ISSN-2032-2075 مجلة رسالة الحقوق

الإصـــدار 17
يناير – فبراير – مارس / 2025
العدد الاول

الطبيعة الوظيفية لمبدأ حسن النية في الالتزامات الثانوية للعقد

The functional nature of the principle of good faith in secondary contract obligations

بحث مقدم من قبل

م.د ستار جبار زاير / كلية القانون/ جامعة كربلاء sattar.jabbar@uokerbala.edu.iq

الخلاصة :

لقد اكتسب حسن النية التعاقدي أهمية متزايدة في القوانين المعاصرة ومنها القانون المدني العراقي، ومن مزاياه أنه يسمح بمعالجة ما يعتري تنفيذ العقود من معوقات على نحو أكثر مرونة وعملية، ولكن تغليب مبدأ حسن النية في تنظيم العقد بشكل مطلق قد يولد أيضاً خطر تهديد الاتفاقات التعاقدية، كونه مصدراً محتملاً لعدم اليقين القانوني، ولهذا السبب تتمثل إحدى المهام الأساسية للفقه القانوني في تحديد معالم هذا المبدأ، من أجل التحكم في تطبيقه ومدى تدخله في العقود تفاوضاً وإبراماً وتنفيذاً، وذلك يقتضي التمييز بين الوظائف المختلفة لمبدأ حسن النية في العقود، الذي له آثار قانونية تختلف من مرحلة إلى أخرى.

تناول هذا البحث وظيفة مبدأ حسن النية أي تحديد نطاق تطبيقه في القانونين المدني العراقي والانكليزي، إذ يمكن حسب القانون المدني العراقي أن يكون مصدراً للالتزامات الثانوية أو الإضافية، والتي لا يمكنها أبدًا تغيير وظيفة العقد ككل أو التناقض مع أي التزام صريح من الالتزامات، فالعقد يجب أن ينفذ طبقاً لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات، أما في قانون العقود الانكليزي فالأمر مختلف إذ لم يتم الاعتراف وبشكل صريح لأي دور لهذا المبدأ ما عدا بعض الإشارات المتعلقة بالتصرف بشكل معقول ومتوقع، والتصرف بأمانة، وعدم تقديم معلومات كاذبة، والتصرف بشكل ملائم وفقًا لغرض العقد، ومراقبة المعايير التجارية المعقولة، وذلك تحت تأثير المحيط الأوربي تحديداً إذ تبنت معظم دول أوربا مبدأ حسن النية، ولكن يبدو أن خروج بريطانيا من الاتحاد الأوربي ربما يعيق اعتماد مبدأ حسن النية كأساس في الشروط الضمنية أو الالتزامات ثانوية للعقد.

الكلمات المفتاحية: حسن النية، الإرادة المشتركة، الشروط الضمنية، العدالة، القانون الانكليزي

Abstract:

Contractual good faith has gained increasing importance in contemporary laws, including the Iraqi Civil Code, and one of its advantages is that it allows the obstacles to the implementation of contracts to be addressed in a more flexible and practical manner, but the predominance of the principle of good faith in the absolute organization of the contract also generates the risk of threatening contractual agreements, being a potential source of legal uncertainty, and for this reason one of the basic tasks of jurisprudence is to determine the parameters of this principle, in order to control its application and management, and this requires a distinction between The different functions of the principle of good faith in contracts, which have legal effects vary from one stage to another, and then we compare this between the Iraqi and English civil laws. This research deals with the function of the principle of good faith, i.e. determining the scope of its application, as it can be according to the Iraqi Civil Code to be a source of secondary or additional obligations, which can never change the function of the contract as a whole or contradict with any explicit obligation of obligations, the contract must be implemented in accordance with the rights and obligations it contained, but in the English Contract Law it is different as it has not been explicitly recognized for any role of this principle except for some Signals relating to acting reasonably and predictably, acting honestly, not providing false information, acting appropriately in accordance with the purpose of the contract, monitoring reasonable commercial standards and acting in accordance with the parties' justified expectations, but it seems that Brexit may hinder the adoption of the principle of good faith as the basis of implied terms or secondary obligations of the contract.

Keywords: Good Faith, Common Will, Implied Conditions, Complementary Rules. Justice

المقدمة :

في القانون المدني العراقي، كما هو الحال في معظم النظم القانونية المقارنة، اكتسب حسن النية التعاقدي أهمية متزايدة في تنظيم العلاقة القانونية في إطار مصادر الالتزام، بما في ذلك العلاقة التعاقدية على وجه الخصوص، ويرجع ذلك إلى حد كبير إلى أن كل نظام قانوني يجد نفسه في مرحلة معينة من تطوره في حاجة إلى التغلب على التطبيق الصارم والشكلي البحت للقانون، واستكماله بتطبيق قواعد أكثر مرونة وفعالية للقانون، مما يسمح له بالنظر على نحو عادل في جميع الظروف الخاصة للدعوى المنظورة أمام القضاء، وإصدار القرار المناسب وفقاً للمعنى العملي للمؤسسات القضائية وتطبيقاً لوظيفتها في حل المنازعات المدنية.

أهمية البحث:

يكتسب هذا البحث أهميته من موضوع مبدأ حسن النية، لما له من أدوار أخلاقية وقانونية في المعاملات بين الناس لا سيما في العقود، ورغم أن ما كتب في بيان هذا المبدأ ليس بالقليل إلا أن من تعرض له لم يبين على وجه الدقة نطاق تطبيقه، أو لم يحدد بشكل دقيق متى يمكن تطبيقه في المنازعات، فبعض الدراسات ذهبت إلى أن هذا المبدأ يمكن تطبيقه من قبل القاضي في مرحلة تكوين العقد وفي مرحلة تنفيذه، ودراسات أخرى قصرت تطبيقه على مرحلة التنفيذ دون التكوين، ولم نجد بين ثنايا ما اطلعنا عليه من بحوث ودراسات وآراء من تناول إمكانية تطبيقه على الشروط الرئيسة للعقد أم يقتصر أثره على شروطه الضمنية والثانوية، لذلك دعت الحاجة إلى بحث التفصيل الأخير لما له من اثر في قرارات القضاء التي ترتكز على مبدأ حسن النية.

مشكلة البحث:

أورد المشرع العراقي في قانونه المدني، عبارة (حسن النية) في مواضع عدة من التشريع ولا سيما القواعد المنظمة للعقود، إلا أن النصيب الأكبر لحسن النية في تنظيم العلاقة التعاقدية لا تنطوي على مزايا فحسب، بل تنطوي أيضا على خطر تهديد العلاقات التعاقدية لطرفي العلاقة ، باعتبارأن المبالغة في تطبيق هذا المبدأ يمكن أن يشكل مصدراً محتملاً لعدم اليقين القانوني. وفي العقود، من الشائع نسبيا أن يعتزم أحد الطرفين المتعاقدين، استنادا إلى حسن النية، التملص مما تم الاتفاق عليه والتخلص من المخاطر التي يتحملها نتيجة الالتزامات العقدية، مستشهداً للوصول إلى هذه الأغراض بواجبات الإخلاص والأمانة والتعاون التي تقوم عليها حسن النية التعاقدية، وقد يتم التمسك بحسن النية من قبل أحد الطرفين لإعادة كتابة العقد ، ويكون ذلك عادةً عندما تتحقق بعض مخاطره أو آثاره الاقتصادية السلبية أو تهدد بإحداث خسائر مالية، وتأسيساً على ذلك يمكن أن يكون حسن النية التعاقدي سيفاً ذو حدين، إذ قد يساهم في تحسين الشروط التعاقدية لطرف، ولكنه من جانب آخر يضر بالالتزامات والحقوق للطرف الآخر، ولهذا السبب تتمثل إحدى المهام الأساسية للفقه القانوني في تحديد ملامح حسن النية التعاقدي، ولا سيما بيان حدوده في تنظيم العقد.

