جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية نصف سنوية محكمة

تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والقضائية

تصدرها

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

العدد الثامن والثلاثون

أكتوبر ٢٠٢١م

توجه جميع المراسلات باسم الأستاذ الدكتور: رئيس تحرير مجلة الشريعة والقانون
جمهورية مصر العربية - كلية الشريعة والقانون - القاهرة -الدراسة - شارع جوهر القائد
ت: ٢٥١٠٧٦٨٧
فاكس: ٢٥١٠٧٧٣٨
http://fshariaandlaw.edu.eg
موقع المجلة على بنك المعرفة المصري
https://mawq.journals.ekb.eg

جميع الآراء الواردة في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة وليست مسئولة عنها

رقم الإيـــداع
١٨٠٥٣ / ٢٠٢١
الترقيم الدولي
ISSN: 2812–4774
الترقيم الدولي الإلكتروني
2812–5282

مبدأ حسن النية في المعاملات
دراسة مقارنة

إعداد

د.خديجة عبدالله أحمد

مدرس بقسم الشريعة

كلية دار العلوم جامعة القاهرة

مبدأ حسن النية في المعاملات

دراسة مقارنة

خديجة عبد الله أحمد

قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية.

البريد الإلكتروني: khadejaAbdAllah@cu.edu.eg

ملخص البحث:

يعد مبدأ حسن النية من المباديء المهمة التي تقوم عليها التصرفات في الفقهين الإسلامي والوضعي، ومبدأ حسن النية وان كان يعد من المبادئ الأخلاقية التي تتوقف مراعاتها على الجانب القيمي في حياة كل متعاقد، إلا أن وضعه في نصوص نظامية وقانونية، ينقله من مرتبة الالتزام الأخلاقي إلى مرتبة الالتزام القانوني الذي يرتب آثارا على أطرافه، ولمبدأ حسن النية طابعا مميزا في الشريعة الإسلامية عن القوانين؛ فعلى الرغم من عدم استعمال الفقه الإسلامي لهذا المصطلح إلا أن مضمون حسن النية ودورها في المعاملات في الشريعة الإسلامية أكثر عمقا وأوسعٍ نطاقا من الأنظمة القانونية؛ حيث لا يقتصر الهدف من التعامل في الشريعة الإسلامية إلى تحقيق المصالح الخاصة للأطراف فقط، ولكن يهدف أيضا إلى تحقيق المصالح الشرعية العامة في إطار كلي ينهى عن الضرر والضرار، ولا شك في أن ذلك يعد من أرقى درجات حسن النية تجاه الآخرين

الكلمات المفتاحية: حسن النية، المعاملات، الالتزام الأخلاقي، العقود، المعاوضات.

The principle of good intention in transactions Comparative study

Khadija Abdullah Ahmed
Department of Islamic Shariah, Faculty of Dar Al Uloom, Cairo University, Arab Republic of Egypt.
E-mail: khadejaAbdAllah@cu.edu.eg

Abstract:

The principle of good intention is one of the important principles on which actions are based in Islamic and positive jurisprudence, and the principle of good intention is one of the ethical principles whose consideration depends on the value aspect in the life of each contracting party and the morality law transfers it to the rank of commitment, The rank of the legal obligation that has consequences for its parties. The principle of good intention has a distinct character in Islamic law over other laws. In spite of the fact that Islamic jurisprudence does not use this term, the content of good intention and its role in transactions in Islamic law is more profound and broad in scope than legal systems. Where the goal of dealing in Islamic law is not limited to achieving the private interests of the parties only, but also aims to achieve public legitimate interests within a comprehensive framework that forbids harm and damage, and there is no doubt that this is one of the highest degrees of goodwill towards others.

Keywords: Good intention, Transactions, Moral commitment, Contracts, Compensation.

المقدمة

الحمـد الله رب العـالمين، والصـلاة والسـلام على خـاتم النبيـين نبينـا محمـد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فـإن المتـدبر لأحكام الشـريعة ومقاصـدها في الأعمـال يجـد أن النيـة من الأمـور المهمة التي يتوقف عليها مشروعية العمل، وجل الأعمال المعتبرة في نظر الشرع لابد أن تكون وراءها نية حسنة، ووجود النية وحسنها شيء أساسي لوجود العمل وصحته، من أجل ذلك أولى الفقهاء عناية خاصة بها، فنجد أن البيضاوي -على سبيل المثال- يعرفها بأنها: " عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضر، حالا أو مآلا، والشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى، وامتثال حكمه"[(١)].

وبما إن من أهم القواعد التي تحكم العقود "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين" والتي تعطي لأي من المتعاقدين حق الإضرار بالطرف الآخر، أو أن يغالي في التمسك بما ورد في العقد نصًّا مما يؤدي إلى التمسك بحقوقه الناشئة عن العقد، كان لزاما أن يوجد إلى جانب هذا المبدأ مبدأ آخر يخفف من حدته ألا وهو مبدأ حسن النية في العقد حتى لا يغالي أحد الطرفين عند تنفيذ العقد فيتمسك بنصوص العقد، أو يرهق المتعاقد الآخر بطلبات معينة.

ومبدأ حسن النية وإن كان يعد من المبادئ الأخلاقية التي تتوقف مراعاتها على الجانب القيمي في حياة كل متعاقد، إلا أن وضعه في نصوص نظامية وقانونية، ينقله من مرتبة الالتزام الأخلاقي إلى مرتبة الالتزام القانوني الذي يرتب آثارًا على أطرافه، ولابد من اقترانه بمعيار آخر وهو المعيار الموضوعي والذي يمثل التصرف الظاهري للعمل لكي يكمل المعياران بعضهما بعضا من خلال اتحاد الباطن مع الظاهر، السر مع العلن ليصبح حينئذ مبدأ حسن النية صالحًا لأداء وظائفه والقيام بمهامه المتمثلة في حماية الشخص حسن النية.

---

(١) تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة (١٩/١).

ولمبدأ حسن النية طابع مميز في الشريعة الإسلامية عن القوانين؛ فعلى الرغم من عدم استعمال الفقه الإسلامي لهذا المصطلح إلا أن مضمون حسن النية ودورها في المعاملات في الشريعة الإسلامية أكثر عمقا وأوسع نطاقًا من الأنظمة القانونية؛ حيث لا يقتصر الهدف من التعامل في الشريعة الإسلامية إلى تحقيق المصالح الخاصة للأطراف فقط، ولكن يهدف أيضا إلى تحقيق المصالح الشرعية التي تجعل درء المفاسد مقدما على جلب المصالح، وفي إطار كلي ينهى عن الضرر والضرار، ويجعل العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، كما يجعل من كمال إيمان المرء أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، ولا شك في أن ذلك يعد من أرقى درجات حسن النية تجاه الآخرين.

وتأتي أهمية هذا البحث لإلقاء الضوء على مبدأ حسن النية في المعاملات من خلال المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري حيث نصت على أنّه يجب تنفيذ العقد طِبقًا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النِّية.

منهج البحث:

سلكت في هذه الدراسة المناهج الآتية:

أولًا: المنهج الاستقرائي:

من خلال تتبع آراء الفقهاء في مسائل حسن النية من المصادر الأصلية المعتمدة سواء في القانون أو الشريعة الاسلامية.

ثانيًا: المنهج المقارن:

من خلال المقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية في مبدأ حسن النية من جهة وبين آراء المذاهب الفقهية من جهة أخرى.

ثالثًا: المنهج التحليلي الاستنباطي:

وذلك من خلال تحليل أراء المذاهب وأدلتها، واستنباط حسن النية منها في كل مسألة.

رابعًا: المنهج النقدي:

من خلال الترجيح بين أقوال الفقهاءعلى المستوى الفقهي أو القانوني.

خطة البحث:

اقتضتْ طبيعة هذا البحث أن يقسَّم إلى مقدمة، وفصلين، وخاتمة، وما يتلوها من ثبت المصادر، والمراجع، وفهرس الموضوعات، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: في مفهوم المبدأ ووظيفته ونطاقه في كل من القانون المدني والشريعة والإسلامية.

الفصل الثاني: تطبيقات حسن النية في المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني. الفصل الأول: مفهوم حسن النية في العقود في القانون المدني والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: التعريف بمبدأ حسن النية في القانون المدني والشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: تعريف حسن النية في القانون المدني.

المطلب الثاني: التعريف بحسن النية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: معيار حسن النية في المعاملات في في كل من القانون المدني والشريعة والإسلامية.

أولا- معيار حسن النية في القانون المدني.

ثانيا-معيار حسن النية في الشريعة الإسلامية المبحث الثاني:وظيفة حسن النية في القانون والشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: وظيفة حسن النية في القانون.

المطلب الثاني: وظيفة حسن النية في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: نطاق مبدأ حسن النية في المعاملات.

المطلب الأول: أثر مبدأ حسن النية في تكوين العقد:

المطلب الثاني: أثر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

المبحث الرابع: أثر الإخلال مبدأ حسن النية في المعاملات.

المطلب الأول: أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد.

المطلب الثاني: أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد.

الفصل الثاني: تطبيقات حسن النية في المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

المبحث الأول: حسن النية في عقود المعاوضات.

المطلب الأول: حسن النية في عقد البيع.

المطلب الثاني: دور حسن النية في عقد البيع.

المطلب الثالث: المقصود ببيوع الأمانة وصورها وأحكامها.

المبحث الثاني: حسن النية في عقود التبرعات "الهبة والوديعة نموذجًا".

المطلب الأول: دور حسن النية في الهبة.

المطلب الثاني: دور حسن النية في الوديعة.

المبحث الثالث:حسن النية في عقود التوثيقات "الرهن نموذجًا".

المطلب الأول: دور حسن النية في الرهن.

المبحث الرابع: حسن النية في عقود الشركات "المضاربة نموذجا".

المطلب الأول: دور حسن النية في حسن النية في المضاربة.

الخاتمة: أهم نتائج البحث.

الفصل الأول

مفهوم حسن النية في العقود في القانون المدني والشريعة الإسلامية

المبحث الأول

التعريف بمبدأ حسن النية

إن بيان هذا المفهوم يتطلب تعريف حسن النية، ومن ثم بيان المعايير التي يقوم عليها هذا المبدأ في القانون المدني والشريعة الإسلامية وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف حسن النية في القانون المدني

إن وضع تعريف محدد جامع مانع لحسن النية من الصعوبة بمكان؛ لذا جاءت تعبيرات الفقهاء عن معنى حسن النية تعبيرات عامة غير محددة وغير واضحة، من ذلك تعبير بعضهم عن حسن النية بقوله: "هو اليقين القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفا ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فترتب على ذلك آثار قانونية من شأنها حماية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية"[(١)]، هذا في مجال كسب الحقوق، أما في مجال العقود فقد عبر عن حسن النية بأنه: "الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش، ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به التعاقد[(٢)]. كما نجد البعض يصور حسن النية بتعبير آخر حاصله: "أنه تصوير لتلك النوايا المتئدة الخالية من الصرامة والعنف، وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف، كل أولئك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف إليه من تنفيذ عقده، ولكن بغير

(١) التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود للأستاذ حسين عامر/٧٦، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠.
(٢) المرجع السابق،٧٨.

الإفراط الذي قد يؤدي إلى الإضرار بمصالح الغير"[١].

وهذه التعبيرات تتسم بعدم التحديد وعدم الوضوح، وهي تشير إلى الآثار المترتبة على حسن النية أو الغاية المقصودة منه دون تحديد لماهيته.

وعلى هذا لعل التعريف المناسب لمبدأ حسن النية هو أنه: "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن[٢]".

(١) القوة الملزمة للعقد/٣٨ للأستاذ حسن عامر مطبعة مصر القاهرة ١٩٤٩م.

(٢) انظر: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، د .محمود فياض ص٢٣١ مجلة الشريعة والقانون- كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة-العدد -٥٤ جمادى الآخرة١٤٣٤هـ.

المطلب الثاني

التعريف بحسن النية في الشريعة الإسلامية

لم يتعرض فقهاؤنا -رحمهم الله- لتعريف حسن النية، وإن كانت كتاباتهم في المعاملات تتناول ما ينبغي أن يسود هذه المعاملات وأهمها العقود من أمانة وثقة وتعاون، وبعد عن الغش والتدليس والكذب أخذا من نصوص الآيات الكريمة التي تحث على أداء الأمانة والوفاء بالعقود، والتعاون على البر والتقوى، وتحث على الصدق وتنهى عن الكذب، وكذلك الأحاديث الشريفة التي تتضمن هذه المعاني الجليلة -كما سيأتي-.

وكما اهتمت الشريعة الإسلامية بالنية في العبادات والتقرب إلى الله عز وجل، فإنها أيضا اهتمت بالنية في العقود والمعاملات المالية، بغض النظر إلى كون النية التي تأخذ بها باطنة أم ظاهرة أم كلاهما معا، وأكدت على المكانة الهامة لحسن النية في التصرفات بصفة عامة والعقود بصفة خاصة، فتضافرت الآيات القرآنية على تشريع مبدأ حسن النية في التصرفات، ومن هذه الآيات القرآنية:

١- قول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾[١]

٢- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢]

٣- وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾[٣]

٤- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[٤]

---

(١) [البقرة: ٢٨٣]

(٢)[المائدة: ١].

(٣)[المائدة: ٢].

(٤)[الأنفال: ٢٧].

٥- وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا الله وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾[١].

٦- وقوله: ﴿إِنَّ الله يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾[٢].

وهذه الآيات ما هي إلا غيض من فيض ما جاء به القرآن الكريم لتأكيد مبدأ حسن النية.

وهناك الكثير من الأحاديث في السُّنّة النّبوية المُطهَّرة تأمرنا بحُسن النّية وتنهى عن سُوء النِّية في التصرُّفات؛ إذ إنَّ حُسن النّيّة ليس أمرًا داخليًا قلبيًا فحسب وإنّما هو مظهر وسلوك في الواقع الخارجي يتفق مع أحكام الشريعة الغراء، ونذكر منها ما يلي:

١- ورد عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: "إنّما الأعمالُ بالنَّيأَتِ، وإنَّما لِكُلِّ اِمْرِئٍ مّا نَوَى، فمَنْ كانت هجرتُه إلى اللهِ ورسوله فهجرتُه إلى اللهِ ورسولِهِ، ومَنْ كانتْ هجرتُهُ إلى دُنيا يصيبها أو اِمرأةٍ يَنكِحها فهجْرتُه إلَى ما هاجَرَ إليه".[٣]

فالأصل هو حُسن النِّيّة في الأعمال جميعها عبادات ومعاملات، فاستُدِلَّ بهذا الحديث على بُطلان العقود التي ساءت فيها النّية، كالبيع بقصد الرِّبا، والنِّكاح بقصد التّحليل.

٢- وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنّ النّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا تصرُّوا الإبلَ والغنَمَ، فمَن ابتاعها بعدَ ذلكَ فهوَ بخيرِ النَّظَرينِ بعدَ أنْ يَحتلِبها، إنْ رَضيَها أمْسَكَ، وإنْ سَخِطها رَدَّها وصَاعًا مِن تمر".[٤]

---

(١)[التوبة: ١١٩].

(٢)[النحل: ٩٠].

(٣)أخرجه البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله.١/٣، رقم١.

(٤) متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب النّهي للبائع أن لا يحفل الإبل والغنم وكل محفلة ٧٥٥/٢ رقم ٢٠٤١ ،ومسلم في كتاب البيوع، باب حكم بيع المصرة ٧١٠/٢،رقم ١٥٢٩، وأخذ بهذا الحديث جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ولم يأخذ به الحنفية. انظر: المغني ٢/٤.

وعن سعيد سعد بن مالك الخُدريّ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) أنّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا ضَرَرَ ولا ضرار"[(١)]، والحديث به نهيٌ عامٌّ عن كافّة الأعمال التي قد تسبِّب ضررًا بالآخَرين، أي الحثّ على حُسْن النّية، والنهي عن سُوء النّية.

إضافة إلى القرآن الكريم والسنة النبوية، نجد أيضا أن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أفتوا في قضايا متعددة عرضت عليهم، تفيد هذه الفتاوى اتجاههم نحو إبطال التصرفات المشوبة بسوء النية وتحايلٍ على أحكام الشريعة ومقاصِدها، كتحريم النِّكاح بقصد التحليل، والبيع السَّاتر للربا، وتقييد المالك في استعمال مُلكِه في الحدود التي لا تضَرُّ بالآخَرين، ومن ذلك:

١- قول عمر بن الخطاب (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) " لا أُوتَى بمُحَلِّلٍ ولا مُحلَّل له، إلا رجَمْتهما"[(٢)]، وكان ذلك بمثابة قبول وموافقة بما أفتى به عمر (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)، حيث أفتى عثمانُ وعليٌّ وابنُ عباسٍ وابنُ عمَر (رضوان الله عليهم) بعدم مشروعيّة زواج التّحليل.[(٣)]

٢- فتوى عثمان وعمر وعلي وأُبيّ بن كعب، وغيرهم من الصّحابة (رضوان الله عليهم) أنّ المبتوتة - أي المُطلّقة طلاقًا بائنًا في مرَضِ الموتِ - ترِث مُطلِّقها؛ لأنّ الطّلاق في هذه الحالة به مَظِنّة التحايُل على قواعدِ الميراث وحرمانها من الإرث[(٤)].

(١) أخرجه ابن ماجة كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٢/٧٨٤،رقم ٢٣٤٠،(قال البيهقي في السنن الكبرى " 10/133هذا مرسل."، وأحمد في مسند عبد الله بن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ٥/٥٥،رقم (٢٨٦٥.

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٤/١٩٠.

(٣) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين ٣/١٧٣.

(٤) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين ٣/١٧٣.

المطلب الثالث

معيار حسن النية في المعاملات في في كل من القانون المدني والشريعة والإسلامية

أولا- معيار حسن النية في القانون المدني:

إن مبدأ حسن النية من المبادئ التي تضفي على القانون الطابع الخلقي-كما أسلفت-، وأضحى من المبادئ الأخلاقية المستقرة على القواعد القانونية ومن أجل ذلك، ولأنه يعمل دائم على تحقيق التوازن العقدي فقد حرصت غالبية الأنظمة القانونية على تقنينه والعمل به ورغم هذه الأهمية التي يحظى بها، نجد أنه من النادر أن يهتم المشرعون بوضع تعريف محدد وواضح له -كما سبق- لذلك فإن مبدأ حسن النية لا يوجد معيار محدد يمكن الاستناد إليه لتحديد مفهومه، لكن هناك معياران تدور حولهما سائر تطبيقات هذا المبدأ، هما: المعيار الذاتي (الشخصي)، والمعيار الموضوعي[(١)].

١- المعيار الذاتي لحسن النية:

وفقا لهذا المعيار فإن مبدأ حسن النية هو عبارة عن "حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعه أو ظرف عام، أو هو الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما فحسن النية هنا فكرة ذاتية قوامها البحث عن نية وقصد المتعاقدين، فقد يكون الإنسان حسن النية، وقد يكون العكس، وهذا الأمر يكمن في دخيلة الإنسان، ولا يمكن سبر غوره والتعرف عليه إلا من خلال تعامل متكرر مع هذا الشخص، أو من خلال ما يقوم به هذا الشخص من تصرفات سلبية كالدخول في مفاوضات مع الطرف الأخر وهو ليس لديه أي نية حقيقية في التعاقد.

