الفصل الثالث

دور مبدأ حسن النية في حماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد

مرّ بنا سالفًا، أَنَّه نتجَ عن التطور الاقتصادي والتقني الحاصل بالعالم، إلقاء الظلال على نظرية العقد التقليدية كما هي معروفة في العلوم القانونية والشرعية، بحيث أدى هذا التطور إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفين لا يقفون على قدم المساواة من حيث امكانيتهم المعرفية والتقنية، ولا يمس هذا الاختلال بالعقد لحظة تكوينه، بل يسبق هذا الوقت –قلّ أو بعد الزمن– ليمس مرحلة كانت لوقت قريب بعيدة عن البحث العلمي والتنظيم التشريعي، وهي المرحلة السابقة لإبرام العقد.

وإِنْ كانت هذه المرحلة وليدةَ دراساتٍ تتعلقُ بالعقود الضخمة والمعقدة فنيًا، والتي تمسُ الاقتصاد الوطني لأي دولة، مثل عقود التوريدات الحكومية، وعقود المقاولات والأشغال العامة، وعقود نقل التكنولوجيا[١٧٣]، حيث يسبق مرحلة التوقيع على العقد النهائي، مرحلة شديدة التعقيد من الناحية الفنية والقانونية، والتي تتضمن في طياتها، مرحلة المفاوضات العقدية، وما يحكمها من مبدأ عام أَلا وهو حسن النية وما يترتب عليه من التزامات على عاتق المفوضين، وما يستتبعه من إجراءات.

وبهذه المرحلة تظهر معالم العقد، ومدى التوازن العقدي بين أطرافه، وليست حماية المستهلك في شق هذه المرحلة مختلفة عن العقود السالفة، اللهم إِلَّا في الأجزاء والالتزامات النابعة عنها، فكليهما

---

[١٧٣] التكنولوجيا، وتعني من الناحية القانونية ""عناصر معنوية تعني بلوغ درجة عالية من المهارة في جانب عملي معين استلزم تطورها بذل جهود مستمرة ونفقات مالية كبيرة، بحيث أصبحت موضوع انتفاع ضروري لازم في الحياة المعاصرة سواء من حيث الاستغلال أو الاستعمال لمن يحوزها، وبهذا المفهوم فإن التكنولوجيا تصبح محلاً للملكية" نقلًا عن عبد الكريم، صون كل عزيز. والسبعاوي، ياسر باسم ذنون . ٢٠٠٩. " *الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا* " العراق،: مجلة كلية الرافدين للحقوق. السنة ١١. المجلد ٨. العدد ٢٩. ص ٥٩، فالتكنولوجيا أضحت سلعة تباع وتشترى، ولا تقتصر على الدول النامية، بل تشمل الدول المتقدمة، غير أنه بالنسبة للدول النامية تتقيد في الغالب بشروط تحّد من الاستفادة الكاملة من مزايا هذه التكنولوجيا.

يحكمه مبدأ حسن النية في الوفاء بالالتزامات الناتجة عنها، وكليهما يطرح تصورًا مغايرًا لنظرية العقد، ومن ثمَّ تعين التعرض في هذا الفصل لمبدأ حسن النية وأثره على قواعد حماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد –المبحث الأول– ومن ثمَّ نطرَّق باب الشريعة الإسلامية لتلَّمس الأحكام المنظمة للمرحلة السابقة للتعاقد –المبحث الثاني–.

المبحث الأول: مبدأ حسن النية وأثره على قواعد حماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد

يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ الحاكمة للقانون في مجمله، وبصدد نظرية العقد: فقد ورد مفرقًا في العديد من النصوص، ولعلَّ أهمها كونه المحرك لإلية تنفيذ العقود، حيث نصَّ المشَرّع الليبي في المادة (١٤٨) الفقرة الأولى من القانون المدني بقوله "١– يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

وفي ذلك قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم ١٩/٢٣ بقولها "يجب على الإدارة أَنْ تحترمَ مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد، وهو أصل يطبق في العقود الإدارية كما هو الشأن في العقود المدنية ولا يتفق وحسن النية أَنْ تزيد الإدارة بعملها أعباء المتعاقد معها وأَنْ تضع العقبات في طريقه بدلًا من أَنْ تعاونه على التنفيذ"[١٧٤].

فهو في حقيقته يشكل نظرية عامة في القانون والفقه الإسلامي، ومن ثمَّ وجب التعريف بهذا المبدأ في اللغة والقانون والشريعة الإسلامية –المطلب الأول– ومن ثمَّ تبيان أثره على مجال حماية المستهلك – المطلب الثاني–.

---

[١٧٤] الطعن المدني رقم ١٩/٢٣، جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٦، مجلة المحكمة العليا، والصادرة عن المكتب الفني بها، السنة (١٥)، العدد (٣)، ص ٢٢.

المطلب الأول: التعريف بمبدأ حسن النية في اللغة والقانون والشريعة الإسلامية

حسن النية، من الألفاظ الغامضة وصعبت التعريف، لكونه يرتبط بمجال الأخلاق، ويعتبر رافدًا مهمًا لدخول الأخلاق في القانون، ومن ثمَّ تعين علينا تعريفه في اللغة والقانون والشريعة الإسلامية على النحو التالي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لمبدأ حسن النية

حسنُ النيةِ مركبٌ إضافيٌ، ولتعريف المركب الإضافي يجب معرفة جزئيه[١٧٥]، **فجزأه الأول:** " حسن" و"الحسن: ضد القبح ونقيضه..."[١٧٦]، وقد ورد لفظ الحسن في العديد من الآيات القرآنية فقال تعالى ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِّمَّن دَعَا إِلَى اللَّهِ وَعَمِلَ صَالِحًا وَقَالَ إِنَّنِي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ [١٧٧]، وقال في سورة القصص﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ ۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا ۖ وَأَحْسِن كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۖ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ ۖ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾ [١٧٨].

وفي السنة المطهرة، وردت عدت أحاديث في الحسن ومشتقاته، فروي عن شَدَّادِ بْنِ أَوْسٍ، قَالَ: ثِنْتَانِ حَفِظْتُهُمَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ : ﴿ إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، فَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ ﴾ [١٧٩]، وعن أَبِي ذَرٍّ قَالَ: قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿اتَّقِ اللَّهَ حَيْثُمَا كُنْتَ، وَأَتْبِعِ السَّيِّئَةَ الحَسَنَةَ تَمْحُهَا،

---

[١٧٥] ابن غريب، رابح، مرجع سابق، ص ٦٥٥.

[١٧٦] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مصدر "حسن"، باب الحاء، الجزء ٩، ص٨٧٧.

[١٧٧] القرآن. فصلت ٤١: ٣٣.

[١٧٨] القرآن. القصص ٢٨: ٧٧.

١٧٩ صحيح مسلم، مرجع سابق، ج ٣، رقم ١٩٥٥، ص ١٥٤٨، مسند أحمد (٣٦١/٢٨)، والترمذي (٢٣/٤)، والسنن الكبرى للنسائي (٣٥٢/٤)، وابن ماجه (١٠٥٨/٢)، وسنن أبي داود (١٠٠/٣).

وَخَالِقِ النَّاسَ بِخُلُقٍ حَسَنٍ﴾ [١٨٠]، عن عُقْبَةَ بْن عَامِرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿إِنَّ مَثَلَ الَّذِي يَعْمَلُ السَّيِّئَاتِ ثُمَّ يَعْمَلُ الْحَسَنَاتِ: كَمَثَلِ رَجُلٍ كَانَتْ عَلَيْهِ دِرْعٌ ضَيِّقَةٌ قَدْ خَنَقَتْهُ, ثُمَّ عَمِلَ حَسَنَةً فَانْفَكَّتْ حَلْقَةٌ, ثُمَّ عَمِلَ حَسَنَةً أُخْرَى فَانْفَكَّتْ حَلْقَةٌ أُخْرَى حَتَّى يَخْرُجَ إِلَى الأَرْضِ﴾ [١٨١].

فالحسن تدل على كل ما هو جميل ومحمود وممدوح من القول والفعل، والسوء تدل على النقيض من مذموم وقبيح [١٨٢]، ولكن ما هو المعيار المميز ما بين الحسن والقبيح في ظل الإسلام؟ هذه المسألة: كانت من أهم المسائل التي تعرض لها متكلمو الإسلام القدامى، وهل الحكم على الأفعال والأقوال من حيث الحسن والقبح، يكون بطريق الشرع أم العقل؟ [١٨٣].

والذي عليه جمهور الأصوليين [١٨٤] –بخلاف المعتزلة ومن نحى نحوهم– إنَّ مقياس ما هو حسن وما هو قبح، يكون مردَّه الشرع، فما أمر به حسن، ولو خالف العقل، وما نهى عنه فهو قبح، ولو وافق

---

١٨٠ مسند أحمد، مرجع سابق، ج ٣٥، رقم ٢١٣٥٤، ص ٢٨٤، والترمذي (٣٥٥/٤)، والطبراني في المعجم الصغير (٣٢٠/١).

١٨١ مسند أحمد، مرجع سابق، ج ٢٨، رقم ١٧٣٠٧، ص ٥٤٣، والمعجم الكبير للطبراني (٢٨٤/١٧)، وشرح السنة للبغوي (٣٣٩/١٤).

١٨٢ القوني، عبد الحميد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٩ وما يليها.

١٨٣ مسالة القبح والحسن

هذه المسألة من أهم مسائل علم الكلام، وهي ذات شقين: الشق الأول ويتعلق بمن لم تبلغه الدعوة أصلا، وحكمه لا تكليف عليه، وفي هذا يقول أبن حزم "... قَالَ الله عز وَجل ﴿لأنذركم بِهِ وَمن بلغ ﴾وَقَالَ تَعَالَى ﴿وَمَا كُنَّا معذبين حَتَّى نبعث رَسُولا﴾ فنص تَعَالَى ذَلِك على أَن النذارة لَا تلْزم إِلَّا من بلغته لَا من تبلغه وَأَنه تَعَالَى لَا يعذب أحدا حَتَّى يَأْتِيهِ رَسُول من عِنْد الله عز وَجل فصح بذلك أَن من يبلغهُ الْإِسْلَام أصلا فَإِنَّهُ لَا عَذَاب عَلَيْهِ...". ابن حزم الاندلسي. أبو مُحَمَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري. (المتوفى: ٤٥٦هـ). الفصل في الملل والأهواء والنحل. مكتبة الخانجي . القاهرة. ن. ت. ج ٤. ص ٥٠.

والشق الثاني: فيمن بلغه الدعوة، والسؤال المطروح هل الحكم يكون بواسطة الشرع أم بواسطة العقل؟، وهنا اختلف أهل السنة وعلى رأسهم الاشاعرة، مع المعتزلة، فأهل السنة يرون أن مصدر الاحكام جميعا سواء تكليفية أو وضعية بعد البعثة وبلوغ الدعوة، هو الله جل شأنه سواء بطريق النقل او بطريق الاستنباط من هذا النقل. أما المعتزلة: فيرون أن الحسن والقبح عقليان، فالعقل يدرك حسن الأفعال وقبحها قبل ورود الشرع، وبعد ورود يكون التحسين والتقبيح له باعتباره مؤكدا لما أدركه العقل من حسن وقبح قبل وروده. يراجع في ذلك: صبحي. أحمد محمود. في علم الكلام. مؤسسة دار الثقافة الجامعية. الاسكندرية. ط ٤. ج ١ المعتزلة. ص ١٥٣– ١٥٦. ج ٢ الأشاعرة. ص ١٠٨ وما يليها.

١٨٤ الرازي. مُحَمَّد بن عمر بن الحسين الرازي. المتوفى ٦٠٦هجري. ١٩٧٩. المحصول في علم الأصول. تحقيق: طه جابر فياض العلواني. جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية. الرياض. ج ١. ١٦٠ وما يليها. حيث يقول" وإنما النزاع في كون الفعل متعلق الذم عاجلا وعقابه

آجلا فعندنا أن ذلك لا يثبت إلا بالشرع، وعند المعتزلة ليس ذلك إلا لكون الفعل واقعا على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله الذم قالوا وذلك الوجه قد يستقل العقل بإدراكه وقد لا يستقل، أما الذي يستقل فقد يعلمه العقل ضرورة كالعلم بحسن الصدق النافع وقبح الكذب الضار وقد يعلمه نظرا كالعلم بحسن الصدق الضار وقبح الكذب النافع، والذي لا يستقل العقل بمعرفته فكحسن صوم آخر يوم من رمضان وقبح صوم الذي بعده فإن العقل لا طريق له إلى العلم بذلك لكن الشرع لما ورده به علمنا أنه لولا اختصاص كل واحد منهما بما لأجله حسن وقبح وإلا لامتنع ورود الشرع به". وقال الآمدي: "... مذهب أصحابنا وأكثر العقلاء أن الأفعال لا توصف بالحسن والقبح لذواتها، وأن العقل لا يحسن ولا يقبح، وإنما إطلاق اسم الحسن والقبح عندهم باعتبارات ثلاثة إضافية غير حقيقية.