منهج البحث:

لدراسة هذا الموضوع سنتبع المنهج التحليلي المقارن من خلال تتبع ما أورده المشرع العراقي عن مبدأ حسن النية ومقارنة ذلك مع ما جاء في النظام الانكلوسكسوني بخصوص هذا المبدأ، أي كيفية نظر باقي الحضارات القانونية المعاصرة له من الناحية التشريعية.

تقسيم البحث:

لذلك سنقسم هذا البحث إلى مطلبين سنتناول في المطلب الأول بيان مفهوم مبدأ حسن النية وحدوده الوظيفية في القانون المدني العراقي وقانون العقود الانكليزي، وسندرس في المطلب الثاني آثار هذا المبدأ في القانونين المدنيين المذكورين..

المطلب الأول/ مفهوم حسن النية وحدوده الوظيفيه

لقد أخذ حسن النية مساحة مهمة في اعتبارات المشرعين وأهتمامات فقهاء علم القانون بفرعيه العام والخاص حتى أضحى مبدأ تتمحور حوله القرارات القضائية التي تفصل في النزاعات المدنية، ولتوضيح مفهوم حسن النية يقتضي التصدي التعريف بمبدأ حسن النية في الفرع الأول من هذا المطلب وسنبحث في بيان الحدود الوظيفية للمبدأ في القانونين المدنيين العراقي والانكليزي.

الفرع الأول/ التعريف بمبدأ حسن النية وتحديد نطاقه

إن مبدأ حسن النية من المبادئ المهمة في اعتبارات مشرعي القوانين والفقهاء والقضاة على حد سواء، ومن البديهي أرتباطه بالقواعد الأخلاقية وربما اقترب في معناه من الإخلاص والنزاهة والتصق بشكل أو بآخر بدواعي العدالة، ومع كل ذلك فإن حسن النية أو سوءها وثيق الصلة بمسألة الإرادة الباطنة لأنه تحليل لبواطن الشخص فهي ليست مسألة قولية أو فعلية حتى يمكن الاستدلال عليها بسهولة، فليس أمام الباحث عن النية إلا أن يستنتجها استنتاجاً من خلال السلوك الخارجي وهي من أصعب المهام التي على القاضي أن يستنتجها من خلال وقائع الدعوى بعدالة وحذر لكي لا يخطئ الهدف الذي هو تحقيق العدالة بين المتداعيين. وهذه الصعوبة شملت حتى فقهاء القانون وهم في معرض تعريف مبدأ حسن النية لدقته وصعوبة التعبير عنه ووضعه في قالب من الالفاظ المعرفة له، بل أن هناك من أنكر هذا المبدأ ولم يعترف له بأي وظيفة قانونية(1)، ومع ذلك وحسب إطلاعنا على المصادر والمراجع القانونية توجد محاولات لإيضاح معنى حسن النية بشكل عام فقيل عنه أنه التصرف بنزاهة وإخلاص وأنه التحلي بالأخلاق الفاضلة تفاوضاً وتنفيذاً للالتزامات في التصرفات

القانونية(2). ومما عرّف به مبدأ حسن النية أنه: "قصد التعاقدين تحقيق اهداف العقد ومقاصده الحقيقية بأفضل طريقه وعلى أحسن وجه"(3)، وهذا التعريف يحتاج إلى شرح وبيان، فالمعرف لم يبين ما هي أفضل طريقة، والأفضل لمن من طرفي العقد؟ وكيف سيحدد القاضي تلك الأفضلية؟

وعرف بتعريف آخر مفاده "إن حسن النية في تنفيذ العقود هو الأمانة والاستقامة، وفي اكتساب الحقوق يعني عدم العلم بالغيب الذي يشوب التصرف هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن النية هي فكرة كامنة في أعماق النفس ومن الصعب تقديرها"(4)، وهذا التعريف لم أجد له علاقة بالقانون سوى عبارة (اكتساب الحقوق) التي لا علاقة لها بما قبلها ولا بما بعدها. وقد عرفه أحد فقهاء القانون العرب بأنه: " الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً"، وهذا التعريف واضح أنه يشمل الواقعة القانونية ولا يتناول العمل القانوني، فيكون العقد خارج دائرة هذا التعريف(5).

والخلاصة أننا لم نعثر على تعريف جامع مانع لحسن النية، ولتحقيق الغاية أي وضع تعريف يراعي دقة هذا المعرّف لا بد من بيان أن المشرع العراقي قد تدرج في التمييز بين مختلف وظائف حسن النية التعاقدية، وفي إطار هذه الوظائف عادة ما يتم التمييز بين وظيفة تفسير العقد بحسن النية وبين تقييد الالتزامات وتصحيحها. وتقوم كل وظيفة من هذه الوظائف بتكوين مهمة معينة، مع ترتيب آثار قانونية مختلفة لكل حالة، ولذلك أشار المشرع العراقي إلى مبدأ حسن النية إشارة إجمالية(6)، إذ لم يفصح في المادة/ 150 من القانون المدني عن كيفية تطبيق ما اشتمل عليه العقد (أي الحقوق والالتزامات) بحسن نية، لا سيما أن حسن النية كما نوهنا حالة معنوية كامنة في النفس، وليس ببعيد عن ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قانون المدني في المادة/1104 بموجب التعديل الأخير (عام 2016)(7). وفي ضوء المقدمات المشار إليها، يمكن تحديد حدود حسن النية في إحدى وظائفها التي هي عدالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويتمثل النهج المركزي في أن جميع حدود حسن النية في العلاقة العقدية تنبع من طبيعة تلك الوظيفة، التي تهدف إلى توفير تفسير ضمني تكميلي إلى العقد للتعويض عن الثغرات أو الإغفالات التي تشكل ثغرات وجدت عمداً أو سهواً من قبل المتعاقدين.

ولما تقدم يمكن تعريف مبدأ حسن النية في العقود بأنه: (التصرف بإخلاص ونزاهة في تنفيذ الالتزامات الضمنية أو الثانوية في إبرام العقود)، لأن الالتزامات الرئيسة لا تنبني على حسن النية وإنما تقوم على أساس الاتفاق على حقوق والتزامات محددة، ولا يصح أن يقوم العقد على التزامات مجهولة جهالة فاحشة وإلا بطل العقد وإذا بطل العقد لم يعد للقاضي ولا لأطراف العلاقة من مجال لبحث حسن النية أو سوءها، حسب ما جاء في المادة/137 من القانون المدني العراقي بفقراتها الثلاث التي لم تترك مجال للقول بصحة عقد يوجد خلل في أركانه أو أوصافه(8). وعليه فالالتزامات الرئيسة أو الأساسية لا بد من ذكرها عند تكوين العقد ولا يمكن أن يكون حسن النية إلا مصدراً للالتزامات الثانوية أو غيرها من الآثار القانونية التبعية أو ذات الصلة، التي تنبع دائما من الالتزامات الرئيسة للتصرفات القانونية (وتحديداً العقود)، إذ لا يمكن تصوّر أن يكون حسن النية مصدراً للالتزامات الرئيسية التي تحدد طبيعة العقد، ولا يمكن أن يغير هذا المبدأ معنى العقد أو وظيفته العملية، ومن باب أولى لا يمكن أن يكون حسن النية سبباً لترتيب آثار قانونية تبعية تتعارض مع الشروط الصريحة للأطراف المتعاقدة، لأن هذه الشروط تشكل النطاق الذي يحدد بدقة كيفية معالجة أي خلل أو شك أو نسيان (سهواً أو عمداً) لأي تفصيلات أو جزئيات من الالتزامات التبعية التي يفترض المشرع دائماً أن المتعاقدين قد تركا أمرها إلى القواعد المكملة أو المفسرة، والتي لا تكون آمره إلا إذا تـــم الاحتكام اليها من خـــلال القاضي.

