مشروعية محل العقد بين الشريعة والقانون

الأستاذ حملاوي دغيش
أستاذ بقسم الكفاءة المهنية للمحاماة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد خيضر بسكرة

مقدمـة:

قال ابن خلدون: إن الإنسان مدني بطبعه، أي أنه بفطرته يميل إلى العيش في جماعة ولا يمكنه أن يبقى منعزلا بأي حال من الأحوال، وذلك لأن متطلبات حياته الضرورية لا يستطيع بنفسه تحقيقها، مهما أوتي من علم وقوة.

وحتى مع العيش في جماعة يبقى إشكال أخر هو أن هذه الضروريات لا توهب له من طرف أصحابها أو المستولين عليها, لذلك بدأ أهل الفكر والعلم منذ القدم يبحثون عن الحل الأفضـل والأنجع الذي يحمى الاجتماع البشري من التناحر والتفكك, فاهتدوا للعقود بمختلف أنواعها.

وحتى تكون هذه العقود وسيلة لتحقيق الخير للفرد والجماعة, وضعت لها القوانين والشرائـع ضوابط، تضمن بقائها داخل المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، وكل عقد خالف هذه الضوابط وصف بعدم المشروعية، وترتب عليه لوم المجتمع لمبرمه وعدم الاعتراف بتصرفه وربما قد يؤدي ذلك حتى إلى عقوبته،أو على الأقل إلى رفضه من طرف المجتمع سواء كـان هذا الرفض حسيا أو معنويا أو هما معا.

إذن فما مفهوم هذه المشروعية التي يترتب عليها هذا الأثر؟ وما ضوابط اعتبارها؟

الإجابة على هذه الأسئلة هي ما سنعرفه في هذا الموضوع والذي سنقسمه إلى مطلبين الأول نخصصه لمفهوم المشروعية والثاني لضوابط اعتبارها.

المطلب الأول: مفهوم المشروعية

نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع نتكلم في الأول عن مفهوم المشروعية في اللغة والثاني نخصصه لمفهومها في الشريعة الإسلامية، والثالث لمفهومها في القانون، أما الرابع فسنخصصه للمقارنة بين مفهومها في الشريعة الإسلامية ومفهومها في القانون الوضعي.

الفرع الأول: المشروعية في اللغة

الشِّرْعـةُ والشَّريعةُ في كلام العرب مَشْرَعةُ الماء وهي مَوْرِدُ الشاربةِ التي يَشْرَعُها الناس فيشربون منها ويَسْتَقُونَ[1]،وجاء في كتاب التعريفات أن الشرع في اللغة عبارة عن البيان والإظهار، يقال شرع الله كذا أي جعله طريقا ومذهبا ومنه المشرعة والشريعة هي الائتمار بالتزام العبودية وقيل الشريعة هي الطريق في الدين[2].

وجاء في الصحاح للجوهري الشريعة مشرعة الماء، وهو مورد الشاربة، والشريعة ما شرع الله لعباده من الدين، ونقول شرع لهم يشرع شرعا، أي سن، والشارع الطريق الأعظم [3]، وسميت بذلك لوضوحها وظهورها، وورد أيضا في مادة شرع، الشريعة والشراع والمشرعة موضع يهيأ للشرب، والشريعة والشرعة ما شرع الله لعباده من أمر الدين.

وواضح من خلال ما ذكر سابقا أن لفظ المشروعية في اللغة يدور حول ما هو ضروري لحياة الإنسان كالماء وما هو موافق من الأعمال للشرع الإسلامي.

الفرع الثاني: المشروعية في الشريعة الإسلامية:

مفهوم المشروعية في الاصطلاح لا يختلف كثيرا عن معناها اللغوي إذ عرفت بأنها: ما سنه الله تعالى من أحكام أوحى بها إلى نبينا محمد صلى الله عليه وسلم [4].

