرورية للعقد في كل مراحله, بداية من مرحلة التفاوض, مرورا بإبرام العقد ووصولا لتنفيذه, وأن حسن النية يكون من النظام العام في كل هذه المراحل, وأن أي اتفاق بين المتعاقدين يخالف ضرورة التفاوض, والانعقاد والتنفيذ وفقا لمقتضيات حسن النية يكون باطلاً. وقد قضت على ذلك المادة ١١٠٤

---

[١] TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Les obligations, *op. cit.*, n° 609 et s.

[٢] STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, th., *op. cit.*, n° 163 et s.

من التقنين المدني الفرنسي , والتي حلت محل المادة ٣/١١٣٤ بعديل ٢٠١٦. وتكون صحة الشروط المتعلقة بتحديد المسئولية كذلك مُشترطة بمراعاة القانون والنظام العام, بل وتحترم أيضاً مقتضيات حسن النية التعاقدية[1]. فيشترط لصحة الشرط المتعلق بالمسئولية احترام مقتضيات حسن النية التعاقدية aux exigences de bonne foi contractuelle[2] ، وهكذا، تكون الشروط الاتفاقية التي تتعلق باستبعاد مسئولية المتعاقدين بسبب مخالفة حسن النية، باطلة ولا طائل منها[3] un manquement à la bonne foi est vaine.

---

[1] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 551.

[2] MALAURIEC (Ph.),AYNES(L.),et STOFFEL-MUNCK(Ph.): Les obligations,op.cit.,n° 987.--BENABENT (A.): Les obligations, op.cit., n° 286.

[3] En ce sens JABBOUR (R.): th., *op. cit.,* n° 551, P.420.

الخَـاتِمَـــــــة

أولا: ملخص الدراسة:

٢٠١- بعد أن فرغنا بعون الله وتوفيه من بحثنا بعنوان **مبدأ حُسن النيّة في تنفيذ العقود" دراسة مقارنة"**. وكان ذلك في بابين. الأول, مضمون حسن النية, والباب الثاني: نظام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. وقد تعرفنا في الباب الأول, على موقف التشريعات المختلفة من مبدأ حسن النية, وأن معظمها يُنظم هذا المبدأ في نصوص خاصة ويستلزمه في تنفيذ العقود, لدرجة أن القانون المدني الفرنسي اعتبره, بموجب تعديل قانون العقود في التقنين المدني الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦, من النظام العام. ثم توصلنا بعد ذلك لموضوعية حسن النية بعد دراسة المعايير الشخصية والموضوعية, وتحققنا من ذلك بدراسة بعض مظاهر هذه الموضوعية. وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين, يتمثل الأول في موضوعية حسن النية, وبيّنا فيه المفهوم الموضوعي لحسن النية. وتحدثنا عن موقف التشريعات المختلفة من مبدأ حسن نية, كالقانون المدني الفرنسي, المصري, الألماني, الياباني, السويسري والكيبكي, وحدَّدنا خصاص مبدأ حسن النية في هذه القوانين. وانتهينا إلى أن هذه التشريعات توجب تنفيذ ما اشتمل عليه العقد وفقا لمقتضيات حسن النية . واستعرضنا بعد ذلك معايير مبدأ حسن النية الشخصي والموضوعي. وتوصلنا إلى رفض المعايير الشخصية من خلال فصل حسن النية عن الباعث أو سبب العقد وعن تفسيره. وانتهينا إلى ربط حسن النية بالإرادة الموضوعية, وقبول المعيار الموضوعي من خلال الثقة المشروعة وهي من مقتضيات حسن النية ذات الطابع الموضوعي, ودورها في تنفيذ وتفسير العقد, وكذلك تعرفنا على وسائل حماية هذه الثقة مثل السبب ونظرية الأوضاع الظاهرة, وظهر لنا عدم كفايتهما كوسائل لحماية الثقة المشروعة . وتوصلنا في

النهاية إلى أن حسن النية وسيلة مُفضَّلة لحماية الثقة المشروعة, من خلال إقرار القضاء والفقه بأن حسن النية وسيلة كافية لحماية الثقة المشروعة.