ويترتب على ما سبق أن الالتزامات التعاقدية وغيرها من الآثار القانونية المستمدة من حسن النية لاستكمال العقد وظيفته، تخضع دائما للإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين، مما يشكل القيد الرئيس لأي تكامل تعاقدي، ولذلك فإن جميع الشروط أو العناصر الضمنية التي يتكون منها العقد على أساس حسن النية تكون عموما تحت تصرف الأطراف المتعاقدة، التي يمكنها تعديلها مسبقا عن طريق اتفاقات صريحة، وهذا يعني أن حسن النية التعاقدية كمبدأ لا يمكن أن ينظم العقد ابتداءً، لأن ذلك تحدده حاجة كل طرف بإرادته الحرة، وبناء على ذلك من الضروري التمييز بين حسن النية كمبدأ تنظيمي لإبرام العقود وهو ما لا محل له (كما شرحنا آنفاً)، وبين آثاره الأخرى الممتدة والتي تشكل تفاصيل جانبية وثانوية وهو ما يمثل الساحة الأرحب لتطبيق مبدأ حسن النية، وحسب التعديل الذي ترتأيه الأطراف، وفقا لمصالحها الخاصة(9).

إن قواعد الصدق وحسن النية هي مبادئ ذات صفات ومجالات تطبيق مختلفة، في العديد من البلدان الخاضعة للنظام القانوني الأوروبي، ويتم تنظيم قواعد الصدق وحسن النية في أحكام منفصلة ذات وظائف مختلفة، ومع ذلك، هناك نهج مختلف تمامًا تجاه هذا الموضوع في القانون الإنجليزي، حيث يتم تطبيق النظام الأنجلوسكسوني. وبشكل أكثر وضوحًا، لا يوجد مبدأ عام في القانون الإنجليزي فيما يتعلق بتصرف الأطراف بأمانة وحسن نية عند إبرام العقد أو الوفاء بالتزاماتهم الناشئة عن العقد(10).

وفي هذا السياق، فإنهم يرون أنه لا يمكن الموازنة بين فرض التزام بالتصرف بأمانة وحسن نية، وبين مراعاة مبادئ الالتزام المطلق بالعقد واليقين في القانون الإنجليزي، ومع ذلك عندما ندرس قرارات المحكمة البريطانية نلاحظ أنه على الرغم من عدم قبول المبدأ العام المتمثل في التصرف بأمانة وحسن نية، فمن المقبول تطبيق المبدأ المذكور في توجيهات الاتحاد الأوروبي وخاصة في بعض العقود التي تنشئ علاقة قوية من الثقة بين الطرفين، فالقضاء الانكليزي كان قد تعرض لمبدأ حسن النية بالوصف فقال فيه: بانه "واجب الصدق وجوهره العدل في التعامل او انه يتمثل بالالتزام بالمعايير التجارية المعقولة للتعامل العادل والوفاء بالأهداف المتفق عليها بين طرفي العلاقة والتصرف بما يتفق مع توقعاتهم المبررة(11).

الفرع الثاني/ الحدود الوظيفية لمبدأ حسن النية في القانونين المدنيين العراقي والانكليزي

نصت م/ 150 من القانون المدني العراقي على أنه: (2– ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، وبمقارنة هذه الفقرة مع سابقتها من المادة نفسها (المذكورة آنفاً) نلاحظ وجود ارتباط عضوي، العنصر المشترك فيه هو مبدأ حسن النية وإن لم يذكر في الفقرة الثانية لأن الأولى قد أسست لمبدأ عام مفاده أن الأساس العقلي لإلزام المتعاقد بالتزاماته مستمد من مبدأ حسن النية، فتكون الفقرة الثانية مكملة لما أسسه المشرع في الفقرة الأولى ولكنه خص بهذا الالزام ما يعتبر من مستلزماته وواضح من هذه المفردة (مستلزمات) أي ما يعد تكميلياً أو ثانوياً، سواء حددت تلك المستلزمات من خلال القانون أو العرف أو طبيعة الالتزام، وفي ذلك إشارة صريحة ومباشرة إلى القواعد المكملة والمفسرة التي تكمل إرادة المتعاقدين في حال نسيانهم أو تناسيهم تلك الالتزامات غير الجوهرية في العقد هي المقصودة بتطبيق المبدأ (حسن النية)(12).

نستنتج مما سبق أن "المهمة الأساسية لحسن النية التعاقدية هي وظيفته المتمثلة في الغرض من التكامل التعاقدي وهو إسناد شرط ضمني إلى العقد لتعويض الثغرات أو الإغفالات التي تشكل ثغرات تعاقدية" وواضح أن هذا المفهوم وبحكم وظيفة التكامل التعاقدي، فإن حسن النية هو مصدر عدد غير محدد من الالتزامات الثانوية وغيرها من الآثار القانونية الإضافية التي تعتبر من جزئيات العقد، وتكمل ثغراته أو إغفالاته التي تحتاج إلى التفسير وإكمال ما نقص(13).

ووفقاً لمفهوم الفقرة الثانية من المادة (150) من القانون المدني العراقي المذكورة آنفاً وصياغتها الحرفية، يمكن أن يحدد القانون أو العرف أو مبدأ العدالة (حسب اجتهاد القاضي على وجه التحديد) بالنظر إلى طبيعة الالتزام المتعاقد عليه هل هو من الالتزامات الرئيسة التي قد يؤدي تعديلها إلى نسف العقد وتضييع الغاية من إبرامه، وبما يضر بمبدأ حرية الإرادة، أما المضمون الموضوعي للشروط أو العناصر الضمنية التي يتم إدراجها في العقد فمن العدالة أن تكون محكومة بحسن النية التعاقدية. أما في النظام القانوني الانكليزي فالموضوع مختلف تماماً، فهذا القانون يعتمد من حيث الأصل على نظام السوابق القضائية، ولم يتضمن موقف محدد أو متساهل من مبدأ حسن النية ، ولذلك فإن التشريع والفقه القانوني والقضاء هناك يقترب من الإجماع على رفضه، ويعتبرونه مصطلح صعب وغير واضح ولا يمكن تعريفه، والغموض يكتنف تطبيقاته ونطاقه، لذلك كان متسالماً عند المحامين الانكليز أنه لا وجود لهذا المبدأ في المنظومة القانونية في انكلترا(14). ويمكن ملاحظة مجموعة من الأسباب لعدم قبول قاعدة الصدق وحسن النية كمبادئ عامة في القانون الإنجليزي يمكن إجمالها بالآتي:

أولاً- النزعة المادية لقانون العقود الانكليزي:

وفقًا لقانون العقود الإنجليزي، يقوم الأطراف بإنشاء العلاقات القانونية والحفاظ عليها من خلال مراعاة مصالحهم الخاصة فقط بشكل مادي بحت، وبعبارة أخرى ليس عليهم أي التزام بأخذ مصالح الطرف الآخر بعين الاعتبار، لذلك وفق هذا القانون يقوم الأطراف بإبرام العقود والحفاظ على العلاقة التعاقدية مع الأخذ في الاعتبار فقط كفاءتها التجارية، وبغض النظر عن مفاهيم الصدق وحسن النية(155).