أولها: إطلاق اسم الحسن على ما وافق الغرض، والقبيح على ما خالفه، وليس ذلك ذاتيا لاختلافه وتبدله بالنسبة إلى اختلاف الأغراض، بخلاف اتصاف المحل بالسواد والبياض.

وثانيها: إطلاق اسم الحسن على ما أمر الشارع بالثناء على فاعله، ويدخل فيه أفعال الله تعالى والواجبات والمندوبات دون المباحات. وإطلاق اسم القبح على ما أمر الشارع بذم فاعله، ويدخل فيه الحرام دون المكروه والمباح، وذلك أيضا مما يختلف باختلاف ورود أمر الشارع في الأفعال.

وثالثها: إطلاق اسم الحسن على ما لفاعله مع العلم به والقدرة عليه أن يفعله، بمعنى نفي الحرج عنه في فعله، وهو أعم من الاعتبار الأول لدخول المباح فيه، والقبيح في مقابلته، ولا يخفى أن ذلك أيضا مما يختلف باختلاف الأحوال فلا يكون ذاتيا، وعلى هذا فما كان من أفعال الله تعالى بعد ورود الشرع فحسن بالاعتبار الثاني والثالث، وقبله بالاعتبار الثالث، وما كان من أفعال العقلاء قبل ورود الشرع فحسنه وقبيحه بالاعتبار الأول والثالث، وبعده بالاعتبارات الثلاثة.

وذهب المعتزلة والكرامية والخوارج والبراهمة والثنوية وغيرهم إلى أن الأفعال منقسمة إلى حسنة وقبيحة لذواتها، لكن منها ما يدرك حسنه وقبحه بضرورة العقل كحسن الإيمان وقبح الكفران، أو بنظره كحسن الصدق المضر وقبح الكذب النافع، أو بالسمع كحسن العبادات، لكن اختلفوا فزعمت الأوائل من المعتزلة أن الحسن والقبيح غير مختص بصفة موجبة لحسنه وقبحه". الآمدي. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن مُحَمَّد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ). الإحكام في أصول الأحكام. المحقق: عبد الرزاق عفيفي. المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان. ن.ت. ج ١. ص ٧٩ وما يليها. والسرخسي. مُحَمَّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ). أصول السرخسي. دار المعرفة. بيروت. ن. ت. ج ١. ص ٦٠ وما يليها. و الإسنوي. عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو مُحَمَّد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ). ١٩٩٩. نهاية السول شرح منهاج الوصول. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ص ٧٨ وما يليها. والزركشي. أبو عبد الله بدر الدين مُحَمَّد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ). ١٩٩٤. البحر المحيط في أصول الفقه. دار الكتبي. ج ٢. ص ٥٢.والشوكاني. مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ). ١٩٩٩. إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول. المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية. دمشق. ج ١. ص ٢٨ وما يليها. وأبو الوفاء، علي بن عقيل بن مُحَمَّد بن عقيل البغدادي الظفري، (المتوفى: ٥١٣هـ). ١٩٩٩. الوَاضِح في أُصُولِ الفِقه. المحقق: عَبد الله بن عَبد المحسن التركي. مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت. لبنان. ج ١. ص ٢٦.والفناري. مُحَمَّد بن حمزة بن مُحَمَّد، شمس الدين الفناري (أو الفَنَري) الرومي (المتوفى: ٨٣٤هـ). ٢٠٠٦. فصول البدائع في أصول الشرائع. المحقق: مُحَمَّد حسين مُحَمَّد حسن إسماعيل. الناشر: دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ج ١. ص ١٨٠ وما يليها. وتقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب. ١٩٩٥. الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفي سنه ٧٨٥هـ)). دار الكتب العلمية. بيروت. ج ١. ص ١٣٦ وما يليها.

ومن العلماء المتأخرين: خلاف. عبد الوهاب. (المتوفى: ١٣٧٥هـ). ن. ت. علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع. مطبعة المدني «المؤسسة السعودية بمصر». ص ٩٤ وما يليها. والزحيلي. مُحَمَّد مصطفى. ٢٠٠٦. الوجيز في أصول الفقه الإسلامي. دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع. دمشق. الطبعة الثانية. ج ١. ص ٤٥١ وما يليها.و شعبان. زكي الدين. ١٩٧١. أصول الفقه الاسلامي. منشورات الجامعة الليبية. كلية الحقوق. بنغازي. ليبيا. الطبعة الثانية. ص ٢١٥– ٢١٦.

العقل، لأَنَّ مرد ذلك أَنَّ أحكامَ الشريعة قد أتت تخاطب العقول؛ لأَنَّ الأخيرةَ قد تَضِلُّ أو تَعجَزُ عن إدراكِ علل الحقائق بهوى أو بجهل، فضلًا عن تغاير مشارب العقول واختلافها، فالميزان الثابت هو الشرع، وما للعقول إِلَّا الحكم على الأمور التي تلائم الطباع، كالحسن على الحلاوة أو عذوبة الصوت أو المذاق[١٨٥]، هذا مختصر القول في هذه المسألة.

أَمَّا في القانون فمِعيار التفريق بين ما هو حسن وما هو قبيح، هو العقلُ الإنساني "... فهو الميزان للحكم في النهاية على ما هو صواب وخطأ وعدل وظلم وحسن وقبح وخير وشر، فإذا كان المشرّع قد أحالَ القاضي إلى معيار معين محدد بنص القانون، فالقاضي ملزمٌ باتباع ما يفرضه المعيار المنشَأ بواسطة القانون، أمَّا في الأحوال التي يَترُك المشَرّع فيها للقاضي سلطة التقدير في الحكم، فلا شَكَّ أَنَّ عقلَ القاضي هو مَنْ سيحسم النزاع في النهاية بعد أَنْ يستخدم أدوات العقل من تحليل واستنتاج منطق سليم، فيكون بذلك قد لجأ إلى معيار المعقولية وإِنْ لم يسمه بالاسم"[١٨٦].

ومن هنا نلاحظُ الفرقَ بين المعيار القانوني والمعيار الشرعي لدى جمهور الأصوليين، فالقانون وإِنْ أَخذَ بمعيار عام مجرد ألا وهو معيار الرجل العادي وفقًا للنظرة الموضوعية، تعبر على جماع الناس، إِلَّا إِنَّه حتى في هذه الحالة قد يُصيبه العلل والقصور في استبيان حقيقة علل الأشياء، ومِنْ ثَمَّ يكون معيار جمهور الأصوليين، معيارًا منضبطًا قائمًا على أُسس علمية أصولية، يعين العقل على استبيان النهج السليم في الحكم على القبح والحسن من الأمور-بحسب نظرة الباحث-.

---

١٨٥ القوني، عبد الحميد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٠ وما يليها.

١٨٦ هدى، بن يوب، ٢٠١٢/٢٠١٣. مبدأ حسن النية في العقود. (رسالة ماجستير). الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. ص ٣١.

أَمَّا **جزأه الثاني:** وهو النية، وتعني القصد والاعتقاد، فقد ورد بلسان العرب، في باب النون، مصدر "نوى" قوله "نوى الشيء نِيَّةً ونِيَةً، بالتخفيف ... ، وانتأوه كلاهما: قصدهُ واعتقدهُ..."[١٨٧]، وفي اصطلاح فيذهب عصمت عبد المجيد بكر الى أختلاف الفقه حول معنها بقوله "... أما غند الأصوليين والفقهاء، فهناك اختلاف، فرأي يرى انها القصد، ورأي يرى أن النية قصد الطاعة والتقرب الى الله في ايجاد الفعل. وذهب الامام أبو حامد الغزالي الى (والنية اذا اطلقت في الغالب اريد بها انبعاث القصد موجها الى ذلك الغرض، فالغرض علة ولكن شرط النية الاحاطة بصفات المقصود... اعلم أن النية والارادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد وهو حالة وصف القلب يكتنفها أمران، علم وعمل..."[١٨٨].

الفرع الثاني: التعريف القانوني لمبدأ حسن النية

نتيجة للغموض الذي يُسيطر على فكرة حسن النية، فإِنَّ الفقهَ القانوني والقضاء قد اختلف فيها، عند تحديده لمضمون التصرفات القانونية، التي يُمكن حصرها في اتجاهين:-

أ- **الاتجاه الأول:** وهو يرى أَنَّ حسنَ النية في التصرفات القانونية هو الجهلُ المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرًا قانونيًا، كالجهل بالعيب الذي يجعل التصرف غير فعال، كمن يشتري قطعة أرض وهو يجهل أَنَّه يشتريها من غير مالكها، والحسن والسوء في هذا الاتجاه هو أَمرٌ نفسي يتعلق بالشخص الواقع فيه، والأصل هو حسن النية وعلى مَنْ يدَّعى خلاف ذلك إثبات عكس ذلك، وسوء النية يوافق الخطأ العمدي وفقًا لقواعد الأخلاق، ويُقاس العلمُ بمعيار الرجل المعتاد، والذي يُطلق عليه "رب الأسرة

---

١٨٧ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مصدر "نوى"، باب النون، الجزء ٥١، ٤٥٨٨.

١٨٨ ذكره: بكر. عصمت عبد المجيد. ن. ت. نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة). ن. م. ص ٩٨.

الحريص"، وهو معيارٌ موضوعي هدفه استقرار التَّعامل والبُعد عن مشقةِ البحث وعن العوامل النفسية الداخلية[١٨٩].

وقد أَخذَ القضاءُ الليبي بهذا الاتجاه في العديد من أحكامه، حيث قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم "٣٧/٢٤" بقولها " متى كانت المحكمة قد حصلت من كبر مساحة الأرض التي جار عليها الطاعن، ومن المستندات ومن عقد الشراء وترخيص البناء التي أَشارت إليها، إنَّ الطاعن كان سيئ النية إذْ إنَّ عقد شرائه يُبيّن المساحة التي اشتراها ١٣٠٠ متر، وإنَّ مشروع البناء أكثر من هذه المساحة بكثير وإذْ انتهت المحكمة إلى اعتباره سيئ النية، فإنها تكون قد أصابت الحقيقة..."[١٩٠]، وفي حكم آخر قَضَتْ نفس المحكمة بقولها " لقد فرَّق القانون بين الالتصاق والحيازة في مفهوم حسن النية وسوء النية، فمفهوم حسن النية في الالتصاق: (أَنْ يعتقدَ الباني أو الغارسُ بحسن نية أَنَّ له الحقَّ في إقامة المنشآت) ومفهوم سوء النية: (أَنْ يقيمَ الغارسُ أو الباني المنشآت بغير رضى المالك)(مواد ٩٢٨، ٩٢٩)، بينما سوء النية في الحيازة مَنْ يَحوزْ الحق وهو يُجهلْ أَنَّه يعتدي على حق الغير، ويَزول حسن النية من الوقت الذي يُصبح فيه الحائزُ عالمًا أَنَّ حيازته اعتداء على حق الغير أو من وقت إعلانه بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى"[١٩١].

ب- **الاتجاه الثاني:** ويذهب هذا الاتجاه في تبيانه لمفهوم حسن النية في التصرفات القانونية، إلى أَنَّ ليسَ ذا أهمية علم أو جهل الشخص بالعيب أو الغلط المبرر أو المشروع، فالنية تختلج في طيات الصدور، ولا

---

[١٨٩] ابن غريب، رابح، مرجع سابق، ص ٦٦٠.

[١٩٠] الطعن المدني رقم ٣٧/٢٤، جلسة ١٩٧٩/٠٢/٢٥، مجلة المحكمة العليا، والصادرة عن المكتب الفني بها، السنة (١٦)، العدد (١)، ص ٣٣.

[١٩١] الطعن المدني رقم ١/١٧، جلسة ١٩٧١/٠١/١٢، مجلة المحكمة العليا، والصادرة عن المكتب الفني بها، السنة (٧)، العدد (٣)، ص ٦٧.