وقد تناولنا في الفصل الثاني, مظاهر موضوعية حسن النية. من الناحية الموضوعية التي تتمثل في خيانة أو خداع حسن النية, وتُعد الخيانة مخالفة غير مشروعة للالتزام الأصلي بالثقة والأمانة طوال مدة سريان العقد. وأنه يتعين على المتعاقد عدم التصرف بالمخالفة للالتزام الأصلي, كما يجب عليه عدم استغلال مركزه القوي. وحاولنا بيان مدى العلاقة بين حسن النية والتعسف في استعمال الحقوق الناتجة عن العقد. وعرفنا موقف التشريعات المختلفة من هذه المسألة. وتوصلنا إلى أن عدم تقدير الثمن أو الغموض فيه من تطبيقات التعسف في استعمال الحقوق المترتبة عن العقد. ومن مظاهر موضوعية حسن النية, من الناحية الشكلية, التعسف في عدم الإخطار, فيتعين أن يكون الإخطار مسبباً وفي مدة معقولة حتى لا يُوصف من يقع عليه الإخطار بالتعسف في استعمال حقه, وبخاصة عندما يوجد في العقد شرط بالإخطار.

٢٠٢- تناولنا في الباب الثاني, نظام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. وتوصلنا إلى التفاوت في قوة حسن النية في تنفيذ العقود, وإلى التباين درجة الثقة المشروعة, ودرجة حماية هذه الثقة. وتكلمنا عن الجزاء على مخالفة حُسن النيّة في تنفيذ العقود. وانتهينا إلى أن السقوط والتعويض جزاءات على توقع مَن يُخالف حسن النية في تنفيذ العقود. وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين, تعرضنا في الأول للتفاوت في قوة حسن النية في تنفيذ العقود, ولدرجة الثقة المشروعة. فتكلمنا في البداية عن الثقة المشروعة المُخفّفة في علاقات الحق, عن طريق مراعاة المصلحة الشخصية. من خلال مشروعية المطالبة بالحق واستعماله بحسن نية, ومشروعية حماية الهدف المشترك. ثم تحدثنا

بعد ذلك عن زيادة درجة الثقة المشـــروعة المُعزِّزة لعلاقات الواجب عن طريق واجب حســن النية في حماية مصــلحة المتعاقد الآخر, وواجب حماية المصــلحة المشــتركة للمتعاقدين بحسن نية. وتعرفنا على درجة حماية الثقة المشروعة بالتوصل إلى الحماية المُشددة والصـارمة للثقة المشروعة بالرقابة الضـيقة والصـارمة على سـوء النية. ومن تطبيقات ذلك على الخطأ اليسـير أو التافه, عقد الوكالة, وتعديل العقد الذى يتضــمن شرط الحق في نقل العامل, وفسخ العقد بسبب شرط الاختبار. وتتمثل التطبيقات على الخطأ البسيط, في تعديل العقد الذي يتضمن شرط التأمين متعدد المساعدات, وفسخ العقد بواسطة الشرط الفاسخ الاتفاقي, وفسخ العقد الناتج عن شرط العدول. واستعرضنا بعد ذلك المواجهة الشـديدة أو الصـارمة لسـوء النية, بسـبب الحماية الضـعيفة للثقة المشروعة. وتعرضنا للرقابة الضعيفة على سوء النية, وضعف مواجهة سوء النية, من خلال التعويض المالي, وطلب فسخ العقد.