(١) انظر: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية- دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية-١٢١ص د. محمد حسين عبدالعال: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م.

٢- المعيار الموضوعي: هذا المعيار يجعل لمبدأ حسن النية بعدا أخلاقيا، فهو يضفي عليه طابعا أخلاقيا قوامه الأمانة والصدق والعدالة، وهي قواعد سلوكية يتوجب على الأشخاص احترامها، وبذلك فإن هذا المعيار الموضوعي، يؤدي إلى التوازن العقدي؛ لأنه لا يتعلق بذاتية أطراف العقد، بل يتعلق باعتبارات خلقية يجب إعمالها، فهو كما قيل -وبحق- قاعدة سلوك موضوعية[١].

وحسن النية بمعناه الموضوعي هو الذي نص عليه القانون في مرحلة تنفيذ القانون وتفسيرها-كما سيأتي-.

ثانيا- معيار حسن النية في الشريعة الإسلامية:[٢]

يقاس حسن النية في الشريعة الإسلامية -أيضا- بمعيارين:

أحدهما المعيار الذاتي وثانيهما المعيار الموضوعي.

١- المقصود بالمعيار الذاتي وطبيعته وأساسه في الشريعة الإسلامية:

يقصد بالمعيار الذاتي لحسن النية في التصرفات انتفاء نية الخروج على أحكام الشارع ومقاصده في التصرفات المشرعة، فهو إذن معيار ذو طبيعة ذاتية ذلك أن مدخله دائما نية المتصرف المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء.

ويرجع أساس هذا المعيار إلى حديث: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى..."[٣] ؛ إذ يدل على أن النية هي ميزان الأعمال توجد بوجودها وتعدم بعدمها؛ تصح بصحتها وتفسد بفسادها. ومن هذا الحديث انبثقت القاعدة الفقهية العامة "الأمور بمقاصدها"، والتي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية قواعدها الكلية لتطبق في الأحكام القضائية كما نصت المادة الثالثة من ذات المجلة على أن العبرة في العقود للمقاصد

---

(١) انظر: السابق ١٢٢، ١٢٣.

(٢) انظر: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص٢٦٠ومابعدها،د.عبدالحليم عبد اللطيف القوني دار المطبوعات الجامعية،، ١٩٩٧م.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله.1l3، رقم١.

والمعاني لا للألفاظ والمباني؛ فالنية مهيمنة على جميع الأعمال[١].

٢- المقصود بالمعيار الموضوعي لحسن النية وأساسه في الشريعة الإسلامية:

يقصد بالمعيار الموضوعي لحسن النية: إتيان التصرفات متفقة مع أحكام الشريعة ومقاصدها من تشريع التصرفات، وبعبارة أخرى: إتيان التصرفات متفقة مع الحكمة الغائية التي شرعت التصرفات من أجلها.

ومقتضى ذلك أن الحكم على التصرفات صحة وفسادا في الشريعة الإسلامية ليس بالنية الباعثة عليها فحسب؛ وإنما أوجبت من ناحية أخرى أن تأتي هذه التصرفات متفقة مع أحكام الشريعة ومقاصدها.

أساس المعيار الموضوعي لحسن النية:

إن المعيار الموضوعي لحسن النية في التصرفات يجد أساسه من قول الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"[٢]؛ إذ يدل على أن ميزان الأعمال في الظاهر بحسب موافقتها أو عدم موافقتها لأحكام الشريعة ومقاصدها، فإذا جاءت موافقة كانت صحيحة مقبولة، وإذا جاءت مخالفة كانت باطلة مردودة.

مقارنة بين مبدأ حسن النية في الشريعة والقانون:

وبالرغم مما سبق ذكره، فإن الفقهاء المسلمون، لم يهتموا بوضع النظريات العامة، وإنما كانوا يجتهدون في وضع الحلول وإعطاء الآراء في المسائل التطبيقية؛ لأن الفقه الإسلامي ينطلق من الحالات، بعكس الفقه الغربي في معظمه ينطلق من النظريات، ومن هذا المنطلق يمكننا استبعاد وجود نظرية عامة لحسن النية في العقود في الفقه الإسلامي.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة الثانية والثالثة، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٤٣/١، والأشباه والنظائر للسيوطي/٨،٩.

(٢) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع باب النجش، ومن قال: «لا يجوز ذلك البيع» (٣/ ٦٩)، ومسلم كتاب الاقضية باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور رقم الحديث ١٧١٨، (٣/ ١٣٤٣).

ولكن حتى ولو أن الفقهاء المسلمون لم يأتوا بنظرية عامة لحسن النية في العقود إلا أن هناك أدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة وفي فقه الصحابة، مثل ما سبق ذكره تدل دلالة قاطعة على أن الشريعة الإسلامية حثت المسلمين على التمسك بالأخلاق الحسنة(١).

فحسن النية بذلك يجد مجالًا واسعًا في الشريعة الإسلامية التي يحظى الالتزام الأخلاقي فيها باعتبار خاص لا يوجد في القوانين الوضعية يترتب، على مخالفته مخالفة للمقاصد السامية التي يحض عليها التشريع(٢)؛ لأن الأحكام التي تدل عليها نصوص الشريعة الإسلامية كالوفاء بالعهد، والعدل، وآداء الأمانة، والصدق...إلخ، هي أمهات الفضائل وقواعد الأخلاق، التي تقرها الفطر السليمة، ولا تستقيم حياة الأمم بدونها؛ لأنها الأساس المكين لكل مجتمع إنساني في أي عصر، وهي بذلك قواعد أساسية أبدية لا تحتمل تأويلا ولا نسخا منذ أوحي بالنصوص التي تقررها، كما يقضي العقل بأنها محكمة. ونفس الشيء بالنسبة للنصوص التي تحرم أضدادها، كالظلم، والخيانة، والكذب، والنكث في العهد، فهي أيضا نصوص محكمة لذاتها؛ لأنها قررت مبادئ وأحكاما تتصل بمعان هي في ذاتها خالدة، تقرها الفطرة الإنسانية السليمة، كما يقضي العقل بأنها محكمة.(٣)

إذن الشريعة الإسلامية مثل ما قال العالم الأوروبي " هاملتون ": هي ثمرة نموذجية لمجتمع أخلاقي(٤)، وهذا ما جعل الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني يقول: إن مدى نظرية حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من

(١) انظر بتفصيل أكثر: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات ص١٠٠ وما يليها، /د: عبد الحليم عبد اللطيف القوني.

(٢) انظر: حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ص ٣١،٣٢،د شيرزاد عزيز سليمان، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، ٢٠٠٨.

(٣) انظر بتفصيل أكثر: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات ص٢٣٢ وما يليها، /د: عبد الحليم عبد اللطيف القوني.

(٤) انظر: تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص١٤١د عبد الفتاح تقية، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، ١٩٩٨.

مداها في القوانين الوضعية[١].

ومن العوامل التي ساعدت على ذلك قيام مبدأ حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي على أسس عدة، أهمها: مبدأ سد الذرائع، قاعدة الأمور بمقاصدها، قاعدة تحريم الحيل، مبدأ جعلية الآثار العقدية، حجية القرائن في الإثبات[٢].

والمتدبر لأحكام الشريعة الإسلامية، ومقاصدها في التصرفات يتبين أن لحسن النية مكانة هامة بين المبادئ القانونية التي تحكم التصرفات والعقود، وأن جوهر حسن النية في إبرام العقود يتجسد في حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يؤمن أحدكم، حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»[٣] وهذا دليل على أن المؤمن ملزم بمراعاة المصالح الخاصة لأخيه المؤمن مثل ما يحافظ على مصالحه الشخصية[٤].

(١) انظر مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات ص٩٤ وما يليها، /د: عبد الحليم عبد اللطيف القوني.

(٢) انظر: السابق ص٢١٣ وما يليها.

(٣) أخرجه البخاري كتاب الايمان باب: من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه ١٣/١، مسلم في كتاب الإيمان باب الدليل على أن من خصال الإيمان أن يحب لإخيه رقم ٦٧/٤٥،١.

(٤) انظر: حسن النية في إبرام العقود ص ٣١،٣٢،د شيرزاد عزيز سليمان.

المبحث الثاني

وظيفة حسن النية في القانون والشريعة الإسلامية

المطلب الأول

وظيفة حسن النية في القانون

لقد استحدثت التقنيات الحديثة اصطلاح حسن النية في مواضع عديدة ومتنوعة، ففي مجال العقود نجد مثلا المادة (١/١٤٨) مدني التي تقضي بأنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، والمادة (٢/١٥٠) مدني مصري التي تقضي بأنه "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". والمقصود بالأمانة والثقة في نص المادة ٢/١٥٠ هو حسن النية الواجب توفره في العقد. إلى غير ذلك من النصوص التي سنذكرها عند الكلام على تطبيقات حسن النية.

فوظيفة حسن النية في مثل هذه النصوص وفي مجال العقود تتمثل في أن المبدأ هو الإطار العام والروح التي يجب أن تسود تفسير العقد وتنفيذه، فإذا تعددت معاني عبارات العقد، وإذا تعددت طرق تنفيذه فعلى المفسر والمنفذ أن يختار المعنى والطرق الذي تقتضيه الأمانة والاستقامة والعدالة.

وإلى جانب هذه النصوص توجد طائفة أخرى من النصوص تستخدم اصطلاح حسن النية في مجال كسب الحقوق من أمثلة هذه النصوص المادة ٤٧٨ مدني مصري التي تقضي بأنه "لا تسري أحكام المادة السابقة أضرارا بالغير حسن النية، إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة"، والمادة ٨٩٧ التي تقضي بأن "دائني التركة اللذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم

تأمينات على أموال التركة، ولا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم"، إلى غير ذلك من المواد مثل ١/٩٦٩ مدني مصري، والمادة ١/٩٧٩ مدني مصري، والمادة ١٠٣٤ مدني مصري.

ووظيفة حسن النية في مثل هذه النصوص هي: أنها تكفل حماية للشخص أو تمنحه حقا لم تكن لتسمح به القواعد العامة، وتجد هذه الحماية مبررا لها في كل حالة على حدة. ولما كان هذا البحث مقصورا على حسن النية في مجال المعاملات، فلا أرى داعيا للإطالة بالنصوص لشرح هذه النصوص.

وخلاصة القول: إن حسن النية في مجال العقود يقتضي من المتعاقدين أن يختارا في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل، فالمقاول الذي يتعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء يجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن، والناقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها. وهناك طائفة من العقود ينبغي أن تسود روح التعاون في تنفيذها ففي مثل هذه العقود يجب على كل من المتعاقدين أن يقوم بما يفرض عليه هذا التعاون.

وحسن النية مفترض في المتعاقد وفي من يكسب حقا بحسن النية؛ بمعنى أن كل فرد إنما يقوم أصلا على حسن نيته وأمانته وإخلاصه إلى أن يثبت من يدعيه العكس، وهذا ما قررته المادة ٣/٩٦٥ مدني مصري إذ قررت أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم دليل على العكس، وهذا النص وإن كان قد ورد في سياق الكلام عن حيازة العقد وافتراض أن الحائز حسن النية، إلا أن عبارة النص قد وردت عامة مما يدل على أن واضع القانون قد أراد أن يضع بذلك قاعدة عامة إذ تقول المادة نفسها "حسن النية يفترض دائما". ولقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي بصدد المادة ١٤٢٨ التي تعتبر أصلا للمادة ٩٧٧ مدني ما يشترط في تملك المنقول بالحيازة؛ فذكرت من ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية، ثم قالت بعد ذلك: وحسن النية مفروض كما هي القاعدة.

المطلب الثاني

وظيفة حسن النية في الشريعة الإسلامية

حسن النية إطار عام للتصرفات في الشريعة الإسلامية يرتبط مفهومه بالأخلاق التي تُعدُّ جزءًا لا يتجزأ من قواعد التشريع الإسلامي؛ لذا ليس له وظيفة محددة كما في القانون، وقد وضع الفقه الإسلامي هذا المبدأ لكافة التصرُّفات، ومنها العقود، ولم يقصره على مرحلة من مراحل العقد، وإنّما جعله مبدأ مهيمنًا على كافّة مراحل العقد منذ التفاوض حتى تمام تنفيذه.

وأشير في ختام هذا المبحث إلى أن مبدأ حسن النية ينبغي أن يلتزم به كل من المتعاقدين في تكوين العقد، وفي تفسيره وفي تنفيذه لالتزامه، وفي مطالبته بحقه، فإذا أخل بهذا الالتزام فهو يسأل عن هذا الإخلال مسؤولية عقدية، لا تقصيرية[1]، ومن ثم تغني هذه المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية التي تطبق عند التعسف في استعمال الحق، وهذا ما سأتناوله بالحديث في المبحث القادم

(١) المسؤولية العقدية هي الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، أو بمعنى آخر تتحقق هذه المسؤولية عندما يكونالضررالذيتعرضلهالشخص ناتجا عن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو تنفيذه بصورة سيئة أو الإنقطاع عن تنفيذ جزء منه، فيجب عليه تعويض هذا الضررأما المسؤولية التقصيرية. تقوم تيجة الإخلال بالتزام يفرضُه القانون المتمثّل بعدم إلحاق أي ضرر بالغير، وفي حقيقة الأمر إن للمسؤولية التقصيرية الكثيرَ من التّسميات، مثل الفعل الضار والضمان انظر: الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول- نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ٧٤٨ص.د. عبدالرازق أحمد السنهوري، دار القلم بيروت،

المبحث الثالث

نطاق مبدأ حسن النية في المعاملات

المطلب الأول

أثر مبدأ حسن النية في تكوين العقد

إن التطورات الاقتصادية والتكنولوجية وظهور الصناعات الكبيرة أفضت إلى ظهور عقود مركبة ومعقدة، ومع بزوغ هذه التطورات في الأفق، ظهرت ثمة أطراف قوية متسلطة تملك عناصر القوة الاقتصادية التي تجعل لها الهيمنة والسيطرة على العملية التعاقدية، وإملاء شروطها بما يحقق مصالحها وأهدافها، وفي المقابل هناك طرف آخر مجرد من الهيمنة والسيطرة وليس أمامه سوى الرضوخ والإذعان لما يمليه عليه هذا الطرف المتسلط، ويعد هذا تجسيدا لعقود الإذعان التي من أهم سماتها عدم قابليتها للتفاوض، لذلك وفي ظل هذه التطورات الاقتصادية وظهور عقود الإذعان تأثر مبدأ كل شيء قابل للتفاوض، الذي انتشر العمل به في ظل مبدأ الإرادة، الذي كان يعول على إرادة الفرد وحدها لإنشاء العقد دون آية قيود إلا ما يتطلبه القانون من نظام عام أو مصلحة عامة، فلإرادة الأطراف الحرية الكاملة في تحديد الالتزامات العقدية، فبإرادتهم ينشؤون العقد ويحددون مضمونه وآثاره، وقد تم إقرار هذا المبدأ في معظم التشريعات ومنها القانون المدني المصري الذي تنص المادة ١/١٤٧ منه على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعدله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "[(١)].

أمام هذا التطور الرهيب للنظم الاقتصادية، إذن هذا المبدأ لم يستطع الصمود طويلا فالإرادة لم تعد هي صاحبة القرار في تحديد آثار العقد من خلال مشاركتها في

(١) انظر: الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذات الطابع التعاقدي، دراسة مقارنة ص٧٤، د. عبدالعزيز المرسي حمود: ٢٠٠٥م

تحديد شروطه، فلقد توارت المفاوضات مع ظهور عقود الإذعان التي هدمت فكرة "تلمس المصلحة"، وقيدت فكرة التعاقد فلم يعد للإرادة الحرية في الاستكشاف والتلمس والمساومة والمحاوره والكر والفر، فعلى من يريد التعاقد في ظل عقود الإذعان عليه أن يقبل شروطها ويتعاقد عليها، أو يرفضها ولا يتعاقد، فليس له مناقشة ولا مساومة ولا تفاوض، وغني عن البيان أن عقود الإذعان وخلوها من المفاوضات تؤثر على التوازن العقدي ومن ثم اختلاله، من أجل ذلك، ولكي يتحقق التوازن العقدي في ظل عقود الإذعان وخلوها من المفاوضات؛ أجاز المشرع للقاضي بتعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، وهذا ما تضمنته المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعف الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[١] فالمشرع هنا تدخل لإعادة التوازن العقدي حماية للطرف الضعيف في عقد الإذعان، ومن هنا يتضح جليا أهمية مرحلة التفاوض والتي تعد من أهم مراحل العقد، نظرا لأنها تمنح أطراف العقد فرصة الإطلاع على شروط العقد، وتجعلهم في موقف يستطيعون من خلاله إدراك مصلحتهم في إبرام العقود من عدمه، وبذلك فالمفاوضات العقدية هي مرحلة لا غني عنها قبل إبرام العقد.

وعلى هذا يظهر جليا الأهمية الكبيرة لدور مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات؛ حيث إنه يفرض على المتفاوضين في العقد التزام إيجابي بالصدق والأمانة نحو العملية التفاوضية، وهذه الالتزامات يجب الوفاء بها، ويتوجب عليهم احترامها؛ لأنها تعتبر هي الأساس الذي تبنى عليه المفاوضات العقدية، ولقد وجد الفكر القانوني غايته من القاعدة الأخلاقية الغش يبطل كل شيء، فكلما أراد النهوض والتطور فرض

(١) انظر: النظرية العامة للالتزام ص ١٢٢،إعداد الدكتور محمود السيد عبدالمعطي خيال، ر، طبعة ١٩٩٣١٢٢ .المسئولية المدينة في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي ص٢، د. محمد حسام محمود لطفي: القاهرة، ١٩٩٥،بدون نشر.