يمكن أَنْ يكونَ لها أُثر إِلَّا إذا خرجت للحيز الخارجي في صورة عمل إرادي، بينما الحسن والقبح، يَرجعُ في تحديد مضمونها للقيم والنواميس التي تسود المجتمع في عصر من العصور، ولما كانت هذه القيم ترتكز على المثالية التي تسود معاني الأخلاق، فإنَّه لدوافع استقرار المعاملات في المجتمع استلزم ضبطها بمعيار موضوعي، ولذلك يذهبُ أنصارُ هذا الاتجاه لتعريف حسن النية بكونها "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون" فالمهم مُطابقة الفعل للواقع القانوني، ويضربُ الفقهُ لنا مثلًا، بحالة انتقال الملكية في العقار، فلا تنتقل هذه الملكية ولو تمَّ عقدُ البيع إلاَّ بالتسجيل في مصلحة السِّجل العقاري وفقًا للتشريعات النافذة، فإذا باعَ البائعُ العقارَ لمشتريان، وسبق الثاني الأول في تسجيل عقده، خَلُصَتْ له الملكية ولو كان يَعلم بسبق بيع ذات العقار لمشترٍ آخر، فالذي سُجِلَّ بحقه التزم صحيح القانون[١٩٢].

وبذات المعنى قضت المحكمة العليا في الطعن المدني رقم ٤/٢٤، بقولها " جرى قضاء هذه المحكمة على أَنَّه إذا تَصرَّفَ البائعُ في العقار إلى مشترٍ ثانٍ سَبق إلى اتخاذ إجراءات التسجيل وسجل عقده فإنَّ الملكيةَ تَخْلُص له، ولا يكون للمشتري الأول المطالبة بانتزاع العقار منه بعد ذلك مادام عقده صحيحًا غير مطعون عليه؛ لِأَنَّ غرضَ الشارع من الأحكام التي وضعها في قانون التسجيل يَرمي مِنْ ورائها إلى استقرار الملكية العقارية"[١٩٣].

ومِنْ وِجهةِ نَظر الباحث: فإنَّه من خلال ما سلف، نَجِدُ أَنَّ حُسنَ النية ولارتباطه بقواعد الأخلاق ودواخل النفوس، فإنَّه يَصعُبْ وضعُ معيارٍ حاسم في تبيان معالمه، وليس بعيبٍ أو نقيضه، بَلْ حسن النية وُضِعَ لِيكون رافدًا لِسقي القواعد القانونية بالأخلاق والقيم الإنسانية، ويُضفي على هذه

---

[١٩٢] القوني، عبد الحميد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٨٥ وما يليها.

[١٩٣] الطعن المدني رقم ١/١٧، جلسة ١٩٧١/٠١/١٢، مجلة المحكمة العليا، والصادرة عن المكتب الفني بها، السنة (٧)، العدد (٣)، ص ٦٧.

القواعدِ الجامدةِ صفةَ المرونةِ والتجددِ، والمتَتَبع للنصوصِ المبعثرةِ في صلبِ القوانين المدنية والتي اِستلزمتْ حُسن نية المتعاقدين أو أحدهما أو الملتزم بالالتزام بوجه عام، يَجِدُ أَنَّها لم تسلكْ مسلكًا واحدًا في تبيان معنى حسن النية، فمنها ما يَستلزم عدم العلم بواقعة معينة، ومنها مَنْ يَقصدْ الالتزام بأحكام القانون، ولكل ذلكْ: فإنَّ أسلوبَ الجمعِ بين الاتجاهين، وتَقَصي كل واقعة على حدة، هو الأسلوبُ الناجعُ، وهو الموافق لرأي الفقه الإسلامي، بِكَونِ الشرع هو الحاكم على ما هو حسن أم قبيح من الأمور.

وحُسنُ النية في القانون يَتَنازعه معياران، الأول ذاتي أو الشخصي، وهو الاعتقاد الداخلي للشخص المتعاقد والحالة الذهنية التي قد يكون عليها أثناء التعاقد، على نحو قد يحمله على عدم مراعاة مصالح الطرف المقابل كما يتعامل مع مصالحه[١٩٤]، والمعيار الثاني في الكشف عن حسن النية هو المعيار الموضوعي، ويعتمد على النظر في الظروف الخارجية والمحيطة بعملية التعاقد، ومثالها القيم الاجتماعية، والأعراف السائدة في التعامل، بينما يذهب جانب ثالث إلى رفض ذلك معولين على أساس حسن النية، إنَّ له بُعدًا أخلاقيًا، ومِنْ ثَمَّ يفرضُ على الأطراف الامتناع عن كل ما من شأنه أَنْ يجعلَ العقدُ مختل، أو أداة للمساس بمصالح الطرف الآخر[١٩٥]، وهو الرأي السليم في نظرنا.

الفرع الثالث: التعريف بمبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية

حسن النية تكاد تكون نظرية قائمة بذاتها في الفقه الإسلامي، فلا انفصام ما بين النية وبين العمل الظاهر في الحيز الخارجي، فالشريعة الإسلامية تَحرصُ أشدّ الحرص على أَنْ تكونَ استجابة أوامرها والامتناع عن نواهيها عملًا للظاهر والباطن يحيا فيه جسم العمل بروحه ويلتقي فيه شكله وموضوعه، ويتفق معناه وصورته، فكما يقول الإمام ابن القيم في " أعلام الموقعين" "إنَّ القصدَ روح العقد ومصححه

---

[١٩٤] فياض، محمود، مرجع سابق. ص ٢٣٠.

[١٩٥] عسالي، عرعارة. ٢٠١٥. التوازن العقدي عند نشأة العقد. (رسالة دكتوراه). جامعة الجزائر. كلية الحقوق. ص ٢١٠ وما يليها.

ومبطله"، مصادقًا لما روي عن عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: ﴿ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا، فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ ﴾ [١٩٦]،[١٩٧].

وبصدد تبيان تعريف حسن النية في الفقه الإسلامي، فانه قد مر بنا تعريف جزؤه في اللغة، فالحسن كل أمر حكم الشارع بحسنه، والنية القصد والعزم القلبي على أمر معين في الحال أو المآل، وبجمعهن ينتج لنا مصطلح "حسن النية" والذي يعني اصطلاحًا "قصد الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في تصرف معين"[١٩٨] وهذا التعريف يتضمن أربعة عناصر وهي:-

١- **قصد الالتزام**: فالقصد هو انعقاد العزم وتوجهه نحو القيام بعمل من الأعمال خيرًا كان أو شرًا، والالتزام هو التزام أحكام الشريعة ومقاصدها وعدم الخروج عنها أو مناقضتها.

٢- **أحكام الشريعة**: فالحكم الشرعي: إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه عن طريق الشرع، وعرَّفه الأصوليون بقولهم: "هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين طلبًا (اقتضاء) أو تخييراً أو وضعًا"[١٩٩]

---

[١٩٦] صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ١، رقم ١، ص ٦، وابن ماجه (١٤١٣/٢)، وأبي داود (٢٦٢/٢)، وشرح السنة للبغوي (٢١٨/١).

[١٩٧] هدى، ابن أيوب، مرجع سابق، ص ٢٢ وما يليها.

[١٩٨] القوني، عبد الحميد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٧٥.

١٩٩ فخر الدين الرازي. أبو عبد الله مُحَمَّد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ). ١٩٩٧. المحصول. دراسة وتحقيق: طه جابر فياض العلواني. مؤسسة الرسالة. ج ١. ٨٩. حيث يقول " قال أصحابنا إنه الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو التخيير أما الإقتضاء فإنه يتناول اقتضاء الوجود واقتضاء العدم إما مع الجزم أو مع جواز الترك فيتناول الواجب والمحظور والمندوب والمكروه وأما التخيير فهو الإباحة". والغزالي. أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ). ١٩٩٣. المستصفى. دار الكتب العلمية. ص ٤٥. حيث يقول "أن الحكم عندنا عبارة عن خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين، فالحرام هو المقول فيه " اتركوه ولا تفعلوه "، والواجب هو المقول فيه " افعلوه ولا تتركوه "، والمباح هو المقول فيه " إن شئتم فافعلوه وإن شئتم فاتركوه "؛ فإن لم يوجد هذا الخطاب من الشارع فلا حكم...".

٣- **مقاصد الشريعة:** لم يتناول المتقدمون في هذا العلم كالإمام الغزالي والإمام الشاطبي، تعريفًا محددًا لهذا العلم، بينما سعى المتأخرون في الفقه لوضع تعريف له حيث عرَّفها الشيخ مُحَمَّد الطاهر بن عاشور "مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عم ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها"[٢٠٠]، وعرَّفها مُحَمَّد سعد اليوبي بأَنَّها "هي المعاني والحكم ونحوها التي رعاها الشارع في التشريع عمومًا وخصوصًا، من أجل تحقيق مصالح العباد "فهي الأهداف والعلل والغايات والفائدة التي يبتغيها الشارع، سواء للأحكام العامة في التشريع أو خاصة تتعلق بكل حكم من الأحكام، رعاية لمصلحة العباد[٢٠١].

وتنقسم المقاصد الشرعية باعتبار المصالح التي جاءت بحفظها إلى أربعة أقسام:-

القسم الأول- الضروريات: وهي المصالح التي تتضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمسة وهي حفظ "الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسب"، وعرفها الإمام الشاطبي بكونها "ما لا بدَّ منها في قيام الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين"[٢٠٢].

---

٢٠٠ بن عاشور. مُحَمَّد الطاهر. ٢٠٠١. مقاصد الشريعة الاسلامية. تحقيق: مُحَمَّد الطاهر الميساوي. دار النفائس. الاردن. الطبعة الثانية. ص ٢٥١.

٢٠١ اليوبي، مُحَمَّد سعيد بن أحمد بن مسعود. ١٩٩٨. مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية. المملكة العربية السعودية دار الهجرة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى. ص ٣٦ وما يليها.

٢٠٢ الشاطبي. أبي اسحاق ابراهيم بن موسى بن مُحَمَّد اللخمي الشاطبي. (ت ٧٩٠ هجري). ١٩٩٧. الموافقات. دار ابن عفان. المملكة العربية السعودية. ج ٢. ص ١٧- ١٨.

القسم الثاني– الحاجيات: فمن أُسس الشريعة الإسلامية رفع الحرج ودفع المشقة عن الناس، ومن هنا فالحاجة هي التي لا تبلغ مبلغ الضرورة التي لو فقدت لاختلَّ نظام الحياة وتعطلت المنافع، وعدمت الضروريات، أو بعضها، ودخل على الناس عنت ومشقة وحرج يشوش عليهم عباداتهم، ويعكر صفو حياتهم[٢٠٣].

القسم الثالث– التحسينات: وهي ما لا يقع موقع الضرورة ولا الحاجة، ولكن وقعت موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا ورعاية أحسن المناهج، فهي تقرير لمكارم الأخلاق ومحاسن الشيم والعادات[٢٠٤].

القسم الرابع– المكملات: وهو ما يتم به المقصود أو الحكمة من الضروري، أو الحاجي، أو التحسيني على أحسن الوجوه وأكملها، سواء كان ذلك بسد ذريعة تؤدي إلى الإخلال بالحكمة بوجه ما، أم بتكميله بحكم يظهر به المقصد ويتقوى[٢٠٥].

ويضيف عبد الحليم القوني: إنَّ فائدةَ التقسيم السالف تكمن في الترجيح بين المصالح المتعارضة، وذلك بحسب المعيار الموضوعي لحسن النية، فقد يستعمل الشخص حقه دون أن يصاحب حقه قصد الإضرار بالغير، وهنا فيرجح صاحب المصلحة الضرورية علي صاحب المصلحة الحاجية، وصاحب الأخيرة على صاحب المصلحة التحسينية، والأخيرة على صاحب المصلحة المكملة، فمستعمل المصلحة

---

٢٠٣ ويقول الامام الشاطبي رحمه الله فيها " وأما الحاجيات: فمعنها أنها مفتقر اليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب الى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فاذا لم تراع دخل على المكلفين –على الجملة– الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة" . الشاطبي. مرجع سابق. ص ٢٠.

٢٠٤ ويقول الامام الشاطبي رحمه الله فيها " وأما التحسينات: فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المدنسات التي تأنفها العقول الرجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الاخلاق". الشاطبي. مرجع سابق. ص ٢٢.