ثانياً- مبدأ حرية التعاقد:

وفقا لهذا المبدأ، يمكن للأطراف إبرام العقود بحرية وطوعية، دون التقيد بالإنصاف، بشرط الالتزام بقيود معينة، ولذلك فإن قبول المبدأ العام للصدق وحسن النية يؤدي إلى عدم احترام رغبات الأطراف واستقلاليتهم(166).

ومع أن قاعدة الصدق وحسن النية تقيد طرفي العقد من التصرف بشكل كامل حريتهم ومراعاة مصالحهم الخاصة، إلا أنها تخلق أيضًا حالة من عدم اليقين بشأن ما أو من سيحدد نطاق العقد(177)، وبشكل أوضح، بما أنه لا توجد إجابة واضحة على أسئلة مثل ما إذا كانت قاعدة الصدق وحسن النية تحدد وفق معايير شخصية أو موضوعية وما هو نطاقها، فقد ذكر أن قبول هذا المبدأ كمبدأ أساسي (وخاصة فيما يتعلق بالعقود التجارية) سوف يؤدي إلى عدم اليقين، وبصرف النظر عن ذلك، فإن اعتماد هذا المبدأ العام يتم التعامل معه بحذر بسبب استخدام مفاهيم غير قانونية مثل الأخلاق في تحديد الصدق وحسن النية، وبعبارة أخرى يُزعم الفقه القانوني الانكليزي أن الأخلاق والقانون مفهومان يجب فصلهما عن بعضهما البعض.

السبب الثالث- إن تطبيق مبدأ حسن النية لا يؤدي إلى تعزيز اليقين القانوني ويحد من القدرة على التنبؤ في قانون العقود الإنجليزي: وفي هذا السياق، كقاعدة عامة، تكون للتوقعات المعقولة للأطراف من العقد الأسبقية ويجب حمايتها، ولذلك فإن قبول هذا المبدأ بشكل مطلق وتطبيقه كمبدأ عام لا يتوافق مع مبدأ اليقين القانوني.

رابعاً- قاعدة الصدق وحسن النية، لا يتوافقان عن الحالة الذهنية للمتعاقد وأفكاره: لأن فهم الأسباب التي تجعل شخص ما يتصرف بهذه الطريقة يتطلب منا أن نتساءل عن حالته العقلية، وهو نهج لا يتوافق مع البنية الأساسية للقانون الإنجليزي(188).

خامساً- أن افتراض الالتزام بالتصرف وفقا لقواعد الأمانة وحسن النية قد يخلق سببا قانونياً مستقلاً يمنح الأطراف الحق في التقاضي وإقامة الدعاوى أمام المحاكم، كما أن هذا الوضع لن يكون متوافقًا مع بنية القانون الإنجليزي(199).

أما في السنوات العشرة الأخيرة فقد بدأ بالظهور اتجاه قضائي مدعوم من جانب بعض فقهاء القانون الأنكليز ينادي بمبدأ حسن النية في الالتزامات التعاقدية، ويحاول افتراض شرط ضمني في العقد يدعو إلى العمل بحسن النية من خلال نظرية الشروط الضمنية للعقد، ويبدو أن تنامي هذا التوجه قد يؤدي في المستقبل المنظور إلى أن يتسلل هذا المبدأ إلى

المنظومة القانونية في انكلترا تشريعاً وقضاءً على أساس وجود شرط ضمني في العقود فحواه مبدأ حسن النية في الشروط التفصيلية والثانوية بين المتعاقدين(20). ويمكن أن يقوم التكامل التعاقدي على حسن النية لوجود عقد صحيح يحتوي على نقص في الالتزامات الضمنية ، لذلك يجب أن يكون الطرفان المتعاقدان قد أبرما عقدا صحيحاً نافذاً، مما يعني أنه يجب أن يكونا قد وافقا على الأقل على المسائل الجوهرية للاتفاقات التعاقدية، وهي تلك التي تحدد طبيعة التبادل التعاقدي وتحدد الأغراض والمصالح الاقتصادية التي يسعى إليها الطرفان إلى تحقيقها، ويفترض التكامل التعاقدي، إلى جانب وجود عقد صحيح، ووجود نقص في تفاصيل أو جزئيات ذلك العقد، وتلك الثغرات إذا كانت في مسائل أساسية مثل المبيع والثمن في عقد البيع فهي تهدد أصل وجود العقد فلا يكون هنالك محل للبحث عن حسن أو سوء نية احد المتعاقدين أو كليهما، بدليل ما جاء في الفقرة الأولى من المادة /86 من القانون المدني العرقي التي اشترطت الاتفاق على التفاصيل الأساسية كشرط لانعقاد العقد ولا يكفي أن يتم الاتفاق على بعض تلك المسائل(21)، وهذا يدل بوضوح على أن النطاق الطبيعي لتطبيق مبدأ حسن النية وميدانه التفاصيل الضمنية والجزئيات فقط.

المطلب الثاني/ آثار مبدأ حسن النية في القانونين العراقي والانكليزي

لمبدأ حسن النية آثار ومظاهر كثيرة في القوانين، وخصوصاً المدنية منها، وبما أنه مبدأ قانوني فضلاً عن أنه أخلاقي، فهذا الوصف يجعل تطبيقاته واردة في القواعد المنظمة للعقود، وسواء استند على صريح نص المشرع كما في القانون المدني العراقي، أو كشرط ضمني في العقود كما في (السنوات العشرة الأخيرة) في القانون الإنكليزي، فالمبدأ موجود، وسنتتبع في هذا المطلب آثار وجوده في فرعين سنخصص الفرع الأول لتقصي آثاره في القانون المدني العراقي، وسنعقد الفرع الثاني لآثار المبدأ في القانون الانكليزي.

الفرع الأول/ آثار مبدأ حسن النية في القانون المدني العراقي

إن المشرع العراقي ذكر عبارة (حسن النية) في أكثر من عشرين موضع في القانون المدني، إلا أن ما يعنينا منها ما تعلق بالعقد، وقد تسبق العقد مرحلة أولى تتمثل بمفاوضات تمهيدية قبل إبرامه، لتكون المرحلة الثانية هي مرحلة تكوين العقد، والمرحلة الثالثة هي مرحلة تنفيذ الالتزامات العقدية وسنبحثها تباعاً لنرى مدى تأثر كل مرحلة من هذه المراحل الثلاثة بمبدأ حسن النية وكالآتي:

أولاً- مرحلة المفاوضات:

قد يسبق إبرام العقد مرحلة مفاوضات بين الأطراف قد تطول وقد تقصر، وقد أطلق المشرع العراقي على هذه المرحلة اسم الاتفاق الابتدائي، وقد تناولها المشرع بالنص عليها في م/91 من القانون المدني(22)، ويلاحظ أن الإخلال في هذه المرحلة لا يقوم على اساس عقدي لأن العقد لم ينعقد بعد، فقد يقوم الإخلال على اساس مخالفة التزام قانوني كما في مخالفة الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات فإن الأساس القانوني للمسؤولية يقوم على وجود نص في القانون يلزم الطرفين بالإفصاح عن أي معلومة تكون جوهرية في تحديد رغبة المتفاوضين في الإقدام على التعاقد، وليس مصدر هذا الالتزام مخالفة مبدأ حسن النية كما يزعم من ذهب إلى ذلك(23)، بذلك تنتفي الحاجة إلى البحث عن مخالفة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات لأن في هذه المرحلة لم يولد العقد بعد.