التزامات قانونية في ضوء هذه القاعدة النابعة من قواعد الأخلاق. ومن أجل ذلك تم الاستعانة بهذه القاعدة الأخلاقية في النظام القانوني، وإبراز مكانتها وإعمالها في التعاقدات والتصرفات والإجراءات صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات، ولاسيما أن هذه القاعدة تقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخداع، فالتعاقدات أو المعاملات التي يلتبس فيها الحق بالباطل وتسوده عوامل الخداع، وتقصف به عواصف الغش، يكون خارجا عن نطاق المشروع، ولهذه المعاني كلها قرر الفقه المصري والفرنسي أن الغش غير مشروع، وبناء على ما تقدم فإنه ينبغي على كل طرف من أطراف المفاوضات العقدية في كل مراحل العقد أن يتعامل بحسن نية وبصدق واستقامة وأمانة مع الطرف الأخر لأن الإخلال بهذه الالتزامات في مرحلة المفاوضات العقدية يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

فقد خضعت مرحلة إبرام العقد وتنفيذه لمبدأ حسن النية، وقد تقرر ذلك بمقتضى نص قانوني صريح، فالمادة ١/١٤٨ مدني مصري، والمادة ٣/١١٣٤ مدني فرنسي تقتضيان بضرورة تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، والملاحظ أن النصين لم يتطرقا للمرحلة السابقة على التعاقد والتي تتم فيها المفاوضات. ورغم عدم النص القانوني على إعمال هذا المبدأ في المرحلة السابقة على التعاقد، اتجه الفقه المصري المعاصر من اعتبار مبدأ حسن النية مبدأ قانونيا يشمل كل مراحل العقد ومنه، فهو لا يعدو كونه تطبيقًا لمبدأ قانوني عام يشمل كل مراحل العقد بداية من النشأة والمفاوضات مرورا بالإبرام والتنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بحسن النية، لا يعني الالتزام بإبرام العقد النهائي؛ لأن ذلك يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد، فالمتعاقد يظل له الحرية الكاملة في إبرام التعاقد من عدمه، فيجوز له أن يتم التعاقد أو ينسحب منه في أي وقت شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية؛ لأن الإخلال بحسن النية يثير مسئولية الطرف الذي أخل به ويفرض مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد جملة التزامات متفرعة عنه تعمل على حماية الثقة المشروعة بين الأطراف المتفاوضة، وسوف نلقى الضوء على بعض من هذه الالتزامات، هذه الالتزامات التي نوردها في هذا المجال، لا نقدمها على

سبيل الحصر، بل يمكن أن يضاف إليها:[١]

أولا- الالتزام بالإعلام[٢]:

يعد الالتزام بالإعلام أحد أهم مظاهر حسن النية في التفاوض، وبموجبه يقع على عاتق المتفاوضين تقديم البيانات، والمعلومات الخاصة بالعقد المزمع إبرامه، وذلك حتى تستنير إرادة كل منهما فيستطيع كل متفاوض تحقيق ما يروم ويصبو إليه من أهداف من خلال تحديد احتياجاته من هذا التعاقد وفي حالة إخلال أحد الأطراف المتفاوضة بالالتزام بالإعلام كأن يتم كتم واقعة مؤثرة أو حجب المعلومات اللازمة والضرورية لإنشاء العقد أو إبرامه أو في التعاقد مثلا تنفيذه، فإن ذلك يعد إخلالا بمبدأ حسن النية، الأمر الذي يجعل الطرف المخل بالتزامه يقع تحت وطأة الكتمان التدليسي المنصوص عليه في المادة ٢/١٢٥ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه " يعتبر تدليس السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" فإذا قام أحد طرفي العقد بالسكوت العمدي عن واقعة مؤثرة فيعتبر ذلك تدليسا، ويعكس سوء النية؛ لأن مبدأ حسن النية يحكم كل المعاملات العقدية باعتباره واجب عام دون تفرقة بين معاملة أو أخرى، وقد وضع هذا النص مبدأ التعاون بين الطرفين في مرحلة ما قبل التعاقد التي يعقبها إبرام العقد، وتجدر الإشارة هنا إلى أن الكتمان التدليسي يؤدي إلى تعييب رضا المتعاقد الآخر، والالتزام بالإعلام قبل التعاقدي هو الوسيلة المناسبة لمكافحة هذا الكتمان التدليسي.[٣]

---

(١) الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد ص ٩٥ د. همام محمد محمود زهران. دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤.

(٢) يسمى أيضا الالتزام بالتبصير: الالتزام بالتبصير ص١٢٢ د. سهير منتصر:، ١٩٩٠،دار النهضة العربية، ويسمى أيضا الالتزام بالأخبار، مسئولية الم نتج عن كل الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ص٢٢، د. محمد شكري سرور: الطبعة الأولى، ١٩٨٢، دار النهضة العربية.

(٣) انظر: نظرية العقد والإرادة المنفردة ص٣٤٩، د. عبدالمنعم عبدالباقي طبعة ١٩٨٤.

ثانيا: الالتزام بالتعاون:

تقوم المفاوضات على الأخذ والعطاء المتبادل، حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على التقرب بين وجهات النظر المختلفة، هذه العملية التبادلية القائمة على الحوار المتبادل والتي تقع على أطراف المفاوضات تسمى الالتزام بالتعاون(١)، ويعد الالتزام بالتعاون في المفاوضات التزام أساسي يتوجب على كل متفاوض تسهيل مهمة المتفاوض الأخر بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بانعقاد العقد محل التفاوض، وإما بغض الطرف عنه كلية.

وقد يحقق التعاون النتيجة المرجوة منه في مرحلة المفاوضات إذا تم تحديد أغراضه وأهدافه بدقة كتحديد مواعيد جلسات التفاوض، وعدم التراخي في ذلك، فضلا عن احترام هذه المواعيد.

كذلك يتوجب عدم الرفض غير المبرر للاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر، ويتوجب كذلك الجدية في مناقشة العروض المقدمة، واحترام كافة صور التعاون التي لا تندرج تحت حصر في عملية التفاوض(٢).

ويظل الالتزام بالتعاون قائما طوال مرحلة المفاوضات بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة.

ثالثا: الالتزام بالمحافظة على السرية في المفاوضات:(٣)

يعتبر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من أهم الالتزامات التي يحص عليها

---

(١) السابق ص٣٣٥.

(٢) انظر: بحث المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة د.هاني عبد المعطي الغيتاوي مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا العدد الرابع والثلاثون - الجزء الثالث ص١٢٦ ومابعدها.

(٣) انظر: بحث الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد د. حمدي محمود بارود كلية الحقوق - جامعة الأزهر- غزة مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، ص٥٤٥ -ص٥٧٧ يونيو ٢٠١٢.

أطراف المفاوضات[١] لكونه من أهم الالتزامات التي يقتضيها حسن النية ويعني هذا الالتزام أن يمتنع المتفاوض الذي اطلع على المعلومات في عملية التفاوض من إفشائها للغير، أو استغلالها لمصلحته الشخصية دون موافقة صاحبها؛ لأن إفشاء المتفاوض للمعلومات التي تحصل عليها أثناء المفاوضات تجعله يتعرض للمسئولية المدنية والجنائية على حد سواء، ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، بل تكمن السرية في المعلومات التي تحصل عليها المتفاوض من المفاوضات، سواء كانت معلومات فنية أو مهنية أو مالية أو تكنولوجية أو هندسية أو كيميائية[٢].

وبعد الانتهاء من أثر مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد والمفاوضات المتعلقة به، فسيلقى الضوء في هذا المطلب على أثر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد كالآتي:

(١) انظر: المسئولية المدينة في مرحلة التفاوض ص٢٢٢.، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، د. محمد حسام محمود لطفي: القاهرة، ١٩٩٥،بدون نشر وانظر: مبدأ حسن النية في العقود بحث ماجستير للباحثة بن يوب هدى، كلية الحقوق جامعة العربي بن مهيدي الجمهورية الجزائرية. ٢٠١٢م.

(٢) مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد د.محمود فياض ص، ٢٣٢. الوسيط في عقد البيع محمد حسن قاسم ص٦٤، دار الجامعة الجديدة،٢٠١١.

المطلب الثاني

أثر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد

إذا اجتمع أطراف التعاقد وتوافر مبدأ حسن النية بعد إجراء التفاوض على إبرام العقد، ونتيجة لنجاح تلك المفاوضات، جاءت مرحلة التنفيذ.

ولا يوجد ثمة خلاف في كافة الأنظمة والقوانين على الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، سواء تلك التي تنتمي إلى نظم القانون العام أو نظم القانون الخاص، فمبدأ حسن النية قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق بين الطرفين على استبعادها[١]، وتتمثل مبادئ حسن النية في تنفيذ العقد فيما يلي:

١- الأمانة والنزاهة في التعامل:

فيلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التي تقتضيها الأمانة ويتوخى شرف التعامل والإخلاص فناقل البضاعة يلتزم بنقلها بأنسب الطرق وأقلها كلفة بالنسبة لأصحابها، ومورد التكنولوجيا يجب أن يبذل كل جهد في سبيل توريد ما هو مستحدث وآمن ومناسب لبيئة المستورد، فإن كان المتعاقد لا يلتزم بشرف التعامل وما يجري عليه العمل، فهو تنفيذ مخالف لحسن النية[٢].

٢- السلوك الايجابي:

يسري مبدأ حسن النية في التنفيذ على كافة العقود، وينطوي هذا المبدأ على وجهين أحدهما سلبي والآخر إيجابي، فالمتعاقد عليه عدم اتخاذ مسلك في تنفيذ العقد ينطوي على غش أو سوء نية، وينبغي عليه من جهة أخرى إبداء سلوك إيجابي من

(١) انظر: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام د نبيل إبراهيم سعد ص١٥٣الى١٥٦، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٤.

(٢) انظر: بحث حسن النية في العقود: دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية و تطبيقاته في الشريعة الإسلامية و القانون المدني ص ١٥١ومابعدها،د عرفه، الهادي السعيد مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد: ١، أكتوبر / ١٩٨٦،، جامعة المنصورة - كلية الحقوق.

خلال التعاون في التنفيذ ويتمثل ذلك في وجوب التنفيذ العيني للالتزام متى كان ذلك ممكنا، ويجب أن يقوم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه إذا اقتضت طبيعته ذلك.[١]

٣- التعاون بين المتعاقدين لتنفيذ العقد:

وقد نصت على ذلك المادة (١٤٧) من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاقِ الطّرفين، وللأسباب التي يقِرها القانون".

فيتضح من ذلك أن أن حسن النية في مجال العقود يقتضي من المتعاقدين أن يختارا في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل، فالمقاول الذي يتعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء يجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن، والناقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها. وهناك طائفة من العقود ينبغي أن تسود روح التعاون في تنفيذها ففي مثل هذه العقود يجب على كل من المتعاقدين أن يقوم بما يفرض عليه هذا التعاون[٢].

وحسن النية مفترض في المتعاقد وفي من يكسب حقا بحسن النية؛ بمعنى أن كل فرد إنما يقوم أصلا على حسن نيته وأمانته وإخلاصه إلى أن يثبت من يدعيه العكس، وهذا ما قررته المادة ٣/٩٦٥ مدني مصري إذ قررت أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم دليل على العكس، وهذا النص وإن كان قد ورد في سياق الكلام عن حيازة العقد وافتراض أن الحائز حسن النية، إلا أن عبارة النص قد وردت عامة مما يدل على أن واضع القانون قد أراد أن يضع بذلك قاعدة عامة إذ تقول المادة نفسها "حسن النية يفترض دائما". ولقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي بصدد المادة ١٤٢٨ التي تعتبر أصلا للمادة ٩٧٧ مدني ما يشترط في تملك المنقول بالحيازة؛ فذكرت من ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية، ثم قالت بعد ذلك:

---

(١) انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ص٩٧ومابعدها،د محمد شكري الجميل العدوي دار المناهج، عمان، الأردن، ٢٠١٠.وانظر:،مصادر الالتزام ص١٢٢ومابعدها، د. الجمال مصطفى محمد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.

(٢) انظر: بحث حسن النية في العقود ص ١٦٩ومابعدها، د. عرفه، الهادي السعيد.

وحسن النية مفروض كما هي القاعدة[١].

٤- الالتزام بالضمان:

ويعد الالتزام بالضمان من أهم تطبيقات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد التجاري فالبائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في الشيء المبيع، ويلتزم بضمان العيوب الخفية، وضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، وضمان الأمان والسلامة، والمشتري ملزم باستلام البضاعة في الوقت المحدد وعدم التراخي في ذلك، ويتحمل مخاطر ونفقات تأخير استلام البضاعة[٢].

ويرتب القانون العديدَ من الآثار بالنسبة لحسن أوسوء نيّةِ المتعاقد ؛ كالقيود التي تحد من رجوع المشتري بضمانِ العيوب الخَفيّة مع البائع حَسَن النِّية، ورفْع هذه القيود في حالة سوء النِّية[٣].

(١) انظر:الوسيط ج١ص٧٠١ فقرة ٤١٣، وانظر: بحث حسن النية في العقود ص ١٦٩ومابعدها،د عرفه، الهادي السعيد.

(٢) انظر: أثر حُسْن النّية على رُجوع المشترِي بالضّمان ص١٧ وما بعدها، توفيق حسن فرج سنة ١٩٧١م.

(٣) انظر: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ص ٣٤٢ وما بعدها .د. مصطفى عبد الحميد عدوي،الطبعة الثانية١٩٨٨.

المبحث الرابع

أثر الإخلال مبدأ حسن النية في المعاملات

المطلب الأول

أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد

ومن صور الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات ما يلي:

١- قطع المفاوضات بدون سبب مشروع:

إن المتفاوض يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ويقتضي ذلك الاستمرار في التفاوض الجاد بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وألا يقطع المفاوضات إلا إذا استند إلى سبب مشروع كعدم مناسبة العرض المقدم أو الحصول على عرض أفضل ففي هذه الحالة لا يعد قطع المفاوضات خاطئا ولو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر، فإن لم يكن هناك ثمة سبب مشروع فإن قطع التفاوض يعد خاطئا لمنافاته قواعد حسن النية والأمانة في التفاوض، كقطع المفاوضات بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون سبب مشروع رغم بلوغ المفاوضات مراحل متقدمة، ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد، وتعمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضة، حيث يتعين إخطار المتفاوض بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت المناسب.[١]

٢- التفاوض مع عدة أطراف بنية التعاقد مع طرف واحد:

---

(١) انظر: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات، د. عبدالحليم عبد اللطيف القوني، ١٩٩٧م. وانظر: القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية. د. أسامة المسدي ص١١٢وما بعدها، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

فلم تنكر الأنظمة القانونية المقارنة كافة حق الفرد في التفاوض مع أكثر من شخص أو جهة لمقارنة العروض التي قد يحصل عليها والمفاضلة فيما بينها لاختيار الأفضل، طالما لم يخل هذا الطرف بمبدأ حسن النية في التفاوض، ويؤسس هذا الحكم على قاعدتين: الأولى: مبدأ حرية التعاقد الذي بنيت عليها نظرية العقد في جوهرها.

الثانية: عدم وجود التزام قانوني على أي من أطراف التفاوض بإعلام الطرف المقابل بقيام هذا الطرف بمفاوضات مع أطراف أخرى، وفي المقابل يعد هذا التصرف مخالفا لمقتضيات مبدأ حسن النية في حالتين:

أ-متى اشترط الطرف المفاوض لهذا الشخص حصرية التفاوض معه؛ أي اشترط عدم إجراء أية مفاوضات مع الغير طوال مدة المفاوضات بين الطرفين.

ب- إذا دل واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك، مثل الاتفاق على جميع الشروط الجوهرية وغير الجوهرية وارجاء التوقيع عليه لزمن معلوم.[١]

٣- مخالفة الالتزامات التفاوضية:

إن مبدأ حسن النية يفرض التزامات متعددة عند التفاوض ومنها الالتزام بالتعاون، والالتزام بالإعلام بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد محل التفاوض والالتزام بالنصح والتحذير.[٢]

٤- التفاوض بنية عدم التعاقد:

يعد من قبيل سوء النية دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته في عدم الوصول إلى اتفاق مع الطرف الآخر[٣]، وقد اتفقت الأنظمة القانونية كافة

(١) انظر: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، د محمود فياض ص٢٣٨.

(٢) انظر: العقود الدولية. د، محمد حسين منصور ص٥٧، دار الجامعة الجديدة، مصر.

(٣) انظر: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، =

على عدم جواز قيام طرف بالتفاوض مع آخر على إنشاء عقد متى اتجهت نية أي منهما في البداية إلى عدم إنشاء هذا العقد، ويعد هذا التصرف بمثابة مخالفة صريحة لمقتضيات مبدأ حسن النية، ويلزم الطرف المخل بالتعويض.(١)

٥- إفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها:

إن إفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها أثناء التفاوض وخاصة التكنولوجية أو استغلالها دون إذن الطرف الآخر يعد مخالفة لمبدأ حسن النية.(٢)

وبناء على ما تقدم فإن مبدأ حسن النية معمول به صراحة وضمنا في العقود التجارية عند إبرام العقد وفي المفاوضات، ويترتب على الإخلال به في مرحلة تكوين العقد وابرامه والمفاوضات آثارا عدة تتمثل في الآتي:

١- بطلان العقد: والبطلان هو (الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد، وهي الرضا، والمحل، والسبب، والأهلية، أو شرط من شروط صحة العقد، وهي: عوارض الأهلية، وسلامة الإرادة(٣) والبطلان الناشئ عن مخالفة مبدأ حسن النية ينقسم إلى قسمين، هما:

أ- البطلان المطلق: وهو البطلان الذي لا يمكن تصحيحه ولا يترتب عليه أثر سواء للمتعاقدين أو الغير فهو يعد غير موجود قانونا، ويكون البطلان مطلقا إذا تخلف ركن من أركان العقد كانعدام الرضا، أو تخلف المحل، أو انعدم السبب أو كانا غير مشروعين، أو تخلف شكل العقد الذي تطلبه القانون في عقد ما، وذلك

د.محمود فياض ص٢٣٩ - ٢٤٠.

(١) انظر: حسن النية في البيوع الدولية دراسة تحليلية مقارنة، في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة د. وائل حمدي، ص ٦٣٧ -٦٤٣، دار النهضة العربية، ٢٠١٥ ص٢٧٩.

(٢) انظر: نظرية العقد والإرادة المنفردة د. عبد الفتاح عبد الباقي ص٦١١، طبعة ١٩٨٤.

(٣) انظر: حسن النية في البيوع د. وائل حمدي، ص ٥٤١ -٥٦٥، انظر: بحث أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية ص٨١ وما بعدها، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، د. عبدالله بن عبد الرحمن التريكي، المجلد٦ العدد ٦٣، ٢٠١٧م.

لخطورة العيب الذي لحق بالعقد.

ب-البطلان النسبي: هو الذي يمكن تصحيحه وترتب آثاره عليه، ويكون البطلان نسبيا في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد ككون أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو وجود أحد عيوب الإرادة وهي الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، وقد يكون البطلان نسبيا إذا تم النص عليه في العقد كما في حالة بيع ملك الغير حيث يكون للمشتري طلب إبطال العقد.

٢- التعويض عن الضرر: ففي حالة فشل المفاوضات أو قطعها بسبب سوء نية أحد الأطراف فإن هذا يعد بمثابة خطأ يلزمه بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من أضرار[١]، فيتم تعويضه عن نفقات التفاوض، وضياع الوقت والجهد، والمساس بالسمعة التجارية، حيث يؤدي قطع المفاوضات دون سبب مشروع إلى الضرر بسمعة التاجر وإثارة الشكوك حوله، والتعويض عن تفويت الفرصة بالتعاقد[٢].