وقال التهاوني تطلق المشروعية على ما تكتسبه الأفعال أو الأشياء من أحكام كالبيع, فإن له وجودا حسيا ومع هذا له وجود شرعي[5]، ويقصد بقوله ما تكتسبه، ما تتصف به من كونها حلالا أو مستحبة أو واجبة، وهذا القول كله يعني أن مشروعية الأفعال يقصد بها أنها موافقة لما شرعه الله في الكتاب والسنة من أحكام، ومن ثم فمشروعية محل العقد تعني أنه موافق لما أجاز الشرع الإسلامي التعامل فيه، بمعنى أنه أحله وأجازه.

والخلاصة من هذا كله أننا نستطيع أن نعرف المشروعية بقولنا: هي رضا الشارع وإقراره للتعامل في المحل بأي صورة من الصور[6].

وللمشروعية أساليب متنوعة في نصوص القرآن والسنة أهمها الإباحة والجواز والحل.

1- الإباحة: في اللغة هي الإحلال يقال أبحتك الشيء أي أحللته لك والمباح خلاف المحظور[7] إذن فهي الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل.

وعرفها علماء الأصول بأنها خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين تخييرا من غير بدل [8].

وعرفها الفقهاء بأنها الإذن بإتيان الفعل حسب مشيئة الفاعل في حدود الإذن[9].

وقد تطلق الإباحة على ما قابل الحظر فتشمل الواجب والمستحب والمندوب.

2- الجواز: اختلف الأصوليون في العلاقة بين المشروعية والجواز، فمنهم من يرى أن الجائز يطلق على خمسة معان هي المباح، وما لا يمنع شرعا، وما لا يمنع عقلا، أو ما استوى فيه الأمران، والمشكوك في حكمه.

ومنهم من قصره على المباح ومنهم من أطلقه على أعم من المباح[10]، والفقهاء يستعملون الجواز فيما يقابل الحرام فهو يشمل عندهم الواجب والمستحب والمباح والمكروه.

3- الحِلُّ:إذا كانت المشروعية تعني موافقة الشرع، أي أن قولنا محل مشروعا أي يجوز أن يكون محلا للعقد عليه، فإن لفظ الحِلُّ أعم لأنه يطلق على ما سوى التحريم, ومن النصوص الدالة على ذلك قوله تعالى: **{ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الربا}**[11] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:« **وَإِنِّي لَسْتُ أُحَرِّمُ حَلَالًا وَلَا أُحِلُّ حَرَامًا** »[12].

ولما كان الحلال مقابلا للحرام فهو يشمل كل ما عداه من الأحكام التكليفية وهي الواجب والمستحب والمباح وعلى هذا الأساس فالمشروع حلال مهما كان قسم هذا الحلال.

الفرع الثالث: المشروعية في القانون:

مناط المشروعية وغيابها هو الموافقة أو المخالفة للقانون والنظام العام والآداب في المجتمع, فما كان موافقا فهو مشروع، وما كان مخالفا فهو غير مشروع، وعلى هذا الأساس نقول أن مشروعية محل العقد تعني عدم مخالفته للقانون والنظام العام وحسن الآداب في المجتمع[13].

إذن فالمحل المشروع هو الذي يجيزه القانون لعدم خروجه على النظام العام والآداب[14].

وبمعنى آخر المشروعية تعني الموافقة للقانون والنظام العام، وإذا رجعنا للقانون نجد أن قواعده التي تنظم سير الحياة في المجتمع تـنقسم إلى قسمين رئيسيين، هما القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

1- القواعد الآمرة: وهي التي لا يجوز للأشخاص بأي حال من الأحوال الاتفاق على مخالفتها، وذلك لأنها تمثل مصلحة عامة للجماعة, وتعتبر نابعة عن إرادة الجماعة لتنظيم علاقة قانونية على وجه معين يتفق مع مصلحتها[15].

وسميت بالآمرة لأنها تتضمن أمرا إلزاميا، كما يطلق عليها ناهية لأنها قد تضم نهيا لا مفر للأشخاص من طاعته، ومن أمثلتها القواعد التي تحرم القتل والسرقة وخيانة الأمانة فمثلا إذا اتفق شخصان على قتل آخر كان اتفاقهما باطلا.

2- القواعد المكملة(المفسرة): وهي التي يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها، وذلك لأنها لا تمس بالمصلحة العامة، بل تقتصر على المصالح الفردية، ومن ثم يجوز للأفراد الخروج عليها والتخلص من أحكامها[16].

والخلاصة أن القواعد المكملة مثلها مثل القواعد الأخرى لها شروط لا تطبق إلا بتوفرها من هذه الشروط ألا يتفق الأفراد على مخالفتها، وهذا يعني أنه إذا اتفق الأفراد على مخالفتها امتنع تطبيقها، لا لأنها ليست ملزمة أصلا ولكن لأن شرطا من شروط تطبيقها وإلزامها قد تخلف

أما إذا سكت الأفراد عن النهي عن مخالفتها، فإن شروط تطبيقها وإلزامها تكون متوفرة ومن ثم تطبق عليهم ويلزمون بحكمها كغيرها من القواعد[17].

الفرع الرابع: المقارنة بين مفهوم المشروعية في الشريعة ومفهومها في القانون

من خلال العرض السابق لمفهوم المشروعية في الشريعة الإسلامية ومفهومها في القانون نستنتج أن الفرق بينهما يكمن في:

1- المشروعية في الشريعة الإسلامية أصلها سماوي لأنها من عند الله عز وجل الذي له الكمال المطلق فهي توافق الحق والعدل والصواب، بينما المشروعية في القانون مصدرها بشري لأنها من عمل الإنسان يعتريها ما يعتريه من نقص وضعف وإن ناشد الكمال وسعى للوصول إلى الحق والعدل وبذل في سبيل ذلك ما في وسعه.

2- المشروعية في الشريعة الإسلامية ليست مقياسا للسلوك الظاهري فقط، بل هي مقياس للحكم على تصرفات الأفراد الباطنية والظاهرية، فإذا خالف شخص في تصرفه مبدأ مشروعية الأفعال الذي وضعه الخالق باطنيا، وسلم من الحساب القضائي الدنيوي لسلامة تصرفه في الظاهر، فإنه يعتبر آثما شرعا إذا كان مقصده سيئا ونيته خبيثة[18].

أما المشروعية في القانون فإنها تطبق على السلوك الخارجي للأفراد لأن القانون لا علاقة له بما يكنه الإنسان في نفسه من نيات.

المطلب الثاني: ضوابط مشروعية محل العقد

حتى نستطيع أن نفهم معنى المشروعية أكثر يجب علينا أن نحدد ضوابطها، والأسس التي تقوم عليها في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي, لذلك نرى أنه لزاما علينا أن نخصص هذا المطلب لبيان هذه الضوابط، وكالعادة سنتكلم عنها في الشريعة الإسلامية ثم في القانون وأخيرا نجري مقارنة بينهما ونخصص لكل واحد من هذه الأمور فرعا.

الفرع الأول: ضوابط مشروعية محل العقد في الشريعة الإسلامية

يعبر الفقهاء المسلمون عن مشروعية المحل بعدة تعبيرات في كتبهم فمنهم من يقول القابلية للتعامل فيه شرعا، ومنهم من يقول صلاحيته للتعامل ومنهم من يصرح بالمشروعية.

لكن السؤال المطروح متى تتحقق هذه المشروعية؟ أو بتعبير آخر ما هي الشروط التي ينبغي أن تتوفر في المحل حتى يعتبر بأنه مشروع؟ أو بتعبير آخر ما هي مرتكزات المشروعية؟ وما هي الأسس التي تقوم عليها؟

بالرجوع إلى مصادر التشريع الإسلامي وكتب الفقه بمختلف مذاهبه نستطيع أن نستخلص أن المشروعية لها الضوابط التالية:المالية، الطهارة، الانتفاع، عدم النهي.

قال ابن الحاجب رحمه الله تعالى في معرض الكلام عن محل العقد: " يجب أن يكون طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوم" [19].

وجاء في حاشية ابن عابدين" وشروط المعقود عليه ستة كونه موجودا مالا متقوما مملوكا في نفسه..."[20].

ومن هذا نستطيع أن نجمل ضوابط مشروعية الأشياء فيما يلي:

1- أن تكون مالا: عرف المال بعدة تعريفات وهي وإن اختلفت في ألفاظها إلا أنها تتفق في معناها إلى حد كبير، من هذه التعاريف أنه اسم لكل ماله قيمة يلزم متلفه بضمانه[21].

وللمال أقسام عدة ليس هذا الموضع محل ذكرها، وكون المال شرط للمشروعية يعني إن كان المحل ليس مالا في نظر الشرع، فإنه لا يصح التعاقد عليه[22]، فبيع الإنسان عضو من أعضائه مثلا لا يجوز, ويستثنى هنا:

- التبرع بالدم أو بعض من الأعضاء بشروط معينة منها عدم المضرة على صاحب العضو أو الدم ووجود منفعة محققة للمتبرع عليه. وذلك لدخوله في عموم قوله تعالى: **{ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ }**[23] [24].

- عقد الزواج فبالرغم من إن المعقود عليه ليس مالا فإنه مشروع ما توفرت فيه شروط أخرى.

2- أن يكون طاهرا: فإن كان نجسا فإنه لا يقبل التعامل به شرعا، كالخمر والخنزير والميتة، والأعيان النجسة إما نجاستها ذاتية كالعذرة والبول والدم وأجزاء الميتة وإما عرضية كالتي تقع النجاسة فيها، وهي في أصلها طاهرة مثل الزيت واللبن...ولا فرق بين القسمين في الحكم[25].

والدليل على شرط الطهارة قوله تعالى:**{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً }**[26].

ووجه الاستدلال بالآية أن العين المتنجسة لا منفعة فيها للمسلم لأن الله حرمها فالمعاوضة عليها إذن تعد من أكل أموال الناس بالباطل.

وقوله صلى الله عليه وسلم « **إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: لا هو حرام ثم قال عند ذلك، قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه**» [27].

وواضح أن وجه الدلالة من الحديث هي أن الخمر منع بيعها لأن منفعتها هي الشرب وهو محرم، والميتة منفعتها الأكل وهو محرم لما فيها من النجاسة, ويستثنى هنا:

- إذا كان المعقود عليه يمكن تطهيره، فإنه يجوز التعاقد عليه مثل الثوب المصاب بنجاسة.

- حال الضرورة والحاجة، إذ رخص الشارع الانتفاع بالنجاسة عندئذ مثل أكل الميتة عند خشية الهلاك إذ لم يوجد غيرها, وفضلات الحيوانات تستخدم في تسميد الأرض [28].

3- أن يكون منتفعا به: إذا تحققت الطهارة في المعقود عليه وجب التحقق بعد ذلك من وجود المنفعة فيه، لأنها المقصودة من جميع الأموال والأعيان، المنفعة المطلقة في حال السعة والاختيار لا في حال العسر والاضطرار، والمنافع قد تكون منعدمة وقد تكون موجودة لكنها قليلة لا قيمة لها، وقد تكون كثيرة وفي هذا الصدد يقول الإمام الحطاب ما ملخصه: اعلم أن الأعيان على قسمين:

الأول: ما لا منفعة فيه أصلا وهذا لا يصح العقد به ولا عليه، بل لا يصح ملكه كما صرح به المازري وابن شاس والقرافي ومثله بالخشاش ومثله البساطي بالخفاش وبعض العصافير التي لو جمع منها مائة لم تحصل منها أوقية لحم.

الثاني: ماله منفعة وهو على ثلاثة أقسام:

أولها: ما كان جميع منافعه محرمة وهو الذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

ثانيها: ما كان جميع منافعه محللة وهذا يجوز بيعه إجماعا كالثوب والعقار ويصح ملكه إلا أن يتعلق بتلك المنفعة حق لآدمي أو حق لله، كالمساجد والبيت الحرام فلا يصح ملك ذلك ولا بيعه.

ثالثها: ما فيه منافع محللة، ومنافع محرمة، وهذا كما قال المازري إن كان جل المنافع والمقصود منها محرما والمحلل منها تبعا فواضح إلحاقه بالقسم الأول أي المحرم وذلك مثل الزيت النجس فإن جل منافعه كالأكل والادهان وعمله صابون ممنوع، إنما فيه إيقاده في غير المساجد وانتفاع غير الآدمي منه، وذلك في حكم التبع فامتنع بيعه.

وإن كان جل المنافع والمقصود منها محللا والمحرم تبع فواضح إلحاقه بالثاني الحلال ويمكن تمثيله بالزبيب ونحوه مما يمكن أن يعمل منه الخمر.

وإن كانت منافعه المقصودة منها، ما هو محلل ومنها ما هو محرم، أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة قال المازري فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالممنوع[29].

والخلاصة التي نخرج بها من كلام الإمام الحطاب رحمه الله تعالى أن الأعيان بحسب ما فيها من منافع محللة ومحرمة تنقسم إلى:

- ما لا منفعة فيه أصلا وهذا لا يجوز أن يكون محلا للعقد.
- ما فيه منفعة أو منافع متعددة لكنها محرمة كلها وهذا أيضا لا يجوز أن يكون محلا للعقد.
- ما فيه منفعة أو منافع كلها محللة وهذا يجوز التعاقد عليه.
- ما فيه عدة منافع بعضها حلال وبعضها حرام، فهذه إن كان جل المنافع والمقصود منها محرما والمحلل تبع فلا يجوز التعاقد عليه، وإن كان العكس جل المنافع والمقصود منها محللا والمحرم تبع يجوز التعاقد عليه، وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة فهذا أيضا لا يجوز التعاقد عليه.

ويستثنى هنا أيضا ما يلي:

- بيع السم، نص الفقهاء القدامى على منع التعاقد عليه لأن جميع منافعه محرمة وهذا يؤدي حتما إلى منع بيع مصادر هذه السموم، لكن في الوقت الحاضر تغيرت الأحوال حيث أصبح من هذه السموم يصنع دواء للإنسان وأشياء أخرى تابعة، فلهذا لابد أن يتغير الحكم هنا ويصبح الغرض من التعاقد عليها هو الذي يحدد وجود منفعة أو عدمها وعليه يحكم بجواز التعاقد أو منعه[30].

4- عدم النهي عنه: النهي عن الأعيان راجع إما:

- لعدم طهارتها.
- لعدم وجود منفعة فيها.

وقد قرر علماء أصول الفقه أن الحكم يدور مع علته وجود ا وعدما, وعليه فالشيء النجس إذا استحال طاهرا، تغير حكمه مثل المياه المستعملة والتي تعتبر في أعلى درجة النجاسة يعاد تنظيفها بوسائل علمية مستحدثة، وكذلك عديم المنفعة إذا ظهرت له منفعة ما، جاز التعاقد عليه كدودة القز التي أصبحت لها فائدة عظيمة تتمثل في الحصول على مادة الحرير.

الفرع الثاني: ضوابط مشروعية المحل في القانون:

بالرجوع إلى محل العقد، ومعرفة معناه، والشروط الواجب توفرها فيه وما ورد حوله من نصوص قانونية، نستطيع أن نستخلص الضوابط التي يرتكز عليها، ولا يكون له وجود بدونها وهي أمران، القابلية للتعامل وموافقة النظام العام والآداب.

1-القابلية للتعامل فيه: ويكون المحل قابلا للتعامل فيه إذا كانت طبيعته لا تأبى ذلك، ولم يمنعه القانون بنص[31],إذن فعدم القابلية للتعامل في المحل راجعة، إما إلى خروج الشيء عن التعامل فيه لطبيعته وإما بحكم القانون[32].

أ-الأشياء غير القابلة للتعامل بطبيعتها: قد تخرج الأشياء عن دائرة التعامل ويكون هذا الخروج راجعا إلى طبيعتها، وقد حدد القانون هذه الأشياء إذ تنص المادة 682 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية بقولها" والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها" كالهواء وماء البحر وأشعة الشمس وغيرها, فالالتزام بتمليك ماء البحر، أو الهواء، غير مشروع لأنه يخرج عن التعامل بطبيعته، ولا يملك أحد أن يستأثر بحيازته، أما إذا تغير الوضع وزالت الاستحالة ودخل التصنيع عليها، أو حصرت بكمية معينة فيجوز عندئذ التعامل بها، كبيع قارورات الهواء المضغوط أو الماء[33].

ب- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون: بعض الأشياء تقبل التعامل فيها بطبيعتها لكن يخرجها القانون عن دائرة التعامل لسببين هما:

الأول: لغرض مقصود هو المنفعة العامة، عندئذ لا يجوز التصرف في هذه الأشياء أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم، لأن ذلك يخرجها عن تحقيق الغرض الذي خصصت له ومن الأمثلة على ذلك بيع الأملاك المخصصة كمعالم أثرية[34].

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن عدم القابلية للتعامل أمر نسبي، قد لا يشمل كل التصرفات إذ قد يجيز القانون التأجير، في الوقت الذي يمنع فيه البيع وهكذا...الخ.

الثاني: حفاظا على الصحة العامة، أو لأي غاية اجتماعية أخرى كمنع المخدرات مثلا بجميع أنواعها, والخلاصة أن المنع في الصورتين مؤداه واحد وهو امتناع العملية القانونية فيه[35].

2- موافقة النظام العام والآداب: فكل ما يخالف النظام العام والآداب يعتبر غير مشروع، ويسوق الفقه القانوني أمثلة عديدة لعقود مخالفة للنظام العام والآداب، منها بيع أعضاء الإنسان، وبيع دار ليدار فيها القمار، وشراء مستلزمات لها، وبيع إنسان على أنه رقيق وتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال، وتعهد سارق برد المسروق مقابل مبلغ من المال..الخ.

فهذه الأشياء وغيرها يعتبرها القانون خارجة عن دائرة التعامل وإن لم ينصص عليها صراحة[36].

الفرع الثالث المقارنة بين ضوابط المشروعية في الشريعة وضوابطها في القانون

عرفنا عند الكلام عن ضوابط المشروعية أنها في القانون أمران هما القابلية للتعامل وموافقة النظام العام والآداب، وفي الشريعة الإسلامية باستثناء عقد الزواج ضوابط مشروعية المحل هي أن يكون مالا طاهرا منتفع به لم يرد في حقه نهي، وهذا يعني أنه لا يجوز التعامل فيما لا منفعة فيه أصلا، لفقدان العقد أو التعامل الغرض الذي من أجله شرع وهو تبادل المنافع، هذا من جهة ومن جهة أخرى أن ما لا منفعة فيه يكون التعامل فيه عبثا، لعدم الفائدة وكل عقد يخلو من الفائدة باطل لأن العبث لا يشرع فكانت الفائدة شرط للمشروعية، وأيضا بذل المال فيما لا نفع فيه سفه بين، وآخذ المال من قبل الطرف الآخر نتيجة ذلك أكل لأموال الناس بالباطل، وكلاهما محرم شرعا[37].

وتأسيسا على هذا نقول:

1- أن قوام مالية الشيء المنفعة وهي أساس القيمة ومالا منفعة فيه لا قيمة له وما لا قيمة له فهو ليس متقوما شرعا، ويستوي في ذلك ألا يكون للشيء نفع أصلا أو يكون له نفع لكن منع منه الشارع، لأن المنفعة المحرمة كالمعدومة والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا ولا يجوز التعامل في المعدوم.

والمشروع في الشريعة الاسلامية هو إما مشروع حق لله تعالى أو حقا للعبد، وفعل المكلف الذي تتعلق به الأحكام الشرعية، ويحكم عليه بالمشروعية أو عدمها ينقسم إلى قسمين رئيسيين هما:

أ- حقوق العباد: والمراد بحق العبد ما تتعلق به مصلحة خاصة بالفرد، كحق الدية، وحق الشفعة، وحق المشتري في تملك المبيع والبائع في تملك الثمن...

ب- حقوق الله: والمراد بها كل ما تعلق به النفع العام للعباد وحفظ النظام في المجتمع ولا يختص به أحد.

ونسبته لله تعالى لخطره وشمول نفعه والاهتمام به تعظيما، لأنه تعالى يتنزه عن أن ينتفع بشيء، فلا يكون له حق بهذا الاعتبار، وباعتبار الخلق فالكل سواء في الإضافة إليه سبحانه وتعالى**{ لِلَّهِ ما فِي السَّمَاواتِ وَمَا فِي الأَرْضِ }**[38].

وحق الله تعالى لا يجوز للأفراد العفو فيه، ولا الإبراء منه، ولا التصالح عليه، ويمكن القول كقاعدة عامة أنه يمتنع التعامل في محل العقد إذا كان هذا التعامل يفوت حقا لله فحفظ النفس مثلا حق لله، ومن ثم فإنه يمتنع كل اتفاق يفوت النفس أو عضو من الأعضاء وكذلك المحافظة على العرض حق له فلا يجوز التعاقد على ما يفوت هذا الحق، وحفظ الأموال حق لله فكل تصرف يفوته كعقود الغرر والربا وكل ما فيه أكل أموال الناس بالباطل يعد باطلا وحفظ العقل حق له فكل اتفاق يفوت هذا الحق كبيع المخدرات والخمور هو ممنوع شرعا.

وعلى هذا فكل تعامل يقضي القانون ببطلانه لمخالفته النظام العام والآداب تبطله الشريعة الإسلامية تحت دائرة تفويت حق من حقوق الله، هذه الدائرة التي تتسع أكثر من دائرة النظام العام والآداب في القانون، وذلك لاتصال الأحكام في الشريعة الاسلامية بالعقيدة والأخلاق.

2- تتفق أيضا الشريعة الإسلامية مع القانون في منع التعامل في كل ما تتنافى طبيعته مع التعامل فيه، أو تأبى حكم نوع معين من العقود، الأول مثل مالا يمكن حيازته كالشمس والهواء، والثاني مثل الخضروات والفواكه فهي أموال منقولة يمكن امتلاكها وبالرغم من ذلك فلا تصح أن يقع الرهن عليها، إذ طبيعتها لا تتفق مع حكمه من الاحتباس طوال أجل الدين، والمقصود من العقد حكمه وأثره، وفي المقابل يجري عليها من العقود ما يتفق وطبيعتها كالبيع والهبة وغيرها...[39].

3- وتتفق أيضا الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في منع التعامل في الأموال التي خصصت لغرض معين، إذا كان هذا التعامل يعود على ذلك الغرض بالهدم، ويطلق القانون على هذه الأموال عبارة الأموال العامة، ويسميها فقهاء الشريعة الإسلامية الأموال المشتركة، ويمثلون لها بالأوقاف، والجسور، والقناطر، وغيرها من منشآت الدولة كينابيع المياه وآبار النفط وما إلى ذلك مما يتنافى مع الغرض من أصل إنشائه، أو خلقه في الأرض.

والخلاصة التي يمكن استنتاجها من هذه المقارنة، أن الشريعة الإسلامية تتفق مع القانون في ضبط المشروعية بسياج النظام العام والآداب وعدم منافاة العقد للغرض الذي خصص له المحل, وتختلف معه في تحديد مفهوم النظام العام والآداب، ويتبعه ما يترتب عليه من نتائج,كما تختلف عنه في اعتبار الطهارة، إذ تعتبرها الشريعة الإسلامية أمرا لازما في المشروعية بينما القانون لم أجد له على كثرة بحثي نصا أو إشارة تدل على اعتباره لها وأكثر تطبيقاته توحي بعدم اعتبارها، فمثلا إجازته لبيع الخمور وشربها وغير ذلك من الأمور التي يطول حصرها.

وقد يخرج القانون عن دائرة التعامل ما هو نجس، لكن لا على أساس تقسيم الأشياء إلى طاهرة ونجسة، كما هو موجود في الشريعة الإسلامية، وإنما على أساس الضرر الذي يعود على الإنسان، والإضرار بالنظام العام والآداب.

الهوامش:

(1) جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور،لسان العرب الطبعة الأولى دار صادر بيروت لبنان، ج 8، ص 175.

(2) علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات الطبعة الأولى دار الكتاب العربي بيروت، لبنان 1984 ص167.

(3) إسماعيل بن حماد الجوهري،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية الطبعة الرابعة دار العلم للملايين بيروت، 1987، ج 3، ص 1236.

(4) د.عبد الحميد ميهوب، تاريخ الشرائع الإسلامية طبعة دار النهضة العربية مصر،1997، ص 7.

(5) انظر محمد علي بن علي التهانوي،كشاف اصطلاحات الفنون دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1998، ج 4،

ص 222.
(6) انظر محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية،دار الفكر العربي مصر ص 371.
(7) انظر ابن منظور، المرجع السابق مادة بوح، ج 2، ص 416.
(8) علي بن محمد الآمدي أبو الحسن، الإحكام في أصول الأحكام الطبعة الأولى دار الكتاب العربي بيروت لبنان، 1983، ج1 ص167.
(9) علي بن محمد بن علي الجرجاني، المرجع السابق، ص 20.
(10) الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الأولى دار الصفوة، مصر، ج 1، ص127.
(11) سورة البقرة الآية 275.
(12) رواه البخاري في صحيحه، ج 3، ص 1132، ح 2943، ومسلم في صحيحه، ج 4، ص 1930 ح 2449.
(13) انظر: د. سمير كامل، المدخل للعلوم القانونية، طبعة 1992، ص 41. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، طبعة 1984، ص 421. د. طه محمد إبراهيم سيد أحمد، مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون دار النهضة العربية مصر، 1997، ص 30.
(14) د.احمد عز الدين عبد الله وآخرون، معجم القانون دارالنهضة العامة لشؤون المطابع الأميرية مصر، 1999، ص 134.
(15) د.عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية بين التقليد والحداثة دار الخلدونية الجزائر، ص 335.
(16) د.عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون دار النهضة العربية بيروت لبنان، 1982، ص 54- 55.
(17) د. طه محمد إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق ص 34- 35.
(18) د.سمير عالية، علم القانون والفقه الإسلامي الطبعة الثانية المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت لبنان 1996، ص 89.
(19) جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر ابن أبي بكر المشهور بابن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات الطبعة الأولى المكتبة العصرية بيروت لبنان 1997 ص337.
(20) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المحتار شرح تنوير الأبصار دار الفكر للطباعة والنشر بيروت لبنان 2000، ج 4، ص 505.
(21) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة دار الفكر دمشق سوريا 1989، ج 4، ص 42.
(22) د. أحمد فراج حسين وعبد الودود محمد السريني، النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه دار النهضة العربية بيروت لبنان 1992 ص 150.
(23) سورة المائدة الآية 2 .
(24) د.حسن صلاح الصغير، صلاحية المبيع للانتفاع به دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 2004 ، ص 355-358.
(25) انظر: الحطاب،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل دار عالم الكتب بيروت لبنان 2003 ج6 ص57-63. النووي، المجموع شرح المهذب دار الفكر بيروت لبنان، 2005، ج 9، ص 214-224.
(26) سورة النساء الآية 29.
(27) رواه أبو داود في سننه ج3 ص 2279 ح 3486 واحمد في مسنده ج2 ص213 ح 19415 والبيهقي في السنن الكبرى ج9 ص355 ح 19415 وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغيرح1832..
(28) د.حسن صلاح الصغير، المرجع السابق ص333.
(29) الحطاب، المرجع السابق ج6 ص64.
(30) محمد سكحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي الطبعة الأولى دار ابن حزم بيروت لبنان 2001 ص 91.
(31) انظر المادة 682 من القانون المدني الجزائري.

(32) د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بيروت لبنان 1983 ص133-134.
(33) انظر: د. حسن صلاح الصغير، المرجع السابق ص49. د. أنور سلطان، المرجع السابق ص133- 134.
(34) هذا ما قررته المحكمة العليا في 23-10-1991 ملف رقم 81693 انظر المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثالث لسنة 1993.
(35) د. عبد السلام التو نجي، مصادر الالتزام في القانون المدني الليبي، مطابع الحقيقة ليبيا، 1976، ج 1، ص 331-332.
(36) د. أنور سلطان،المرجع السابق، ص 135-138.
(37) د. محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية الطبعة الرابعة منشورات جامعة دمشق،1997، ص 240.
(38) سورة البقرة، الآية 284.
(39) د.محمد فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 338.