مفهوم العقد " تقارب " أم " تباعد " بين النظام القانوني والنظام الإسلامي

د / فطيمة نساخ

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

ملخص

تتمحور هذه الدراسة حول مفهوم العقد ما بين النظام القانوني والنظام الإسلامي، والبحث عن التقارب أو التباعد فيما بين النظامين ، فانطلقنا من فكرة تعريف العقد وذلك لتحديد المعنى في كلا النظامين وتوصلنا أن المفهوم مختلف ، وتمعنا في مفاهيم أخرى وذلك بغرض إيجاد التقارب ما بين النظامين أو التباعد، ومن هذه المفاهيم ما يعرف بالإرادة العقدية و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي دراستنا للفكرتين في كل نظام لاحظنا مدى الاختلاف القائم ما بينهما.

الكلمات المفتاحية: العقد، النظام، القانوني، الإسلامي.

Résumé

Cette étude porte sur la recherche des points de convergence ou de divergence dans le concept du contrat entre l'ordre juridique et l'ordre islamique. Nous avons démarré à partir de l'idée de la définition du contrat et ce afin de déterminer le sens dans les deux ordres et nous sommes parvenue à la conclusion suivante : Le concept est différent. Nous nous sommes étudié attentivement d'autres concepts et ce dans le but de trouver une convergence entre les deux ordres ou une divergence. Parmi ses concepts, celui de la volonté contractuelle, du principe stipulant que le contrat est la loi des parties contractantes. Lorsque nous avons étudié les idées de chaque ordre, nous avons constaté le degré de différence existant entre les deux.

A l'issue de notre recherche relative au concept du contrat dans les deux ordres, nous avons conclu que le droit positif qui régit les relations contractuelles comporte un certains nombre de failles qui ont prouvé l'incapacité du droit positif à réaliser la justice, ce que nous ne rencontrons pas dans l'ordre islamique. En effet, nous ne trouvons pas dans ce dernier une théorie_général du contrat telle qu'elle existe dans le droit positif , bien au contraire, l'ordre islamique a organisé chaque contrat individuellement et a mis en place ses dispositions.
Les dispositions de l'ordre islamiques et celles de l'ordre juridiques se joignent en effet dans les valeurs qu'elles traitent mais cela n'empêche pas la divergence entre les deux ordres dans l'organisation de la relation contractuelle. Cette étude n'est qu'une preuve absolue de l'authenticité, la place et la maturité de l'ordre islamique qui est capable d'accompagner toutes les crises vu qu'il s'agit d'un ordre basé sur des fondements et des principes de valeur qui ont aidé et aident à réaliser ce que l'ordre positif n'a pas pu accomplir tel que parvenir à la justice et mettre en place une moralisation de la relation contractuelle.

مقدمة:

رغم اختلاف النصوص القانونية المنظمة للعلاقات العقدية، فإنه ومما لاشك فيه أن هذه القواعد القانونية عرفت جملة من التطورات وأطلق عليها البعض بالتجديد.

لا تقوم المقارنة من حيث مضامين هذه القواعد المنظمة للعقد في الدول، وذلك على أساس أنها في مجملها تأثرت بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية وأضف إلى ذلك بالأنظمة السياسية القائمة في كل دولة فعرفت معظمها فيما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة مع العلم سواء كان ذلك إطلاقا منه أو تحديدا له ، فالإرادة هي الميزة الرئيسية للعلاقة العقدية .

لكن رغم هذا التصور الذي وحد الأمم والبلدان في ضل القواعد المنظمة للعلاقة العقدية ، فلا جدال في أن تقييم أو مقارنة هذه الأنظمة القانونية الوضعية وأحكام فقه المعاملات أسال الحبر خاصة في ضل مسألة أو رواج مقولة أن الشريعة الإسلامية شريعة عالمية صالحة لكل زمان ومكان . فقام الجدل حول هذا المفهوم أي علاقة القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية ، وبالضبط تحديد العلاقة بين القانون الوضعي المنضم للعقد وفقه المعاملات القائم على أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا هو محتوى العمل المراد إنجازه وذلك إلى الوصول إلى انعدام المقاربة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

وللوصول إلى هذه النتيجة كان لابد دراسة ما يحتويه القانون الوضعي المنظم للعلاقة العقدية من قواعد والتي تحملنا تارة إلى التشريعات الفرنسية وتارة تحملنا إلى أحكام مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، وهذا التزاوج بين النظامين هل يعني أن القانون الوضعي والقانون الإسلامي لهما نفس الاهتمامات والقيم والمبادئ والأحكام ، وهل لنا القول أن النظامين متقاربين ، بالتالي ما مصير نص المادة الأولى من القانون المدني التي ترتب مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية الاحتياطية .

إن تجاهل العلاقة القائمة بين القواعد القانونية المنظمة للعلاقة العقدية والقواعد الإسلامية أو فقه المعاملات أمر غير ممكن ، وذلك على اعتبار أنه حقيقة الشريعة الإسلامية مصدرا مادي لا يمكن تجاهله عند وضع القواعد القانونية ، لكن يثار الإشكال في إمكانية تدوين قواعد الشريعة الإسلامية المنظمة للمعاملات .