وجزاء الإ خلال بالتزام الجدية في التفاوض هو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف المقابل أثناء التفاوض نتيجة لعدم الجدية، أما بالنسبة لجزاء الإخلال بالالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، فقد ثارت إشكالية متى يعد هذا القطع غير مشروع يخالف مبدأ حسن النية ومتى لا يعد كذلك ودون الخوض في تفاصيل ذلك، فإننا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي القائل بأنه من غير الممكن التسليم بالقاعدة المطلقة المتمثلة في قاعدة ترتيب المسؤولية عن القطع غير المبرر، بل ينظر في كل حالة على حدة، لتقدير سلوك من قطع المفاوضات. كذلك المرحلة التي يتم فيها قطع المفاوضات تلعب دورا بارزا في تحديد وجود السبب الجدي من عدمه، فإذا ما تم قطعها بعد أن بدأت بفترة قصيرة فلا يتصور قيام المسؤولية عن ذلك، أما إذا تم إنهاؤها بعد أن قطعت شوطًا كبيرًا فعلى الأغلب أن تتقرر المسؤولية بحق الطرف

(١) انظر: بحث حسن النية في العقود ص ١٧٩ومابعدها،د عرفه، الهادي السعيد.

(٢) انظر: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات ص٣١٩ وما بعدها،د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، وانظر: القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية. د. أسامة المسدي ص١١٢ومابعدها.

المخل، خاصة إذا اقترن إنهاء المفاوضات بظروف أخرى تبرر ذلك.[١]

أما جزاء الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، فإن الرأي السائد فقهًا وقضاء في فرنسا يذهب إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالتزام سرية البيانات والمعلومات، وذلك لعدم وجود اتفاق صريح عليه، وبالتالي يمنع على المفاوض أن يقوم بالإفضاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء مفاوضات العقد، استنادًا لأحكام المسؤولية التقصيرية. والتعويض هو الجزاء الرئيسي على الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار؛ لأن الطرف المخل بهذا الالتزام يستحيل عليه أن ينفذه عينًا، بعد أن أخلَّ به؛ لأن الالتزام في هذه الحالة يعد التزاماً بالامتناع عن عمل، ويعد المؤتمن على السر منفذاً لالتزامه.[٢]

وتجدر الإشارة إلى أن التشريع المصري لا يرتب على المفاوضات أي أثر قانوني، فلكل متفاوض الحرية في قطع المفاوضة في التوقيت الذي يراه مناسبًا، وذلك إعمالًا لمبدأ الحرية التعاقدية، حتى يتخذ قرار التعاقد من عدمه في جو من الحرية تطبيقا لمبدأ حرية قطع المفاوضات، أو ما يعرف بحرية العدول، فلأي من الطرفين العدول عن المفاوضة بوضع حد لها وذلك بقطعها وعدم الاستمرار فيها ولا مسئولية على من عدل، بل ولا يكلف بإثبات أنه قد عدل لسبب جدي وليست المفاوضات إلا عملًا ماديًّا لا يلزم أحدًا، ولكن العدول عن المفاوضات قد يرتب المسئولية على من قطعها، إذا اقترن هذا العدول بخطأ منه، على أن المسئولية هنا تكون مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ.[٣]

---

(١) التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، ص٩٤د. محمد حسين عبدالعال. وانظر: مبدأ حسن النية في العقود بحث ماجستير للباحثة بن يوب هدى، كلية الحقوق جامعة العربي بن مهيدي الجمهورية الجزائرية. ٢٠١٢م.

(٢) انظر: قانون العقد الدولي، ومفاوضات العقود الدولية ص٩٧.د. أحمد عبد الكريم سلامه، الطبعة الأولى ٢٠٠٠/٢٠٠١، دار النهضة العربية. وانظر: بحث المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة د. هاني عبد المعطي الغيتاوي مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا العدد الرابع والثلاثون - الجزء الثالث ص١٢١ وما بعدها.

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول- نظرية الالتزام، مصادر الالتزام بند ١٠٠،ص٢٠٦،٢٠٧.د. عبدالرازق أحمد السنهوري، دار القلم بيروت، وانظر: بحث الطبيعة =

ولقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ، حيث قضت بأن: "المفاوضات ليست إلا عملا ماديًّا ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسئولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجوز أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسئولية التقصيرية "[١]

إذن نحن بصدد نوعين من المفاوضات العقدية، أولاهما: المفاوضات المباشرة غير المصحوبة باتفاق، وهي الصورة الغالبة والشائعة في التعامل، وصورتها العقود البسيطة التي تتم بطريقة سريعة وفورية، وتحدث فيها المفاوضات مباشرة، ودون أي اتفاق مسبق بين أطراف العلاقة العقدية. ولا يوجد في القانون المدني المصري نص تشريعي ينظم العلاقة بين المتفاوضين في المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق ومر الفقه القانوني في مصر على هذه المسألة دون أن يوليها الاهتمام المطلوب، واعتبر المفاوضات التي تتم في هذه المرحلة هي مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم، ومن ثم لا ينشئ على عاتق أطرافه أي التزام فالعدول عنها، أو قطعها، لا يحمل أي مسئولية عقدية، اللهم إلا إذا سبَّب هذا العدول ضررًا للطرف الأخر نتيجة خطأ صاحب هذا العدول فتنعقد مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ.

ثانيهما: المفاوضات التي تجري بموجب اتفاق صريح على التفاوض، وهذا الاتفاق

القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد د. حمدي محمود بارود كلية الحقوق - جامعة الأزهر- غزة مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، ص٥٤٥ -ص٥٧٧ يونيو ٢٠١٢.

(١) نقض مدني مصري ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ص٣٣٤، النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري ص٤٧٦.. عبد الحي حجازي،، ط١٩٥٧.

مضمونه الدخول في مفاوضات من أجل إبرام عقد معين، هذا الاتفاق لا ينشئ التزامًا، الذي يتعهد بإبرام العقد النهائي، وإنما يرتب التزام بالتفاوض فقط بشأن هذا العقد بموجبه طرفاه بالبدء في التفاوض أو مواصلة السير فيه وتنظيم سير المفاوضات بهدف إبرامه[١].

ذهب الفقه المصري إلى أنه إذا كان هناك اتفاق مسبق أو التزام بالتفاوض ينظم العلاقة بين أطرافه أثناء عملية التفاوض، فإن الإخلال بهذا الالتزام يثير المسئولية العقدية للمتفاوض الذي أخل بالتزامه، فمسئولية المتفاوض تكون عقدية كلما وجد اتفاق بالتفاوض، ويرى الفقه أن هذا الاتفاق بالتفاوض هو عقد صحيح وهو لا يعدو كونه التزامًا بالتفاوض، وليس التزامًا بإبرام العقد النهائي، فيظل للأطراف حرية إبرام العقد من عدمه، وفي حالة وجوده سيتحول التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني، فإذا ما أخلَّ أحد الأطراف بالتزاماته الناشئة عن هذا الاتفاق، فإنه يقع تحت طائلة المسئولية العقدية.[٢]

(١) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس المعهد، ص٦٣، من ٢-٣ يناير.١٩٩٣ مبدأ حسن النية في العقود بحث ماجستير للباحثة بن يوب هدى، كلية الحقوق جامعة العربي بن مهيدي الجمهورية الجزائرية. ٢٠١٢م.

(٢) انظر: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، ص٩٤. د. محمد حسين عبدالعال. وانظر: بحث المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة د.هاني عبد المعطي الغيتاوي مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا العدد الرابع والثلاثون - الجزء الثالث ص١٠٠ ومابعدها.

المطلب الثاني

أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

لاشك أن ضخامة القيمة المالية للعقد التجاري والرغبة التي تحدو طرفيه في إتمام تنفيذه رغم ما قد يبدو من بوادر إخلال من قبل أحدهما؛ فإن آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد تبدأ منذ الإحساس أو الشعور بالإخلال في تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد، وتتدرج هذه الآثار بتدرج هذا الشعور حتى يصل إلى مرحلة اليقين المتمثل في ارتكاب المخالفة للعقد بحيث تتناسب هذه الآثار مع المخالفة[(١)].

ومن آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ما يلي:

أولا- وقف التنفيذ: فيجوز للطرف الملتزم بتنفيذ أدائه، بشكل متزامن، مع أداء الطرف الآخر أن يتوقف عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ، كما يجوز للطرف الملتزم بتنفيذ أدائه، بعد أداء الطرف الآخر لالتزامه، أن يتوقف عن التنفيذ ما دام الطرف الآخر لم ينفذ التزامه، ويجوز لكل من طرفي العقد أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا تبين بعد انعقاد العقد أن الطرف الآخر لن ينفذ جانبًا هامة من التزاماته.

ووقف التنفيذ لا يؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية ولكنه يؤدي إلى وقف العقد مؤقتا، فيجب على الدائن أن يستأنف التنفيذ متى قدم الطرف الآخر الضمانات الكافية على تنفيذ التزاماته، وهذا يؤكد مبدأ حسن النية حيث تم وقف التنفيذ وفقا لهذا المبدأ، وبالتالي يستأنف التنفيذ بعد تقديم الضمانات وفقا -أيضا-لمبد أحسن النية[(٢)].

---

(١) انظر: قانون التجارة الدولي الجديد ص١٤،د بهاء هلال دسوقى - القاهرة- بدون دار نشر-١٩٩٣. وبحث أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية ص٨١ ومابعدها، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، د. عبدالله بن عبد الرحمن التريكي،المجلد٦ العدد ٦٣، ٢٠١٧م.

(٢) انظر: حسن النية في العقود دراسة مقارنة،ص١٢٢ومابعدها، إبراهيم عبد المنعم موسى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦ وانظر: الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية ص٦٩ ومابعدها، سيد أحمد إبراهيم، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، =

ثانيا- التنفيذ العيني: يعد التنفيذ العيني أحد الآثار المترتبة على مخالفة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، والتنفيذ العيني أفضل من إنهاء العقد، وصور التنفيذ العيني تتمثل فيما يلي[١]:

١- طلب إصلاح البضاعة: يستطيع المشتري أن يطالب البائع بتنفيذ العقد إذا كان العقد متعلقا بشيء ينتج أو يصنع بواسطة البائع بإصلاح العيب بشرط أن يجري البائع الإصلاح.

٢- إنقاص الثمن: ففى حالة عدم مطابقة البضائع للعقد وسواء أتم دفع الثمن أم لا، جاز للمشترى أن يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلا وقت التسليم وقيمة البضائع المطابقة في ذلك الوقت.غير أنه إذا قام البائع بإصلاح الخلل في تنفيذ التزاماته، أو إذا رفض المشترى أن يقوم البائع بالتنفيذ، فلا يجوز للمشترى أن يخفض الثمن.

٣- الاستبدال: حيث يستطيع المشتري شراء بضائع مماثلة أو مطابقة لما هو مقرر في العقد في حالة عدم المطابقة، ومن ثم يصبح في ذات المركز كما لو كان البائع قد نفذ التزامه، والاستبدال يتم العمل به متى ما كان تنفيذه ممكنا، أما لو كان تنفيذ الاستبدال مستحيلًا أو مكلفًا للبائع تكلفة باهظة فلا ثمة مجال هنا لمبدأ حسن النية.

ثالثا- فسخ العقد: الفسخ هو (حَلُّ الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته) فهو جزاء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته وبمقتضاه يستطيع الطرف الآخر حل الرابطة العقدية حتى يتحرر نهائيا من

=

الإسكندرية، ٢٠٠٧.

(١) انظر: حسن النية في البيوع د وائل حمدي، ص ٦٣٧- ٦٤٣، ونظرية العقد والإرادة المنفردة ص٦١١، د" عبد الفتاح عبد الباقي طبعة ١٩٨٤. وانظر: بحث حسن النية في العقود ص ٨٠ وما بعدها، د عرفه، الهادي السعيد. وانظر: بحث أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية ص٧٩ وما بعدها، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، د. عبدالله بن عبد الرحمن التريكي، المجلد٦ العدد ٦٣، ٢٠١٧م.

الالتزامات التي يفرضها العقد عليه.[١]

ويعد الفسخ في العقود التجارية جزاء قاسيا تتأذى التجارة الدولية من حدوثه لكل إخلال بالعقد أو مخالفة لأحكامه، إذ تتحقق مصلحتها في الإبقاء عليه واكمال تنفيذه ولو مع إخلال يمكن أن يجبره بالتعويض، ذلك أن الفسخ ينهي العقد والذي لا يتم غالبا إلا بعد مفاوضات شاقة مكلفة، ويترتب على حدوثه إعادة البضائع بعد إرسالها وما يصحب ذلك من نفقات جديدة للنقل والتأمين ومن إجراءات إدارية وصحية لازمة لدخول البضائع وخروجها ولإرسال الثمن ثم استرداده، فضلا عن تعرض البضائع لمخاطر التلف والهلاك مرة أخرى.

كما أن العقد التجاري يتصل به اتصالا لازما بعض العقود الأخرى، مثل عقد نقل البضائع، وعقد التأمين، والاعتماد المستندي الذي يتم دفع الثمن عن طريقه، فهو يكون وحدة من العقود ترتبط معا ككل، فإذا فسخ عقد البيع فإن ذلك سوف ينتج أثره على كافة العقود الأخرى التي ترتبط به إذا كانت لم يتم تنفيذها، مما يولد مشاكل عديدة، وهو ما يضفى أهمية كبيرة على الفسخ في العقود التجارية[٢].

هذه هي أبرز الآثار الناشئة عن الإخلال مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

---

(١) انظر: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات ص ٥١١ وما بعدها، د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، وانظر: القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية. د، أسامة المسدي ص١٢٠ومابعدها. الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد. ص٣٣٠ وما بعدها، رمضان (وليد صلاح مرسي) دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤م، انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ص٩٧ وما بعدها، د. محمد شكري الجميل العدوي.

(٢) انظر: قانون التجارة الدولي الجديد ص17ومابعدها د بهاء هلال دسوقى - القاهرة- بدون دار نشر- ١٩٩٣، و القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، ص١١٣، ا د / همام محمد محمود زهران،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩. بحث أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية ص٨٨ومابعدها، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، د. عبدالله بن عبد الرحمن التريكي،المجلد٦ العدد ٦٣، ٢٠١٧م.

الفصل الثاني

تطبيقات حسن النية في المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

المبحث الأول

حسن النية في عقود المعاوضات

المطلب الأول

حسن النية في عقد البيع

تعريف البيع ومشروعيته وانعقاده:

أولًا: تعريف البيع:

مصدر باع الشيء يبيعه بيعًا مبيعًا: شراه وباعه أيضًا: اشتراه، إذ هو من اسماء الأضاد، قال -سبحانه- "وشروه بثمن بخس"[(١)] أى باعه وفي الحديث: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع اخيه"[(٢)]. أي لا يشتر على شراء أخيه، وأباع الشيء عرضه للبيع، والابتياع: الاشتراء، واستباع الشيء: سأله أن يبيعه منه، ويقال للمتعاقدين: بيعان وللشيء المبيع مبيع ومبيوع[(٣)].

والبيع في إصلاح الفقهاء: عند الحنفية هو: مبادلة مال بمال على وجه

(١) سورة يوسف، جزء من الآية رقم/ ٢٠.

(٢) راجع: مختار الصحاح، باب الباء مع الياء والعين ص ١٧.

(٣) متفق عليه أخرجه البخاري، الصحيح بشرح ابن حجر ٤/ ٣٥٣ كتاب البيوع (٣٤). باب لا يبيع على بيع اخيه (٥٨) الحديث (٢١٤٠) وفى ٤/ ٣٦١، باب النهى للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم (١٤) الحديث (٢١٥٠)، ومسلم، الصحيح ٣/ ١١٥٥ كتاب البيوع (٢١) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (٤) حديث ١٢/ ١٥١٥.

مخصوص[١] وعند المالكية: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعه لذة ذو مكايسة في معين غير العين فيه[٢] وعند الشافعية: مقابله مال بمال تمليكًا[٣] وعند الحنابلة: مبادلة المال بالمال تمليكًا وتملكًا[٤].

ثانيًا: مشروعية البيع:

البيع عقد مشروع بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فنجد قوله -تعالى-: "أحل الله البيع وحرم الربا "[٥] وقوله - تعالى -: " وأشهدوا إذا تبايعتم "[٦] وقوله - سبحانه-: " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"[٧].

ومن السنة: فأحاديث متعددة، منها. ما رواه ابن عمر - ان النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: " المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"[٨]، وعن ابن عمر، أن منقذا سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه، فكان إذا بايع يخدع في البيع، فقال له رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بايع وقل: لا خلابة، ثم أنت بالخيار ثلاثًا، قال ابن عمر سمعته يبايع ويقول: لا خلابة.[٩]

---

(١) الاختيار، مرجع سابق ٣/٢، ومجمع الأنهر (طبعة دار إحياء التراث العربى) ٣/٢.

(٢) الشرح الكبير، حاشية الدسوقى، مرجع سابق جـ٢/٣.

(٣) مغنى المحتاج، مرجع سابق ٢/٢.

(٤) المغنى والشرح الكبير، مرجع سابق ٢/٤ والكافى لابن قدامه (طبعة ١٤١٤ - ١٩٩٤، دار الكتب العلمية) ٣/٢ والروض المربع ١٨٤/١.

(٥) سورة البقرة من الآية/ ٢٧٥.

(٦) سورة البقرة من الآية/ ٢٨٢.

(٧) سورة النساء من الآية ٢٩.

(٨) أخرجه البخارى، الصحيح بشرح ابن حجر ٣٢٦/٤ كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، ومسلم، الصحيح ١١٦٣/٣ كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس ومالك، الموطأ ٦٧١/٢، البيوع، باب بيع الخيار، وأحمد، المسند ٤/٢و٩و٧٣ وأبو داود، السنن ٧٣٢/٣ - ٧٣٦ كتاب البيوع والاجارات، والترمذى، السنن ٥٤٧/٣، كتاب البيوع باب ما جاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا، وابن ماجه والسنن ٧٣٦/٢ كتاب التجارات، باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا، والشوكانى، نيل الأوتار ١٨٢/٥.

(٩) رواه الحميدى، المسند ٢٩٢/٢-٢٩٣، والبخارى في التاريخ الصغير والكبير عزاه اليه الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٢١/٣، كتاب البيوع، باب خيار المجلس والشرط.

وروى عن رفاعة أنه خرج مع النبي - صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ - الى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال: يا معشر التجار، فاستجابوا لرسول الله - صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ - ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال " إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارًا إلا من بر وصدق"[١]

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة، والحكمة تقتضيه؛ لأن الناس تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله بغير عوض فشُرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته[٢].

ثالثًا: انعقاد البيع:

ينعقد البيع بالإيجاب والقبول، وهما ركنه عند الحنفية[٣] أما عند جمهور الفقهاء فينعقد بالإيجاب والقبول، الصادران من عاقدين على محل. فتكون الأركان الخمسة هى: الإيجاب القبول، والبائع والمشترى والشيء المبيع[٤].

ووجهة نظر الحنفية من جعل الركن هو الصيغة فقط، هى أنها تستلزم العاقدين والمعقود عليه.

---

(١) أخرجه، الترمذى، السنن وقال أنه حسن صحيح، تحفة الأحوذي ٣٣٥/٤ والمغنى لابن قدامة ٣/٤.