٢٠٥ اليوبي، مرجع سابق، ص ١٧٩ وما يليها، و الرماني، زيد بن مُحَّد. ١٩٩٣. *مقاصد الشريعة الإسلامية*. المملكة العربية السعودية: دار الغيث للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى. ص ٤٤.

الأقوى يعتبر حسن النية وفق المعيار الموضوعي لحسن النية، ومستعمل المصلحة الأضعف يعتبر سيئ النية وفقًا للمعيار السالف، ولو لم يصاحب فعله قصد الإضرار بالغير[٢٠٦].

٤- **في تصرف معين:** ويقصد بالتصرف هو التصرف الشرعي، سواء في صورة عقد وهو ما يصدر عن شخصين من قول أو فعل يترتب عليه من الشارع أثرًا من الآثار، أو صادرة عن شخص واحد، ومثالها البيوع والهبات والوصايا والوقف والإقرار، أو في صورة فعل إيجابي كإحراز المباحات و الاستهلاك والانتفاع، أو في صورة فعل سلبي كامتناع مالك الحائط المائل على الطريق عن هدمه مع الإشهاد، فالتصرف أعم وأشمل من العقد في التشريع الإسلامي، وكذلك في القانون فالالتزام أعم وأشمل من العقد[٢٠٧].

إلّا أنَّ الشيخ مُحَمَّد أبو زهرة رحمه الله يرى أَنَّ كتبَ الفقه الإسلامي لا تَعرِف هذا المعنى للتصرف الشرعي، فبعضها تُطلِق التصرف للعقد وبعضها تريد به الالتزام الأعم من معنى العقد[٢٠٨]، ويرجّع مُحَمَّد مصطفى شلبي سبب الاختلاف إلى اختلاف فهم الفقه الإسلامي للعقد، فمن فهمه على أساس معناه اللغوي وهو الجمع بين أطراف الشيء والربط بينهما، ضيَّق مفهوم العقد على التصرف الصادر من شخصين يرتبط كل منهما بالآخر، ومن فهم العقد أَنَّه العهد، وَسَّع من مفهوم العقد ليشمل التصرف الشرعي[٢٠٩].

هذا تعريف حسن النية في الشريعة الإسلامية، وماهية مفرداته، لكن ما هو أثره على حماية المستهلك؟

---

[٢٠٦] القوني، عبد الحميد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٩٠ وما يليها.

[٢٠٧] القوني، عبد الحميد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٧٨.

[٢٠٨] الإمام أبو زهرة، مُحَمَّد. د.ت. *الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية*. القاهرة: دار الفكر العربي. ص ٢٠١.

[٢٠٩] شلبي، مُحَمَّد مصطفى. د.ت. *المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود*. د.م. د.ن. ص ٣٦٧.

المطلب الثاني: أثر مبدأ حسن النية على قواعد حماية المستهلك

فمبدأ حسن النية مبدأ عام شامل لكل مراحل العقد، وهو بذلك يكون وسيلة لإعادة التوازن العقدي[٢١٠]، الذي قد يختل نتيجة لبعض الظروف المصاحبة له، ومثالها مراكز القوى والضعف للمتعاقدين.

ولعمومية هذا المبدأ فإنَّه المنظم الفعلي لكل الالتزامات الناشئة قبل مرحلة التعاقد، وغالبًا ما تُسمى هذه المرحلةُ بمرحلة المفاوضات، ولعلَّ مرجعَ عدم التنظيمِ القانونيّ لهذه المرحلة بالغة الخطورة على تكوين العقد وبيان مضمونه، يرجع في سببه لكثرة التفاصيل التي تتضمنها هذه المرحلة، ولاختلاف طبيعة المفاوضات من عقد لآخر[٢١١]، ومِنْ ثَمَّ تقتضي منا هذه الدراسة، دراسة أثر مبدأ حسن النية على قواعد حماية المستهلك –الفرع الثاني– مسبوقًا ببيان أثر حسن النية بوجه عام على المرحلة السابقة على التعاقد أو ما يعرف بمرحلة المفاوضات –الفرع الأول–

الفرع الأول: أثر مبدأ حسن النية على المرحلة السابقة على التعاقد "مرحلة المفاوضات العقدية"

سبق وأن أوضحنا أن مرحلة التفاوض تحتل مكانة بارزة، خاصة في عقود التجارة الدولية والعقود ذات الأهمية الاقتصادية والأمنية للدولة، ومِنْ ثَمَّ فقد اهتم الفقه ببيان مفهوم هذه المرحلة، وبيان الالتزامات الناتجة عنها، والإجراءات التي تحتويها وطبيعتها القانونية.

---

[٢١٠] عسالي، مرجع سابق، ٢٠٥ وما يليها.

[٢١١] بارود، حمدي محمود. ٢٠١٠ "نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد ، الطبيعة العقدية وآثارها ". مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية. غزة، فلسطين: المجلد ١٢. العدد ١. ص ٧٢٣.

وعرف المفاوضات كلا من ذكرى مُحَمَّد حسين واستبرق مُحَمَّد حمزة: بأَنَّها "التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تُبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تمَّ من أجلها التفاوض والتزم بها كل من طرفي التفاوض، بحيث لا تؤدي إلى إضرار الطرف الآخر دون مسوغ قانوني، بل يتوصل كلا الطرفين إلى حقه بأمانة"[٢١٢]، ويعرِّفها أيمن أحمد الدلوع "قيام أطراف العقد المقرر التوصل إلى إبرامه بتبادل وجهات النظر والمشاورات والمقترحات والدراسات والتقارير الفنية واستشارات القانونية لأجل حسم الخلافات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي وتحديد الحقوق والالتزامات سواء ما تعلق بتنظيم فترة المفاوضات نفسها أو العقد المزمع إبرامه"[٢١٣].

أولًا: أهمية المفاوضات

ممكن نوجز أهمية المفاوضات في الآتي:-

١) **الأهمية الاقتصادية:** سبق وأَنْ أوضحنا أَنَّ المفاوضات السابقة على التعاقد، لها أهمية قصوى على الوضع الاقتصادي للبلاد، خاصة إذ ما اقترنت بعقود تمس هذا الاقتصاد الوطني بشكل مباشر، ومِنْ ثَمَّ إذ ما أحسن اختيار المفاوضين في مثل هذه العقود، وتخير أفضل العقود، فإِنَّه بكل تأكيد سوف يعود بالفائدة على الاقتصاد الوطني.

٢) **أهمية فنية:** وتبرز هذه الاهمية في عقود نقل التكنولوجيا، وهذه تعتمد على نقل المعرفة والخبرات لبلد آخر، ومن ثَمَّ تعين المفاوضات على تخير نوع المعرفة المطلوب نقلها، وأفضل الشروط التي تصب في مصلحة البلد المنقول إليها هذه المعرفة والتي في الأغلب بلدان نامية.

---

[٢١٢] حسين، ذكرى مُحَمَّد، وحمزة، استبرق مُحَمَّد. د.ت. "التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية". مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. العراق: جامعة بابل. السنة ٦، العدد ٤، ص ٢٨٨.

[٢١٣] الدلوع، أيمن أحمد. ٢٠١٦. *المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني*. د.م. دار الجامعة الجديدة. ص ١٦.

٣) **الأهمية القانونية:** تؤدي المفاوضات إلى وضع حد لأسباب النزاع بين أطراف العقد مستقبلًا، وذلك لأنَّ مساحة الخلاف ما بين المتعاقدين تضيق كلما زاد التفاهم على تفصيل العقد عن بصر وبصيرة، فالمفاوضات تعتبر كوسيلة وقائية لقطع دابر النزاع المستقبلي، سواء تمَّ العقد أم لا، فإنْ تمَّ إبرام العقد فإنَّه يقوم على أُسس سليمة، وإنْ أُخفق الاتفاق والتفاهم على التفاصيل بين الأطراف المتفاوضة، تكون المفاوضات قد جنَّبت الأطراف مغبةَّ الانخراط في علاقة قد تفتح بابًا للنزاع والشقاق[٢١٤].

ومن جانب آخر فإنَّ المفاوضات إذ بُنيت على حسن النية، واهتمت بدقائق الأمور الفنية وحسن صياغة نصوص العقد، تؤدي إلى إعادة التوازن العقدي للعقد، وأخيرًا تعتبر المفاوضات بمثابة أعمال تحضيرية، يرجع إليها في تفسير العقد إذ ما شابه لبس أو غموض في بيان نطاقه أو ما يترتب عليه من التزامات[٢١٥].

فالهدف الأساسي للمفاوضات هو الوصول إلى حل وسط يُرضي جميع الأطراف، فهي وسيلة فعالة لتنوير إرادة المتعاقدين، وصولًا لتحقيق الرضا الكامل غير المشوب بعيب من عيوب الإرادة، كما أَنَّ إرادة المتعاقدين تلعب دورًا كبيرًا في تحديد الاتفاقات الأولية والنهائية السابقة على التعاقد[٢١٦]، بل تمتد لتحديد الطبيعة القانونية لهذه المرحلة –أولًا– وصولًا لتحديد مضمون ونطاق الالتزامات الحاكمة للمفاوضات النابعة أساسًا عن مبدأ حسن النية –ثانيًا–.

ثانياً: عناصر المفاوضات وطبيعتها القانونية

---

[٢١٤] الشبلاق، مرجع سابق، ص ٣١١.

[٢١٥] عبد ملحم، سعد حسين. ٢٠٠٥. "التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت". مجلة كلية الحقوق. العراق: جامعة النهرين. السنة ١٢. العدد ٨. ص ٩.

[٢١٦] مُحَمَّد، أم كلثوم صبيح. ٢٠١٤ "المفاوضات الممهدة للتعاقد "ماهيتها وأحكامها". مجلة كلية الحقوق. العراق: جامعة النهرين. السنة ١٦. العدد ٣. ص٢٨٧.

أ- عناصر المفاوضات العقدية.

تشتمل المفاوضات العقدية، بحسبانها عملية معقدة خاصة في عقود التجارة الدولية ذات قيمة اقتصادية واستراتيجية، على العديد من العناصر التي تتخلل هذه العملية، والتي تتمثل في مجموعة من الاتفاقات التمهيدية، والتي تعبر عن الرؤية والتصور المستقبلي للعلاقة العقدية المزمع الانخراط فيها[٢١٧]، والتي يمكن إجمالها في الآتي:-

١) **عقد التفاوض**: لا يختلف هذا العقد عن غيره من العقود، إلَّا في كونه عقدًا غير مسمى، ويبدأ بتوجيه دعوة -إيجاب- من أحد الأطراف لشخص آخر من أجل الدخول في المفاوضات بشأن موضوع معين، وبمجرد مصادفته لقبول متطابق ينعقد العقد[٢١٨]، ويتخذ هذا العقد في الواقع العملي صورتين، إمَّا عقدًا مستقلًا للتفاوض -وهو الغالب- أو شرط مدرج في العقد الأصلي[٢١٩]، وهو ما يسمى بشرط إعادة التفاوض، وليس هناك أثر في هذه التفرقة، بل كلًا منهما يرتبا التزامًا بتحقيق نتيجة وهي إلزام كلا المتعاقدين بالدخول في التعاقد، وهو ما يتبعه من وجوب الاستمرار في المفاوضات ومتابعتها، وهذا الأخير التزامًا ببذل عناية الرجل المعتاد، فقد تخفق المفاوضات دون التوصل لإبرام العقد محل التفاوض[٢٢٠].

٢) **مرحلة سير المفاوضات**: وهي لبّ المفاوضات، ويتم فيها تبادل الاقتراحات والحوارات والمناقشات والدراسات الفنية والقانونية، كما يتم فيها تحديد كل طرف من أطراف التفاوض بدقة ومعرفة ماذا يريد من التفاوض من خلال عرض وجهات النظر في إطار الخطوط العريضة لعملية التفاوض، وفي الوقت نفسه دراسة الخيارات المعروضة والانتقاء التفصيلي بينها، ويتم كذلك استخدام كافة العوامل المؤثرة على

---

[٢١٧] الشبلاق، مرجع سابق، ص٣١٢.

[٢١٨] عبد ملحم، مرجع سابق، ص ١٠.

[٢١٩] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص ٧٣٢.

[٢٢٠] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص ٧٣٤.