وقد استعرضنا الفصل الثاني, الجزاءات التي توقع على مَن يُخالف حُسن النيّة في تنفيذ العقود. ومنها جزاء الســـقوط مثل ســـقوط الميزة أو الفائدة المتوقعة, بالإبقاء الإجباري على العقد بسبب مخالفة حسن النية, أوالحوالة الإجبارية للعقد. ومن تطبيقات السـقوط كذلك, سـقوط الحق في ممارسـة الحق في الرجوع سـواء كان مقرراً لمصـلحة الدائن, كسـقوط الحق في طلب الدفع بعدم التنفيذ وفي طلب فسـخ العقد بسـبب عدم تنفيذ الالتزام, وسـقوط حق الدائن في تنفيذ التأمينات. ومن تطبيقات سـقوط الحق في الرجوع المقرر لحماية مصلحة المدين. كسقوط حقه في إبداء الدفوع, وسقوط حقه في طلب نظرة الميســـرة. ثم تكلمنا بعد ذلك عن التعويض كجزاء يوقع على مَن يُخالف حســـن النية. وتعرفنا على التعويض الكامل عن كافة الأضـــرار الناتجة عن مُخالفة حســن النية, وانتهينا إلى أنه يقع على المضــرور واجب بتحديد هذه الأضــرار, حتى يتسنى تنظيم هذا التعويض وتعيين مقداره.

ثانيا: نتائج الدراسة:

٢٠٣- توصلنا بعد الانتهاء من هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

١- يكون حسن النية مطلوباً بواسطة القانون, ومفروضاً من قِبل القضاء, ويُغطى بالقوة الملزمة التي تتميز بها كل قاعدة قانونية.

٢- تنظم معظم التشريعات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في نصوص خاصة.

٣- تؤكد مظاهر خيانة أو خداع حسن النية وعدم مراعاة الإخطار سواء في تسبيبه أو مدته المعقولة, على موضوعية حسن النية في تنفيذ العقود.

٤- عدم كفاية السبب ونظرية الأوضاع الظاهرة كوسائل لحماية الثقة المشروعة.

٥- كفاية حسن النية كوسيلة لحماية الثقة المشروعة.

٧- تفاوت قوة حسن النية في تنفيذ العقود.

٨- يُعدُّ حسن النية أساساً للتعسف في استعمال الحق إلى جانب المسئولية التقصرية.

٩- من تطبيقات التعسف في استعمال الحقوق المترتبة عن العقد, عدم تقدير الثمن أو الغموض فيه.

١٠- تكون مواجهة سوء النية صارمة عندما تكون حماية الثقة المشروعة ضعيفة.

١١- السقوط والتعويض جزاءات توقع على مَن يخالف حسن النية في تنفيذ العقود.

ثالثا: توصيات الدراسة:

٢٠٤- توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى التوصيات الآتية:

التوصية الأولي : مناشدة المشرع إجراء تعديل تشريعي يتضمن توسيع نطاق حسن النية, بحيث لا يقتصر على تنفيذ العقد فقط, وإنما يمتد ليشمل مرحلتي التفاوض على العقد وإبرامه.

التوصية الثانية : دعوة المشرع إلى إجراء تعديل على القواعد القانونية المُنظِّمة لمبدأ حسن النية يتضمن اعتبار مقتضيات حسن النية من النظام العام, واعتباره وسيلة حقيقية لحماية الثقة المشروعة.

التوصية الثالثة : مناشدة المشرع إدخال بعض التعديلات يكون الهدف منها وضع مجموعة من الجزاءات توقع على المتعاقد سيء النية وتكون كافية ومتناسبة مع كل الفروض.

التوصية الرابعة : دعوة القضاء إلى إقرار مجموعة من الآليات الحقيقية التي يتم اللجوء إليها لإجراء الرقابة على حسن النية في تنفيذ العقود, حتى يسنى الكشف عن حالات الخيانة والغدر وسوء النية.

قائمة المراجع

أولا: مراجع باللغة العربية:-

-- د. أحمد محمود سعد و د. همام محمد محمود زهران: التأمينات العينية والشخصية, دار الثقافة العربية, ٢٠٠٧.

-- د. أسامة أبوالحسن مجاهد: محاضرات في الأحوال الشخصية لغير المسلمين, جامعة حلوان, ٢٠١٩.

- المدخل لدراسة القانون, جامعة حلوان, ٢٠٢١.

-- د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام, طبعة ١٩٦٦.

