الالتزام بالتبصير في التعاقد

دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية

رسالة مقدمة لكلية الحقوق ـ جامعة القاهرة

لنيـــل درجـــة الـــدكتوراه في الحقـــوق

إعداد الباحث

أمير أحمد عزيز سيد النمر

لجنة المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور/ سعيد سليمان جبر	أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة – وكيل الكلية الأسبق (مشرفًا ورئيسًا)
الأستاذ الدكتور/ عبد العزيز فتحى سمك	أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة (مشرفًا)
الأستاذ الدكتور/ زكي زكي حسين زيدان	أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة طنطا وكيل الكلية السابق والقائم بأعمال عميد الكلية سابقًا (عضوًا)
الأستاذ الدكتور/ أيمن سعد سليم	أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة (عضوًا)

٢٠١٦م /١٤٣٧هـ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ٱقْرَأْ بِٱسْمِ رَبِّكَ ٱلَّذِى خَلَقَ ﴿١﴾ خَلَقَ ٱلْإِنسَٰنَ مِنْ عَلَقٍ ﴿٢﴾
ٱقْرَأْ وَرَبُّكَ ٱلْأَكْرَمُ ﴿٣﴾ ٱلَّذِى عَلَّمَ بِٱلْقَلَمِ ﴿٤﴾ عَلَّمَ ٱلْإِنسَٰنَ مَا
لَمْ يَعْلَمْ ﴿٥﴾﴾

صدق الله العظيم

(سورة العلق، الآيات ١–٥)

إهداء

إلى:

- والديَّ، حفظهما الله وجعل لي نصيبًا من صالح دعائهما.
- زوجتي الغالية، رفيقة الدرب والحياة والكفاح، التي كانت لي نعم العون والسند بالتشجيع والمؤازرة والمثابرة تقديرًا لدورها العظيم، ومعاونتها الصادقة لي على إنجاز هذا العمل، جزاها الله عني خير الجزاء.
- نور الحياة .. نجلتيَّ (إيمان، وآية) – حفظهما الله – وبارك فيهما، وجعلهما قرة عين لي.
- كل من له الفضل عليَّ في تعليمي، وكل من أسهم ومدَّ لي يد العون لإعداد هذه الرسالة .

أهدي لهم جميعًا ثمرة هذا العمل، راجيًا المولى ﷻ أن يتقبله، وأن يجعله عِلمًا يُنتفع بِهِ.

الباحث

شكر وتقدير

أتقدم بخالص الشكر وجزيل العرفان لأساتذتي الأفاضل:

الأستاذ الدكتور/ سعيد سليمان جبر أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة وكيل الكلية الأسبق

الأستاذ الدكتور/ عبد العزيز فتحى سمك أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة

لتفضلهما بالموافقة على الإشراف على هذه الرسالة، حيث شملاني بالرعاية، والاهتمام البالغ، والحرص الشديد والتوجيه المستمر، ومدَّا لي يد العون، وكان لتوجيهاتهما السديدة القيِّمة الفضل الكبير في إخراج الرسالة بصورة لائقة.

والشكر موصول لأساتذتى:

الأستاذ الدكتور/ زكي زكي حسين زيدان أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة طنطا

الأستاذ الدكتور/ أيمن سعد سليم أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة

لتفضلهما بالموافقة على عضوية لجنة المناقشة والحكم على الرسالة وإبداء التوجيهات والملاحظات التي سيكون لها أثر كبير في إثراء البحث بإذن الله، جزاهما الله – سبحانه وتعالى – عني خير الجزاء.

الباحث

مُقَدِّمَة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

الالتزام بالتبصير في التعاقد – دراسة مقارنة بين القانون المدني، والشريعة الإسلامية – بحث يدور حول التزام يقع على عاتق أحد العاقدين، أو كليهما، بتبصير العاقد الآخر بما هو مقدم عليه من الدخول في علاقة عقدية، كي تتم تلك العلاقة وتنفذ عن بصيرة من كلا العاقدين.

إلاَّ أن الأمر يحتاج لتحديد أكثرعن مرادنا من هذا الالتزام في نطاق علاقة عقدية؛ إذ يتطلب الأمر بيان أهمية البحث، سواء لما يخص الحياة العملية، أو ما يخص مجال القانون.

وأود التنويه إلى أن الالتزام محل البحث لا يقتصر على كونه التزامًا في نطاق إنشاء علاقة عقدية فقط، ولكن أتناول هذا الالتزام في إطارٍ أوسع، يشمل مرحلة إتمام التعاقد، حتى التنفيذ، أي تَدَرُجْ هذا الالتزام، لمناسبة علاقة عقدية في مرحلة إنشائها، وأثناء تنفيذها، والوفاء بالالتزامات المترتبة عليها، وبما هو من مستلزمات هذه العلاقة، حتى يتحقق للعاقدين مبتغاهما من التعاقد **في إطار العدالة التعاقدية.**

أما عن مرادنا الشامل بالتبصير، فمؤداه: أن تتم العلاقة العقدية برضاء سليمٍ خالٍ من العيوب، وإرادةٍ حرةٍ واعيةٍ مستنيرةٍ، تنفذ عن تنورٍ وبصيرةٍ، حيث تكون تلك العلاقة مثمرة لكلا العاقدين، محققة لمبتغاهما بأقصى قدرٍ من الفائدة المرجوة، دون جورٍ أو افتئات، وفي إطار من حسن النية. وهو معنى بات راسخاً كأحد أهم المبادئ القانونية، عرّفته الشريعة الإسلامية، وحضت عليه، لا سيما في نظرية العقد التي يدور بحثنا في إطارها.

أهمية البحث

للالتزام بالتبصير أهميةٌ في الحياة العملية، تضاف إلى أهميته للنظام القانوني، ليس معنى ذلك أن تتجزأ أهمية الموضوع إلى أهمية تخص الحياة العملية، وأهمية تخص مجال القانون. فأهمية الالتزام بالتبصير لمواجهة مشاكل الحياة العملية: هي في الوقت نفسه نداءٌ لسد نقص تشريعي، أو على الأقل تعديلٌ تشريعي يسمح بإقرار وتطبيق هذا الالتزام بشكل يتناسب وتطورالحياة، وازدياد وتعقد وتشابك العلاقات والمعاملات فيها. ولا شك أن أهمية الالتزام لتكامل النظام القانوني له انعكاساته الإيجابية على الحياة العملية.

والواقع أن جوهر المشكلة التي يلزم الالتزام بالتبصير أسلوبًا تشريعياً لحلها،

هو عدم التكافؤ في العلم بين العاقدين، أما أسباب عدم التكافؤ في العلم فتتباين:

١- فقد يرجع عدم التكافؤ في العلم بين أطراف علاقة عقدية، إلى سوء نية أحد العاقدين، في دفع المتعاقد معه دفعاً لإتمام تعاقد، وهو يعلم عدم تلبية هذا التعاقد للفائدة المرجوة للمتعاقد معه بسوء نية. قد يكون ذلك بإحدى صور الغش، أو التدليس، أوالتغْرير، وقد يكون بالسكوت عن تبصير العاقد الآخر بمسألة مهمة لو علمها ما تعاقد، أو تعاقد ولكن بشروط أُخَرْ تختلف عن تلك التي قبل بها. وقد لا يصل الأمر لسوء النية، بل لمجرد الإهمال في التبصير بتلك المسألة. في جميع تلك الحالات نقول: إن هناك ضررًا بالمعنى الواسع لحق بهذا العاقد غير المُتبصِر.

٢- هناك العقود المعروفة بـ (عقود الإذعان). وهذه العقود بطبيعتها تنطوي على خلل بالمراكز العقدية لطرفي العقد، فطرف يملي شروطه، وطرف يقبل بها، أو يرفضها دون مناقشة لشروط التعاقد.

وعقد الإذعان في ذاته قد لا يعبر بالضرورة عن صورة من صور الإخلال بالالتزام بالتبصير، ولكن بلا شك يكون هناك إخلال بهذا الالتزام متى كانت شروط العقد: غير واضحة، أو تعسفية، أو إذا تضمن العقد شروطًا مستترة غير معلنة بوضوح كاف؛ تتضمن ضرراً بالعاقد، من كون قبول العاقد لعقد الإذعان قد تم عن غير بصيرة. ولا يشفع في ذلك كونه عقد إذعان.

ولنا عودة لدراسة عقود الإذعان في الباب الثالث من القسم الثاني من البحث، والخاص بتطبيقات الالتزام بالتبصير – التطبيق الخاص بعقد التأمين- وهو دون شك إحدى أهم صور عقود الإذعان.

٣- لقد تطورت فكرة الالتزام بالتبصير، وتبلورت بصورة كبيرة مع تعقد مظاهر الحياة الاقتصادية، والمعاملات (خاصة المالية منها) وتعقد التقنيات الحديثة.

فلا شك أن نهاية القرن المنصرم، قد جاءت بطفرةٍ علميةٍ صناعيةٍ متطورةٍ، ذات تقنياتٍ تكنولوجيةٍ عاليةٍ. بل لا نبالغ إذا قلنا إنها في بعض الأحيان تمثل قفزة تكنولوجية معقدة، بل وشديدة التعقيد في كثير من الأحيان. ولا تخلو المنتجات في كثيرٍ من الأحيان من تعقيدات في الاستعمال، تجعل من الصعوبة بمكان، إتاحة إمكانية الاختيار الأمثل للمنتج المطلوب بسهولة ويسر. ولا تخلو تلك المنتجات من مخاطر في استعمالها. وأصبحت عقود شراء تلك المنتجات من العقود التي يظهر فيها خللٌ كبيرٌ في المراكز العقدية، من حيث تكافؤ العلم، فهناك عاقد مهني محترف، وعاقد آخر قليل، أوعديم الخبرة والعلم، فبرزت وتعاظمت أهمية توفيرالحماية لهذا الطرف الضعيف لمواجهة هذا الخلل. ومن أنجع وسائل الحماية

تلك: إقرار **التزام بالتبصير** على عاتق العاقد، لا سيما المهني المحترف. وظهرت تشريعات حماية المستهلك، واستعمل لفظ المستهلك على نطاق واسع، يتسع لكل عاقد يحتاج للحماية في شأن تبصيره بموضوع التعاقد وعواقبه. ونشأت جمعيات لحماية المستهلكين في الدول المتقدمة لهذا الغرض.

٤- هناك أيضًا عقود (الثقة المشروعة) لدى الدائن في شخص المدين، سواء نشأت هذه الثقة من طبيعة العقد، أو من صفات الأطراف. حقًا إنه قد ظهرت نظرياتٌ حديثةٌ بدأت تتجه لإقرار التزامات، تسعى لتحقيق ذات الهدف، فنادى البعض – كما سنرى – بالتزام قبل تعاقدي بالإعلام، أو الإعلان. ونادى البعض بالتزام حُسنْ النية في تنفيذ العقود، ونادي البعض بالتزام التعاون، أو التزام النصح... إلخ.

ونادى البعض بالتزام المشورة، ونادى البعض بالتزام التحذير، بالإضافة للالتزامات التقليدية بالضمان، سواءٌ بعدم التعرض والاستحقاق، أو بضمان العيوب الخفية. وعرف الفقه الإسلامي مثل تلك العقود (عقود الثقة المشروعة)، وسميت عقود الأمانة "كبيع المرابحة".

وتستوعب فكرة التبصير غالبية تلك الالتزامات إن لم تكن تستوعبها جميعاً كالتزامٍ شاملٍ يقتضي: حُسنْ النية، وتنويرالعاقد، حتى تكون إرادته حرةً مستنيرةً، ويكون رضاؤه سليماً، ويكون في وضع الند والتكافؤ في العلم بظروف التعاقد، وطرف التعاقد الآخر، أو على الأقل توفير حمايةٍ معقولةٍ له عندما يستحيل تحقيق التكافؤ في العلم.

وإقرار نظريةٍ لهذا الالتزام عظيم الفائدة للحياة القانونية. كنظريةٍ تجمع صوراً شتى تسعى لذات الهدف، ألا وهو حماية الطرف الضعيف. بالإضافة لأن تقرير تلك النظرية يوفر حماية قانونية، وعملية "عادلة" لطرفٍ ضعيفٍ، قد يعدم الوسائلَ القانونية الأخرى لحمايته. وفي ذلك ما يجعلنا نرى أن الالتزام بالتبصير يعتبر إحدى دعامات تحقيق التوازن العقدي.

ونتساءل: هل يمكن أن نصل لإقرارالتزام بعدم التعاقد في بعض الحالات التي تستوجب الأمانة التعاقدية فيها ذلك الامتناع؟ وهل يمكن أن ينحى الفقه والمشرع منحى نحو إقرار التزام بالكلام وعدم الصمت والسكوت؟ كل ذلك يستهدف إيجاد توازنٍ عقديٍ يقترن بحسن النية بين أطراف متعارضة المصالح، حيث يتم التعاقد محققاً غاية كل عاقد عن تنور وبصيرة. ولا نشك في أن المستقبل يحمل بين طياته المزيد من صور الالتزامات التي تسعى لذات الهدف، والتي قد يبدو بعضها غيرَ مألوفٍ في الوقت الحاضر.

تقسيم:

الالتزام بالتبصير من الالتزامات الحديثة، ولأن شأنها شأن المستحدثات بصفة عامة، تدرك بتطبيقاتها العملية، فقد رأيت أن تقترن الدراسة النظرية ــ للأحكام العامة للالتزام بالتبصير ــ بدراسة تطبيقية لهذا الالتزام في نطاق أهم العقود التي تظهر فيها أهمية هذا الالتزام، وذلك مقارنة بالفقه الإسلامي.

(خطة البحث):

القسم الأول

الأحكام العامة للالتزام بالتبصير

الباب الأول: الالتزام بالتبصير وركن الرضاء

الفصل الأول: الرضا في القانون وفي الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: الالتزام بالتبصير وعلاقته بعيوب الرضا.

الفصل الثالث: الالتزام بالتبصير ومبدأ السكوت في التعاقد.

الباب الثاني: نطاق الالتزام بالتبصير في التعاقد

الفصل الأول: الالتزام بالتبصير والالتزامات المشابهة.

الفصل الثاني: وقت أداء الالتزام بالتبصير.

الباب الثالث: أساس الالتزام بالتبصير في التعاقد

الفصل الأول: موقف الفقه من تحديد أساس الالتزام بالتبصير.

الفصل الثاني: موقف القضاء من تحديد أساس الالتزام بالتبصير.

الفصل الثالث: موقف المشرع من تحديد أساس الالتزام بالتبصير.

الباب الرابع: المسئولية عن الإخلال بالالتزام بالتبصير

الفصل الأول: جزاء الإخلال بالالتزام بالتبصير.

الفصل الثاني: مدى مشروعية الاتفاق على الإعفاء من المسئولية عن التبصير.

القسم الثاني

تطبيقات الالتزام بالتبصير في العقود المختلفة

الباب الأول: الالتزام بالتبصير في عقد البيع

الفصل الأول: أساس الالتزام بالتبصير في عقد البيع.

الفصل الثاني: نطاق الالتزام بالتبصير في عقد البيع.

الفصل الثالث: المسئولية عن الإخلال بالالتزام بالتبصير في عقد البيع.

الباب الثاني:التزام الطبيب بالتبصير

الفصل الأول: أساس التزام الطبيب بالتبصير.

الفصل الثاني: نطاق التزام الطبيب بالتبصير.

الفصل الثالث: مسئولية الطبيب عن الإخلال بالالتزام بالتبصير.

الباب الثالث: الالتزام بالتبصير في عقد التأمين

الفصل الأول: أساس الالتزام بالتبصير في عقد التأمين.

الفصل الثاني: نطاق الالتزام بالتبصير في عقد التأمين.

الفصل الثالث: المسئولية عن الإخلال بالالتزام بالتبصير في عقد التأمين.

الخاتمة والتوصيات.

المراجع.

القسم الأول
الأحكام العامة للالتزام بالتبصير

تمهيد وتقسيم:

الالتزام في الفقه القانوني: رابطة قانونية ذات طبيعة مالية تقوم بين شخصين أو أكثر، بمقتضاها يلتزم أحدهما – ويسمى المدين – بالقيام بأداء معين قِبَل شخص آخر – يسمى الدائن.

وإذا كان الالتزام في الفقه القانوني رابطة قانونية، فهو في الفقه الإسلامي رابطة شرعية.

ولم يستخدم لفظ (الالتزام) في الفقه الإسلامي بالاتساع الذي استخدم به في الفقه القانوني، فتعبير (الالتزام) في الفقه الإسلامي تعبير عام يندرج تحته الكثير من الفروع والمسائل والجزئيات، إلا أنه – من جهة أخرى – هو رابطة شرعية؛ نطاقه أكثر اتساعًا من الفقه القانوني؛ فهو رابطة قد تكون ذات طبيعة مالية، أو غير مالية مع لزوم وجود صفة الشرعية في المحل وفقًا للمنظور الشرعي في الفقه الإسلامي.

التبصير لغة: البصر – حاسة الرؤية – وأبصره: رآه. والبصير ضد الضرير. وبصر به: أي علم به. والتبصير: التأمل والتعرف. والتبصير: التعريف والإيضَاح. والمُبصرة: المضيئة ومنه قوله تعالى:﴿ فَلَمَّا جَآءَتْهُمْ ءَايَٰتُنَا مُبْصِرَةً قَالُوا۟ هَٰذَا سِحْرٌ مُّبِينٌ ﴾[(١)]، فالله – تعالى – ينزل آياته على عباده، واضحة بينة ليبصروا بها[(٢)].

والبصيرة: الحُجة[(٣)]، وأيضًا: بصر بصرًا وبَصَارة: صار ذا بصيرةٍ فهو بصير، وبالشيء. عَلِم به وبصَر الشيء عرفه ووضحه. وبالأمر تبصرة وتبصِيرًا:

---

(١) سورة النمل، الآية ١٣.

(٢) **الجامع لأحكام القرآن**، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي(المتوفى٦٧١هـ)، المجلد السابع، دار الحديث بالقاهرة، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ص١٤٩، **وفيه:** "....ومبصرة أي واضحة بينة، وبالرغم من ذلك فإن قوم فرعون جروا على عادتهم في التكذيب....".
وينظر: **فتح القدير**، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (المتوفى ١٢٥٥هـ)، الجزء الرابع، دار الحديث بالقاهرة، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٧م، ص١٥٥، **وفيه:** " أي جاءتهم آياتنا التي على يد موسى حال كونها مبصرة أي واضحة بينة كأنها لفرط وضوحها تبصر نفسها...وقرأ علي بن الحسن وقتادة: "مَبصَرة" بفتح الميم والصاد، أي مكانًا يكثر فيه التبصر".

(٣) **مختار الصحاح**، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ١٣٦٩هـ/١٩٥٠م، ص٦٧.