الطرف الآخر لإجباره على اتخاذ موقف معين يتطلب الوصول إلى الاتفاق النهائي بشأن العقد،[٢٢١] وتعتمد هذه المرحلة اعتمادًا كليًا على حسن اختيار المفاوضين وتخصصهم، والتي تُكتَسَب بالتدريب والممارسة، وفي مجموعها ترجع لعوامل طبيعية ومكتسبة، تؤثر في شخصية المفاوض وفي غيره.[٢٢٢]

وترتبط المفاوضات العقدية بالعديد من الوثائق، التي أفرزها العرف التجاري، تعزيزًا للرضا بين المتعاقدين، وهذه الوثائق هي:-

خطابات النوايا: ففي البداية ظهرت هذه الوثائق كانعكاس لرضا المتفاوضين لما وصلوا إليه في كل مرحلة من مراحل التفاوض، كدليل على الاقتراب من لحظة توقيع العقد النهائي، غير أَنَّها قد تجاوزت النطاق التفاوضي، وأضحت الغاية منها كوسيلة ائتمانية للحصول على القروض البنكية من طرف الشركات التجارية، وتتعدد صورها وأشكالها بحسب طبيعة المفاوضات ومحلها.

التعهدات بالشرف والبروتوكول الاتفاقي: وفيه يتعهد كل طرف بالوفاء بالتزامه بناء على كلمته وشرف اسمه ومركزه، فتحل الأخلاق محل القانون، وهو اتفاق غير ملزم كقاعدة عامة، وإِنْ كان يقترب من منطقة العقد القانوني.

أَمَّا **البروتوكولات الاتفاقية:** فهي اتفاقات تحضيرية لعملية التفاوض، مثل الاتفاق على سرية المفاوضات، ومنع المفاوضات الموازية، وكذا قد يكون البروتوكول الاتفاقي إطارًا عامًا للعقد المراد إبرامه[٢٢٣].

ب- الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية

---

[٢٢١] مُحَمَّد، أم كلثوم صبيح، مرجع سابق، ص ٢٩١.

[٢٢٢] الهاشمي، عبد المطلب. ٢٠٠٧."مهارات التفاوض، وكيفية إعداد العاملين في مجال العقود". مجلة كلية الحقوق. العراق: جامعة النهرين. السنة ١٨. العدد ١٠. ص ٣ وما يليها.

[٢٢٣] فهمي، التوفيق. مرجع سابق. ص٩٨ وما يليها.

ثارَ الجدل بين الفقه القانوني حول تحديد الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد – المفاوضات– وآية ذلك أَنَّ تحديد ذلك، ينعكس على أساس الرابطة القانونية، حين إخلال المفاوض بالتزام معين ناتج عن التفاوض، فهل يُقاس ذاك الإخلال على الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير، والذي يُقاس وفق معيار الرجل المعتاد، ومِنْ ثَمَّ تحكم مراحل هذه المرحلة المسؤولية التقصيرية، أَمْ أَنَّ أساس هذه الرابطة يحكمه العقد الذي ينظم آلية المفاوضات العقدية، بحسبانه عقدًا مستقلًا سابقًا للعقد الأصلي المراد إبرامه، ومِنْ ثَمَّ تُطبق عليه قواعد المسؤولية العقدية، بما فيها من اختلاف بينها وبين القواعد الحاكمة للمسؤولية التقصيرية، وفي هذا ونظرًا للطبيعة المعقدة المتشابكة، والمتعددة الإجراءات والوثائق للمفاوضات العقدية، فإنَّ الفقه القانوني انقسم على إثر ذلك لثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: وهو رأي الفقه التقليدي، ويذهب في رأيه إلى القول إنَّ أساس هذه المسؤولية، هو الوقائع المادية، انطلاقًا من مبدأ حرية المتفاوضين في الدخول وإنهاء المفاوضات في أي وقت، ومِنْ ثَمَّ تكون المسؤولية التقصيرية هي الحاكمة، بما تشمله من قاعدة الخطأ الواجب الإثبات[٢٢٤]، حيث يُحبذ الأطراف دائمًا إجراء مفاوضاتهم بحرية كاملة، وهذه الحرية نابعة أصلًا من حرية التعاقد التي تجد في مبدأ سلطان الإرادة أساسًا لها، حيث يبسط الأخير نفوذه الواسع في ميدان التصرفات الإرادية عمومًا وفي ميدان العقود على وجه الخصوص[٢٢٥].

وتقتضي هذه الحرية عدم إجبار المتفاوض على إبرام العقد، فيستطيع كل واحد من المتفاوضين أَنْ يَعدل عن المفاوضات ولا يخشى تحقق مسؤوليته، إذ إنَّ العدول عن التفاوض لا يَصلح بذاته سببًا للمسؤولية، وإمعانًا في الحرية فإنَّ المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، لِأَنَّ الالتزام بتقديم مبرر للعدول

---

[٢٢٤] د بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص ٧٢٥.

[٢٢٥] المحمدي، صدام فيصل. مرجع سابق. ص ٣.

يتعارض مع حرية العدول عن التفاوض، ونظرًا لإجحاف هذا المنطق، فإنَّ الفقه خفف منه بالقول: إنَّه إذ ما اقترن فعل العادل عن المفاوضات بخطأ صاحبه ضرر للطرف الآخر، أَلزم العادل بتعويض الأخير وفقًا لقواعد المسؤولية التقصيرية، بما تلزمه من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المضرور[٢٢٦].

ويميز الفقه المعاصر حتى داخل هذا الاتجاه بين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح، وبين تلك المصحوبة بمثل هذا الاتفاق، فالأولى تعتبر في نظرهم ذات طبيعة مادية، أمَّا الثانية فتعد ذات طبيعة عقدية[٢٢٧].

الاتجاه الثاني: ويذهب إلى اعتبار المرحلة السابقة للتعاقد مرحلة عقدية، ومِنْ ثَمَّ تخضع لقواعد المسؤولية العقدية، فالحقيقة أنَّه بمجرد توافق الإرادتين على الدخول في عملية التفاوض، يكون الطرفان قد عقدا فيما بينهما عقدًا دون أن يصرحا بذلك أحيانًا، وهذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما سواء أثناء التفاوض أو عند فشله، الأمر الذي يجعل عملية التفاوض وما قد ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية، تتمحور أساسًا حول عقد المفاوضة، وما يستتبعه من اتفاقات ووثائق تحكم كامل مرحلة المفاوضات، وعقد المفاوضة عرَّفه الدكتور حمدي محمود بارود، بأنَّه "عقدٌ يلتزم بمقتضاه طرفاه بالتفاوض على عقد معين بغرض التوصل لإبرامه في المستقبل"[٢٢٨].

الاتجاه الثالث: ويذهب هذا الاتجاه، إلى القول إنَّه لا يمكن وضع قاعدة عامة مسبقة، حول الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد –المفاوضات العقدية– وإنما يجب النظر لكل علاقة من العلاقات الناشئة عن المفاوضات على حدة، فقد تكون محصورة في سياق مادي مجرد، ومِنْ ثَمَّ تندرج

---

[٢٢٦] عبد ملحم، سعد حسين، مرجع سابق. ص ٢٢.

[٢٢٧] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص ٧٢٥.

[٢٢٨] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص ٧٣٠ وما يليها.

ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية، وقد تكون هذه العلاقة ناتجة عن رابطة عقدية واضحة، فتكون المسؤولية عنها مسؤولية عقدية، بل إنَّ كامل مرحلة التفاوض مرحلة مختلطة، ففضلًا عن الدعوة للتفاوض، والتي تعتبر عقدًا ولو تمت بالتراضي دون توثيق، فإنَّ المفاوضات الحاصلة بشأنها تعتبر في صحيح القانون وقائع مادية، وما تفرزه هذه المفاوضات من عقود تحضيرية، تعتبر عقودًا، وعلى ضوء ذلك فقد تنعقد المسؤولية العقدية تارة، وتارة أخرى تنعقد المسؤولية التقصيرية، وما يترتب عليه من تغاير الأحكام بشأنهما[٢٢٩].

ثالثاً: تحديد مضمون ونطاق الالتزامات الحاكمة للمفاوضات النابعة أساسًا عن مبدأ حسن النية

سبق وأَنْ أوضحنا إنَّ المفاوضات يحكمها مبدأ سلطان الإرادة، بما يترتب عليه من أثر ألَا وهو حرية المتفاوضين في الاستمرار في التحاور والنقاش وصولًا لإبرام العقد الأصلي أو إنهاء المفاوضات دون إبرام هذا العقد، إلَّا أَنَّ هذا الإطلاق قد يؤدي إلى المساس بقواعد الأخلاق وشرف التعامل الحاكم لجميع المعاملات وأُسس تكوينها، ومن هنا جاء مبدأ حسن النية ليحد من أَثرِ ذلك، ومعيار حسن النية في التفاوض يتحدد بأَنْ يتصرف المفاوض بشرف وأمانة وأَنْ يراعي مقتضيات الأخلاق وعدم التعسف في استعمال الحق[٢٣٠].

والمتتبع لأثر حسن النية في مرحلة التفاوض يستبين له حكمه لها من أول مراحل المفاوضات لحين الانتهاء منها، وهو ما يفرز العديد من الالتزامات على النحو التالي:-

١) **الجدية:** يفرض التحلي بحسن النية التزام الجدية في كامل مرحلة التفاوض، ويعني التزام كلا المتفاوضين بالبدء في المفاوضات والاستمرار فيها وهو التزام بتحقيق نتيجة، ونعني بذلك المبادرة من أحد

---

[٢٢٩] الشبلاق، مرجع سابق، ص ٣٢٦ وما يليها.

[٢٣٠] المحمدي، صدام فيصل، مرجع سابق، ص١٨ وما يليها.

الطرفين أو كليهما باتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض، ودراسة المقترحات والدراسات والاستمرار في المناقشات واختيار الخبراء[٢٣١].

٢) **التعاون**: ويتحقق باتخاذ موقف إيجابي من كلا الطرفين، والذي يتجسد في التشاور والمشاركة في إعداد عملية التفاوض وما تقتضيه من إجراءات لإنجاحها، ومِنْ ثَمَّ يمتنع على أطراف التفاوض الإصرار على تحديد أماكن للتفاوض تُرتب نفقات إضافية، أو التصلب عند عرض الآراء وعدم المرونة في المناقشات، أو إبداء العروض المبالغ فيها بهدف إفشال المفاوضات، أو الرفض غير المبرر لتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة معينة، وعلى العموم كل ما من شأنه إفشال المفاوضات بلا مبرر[٢٣٢].

٣) **التفاوض بنية عدم التعاقد**: وهي صورة صارخة لسوء نية أحد المتفاوضين، سواء ظهرت هذه النية قبل المفاوضات أو أثناءها واستمرارها[٢٣٣]، ومن صور سوء النية هنا، إنهاء المفاوضات بصورة مفاجئة بقرار مفرد، بعد أَنْ وصلت إلى مرحلة متقدمة وبعد أَنْ أُنفِق الكثير من الوقت والمصاريف عليها، ومن صورها أيضًا تَعمُّد ترك الطرف الآخر في غموض ولَبس بالنسبة لمصير المفاوضات، وعدم مكاشفته بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت المناسب[٢٣٤].

٤) **الالتزام بالإعلام والإدلاء بالمعلومات الضرورية أثناء التفاوض**: فحسن النية يستلزم تنوير إرادة المتفاوضين حول ملابسات التفاوض، والأمور التي تؤثر في استمرارها، ومن ضمن أوجه الإخلال بهذا

---

[٢٣١] مُحَمَّد، أم كلثوم صبيح، مرجع سابق، ص٢٩٨.

[٢٣٢] حسين، ذكرى مُحَمَّد، وحمزة، إستبرق مُحَمَّد، مرجع سابق، ص ٢٩٢ وما يليها.

[٢٣٣] فياض، محمود، مرجع سابق، ص ٢٣٩ وما يليها.

[٢٣٤] الشبلاق، نبيل إسماعيل، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

الالتزام، استمرار المفاوضات مع علم أحد أطرافها ببطلان العقد المراد إبرامه وصولًا لحد توقيع هذا العقد[٢٣٥]، ولنا العودة تفصيلًا لهذا الالتزام بحسبان أَنَّه من أهم أوجه حماية المستهلك قبل التعاقد.