-- د. أشرف جابر سيد: - مصادر الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٨.

- الوجيز في حق الملكية والتأمينات الشخصية والعينية, جامعة حلوان, ٢٠١٧.

- الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستحدثات, مجلة كلية القانون الكويتية العالمية, ٢٠١٧, ٢٩١.

-- د. السيد بدوي: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, ١٩٨٩, صـ ٧٣.

-- د. جلال محمد إبراهيم: - النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام- أحكام الالتزام), جامعة حلوان, ٢٠٠٧.

- التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،٢٠٠١.

-- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام, الكتاب الأول, مصادر الالتزام, طبعة ١٩٨١.

-- د. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد, ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية, دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية مع إشارة للقوانين الانجلوأمريكية, دار النهضة العربية, ١٩٩٦.

-- د. حمدي عبد الرحمن, د. ميرفت ربيع عبد العال: – مصـــادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة, جامعة حلوان, ٢٠١٥.

– مصادر الالتزام, المصادر الإرادية وغير الإرادية, جامعة حلوان, ٢٠١٥.

– النظرية العامة للالتزام, مصـــادر الالتزام (المصـــادر الإرادية وغير الإرادية), جامعة حلوان, ٢٠١٩.

-- د. خالد جمال أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام, دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري, دار النهضة العربية, ٢٠١٦.

-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: – المدخل للعلوم القانونية, دار النهضة العربية, ٢٠١٦.

– أحكام رابطة الالتزام, دار النهضة العربية, ٢٠١٥.

– أحكام عقد التأمين، جامعة حلوان, ٢٠١٦.

– القانون المدني, الحقوق العينية الأصلية والتبعية والتأمينات الشخصية, جامعة حلوان, ٢٠٢١.

-- د. عبد الباسط جميعي: نظرية المظهر, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, ١٩٥٦.

-- د. عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني: حسـن النية وأثره في التصـرفات, في الفقه الإسلامي والقانون المدني, دراسة مقارنة, رسالة, جامعة المنوفية, ١٩٩٧.

-- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط, الجزء الأول, في مصادر الالتزام, المجلد الأول في العقد, الطبعة الثالثة, ١٩٨١.

-- د. عبد الفتاح عبد الباقي: موسـوعة القانون المدني, نظرية العقد والإرادة المنفردة, ١٩٨٤.

– د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام, جـ١– المصادر, طبعة ١٩٧٥.

– د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام, طبعة ١٩٨٣.

-- د. محسن البيه: التأمينات الشخصية والعينية, جامعة المنصورة.

-- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر , جامعة الإسكندرية , رسالة دكتوراه , ١٩٧٢.

-- د. محمد السعيد رشدي, د. مصطفى عبد الجواد, د. جمال عبد الرحمن: الحقوق العينية (الأصلية والتبعية), جامعة بني سويف, ٢٠٠٨.

-- د. محمد لبيب شنب, د. أسامة أبوالحسن مجاهد: أحكام الالتزام, جامعة حلوان, ٢٠١٦.

-- د. محمد وحيد محمد على: عقد البيع, جامعة حلوان, ٢٠١٩.

-- د. نبيلة إسماعيل رسلان: التأمينات العينية والشخصية, جامعة طنطا, ٢٠١٧.

-- د. نبيلة رسلان, د.سعيد قنديل: العقود المسماة عقد الإيجار والتأمين, جامعة طنطا, ٢٠١٦.

-- د. نزيه محمد الصادق المهدي: – دروس في النظرية العامة للالتزام, جـ١, مصادر الالتزام, طبعة ١٩٨٦.

– الوسيط في الأحكام العامة لعقد التأمين, جامعة القاهرة, ٢٠١٧.

-- يحيي صقر أحمد صقر: حماية حقوق الشخصية في إطار المسئولية التقصيرية , رسالة دكتوراه, دار النهضة العربية , ٢٠٠٧.

ثانيا: مراجع باللغة الفرنسية:

I – OUVRAGES GENERAUX, TRAITÉS.

--BENABENT (A.): Droit civil, Les obligations,12e éd.,Montchrestien, 2010.

--CARBONNIER (J.): Droit civil, t. 4, Les obligations, 13e éd., PUF,1988.

--GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), et SERINET (Y.-M.): Traité droit civil, La formation du contrat, 4e éd.,L.G.D.J., 2013.

--MALAURIEC (Ph.), AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.): Droit civil, Les obligations, 5e éd.,Defrénois, 2011.

--MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) – Droit civil , les obligations 2e éd., t.1, Les sources . Sirey, 1988.

--MAZEAUD (H.L et J.) et CHABAS (F.)– Leçons de droit civil . t . 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale . Montchrestien, 9e éd ., 1998.

--RIPERT (G.), BOULANGER (J.), et PLANIOL (M.): Traité droit civil d'après le Traité de Planiol, t. 2,LGDJ, 1956.

--RIPERT (G.): La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., L.G.D.J.,1949.

--TERRE (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.): Droit civil, Les obligations, 11e éd.,Dalloz, 2013.

--VINEY (G.) : Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité , L.G.D.J., 2e éd ., 1997 .

II – OUVRAGES SPÉCIAUX, THÉSES.

-- CARVAL (S.) – La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée. thése. L.G.D.J., 1995 .

-- COUTANT-LAPALUS (C.) – Le principe de la reparation intégrale en droit privé, thèse, P.U.A.M., 2002 .

-- DESGORCES (R.): La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives , thèse dactyl. Paris II,1992.

-- JABBOUR (R.): La bonne foi dans l'exécution du contrat, these,preface de Laurent Aynès, L.G.D.J., 2016.

--JALUZOT(B.): La bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits français, allemande et japonais,thèse Lyon III, Dalloz, 2001.

-- JAULT (A.) – La notion de peine privée, Thèse, L.G.D.J, 2005.

-- ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.) – Essai sur la notion de réparation thèse, L.G.D.J., 1974 .

--SEGUR (L.) – La notion de faute contractuelle en droit civil français, thèse, Bordeaux, 1954.

--STARCK (B.)– Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, Paris, 1947.

--STOFFEL-MUNCK (Ph.):L'abus dan le contrat, essai d´une théorie, these AIX-Marseil,LGDJ,2000.

III-ARTICLES, CHRONIQUES.

--AYNES (L.): Motivation et justification , RDC, 2004, n°2, P.55.

--FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.): La cession de contrat, Defrénois, 15 juill 2000,n° 13-14,p.811.

--JAMBU-MERLIN (R.)- Dol et faute lourde ,D., 1955, p. 84 et suiv.

--LALOU(A.)- La gamme des fautes , D.H. ,1940, p.1 et suiv.

--MAZEAUD (D.): La confiance légitime et l'estoppel, RIDC, févr. 2006, p. 363.

--MESTRE (J.):La rupture du contrat de concession exclusive demeur bien soumise au droit commun", RTD Civ. P.370.

--ROBLOT (R.) – De la faute lourde en droit privé français, R.T.D.C., 1943, p. 1 et suiv.

--STOFFEL-MUNCK (Ph.): Préavis contractuel et préavis raisonnable , RDC, 1re oct. 2004, no 4, p.943.

-- Reforme du droit des oblications, un supplement au code civil, no 131-2016, Dalloz,2016.

IV-NOTES, ET OBSERVATIONS.

Cass. Civ. 1re, 30 juin 2004, RTDciv., 2005, p.749, obs.P.-Y.Gautier.

Cass. Com., 22 oct. 1996, JCP. G, 1997, obs. M. Fabre-Magnan.

Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11.841, Bull.civ.,IV., n° 115.

Cass. Civ. 1re, 6 janv. 1994, n°91-22.117, Bull.civ.,I,n°1. Cass. Com., 8 mars 2005, D., 2005,p. 2836, obs. S.Amrani- Mekki et B. Fauvraque-Cosson.

Cass. Civ. 3re, 28 janv. 2009, D., 2009,p. 2008, note D. Houtcieff.

Cass. Com., 5 avr. 1994, JCP, 1994, I, 3803,obs. Ch.Jamin.

Cass. Civ. 1re, 5 juill. 2005, n°04-15.808, Bull.civ.,I,n°292.

Cass. Com., 5 oct. 2004, RTDciv., 2005,p. 127, obs. J.Mestre et B. Fages.

Cass. ass. Plén., 1re dec.1995, n°91-15.999, Bull. ass. Plén., n°7.

Cass. Civ.1re, 29 nov. 1994, D., 1995, p.122, note L.Aynes.

Cass. Com., 12 mai 2004, n°01-12.865, Bull.civ.,IV., n°86.

Cass. Com., 3 nov. 1992, RTDciv., 1993,p. 124, obs. J.Mestre.

Cass. Com.,1re , 30 juin 2004, RTDciv., 2005,p. 749, obs. P.-Y. Gautier.

Cass. soc., 18 mai 1999, RTDciv., 2000,p. 326, obs. J.Mestre et B.Fages.

CA Paris. 28 avr. 2004, JCP E, 2004, n 3, p. 30.

Cass. Civ. 3re, 20 oct. 2004, RDC,1re avr. 2005, n° 2, p.264, obs. D.Mazeaud.

Cass. Com., 2 juill. 2002, RTDciv., 2002,p. 810, obs. J.Mestre et B. Fages.

Cass. Civ. 3re, 9 déc. 2009, RTD$_{civ}$., 2010,p. 105, obs. B. Fages.

Cass. Civ. 1re, 20 mai 2003, JCP, 2003, I, 186, note J.Rochfeld.

Cass. Civ. 1re, 3 avr. 2001, JCP, 2001, I, 354, no 19 et s,note J.Rochfeld.

Cass. Com., 5 avr. 1994, JCP, 1994, I, 3803, obs. Ch.Jamin.

Cass. Com., 28 sept. 2004, RTDciv., 2005, p. 129, obs. J.Mestre et B. Fages.

Cass. Civ. 1re, 26 nov. 1996, n°94-13.468, Bull.civ.,I,n°415.

Cass. Com., 27 févr. 1996, D., 1996,p. 518, note Ph. Malaurie.

Cass. soc., 23 févr. 2005, RTD$_{civ}$., 2005, p. 395, obs. J.Mestre et B.Fages.

Cass. Soc. 17 juill. 1996, n°93-46.494, Bull.civ.,V,n°289.

Cass. Civ. 2e, 22 fevr. 2007, n° 05-19.754, Bull.civ.,I,n°41.

Cass. Civ. 3e, 15 févr. 2000, RTDciv., 2000, p. 564, obs. J.Mestre et B.Fages.

Cass. Com., 15 janv. 2002, D., 2002, p. 1974, note Ph. Stoffl-Munck.

Cass. Com., 24 nov. 1998, RTDciv., 1999, p. 646, obs. P.-Y. Gautier.

Cass. Civ. 1re, 7 févr. 2006, RTDciv., 2006, p. 763, obs. J.Mestre et B.Fages.

Cass. Civ. 1re, 17 févr. 2011, n°10-13.980, Bull.civ.,I,n°28.

Cass. Com., 28 nov. 2006, RTDciv., 2007, p. 345, obs. J.Mestre et B. Fages.

Cass. Com., 6 mai 1997, n°94-16.335, Bull.civ.,IV., n°117.

Cass. Civ. 1re, 31 janv. 1995, RTDciv., 1995, p. 623, obs. J.Mestre .

Cass. Civ. 1re, 24 sept. 2009, n°08-10.152, Bull.civ.,I, n°178.

Cass. Civ. 3e, 5 nov. 2003, n° 01-17.530, Bull.civ.,III,n°189.

Cass. Com. 5 déc. 1984, n° 83-14.273, Bull.civ.,IV,n°332.

Cass. Com., 5 mars 1996, RTDciv., 1996, p.905, obs. J.Mestre.