ثانياً- مرحلة إبرام العقد:

تعرضنا خلال البحث (في المطلب الأول) لمدى صحة وجود دور لمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، ووصلنا إلى نتيجة أن هذا الدور لا وجود له بدليل أن ما ورد في الفقرة الأولى من المادة/150 من القانون المدني العراقي (المذكورة آنفاً) يصرح بأن نطاق تطبيق المبدأ هو في مرحلة التنفيذ، وعللنا هذا التوجه من المشرع بأن أي خلل في العقد في مرحلة التكوين يبطله أو يجعله موقوفاً لا على اساس سوء نية أحد المتعاقدين وإنما على أسس قانونية مادية ذكرها المشرع تفصيلاً، فمنها ما يبطل العقد باعتبار ذاته أو باعتبار أوصافه، فيكون العقد باطلاً ذاتاً اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب أو القبول قد صدرا ممن هو ليس اهلٌ للتعاقد، او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع، ويكون باطلاً وصفاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون(24)، وعلى هذا الأساس لا يمكن افتراض أن العقد قد أبطل لخلل في مبدأ حسن النية بل لا علاقة له بالبطلان الذي استند على دعائم قانونية مادية واضحة وهو النص التشريعي، فالسند القانوني للبطلان هو القانون نفسه.أما إذا وقع أحد الطرفين في عيب من عيوب الإرادة كأن يكون حصل له توهم شيء غير موجود أو بنى قناعته على تغرير من الطرف الآخر أو وقع تحت تأثير الاستغلال، فالنصوص في القانون المدني العراقي قد تكفلت بحماية من شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة وهذا هو الأساس الذي جعل المشرع بموجبه يحكم على العقد بأنه موقوف على إجازة من تقرر الوقف لمصلحته(25)، وليس على اساس مبدأ حسن النية(26).

ثالثاً- مرحلة تنفيذ العقد:

في هذه المرحلة يبدأ المتعاقدان بتحقيق الغايات التي من أجلها تعاقدا، وتترتب الآثار على اساس التزاماتهما في مرحلة إنعقاد العقد، ويمكن تمييز نوعين من الالتزامات جوهرية أو رئيسة وضمنية أو ثانوية.

1- الالتزامات الجوهرية (الرئيسة): هذا النوع من الالتزامات هو المقصود من عملية التعاقد لكلا طرفي العلاقة العقدية فمن باع شيئاً إنما قصد الحصول على الثمن، والمشتري قصد الحصول على العين، ومن استأجر داراً هدفه الحصول على المنفعة، والمؤجر قصد الحصول على الأجرة، وهذا يسري على كافة العقود، ولأهمية هذه الغايات فقد قرر المشرع أن

العقد لا ينعقد مالم يتم الاتفاق على هذه الالتزامات بشكل واضح وصريح، وهذا بنص الفقرة الأولى من المادة/86 من القانون المدني العراقي، وقد قال المشرع بعبارة واضحة أن العقد لا ينعقد إذا لم يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية ولا يمكن الحديث عن عقد إذا اتفق الطرفان على بعض هذه المسائل وتركا البعض الآخر(27).

فإذا تم العقد ووصلنا إلى تنفيذ الالتزامات الجوهرية ولم ينفذ أحد الطرفين التزاماته كلاً أو بعضاً أو أخل بها فالمشرع حدد لذلك الإخلال طرقاً عدة لحفظ حقوق الأطراف، فتارة يكون التنفيذ عينياً إن كان ذلك ممكناً(28)، فإن تعذر ذلك يصار إلى التعويض(29)، وتناولت نصوص أخرى كثيرة الحالات التي قد تكون سبباً لإخلال المدين بالتزاماته الجوهرية ووضعت لها حلولاً تحفظ حقوق طرفي العقد وتحقق لها غاياتهما من التعاقد وتراعي توقعاتهما(30)، وهذا التوجه من المشرع لوضع الحلول ومعالجة ما أمكن من الحالات المتوقعة يدل على عدم اهتمامه كثيراً بمبدأ حسن النية في الالتزامات الجوهرية(31)، إذ لم يسمح لنفسه بأن يجعل إرادته تحل محل أحد المتعاقدين أو كليهما في الغاء أو تعديل الالتزامات الجوهرية بل ترك ذلك لإرادتهما الحرة، وهذا موقف صائب منه، وهو يؤكد موقف قانوني ربما يكون أهم من مبدأ حسن النية وهو رعاية توقعات المتعاقدين لما سيكون عليه الحل خلال تنفيذ الالتزامات الجوهرية التي وجد العقد من اجلها.

لكل ما تقدم لا يمكن أبداً أن يكون حسن النية التعاقدي مبرراً لإفراغ العقد من مضمونه، أو تعديل التزامات نص عليه الطرفان صراحة، أو تغيير ما تم الاتفاق عليه بشكل صحيح بأي شكل من الأشكال، وقد نص على ذلك المشرع في المادة/146 من القانون المدني، حينما قطع الطريق لتعديل العقد أو التملص من التزاماته بعد انعقاده صحيحاً لازماً إلا إذا اتفق الطرفان على تعديل أحكامه أو الغائه بإرادتهما الحرة، أو أن ينص القانون على التعديل أو الإلغاء(32)، وليس للمحكمة أن تقرر ذلك استناداً إلى حسن نية طرف أو سوء نية الآخر، فإن قيل بأن الأصل المقرر في نص المادة المذكورة آنفاً قد قرر المشرع استثناءات عليه مثل نظرية الظروف الطارئة(33) أو السبب الأجنبي(34)، فنقول بأن هذا الاستثناءات وغيرها لا تعد تطبيقات لمبدأ حسن النية وإنما هي نظريات قانونية قائمة بذاتها مستندة إلى كونها جزء من القانون المكتوب، ثم إنها استثناءات لا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها كما هو بديهي في كل التشريعات في العالم.

2- الالتزامات الثانوية أو الضمنية:

بالتمعن في نص الفقرة الثانية من المادة /86 من القانون المدني العراقي نلاحظ أنها ميزت بين نوعين من المسائل التي يمكن ان يتفق عليها المتعاقدان، الأولى- التزامات أطلق عليها المشرع اسم (الجوهرية) وهي تلك المسائل التي لا بد من الاتفاق عليها لتكوين العقد، أي إنها لازمة لانعقاد العقد وهو ما تحدثنا عنه في الفقرة السابقة، والثانية- التزامات اسماها المشرع (تفصيلية) وهي تلك المسائل التي يمكن أن يحتفظ بها المتعاقدان لتقرير مصيرها لاحقاً ولكن المهم أن المتعاقدين لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق عليها، والمأخذ على المشرع في العبارة الأخيرة هو أن المتعاقدين إذا رهنا مصير العقد بهذه المسائل التفصيلية أصبحت جوهرية من وجهة نظرهما، فهما من يحدد طبيعة المسائل واعتبارها إن كانت جوهرية أو ثانوية، ولو كانت ثانوية لما ارتبط مصير العقد بها وجوداً وعدماً، وعلى كل حال وسواء كان عدم ذكر هذه المسائل التفصيلية جهلاً أو عمداً فهي لا تؤثر في اعتبار العقد(35)، فهو عقد صحيح ولازم ما لم يعتريه عيب من عيوب الإرادة(36).

ولا توجد مشكلة إذا اتفقا ولو فيما بعد، ولكن قد يحصل النزاع بشأن هذه المسائل التفصيلية (الثانوية)، فإن حصل فالمحكمة هي التي تفصل في النزاع وفق أسس حددها المشرع وذلك حسب طبيعة الموضوع وأحكام القانون والعرف والعدالة، وهنا كأننا نتلمس وجود شرط ضمني لوجود مبدأ حسن النية في جانبين: الأول- القواعد المكملة والمفسرة التي عادة ما يستعان بها في تحديد الالتزامات الثانوية (أو المسائل التفصيلية حسب تعبير المشرع) من خلال ذكر المشرع لعبارة (أحكام القانون) والثاني- ذكر المشرع للعدالة كمصدر لحل النزاع الذي حصل بخصوص المسائل الثانوية(37).