٥) **الالتزام بالسرية:** وهو من أهم الالتزامات النابعة عن المفاوضات ولا يُقصد به أَنْ تتم المفاوضات في طي الكتمان غير مُعلنة، بل تعني أَنْ يُحاط بالمعلومات الفنية والتكنولوجيا التي أُتيحت لأحد المتفاوضين بالسرية، وعدم اطلاع الغير عليها، أو استغلالها أو الاستفادة منها لمنفعته[٢٣٦]، وتزداد أهمية هذا الالتزام خاصة في عقود نقل التكنولوجيا، فكما أسلفنا أَنَّ محل هذه العقود يتمثل في المعرفة الفنية التي قد يبذل في سبيل الحصول عليها مبالغ طائلة، وفي سبيل تقدير ثمنها وفاعليتها يجب على الطرف المورد الكشف عن هذه المعرفة، فإذا ما انتهت المفاوضات دون التوصل لاتفاق، تقوم المسؤولية القانونية على الطرف المتلقي إذ ما تسبب بالكشف عنها أو الاستفادة منها بغير موافقة الطرف المورد[٢٣٧].

الفرع الثاني: أثر مبدأ حسن النية على قواعد حماية المستهلك بمرحلة قبل التعاقد

سبق أَنْ أوضحنا أَنَّ أهم ما يُميز العلاقة ما بين المستهلك والبائع المهني هو الضعف التعاقدي، وانعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، مما ينعكس في الغالب على مضمون العقد وشروطه، فتزيد من التزامات الطرف الضعيف وتسوء مركزه القانوني لحساب الطرف القوي[٢٣٨].

ويظهر هذا الضعف التعاقدي لدى المستهلك بشكل جليّ في الفترة السابقة على التعاقد، بما يمارسه البائع المهني من ضغط معرفي واقتصادي على المستهلك، ومن هنا برز مبدأ حسن النية كالتزام عام

---

[٢٣٥] فياض، محمود، مرجع سابق، ص ٢٥٣ وما يليها.

[٢٣٦] عبد ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص ٣٢ وما يليها.

[٢٣٧] الشبلاق، نبيل إسماعيل، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

[٢٣٨] الدلوع، أيمن أحمد، مرجع سابق، ص٢٩.

يحكم العلاقة ما بين البائع المهني والمستهلك، وذلك بإضفاء قدر من الأخلاق على المعاملات وتحقيق العدل التبادلي بين أطراف هذه العلاقة[٢٣٩].

ومن ضمن متطلبات مبدأ حسن النية المحققة للعدالة والمكرسة للتوازن العقدي ما بين البائع المهني والمستهلك، هو التزام البائع المهني بالنزاهة والتعاون، والنزاهة في التعامل تقتضي من البائع المهني التحلي بالأمانة ومراعاة القواعد المهنية والأخلاقية لمهنته، فيمتنع عليه التدليس والغش وكل عمل يتسم بعدم النزاهة، أَمَّا التعاون: فإِنَّه وإِنْ كان أَثرًا لمبدأ حسن النية، إِلَّا أنَّه أَثَّر في بنيان وماهية فكرة العقد من الأساس، فلم يعد العقد خاضع لتَطرف مبدأ سلطان الإرادة الصارخ، بما يعطيه من انطباع عام على أن مجال العقود ما هو إِلَّا مرحلة نزاع وتناحر وأنانية متضادة، بل أضحى العقد وفقًا لعنصر التعاون، عامل تكامل وتقارب بين الأطراف المتعاقدة الباحثة عن حماية قانونية من خلال العقد الذي يعتبر الوسيلة في المجال القانوني والاقتصادي للقيام بذلك[٢٤٠].

وحماية المستهلك بموجب متطلبات مبدأ حسن النية، في الغالب من القواعد القانونية قد تكون مقصودًا مباشرة، ولكن في حالات أخرى قد تترتب الحماية للمستهلك كأثر تَبعيّ للحماية الأصلية المقصودة، فقواعد الإعلان التجاري –التي سوف ندرسها تفصيلًا لَاحقا– قُصد بها أساسًا ضمان المنافسة المشروعة بين التجار من الإعلانات الكاذبة والمضللة، ولم تأتِ حماية المستهلك فيها إِلَّا كأَثَرٍ ثانوي[٢٤١].

---

[٢٣٩] الدلوع، أيمن أحمد، مرجع سابق، ص٢٩.

[٢٤٠] عسالي، عرعارة، مرجع سابق، ص ٢١٣ وما يليها.

[٢٤١] الدلوع، أيمن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٤ وما يليها.

ومن ضمن إفرازات مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، هو التزامُ البائع المهني بتبصير وتنوير إرادة المستهلك، وإعلامه بكل المعلومات والبيانات الضرورية لاستتباب الرضا لديه، وهو ما نتعرض له تفصيلًا في الفصول القادمة.

المبحث الثاني: تنظيم الفقه الإسلامي لمرحلة قبل التعاقد "مرحلة المفاوضات العقدية"

سبق وأَنْ أوضحنا في هذه الدراسة، الأحكام الشرعية التي أَتت بها الشريعة الإسلامية الغراء، لحماية المستهلك بصفة عامة، وأشرنا أَنَّ الشريعة الإسلامية هي انعكاسٌ فعليٌ لمثُلِ الأخلاق والدين التي يجب أَنْ تسودَ المجتمع الإسلامي، ولا تحيِّد قواعد المفاوضات العقدية عما رُسم سابقًا، فالمفاوضات تعتبر أهم مظاهر الأسواق في التاريخ الإسلامي، فيما يُعرَف بالمماكسة أو الممارسة، ومِنْ ثَمَّ تعين علينا تَلمُّسِ الأحكام العامة للمفاوضات العقدية في الفقه الإسلامي –المطلب الأول– ومِنْ ثَمَّ معرفة أحكام الضمان فيها –المطلب الثاني–.

المطلب الأول: الأحكام العامة للمفاوضات العقدية في الفقه الإسلامي

تبرز هنا العديد من النقاط التي تتمثل حول تعريف المفاوضات، وصورها من كتاب الله وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، وأخيرًا تصور المفاوضات في المعاملات المالية، على النحو التالي.

الفرع الأول: تعريف المفاوضات العقدية في الفقه الإسلامي

وتعرف المفاوضات لغة: "(فاوضه) في الأمر مفاوضة: بادلَه الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق... وفي المال: شاركه في تثميره. ... (تفاوضًا): فاوض كل صاحبه..."[٢٤٢] وجاء في لسان العرب

[٢٤٢] مصطفى، إبراهيم وآخرين. ٢٠٠٤. المعجم الوسيط. مصر: مجمع اللغة العربية. ط ٤. ٧٠٦.

ما نصه "... ومنه استعير: أفاضوا في الحديث إذا خاضوا فيه... وفاوضه في أمره: جاراه، وتفاوضوا الحديث: أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضًا"[٢٤٣].

وفي الاصطلاح عرَّفها مُحَمَّد بن عيسى الأحمدي "التفاوض هو علمٌ يبحث فيه تبادل آراء ومقترحات بين طرفين أو أكثر، عن مطلب أو مجموعة مطالب، حول قضية، أو موضوع معين، ومحدد، يتضمن أدلة وبراهين بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم الموضوع أو القضية أو المشكلة عن طريق صلح، أو معاهدة، أو ميثاق، أو نحوه، بشرط أَنْ يتم في إطار تقديم المصالح"[٢٤٤].

الفرع الثاني: صور المفاوضات في القرآن الكريم و السنة النبوية

الدارس لكتاب الله تعالى ولفقه السيرة النبوية وقصص الأنبياء عليهم السلام، يجد العديد من الأحداث والمواقف التي تجري مجرى المفاوضات، ولا يمكن بحال من الأحوال الجزم والقطع في دلالتها، وإنَّما هو مِنْ قبيل الاستنباط بما يتصل بالمفاوضات، خاصة أَنَّ كتبَ المتقدمين من أهل التفسير لم تستخدم لفظ المفاوضة إلا بصورة نادرة[٢٤٥].

أولًا: صور المفاوضات في القرآن الكريم

ويوردُ لنا مُحَمَّد بن عيسى الأحمدي في رسالته العديد من المواقف التي تعتبر في حكم المفاوضة، نورد مثالين منها:-

المثال الأول: تفاوض نبي الله وكليمه موسى مع شعيب عليهما السلام

[٢٤٣] ابن منظور، مُحَمَّد بن مكرم بن علي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٢١٠.

[٢٤٤] الأحمدي، مُحَمَّد بن عيسى. ٢٠١٣ "التفاوض في القرآن الكريم". (رسالة دكتوراه). دولة ماليزيا: جامعة المدينة العالمية. ص ١٠.

[٢٤٥] الأحمدي، مُحَمَّد بن عيسى، مرجع سابق، ص ١٦.

وهي من أقرب الصور للمفاوضات العقدية بشأن عقد الزواج والمهر، فقد قال عز وعلا ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَةَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنْ الصَّالِحِينَ (٢٧) قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا الأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلا عُدْوَانَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ (٢٨)﴾[٢٤٦]، والبيّن من هذه الآية الكريمة وقوع مفاوضات ما بين سيدنا موسى وسيدنا شعيب عليهما السلام، بخصوص المهر ونوعه، وماهية العمل المطلوب من سيدنا موسى عليه السلام.

المثال الثاني: تفاوض أخوة يوسف عليه السلام فيما بينهم

قال تعالى ﴿إِذْ قَالُوا لَيُوسُفُ وَأَخُوهُ أَحَبُّ إِلَى أَبِينَا مِنَّا وَنَحْنُ عُصْبَةٌ إِنَّ أَبَانَا لَفِي ضَلالٍ مُبِينٍ (٨) اقْتُلُوا يُوسُفَ أَوْ اطْرَحُوهُ أَرْضاً يَخْلُ لَكُمْ وَجْهُ أَبِيكُمْ وَتَكُونُوا مِنْ بَعْدِهِ قَوْماً صَالِحِينَ (٩) قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ لا تَقْتُلُوا يُوسُفَ وَأَلْقُوهُ فِي غَيَابَتِ الْجُبِّ يَلْتَقِطْهُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ إِنْ كُنتُمْ فَاعِلِينَ(١٠)﴾[٢٤٧]، يتضح من هذه الآيات الكريمة، تفاوض أخوة يوسف عليه السلام حول مصير يوسف عليه السلام، وخلوص رأيهم على جعله في البئر[٢٤٨].

ثانيًا: صور المفاوضات في السنة النبوية

لعلَّ أبرز المفاوضات التي حصلت في تاريخ السيرة النبوية، هي المفاوضات الحاصلة في صلح الحديبية[٢٤٩]، والذي يعد الأساس الشرعي للمعاهدات والمواثيق الدولية في السلم والحرب، ولما لخطورة هذه الاتفاقات والمعاهدات، والحالة السياسية والاجتماعية للمجتمع المكي إبانَ عقد صلح الحديبية، فإنَّ

---

[٢٤٦] القرآن. القصص ٢٨: ٢٧ ، ٢٨.

[٢٤٧] القرآن. يوسف ١٢: ٧-١٠.

[٢٤٨] الأحمدي، مُحَمَّد بن عيسى، مرجع سابق، ص ١٦ وما يليها.

[٢٤٩] صلح الحديبية هو صلح عقد في شهر ذي القعدة من العام السادس للهجرة (مارس ٦٢٧ م) بين المسلمين وبين مشركي قريش بمقتضاه عقدت هدنة بين الطرفين مدتها عشر سنوات لكنه نقض نتيجة اعتداء بنو بكر على بنو خزاعة، وكان ذلك سبب الصلح، خروج الرسول ﷺ، وصحبه رضوان الله عليهم في ذاك العام لأداء العمرة، ومنع قريش له.

هذا الصلحَ أَقرَّ العديد من المبادئ الأساسية وهي: مبدأ الحوار، ومبدأ تعظيم حرمات الله تعالى، ومبدأ المصالحة، ومبدأ الهدنة، ومبدأ المحالفة، ومبدأ جواز عقد اتفاقيات أمنية متبادلة، ومبدأ الاعتراف والتعامل مع العالم الخارجي، وأخيرًا مبدأ التفاوض[٢٥٠].

والمتتبع للسبب وظرفي الزمن والمكان الذي حصل فيه ذاك الصلح يَستَبين له الاستراتيجية التفاوضية النبوية، ومقدار علم الرسول ﷺ بالرجال المبعثين للتفاوض معه، وخلفياتهم الثقافية، وخبرتهم التفاوضية، وعِلمه -ﷺ- بالخلافات الواقعة بين أقطاب قريش وعدم تلاقي رأيهم، والاستفادة منها في عاجل الدنيا وآجل الاخرة، بل وتَحمُّلِه الإساءة واستكبار المفاوض الآخر في سبيل إنجاح المفاوضة[٢٥١].