(٢) راجع: المغني، لابن قدامة، مرجع سابق ٣/٤، والروض المربع، سابق ١٨٤/١، والاختيار، مرجع سابق ٣/٢ المجمع الأنهر (طبعة دار إحياء التراث العربي) ٣/٢.

(٣) راجع: الاختيار، مرجع سابق ٤/٢ وجاء فيه " ركنه - اي البيع - الايجاب والقبول لانهما يدلان على الرضا الذى تعلق به الحكم" مجمع الأنهر، مرجع سابق جـ٢ ص ٤.

(٤) القوانين الفقهية، لابن جزى، مرجع سابق ص ١٦٣، وبداية المجتهد، مرجع سابق جـ١٧٨/٢، ٢٨١، والشرح الكبير، للدردير سابق جـ ٢/٣، ومغنى المحتاج، مرجع سابق جـ ٢/٢و٣. والمغنى والشرح الكبير، مرجع سابق جـ ٣/٤و٤و٥.
ومن الفقه المعاصر: أ.د/ عبد الغفار ابراهيم صالح، عقد البيع في الفقه الاسلامى، مرجع سابق ص١٥، و أ.د/ وهبة الزحيلى، الفقه الاسلامى وأدلته، دار الفكر- دمشق، ط٦، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م جـ ٣٤٧/٤.

المطلب الثاني

دور حسن النية في عقد البيع

تمهيد: عند النظر إلى عقد البيع في الفقه الاسلامى نجده من العقود التى يسيطر عليها مبدأ حسن النية في جميع مراحله، ابتداء من مرحلة الانعقاد انتهاء بمرحلة التنفيذ، وإن اقتضى العقد في بعض صوره أن تسبقه مرحلة تفاوض فإن مبدأ حسن النية يمتد ليلاحق هذه المرحلة ونبين فيما يأتى دوره في هذه المراحل:

دورحسن النية في تكوين عقد البيع: إن خير تطبيق لمبدأ حسن النية في تكوين عقد البيع في الفقه الإسلامى نجده في بيوع الأمانة، ذلك أن هذا الفقه قد حدد منطقة في البيوع يفرض على المتعاقدين فيها التزام الصدق والأمانة، ولا يسمح فيها بأى غش أو تدليس، حتى أنه قد جعل مجرد الكذب في هذه البيوع خيانة وتدليسًا، وقد درج الفقهاء على تسميتها ببيوع الأمانة، حيث يفسح الفقه الاسلامى السبيل لمن قلت خبرته في التعامل، أو في ضرب يقدم عليه ضروبه أن يتوقى غش الناس له، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة وتعتبر مجاوزة هذه الحدود حذيعة وتغريرًا، ولذلك يتقدم الفقه الاسلامى لمعونة كل من هو في حاجة الى حماية، يدفع عنه الأذى ويرفع عنه الغبن، ونبين فيما ياتى صور هذه البيوع ثم نبين بعد ذلك بعضًا من البيوع التى تخل بمبدأ حسن النية في إبرام العقد، وإن شئت فقل صورًا من البيوع المبينة على سوء النية. ذلك أن الضد يظهر حسنه الضد؛ وبضدها تتميز الأشياء[١].

(١) انظر: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات ص٧١٦وما يلها /د: عبد الحليم عبد اللطيف القوني

المطلب الثالث

المقصود ببيوع الأمانة وصورها وأحكامها

أولا : بيوع الأمانة :

ويقصد ببيوع الأمانة: تلك البيوع التي يحتكم فيها المشتري إلي ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته ونزاهته فيشتري منه السلعة علي أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة، بزيادة على الثمن الأصلي فيسمي البيع بيع مرابحة. أو يمثل الثمن الأصلي فيسمي البيع ، بيع تولية أو بأقل من الثمن الأصلي فيسمي البيع وضيعة أو مواضعة[١].

ولقد حفلت كتب الفقه في مختلف المذاهب ببيان أحكام هذه البيوع، والذي يعنينا هنا هو أن منطقة هذه البيوع هي أنسب مجال لتطبيق مبدأ حسن النية، إذ أن

---

(١) بيع التوليه: وصورته أن يشتري شخص شيئا ما ثم يقول لعالم بالثمن وليتك هذ العقد فيقبل الأخر فيلزمه مثل الثمن الذي اشتري به الأول و بعبارة أخري في نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الأول من غير زيادة ربح.

بيع المرابحة: وصورته أن يشتري شخص شيئا بمائة، ثم يقول لغيره . و هما عالمان بذلك . بعتك بمائتين أو بما اشتريت به و ربح درهم لكل عشرة. و بعبارة أخري هو: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح.

بيع المواضعة أوا لوضيعة أو المحاطة: و صورته أن يقول البائع للمشتري بعتك بما اشتريت به . و هما عالمان بذلك . و حط درهم لكل عشرة فيقبل الأخر. راجع في هذه البيوع في المذهب الحنفي: فتح القدير:جـ٥ ص ٢٥٢ و ما بعدها. البدائع للكاساني: جـ٥، ٢٢ و ما بعدها. المبسوط للسرسخي: جـ١٣ ص٧٨ و ما بعدها. تبين الحقائق للزيلعي: جـ٤ ص ٧٣ وما بعدها. البحر الرائق شرح كنز الدقائق:جـ٦ ص ١٠٦. الفتاوي الهندية: جـ ٣ ص ١٦٠ و ما بعدها. حاشية ابن عابدين: جـ٤ ص ٢٣٥ و ما بعدها. وفي الفقه المالكي: الحطاب: جـ٤ ص ٢٨٨ و ما بعدها. الصاوي علي الشرح الصغير جـ٢ ص ٧٢ و ما بعدها. وفي الفقه الشافعي: مغني المحتاج: ج٢ ص ٧٦ و ما بعدها. نهاية المحتاج: جـ٤ ص ١٠٤ و ما بعدها. حاشية الشرقاوي علي التحرير: جـ٢ ص ٣٨ و ما بعدها.

المشتري فيها يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلي أمانته ونزاهته، ويشتري منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفس السلعة، لذلك نجد الشارع قد فرض على الناس في هذه البيوع، الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى، وحذر من الغش فيها، واعتبر مجرد الكذب فيها خيانة وتدليسا وهو بهذا يفسح المجال لمن قلت خبرته في التعامل أو في ضرب من ضروبه، ونوع من أنواعه أن يتوقى، غش الناس له، فيتعامل معهم على حدود مرسومة تعتبر مجاوزتها خديعة وتغريرًا[١] وبالتالي تعتبر إخلالًا لحسن النية الواجب توافره في هذا النوع من المعاملة.

والعنصر الجوهري في هذه البيوع هو الثمن الأساسي الذي اشتري به البائع السلعة، وهو قد ائتمن البائع على هذا السعر ووثق في قوله، فإذا اختل هذا الأساس انتقضت الصفقة ويكون مجرد الذب من البائع في الإفضاء بالثمن الأصلي يعتبر إخلالا بالثقة وحسن النية المفترض في التعامل. وانطلاقا من مبدأ حسن النية يجب علي البائع أن يبين كل ما يحيط بالثمن من ظروف وملابسات، وما اقترن به من أوصاف فيبين إن كان الثمن مؤجلا أو معجلا، نقدا أو بدَين، كما يبين إن كان قد اشتراه سليما أو معيبا وهكذا[٢].

ويعتبر الكذب في أي بيان من هذه البيانات إخلالا بمبدأ حسن النية.

وكتب الفقه على اختلاف مذاهبها تفيض بمعالجة هذا النوع من البيوع، مبينة الآثار التي تنتج عن الإخلال بواجب الأمانة الذي ينبغي أن يسود هذه البيوع.

لذلك لا أكون متجاوزًا إذا قلت أن هذه البيوع هى بيوع حسن النية في الفقه الإسلامى، إذ المشتري يحتكم فيها إلى ضمير البائع، ويطمئن إلى أمانته وصدقه في إخباره

(١) راجع مصادر الحسن لاسنهوري:. مصادر الحق في الفقه الاسلامي:دراسة مقارنة بالفقه الغربي جـ٢ ص ١٥٤ ـ ١٥٥ عبد الرزاق احمد سنهوري، القاهرة،جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٤.

(٢) المرجع السابق: ص ١٥٥.

عن الثمن الأصلي، فيشتري منه السلعة على أساس الثمن الذى صرح به البائع وأخبر أنه هو ثمن السلعة الأصلي، ومن ثم كان لبيان الثمن الأصلي الذي اشترى به البائع السلعه أهمية وخطرًا، إذ هو الأساس الذى تقوم عليه الصفقه، فيلزم أن يفضى البائع للمشتري بكل ما تقتضيه الأمانة والثقه في التعامل[١] ذلك أن المشتري إنما يعقد الصفقة على هذا الأساس، ولا يرتضي به بديلًا، وإذا اختل هذا الأساس انتقضت الصفقة، لذلك كان مجرد الكذب في الإفضاء بهذا البيان المتعلق بالثمن خيانة وتدليسا، وذلك يؤدي إلى زعزعة التعامل في أهم أسسه التى يقوم عليها، وأن الأمانة كمقتضى من مقتضيات حسن النية في التعامل، تتطلب من البائع أن يقوم بإعطاء تفصيل كامل ووافٍ عن الثمن الأصلى للسلع، ولا يكتفى بإبداء بيان إجمالي عنه فيبين الظروف والملابسات التى أحاطت بالثمن، كما يبين ما اقترن به من أوصاف، فيبين ما إذا كان الثمن مؤجلًا أو معجلًا، نقدًا أو مقسطًا، كما يبين ما إذا كان دفع الثمن نقدًا أم بدين على سبيل الصلح، ثم يذكر ما إذا كان المبيع قد بقي على حالته عنده بعد شرائه أم حدث له تغيير أو أصابه عيب، وما إذا كان العيب قد حدث بفعل منه أم بفعل من غيره، أم بأمر سماوى، فكل هذه الأوصاف والملابسات يجب أن يفضى بها البائع للمشترى؛ لأن لها تأثيرًا على رضائه بالمبيع، ولذلك كان الكذب فيها يجعل العقد معيبًا بالتدليس والغش[٢]. وبذلك يكون الشارع قد فرض على المتعاملين في هذه البيوع التزامًا بالتبيين والإخبار، وحذرهم من محاولة الخيانة والغش، خلافًا لغيرها من البيوع، وإن في ذلك حماية يتقدم بها الشارع إلى من هو في حاجة إليها فيدفع عنه ما ألمَّ به من أذى وما أحاطه من غبن. والتبيين والتوضيح في هذه البيوع كما ذكرنا ينصب على الثمن الأصلى الذى اشترى به البائع السلعة، فالمشتري يتعاقد مع البائع على أساس هذا الثمن الذي ائتمن المشترى البائع فيه ووثق فيه البيان المفصل لكل ملابسات الثمن وظروفه وما اقترن به وما أحاطه كما يبين أوصافه من حيث التأجيل والتعجيل نقدًا أم بدين له

(١) راجع المبسوط مرجع سابق جـ ١٣/٧٨ وجاء فيه "إذا اشترى شيئا بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحه حتى يبين أنه اشتراه بنسيئه لأن بيع المرابحه أمانه ينفى عنه كل تهمه وخيانه ويتحرز فيه من كل كذب".

(٢)حسن النيه في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص١٩٠. د/ الهادى عرفه.

على البائع، وإن كان بدين هل دفعه عن طريق المماكسة أو عن طريق المساومة، أم على سبيل التصالح، كما يبين ما إذا كانت السلعة قد بقيت على حالها أم أصابها عيب، وإذا كان قد أصابها عيب هل كان من فعله أم بفعل غيره، أم بأمر خارج عن قدرتهم لا يدلهم فيه، فإن بيان هذه الأمور له دور كبير في تكوين رضاء المشتري بالسلعة، إذ لو كان على علم بها ما كان قد رضي بها، وقد عالجت كتب الفقه الإسلامى القديمة هذه البيوع وأوضحت ما يلزم على المتعاقدين فيها[١].

ثانيا: أثر الإخلال بحسن النية في بيوع الأمانة

يظهر لنا مما تقدم أن الإخلال كمبدأ حسن النية في بيوع الأمانة يتمثل في الكذب والخيانة والغش في حيقة الثمن الأصلى للسلعة، وأن هذا الإخلال يترتب عليه جزاء نبينه فيما يلى:

مذهب الحنفية:

قد ظهر لى من كتب المذهب الحنفي أن المشترى إذا اطلع على خيانة في المرابحة، كان له الخيار إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن، ويرى أبو يوسف: حط الزيادة فيهما، وقال محمد بالخيار فيهما، واحتج بأن التولية والمرابحة ترويج وترغيب فتكون وصفًا مرغوبًا فيه كوصف السلامة، فيثبت الخيار بفواته لكن أبا يوسف احتج، بأن الأصل في هذا البيع كونه مرابحة أو تولية فينعقد بقول العاقد: وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول، وإذا كان معلومًا فلابد من البناء على الأول، وذلك لا يكون إلا بالحط غير أنه من

(١) راجع بدائع الصنائع، للكاسانى، مرجع سابق جـ٥/ ٢٢٣ وجاء فيه "بيع المرابحة والتولية بيع أمانه لأن المشترى ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينه ولا استحلاف فيجب صيانتها عن الخيانه وعن سبب الخيانة والتهمة؛ لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن".
والشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ٣/١٦٤وجاء فيه "ووجب على البائع مرابحة وغيرها تبين ما يكره في ذات المبيع أو وصفه لو أطلع عليه المشترى، ولو لم يكن عيبًا كثوب من به حكه أو جرب فإن لم يبين فغش، كما يجب على بائع مرابحة بيان ما نقضه وعقده". والمدونة الكبرى مرجع سابق جـ١/٥٩ و٦٢.

رأس المال ومن الربح، لكن أبا حنيفة يرى أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية؛ لأنه يزيد على الثمن الأول، فيتغير التصرف فيتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط طبق مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير[١].

مذهب المالكية:

يرى المالكية أن الجزاء الذى يترتب على الإخلاء بمبدأ حسن النية في المرابحة والتولية والوضيعة، هو تخيير المشترى بين أن يمسك المبيع بجميع الثمن أو يرده، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينويها من الربح فيلزمه الشراء[٢].

مذهب الشافعية:

قد يظهر لى من فقه الشافعية أن الجزاء الذى يترتب على الإخلال بمبدأ حسن النية في بيع المرابحة والتولية والوضيعة يدور بين رأيين أحدهما: وجوب حط الزيادة وما أصابها من الربح وثانيهما: إثبات الخيار للمشترى بين الإمساك بجميع الثمن وبين الرد على البائع[٣].

---

(١) أنظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، مرجع سابق جـ ٢٥٦/٥.

(٢) القوانين الفقهية، لابن جزى، مرجع سابق ص ١٧٤ وجاء فيه ما نصه " ولا يجوز الكذب في التعريف بالثمن، فإن كذب ثم اطلع المشترى على الزيادة في الثمن فالمشترى مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرده إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبه من الربح".

(٣) راجع: المذهب، للشيرازى، مرجع سابق جـ٢٨٨/١، وجاء فيه ".. إذ أخبره أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ثم قال أخطأت أو قامت البيئة أن الثمن كان تسعين في البيع صحيح؛ لأن البيع عقد على ثمن معلوم، إنما سقط بعضه بالتدليس، وإما الثمن الذى يأخذه به ففيه قولان، أحدهما: أنه مائة وعشرة لأن المسمى في العقد مائة وعشرة فإن بان التدليس من وجهة البائع لم يسقط من الثمن شيئًا كما لو باعه شيئًا بثمن ثم وجد به عيبًا".

ثانيهما: بأن الثمن تسعة وتسعون وهو الصحيح لأنه نقل ملك يعتبر به الثمن الأول فإن أخبر بزيادة وجب حط الزيادة، كالشفعة والتولية ويخالف البيع، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وهنا الثمن هو راس المال وقدر الربح، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة، فإن قلنا أن الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمسك البيع بالثمن وبين أن يفسخ لأنه دخل على أن يأخذ المبيع براس المال، وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار.

مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن جزاء الإخلال بمبدأ حسن النية في المرابحة وبابها يتمثل في وجوب الحط، فإن اطلع المشترى على خيانة، حطها من الثمن الذى يشترى به حتى يحتفظ للعقد بتوازنه ومذهب الحنابلة يتفق مع مذهب أبى يوسف من الحنفية ومع أحد قولى الإمام الشافعى، وقال به أبو ثور وابن أبى ليلى[١].

ثالثا: بيع الاسترسال

يعتبر بيع الاسترسال من البيوع المعروفة في الفقه الاسلامى لاسيما في فقه المالكية والحنابلة.

ويقصد به البيع الذى يكشف العاقد فيه عن خبيئة نفسه ويبين في بداية التعامل أنه لادراية له بهذا التعامل، وأنه يستأمن المتعامل معه ويطلب منه النصيحة ويسترسل الى نصحه وبطلب منه أن يبيع منه ويشترى بما تبيع الناس أو تشترى به. فالمسترسل إذن: شخص جاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة[٢].

---

(١) راجع: الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين ابن قدامة، جـ ١٠١/٤ وجاء فيه " فإن باعه مرابحة مثل أن يخبره أن الثمن مائة ويربح عشرة ثم علم ببينة أو إقرار أن ثمنها تسعون فالبيع صحيح؛ لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب، وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم، فيبقى على المشترى الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم، فيبقى على المشترى تسعة وتسعون درهما وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى وهو أحد قولى الشافعى".

(٢) راجع: الشرح الكبير على متن المقنع، مرجع سابق جـ ٧٩/٤ وجاء فيه ما نصه " والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة، قال أحمد: المسترسل الذى لا يحسن أن يماكس وفى لفظ: الذي لا يماكس فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغيتة". ومواهب الجليل، شرح مختصر خليل، للحطاب جـ٤٧٠/٤ وجاء فيه ما نصه " وأما بيع الاستئمان أو الاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشتر منى سلعتي كما تشتري من الناس، فإني لا أعلم القيمة، فيشترى منه بما يعطيه من الثمن. وقال ابن حبيب: إن الاسترسال إنما يكون في البيع، أن يقول الرجل للرجل يعني كما تبيع الناس أما الشراء فلا".

والشرح الكبير، للدردير جـ١٤١/٣ وجاء فيه ".. إلا أن يستسلم المغبون ويخبر صاحبه بجهله، بأن =

دور حسن النية في بيع الاسترسال:

لا يكون بيع الاسترسال على الثمن الاصلى الذى اشترى به البائع كما في بيوع الامانة، وإنما يقوم على سعر السوق السائد، وحسن النية في هذا البيع هو الصدق والأمانة في الاخبار عن حقيقة سعر السوق. ذلك أن المشترى يستأمنه ويركن الى نصحه طالبًا منه أن يبيع له بسعر السوق، ومن ثم كان على البائع أن يكون حسن النية فيصدقه في الثمن، أما إن كذب عليه وكتم حقيقة الحال وغبنه في الثمن، كان خائنًا للأمانة وهذا يعتبر إخلالًا ظاهرًا بمبدأ حسن النية الواجب في المعاملات.

وجزاء الإخلال بمبدأ حسن النية في بيع الاسترسال:

هو إعطاء المتعاقد المغبون حق الرد بالغبن وهذا ما ذهب اليه المالكية وهو المعتمد.

جاء في الشرح الكبير، للدردير: " إذا كان المغبون عارفًا، فلا رد اتفاقًا وإن كان جاهلًا غير مستسلم فالرد فيه خلاف، وإن كان جاهلًا مستسلمًا فالرد متفق عليه"[(١)].

=

يقول المشتري أو البائع اشتر مني أو بع كما تشري أو تبيع من غيرى" منقول بتصرف يسير.

(١) راجع: الشرح الكبير، شرح مختصر الخليل، للدردير، مرجع سابق جـ٣/١٤١. وفى هذا المعنى: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب مرجع سابق جـ٤/٤٧٠. والشرح الصغير على أقرب المسالك، للدردير، سابق جـ٣/٦٣ وجاء فيه ما نصه " إلا أن يتسلم أحد المتبايعين لصاحبه بأن يخبره بجهله، كأن يقول للمشرى أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبيعنى كما تبيع الناس فقال البائع هى في العرف بعشرة، فإذا هى بأقل أو يقول البائع أنا لا أعلم قيمتها فاشتر منى كما تشترى من الناس، فقال في عرفهم بعشرة، فإذا هي بأكثر فللمبغون الرد على المتعمد بل باتفاق، وذكر الشيخ فيه التردد معترض بانه لم يخالف فيه أحد، إنما الخلاف في الغبن من غير استسلام، إذا كان البغون جاهلا فإذا كان عارفًا فلا قيام له اتفاق فان استسلم الجاهل في الرد متفق عليه".

المبحث الثاني

حسن النية في عقود التبرعات "الهبة والوديعة نموذجا"

المطلب الأول

دور حسن النية في الهبة

تعريف الهبة:

الهبة في لغة العرب، من هبوب الريح أي مروره، يقال وهبت له شيئا وهبًا بإسكان الهاء، وفتحها. وهبة والاتهاب: قبول الهبة. والاستهباب سؤالها.

يقال رجل وهاب ووهابة؛ أي كثير الهبة، ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال، ويقال وهب فلان لآخر مالا ووهب الله له ولدا صالحا، ومن ذلك قوله -جل شأنه-:"فهب لي من لدنك وليا يرثني ويرث من آل يعقوب"[(١)]، وقوله: "ووهبنا له يحي"[(٢)]

وحكي عن بعض الأعراب تعديها بدون اللام تقول: وهبت فلانا كذا وهي لغة قليلة[(٣)].

والهبة في الاصطلاح: تمليك بغير عوض[(٤)].

مشروعية الهبة:

الهبة تصرف جائز ومشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

---

(١) سورة مريم/ ٥، ٦

(٢) سورة الأنبياء/ ٩٠

(٣) مختار الصحاح/ ٧٣٧ مادة (و ه ب)

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٨٠/٤، المهذب ٤٤٦/١، مغني المحتاج ٤٠١/٥، الروض المربع ٢٧٠/١، نظرية الإرادة المنفردة/١٩٧.

فمن الكتاب:

قوله تعالى: "وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"[١] فقد أمر الله -تعالى- بالإحسان في الآية؛ والهبة من باب الإحسان.

ومن السنة:

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:"لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهبه لولده"[٢]، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تهادوا تحابوا"[٣]

انعقاد الهبة:

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الهبة تنشأ وتتم بالإيجاب من الواهب وحده، وليس القبول ركنا فيها؛ لأنها تنشأ من جانب واحد هو الواهب المالك، وذلك الصنيع يتم بإرادته المنفردة التي ظهرت بإيجابه وليس القبول سوى شرط لثبوت الملك للموهوب له؛ لأن أحدا لا يملك إدخال شيء في ملك غيره دونما رضاه من ذلك الغير، فإذا أوجب الواهب ترتب الحكم[٤]، ما لم يوجد مانع كموت الواهب[٥].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الهبة تنعقد بالإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له قياسا على عقد البيع؛ لأنها تمليك، والتمليكات تنعقد بالإيجاب والقبول؛ ولأنها تصرف شرعي، ووجود التصرفات الشرعية مرهون باعتبارها، وهو انعقادها في حق الحكم، والحكم لا يثبت بالإيجاب فلا يكون هبة شرعا[٦].

أما القبض فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه شرط لثبوت الملك[٧]؛ لقول الرسول

---

(١) سورة البقرة/٣٠

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ج ٢ كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، مسند الإمام أحمد ٧٨/٢.

(٣) أخرجه البخاري والترمذي.

(٤) بدائع الصنائع ١١٥/١، والمبسوط ٤٨/١٢، والهداية ١٦٤/٣.

(٥) شرح الخرشي ١٠٥/٧، وحاشية الدسوقي ١٠١/٤، وبدائع الصنائع ١١٥/١

(٦) نهاية المحتاج ٤٠٣/٥، والمهذب ٤٥٢/١، والمغني لابن قدامة ٢٤٩/٦.

(٧) فتح القدير ١١٣/٧-١١٧، والمهذب ٤٤٧/١، والمغني لابن قدامة ٥٩١/٥-٥٩٣.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"، وقال مالك: لا يشترط في الهبة القبض، فيمتلكها الموهوب له من غير قبض لأنها تمليك كالبيع[١].

أثر حسن النية في عقد الهبة:

شرعت الهبة لحكمة وغاية معينة هي تقوية أواصر المحبة والمودة بين الناس؛ قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تهادوا تحابوا"[٢].

ومن ثم يكون من حق كل إنسان أن يهب لغيره وأن يقبل الهبة من غيره، إلا أن هذا الحق مقيد بما تتقيد به الحقوق في الشريعة الإسلامية وهو الباعث المشروع أو القصد الحسن، وحتى يتحقق ذلك لابد أن يقصد الواهب الغاية المشروعة من الهبة، أما إذا قصد الشارع من الهبة الخروج على مقاصد الشارع من تشريعها كان مناقضا لقصد الشارع، وكل من ناقض قصد الشارع كان تصرفه في المناقضة باطلا[٣] ؛ كأن يهب أحد أطراف الدعوى للقاضي هدية؛ لأنها مظنة قصد الجور[٤]، أو يهب المقترض للمقرض مالا قبل الأداء[٥]؛لأن الباعث عليها قد يكون الربا.

من ذلك نعلم أن الأعمال بالنيات الباعثة عليها، والأمور بالمقاصد الدافعة إليها؛ فالهبة تصح إذا كانت النية الباعثة عليها مشروعة، وتبطل إذا كانت النية من ورائها غير مشروعة، جاء في "الأشباه والنظائر" للسيوطي: "والنية تدخل في العقود كلها طبقا لقاعدة الأمور بمقاصدها فتدخل في الهبة إذا نوى بها ما لو صرح به بطل"[٦].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

حسن النية في عقد الهبة في القانون المدني:

الهبة في القانون المدني عبارة عن عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون

(١) شرح الخرشي ١٠٥/٧، ١٠٦، ونظرية الإرادة المنفردة/ ٢٠٠.

(٢) سبل السلام للصنعاني ٩٢،٩٣/٣

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب/٣٢٢

(٤) القواعد/٣٢٢، وحاشية الدسوقي ٢٢٥/٣.

(٥) القواعد لابن رجب/٣٢٢.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي/١٠

عوض[١]، ويعتبر عقد الهبة إذن من أعمال التصرف، ويرتب التزاما على الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب له دون الحصول على مقابل، وتنشأ بالإيجاب من الواهب بكل لفظ يدل عليها مثل: وهبت لك جزءا من مالي، أو سيارتي، أو تنازلت لك عن داري، أو كتابي... وما إلى ذلك، ويمكن أن يتم التعرف على عقد الهبة من خلال القرائن والملابسات المحيطة بالتصرف، لا من الألفاظ والعبارات، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري[٢].

وما نصت عليه المادة ٤٨٨ مدني مصري حيث تجيز حصول الهبة تحت ستار عقد آخر بشرط أن يكون هذا العقد مستوفيا الشروط التي قررها القانون.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٨/٥

(٢) فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لما كان مجرد إيداع مبلغ من النقود باسم شخص معين لا يقطع في وجود نية الهبة عند المودع؛ فإن الإيداع لا يفيد حتما الهبة، بل يجب الرجوع في تعرف أساس الإيداع إلى نية المودع، ولا يكون الحكم قد خالف القانون، إذا قضى باعتبار إيداع صندوق التوفير باسم شخص آخر غير المودع، إنما كان على سبيل الوصية لا على سبيل الهبة، متى أقام القاضي قضاءه على أسباب سائغة. نقض مدني في ١٩٥٦/١/٢٦.م-٧-١٢٥.

المطلب الثاني

دور حسن النية في الوديعة

تعريف الوديعة ومشروعيتها وانعقادها :

أولًا: تعريف الوديعة:

الوديعة في لغة العرب، مفرد ودائع يقال أودعه مالًا أي دفعه إليه ليكون وديعة عنده، وأودعه مالًا قبله منه، وهو من الأضاد، واستودعه وديعة استحفظه إياها[١].

والوديعة اصطلاحًا:

عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عين من مال ويسمى المالك مودعا، والحافظ وديعًا ومستودعا، والمال وديعة[٢].

ثانيًا: مشروعية الوديعة:

الوديعة تصرف مشروع بالكتاب والسنة:

فمن الكتاب قوله تعالى: " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها"[٣] فقد أمر الله تعالى برد الأمانات إلى أصحابها عند طلبها، والوديعة أمانة لأنها مال وضعه شخص عند آخر على سبيل الحفظ، ويدل على ذلك أن الله لم يأمر بالإشهاد عليها.

ومن السنة: قوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك"[٤]. يدل الحديث على وجوب رد الأمانات إلى أهلها. ولأن الوديعة أمانة تعين

---

(١) مختار الصحاح، باب الواو مع الدال والعين ص ٧١٥.

(٢) فضيلة الشيخ/ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية (طبعة دار الفكر العالمية) ٤٣٢.

(٣) سورة النساء جزء من الآية رقم/ ٥٨.

(٤) أخرجه أبو داود، السنن ٢/ ٢٦٠، كتاب البيوع، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده، والترمذى، عارضه الأحوزى ٢٦٨/٥. كتاب البيوع باب حدثنا.....، والدارمي، السنن ٢٦٤/٢، والبيوع باب في أد الأمانة، والإمام أحمد، المسند، ٤١٤/٣.

حفظها وعدم الإهمال في ذلك حتى لا يدخل المودع عنده تحت قول الرسول السابق.

ثالثًا: انعقاد الوديعة:

ذهب الحنفية إلى أن الوديعة تنعقد بالايجاب والقبول، وهما ركن الوديعة عندهم وكذا في سائر العقود(١).

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوديعة تنعقد بالايجاب والقبول، وهما أحد أركان الوديعة والركن الثانى. المتعاقدان، والثالث المحل - المال المودع - وتحقق الايجاب والقبول باللفظ الدال على الايداع وقبوله صراحة كأودعتك هذا الكتاب وقبلت، كما تنعقد بالفعل الدال على ذلك كوضع الحيوان في الحظيرة المعدة للإيداع أمام حارسها بدون لفظ، وكترك متاع أمام جالس وينظر إليه بدون اعتراض منه(٢).

دور حسن النية في عقد الوديعة:

اتفق الفقهاء على أن الوديعة أمانة وقال المالكية: الدليل على أنها أمانة. أن الله قد أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ومن هذا المنطلق يتعين على المودع حفظ الوديعة وأن يبذل في حفظها العناية الواجبة في حفظ ماله الخاص؛ لأنه أمين والأمين لا يطالب في الحفظ بعناية تفوق عنايته في حفظ ماله. وبناء على ذلك إذا قام الوديع ببذل العناية المطلوبة في حفظ المال، ولكنه تلف لا يضمن لأنه أمين. والأمين لا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر في الحفظ(٣).

ويفرض حسن النية على الوديع أيضًا أن يقوم برد الوديعة إلى صاحبها عند طلبها

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢٠٧/٦، ومجمع الضمانات للبغدادى ص ٦٨.

(٢) انظر: الصاوي على الشرح الصغير جـ٢ ص ٧٢ وما بعدها مغني المحتاج: ج٢ ص ٧٦.

(٣) ولذلك ذهب الجمهور الى أنه إذا أودع بشرط الضمان لا يضمن إلا إذا تعدى، أو قصد - بداية المجتهد جـ ٢/ ٥٠٤.

قال - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - " لا ضمان على مؤتمن - رواه الدار قطنى عن عمر بن شعيب وأخرجه الدار قطنى من طريق آخر بلفظ " ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان - نيل الأوطار جـ ٢٩٦/٥.

ولا يجوز له أن يتأخر في ردها بعد الطلب. وإذا لم يقم بردها فور طلبها فتلفت ضمنها لأنه يعتبر خائنًا للأمانة. وإن ادعى الوديع رد الوديعة فإنه يصدق مع يمينه إن كذبه المودع إلا أن يدفعها إليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها، فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها. وذهب الشافعى وأبوحنيفة وابن القاسم من المالكية إلى أن القول قوله إن دفعها إليه بينة وهو القياس(١).

كما يفرض حسن النية على الوديع أيضًا ألا يستعمل الوديعة إلا إذا كان استعمالها يؤدي إلى حفظها كالصوف، وإلا كان متعديا بانتفاعه، فإذا تلفت ضمنها، وإذا أذن له المودع بالانتفاع صارت عارية ولا وديعة وكذلك لا يجوز له أن يتصرف فيها بإداع أو أجاره أو اعاره أو رهن، ولا أن يسافر بها إلا إذا اضطر إلى ذلك، ولم يتمكن من أن يتركها عند عياله حيث لا عيال له يمكن أن يعهد إليهم في حفظها، ضمان الوديعة يكون بالمثل إذا كان من المثليات وبالقيمة إذا كانت من القيميات(٢).

وهكذا فإن مبدأ حسن النية الواجب في المعاملات، يضع على عاتق المودع عنده التزامات معينة هى حفظ الوديعة الحفظ اللازم في ماله الخاص الذى يقتضى أن لا يستعملها في أي غرض من الأغراض، وأن يحفظها بنفسه أو عند عياله حيث لا يوجد بدًّا من ذلك لأنه يكون من الصعب أحيانًا أن يصطحب معه الوديعة في جميع حالات خروجه(٣). كما يلتزم بردها عند طلبها.

ويفرض حسن النية على المودع من ناحية أخرى، أن يكون باعثه على الوديعه مشروعًا. أما إذا كان هدفه من الإيداع غير مشروع كان سيئ النية ويبطل العقد كأن يكون قصده من الإبداع إقامة علاقة غير مشروعة مع المودع عندها. ذلك أن العقود بمقاصدها(٤).

---

(١) بداية المجتهد، جـ٢/٥٠٣.

(٢) الشيخ/ على الخفيف، وفى السابق/ ٤٣٣.

(٣) بداية المجتهد، السابق، نفس الموضع.

(٤) إعلام الموقعين جـ٣/٨٢، ٨٣. والأشباه والنظائر للسيوطى ص٨، والمادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

حسن النية في عقد الوديعة في القانون المدني:

يعتبر عقد الوديعة في القانون المدني المصري عقدًا من العقود المسماه الملزمة للجانبين عالجه المشرع المصري في المواد٧١٨، ٧٢٨من النص المدني" فيلزم المودع عنده بتسليم الشيء المودع وحفظه ورده للمودع عند انتهاء العقد، ويلتزم المودع في مقابل ذلك، بدفع الأجر إذا كان مشترط ويرد المصروفات التي ينفقها المودع عنده في حفظ الوديعة، وبتعويض المودع عنده عن كل ما لحقه من خساره بسبب الوديعة[١].

من هذا يتضح لنا، الهدف والغاية من عقد الوديعة في القانون المدني.

حسن النية في عقد الوديعة:

إن حسن النية في عقد الوديعة يعنى قصد التزام المتعاقدين بالغرض الذى رسمه المشرع لهذا العقد، والذي وضح من نص المادة ٧١٨ سالفه الذكر. فإذا قصد المتعاقدان من العقد الحفظ كانا حسني النية، أما إذا قصد خلاف ذلك، فقد خرج بالعقد عن أهدافه ومقاصده. فإذ كان الخروج لباعث غير مشروع بطل العقد لعدم مشروعية الباعث عليه كأن يودع شخص عند آخر أشياء استعملها في ارتكاب جريمة بقصد إخفائها، أو بقصد إقامة علاقة غير مشروعة مع المودعة عنده ويكون المتعاقدان، حسني النية كذلك إذا لم يتعاقدا على محل غير مشروع، كإيداع خمور أو مخدرات، حيث يختلط الباعث من محل في هذه الحالة ويفرض حسن النية على المودع عنده من ناحية أخرى إخلاصه وأمانته في حفظ الوديعة، بأن يبذل في حفظها عنايته في حفظ ماله الخاص.

ويفرض على المودع صدقه وأمانته ووفاءه بالمقابل المتفق عليه نظير الحفظ للمال المودع وهذا ما ذهب إليه الفقه الإسلامى كما بينا.

---

(١) السنهورى - الوسيط ٨٧٩ و٩١١ و٩٢٩، المجلد الأول، طبعة ١٩٨٩(دار

المبحث الثالث

حسن النية في عقود التوثيقات "الرهن نموذجا"

المطلب الأول

دور حسن النية في الرهن

تعريف الرهن ومشروعيته وانعقاده

أولا: تعريف الرهن:

الرهن لغة: يطلق ويراد به الثبوت والدوام؛ يقال ماء راهن أي راكد، ونعمة راهنة أي ثابتة ودائمة[١]، كما يطلق ويراد به الحبس، قال -جل شأنه-: "وكل امرئ بما كسب رهين"[٢]، وقال: "كل نفس بما كسبت رهينة"[٣]؛ أي محبوسة[٤]، ويطلق الرهن على المرهون تسميه للمفعول باسم المصدر، يقال رهنت الرجل شيئا ورهنته عنده، وجمعه رهان ورهون ورهين.

والرهن اصطلاحا:

عند الحنفية: حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين[٥].

وعند المالكية: مال قبض به دين لازم أو صائر إلى اللزوم[٦].

---

(١) مختار الصحاح، والمصباح المنير، ولسان العرب مادة ر هـ ن.

(٢) سورة الطور/٢١

(٣) سورة المدثر/٣٨

(٤) بلغة السالك للصاوي ١٠٨/٢

(٥) بدائع الصنائع جـ ٢٠٧/٦.

(٦) الشرح الكبير للدردير ١٣٢/٣، ٢٣١، بلغة السالك ١٠٨/٢، والشرح الصغير للدردير ٣٠٤/٣، ٣٠٣، والكافي لابن قدامة/٤١٠

وعند الشافعية: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر ذلك[١].

وعند الحنابلة: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[٢].

ثانيا: مشروعية الرهن:

الرهن جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى-: "﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ"[٣].

ومن السنة: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه"[٤].

وقد أجمع الفقهاء على جوازه في الجملة إذا الحاجة داعية إليه[٥].

ثالثا: انعقاد الرهن:

ينعقد الرهن بالإيجاب والقبول، ويتم القبض عند جمهور الفقهاء من الشافعية[٦]، والحنابلة[٧]، وزفر[٨] من الحنفية.

---

(١) مغني المحتاج ١٢١/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٦٦/٤

(٣) [البقرة: ٢٨٣].

(٤) صحيح ابن حبان - باب الرهن ذكر ما يحكم للراهن والمرتهن في الرهن إذا كان حيوانا ١٣ /٢٥٨، السنن الكبرى للبيهقي كتاب الرهن ٦ /٦٦
باب الرهن غير مضمون.

(٥) المغني لابن قدامة/ ٣٦٨، والكافي ٢١٤/١، والمهذب للشيرازي ٣٠٤/١

(٦) المهذب ٣٠٥/١

(٧) المغني لابن قدامة ٣٦٨/٤، والكافي لابن قدامة ٢١٤/١

(٨) هو أبو الهزيل بن قيس الكوني العنبري من أئمة مذهب الحنفية قد جمع بين العلم والقيادة، كان من أهل الحديث ثم غلب عليه الرأي حتى كان أكثر فقهاء المذهب عملا بالقياس، ولد سنة ١١٠هـ، وتوفي سنة ١٥٨. راجع طبقات الفقهاء/١٣٥

ذلك أن الرهن يشبه عقود المعاوضات فكان مفتقرا إلى الإيجاب والقبول، كما أنه يعتبر من العقود المالية يلزم لانعقاده الإيجاب والقبول.

وذهب الحنفية إلى أن ركن الرهن الإيجاب من الراهن دونما حاجة إلى قبول المرتهن[١]؛ لأن الرهن تبرع كالهبة والصدقة، ولأن الراهن عندما رهن إنما تصرف في خالص حقه، لا يستوجب بما بذله للمرتهن بدلا، ولا يلزمه شيء في مقابلة ذلك؛ ومن ثم ينشأ العقد ويتم بالإيجاب من الراهن وحده، وما القبول إلا شرط لظهور الأثر بعد تحقق الوجود بالركن.

وذهب مالك إلى أن الرهن يلزم بالقول- الإيجاب والقبول- وإن لم يتم التسليم، ويجبر الراهن على المضى في الرهن وتسليم المال المرهون الى المرتهن على طلبه مالم يحول من ذلك مانع كالموت أو الجنون، واللزوم في حق الراهن أما المرتهن فليس الرهن في حقه لازمًا؛ لأن العقد لصالحه ولا مصلحة للراهن فيه فجاز للمرتهن فسخه حيث شاء.[٢]

أثر حسن النية في عقد الرهن:

الرهن شرع للتوثيق والحفظ[٣] فيجب على طرفيه قصد هذه الغاية حتى يكون حسنى النية في عقدهم. أما إذا قصد مناقضة قصد الشارع من تشريع الرهن كأن يقصدا منه الربا المحرم كما هو الحال في الريف المصري إذا نجد المرتهن يستغل المال المرهون لصالحه إلى أن يرد له الراهن الدين، قد يطول الزمن الذى يكون فيه المال المرهون تحت يد المرتهن يجني ثمرته، ويأخذ فائدته. لا ريب أن هذا العمل منهى عنه شرعًا، إذ العقد شرع أصلًا للاستيثاق للدين لا لاستغلال مال الراهن وأخذ منافعه دونما أى مقابل، فإن قصد المرتهن كان قاصدًا أكل مال الغير بالباطل. وقد نهى الله -

(١) بدائع الصنائع جـ ٢٠٧/٦.

(٢) حاشية الدسوقى والشرح الكبير، مرجع سابق ٢٣٢/٣، وبلغة السالك، للصاوى١٠٩/٢.

(٣) المغنى، ابن قدامه ٤١٠/٤ وجاء فيه "الرهن أمانه في يد المرتهن، فإن كان تلفه بقصد أو تفريق في حفظ ضمنه، ولا نعلم في ذلك خلافًا، أما إذا تلف لغير تعد منه و تفريط فلا ضمان عليه" ولذلك يعتبر انتفاع المرتهن بالعين لغير إذن الراهن، إخلالًا منه بالأمانة المبنى

تعالى- عن ذلك بقوله" ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم". ويفرض حسن النية على المتعاقدين من جهة أخرى على مال داخل، في دائرة التعامل شرعًا. لذا لا يصح رهن الخمر ولا الخنزير؛ لأنها خارجه عن دائرة التعامل ولا يصح رهن الدراهم والدنانير والنقود الورقية سدًا لذريعة الربا. ومن هنا نأخذ أن للمقاصد والنيات أثرًا في عقد الرهن، فيصح إذا حسنت، ويفسد إذا ساءت. جاء في إعلام الموقعين "النية روح العقد، يصح بصحتها ويفسد بفسادها"[١].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

يشترط القانون المدني لصحة العقود حسن نية المتعاقدين.

جاء في المادة ١٣٦ مدني " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام كان العقد باطلًا".

ويقصد بسبب الالتزام هنا الباعث الدافع على التعاقد، في الراجح من الفقه المصري والفرنسي[٢]، ومن ثم يصح العقد إذا كان الباعث عليه مشروعًا ويبطل إذا كان الباعث عليه غير مشروع ولذلك أبطل القضاء في فرنسا[٣] ومصر عقودًا كان الباعث عليها غير أخلاقي.

ومن هنا نأخذ أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في اشتراط حسن نية المتعاقدين في عقد الرهن حتى يكون مشروعًا[٤].

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم، مرجع سابق ٨٢/٣ و٨٣. وفى هذا المعنى للشاطبى، الموافقات، مرجع سابق ٣٣٣/٢.

(٢) السنهورى، الوسيط، المصادر، مرجع سابق بند ٢٨٢ ص ٤٥٦و ٤٥٧، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي والغربي جـ ٢٧/٤، ٣٠، ٣١.

(٣) السابق نفسه.

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم، مرجع سابق جـ ٣ ٨٢/٣ و٨٣.

المبحث الرابع

حسن النية في عقود الشركات "المضاربة نموذجا"

المطلب الأول

دور حسن النية في المضاربة

تعريف المضاربة ومشروعيتها وانعقادها.

المضاربة لغة: من الفعل ضرب، يقولون ضربه يضرب ضربًا، وضرب في الأرض يضرب ضربًا ومضرَبا، أى صار لابتغاء الرزق.

وتسمى قراضًا في لغة الحجاز، اشتقاقًا من القرض وهو القطع؛ لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ويعطيه قطعة من الربح، أو اشتقاقا من المقارضة وهى المساواة لتساويهما في استحقاق الربح(١).

المضاربه واصطلاحا:

قيام المالك بدفع مال إلى العامل ليتجر فيه ويكون الربح بينهما بحسب اتفاقهم، لكن الخسارة تكون على رب المال وحده ولا يتحمل العامل منها شيئًا، وإنما جهده وعمله؛ لأنها شركة بالمال من جانب والعمل من جانب آخر وقد يتعدد الجانبان(٢).

مشروعية المضاربة:

تعتبر المضاربة عقدًا مشروعًا بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

فمن الكتاب قوله تعالى: "وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله"(٣).

---

(١) لسان العرب، مادة (ض ر ب) ١ /٣٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع جـ ٢٠٧/٦،والصاوي علي الشرح الصغير جـ٢ ص ٧٢ و ما بعدها مغني المحتاج: ج٢ ص ٧٦.

(٣) [المزمل: ٢٠]

تحث الآية على ضرورة السعى لأجل الرزق، ومعلوم أن الضارب يسعى ويضرب في الأرض ابتغاء وجه الله.

وقوله تعالى " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله"[١] وقوله " ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلًا من ربكم"[٢].

ومن السنة:

روى أبو نعيم وغيره أن رسول الله - صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ - ضارب لخديجة - رضى الله عنها،. وهو ابن خمسة وعشرين سنة إذا سافر بمالها مضاربًا إلى الشام قبل أن يتزوجها وكان معه غلامها ميسرة فربح ربحًا عظيما كان له حصة منه[٣].

وهذه معاملات شائعة استمرت إلى ما بعد بعثة النبى - صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ- فأقرها والتقرير وجهًا من وجوه السنة.

أما الإجماع:

فقد أجمع العلماء على جواز المضاربة دونما نكير من أحد في سائر الأعصار، وإجماع أهل كل عصر حجة[٤].

أما القياس:

لما كانت المساقة مشروعية لحاجة الناس إليها جازت المضاربة لذات الغرض قياسًا؛ لأن الناس مختلفون في قدراتهم، فمنهم من يكون له مال لكنه غير مهتد في التصرفات، ومنهم من لا مال له لكنه مهتد في هذه الناحية، فكان في تشريع المضاربة تحقيق للحاجتين إذ العقود شرعت لمصالح العباد ورفع الحرج عنهم[٥].

---

(١) سورة الجمعة، من الآية رقم /١٠.

(٢) سورة البقرة، من الآية رقم /١٩٨.

(٣) راجع: بدائع الصنائع، ٣٥٨٧/٨.

(٤) المغنى، ابن قدامة ١٥٣/٥، وبدائع الصنائع للكاساني، ٣٥٨٨/٨.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٨/٢٢، ومغني المحتاج ٣٠٩/٢.

انعقاد المضاربة:

تنعقد المضاربة بالإيجاب والقبول[١]، الذي يتحقق بكل ما يدل عليهما كأن يقول صاحب المال للعامل: خذ هذا المال مضاربة على ما رزق الله من ربح فيكون بيننا على كذا، من نصف أو ربع أو ثلث ونحو ذلك، أو خذ هذا المال مقارضة أو معاملة، أو خذ مالي هذا واعمل به على ما رزق الله بيني وبينك، ويقول العامل قبلت أو رضيت ونحو ذلك، وإذا تطابق الإيجاب والقبول انعقد العقد.

وأركان المضاربة عند جمهور الفقهاء:

العاقدان، والصيغة، والمعقود عليه. وقد تكون المضاربة مطلقة؛ كأن يعطي صاحب المال مالا لعامل ليضارب به على أن يكون الربح بينهما دون أن يحدد له صاحب المال عملا معينا أو وقتا أو مكانا.

وقد تكون مقيدة، إذا حدد صاحب المال للعامل العمل الذي يضارب فيه والمكان والزمان[٢].

أثر حسن النية في المضاربة:

شرعت المضاربة لحاجة الناس إليها، إذ قد يمتلك شخص أموالا، لكنه ليس لديه قدرة على تنمية هذه الأموال واستثمارها، وقد يكون آخر لديه القدرة والمهارة على تنمية الأموال لكنه فقير الحال، قليل المال؛ فشرعت المضاربة لتحقق حاجة الطرفين، فهي إذن: وسيلة لتحقيق غاية محددة، ويجب على الطرفين قصد هذه الغاية حتى يكونا حسني النية في عقدهما، أما إذا قصد خلافها فقد ناقضا الشارع في تشريع عقد الشركة، ومن ثم يكون عقدهما باطلا.

ويضع حسن النية في إبرام المضاربة على الطرفين التزاما بالصدق والمصارحة؛ فبالنسبة للعامل عليه أن يصدق صاحب المال في قدرته ومهارته على المضاربة؛ فليس

(١) الدر المختار ٣٣٣/٣

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٨٦/٤، ٨٦١.

من حسن النية أن يوهم العامل رب المال بقدرته وخبرته على المضاربة، ثم يتبين خلاف ذلك، فكما أن شخصية صاحب المال لها اعتبار عند العامل فكذلك شخصية العامل لها اعتبار لدى صاحب المال؛ فقد لا يقبل الأخير تسليم أمواله لشخص كذاب مهمل مستهتر[١].

حسن النية في تنفيذ المضاربة:[٢]

ويتحقق حسن النية في تنفيذ المضاربة بقيام صاحب المال بتمكين العامل من المال طبقا للمقدار المتفق عليه، وأن يكون هذا المال حقيقيا ليس مزورا. أما إذا تم إبرام العقد، وعند التنفيذ أخل صاحب المال بالتزامه، أو مكن العامل من مال مزور بهدف توريطه العامل والإضرار به، كان سيء النية.

وحسن النية من جانب العامل يكون في حرصه ويقظته وانتباهه عند تسلم أموال الشركة؛ فيجب عليه أن يقوم بفحص هذه الأموال للتعرف على عيوبها التي لم يظهرها له صاحب المال.

كما أن حسن نية العامل يتحقق في أمانته وإخلاصه لصاحب المال، ذلك أن المال في يده أمانة، ولذلك يجب عليه أن يحافظ عليه كمحافظته على ماله الخاص، وأن يكون صادقا في إخباره عن الربح الناتج من المضاربة؛ فالأمانة كما قلنا هي عماد نجاح جميع المعاملات لا سيما الشركات، لذلك جاء في الحديث، أن السائب بن شريك جاء إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال له: أتعرفني؟ قال -عليه الصلاة والسلام- وكيف لا أعرفك؟ وقد كنت شريكي وكنت خير شريك لا تداري ولا تماري[٣].

---

(١) انظر:أحكام شركة المضاربة في الفقه الإسلامي ص٦٤ومابعدها فريد بن عبد الرحمن بوهنة. دار النفائس، الأردن ٢٠١٥م.

(٢) انظر: أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المقارن ص٦٦،٦٧.د يوسف عبد المقصود، يوسف محمود دار الطباعة المحمدية ١٩٨٠.

(٣) سنن أبي داود كتاب الأدب٤ /٢٦٠ باب في كراهية المراء، والبيهقي في السنن الكبرى ٦ /١٢٩ كتاب الشراكة باب الاشتراك في الأموال والهدايا، ومسند أحمد مسند المكيين حديث السائب بن عبد الله ٢٤ /٢٥٨ط الرسالة.

وقد كان رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة يضرب له به، أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تجعله في بحر، ولا تنزل به بطن مسيل فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي"[(١)].

كما يكون العامل حسن النية في تنفيذ عقد الشركة، إذا التزم بالشروط التي يحددها له صاحب المال لقوله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[(٢)].

(١) سنن الدارقطني كتاب البيوع ٣ /٣٧٩، سبل السلام) ٢ /١١٠.

(٢) أخرجه الترمذي وقال حسن صحيح، وسنن البيهقي ٦٤،٦٥/٦- كتاب الصلح باب صلح المعاوضة، والدارقطني ٢٧/٣ كتاب البيوع حديث ٩٦، بيل الأوطار ٢٥٤/٥ باب الصلح.

الخاتمة

فإن مبدأ حسن النية يعتبر من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق، سواء كان ذلك على صعيد القانون العام أو الخاص، وهو يسود العقود في جميع مراحلها بمعنى أنه لا يقتصر أثره على مرحلة بعينها، فيمتد أثره من مرحلة إبرام العقد ليشمل مرحلة تنفيذه، وبالتالي لابد أن يتصف كل متعاقد عند تنفيذه لالتزامه بكل مظاهر حسن النية من الأمانة والثقة والنزاهة وشرف التعامل والتعاون مع المتعاقد الآخر، وأن يراعي كل من المتعاقدين ما يعد في صالح الآخر، أي أن ينفذ المتعاقد التزامه بالطريقة التي يتمنى أن ينفذها له غيره.

وفيما يلي سأعرض لأهم النتائج التي توصل اليها البحث على النحو الآتي:

١- سبق الشريعة الإسلامية وتوسعها في الأخذ بمبدأ حسن النية، واعتباره من أساسيات الشريعة الإسلامية والأخلاق الحميدة.

٢- ارتبط مفهوم حسن النية في الفقه الإسلامي ارتباطا وثيقا بقواعد الأخلاق، حيث يشكل مبدأ عاما للتصرفات، وذلك خلافا لبعض النظم والقوانين الوضعية التي عدتها مجرد سلوك غير ملزم، أي ليس لها قوة القاعدة القانونية.

٣- أن إثبات حسن النية يتم بإثبات سوء النية، بحسبان أن الأصل في الإنسان البراءة وحسن النية، ومن ثم يتم إثبات عكس ذلك من خلال التصرف في صورتها المادية الظاهرة. وعلى ذلك قد يترتب على غياب حسن النية بطلان التصرف، أو توقيع الجزاء والعقوبة.

٤- أن التمييز بين حسن النية وسوء النية في العقود يتم من خلال معيارين متكاملين، وهما المعيار المادي والمعيار الشخصي.

٥- أن القانون فرض على كل من المتعاقدين: الالتزام بالأمانة، النزاهة، التعاون، الإعلام، الاستعلام، النصيحة، التحذير، الإنصاف، احترام الثقة المشروعة وغيرها من الالتزامات، وهي في مجملها التزامات قانونية يقتضيها حسن النية في العقود،

وينتج عن الالتزام أوالإخلال بها آثار قانونية.

٦- مبدأ حسن النية في المفاوضات يعمل دائما على تحقيق التوازن العقدي؛ لأنه يهدف إلى حماية الثقة المشروعة في المعاملات، بغية إبرام عقد قائم على رضا مستنير بالتعاقد من قبل أطرافه، وإن كان هذا المبدأ منصوصًا على التعامل به في مرحلة تفسير العقد وتنفيذه، فإن الرأي السائد فقهًا وقضاء هو العمل به في المرحلة السابقة على التعاقد بصفته واجبا أخلاقيا.

٧- المفاوضات العقدية لها دور أساسي في تحقيق التوازن العقدي، نظرا لأنها تقي العقد من الخلل، من خلال سماحها لأطراف التفاوض من الاطلاع على شروط العقد، وهي بذلك تعد ضمانة للطرف الضعيف تجاه الطرف القوي الذي يملك الهيمنة الاقتصادية والقانونية على العقد.

فهرس المصادر والمراجع

كتب السنة

١. سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر-بيروت، ، دون طبعة ودون تاريخ.

٢. سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي .بيروت، دون طبعة ولا تاريخ.

٣. سنن الدار قطني لعلي بن عمر أبو الحسن الدار قطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

٤. سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر-بيروت، ، دون طبعة ودون تاريخ.

٥. سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي .بيروت، دون طبعة ولا تاريخ.

٦. مسند الإمام أحمد بن حنبل لأحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة،ط٢، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.

كتب أصول الفقه وقواعده

٧. الأشباه والنظائر لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ص٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

مصادر الفقه الحنفي:

٨. الاختيار لتعليل المختار لعبدالله بن محمود بن مودود، دار الفكر العربي، دون طبعةو دون تاريخ.

٩. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة- بيروت، دون طبعةو دون تاريخ.

١٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر الكساني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١، ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م،

١١. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي، دار الكتب الإسلامي القاهرة، ١٣١٣هـ

١٢. تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٤م.

١٣. درر الحكام شرح غرر الأحكام محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو دار إحياء الكتب العربية د.ط، د.ت.

١٤. رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار عالم الكتب - الرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣.

١٥. شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ٢٠٠٣م- ١٤٢٤هـ

١٦. الفتاوى البزازية أو (الجامع الوجيز في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان)،لمحمد بن محمد بن شهاب الكردي البريقيني البزازي دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٩م.

١٧. الفتاوى الهندية في مذهب أبي حنيفة النعمان، للعلامة الشيخ نظام، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

١٨. المبسوط لشمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة - بيروت، دون طبعةو دون تاريخ.

١٩. الهداية في شرح بداية المبتدي لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.د.ت.د.ط.

مصادر الفقه المالكي:

٢٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد لابن القرطبي الشهير بـ(ابن رشد الحفيد)، دار الحديث -القاهرة، د.ط، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م.

٢١. التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري ، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.

٢٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفة الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعةو دون تاريخ.

٢٣. شرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الله الخرشي، ط٢ المطبعة الأميرية - مصر١٣١٧هـ. مختصر العلامة خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، دار الحديث/القاهرة، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥مـ

٢٤. الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن مهنا، دار الكتب العلمية -

بيروت، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٥. القوانين الفقهية لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي. د.ط،د.ت.

٢٦. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

مصادر الفقه الشافعي:

٢٧. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر محمد شطا الدمياطي، دار الفكر بيروت، دون طبعة ولا تاريخ.

٢٨. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر بيروت.

٢٩. حاشية البجيرمي على الخطيب، للشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤١٧هـ،١٩٩٦م.

٣٠. المجموع شرح المهذب لأبي زكريا محي الدين النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد جدة - المملكة العربية السعودية، بدون طبعةو دون تاريخ.

٣١. مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، دار المعرفة - بيروت، ط١ ١٤١٨هـ ١٩٩٧م.

٣٢. المهذب في فقة الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي دار الكتب العلمية،د.ط،د.ت.

٣٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م

مصادر الفقه الحنبلي:

٣٤. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي،ط١٣٩٧،١ هـ

٣٥. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٣٦. الشرح الكبير على متن المقنع لأبي الفرج، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع،د.ط،د.ت.

٣٧. شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس البهوتي تحقيق: د. عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة دون طبعةو دون تاريخ.

٣٨. المغني لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي تحقيق: د. عبدالله بن عبد المحسن التركي ، د: عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب الرياض، ط١ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

الفقه العام

٣٩. الفقه الإسلامي ، وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط٦، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

كتب القانون وشروحه

٤٠. الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول- نظرية الالتزام، مصادر الالتزام.د. عبدالرازق أحمد السنهوري، دار القلم بيروت،

٤١. الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكت اب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة عبد الرحمن (حمدي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٤٢. التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، ص٩٤. د. محمد حسين عبدالعا

٤٣. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني العدوي (محمد شكري الجميل،)، دار المناهج، عمان، الأردن، ٢٠١٠. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية

٤٤. قانون العقد الدولي، ومفاوضات العقود الدولية ص٩٧.د. أحمد عبدالكريم سلامه، الطبعة الأولى ٢٠٠٠/٢٠٠١، دار النهضة العربية،

٤٥. القوة الملزمة للعقد للأستاذ حسن عامر/٣٨ مطبعة مصر القاهرة ١٩٤٩م.

٤٦. مصادر الحق في الفقه الاسلامي:دراسة مقارنة بالفقه الغربي عبد الرزاق احمد سنهوري، القاهرة،جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٤.

٤٧. النظرية العامة للالتزام، طبعة ١٩٩٣،إعداد الدكتور محمود السيد عبدالمعطي خيا

٤٨. المسئولية المدينة في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، د. محمد حسام محمود لطفي: القاهرة، ١٩٩٥،بدون نشر، ص٢.

المجلات والرسائل العلمية

٤٩. مبدأ حسن النية في العقود بحث ماجستير للباحثة بن يوب هدى، كلية الحقوق جامعة العربي بن مهيدي الجمهورية الجزائرية. ٢٠١٢م.

٥٠. بحث المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة د.هاني عبد المعطي الغيتاوي مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا العدد الرابع والثلاثون - الجزء الثالث ص١٠٠ ومابعدها.

٥١. المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، د.حسام الدين كامل الأهواني، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس المعهد،،من ٢-٣ يناير.١٩٩٣

٥٢. بحث الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد د. حمدي محمود بارود كلية الحقوق - جامعة الأزهر- غزة مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، ص٥٤٥ -ص٥٧٧ يونيو ٢٠١٢.

٥٣. المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، د.حسام الدين كامل الأهواني، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس المعهد،،من ٢-٣ يناير.١٩٩٣

Index of sources and references

The books of the Sunnah

- sunan abn majah, limuhamad bn yazid alqazwini, tahqiqu: muhamad fuaad eabd albaqi, dar alfikiri-birut, , dun tabeat wadun tarikhi.
- sunan 'abi dawud li'abi dawud sulayman bin al'asheath alsajistani, dar alkitaab alearabii bayrut, dun tabeat wala tarikhu.
- sunan aldaar qutniun lieali bin eumar 'abu alhasan aldaar qatnay, tahqiqu: alsayid eabd allah hashim yamani almadani, dar almaerifat - bayrut, 1386h - 1966m.
- sunan abn majah, limuhamad bn yazid alqazwini, tahqiqu: muhamad fuaad eabd albaqi, dar alfikiri-birut, , dun tabeat wadun tarikhi.
- sunan 'abi dawud li'abi dawud sulayman bin al'asheath alsajistani, dar alkitaab alearabii bayrut, dun tabeat wala tarikh
- musnad al'iimam 'ahmad bin hanbal li'ahmad bin hanbal, tahqiqu: shueayb al'arnawuwt wakhrun, muasasat alrisalati,ta2, 1420hi, 1999m.

Books of the principles of jurisprudence and its rules

- al'ashbah walnazayir lieabd alrahman bin 'abi bakr, jalal aldiyn alsuyutii sa84, dar alkutub aleilmiati, bayrut, ta1, 1411h - 1990m.

Hanafi fiqh sources:

- alaikhtiar litaelil almukhtar lieabdallah bin mahmud bin mudud, dar alfikr alearabii, dun tabeatu dun tarikh
- albahr alraayiq sharh kanz aldaqayiqi, lizayn aldiyn aibn najim alhanafii, dar almaerifati- bayrut, dun tabeatu dun tarikhi.
- badayie alsanayie fi tartib alsharayie lieala' aldiyn 'abi bakr alksani, dar alkitaab alearabii - bayrut, ta1,1328 AH – 1910AD
- abyin alhaqayiq sharh kanz aldaqayiqi, laeuthman bin ealiin

alziylei, dar alkutub al'iislamii alqahirati, 1313hi.
- tuhfat alfuqaha'u, lieala' aldiyn alsamirqandi, dar alkutub aleilmiati, bayrut, 1405h- 1984m.
- darar alhukaam sharh gharr al'ahkam muhamad bin framarz bin ealiin alshahir bimilan - 'aw manalan 'aw almawlaa - khasiru dar 'iihya' alkutub alearabiat du.ta, da.t.
- radu almuhtar ealaa alduri almukhtar limuhamad 'amin alshahir biabn eabdin, dar ealam alkutub - alrayad, tabeat khasatan 1423h 2003.
- sharah fath alqidiri, likamal aldiyn muhamad bin eabd alwahid alsiyuasi thuma alsakandariu almaeruf biabn alhumam alhanafii, dar alkutub aleilmiat - bayrut, ta1, 2003m- 1424h.
- alfatawaa albazaziat 'aw (aljamie alwajiz fi madhhab al'iimam al'aezam 'abi hanifat alniemanu),lmuhamad bin muhamad bin shihab alkurdi albariqini albazazi dar alkutub aleilmiati, bayrut, ta1, 2009m.
- alfatawaa alhindiat fi madhhab 'abi hanifat alnueman, lilealamat alshaykh nizamu, dar alkutub aleilmiat - bayrut, ta1, 1421h - 2000m.
- almabsut lishams aldiyn 'abu bakr muhamad bin 'abi sahl alsarukhsii , dar almaerifat - bayrut, dun tabeatu dun tarikhi.
- alhidayat fi sharh bidayat almubtadi lieali bin 'abi bakr bin eabd aljalil alfirghaniu almarghinani, dar ahya' alturath alearabii - bayrut - libnan.d.t.du.ta.

Sources of Maliki Fiqh:

- bidayat almujtahid wanihayat almuqtasad li'abi alwalid muhamad bn 'ahmad liabn alqurtubii alshahir bi (abn rushd alhafidi), dar alhadith -alqahirati, du.ti, 1425h - 2004 mi.
- altaaj wal'iiklil limukhtasar khalil , li'abi eabd allah muhamad bin yusuf aleabdarii , dar alfikri, bayrut , 1398h .
- hashiat aldasuqi ealaa alsharh alkabiri, lilshaykh muhamad earfat aldasuqii , dar 'iihya' alkutub alearabiati, dun tabeatu dun tarikhi.

- sharh mukhtasar khalil limuhamad bin eabd allah alkharshi, ta2 almatbaeat al'amiriat - masra1317hi. mukhtasar alealamat khalil, likhalil bin 'iishaq bin musaa, dia' aldiyn aljundii almaliki almisria, dar alhadith/alqahirati, ta1, 1426h/2005ma.
- alfawakih aldawaniu ealaa risalat 'abi zayd alqayrawani, li'ahmad bin ghunaym bin mahna, dar alkutub aleilmiat - bayrut, ta1, 1418h - 1997m.
- alqawanin alfiqhiat li'abi alqasima, muhamad bin 'ahmad bin muhamad bin eabd allah, abn jizi alkalbii algharnati. du.ta,di.t.
- mawahib aljalil lisharh mukhtasar khalil li'abi eabd allah muhamad bin muhamad bin eabd alrahman altarabulsi almaghribi, almaeruf bialhitab alrrueyny, tahqiqu: zakariaa eumayratu, dar ealam alkatub, tabeat khasatan, 1423h - 2003m.

Shafi'i jurisprudence sources:

- 'iieanat altaalibin ealaa hali 'alfaz fath almueayni, li'abi bakr muhamad shata aldimyati, dar alfikr bayrut, dun tabeat wala tarikhi.
- al'iiqnae fi hali 'alfaz 'abi shujae shams aldiyni, muhamad bin 'ahmad alkhatib alshari bayni alshaafieii,maktab albuhuth waldirasat - dar alfikr bayrut.
- hashiat albijiarmiu ealaa alkhatib, lilshaykh sulayman bin muhamad bin eumar albijirmi, dar alkutub aleilmiat - bayrut, ta1, 1417h,1996m.
- almajmue sharah almuhadhab li'abi zakariaa muhi aldiyn alnawawii, tahqiqu: muhamad najib almutayei, maktabat al'iirshad jidat - almamlakat alearabiat alsaeudiati, bidun tabeatu dun tarikhi.
- mughanaa almuhtaj 'iilaa maerifat maeani 'alfaz alminhaji, muhamad bn alkhatib alshirbini, dar almaerifat - bayrut, ta1 1418h 1997m.
- almuhadhab fi fiqat al'iimam alshaafieii, li'abi ashaq 'iibrahim bin eali bin yusif alshiyrazii dar alkutub aleilmiati,du.ta,di.t.

- nihayat almuhtaj 'iilaa sharh alminhaj lishams aldiyn muhamad bin 'abi aleabaas 'ahmad bin hamzat shihab aldiyn alramli, dar alfikri, bayrut, t 'akhirat - 1404h/1984m

Sources of Hanbali Fiqh:

- hashiat alrawd almurabae sharh zad almustaqnaea, lieabd alrahman bin muhamad bin qasim aleasimii alnajdii,ta1,1397 hi.
- daqayiq 'uwli alnahaa lisharh almuntahaa almaeruf bisharh muntahaa al'iiradat,lamansur bin yunis bin salah aldiyn abn hasan bin 'iidris albahutaa alhunbalaa, ealam alkatub, ta1, 1414hi - 1993m.
- alsharh alkabir ealaa matn almuqanie li'abi alfaraji, shams aldiyn eabd alrahman bin muhamad bin 'ahmad bin qudamat almaqdisi, dar alkitaab alearabii lilnashr waltawzie,du.ta,di.t.
- sharah muntahaa al'iiradat lilshaykh mansur bin yunis albuhuti tahqiqa: da. eabdallah bin eabd almuhsin alturki, muasasat alrisalat dun tabeatu dun tarikhi.
- almughaniy limuafaq aldiyn 'abi muhamad eabd allh bin muhamad bin qudamat almaqdisii tahqiqu: da. eabdalllh bin eabd almuhsin alturki , dr: eabd alfataah muhamad alhalu, dar ealam alkutub alrayad, ta1 1406h - 1986m.

General jurisprudence

- alfiqh al'iislamiu, wa'adlath lilduktur wahbat alzuhayli, dar alfikri- dimashqa, ta6, 1429h - 2008m

Law books and explanations

- alwsit fi sharh alqanun almadanii- aljuz' al'awala- nazariat aliailtizami, masadir aliailtizami.dr. eabdalraaziq 'ahmad alsanhuri , dar alqalam bayrut,
- alwasit fi alnazriat aleamit lilailtizamat , alkat ab al'awal , almasadir al'iiradiat lilailtizami, aleaqd wal'iiradat almunfaridat eabd alrahman (hamdi) , altabeat al'uwlaa, dar alnahdat alearabiati, alqahirati, 1999.

- altanzim alaitifaqiu lilmufawadat aleaqdiati, sa94. dr. muhamad husayn eabdaleal
- su' alniyat wa'atharuh fi euqud almueawadat fi alfiqh al'iislamii walqanun almadanii aleadawii (muhamad shukri aljamayil ,) , dar almanahiji, eaman, al'urduni, 2010 . dar almatbueat aljamieiati, al'iiskandaria
- qanun aleaqd alduwali, wamufawadat aleuqud alduwliat sa97.dr. 'ahmad eabdalkarim salamahu, altabeat al'uwlaa 2000/2001 , dar alnahdat alearabiati,
- lquat almulzamat lileaqd lil'ustadh hasan eamir/38 matbaeat misr alqahirat 1949m.
- masadir alhaqi fi alfiqh alaslamii :dirasat muqaranat bialfiqh algharbii eabd alrazaaq ahmad sinhuri, alqahirat ,jamieat alduwal alearabiati, maehad aldirasat alearabiat alealiat 1954 .
- alnazariat aleamat lilialtizami, tabeat 1993 ,'iiedad Dr mahmud alsayid eabdalmueti khiana
- almasyuwliat almadinat fi marhalat altafawudi, dirasat fi alqanunayn almisrii walfaransi, dr muhamad husam mahmud litafi: alqahirati, 1995 ,bdun nashra, sa2.

Journals and Scientific Theses

- mabda hasan alniyat fi aleuqud bahath majistir lilbahithat bin yub hudaa, kuliyat alhuquq jamieat alearabii bin mahidi aljumhuriat aljazayiriati. 2012m.
- bahath almufawadat wa'atharaha ealaa altawazun aleaqdii dirasat muqaranat dr.hani eabd almueti alghitawi majalat kliat alsharieat w alqanun batanta aleadad alraabie walthalathun - aljuz' althaalith sa100 wamabaeidaha .
- almufawadat qabl altaeaqudiat wamarahil 'iiedad aleaqd alduli, dr.husam aldiyn kamil al'ahwani, taqrir muqadam linadwat almunazamat altaeaqudiat lilqanun almadanii wamuqtadayat altijarat alduwaliati, nashar maeahad qanun al'aemal alduwalii, kuliyat alhuquqi, jamieat alqahirat, bialaishtirak mae alqism aleilmayi walfanayi lilbaethat

althaqafiat altaabieat lisifarat faransa waniqabat muhami baris almaehad, ,mn 2-3 yinayir .1993

- bahth altabieat alqanuniat lilmasyuwliat fi halat aleudul ean mufawadat aleaqd d. hamdi mahmud barud kuliyat alhuquq - jamieat al'azhar- ghazat majalat aljamieat al'iislamiat lildirasat alaiqtisadiat wal'iidariat , almujalad aleishrwun , aleadad althaani, sa545 -s577 yuniu 2012.
- almufawadat qabl altaeaqudiat wamarahil 'iiedad aleaqd alduli, dr.husam aldiyn kamil al'ahwani, taqrir muqadam linadwat almunazamat altaeaqudiat lilqanun almadanii wamuqtadayat altijarat alduwaliati, nashar maeahad qanun al'aemal alduwali,
- kuliyat alhuquqi, jamieat alqahirat, bialiashtirak mae alqism aleilmayi walfanayi lilbiethat althaqafiat altaabieat lisifarat faransa waniqabat muhami baris almaehadi, ,mn 2-3 yinayir .1993

فهرس الموضوعات

الموضـــــــوع **الصفحة**

المستخلص:..... ٤١٧
Abstract..... ٤١٨
المقدمة..... ٤١٩
منهج البحث:..... ٤٢٠
خطة البحث:..... ٤٢١
الفصل الأول: مفهوم حسن النية في العقود في القانون المدني والشريعة الإسلامية..... ٤٢٣
المبحث الأول: التعريف بمبدأ حسن النية..... ٤٢٣
المطلب الأول: تعريف حسن النية في القانون المدني:..... ٤٢٣
المطلب الثاني: التعريف بحسن النية في الشريعة الإسلامية..... ٤٢٥
المطلب الثالث: معيار حسن النية في المعاملات في في كل من القانون المدني والشريعة والإسلامية..... ٤٢٨
المبحث الثاني:وظيفة حسن النية في القانون والشريعة الإسلامية:..... ٤٣٣
المطلب الأول:وظيفة حسن النية في القانون:..... ٤٣٣
المطلب الثاني: وظيفة حسن النية في الشريعة الإسلامية:..... ٤٣٥
المبحث الثالث: نطاق مبدأ حسن النية في المعاملات..... ٤٣٦
المطلب الأول:أثر مبدأ حسن النية في تكوين العقد:..... ٤٣٦
المطلب الثاني: أثر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد..... ٤٤٢
المبحث الرابع: أثر الإخلال مبدأ حسن النية في المعاملات..... ٤٤٥
المطلب الأول:أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد..... ٤٤٥
المطلب الثاني: أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد..... ٤٥٢
الفصل الثاني: تطبيقات حسن النية في المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني..... ٤٥٥
المبحث الأول:حسن النية في عقود المعاوضات..... ٤٥٥
المطلب الأول:حسن النية في عقد البيع..... ٤٥٥
تعريف البيع ومشروعيته وانعقاده:..... ٤٥٥
المطلب الثاني: دور حسن النية في عقد البيع..... ٤٥٨

المطلب الثالث: المقصود ببيوع الأمانة وصورها وأحكامها..... ٤٥٩
المبحث الثاني: حسن النية في عقود التبرعات "الهبة والوديعة نموذجا"..... ٤٦٦
المطلب الأول: دور حسن النية في الهبة..... ٤٦٦
المطلب الثاني: دور حسن النية في الوديـــعـــة..... ٤٧٠
المبحث الثالث: حسن النية في عقود التوثيقات "الرهن نموذجا"..... ٤٧٤
المطلب الأول: دور حسن النية في الرهن..... ٤٧٤
المبحث الرابع: حسن النية في عقود الشركات "المضاربة نموذجا "..... ٤٧٨
المطلب الأول:دور حسن النية في المضاربة..... ٤٧٨
الخاتمة..... ٤٨٣