ما يمكن أن نؤكده مرة أخرى ، أن حتى الفقه الفرنسي اعترف للشريعة الإسلامية بهذا الدور العالمي وأنها صالحة لكل زمان ومكان ، ومن جهة

أخرى اعترف أنها تحمل من الأحكام والمبادئ والمفاهيم التي تمكنها من التأقلم مع كل المستجدات، وإن كان هذا تصريحا من غير المسلمين فكيف للمسلم أن يتجاهل أحكامها في معظم أحكامه المنظمة للعلاقة العقدية وإتباع ما توصل له الغرب من مبادئ وقيم في حين أن فقه المعاملات يحمل من القيم والأحكام التي أثبت الواقع جدواها في تطبيقها حاليا.

حقيقة هناك أثر لأحكام الشريعة الإسلامية في القواعد المنظمة للعقد مثل نظرية الميسرة ، نظرية مجلس العقد ، نظرية الشرط الجزائي ، الشروط المقترنة بالعقد وغيرها من الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية ، هذا ما يدفعنا إلى أنه هناك نوع من محاولة التقرب من أحكام المعاملات وفق الشريعة الإسلامية ، لكنه بالنظر لباقي الأحكام الواردة في القانون الوضعي أي المدني جلها كانت تأثرا بالمشرع المصري والذي هو بدوره كذلك تأثر بالمشرع الفرنسي.

لذلك، فإن محاولة تقرب المشرع من أحكام الشريعة الإسلامية لا يعني بتاتا أن القانون المدني قانون إسلامي ، فأحكام العقد في معظمها جاءت تكريسا لمبادئ المذهب الفردي من تكريس الحرية واعتبارها تمثل روح العقد والتي تجسدت فيما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، أضف إلى جملة الأفكار التي تأثر بها المشرع وذلك عند عجز المبدأ عن تحقيق ما يسمى بالعدالة العقدية وللقول بقية في إطار هذا الموضوع ، وذلك لحاجته من الشرح والتوضيح والإثبات ، لكن ما يمكن أن ننطلق منه كتساؤلات منها هل تصور أو تنظيم العقد الوارد في القانون الوضعي (المدني) هو نفسه الوارد في فقه المعاملات ؟ لماذا لا نطبق أحكام الشريعة الإسلامية على العقد ؟هل هناك إمكانية " التقارب " أو أن " التباعد " لا محالة بين أحكام القانون الوضعي (المدني) وأحكام الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات ؟ لماذا القانون

الوضعي وضع النظرية العامة للعقد في حين في أحكام الشريعة الإسلامية لا نجد نظرية عامة وإنما نستخلصها من أحكام الواردة في كل عقد ؟

فالغرض من كل هذه التساؤلات والتي هي عديدة هو الوصول إلى دراسة فكرتين هامتين ، فشل الآلة التشريعية في مجال تنظيم العقد من تكريس جل أحكام الواردة في الشريعة الإسلامية وذلك لتأثرها بالقوانين المجاورة والتي تأثرت بالقانون الفرنسي هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تأكيد عدم إمكانية التقارب بين القانون الوضعي (المدني) وأحكام النظام الإسلامي الذي أثبت وجوده وصلاحيته للتطبيق في الماضي والحاضر والمستقبل .

بالنسبة للعقد وفق الفقه الإسلامي فإنه نظم المعاملات وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يترك جانبا من جوانب الحياة إلا ونضمه وعالجه ، لأن الدين الصالح لكل زمان ومكان [1] ، وذلك على أساس أن الشريعة الإسلامية هي رصيد من القواعد والأحكام الفرعية المستنبطة من أدلتها الأصلية والمنظمة لحياة الناس داخل مجتمع سياسي أي داخل دولة معينة [2] .

لقد عمل الفقه الإسلامي في البحث والاجتهاد بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية للوصول إلى التطبيق لأحكامها في مجال المعاملات المدنية ، فالشريعة الإسلامية في كل شأن أو شيء حكم يدركه المجتهدون إما نصا أو استنباطا [3] ، من هنا فالشريعة الإسلامية تسري باعتبارها متضمنة للقواعد القانونية التي تحكم المعاملات [4] ، فللشريعة الإسلامية المكانة سواء عند الفقه العربي أو الفقه الغربي ، فامتد الاعتراف لها بالمكانة العالية من قبل حتى الفقه الغربي وذلك في إطار الملتقيات الدولية ومنها ما كان بتاريخ 7 جويليا 1951 بباريس وفيه صرح أنه " تنوع المدارس الفقهية أدت إلى وجود ثروة من المبادئ القانونية التي تسمح لهذا القانون الشرعي الاستجابة لكل متطلبات والمقتضيات المفروضة في الواقع " [5] .