ولعلَّ من الروائع والدروس المستفادة من صلح الحديبية، أَنَّه لم يحقق هدف المسلمين في وقته من زيارة بيت الله والاعتمار، وهو ما ظنه -بحسن نية- بعض أصحاب الرسول ﷺ، ومن الشروط القاسية على المسلمين، أَنَّه لا يحقق أي مصلحة لهم، ولكن بالدبلوماسية الرفيعة والسياسة العسكرية الحصيفة، التي خصَّ بها رسول الرحمة ﷺ، واختياره الأدوات والسبل الناجعة لإنجاح المفاوضات، حققتْ مكاسب كبيرة في التاريخ الإسلامي، وأثرًا طيبًا في الدعوة المحمدية، ففضلًا عن إقرار قريش لأول مرة قيام الدولة الإسلامية، فإِنَّ المفاوضاتَ حققت مكسب حقن الدماء، لو اقتحم المسلمون مكة بحد السيف، الذي فضلَّ عليه الرسول ﷺ إدراج شرط صريح في عقد الصلح، عودة المسلمين لزيارة بيت الله تعالي بعد عام الحديبية، وهو ما تَحقق بالفعل دون سفك الدماء، مع دخول الناس في دين الله أفواجًا[٢٥٢].

---

[٢٥٠] الفيتوري، عبد الحكيم الصادق. ٢٠٠٥. صلح الحديبية وأبعاده السياسية المعاصرة. القاهرة: مطبعة دار المدني. ط٣. ص ١٥ وما يليها.

[٢٥١] الفيتوري، عبد الحكيم الصادق، مرجع سابق، ص ٣١ وما يليها.

[٢٥٢] باشميل، مُحَمَّد أحمد. ١٩٨٦. معارك الإسلام الفاصلة، الكتاب الخامس، صلح الحديبية. القاهرة: المكتبة السلفية. ط٣. ص ٢٨٨.

ومن خلال ذلك استقينا دروسًا نبوية، في فن التفاوض، وشروطها، من مهارة المفاوض ومعرفته بالظروف الشخصية للمفاوض الآخر، وحال البلاد، وشروط تَتصل بموضوع التفاوض من قيام الاحترام المتبادل والتفاهم والتعاون بغية إنجاح المفاوضة، وتخيُّر الشروط التي تصب في مصلحة المفاوض ومَنْ يُمثله.

الفرع الثالث: وضع تصور للمفاوضات في المعاملات المالية

لا مراء أَنَّ الممارسات والمماكسات التي تحدث في الأسواق، تعتبر بلا شك من المفاوضات السابقة لمرحلة إبرام العقد، وما يهمنا هنا العقود البسيطة اليومية التي تعتمد عليها حياة المستهلك، فالناظر لمرحلة المفاوضات يجدها في الفقه الإسلامي تَنصهر في ظل نظرية مجلس العقد، والتي تعتبر من خصوصيات الفقه الإسلامي في باب المعاملات المالية.

فعَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ – ﷺ – ﴿ البَيِّعَانِ بالخِيَارِ ما لَمْ يتفرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنا بُورِكَ لَهُمَا في بَيْعِهِمَا، وإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا ﴾ [٢٥٣]، وهذا أساس نظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي، ومجلس العقد في الفقه الإسلامي –ودونما إغراقًا في الشكلية– هو المكان الذي يجتمع فيه المتعاقدين، ولا ينقطع طوال الزمن الذي يظل فيه المتعاقدان منشغلان بالتعاقد، بَقيا في مكانهما حسيًا أو بَرحاه، فاذا اشتغل كلاهما أو أحدهما بشيء آخر وأعرض عن التعاقد، فهنا ينقطع مجلس العقد، فينفض المجلس إذن بالإعراض ولو لم يَبرحا مكانهما، ولا يَنفض بغير الإعراض ولو بَرحا هذا المكان، فالمهم هو الوحدة الزمنية، على خلاف بين المذاهب الإسلامية[٢٥٤].

---

[٢٥٣] صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ٣، رقم ٢٠٧٩، ص ٥٨، وصحيح مسلم، مرجع سابق، جزء ٣، رقم ١٥٣٢، ص ١١٦٤.

[٢٥٤] السنهوري، عبد الرزاق أحمد. د.ت. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي. بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي. ط١. الجزء الثاني. ص ١١.

ومن هذا المنطلق يمكن تصور -بحسب رأي الباحث- آلية المفاوضات في الفقه الإسلامي، فالقول أو الفعل الصادر من المتعاقد الأول، يمكن أَنْ يتخذَ صورتين إمّا دعوة للتعاقد ومِنْ ثَمَّ لا إلزام فيه، ويعتبر قبوله من المتعاقد الآخر هو إيجابًا موقوف قيام العقد على قبوله من المتعاقد الأول، أو يعتبر ما صَدر من المتعاقد الأول إيجابًا موقوف قيام العقد على قبول المتعاقد الثاني، بل إنَّه وفقًا لنظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي -بخلاف الفقه القانوني- فإنَّ الإيجابَ ليس بلازم للمتعاقد الصادر منه، فمجلس العقد في حقيقته تحدث فيه الكثير من المناقشات والحوارات ما بين المتعاقدين، بغية التوصل لبلورة تصور نهائي للعقد المزمع إبرامه، فالمهم في الفقه الإسلامي أَن يظلَّ كلا المتعاقدين مشغولين بأمور العقد، والتدبر فيه، ولم يعرضا عليه بسبب من الأسباب، وإلَّا سَقط ما صَدر من أحدهما من قول وانفضَّ هذا المجلس.

وخلاصة القول: إنَّ ما يحدث من مناقشات وحوارات في مجلس العقد -كما يتصوره الفقه الإسلامي- لحين التوصل لاتفاق نهائي، هو في حقيقته ما يُطلق عليه حديثًا المفاوضات العقدية.

المطلب الثاني: أحكام الضمان للمفاوضات العقدية في الفقه الإسلامي

إنَّ المسؤوليةَ المدنيةَ عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي -الضمان- تَتَوزع على ثلاثة أقسام، المسؤولية الشخصية لمحدِث الضرر في غيره، والمسؤولية عن الفعل الضار الصادر من الغير، والمسؤولية عن فعل الأشياء والحيوان، سواء بطريق مباشر أو بالتسبُّب، وهي لها معنى راسخ في الشريعة الإسلامية، والضمان -مثل غيره من النظم في الفقه الاسلامي- لم ينتظمه عِقْدُ أو سلسلة واحدة، ويندرج في أصول عامة، وكما يقول مصطفى أحمد الزرقا "هذا الموضوع -ويقصد الفعل الضار والضمان فيه- له أبعاده وأعماقه في الفقه الإسلامي قائمة على نصوص الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة النبوية، ومستنبطة من دلالاتها، ولكنها ليست مجتمعة في باب واحد ونظرية عامة كما هي مجموعة في القانون، بل هي

متفرقة في أبواب الفقه وفصوله في صورة مسائل، كل مسألة وحكمها في فقه الشريعة، على الطريقة الفروعية في فقهنا في جميع أبوابه: من عقود وضمانات وجنايات إنسانية، وجناية الحيوان والجناية عليه وأفعال القاصرين وأحكامها، والغصب والاتلاف، وسواها من أبواب ومن مناسبات أخرى"[٢٥٥].

وتقتضي دراستنا لأحكام الضمان للمفاوضات العقدية في الفقه الإسلامي، التعرض ولو بصورة عامة لتبيان ماهية الضمان في الفقه الإسلامي –الفرع الأول– ومِنْ ثَمَّ دراسة أحكام الضمان الخاصة بالمفاوضات العقدية في هذا الفقه –الفرع الثاني–.

الفرع الأول: ماهية الضمان في الفقه الإسلامي

ونتناول هاهنا تعريف الضمان، وبيان أدلته، وأركانه، وأسبابه.

أولاً: تعريف الضمان

تعريف الضمان لغة: جاء في القاموس المحيط ما نصه "... كعلم ضمانًا وضمنًا، فهو ضامن وضمين: كفله. وضمَّنته الشيء تضمينًا، فتضمنه عني: غرمته فالتزمه..."[٢٥٦]، وفي المعجم الوسيط جاء القول فيه " ضمَّن – ضمنًا، وضمانة: أصابته أو لزمته علة. و – على أهله ونحوهم: صار كلا وعالة عليهم، و –الرجل ونحوه ضمانًا: كفله أو التزم أَنْ يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه... الضامن: الكفيل، أو الملتزم، أو الغارم... الضمان: الكفالة والالتزام. وضمان الدرك: هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، بأَنْ يقول: تَكفلت بما يدركه في هذا المبيع. وضمان الرهن: ما يكون مضمونًا بالأقل. وضمان الغصب: ما يكون مضمونًا بالقيمة. وضمان المبيع: ما يكون مضمونًا بالثمن قل أو كثر..."[٢٥٧].

---

[٢٥٥] الزرقا، مصطفى أحمد. ١٩٨٨. الفعل الضار والضمان فيه. بيروت، لبنان: دار القلم. ط١. ص ١٥.

[٢٥٦] الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص ١٢١٢.

[٢٥٧] مصطفى، إبراهيم، وآخرين، مرجع سابق، ص ٥٤٤ وما يليها.

أَمَّا اصطلاًحا فقد عرَّفه مصطفى أحمد الزرقا بقوله "ما يلتزم به الإنسان في ذمته من المال المثلي أو النقود في معظم الحالات الموجبة لثبوت المال في الذمة كالإتلاف والغصب"[٢٥٨]، أَمَّا وهبة الزحيلي فقد عرَّفه "هو الالتزام بتعويض الغير عمَّا لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس البشرية"[٢٥٩]، أَمَّا الشيخ علي الخفيف، فقد عرَّف الضمان "...هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"[٢٦٠].

ثانياً: أدلة مشروعية الضمان في الكتاب والسنة النبوية

أ– أدلة المشروعية في كتاب الله تعالى

وَردت العديد من الآيات الكريمة تؤكد على مشروعية الضمان، ومنها قوله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[٢٦١]، وقوله أيضًا ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۖ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ۚ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾[٢٦٢]، كما قال عز وجل ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾[٢٦٣]، ووجه الاستدلال –بحسب نظرة الباحث– أن العدوان ضرر، يجب ازالته، بأعادة الحال لما كانت عليه، ومن أوجه الأعادة، تضمين الفاعل.

ب– أدلة المشروعية في السنة النبوية

وقد وردت في بيان مشروعية الضمان، آثارٌ كثيرةٌ من الرسول ﷺ نورد منها الآتي:–

---

[٢٥٨] الزرقا، مصطفى أحمد، مرجع سابق، ص ٦٢.

[٢٥٩] الزحيلي، وهبة. مرجع سابق. ص ٢٢.

[٢٦٠] الخفيف، علي. ٢٠٠٠. الضمان في الفقه الإسلامي. القاهرة: دار الفكر العربي. ص ٨.

[٢٦١] القرآن. البقرة، ٢: ١٩٤.

[٢٦٢] القرآن. الشورى ٤٢: ٤٠.

[٢٦٣] القرآن. النحل ١٦: ١٢٦.

١) عن أبي سعيدٍ الخدري ﷺ: أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: ﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَّ ضَرَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ ﴾ [٢٦٤]، وهو أصل الضمان في الشريعة الإسلامية، والضرر هو أَنْ تضرَّ وتنتفعَ بما تضر به، والإضرار هو أَنْ تضرَّ دون أَنْ تنتفعَ، وقيل الضِرار: الجزاء على الضر[٢٦٥].

٢) روى البخاري عن أنس ﷺ أَنَّ النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين خادمًا لها بقُصعة فيها طعام، فضربت -أي التي كان عندها- بيدها فكسرت القُصعة، فضمها -أي ضم رسول الله ﷺ قطعتي القُصعة المكسورة- وجعل فيها الطعام وقال: كلوا ... ودفع بالقُصعة الصحيحة -للخادم الذي أحضر الطعام- وحبس المكسورة. ورواه الترمذي وزاد: فقال النبي ﷺ: ﴿طعام بطعام واناء بإناء﴾ [٢٦٦] والروايات الأخرى عند أصحاب السنن تُبيّن أَنَّه ﷺ بعثَ بالقُصعة الصحيحة وما فيها من طعام من بيت من كان عندها إلى بيت من كسرت صفحتها [٢٦٧]، والبيّن من هذا الحديث الشريف، أَنَّ النبيَ ﷺ، قد أوجبَ إناء طعام صحيح للمتضررة من أمهات المؤمنين رضوان الله عليهم في مال متسببة الضرر.