يفترض بالمحكمة مراعاة طبيعة العقد، وتتيح طبيعة العقد تحديد نوع العقد واختيار أو تحديد مفهوم الالتزامات وغيرها من الآثار القانونية الإضافية التي تدمج ضمناً في العقد بحكم حسن نية، حتى يتسنى للطرفين أن يمتثلا بشكل معقول لمعناه العملي وغرضه الاقتصادي، ولكن مع ذلك فإن طبيعة العقد ذات مفهوم لا يحدده القانون لوحده، ويمكن فهم أنه يشير بشكل أساسي إلى العملية الاقتصادية التي يقوم عليها العقد. وهذا يعني افتراض أن العقد يتكون أساساً من برنامج تعاقدي محدد يهدف إلى تلبية أغراض ومصالح اقتصادية معينة، وهي باختصار تلك التي يسعى إليها الطرفان المتعاقدان من خلال إبرامه إلى تحقيقها، ولهذا السبب فإن طبيعة العقد تجعل من الممكن تحديد ليس فقط نوع العقد، ولكن أيضا الاستعانة بالوظيفة الاقتصادية أو الغرض من العقد كمعايير مركزية في تكامل العقد القائم على حسن النية(38). وبناء على ذلك، فإن المسائل التفصيلية التي تدرج في العقد بوصفها عناصر ضمنية بمقتضى التكامل التعاقدي القائم على حسن النية هي بالضرورة التزامات ثانوية أو ذات صلة أو نوع من الآثار القانونية التكميلية (الحقوق الاختيارية، والالتزامات الضمانية، والمواعيد النهائية، والضرائب الرسوم، أماكن الاستلام التسليم، نفقات الشحن والتفريغ وما إلى ذلك)، وكلها ذات طابع تفصيلي وتخدم حماية الأغراض والمصالح الاقتصادية التي حددتها الأطراف المتعاقدة نفسها، وتحقيقها يستند على العناصر الأساسية والالتزامات الرئيسية للعقد التي الاتفاق عليها سلفاً، لتكون هذه المسائل التفصيلية المتفق عليها ضمنياً هي الميدان الأرحب لتطبيق مبدأ حسن النية(39).

الفرع الثاني/ آثار مبدأ حسن النية في القانون الانكليزي

سبقت الإشارة إلى موقف القانون والقضاء في إنكلترا من مبدأ حسن النية، الذي كان رافضاً رفضاً قاطعاً للاعتراف به في نطاق العقود، والأسباب التي تجعل المبدأ المعني غير مقبول كمبدأ عام في القانون الإنجليزي تتمثل في إن ذلك يحد من حرية التعاقد، ويضر بمبادئ اليقين والقدرة على التنبؤ، إلا أن هذا القانون يتضمن بعض الالفاظ التي قد تعطي مفهوماً مقارباً لمبدأ حسن النية، إذ تضمنت قرارات المحكمة الإنجليزية (وهي جزء من النظام التشريعي على اساس مبدأ السوابق القضائية المعمول به في إنكلترا)، قد ذكرت في مناسبات عدة تلك الالفاظ، مثل التصرف بشكل معقول ومتوقع، والتصرف بأمانة، وعدم تقديم معلومات كاذبة، والتصرف بشكل ملائم وفقًا لغرض العقد، ومراقبة المعايير التجارية المعقولة والتصرف وفقًا للتوقعات المبررة للأطراف(40)، لذلك تدعو الحاجة الى تحليل تلك الالفاظ للوقوف على مدى اقترابها من مبدأ حسن النية من حيث الدلالة، ومما يلفت النظر معياران من هذه المعايير يحضيان بالاهتمام في القانون والقضاء في انكلترا هما المعقولية والملائمة وسنبحثهما تباعاً.

أولاً- ضابط المعقولية:

ومداره إيجاد توازن بين المصالح المتضاربة في نزاع معين، للوصول إلى حل معقول يوفق بين هذه المصالح، ويتم ذلك من خلال مراعاة مصلحة عامة جديرة بالاعتبار(41)، ومثال ذلك عبارة (الحد المعقول) الواردة في نص الفقرة الثانية من المادة (146) والمتعلقة بنظرية الظروف الطارئة والتي أتاحت للمحكمة أن تنقص الالتزام المرهق عن المدين (إلى الحد المعقول). فضابط المعقولية يحدد سلطة القاضي ويدعوه إلى مراعاة التوازن في التعاقدات التي اختلت التزاماتها بسبب ظروف جديدة لم تكن في حسابات المدين، فهذا العقود قائمة على وجود مصلحتين، مصلحة الدائن ومصلحة المدين.

إلا أن تطبيق ضابط المعقولية يكشف عن وجود مصلحة ثالثة هي مصلحة الجماعة التي يهمها أن تنفذ المشارطات بشرط أن لا يترتب على تنفيذها إرهاق المدين بسبب ظروف لا دخل لإرادته في وقوعها أو تحققها(42).

ثانياً- ضابط الملائمة:

ويعبر عن الحكمة والاعتدال اللازمين عند استخدام شخص سلطة يستمدها من تصرف قانوني معين، أي أن هذا الضابط يحدد سلطة الأفراد ويضطرهم إلى عدم المبالغة في الاستفادة من المراكز القانونية التي أوجدتهم فيها الظروف، فقد لا يبين المشرع حكماً بذاته بل يكتفي بالإحالة على أصل خارج عن نصوص القانون، يسترشد به القاضي لإعطاء الحالة المعروضة أمامه الحكم الملائم(43). ومن شواهد ضابط الملائمة ما اشارت النصوص القانونية في الأخذ بما يجب أن يقوم به الشخص المعتاد كمقياس للحكم على سلوك شخص معين ابتغاء التعرف على وجود خطأ في سلوكه لتقرير مسؤوليته، ومصداق ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (251) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه: (في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود)(44). وفيما يتعلق بالقانون الانكليزي تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من عدم قبول قاعدة الصدق وحسن النية كمبادئ عامة فيه، إلا أنه لن يكون من الصحيح القول بأن هذا المبدأ تم تجاهله تمامًا. فبينما يقوم الطرفان، من ناحية، بإقامة العلاقة التعاقدية واستمرارها، فإنهما مطالبان بالحفاظ على العلاقة فقط من أجل مصلحتهما الخاصة، ومن ناحية أخرى، يمكن لهما إبرام العقود كما يحلو لهما في إطار حرية التعاقد، دون مع مراعاة الصدق وحسن النية. ومع ذلك، في القانون الإنجليزي، لم يتم قبول التطبيق غير المحدود لحرية التعاقد وتم فرض قيود مختلفة عليه. ولذلك، بذلت الجهود لضمان العدالة التعاقدية بين الطرفين(455).

وفي هذا السياق، من المقبول أن يستخدم المبدأ المعني كدليل خاصة في تفسير العقد وفي سد الفجوة في العقد، وبالتوازي مع هذا التوجه، ذهب بعض فقهاء القانون إلى ضرورة اعتماد قاعدة الصدق وحسن النية كمبدأ عام في القانون الإنجليزي، وقد بنى أصحاب هذه الفكرة وجهات نظرهم على مبررات مختلفة، ومنها أن عدم اعتماد الصدق وحسن النية كمبدأ عام في القانون الإنجليزي يحول دون الوصول إلى نتيجة عادلة في قانون العقود، وهناك مبرر آخر وهو أن هذا المبدأ سيوفر المزيد من الحماية للأطراف وسيجلب المرونة فيما يتعلق بالتجارة، ومنها أيضاً أن هذا المبدأ سيمنع الانتهازية والإساءة ويضمن التعاون بين الطرفين. وتحت تأثير تلك الدعوات فان القانون الانكليزي ضمّن بعض العلاقات القانونية مبدأ حسن النية كما في عقـــود التوظيف وعقود التأمين كما انه ونتيجة التأثير الأوربي على القانون الانكليزي الناتج في حينها عن انضمام المملكة المتحدة الى الاتحاد الاوربي وسياسة توحيد التشريعات الاوربية، نص المشرع الانكليزي على مبدأ حسن النية في بعض التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك ومنها تشريع الشروط غير العادلة في عقود الاستهلاك لسنة 2014 وتشريع حقوق المستهلك لسنة 2015. الا انه نتيجة لقرار المملكة المتحدة الخروج من الاتحاد الأوربي فان هذا التأثير الخارجي لم يعد من المرجح ان يكون له اهمية كبيرة بهذا الشكل(46).

وبصرف النظر عن ذلك، فقد ذكر أيضًا أنه في القانون الإنجليزي، يتم مراعاة قاعدة الصدق وحسن النية، خاصة في حالات التحريف والترهيب وإساءة استخدام النفوذ والالتزام بالإفصاح وتفسير العقود والأحداث غير المتوقعة، حدث آخر تطور حول هذا الموضوع في المملكة المتحدة في مايو 2020. وفي مايو 2020، أصدرت الحكومة البريطانية قرارًا غير ملزم قانونًا بشأن تنفيذ وتنفيذ العقود المتضررة من وباء كوفيد-19(477).

الخاتمة

بعد أن وصل البحث إلى خاتمته، فسوف فسوف تتضمن الخاتمة نتائج وتوصيات وكالآتي:

أولاً- النتائج:

1- أن مبدأ حسن النية في القانون المدني العراقي غير واضح المعالم، وعدم الوضوح متأصل في لفظ (حسن النية) لكونها عبارة غير محددة وتعطي معاني كثيرة اغلبها تدور حول الأخلاق والصفات الحميدة، وهذه لا يرتب عليها القانون أثراً.

2- أن الساحة الحقيقية لتطبيق مبدأ حسن النية هو الالتزامات الضمنية والثانوية، اي الالتزامات غير الجوهرية، لأن الالتزامات الجوهرية نظمها المشرع تنظيماً صريحاً ورتب عليها آثاراً قانونية واضحة في حالة الإخلال بها، فلا تحتاج إلى تطبيق هذا المبدأ.

3- أن القانون الانكليزي وتحت تأثير الفكر المادي لا يعترف بمبدأ حسن النية في العقود حفاظاً على الغايات الاقتصادية للعقد وحمايةً لتوقعات الأطراف.

4- أن التطبيقات القضائية لقانون العقود الانكليزي تأثرت بالتشريعات الأوربية بعد انضمام بريطانيا إلى الاتحاد الأوربي قد بدأ بالأخذ (ولو قليلاً) بهذا المبدأ من خلال اعتباره شرطاً ضمنياً يمكن تطبيقه على الالتزامات الثانوية للعقد، ولكن هذه النزعة لا يؤمل لها الاستمرار بعد خروج بريطانيا من الإتحاد والسوق الأوربية المشتركة.

المقترحات:

1- نقترح أن ينص المشرع العراقي على أن مبدأ حسن النية يصبح فاعلاً إذا ارتبط النزاع بين المتعاقدين بالشروط غير الجوهرية التي يمكن أن يتناولها معالجتها بالقواعد المكملة والمفسرة وعلى أساس مبدأ حسن النية.

2- نقترح على القضاء في العراق أن يأخذ بالاعتبار استقرار المعاملات وتحقيق توقعات الأطراف قبل تعديل الالتزامات العقدية بداعي حسن النية الذي هو حالة كامنة في النفس ليس من السهل الوصول إلى حقيقتها.

3- نقترح حث الباحثين وطلبة الدراسات العليا على الكتابة في المواضيع ذات البعد الفلسفي القانوني مثل مبدأ حسن النية وغيره من المبادئ التي يتزايد الاهتمام العالمي بها.

الهوامش

[1] محمود الفياض، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحله التفاوض على العقد، بحث منشور في مجله الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 54، عام 2013، ص27.

[2] د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد- دراسة مقارنة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد ٣، العدد الأول، ١٩٦١، ص٦١

[3] عبد الحليم عبد اللطيف القوني ،حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،عام2004 ،ص413.

[4] مباركه دينا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، بحث منشور في مجلة القصر المغرب، منشورات دار المنظومة القضائية ، العدد الرابع 2002، ص22.

[5] ينظر :د. سمير تناغو . عقد البيع . طبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، بلا سنة طبع، ص 318.

[6] إذ ورد في الفقرة الثانية من م/ 150 من القانون المدني العراقي أنه: (1 – يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

[7] نصت المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل على أنه: (يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. ويعتبر هذا الحكم من النظام العام)، ويُلحظ أن المشرع الفرنسي قد عَد هذا المبدأ من قواعد النظام العام، ومن ثَم يمكن للقاضي اثارته من تلقاء نفسه. والقول أنه من قواعد النظام العام ليس معناه أن جزاء مخالفته هو البطلان، لأن النظام العام قد يكون توجيهي يرتب عليه البطلان أو نظام عام حمائي يتضمن أحكام لحماية الطرف الضعيف، والبطلان ليس في مصلحة الطرف الضعيف ومن ثَم فإن جزاء مخالفته هي ابقاء العقد والمطالبة بالتعويض طبقًا لقواعد المسؤولية التعاقدية، كما أنه جعل هذا المبدأ شاملًا جميع مراحل التعاقد، خلاف التشريع العراقي الذي لم يشر إلى ذلك وقصره على مرحلة التنفيذ، بَيد أن هذا لا يعني أنه قاصر على هذه المرحلة أنما يشمل جميع المراحل، ذلك أن هذا المبدأ أصبح من المبادئ والقواعد الأساسية والضرورية في العلاقات القانونية جميعها ومفترض بداهة في جميع الأحوال. للمزيد ينظر يُنظر: عبد القادر اقصاصي، فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد١، المجلد ٣، ٢٠١٩، ص٢٦٧.

[8] نصت م/ 137 من القانون المدني العراقي على أنه:(1 – العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية.2 – فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلال كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع. 3 – ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون).

[9] The function de integration Of The Buena fee contractual

[10] Good Faith in English Contract Law: Should the Law Retreat? October 2023, Business Law Review 44(Issue 5):160-171 . DOI: 10.54648/BULA2023020 . Alberto Tassoni. P. 44.
[11] د. كاظم كريم علي، مبدأ حسن النية في العقود في القانون الانكليزي بين الرفض والقبول، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، /كلية القانون - جامعة بغداد / العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان"استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " 2019، ص284.
[12] محى احمد بن طه ،مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، دراسة مقارنة مع القوانين المصري والعراقي والانكليزي، أطروحة دكتوراه ، مقدمه لمجلس كليه السياسات بجامعة عمان الأردن2017، ص6.
[13] د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد ، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص116.
[14] Good Faith in English Contract Law: Should the Law Retreat? October 2023, Business Law Review 44(Issue 5):160-171. DOI: 10.54648/BULA2023020 . Alberto Tasso. P. 47.
[15] Browns word, roger, "good faith in contracts Revisited" Current Legal Problems, Vol; 49, Issue 1, 1999. P111-157.
[16 16] • Cai ،Wenrui in Terms Implied and Faith Good of Duty A between Relationship "The Contract English Law", Student Exeter Law Review, Vol: 1, Issue 1، 2015, s.5-1.
[17] د.محمود فياض، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة المبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بحث منشور في مجله الشريعة والقانون ،جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد 27، 2013 ص225
[18](18) Jason, Chen, "Should Contract English Law Adopt A General Duty To Negotiate In Good Faith?", Bristol Law Review, Vol:4, 2017 -8.27-18.
[19 19] Collins, Hugh, "Implied Terms: The Foundation of Good Faith and Fair Dealing", Current Legal Problems, ،Vol: 67, 2014 -8.331-297.
[20] د. كاظم كريم علي، مبدأ حسن النية في العقود في القانون الانكليزي بين الرفض والقبول، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، /كلية القانون - جامعة بغداد / العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان"استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " 2019، ص44.
[21] نصت م/ 86 من القانون المدني العراقي على أنه: (1 – يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة).
[22] نصت المادة 91 من القانون المدني العراقي على أنه: (1 – الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها. 2 – فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد).
[23] جنان عيسى، حسن النية في التعاقد- دراسة مقارنه في الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعه أبو بكر قايد، تلمسان ، الجزائر كلية الحقوق والعلوم االسياسية، 2017، ص66
[24] أنظر م/137 من القانون المدني العراقي.
[25] نصت الفقرة الأولى من مادة 134 من القانون المدني العراقي على أنه: (1 – اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، ...).
[26] د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2016، ص67.
[27] نصت الفقرة الأولى من المادة/86 من القانون المدني العراقي على أنه: (يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوذا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة).
[28] نصت الفقرة الأولى من المادة/ 246 من القانون المدني العراقي على أنه:(يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً).
[29] نصت الفقرة الثانية من المادة/ 246 من القانون المدني العراقي على أنه:(على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).
[30] ينظر المواد 247 من القانون المدني العراقي وما بعدها.
[31] د. شوقي محمد صالح، نظرية الظاهر في القانون المدني، مطبعة دار الفكر العربي، 2002، ص 113.
[32] نصت الفقرة الأولى من م/146 من القانون المدني العرقي على أنه: (1 – اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي.

[33] نصت الفقرة الثانية من م/146 من القانون المدني على أنه: (2 – على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

[34] ينظر نص المادة/425 من القانون المدني العراقي.

[35] نصت الفقرة الثانية من المادة/86 من القانون المدني العراقي على أنه: (واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

[36] د. شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولي، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، القاهرة، 2005، ص56

[37] د. مجيد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنجليزي، بدون ناشر، جامعة النهرين، العراق،2010، ص90.

[38] جمال النشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص38.

[39] د. مجيد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنجليزي، بدون ناشر، جامعة النهرين، العراق، 2010، ص90.

[40] Good Faith in English Contract Law: Should the Law Retreat? October 2023, Business Law Review 44(Issue 5):160-171. DOI: 10.54648/BULA2023020 . Alberto Tasso. P. 47.

(41) إن القضاء الإنكليزي يعتمد كثيراً على هذا الضابط فيحكم عادةً بفسخ العقد الذي إختل التوازن العقدي فيه إذا ثبت للقاضي أن المدين لم يكن مخطئاً، وأن التنفيذ قد أصبح مرهقاً بشكل لو أمكن لرجل عاقل أن يتنبأ به لما تعاقد. أنظر د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، العدد الثاني، السنة الثامنة، 1988، ص254.

(42) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، بلا طبعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1981م، ص109.

(43) د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، العدد الثاني، السنة الثامنة، 1988، ص255

(44) وكذلك ما ورد في البند (أ) من الفقرة (1) من المادة 909-من القانون المدني العراقي والذي نص على أنه: (ان يؤدي العمل بنفسه ويبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد).

45 (45) Ewan, Mckendrick, Contract Law - Text, Cases, and Materials, 2nd Edition, Oxford, 2005. Contract) (Law

[46] Celina Esther V. Cua, Towards a General Notion of Good Faith in English Contract Law. January 2013. SSRN Electronic Journal. DOI: 10.2139/ssrn.2297037.

[47] Alberto Tassoni. P. 44. DOI: 10.54648/BULA2023020 . Business Law Review 44(Issue 5):160-171 . Good Faith in English Contract Law: Should the Law Retreat? October 2023,

المصادر

أولاً- الكتب والمؤلفات

1- د. جمال النشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
2- د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، العدد الثاني، السنة الثامنة، 1988.
3- د. سمير تناغو . عقد البيع . طبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، بلا سنة طبع.
4- د. شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، القاهرة، 2005.
5- د. شوقي محمد صالح، نظرية الظاهر في القانون المدني، مطبعة دار الفكر العربي، 2002.
6- د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد ، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
7- د. عبد الحليم عبد اللطّيف القوني ،حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،عام2004.
8- د. مجيد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنجليزي، بدون ناشر، جامعة النهرين، العراق، 2010
9- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2016.
10- د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، بلا طبعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1981.

ثانياً- البحوث والدراسات:

1- د. جنان عيسى، حسن النية في التعاقد- دراسة مقارنه في الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعه أبو بكر قايد، تلمسان ، الجزائر كلية الحقوق والعلوم االسياسية، 2017.
2- د. كاظم كريم علي، مبدأ حسن النية في العقود في القانون الانكليزي بين الرفض والقبول، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، /كلية القانون - جامعة بغداد / العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان"استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " 2019.
3- مباركة دينا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، بحث منشور في مجلة القصر المغرب، منشورات دار المنظومة القضائية ، العدد الرابع 2002.
4- د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد- دراسة مقارنة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد ٣، العدد الأول، ١٩٦١.
5- د. محمود الفياض، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحله التفاوض على العقد، بحث منشور في مجله الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 54، عام 2013.
6- د. محي احمد بن طه ،مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، دراسة مقارنة مع القوانين المصري والعراقي والانكليزي، أطروحة دكتوراه ، مقدمه لمجلس كليه السياسات بجامعة عمان الأردن2017.

ثالثاً- المصادر الأجنبية:

1- The function de integration Of the Buena fee contractual
2- Good Faith in English Contract Law: Should the Law Retreat? October 2023, Business Law Review 44(Issue 5):160-171. 10.54648/BULA2023020 . Alberto Tasso. DOI:
3- Browns word, roger, "good faith in contracts Revisited" Current Legal Problems, Vol; 49, Issue 1, 1999.
4- CaiWenrui, "The Relationship between Duty A of Good Faith and Implied Terms in English Contract Law", Exeter Student Law Review, Vol: 1, Issue 1 ،2015,.s 1-5.
5- Chen, Jason, "Should English Contract Law A Adopt General To Duty Negotiate In Good Faith?", BristolLaw Review, Vol:4, 2017, 8-.18-27.
6- Collins, Hugh, "Implied Terms: The Foundation in Good Faith and Fair Dealing", Current Legal Problems, Vol: 67, 2014, 8-.297-331.
7- Mckendrick, Ewan, Contract Law - Text, Cases, and Materials, 2nd Edition, Oxford, 2005. (Contract Law)
8- Towards a General Notion of Good Faith in English Contract Law. January 2013. SSRN Electronic Journal. DOI: 10.2139/ssrn.2297037. Celina Esther V. Cua

رابعاً- القوانين:

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته.
2- القانون المدني الفرنسي وتعديلاته
3- قانون العقود الانكليزي