ويراد بالفقه الإسلامي وفق معناه العام هو الفهم والمعرفة المتعلقة بالأحكام الشرعية ، أما وفق المصطلح العلمي العام فهو مجموعة من أنواع العلوم الشرعية الناتجة بالدراسة المنهجية من خلال مراحل تأسيس المدارس الفقهية ، وهو كذلك العلم بالأحكام الشرعية العملية المستمدة من أدلتها التفصيلية أو بعبارة أخرى هو العلم الذي يبحث لكل عمل عن حكمه الشرعي [6] .

للوصول إلى معرفة مدى العلاقة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي في مجال الارتباط التعاقدي أو ما يسمى بالعقد ، ارتأينا التطرق إلى بعض الأفكار التي يشترك فيها كل من الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي ، ودراسة رؤية كل منها والتعرف على رأي كل اتجاه إليها منها ، تعريف العقد ما بين التصورين (أولا) ، ودور الإرادة العقدية (ثانيا) ثم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (ثالثا) .

أولا : تعريف العقد ما بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي

نتناول تعريف العقد من جانب الفقه القانوني (أولا) ومن جانب الفقه الإسلامي (ثانيا) وذلك بغرض الوصول إلى الاختلاف الوارد بين النظامين

1 : العقد عند الفقه القانوني

وفق الفقه القانوني يراد بالعقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، ٌعرف كذلك أنه اتفاق يرمي إلى إحداث آثار قانونية [7] ، و هو كذلك توافق إرادتين بقصد إنشاء علاقات قانونية ملزمة [8] ، ويراد به أيضا توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله [9] .

2 : العقد عند الفقه الإسلامي

وفق الفقه الإسلامي يراد بالعقد ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله [10].

اختلف الفقه الإسلامي فهناك من وسع في إطلاق لفظ العقد فهو كل التزام لا يخلو من عهد والعهد يطلق على العقد ، هناك من جانب آخر من ضيق فيه وقصره على أنه لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من شخصين يرتبط كل منهما بالآخر أو هو التصرف المتضمن إنشاء حق أو نقله أو إنهائه أو إسقاطه دون أن يتوقف تمامه على تصرف من جانب آخر [11] .

ما يمكن أن نلاحظه ما بين التعريفين ، أن الفقه الإسلامي يؤكد على الارتباط الذي يعتد به فيشترط أن يكون على وجه مشروع وليس مجرد اتفاق الإرادتين ، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين على شيء يحرمه الشارع ، من هنا فالتعريف القانوني غير مانع من دخول العقد الباطل فيه ، وذلك أن العقد الباطل هو أيضا اتفاق بين إرادتين ، من هنا فالتعريف الفقهي للعقد هو الأصح لأنه قد يتم الاتفاق بين الإرادتين حتى لو لم يتحقق شرائط الانعقاد المطلوبة شرعا ، ففي هذه الحالة لا نكون أمام انعقاد على الرغم من قيام الاتفاق [12] .

إضافة لذلك فإن التعريف الفقهي للعقد لا يشمل العقد الباطل ، وذلك لأنه لا يوجد فيه ارتباط ، وبالتالي لا يترتب عليه أي نتيجة [13] ، أي أن التعريف الفقهي يعرف العقد بحسب واقعته الشرعية ، وهي الارتباط الاعتباري وهذا هو الأصح ، لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي [14]

نستنتج أن اشتراط الفقه الإسلامي أن يكون الارتباط مشروعا معناه أنهم يحكمون على العقود بالصحة إذا توافرت فيها الشروط الشرعية وأهمها " الإيجاب والقبول " مع بقية الشروط ، ويحكمون عليها بالفساد على ما لم تتوفر فيه الشروط الشرعية كالعقود المحرمة بسبب أن النشاط التعاملي محرم، أو لقيام العقد على الربا أو بنائه على الغش والتدليس أو الغرر وغيرها من مفسدات العقود ، وإن توافر فيها الإيجاب والقبول [15] .

من هنا قيل أن التعريف الفقهي للعقد أدق من التعريف القانوني له ، وذلك لأن التعريف الفقهي يبرز الحقيقة العقدية إلى حين الوجود بشكل واضح و جلي، وذلك عن طريق بيان الأجزاء التي يتكون منها العقد وهي الإيجاب و القبول ولا يظهر اتفاق الإرادتين الحقيقة العقدية بصورة بارزة ، وإنما الذي يظهره ويبرزه هو ارتباط الإيجاب بالقبول ، وما يتضمن هذان الإيجاب والقبول من تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى ليتم التلاقي بينهما ، وبالتالي يبرز إلى الوجود الحقيقة العقدية ، فلا ينعقد العقد بمعناه الدقيق باتفاق الإرادتين كما هو عليه الأمر في التعريف القانوني [16] .

إضافة إلى ذلك أنه تسود الفقه الإسلامي النزعة الموضوعية دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني ، فالعقد هو ارتباط الإيجاب والقبول لا من حيث أنه ينشئ الالتزامات شخصية بين المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة اللاتينية بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه أي أنه يغير المحل من حالة إلى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية .

لذلك قيل أن الفقه الإسلامي عرف النظرية المادية وإن لم تكن معروفة بهذا الاسم، لكن فقهاء الشريعة لم يجردوا الالتزام كما هو عليه الأمر عند أنصار النظرية المادية بصورة مطلقة من الصفة الشخصية ، حيث يقرر فقهاء الشريعة الإسلامية للقضاء بسلطة لإجبار المدين من الوفاء بطريق الحبس وذلك إذا لم يكن معسرا ، وهذا الإجبار عن طريق حبس المدين يبرر الجانب الشخصي للالتزام، ومن هنا يكون الفقه الإسلامي أخد بموقف متوسط بين النظرية المادية والنظرية الشخصية [17] .

من هنا فللشريعة الإسلامية نظرة متميزة للالتزام فالعبرة في الالتزام بالآثار المترتبة عليه من إنشاء حقوق وإسقاطها ، وتحمل واجبات بغض النظر عن أطراف الالتزام ، وهذا التصور تضفي عليه الصبغة الموضوعية [18]

ثانيا : دور الإرادة العقدية

يختلف دور الإرادة في إطار العلاقة العقدية بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي، فيراد بالإرادة العقدية في الفقه القانوني أو علماء القانون أن للإرادة تأثير الأول في إيجاد مجموع الالتزامات التي تنشأ عن العقد ، فكما أن إنشاء العقود يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الآثار التي تترتب على العقد تنشئها هذه الإرادة ، فالعقد شريعة المتعاقدين في القانون بالنسبة لآثاره وكل ما أشتمل عليه.

أما عند الفقه الإسلامي الذي جعل آثار العقد وأحكامه من قبل الشارع من أجل تحقيق العدالة بين الناس، وتحقيق التوازن وصون المعاملات من الفساد وحسم النزاع بين الناس، فالآثار من وضع الشارع ، لكنه جعل العقد سبب لإثبات الأحكام وترتب الآثار .

وتأثير إرادة العاقد ينحصر في تكوين العقد وإيجاده لا إعطاء أحكامه [19] ، فالعقد إذن يصبح لازما حال إبرامه وأن الحق أو الالتزام ينشئ العقد والذي هو ارتباط إرادة طرفيه [20] .

من هنا فالفقه الإسلامي يعطي للفرد حرية إنشاء العقود ويمنح بالتالي للإرادة حرية إنشاء العقود ولكن الأثر المترتب على هذا العقد يحدده الشارع سواء أراد المتعاقد هذه الآثار أم لم يردها [21].

يمكن أن نصل أن الشريعة الإسلامية أن للناس أن تتعايش فيما بينها ، وأن تتعامل بأشكال متعددة ومتنوعة ، غير أن هناك خطوطا حمراء لا يجوز تعديها ، أو ما يمكن أن يطلق عليها بالحرية المنضبطة [22] ، فالعبرة إذن ليس بتراضي أطراف العلاقة العقدية إنما أن يكون هذا التراضي ضمن حدود الحكم الشرعي .

نتوصل إلى أن مبدأ سلطان الإرادة له مكانة في كلا الفقهين أو النظامين لكن يختلفان في الدور المتاح للإرادة ، فنجد له المكانة في الفقه الوضعي ولكن هذه المكانة الممنوحة للإرادة تراجعت وذلك لتغير الظروف ، فابتدأ هذا المبدأ في ضل الفكر الفردي الذي قدس الحرية الفردية ، وفي هذه الفترة عرف مبدأ سلطان الإرادة المكانة الراقية ، فالإرادة حرة وهي التي تنشأ العقد وتحدد مضمونه وآثاره.

لكن تراجع هذا الدور ففقدت الإرادة عنصر الحرية نظرا للتعسفات التي تولدت عن هذا المبدأ ، فظهرت المذاهب الاجتماعية التي نادت بالمساواة الفعلية ، فكان لابد من تغير منظور الفقه القانوني لدور الإرادة ، فكان تحديد وتقييد الإرادة خدمة للمصلحة العامة وتحقيقا للعدالة [23]وبالضبط العدالة العقدية التي لابد أن تسود في أيه علاقة عقدية ، وهذا ما أثير بشأنه مسألة المساس بأهم مبدأ يحكم العلاقة العقدية ، رغم أن الاتجاهات الاجتماعية التي سادت في غالبية تلك الدول في الوقت الحاضر ، لم تنل من المبدأ ، فظل قائما بصفة خاصة في المجال التعاقدي مع الحد من إطلاقه وتطرفه [24] .

ونظرا للنقد الموجه للمذاهب الاجتماعية ظهر مذهب أطلق عليه بالمذهب المعتدل الذي لم يتجاهل دور الإرادة من جانب ومن جانب آخر حماية المصلحة العامة وذلك لاستقرار المعاملات [25] .

يمكن أن نقول أن مبدأ سلطان الإرادة عند الفقه الوضعي عرف تراجعا وانتكاسا ، بالتالي تراجعت مكانة الإرادة نظرا لعوامل خارجية عن العلاقة العقدية ، فتنوعت الآراء الفقهية منها التي قدست الحرية الفردية ، ومنها من قيد الإرادة خدمة للمصلحة العامة ، ومنها الرأي المعتدل التي لم ينكر للإرادة دورها ولم يتجاهل المصلحة العامة واستقرار المعاملات ، في مجمل

هذه المذاهب التي قيلت في مبدأ سلطان الإرادة وبالتحديد دور الإرادة ، فإن الفقه الوضعي تراجع عن قدسية الإرادة وذلك تحقيقا لهدف أسمى وهو العدالة العقدية .

إن كان الوضع في اختلاف في الفقه الوضعي بالنظر لدور الإرادة ، فالأمر على خلاف ذلك في الفقه الإسلامي ، فقد تجاوز الفقه الإسلامي مند زمن بعيد الجدل في موضوع دور الإرادة وقدرتها على إنشاء العقود ، فجعل من الإرادة المنفردة مصدرا مستقلا للالتزام وذلك بسند الآية الكريمة " قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء حمل بعير وأنا به زعيم " [26] ، هذه الآية تؤكد اعتراف الشريعة الإسلامية بالإرادة المنفردة أو ما يعرف في القانون الوضعي بالوعد بالجائزة [27] .

نستنتج أن الفقه الإسلامي كان السباق أي له الأولوية في إعطاء للإرادة دورها وأهميتها في إنشاء الالتزامات أي الاعتراف بدور الإرادة كمصدر للحق الشخصي ، فلها الدور في تكوين العقد والالتزام ، وذلك ضمن ضوابط شرعية ثابتة لا تتغير بسيادة ذلك المذهب أو ذاك ، ودون حاجة لبناء نظرية الإرادة على أسس فلسفية اقتصادية واجتماعية ترتبط أولا وأخيرا بالمذهب الفردي أو غيره [28] .

فلم يعط الفقه الإسلامي للإرادة الحرية كما هو الحال في الفقه الوضعي وهذا هو سبب انتكاس مبدأ سلطان الإرادة ، ونظرا لضبطها من طرف الفقه الشرعي كان لها الصلاحية في كل زمان ومكان ، بل أقام الفقه الإسلامي نظرته إلى الإرادة من هذا الجانب على أسس متوازنة وفيها من المرونة ما يتسع لمتطلبات التطور الاجتماعي فهو لم يغال في إعطاء الإرادة كامل الحرية في إنشاء العقود وترتيب آثارها ، وبالمقابل لم ينقص من شأنها وقدرها من هذا الجانب [29] .

ما نلاحظه كذلك انعدام نظرية عامة للعقد في كتب الفقه ، إنما تستخلص هذه النظرية من ثنايا الأحكام يوردها الفقهاء وفي مناسبة كل عقد من العقود المسماة [30] ، فحصر الفقه جملة من العقود وهذا الحصر لا يمنع من وجود عقود في حياة الناس غير التي حصرها أو ذكرها الفقه الإسلامي ، من هنا فتبدأ هذه العقود غير مسماة ثم تسمى فيما بعد [31] .

لكن هناك من يرى أن ما ينقص الفقه الإسلامي هو تجميع أحكام النظرية العامة للتصرفات والوقائع المتشتتة في تعليل جزئيات الأحكام ، وبالتالي التطرق إليها قبل العقود المسماة [32] .

يبقى السؤال وارد هل في وضع نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي يعود بالمصلحة للعلاقة العقدية ، رغم أنه في التشريع الوضعي يوجد نظرية عامة للعقد رغم ذلك أصبح المشرع يلجأ إلى وضع تشريعات مستقلة تقدم حلولا للمشاكل التي أصبحت تثار بمناسبة بعض العقود ، بالتالي ما فائدة وضع نظرية عامة إذا أصبحت لا تتوفر فيها حلولا قانونية للمنازعات المثارة بين أطراف العلاقة العقدية ؟

خلافا لذلك الفقه القانوني وضع نظرية عامة للعقد ، أما الفقه الإسلامي كما أوردناه مسبقا لم يحصر العقد في ضل نظرية عامة ، ذلك لأنه فقه عملي يهتم ببحث المسائل الجزئية قصد معرفة حكمها الشرعي ولا يهتم ببناء النظريات العامة وتلك هي خاصية من خصائصه [33] .

وقد ورد سؤال في هذا الباب مضمونه هل من الضروري أن تكون العقود المعاصرة مندرجة تحت اسم معين من العقود المسماة المعروفة في الفقه الإسلامي ؟ أم أنه يكفي أن تعرض على القواعد العامة فإذا لم تصطدم بنص أو إجماع كانت حلال تحت اسم يعطى لها ؟ فكانت الفتوى أنه أي عقد مستجد في الحياة المعاصرة مما لم يتطرق إليه الفقه الإسلامي يكون

مقبولا شرعا إذا لم يتصادم مع دليل شرعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس ، وكان مما اقتضته مصالح الناس ولم يشتمل على مفسدة راجحة ، وقد عرف الفقه الإسلامي في مراحل حياته عقودا أستحدث وأعطاها أسمائها وبين أحكامها مثل عقد الحكر وعقد الاجارتين وبيع الوفاء [34] .

ثالثا: قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"

إن أصول مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ترجع إلى المبدأ المعلوم في النظرية العامة للعقد ، والذي أسباب سيادته ما هي إلا الأفكار الفردية التي تقدس الحرية الفردية وهذا ما يعني قدسية هذه الإرادة في العلاقة العقدية ، نتناول بالتالي هذه القاعدة في إطار القانون الوضعي (أولا) ، ونرى إن كان لها وجود في إطار الفقه الإسلامي (ثانيا) .

1 : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين " قاعدة قانونية "

يمكن أن نلخص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في عبارة أن العقد هو قانون ، تناوله القانون الوضعي بالتحديد القانون المدني وفق المادة 106 ، أكد المشرع في محتواها أنه لا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ، وهذا ما أقره القضاء الجزائري في أحد قراراته التي جاء في محتواه ما يلي " " و حيث أن الادعاء بأن القرار المنتقد تناقض في حيثياته فتارة أشار إلى هذا العقد على أساس يمثل وصية و أخرى على أساس يمثل هبة لكن حيث أن نية المورث الموصى (ب ع) ترمي و حسب ظاهر العقد محل الخلاف إلى توزيع أملاكه بين ورثته في حياته و حسب المقاييس و الاعتبارات التي يراها هو و بناء عليه فإن هذا العقد لا يمكن المساس به أو إلغاؤه طبقا لأحكام المادة 111 من القانون المدني مهما حمل من أوصاف أو عناوين لأن الهدف و القصد منه هو توزيع المالك الأصلي لأمواله على زوجته و أولاده و هذا ما وقع

تجسيده فعلا و في حياته الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجيهين مما يتعين معه رفضهما و تبعا لذلك رفض الطعن" [35] .

انطلاقا من محتوى نص المادة 106 نرى أنه تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة ، وأن الإرادة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات [36] ، من هنا فمادام المتعاقدين اتفقا بمطلق الحرية فليس لهما الرجوع عن هذا التعاقد ، بالتالي يصبح العقد القانون الصغير [37] .

انطلاقا من محتويات قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يترتب عنها أثرين وهما أنه ليس للمتعاقدين نقض وتعديل العقد إلا باتفاقهما و أن كل من المتعاقدين ملزم بما ورد في العقد .

2 : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين " قاعدة ليست فقهية "

لم يعرف الفقه الإسلامي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولم يستعملها، بالتالي فهي قاعدة غير فقهية بل قاعدة قانونية ، ويمكن أن نقول أن العقد يكون شريعة المتعاقدين وفق الشريعة الإسلامية إذا لم يخالف هذا العقد الأحكام الشرعية أي أحكام الشريعة الإسلامية .

يتأكد من هذا المحتوى أن الإرادة العقدية في إطار الأحكام الفقهية هي إرادة مقيدة ، فليست الإرادة حرة فيرد القيد بالتالي على الحرية العقدية ، فيقع بالتالي على كل متعاقد في إطار العلاقة العقدية الالتزام بالأحكام الشرعية . إذن العقد مضبوط بقاعدة عدم مخالفة الأحكام الشرعية بالتالي العقود التي تجر الربا لا يعتد بها .

ما يمكن أن نلاحظه في موقع مبدأ القوة الإلزامية للعقد هو أن هذا المبدأ ضعيف في الفقه الإسلامي وهذا ما يراه د شفيق شحاته [38] وذلك لسببين :

1 : كثرة الخيارات العقدية وخاصة خيار الشرط

2 : كثرة العقود غير اللازمة كالوكالة والعارية

رغم ذلك فهناك من يرى أن القوة الملزمة للارتباط التعاقدي هي في الفقه الإسلامي على أكمل وجوهها ، غير أن الفقه الإسلامي قد أتانا بأنواع عديدة من الخيارات والعقود غير اللازمة ، كما أنه يفرض قيودا على حرية إرادة المتعاقدين في الشروط التي يشترطونها ، وتختلف تلك القيود سعة وضيقا باختلاف الاجتهادات الإسلامية ، لكن كل هذا لا يؤثر في مبدأ قوة العقد الإلزامية التي هي على أشدها في الفقه الإسلامي [39]، وإن كان هناك مجال لتصور ضعف من نواحي العقد في الفقه الإسلامي فهو في مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة إلى بعض الاجتهادات التي تقيد حرية الشروط العقدية وليس في القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي [40] .

الخاتمة:

لقد كانت لنا في إطار هذه الدراسة نافدة على الارتباط التعاقدي في كل من النظام القانوني والنظام الإسلامي، ولم تكن الدراسة تستهدف لإجراء المقارنة بين النظامين بقدر ما كان الغرض إبراز إنفراد كل نظام بخصائصه التي تجعل منه يتميز بخصائص معينة ، أضف إلى ذلك أن كل نظام له مكانته ومميزاته ، والاختلاف الوارد بينهما لا يقلل من شأن كل واحد منهما .

حقيقة وجدنا في إطار الارتباط التعاقدي في ظل الأحكام الفقهية الذي يعتمد على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيمه للعلاقة العقدية خصائص مميزة ، تجعل من الأحكام الفقهية المنظمة للعلاقة العقدية الدور الممتاز والمتميز، فنجد الارتباط التعاقدي هو ارتباط بين الإيجاب والقبول وفق النظام القانوني فهو بالتالي تكريس الاتفاق التعاقدي، خلاف ذلك في النظام الشرعي فهو ارتباط اعتباري وليس فقط وقائع مادية، معناه أن النظام الشرعي لا يعتد باتفاق الإرادتين أي لا يعتد بالوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي.

تناولنا دراسة دور الإرادة العقدية في الارتباط التعاقدي، وجدناه في الفكر القانوني تدهور وانتكس وذلك لارتباطه بالمذاهب الفلسفية ، في حين في النظام القانوني الشرعي الأمر غير ذلك، فالإرادة التعاقدية هي إرادة منضبطة بالأحكام الشرعية والأمر غير متروك للآراء الفقهية .

ما يمكن أن نصل إليه في هذه الدراسة المتواضعة أنه حقيقة توحد كل من النظام القانوني والنظام الإسلامي في أن كليهما عرفا نفس المفاهيم مثل مفهوم الإرادة العقدية ، لكن يضل التباعد في النظرتين لهذه القيم وارد ، فما يراه الفقه القانوني لا يراه الفقه الإسلامي ، من جانب آخر ما يسعى إلى تحقيقه النظام القانوني مثل السعي إلى أخلقة العلاقة العقدية يصطدم مع ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة وخاصة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، في حين في النظام الإسلامي فتحقيق أخلقة العلاقة العقدية أمر وارد مسبقا وذلك لاعتبار أن الارتباط التعاقدي هو ارتباط شرعي واعتباري وليس للإرادة الفردية الدور الأول في العلاقة العقدية .

من هنا إمكانية التقارب ما بين النظام القانوني والنظام الإسلامي أمر غير ممكن ، وراجع ذلك أن كل نظام له نقطة الانطلاق تختلف عن الآخر ، وقد يرجع سبب عدم إمكانية التقارب إلى أن تكريس أحكام القوانين المجاورة منع من ولوج أحكام الشريعة الإسلامية إلى المنظومة القانونية .

وإن كان لابد من تقارب بين الأنظمة فإن النظام القانوني له أن يأخذ من أحكام الشريعة الإسلامية وذلك لتفادي التعارض وتحقيق العدالة والاستقرار للعلاقة العقدية .

المراجع:

الكتب

ـ د: أيمن إبراهيم العشماوي : مفهوم العقد وتطوره (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، 2002

ـ أحمد عبد الحميد عشوش : قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، 1990

ـ إسماعيل نامق حسين : العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، القانون المدني نموذجا ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دار الكتب القانونية ، 2011

ـ د: توفيق حسن فرج : الأصول العامة للقانون ، المدخل للعلوم القانونية . النظرية العامة للالتزام ، بيروت : مكتبة مكاوي ، 1974 ، 1975 .

ـ د : جميل محمد بني يونس : مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص ، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2012

ـ حسين صغير : النظرية العامة للقانون ببعدها الغربي والشرعي ، الجزائر : دار المحمدية ، الطبعة الأولى ، 1999 .

ـ د: علي فيلالي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر ، 2008 .

ـ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، بيروت : دار إحياء التراث العربي .

ـ د: عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي (4،5،6) ، دار الفكر العربي للطباعة

ـ د: فواز صالح : النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول : المصادر الإرادية ، جامعة دمشق

ـ د : محمد محمد السروي: الغش في المعاملات المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية .

ـ مصطفى أحمد الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الأول ، المدخل الفقهي العام ، مجلد الأول ، الطبعة السادسة 1959 ، مطبعة جامعة دمشق .

ـ د: نبيل إبراهيم منصور، د : محمد حسن قاسم: المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية . نظرية الحق، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 .

ـ نذير بوصبع: نظرية العقد عند الإمام لابن حزم ، دراسة أصولية فقهية مقارنة ، دكتوراه في العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية ، 2004 ،2005

المجلات والمقالات

ـ رياض منصور الخليفي : المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد السياسي ، م 17 ، ع 1 ، 2004 .

ـ المجلة القضائية ، عدد 1 ، 2003

المواقع الإلكترونية

-www . alterinfo / Quand Napoléon – s'inspira – de –la – Sharia - islamique- pour- le – code-napoléonien et le code civil _ a 1018 ,

-http , // ar . wikipedia .org

-www . madariss .fr / Islam / 1er / Nprog/ c 10 . htm .

-Kenanonline.com /user/ ahmedkordy/post s/144743

-Dallah Al Barakah : premier séminaire d'Al Baraka –Fatwa n°1, www . acerfi .org /article la –règle-en matière- de contrat-dans- le droit musulman _ 83 html .

الهوامش:

[1] : د : محمد محمد السروي : الغش في المعاملات المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، ص 13 .

[2] : حسين صغير : النظرية العامة للقانون ببعدها الغربي والشرعي ، الجزائر : دار المحمدية ، الطبعة الأولى ، 1999 ، ص 132 .

[3] : رياض منصور الخليفي : المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد السياسي ، م 17 ، ع 1 2004، ص 4 .

[4] : د: نبيل إبراهيم منصور ، د : محمد حسن قاسم : المدخل إلى القانون ، القاعدة القانونية . نظرية الحق ، لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 ، ص 233 .

[5] :www . alterinfo / Quand Napoléon – s'inspira – de –la – Sharia - islamique- pour - - le – code-napoléonien et le code civil _ a 1018 ,

[6] : http , // ar . wikipedia .org

[7] : د : علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، 2008 ، ص 48 .

[8] : د: توفيق حسن فرج : الأصول العامة للقانون ، المدخل للعلوم القانونية . النظرية العامة للالتزام ، بيروت : مكتبة مكاوي ، 1974 ، 1975 ، ص 429 ، 430 .

[9] : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ص 138 ,

[10] : مصطفى أحمد الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الأول ، المدخل الفقهي العام ، مجلد الأول ، الطبعة السادسة 1959 ، مطبعة جامعة دمشق ، ص 275 .

[11] : www . madariss .fr / Islam / 1er / Nprog/ c 10 . htm .

[12] : د: فواز صالح : النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول : المصادر الإرادية ، جامعة دمشق ، ص 14 .

[13] : فواز صالح ، المرجع السابق ، ص 14 .

[14] : www. Madariss.fr, op cit .

[15] : Kenanonline.com /user/ ahmedkordy/post s/144743

[16] : فواز صالح ، المرجع السابق ، ص 14 .

[17] : د : فواز صالح ، المرجع السابق ، ص 8 .

[18] : د : علي فيلالي : المرجع السابق ، ص 18 .

[19] : نذير بوصبع : نظرية العقد عند الإمام لابن حزم ، دراسة أصولية فقهية مقارنة / دكتوراه في العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية ، 2004 ،2005 ، ص 394 .

[20] : د : جميل محمد بني يونس : مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص ، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2012 ، ص 162 .

[21] د: جميل محمد بني يونس ، المرجع السابق ، ص 163 .

[22] : kenanonline.com , op cit .

[23] : العدالة " مجموعة من المبادئ تصدر عن مثل أعلى تستهدف خير الإنسانية وتهدف إلى حسن التنظيم الاجتماعي ، تقوم على فكرة بدل الخير إلى الفرد والجماعة " ، إسماعيل نامق حسين : العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، القانون المدني نموذجا ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دار الكتب القانونية ، 2011 ، ص 135 ، أنظر كذلك : أحمد عبد الحميد عشوش : قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، 1990 ، ص 41 .

[24] : د: توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص 431 .

[25] : د: جميل محمد بني يونس ، المرجع السابق ، ص 164 .

[26] : سورة يوسف ، آية 72 .

[27] : د: جميل محمد بني يونس ،المرجع السابق ، ص 165 .

[28] د: جميل محمد بني يونس ، المرجع السابق ، ص 165 .

[29] : د: جميل محمد بني يونس ، المرجع السابق ، ص 163،164.

[30] : د: عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي (4،5،6) ، دار الفكر العربي للطباعة ، ص 51

[31] د: جميل محمد بني يونس ، المرجع السابق ، ص 163 .

[32] : د: فواز صالح ، المرجع السابق ، ص 13 .

[33] : نذير بوصبع ، المرجع السابق ، ص 400 .

[34] : Dallah Al Barakah : premier sèminaire d'Al Baraka –Fatw n°1, www . acerfi .org /article la –regle-en matière- de contrat-dans- le droit musulman _ 83 html .

[35] : المحكمة العليا ، ملف رقم 278004 ، قرار بتاريخ 2002/01/16 ، المجلة القضائية ، عدد 1 ، 2003 ، ص 367

[36] : د : علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 359 .

[37] : د: أيمن إبراهيم العشماوي : مفهوم العقد وتطوره (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 34 .

[38] : شفيق شحاته ، ذكر في مرجع : مصطفى أحمد الزرقا ، المرجع السابق ، ص 71 .

[39] : مصطفى أحمد الزرقا ، المرجع السابق ، 71 .

[40]: مصطفى أحمد الزرقا ، المرجع السابق ، ص 83 .