٣) حديث النعمان بن بشير مرفوعًا: ﴿من وقف دابة في سابلة من سبل المسلمين, أو في سوق من أسواقهم فما وطئت بيد أو رجل، فهو ضامن ﴾[٢٦٨]، ووجه الاستدلال أن على صاحب الحيوان اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفدي أضرار الحيوان بالغير، خاصة اذ ما وجد هذا الحيوان في ظروف تساعد على

---

[٢٦٤] الحاكم، مرجع سابق، ج٢، رقم ٢٣٤٥، ص٦٦، ومسند أحمد (٥/٥٥)، وابن ماجه (٢/٧٨٤)، والمعجم الكبير للطبراني (١١/٣٠٢)، والسنن الكبرى للبيهقي (١١/٥٤٢)، مع اختلاف اللفظ والراوي.

[٢٦٥] الخفيف، علي، مرجع سابق، ص ١١.

[٢٦٦] سنن الترمذي، مرجع سابق، ج٣، رقم ١٣٥٩، ص٦٣٢، وقال هذا حديث حسن صحيح.

[٢٦٧] الزرقا، مصطفى أحمد، مرجع سابق، ص ٣٣.

[٢٦٨] الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني، ت٣٨٥هـ.٢٠٠٤. سنن الدار قطني. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرون. بيروت – لبنان: مؤسسة الرسالة. الطبعة الأولى.ج٤. رقم ٣٣٨٥، ص ٢٣٥.

ذلك، مثل الاسواق والطرق العامة، والا وجب على صاحبه جبر الضرر الحاصل بفعل حيوانه للغير، لتقصيره وأهماله.

ثالثا: أركان الضمان في الفقه الإسلامي

للضمان في الشريعة الإسلامية ركنان لا يقوم إلَّا بوجودهما، وهما الاعتداء والضرر.

الركن الأول: الاعتداء أو التَّعدي: ومعناه الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: الانحراف عن مسلك المألوف للرجل العادي، ولا أهمية في وجود الضمان لكمال أهلية المعتدي أو نقصها، ولا في وصف الفعل عن عمدٍ أو خطأ، إلَّا فيمن يتحمل جبر الضرر –وفقًا للفقه الإسلامي– ولا طبيعة الفعل من سلوك إيجابي أو سلبي، ولا أَنْ يحصلَ بطريق مباشر أو بالتَّسبب.

الركن الثاني وهو الضرر: وهو إلحاق مَفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، سواء كان ماديًا أو ضررًا معنويًا الذي يُصيب عاطفة أو كرامة الإنسان، بشرط أَنْ يكونَ مُحقق الوقوع، و جمهور الفقه يَقصر جبر الضرر على الأضرار المادية دون المعنوية، بخلاف الصاحبين –أبو يوسف ومُحَمَّد صاحبي أبي حنيفة النعمان– اللَّذان يُوجبان التعويض عن الضرر المعنوي إذا ما سبب أَلَما جسديًا[٢٦٩].

رابعاً: أسباب الضمان في الفقه الإسلامي

للضمان في الفقه الإسلامي أسبابًا كثيرة، وسوف نحاول بيانها بشيء من الإيجاز.

٢٦٩ الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص ٢٤ وما يليها.

١) **إلزام الشارع**[٢٧٠]: وهو ما أَوجبه الشارع الحكيم، مثل ضمان الديات والأروش، وضمان قيمة صيد الحرم، وضمان ما يجب من الكفَّارات، والزكاة، وكل ما شغل الذمة شرعًا إمَّا عقوبة زاجرة عن عمل محرم، أو معونة فرضها.

٢) **الالتزام**: فمن العقود ما يكون الضمان أثرًا لها سواء كان أساسيًا كعقد الكفالة، أو أثرًا تبعيًا، كضمان قبض المبيع وتسليم الثمن في عقد البيع، وضمان الاستحقاق –ضمان الدرك–[٢٧١].

٣) **الفعل الضار**: ويُراد به كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة، أو بالتسبب.

٤) **يد الضمان**: فالأصل أَنَّ الأمين في عقد الأمانة، ليس عليه ضمان إذ ما هلك محل العقد تحت يده، إلَّا أَنْ يكون هناك التزامًا أو واجبًا بالضمان عليه، كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، ويد المستعير على محل العارية، ويد الغاصب للمال بلا رضا صاحبه.

هذا إيضاح بإيجاز لباب الضمان في الفقه الإسلامي بوجه عام، فما حكمه في المفاوضات العقدية بشكل خاص.

الفرع الثاني:أحكام الضمان الخاصة بالمفاوضات العقدية في الفقه الإسلامي

الأصل في التشريع الإسلامي حرية الأشخاص فيما يختارونه من العقود والشروط، سواء في أصل

---

٢٧٠ ويقابله في القانون الوضعي، القانون بما يسمى المصدر الخامس للالتزام، فالقانون الوضعي يعرف خمس مصادر للالتزام ألا وهي العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون كمصدر أخير واحتياطي.

٢٧١ عرفه الكاساني بقوله " ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع". الكاساني. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ). ١٩٨٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية. الطبعة الثانية. ج ٦. ص ٩.

التعاقد، أو البُعد عن الشكلية، أو في نوع العقود ولو لم يكن من العقود المسماة[٢٧٢]، والذي يتخذ –أي مبدأ الحرية العقدية– مضمونًا خاصًا بهذا التشريع، لعّل الإرادة عن ترتيب الآثار الشرعية للعقود وقصر ترتيبها على الشارع[٢٧٣].

ومبدأ سلطان الإرادة وما يَنبع عنه من حرية المتعاقدين في إبرام ما يشاؤون من العقود، له أصل معروف في الكتاب والسنة النبوية، فقال تعالى في محكم كتابه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[٢٧٤]، وقوله أيضًا ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾[٢٧٥]، وفي الأثر النبوي الشريف، عن أبو سعيد الخدري ﷺ، أنَّ يهوديًّا قَدِم زمَنَ النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم بثلاثينَ حِملِ شعيرٍ وتمرٍ فسعَّر مُدًّا بمُدِّ النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم وليس في النَّاسِ يومَئذٍ طعامٌ غيرُه، وكان

---

[٢٧٢] الزرقا، مصطفى أحمد. ١٩٩٨. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم. الجزء الأول. بند ٢/٤١. ص ٥٣٧.

[٢٧٣] هذه القضية تعتبر من أهم الفوارق ما بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، في مجال باب المعاملات المالية، فمن المقرر في القانون الوضعي أَنَّ الإرادة لها الحرية المطلقة في إنشاء العقود وترتيب آثارها عليها، فالعقد شريعة المتعاقدين بالنسبة لآثاره وما اشتمل عليه، ولو كان فيه غبن فاحش، أو اختلال للميزان العقدي، وإنْ كان يحّد من ذلك أحكام النظام العام والآداب فيما تبطله من العقود لعدم مشروعية محالها أو أسبابها، هذا بخلاف الشريعة الإسلامية، التي أنكرت على هذه الإرادة، حرية ترتيب الآثار، وفي هذا يقول الإمام محمّد أبو زهرة رحمه الله "أَمَّا في الشريعة الإسلامية فالإرادة تُنشِئ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع، لا من العاقد، فالعاقد ينشئ العقد فقط، ولكن لا ينشئ الآثار، وتأثير إرادته في تكوين العقد وإيجاده، لا في إعطاء أحكامه وآثاره، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع، لا من أعمال العاقد، ولذا يقول الفقهاء عن العقود أَنَّها أسباب جعليه شرعية، وليست بأسباب طبعيه، ويعنون بذلك أَنْ تسبب العقود لأثارها ليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل لذلك، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود، فإفادة البيع بنقل الملكية من البائع إلى المشتري، واستحقاق البائع الثمن، وغير ذلك من الأحكام ليس ذلك من ذات الإيجاب والقبول وما وراءهما من إرادة العاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط، لكن لأَنَّ الشارع جعل ذلك العقد طريقًا لثبوت هذه الآثار، وتلك الأحكام..."أبو زهرة، محمّد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بلا مكان أو تاريخ، بند ١٢٦، ص ٢٥١.

وفي نظر الباحث، أَنَّه من الناحية الفنية: إنَّ بُطلانَ العقودِ لأسبابٍ تتعلق بمخالفتها للنظام العام والآداب في القانون يكون بسبب خارج عن العقد ذاته، فالعقد وُجِد بناءً على دور الإرادة في إنشاءه وتحديد آثاره، وما سبب بطلانه إلَّا بسبب خارجي عنه ألا وهو مخالفته للنظام العام والآداب، أَمَّا في الشريعة الإسلامية، فبطلان العقد يرجع لسبب داخل فيه، ألا وهو أَنَّ أثره لم يكن من الآثار المرسومة له من لدّن الشارع لحكيم.

[٢٧٤] القرآن. النساء ٤: ٢٩.

[٢٧٥] القرآن. النساء ٤: ٤.

قد أصابَ النَّاسَ قبْلَ ذلك جوعٌ لا يجِدونَ فيه طعامًا فأَتى النَّبيَّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم النَّاسُ يشكُون إليه غَلاءَ السِّعرِ فصعِد المنبرَ فحَمِد اللهَ وأَثنى عليه ثمَّ قال: ﴿ لا ألقيَنَّ اللهَ مِن قبْلِ أنْ أُعطيَ أحدًا مِن مالِ أحدٍ مِن غيرِ طيبِ نفسٍ، إنَّما البيعُ عن تراضٍ ولكنَّ في بيوعِكم خِصالًا أذكُرُها لكم: لا تضاغَنوا ولا تناجَشوا ولا تحاسَدوا ولا يسومُ الرَّجُلُ على سَومِ أخيه ولا يبيعَنَّ حاضرٌ لبادٍ والبيعُ عن تراضٍ وكونوا عبادَ اللهِ إخوانًا ﴾[٢٧٦].

فيحق للأطراف المشاركة في المفاوضة الدخول في المفاوضة في أي وقت، وأَنْ يَتحاوروا ويتناقشوا في موضوع العقد بكل حرية، كما أَنَّ لهما حق العدول عنها في أيِّ وقت إذ لم تحقق المفاوضة النتيجة المرجوة منها، دونما إلزام عليهم لبيان سبب العدول عنها. ويَحكم المفاوضات مبدأ حسن النية، والذي يستتبع التزام المفاوضين بالإدلاء عن البيانات المتعلقة بالشيء محل التعاقد وما فيه من العيوب، وأَنْ يبتعدوا عن الكذب والخديعة، وإلزامهم بواجب التَّعاون لإنجاح المفاوضة العقدية[٢٧٧].

هذا وإِنْ كانَ للأطراف المفاوضة حق العدول عن المفاوضة العقدية في أيِّ وقت، إِلَّا أَنَّ هذا الحقَ مقيدٌ بأَنْ يكونَ العادل عن المفاوضة حسُن النية، بأَنْ يكونَ لباعث مشروع، فإِنْ كان قَصده الإضرار بالطرف الآخر، فإِنَّه يكون سيئ النية خرج بحقه في العدول عن أهدافه ومقاصده الشرعية، وقصد به الإضرار بالغير، وهو من نواهي الشريعة الإسلامية، فإِنَّه يتعيَّن عليه الضمان لجبر الضرر اللاحق بالطرف الآخر من جراء العدول غير المشروع، وسبب الضمان هنا ليس حق العدول، بل على السلوك الخاطئ للعادل سيئ النية[٢٧٨].

---

[٢٧٦] ابن حبان، مرجع سابق، ج ١١، رقم ٤٩٦٧، ص ٣٤٠، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله.

[٢٧٧] فهمي، التوفيق، مرجع سابق، ص ٤٦.

[٢٧٨] القوني، عبد الحميد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

خلاصة الفصل الثالث

درسنا بهذا الفصل مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد أو ما يعرف بالمفاوضات العقدية، والهدف من ذلك تبيّن أثره في تعزيز الحماية القانونية والشرعية للمستهلك، وصولا لاستنتاج ما يلي:-

١. تُعد المرحلة السابقة على التعاقد اقرب للمجال الاخلاقي منه للمجال القانوني.

٢. غياب التنظيم القانوني الشامل لمرحلة المفاوضات العقدية.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA