مكانة الشريعة الإسلامية بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري

The place of Islamic law between the rules of civil law and the rules of commercial law

د. مليكة جامع
أستاذ محاضر بقسم القانون بمعهد الحقوق والعلوم السياسية
المركز الجامعي علي كافي – تندوف (الجزائر)
Malika_dja@hotmail.fr

الملخّص:

تهدف الشريعة الإسلامية لتحقيق الصالح للعالم من خلال جلب المصالح ودرء المفاسد، وتجسيدا لهذا المبدأ حاول المشرع الجزائري أن يستنبط من الشريعة الإسلامية ومبادئها العديد من قواعده، والاعتماد عليها لإصدار قواعد قانونية تنظم وتحكم سلوكيات الأفراد في المجتمع، وتضبط العلاقات التي تجمعهم حتى يعرف كل فرد منهم ما له من حقوق وما عليه من التزامات، فإلى أي مدى تجسد تطبيق الشريعة الإسلامية ضمن قواعد القانون المدني والتجاري؟.

ونهدف من خلال هذه الورقة إلى تسليط الضوء على مكانة الشريعة الإسلامية في كل من القانون المدني والقانون التجاري، من خلال الحديث عن مدى اعتبارها مصدرا لكلا القانونين، وإبراز بعض تطبيقاتها.

الكلمات المفتاحية: مبادئ الشريعة الإسلامية، المصادر، القانون المدني، احتياطية، القانون التجاري

Abstract:

Islamic law aims to achieve the good of the world by bringing interests and warding off evil, and as an embodiment of this principle, the Algerian legislator tried to deduce from Islamic law and its principles many of its rules, and rely on it to issue legal rules that regulate and govern the behavior of individuals in society, and control the relationships that bring them together so that each one of them knows His wealth of rights and obligations, so to what extent has the application of Islamic law embodied within the rules of civil and commercial law?

Through this paper, we aim to shed light on the place of Islamic law in both civil law and commercial law, by talking about the extent to which it is considered a source for both laws, and highlighting some of its applications.

Keywords: Principles of Islamic law, sources, civil law, reserve, commercial law.

مقدمة

يراد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله محمد - صلى الله عليه وسلم - سواء كانت بالقرآن الكريم، أم بالسنة القولية أو الفعلية أو التقريرية.

ونظرا لكون أحكام الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، فهي تحتل مكانة بارزة في غالبية التشريعات العربية، ومن بينها التشريع الجزائري الذي اعتبرها مصدرا من مصادر التشريع استنادا لنص المادة الثانية من الدستور التي اعتبرت الإسلام دين الدولة.

وبالنظر إلى ما أفرزه الواقع من تشعبٍ في العلاقات بين الأفراد وتصادمها، الأمر الذي دفع المشرع لإصدار قواعد قانونية تنظم وتحكم سلوكيات الأفراد في المجتمع، وتضبط العلاقات التي تجمعهم حتى يعرف كل فرد منهم ماله من حقوق وما عليه من التزامات.

وحتى يتمكن المشرع من تكوين هذه القواعد القانونية فهو يرجع إلى العديد من المصادر، ومن بينها أحكام الشريعة الإسلامية نظرا لكونها تحوي تنظيما قانونًيا يحكم العلاقات الإنسانية والاجتماعية، لذلك نهلت القوانين الوضعية من الشريعة الإسلامية بعض أحكامها وجعلتها مصدرا من مصادرها، ترجع إليها إذا تعذر عليها إيجاد الحكم في الواقعة المعروضة أمامها في المصادر الأخرى وفقا لترتيبها.

والشريعة الإسلامية هدفها الأساسي هو تحقيق المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم، لذا فهي تسعى دائما إلى إيجاد الحلول اللازمة لكل معضلة قانونية أو سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية[1].

لذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية بثلاثة أنواع من الأحكام[2]:

النوع الأول: هي الأحكام التفصيلية، وهي أحكام فصلها القرآن الكريم تفصيلا دقيقا لا مجال للاجتهاد فيها، منها الأحكام المتعلقة بالعقائد، الحدود، المواريث، وبالزواج والطلاق، وبالتالي فهي واجبة التطبيق على الجميع.

النوع الثاني: هي الأحكام المجملة، والتي جاءت بصفة موجزة في القرآن الكريم، لكن تفصيلها ورد في السنة النبوية الشريفة، وهي أحكام متعلقة بالعبادات، والتي لا مجال للاجتهاد فيها باعتبار أنها واجبة التطبيق والالتزام بها.

أما النوع الثالث: فيتعلق بأحكام المبادئ العامة، وهي الأحكام التي تبين الأسس العامة التي يبنى عليها التشريع، مثل مبدأ المسؤولية، مبدأ رفع الحرج ودفع المشقة، مبدأ العدالة، مبدأ لا ضرر ولا ضرار، مبدأ حفظ النفس والمال، ومبدأ عدم الإكراه في الدين إلى غيرها من المبادئ التي تمس جميع جوانب الحياة الإنسانية وفي كل المجالات.

وهذه المبادئ هي الأسس التي يجب أن تراعى عند سن التشريع، والتي ينبغي أن تؤسس عليها كل الاجتهادات سواء فقهية أو قضائية أو تشريعية، عملا بقوله تعالى ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [سورة النساء، الآية 59].

---

[1]- حليمة آيت حمدي، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/09/15، ص. 135.

2- حليمة آيت حمدي، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص. 135.

ومن خلال هذه المداخلة سنحاول الحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري، خاصة وأن المادة الأولى من القانون المدني اعتبرت مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني له بعد التشريع، في حين أن المادة 01 مكرر من القانون التجاري لم تنص على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري. إلا أن ذلك لا يعني أن القانون التجاري لا يعتد بأحكام الشريعة الإسلامية، خاصة وأنه اعتبر القانون المدني مصدرا من مصادره، وعلى ذلك نستشف ضمنيا من خلال مطابقة نص المادة الأولى من القانون المدني والمادة الأولى مكرر من القانون التجاري أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الثالث من مصادر القانون التجاري عملا بقاعدة الخاص يقيد العام. وما يؤكد هذا الطرح أن هناك العديد من التطبيقات لأحكام الشريعة الإسلامية في القانون التجاري شأنه في ذلك شأن القانون المدني، وما دام أن المشرع استمدها من الشريعة الإسلامية ودونها كقاعدة ملزمة في أحكامه التجارية، فهذا يعني أنه اعتبرها ضمنيا مصدرا من مصادره على النحو السالف ذكره.

ونهدف من خلال هذه المداخلة الإجابة على إشكالية مفادها كيف أثرت مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني والتجاري؟.

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال اعتمادنا على منهج تحليلي مقارن، نقسم بمقتضاه الدراسة إلى مبحثين، نعالج في المبحث الأول مكانة الشريعة الإسلامية في القانون المدني، أما المبحث الثاني فنعالج فيه مكانة الشريعة الإسلامية في القانون التجاري.

المبحث الأول

مكانة الشريعة الإسلامية في القانون المدني

يعتبر القانون المدني من أقدم فروع القانون الخاص نظرا لأهميته؛ كونه ينظم جميع الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد مع بعضهم البعض، والتي نظمها المشرع بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ويعد القانون المدني الشريعة العامة لجميع القوانين، يتم الرجوع إليه للحكم في المسائل التي لم تنظمها إحدى فروع القانون الخاص، لذلك تمتاز قواعده بالتنوع كونها مستمدة من العديد من المصادر، ومن بينها الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة التي تحتل مركزا هاما ضمن أحكام القانون المدني، لذلك سنحاول التعرف على مكانتها باعتبارها مصدرا من مصادر القانون المدني (المطلب الأول) ثم نتعرف على تطبيقاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون المدني

يقصد بالمصدر المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية، وهي تتمثل في مجموع العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية والأخلاقية وغيرها التي يتميز بها المجتمع[1]، فالمصدر هو المنبع

[1]- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010، ص. 157.

الذي تستقي منه القاعدة القانونية وجودها. وفي هذا السياق نصت المادة 01 ق م على أنه "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يظهر من نص المادة أن المشرع رتب مصادر القانون المدني، وبيّن تدرجها من حيث أولويتها في التطبيق، وقد أبرز بمقتضى نص المادة 01 ق م السالفة الذكر مكانة الشريعة الإسلامية من بين المصادر الأخرى، واعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا أولا، يتم الرجوع إليه إذا لم يوجد حكما للمسألة في المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع.

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية الأحكام القطعية والأصول الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية، وهذه المبادئ هي الأسس التي يجب الأخذ بها لبناء الأحكام التشريعية، فمبادئ الشريعة الإسلامية تشمل جميع الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، أما بقية أحكام الفقه الإسلامي فهي لا تخرج عن كونها مجرد أحكام اجتهادية لا تأخذ صفة الإلزام وإنما تعتبر مصادر تفسيرية يستأنس بها القاضي للوصول إلى الحكم المنشود[1].

إن اعتراف المشرع الجزائري بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادره، جاء متوافقا مع النص القرآني، حيث قال الله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [سورة النساء، الآية 59].

والجدير بالذكر أنه لا نقصد بالشريعة الإسلامية في هذا الصدد مجموعة القواعد القانونية التي تطبق في مسائل الأحوال الشخصية، أو القواعد التي نظم بها المشرع أحكام الميراث والوصية والوقف والولاية على المال، ذلك أن هذه الموضوعات نظمها المشرع في قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم، وبالتالي يعتبر المصدر الرسمي لهذه الموضوعات هو التشريع على الرغم من أن هذه النصوص التشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية[2].

وإنما يقصد بالشريعة الإسلامية هنا المبادئ الكلية الأساسية التي تقوم عليها هذه الشريعة دون المبادئ التفصيلية، وهذه لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية، وهي بهذا المعنى تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا من مصادر القانون، لا يلجأ إليها القاضي إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي، والقاضي حينما يلجأ إلى الشريعة الإسلامية فإنه يطبقها ليس باعتبارها قواعد دينية، وإنّما باعتبارها قواعد قانونية شأنها في ذلك شأن التشريع[3].

---

[1]- حليمة آيت حمدي، المرجع السابق، ص. ص. 135-136.

[2]- حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، العدد 03، جامعة قطر، جويلية 2013، ص. 09.

[3]- حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 09.

المطلب الثاني

تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون المدني

نظرا لكون مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الثاني في ترتيب مصادر القانون، حيث يلتزم القاضي بالرجوع إليها عندما لا يجد نصا ينظم المسألة المعروضة أمامه في المصدر الرسمي الأول وهو التشريع، حيث نجد المشرع الجزائري تبنى العديد من الأحكام في الشريعة الإسلامية وصاغها في شكل قاعدة قانونية عامة ومجردة، ملزمة ومقترنة بجزاء.

وفيما يلي سنحاول عرض بعض تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون المدني.

أولا- نظرية التعسف في استعمال الحق:

عنيت الشريعة الإسلامية بحقوق البشر، وفرضت حرمتها وقدسيتها، لذلك كان لها فضل السبق في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أرست الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة أسس تقييد الحق ومنع ممارسته على نحو يضر بالغير[1]. ولا أدل على ذلك من قوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [سورة البقرة الآية 231].

حيث تشير الآية الكريمة إلى جواز ممارسة حق الرجعة، فيمسك الزوج زوجته إذا كان القصد من وراء ذلك إعادة تأسيس حياة زوجية كريمة، أما إذا كان القصد من وراء استعمال هذا الحق هو إلحاق الضرر بالزوجة، فيراجعها إذا شارفت مدة العدة على الانتهاء، ثم يطلقها بعد ذلك، بغرض إطالة فترة عدّتها أو منعها من الزواج، فهنا يكون الزوج متعسفا في استعماله لحق الرجة لأنه لم يهدف من ورائه إلا الإضرار بالزوجة وهذا أمر منهي عنه، لذلك توعدهم الله عز وجل فقال ﴿وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.

ومن تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، قولة عز وجل ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [سورة النساء الآية 12].

حيث تدل آيات الكتاب الكريم على حرمة التعسف في استعمال الحق، فبعد أن بين سبحانه وتعالى نصيب كل من الزوجين والأخوة لأم من الميراث، قال ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾، ومعنى هذا النص الكريم أنه يجب أن تكون وصية الإنسان محققة للعدل لا أن تكون قد حصلت للإضرار والجور والحيف، كأن يوصي الشخص بحرمان بعض ورثته، أو ينقصه عن حقه في الميراث، أو يزيده على المقدار الذي قدره الله عز وجل له، ووجه الاستدلال من هذا النص الكريم على تحريم التعسف في استعمال الحق أن الوصية مع أنها حق للمورث فإنه لا يجوز له أن يستعمل حقه فيها إلا على وجه مشروع، كأن يوصي

[1]- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/02/27، ص. 07.

ببعض ماله في وجه من وجوه الخير في حدود ثلث أمواله، ولا يجوز له أن يستعمل هذا الحق بطريق غير مشروع، كأن يوصي بزيادة بعض الورثة عن باقيهم، أو يحرم البعض مما له من الميراث، أو ينقصه عنه، أو يقر بدين غير حقيقي حتى يضار الورثة، فمثل هذه الوصايا التي فيها إضرار بالورثة منهي عنها، وهي إساءة لاستعماله لحقه في الوصية[1].

من جهتها نهت السنة النبوية الشريفة عن التعسف في استعمال الحق، فعن أبي سعيدٍ سعد بن سنانٍ الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)[2].

ومعنى لا ضرر، ولا ضرار: أنه لا يجوز إبقاء الضرر، وأن الضرر منتفٍ شرعاً، فكل شيء فيه ضرر فإنه يجب إزالته؛ لأن الضرر مدفوع شرعاً وعقلاً، ولا يمكن للعاقل أن يقره، ولا للشريعة الإسلامية أن تقره، وأما الضرار فهو من المضارة؛ أي: ولا يحل لأحد أن يضار أخاه، حتى وإن كان فيما لا ضرر فيه ما دام يقصد أن يضر أخاه، فمن ضار؛ ضار الله به، فهذا الحديث يدل على أن الضرر منفيٌ شرعاً سواءٌ حصل بقصد أو بغير قصد، فإن حصل بقصد فهو مضارة وإن حصل بغير قصد فهو ضرر، فالإنسان أحياناً يفعل الشيء لا يريد الضرر، ولكنه يحصل به الضرر فإنه في هذه الحال يجب إزالته، وأحياناً يفعل ما فيه الضرر قاصداً ذلك، وحينئذٍ يكون مضاراً[3].

واقتداءً بما جاء في القرآن الكريم واهتداءً بما تضمنته السنة النبوية، تبنى المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق بموجب المادة 124 مكرر ق م، ومن خلالها حدد حالات التعسف في استعمال الحق على سبيل المثال لا الحصر، حيث نصت أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ومن تطبيقات هذه الصورة في القانون الجزائري ما نصت عليه المادة 708/2 ق م "غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إذا كان يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"، وأيضا ما نصت عليه المادة 881 ق م "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".

من جهة أخرى، اعتبر صاحب الحق متعسفا إذا كان يهدف إلى الحصول على فائدة غير مشروعة، فلا يكفي إذن أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة؛ لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير

---

[1]- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، القاهرة، ص. 04.

[2]- حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندًا، ورواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا، فأسقط أبا سعيد، وله طرقٌ يقوي بعضها بعضًا.

[3]- سلسلة فتاوى على الدرب على الرابط الإلكتروني: https://binothaimeen.net/content/9242، تاريخ الإطلاع 2021/03/25.

مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حمايته، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، كقيام شخص بإدارة مسكنه كمكان لتناول المخدرات أو فصل عامل عن عمله؛ نظرا لانتمائه السياسي أو النقابي. ومثاله أيضا المالك الذي يقوم بوضع أسلاك شائكة وأعمدة مذبذبة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائرتها في أرض مجاورة شراء أرضه بثمن مرتفع فيكون متعسفا في استعمال حق ملكيته ويلزم بإزالة هذه الأسلاك والأعمدة. لأن المالك من وراء وضع هذه الأعمدة لا يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة بل يهدف إلى الضغط على شركة الطيران وحملها قصرا على شراء أرضه بثمن مرتفع، وبذلك فهو يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

ثانيا- نظرة الميسرة:

تعتبر نظرة الميسرة أو ما يعرف لدى بعض التشريعات بالأجل القضائي أو المهلة القضائية، قاعدة من القواعد التي نظمتها الشريعة الإسلامية، فهي تعتبر الأصل التاريخي لنظرة الميسرة كونها كانت السباقة في تنظيمها ووضع أصولها، وهذا منذ أكثر من أربعة عشر قرن من الزمن من خلال نصوص القرآن والسنة النبوية الشريفة.

ونظرة الميسرة أو المهلة القضائية عبارة عن فترة زمنية يعطيها القاضي للمدين لسداد دين عليه، فإذا حل أجل الدين وعجز المدين عن الوفاء به، فالقواعد العامة تقضي بأن للقاضي أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه إذا رأى ذلك ممكنا بشرط ألا يسبب مد أجل الوفاء ضررا جسيما للدائن.

وقد جاء في كتابه عزّ وجلّ، ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة الآية 280].

ويظهر من الآية الكريمة رحمة الله سبحانه وتعالى عندما أمر الدائن بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء، وإنظار المدين المعسر أجلا رأفة به حتى تصبح مطالبته جائزة، أي إلى أن يصبح ميسور الحال، وأضافت الآية الكريمة "وأن تصدقوا خير لكم" وهو ما يعرف بالإبراء والذي يعد أعلى درجات المعاملة في الديون.

وثبت في السنة النبوية الشريفة، عنْ أَبي هُريرَةَ، قَالَ: قَالَ رسُولُ اللَّه ﷺ :مَنْ أَنْظَر مُعْسِرًا أَوْ وَضَعَ لَهُ، أظلَّهُ اللَّه يَوْمَ القِيامَةِ تَحْتَ ظِلِّ عَرْشِهِ يَوْمَ لا ظِلَّ إلاَّ ظِلُّهُ" [رواهُ الترمذيُّ وقَال: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ].

وفي حديث آخر: عن بريدة، قال الإمام أحمد: حدثنا عفان، حدثنا عبد الوارث، حدثنا محمد بن جحادة، عن سليمان بن بريدة ، عن أبيه قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: من أنظر معسرا فله بكل يوم مثله صدقة".

فهذه الأحاديث تهدف للحث على التيسير والتسهيل وحسن القضاء في المعاملات، تبعاً لذلك وأسوة بمنهج الشريعة السمحاء نص المشرع الجزائري على نظرة الميسرة أو المهلة القضائية[1] بموجب المادة 210 ق م التي تنص على أنه "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

[1]- أنظر أيضا المادة 119/2 و281/2 ق م.

ومن خلال نص المادة يلاحظ أن المشرع أعطى دورا إيجابيا للقاضي للتدخل، ومنح أجلا للمدين المعسر لتنفيذ التزامه، على أن يراعي في ذلك عدم لحاق ضرر للدائن من هذا التأجيل، فالقاضي يمنح أجلا للمدين بعد الموازنة بين مصالح الأطراف.

ثالثا- نظرية العلم بالمبيع (خيار الرؤية):

خيار الرؤية هو حق يثبت بمقتضاه للعاقد المشتري أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه عند التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه[1].

والسر في ثبوت خيار الرؤية أن الشيء مهما بالغ الإنسان في وصفه لا تبلغ معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية فيكون رضاه به غير تام، والرضا التام أساس صحة العقود[2].

وهناك من يرى بمشروعية خيار الرؤية ودليلهم ما رواه الطحاوي أن عثمان بن عفان باع طلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة لم يرها واحد منهما، ولما قيل لكل منهما: إنك قد غبنت، قال: لي الخيار، ثم حكَّما جبير بن مطعم بينهما فحكم بالخيار لطلحة، وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد[3].

والجدير بالذكر أن خيار الرؤية معروف في الفقه الحنفي استنادا لما روي عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - : "من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه"، في حين أن الجمهور (الشافعية والحنابلة) لا يعتدون به، إذ أنه حديث ضعيف باتفاق علماء الحديث، وإنما يثبون للمشتري خيار فوات الوصف، أي: عدم موافقة الصفة لواقع الوصف، أما المالكية فيعتبرونه خيارا إراديا، أي يحتاج إلى اشتراط من المتعاقد في بعض صور بيع الغائب[4].

أما المشرع الجزائري فقد نظم العلم بالمبيع بموجب المادة 352 ق م التي تنص على أنه "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل الحق على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع".

رابعا: تصرفات المريض مرض الموت

من أهم وأخطر التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت بشكل عام عقود التبرعات، ومن أبرز العقود عقد الوصية التي تضاف إلى ما بعد الموت، والتي قد تضر بالذمة المالية للورثة بعد وفاة المريض، وقد جاء في أحد قرارات القضاء الجزائري: من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ إذ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد[5].

---

[1]- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص. 532.

[2]- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 532.

[3]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 533.

[4]- شوقي بنّاسي، الشريعة الإسلامية ومبادؤها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني -الالتزامات نموذجا-، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 31، العدد 02، الجزائر، 2017/06/15، ص. 313.

[5]- كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الوادي، أفريل 2019، ص. ص. 402-403.

وعنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ: "مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ". مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

وَعَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رضي الله تعالى عنه قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنَا ذُو مَالٍ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي؟ قَالَ: لَا، قُلْتُ: أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لَا، قُلْتُ: أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِهِ؟ قَالَ: الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

فهذه الأحاديث تتعلق بالوصية، والوصية مشروعة للمؤمن، إذا كان له شيء فيُوصي به، أو كان عليه دَيْنٌ ليس عليه بيّنةٌ يجب عليه أن يُوصي فيه، أو كان يُحبُّ أن يُوصي بالثلث أو بالربع أو بالخمس فيُستحبّ له أن يُبادر بذلك؛ حتى لا يعرضَ له عارضٌ يحول بينه وبين ذلك؛ أي حتى لا يهجم عليه الأجلُ وهو لم يفعل هذا الخير، فالسنة له أن يُبادر بكتابة الوصية قبل هجوم الأجل، لكن ليس للشخص أن يُوصي بأكثر من الثلث، وإذا كان ولا بد فالثلث، والثلث كثير، هذا أكثر ما يُباح له[1].

ومن جهته أكد المشرع الجزائري على أن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر وصية، والوصية استنادا لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة تكون في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة.

حيث نصت المادة 776/1 ق م "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

خامسا: الحوالة المدنية

يقصد بالحوالة المدنية تحول الالتزام ذاته حقا أو دينا من شخص لآخر، بأن يتغير أحد طرفي الالتزام (الدائن أو المدين)، فإذا كان الطرف المتغير في الالتزام هو الدائن سميت الحوالة بحوالة الحق، أما إذا تغير المدين فتسمى عندئذ بحوالة الدين.

وقد جاءت الحوالة المدنية في الفقه الإسلامي سبيلا للتخفيف من العنت والتعنت للدائن والمدين، فهي بذلك وسيلة تسهيل على إيفاء الحقوق[2].

وقد عرفت الفقه الإسلامي نظام الحوالة، والدليل على ذلك الحديث الذي رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، أنّ نَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ"[3]، وفي لفظ عند الطبراني: "ومن أحيل على مليء فليتبع"[4].

ومعنى المطل: التأخير، أي: تأخير الغني الواجد للمال قضاء ما عليه من الدَّين، وقد شرح هذا الحديث الشيخ ابن عثيمين -رحمه الله- في شرح رياض الصالحين قوله: (مطل الغني ظلم) يعني: ممانعة الإنسان الذي عليه دَين عن الوفاء، وهو غني قادرٌ على الوفاء؛ ظلم، وهذا منع ما يجب؛ لأن الواجب على الإنسان أن يبادر بالوفاء إذا كان له قدرة، ولا يحل له أن يؤخر، فإن أخر الوفاء وهو قادر عليه؛ كان ظالمًا. وأما معنى قوله: وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ، فقد قال النووي -رحمه الله- في شرح مسلم: وَمَعْنَاهُ: وَإِذَا أُحِيلَ بِالدَّيْنِ

---

[1]- الموقع الرسمي لسماحة الشيخ الإمام ابن باز، https://cutt.us/w2uVN . تاريخ الإطلاع: 2021/03/27

[2]- أمير أحمد فتوح الحجه، آثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، مذكر ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص. 09.

[3]- أخرجه البخاري في كتاب الحوالات، حديث رقم 2287، ومسلم في كتاب المساقاة حديث رقم 1564.

[4]- أخرجه الطبراني في الأوسط 262/8.

الَّذِي لَهُ عَلَى مُوسِرٍ فَلْيَحْتَلْ، فليس للطالب أن يقول: لا أقبل؛ لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: من أحيل على مليء، فليتبع، إلا إذا كان المحول عليه فقيرًا، أو مماطلًا، أو قريبًا للشخص لا يستطيع أن يرافعه عند الحاكم. المهم إذا وُجد مانع فلا بأس أن يرفض الحوالة، وأما إذا لم يكن مانع فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أن يقبل الحوالة، قال: فليتبع[1].

وهكذا نص المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون المدني على حوالة الحق بموجب الفصل الأول من الباب الرابع المعنون بانتقال الالتزام، حيث قضت المادة 239 منه أنه "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

كما نص في الفصل الثاني من نفس الباب على أحكام حوالة الدين، وفي هذا الإطار جاء في المادة 251 ق م أنه "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"، كما نصت المادة 252/1 ق م أنه "لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين إلا إذا أقرها".

المبحث الأول

مكانة الشريعة الإسلامية في القانون التجاري

القانون التجاري هو ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي ينظم نشاط فئة معينة من الأشخاص تسمى التجار، ونشاط فئة معينة من الأعمال تسمى الأعمال التجارية، والتي نظمها المشرع الجزائري بمقتضى الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

ومن خلال نصوص القانون التجاري سنحاول تحديد بعض مواضع تأثره بمنهج الشريعة الإسلامية، من خلال التركيز على مدى اعتبار الشريعة الإسلامية ومبادئها مصدرا من مصادر القانون التجاري (المطلب الأول)، ثم إبراز بعض تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري

تنص المادة 01 مكرر قانون تجاري أنه "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

يظهر من نص المادة أن المشرع لم ينص على الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري، والأكثر من ذلك أنه ساوى بين القانون المدني والعرف من حيث الإلزامية، حيث نص على أنه "وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء"، وحرف الواو هنا يراد به المساواة لا الترتيب، لأن المشرع لو أراد الترتيب لقال وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني ثم أعراف المهنة. وهذا يبين أن المشرع يريد أن يعطي مكانة متميزة للعرف ضمن أحكام القانون التجاري، خاصة وأن هذا الأخير نشأ عرفيا، فكان مجرد عادات وتقاليد تواتر التجار على اتباعها وشعروا بإلزاميتها، ثم قننت هذه القواعد العرفية بعد ذلك في شكل قواعد قانونية عامة ومجردة، ملزمة مقترنة بجزاء.

[1]- موقع إسلام ويب https://cutt.us/P65tb تاريخ الإطلاع: 2021/03/27:

ومهما يكن من أمر فالمادة تطرح إشكالا هو هل يجوز للعرف أن يخالف القاعدة القانونية الملزمة باعتبار أن المشرع ساوى بينه وبين القانون المدني؟.

نقول هنا، إن العرف مهما بلغت مكانته فلا يجوز له مخالفة القواعد المدنية الآمرة؛ لأنها من النظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفتها لا بقاعدة عرفية أو بعادة اتفاقية، وكل اتفاق بخلاف ذلك يعتبر باطلا.

من جهتها أغفلت نص المادة -كما سبقت الإشارة- الشريعة الإسلامية، ولم تدرجها ضمن مصادر القانون التجاري، إلا أن نص المادة تحدث عن القانون المدني باعتباره مصدرا من مصادر القانون التجاري، وكما هو معروف فالشريعة الإسلامية تعتبر مصدر ا من مصادر القانون المدني بصريح نص المادة 01/2 ق م التي تنص أنه "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

وبمطابقة نصي المادتين 01/2 قانون مدني والمادة 01 مكرر قانون تجاري، والتي اعتبرت القانون المدني مصدرا من مصادر القانون التجاري، فإننا نستشف ضمنيا أن الشريعة الإسلامية تأتي في المرتبة الثالثة عملا بقاعدة الخاص يقيد العام.

المطلب الثاني

تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون التجاري

إن عدم النص على الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري، والأخذ بها ضمنيا على النحو السالف ذكره، لا يعني أنه لا يوجد تطبيقات لها في القانون التجاري، بل العكس، يوجد العديد من القواعد التجارية الهامة التي يعود أصلها للشريعة الإسلامية ومن بينها:

أولا: مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

يُعنَى القانون التجاري بمعاملات مبنية على السرعة، وهذه الخاصية تجعله ينفرد بقواعد قانونية خاصة تميزه عن القانون المدني، لذلك تعتبر قاعدة حرية الإثبات[1] تطبيقا واضحا لسرعة المعاملات التجارية، فالمشرع التجاري أطلق فيها الإثبات وحرره من كل قيد إيمانا منه بأن الحياة التجارية تقوم على دعامتي السرعة والائتمان، فالتاجر من أجل تشغيل مشاريعه التجارية يبرم الكثير من العقود والصفقات مع متعامليه، مما يجعل من الصعوبة عليه أن يحرر سلفا محررات كتابية عن الصفقات التي يبرمها[2]، وبالتالي عدم إخضاع المعاملات التجارية إلى الشكلية من حيث إبرام التصرفات الواردة أو تنفيذها يتفق وخاصية السرعة التي يتميز بها القانون التجاري.

ومبدأ حرية الإثبات تضمنته أحكام الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ [سورة البقرة، الآية 282].

1- هناك استثناءات على حرية الإثبات في المادة التجارية من أمثلتها ما اشترطه المشرع لإثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة (المادة 545 ق ت)، وأيضا العمليات الواردة على المحلات التجارية ورهنها حيث اشترط المشرع إثباتها بعقد رسمي وإلا كان باطلا من أمثلتها ما ورد بالمادة 79 ق ت، المادة 96 ق ت والمادة 120 ق ت.

2- حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 41.

وأسوة بالمنهج القرآني، نصت المادة 30 ق ت، على أنه "يثبت كل عقد تجاري: بسندات رسمية، سندات عرفية، فاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

وقبل ذلك، أكدت أحكام القانون المدني مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، حيث جاء في المادة 333/1 ق م أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

حيث استثنت المادة المواد التجارية من إجبارية تطلب الكتابة في إثبات التصرف الذي يزيد قيمته عن 100.000دج، وبالتالي يكون إثبات التصرف التجاري حتى وإن زاد عن هذه القيمة بمختلف وسائل الإثبات.

ثانيا: عقد الشركة

من المتفق عليه أن الشركة نظام قديم جدا عرفته الحضارات القديمة منها البابلية قبل حوالي ألفي سنة قبل الميلاد، حيث وردت في قانون حمو رابي أحكاما متعلقة بالشركات، كما عرفتها الحضارة الإغريقية في القرن السادس قبل الميلاد، وعرفها العرب في الجاهلية رغم أن اقتصادهم كان مبنيا على العادات والأعراف، إلا أن الإسلام جاء وبيّن مشروعية الشركة باعتبارها تقوم على مبدأ التعاون وتحقق المصالح الفردية والجماعية، عملا بقوله عزّ وجل ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [سورة المائدة، الآية 02].

وهناك العديد من الأدلة في القرآن الكريم على مشروعية الشركة منها قوله تعالى ﴿فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [سورة النساء، الآية 12].

وقوله أيضا ﴿قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ ۖ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ۗ وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ۩﴾ [سورة ص، الآية 24]. ومعنى "وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ" أي "وإن كثيرا من الشركاء ليتعدَّى بعضهم على بعض".

ومن جهتها أكدت السنة النبوية مبدأ مشروعية الشركة، ففي الحديث القدسي: «إن الله عز وجل يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما» والمعنى: أنا معهما بالحفظ والإعانة، أمدهما بالمعونة في أموالهما، وأنزل البركة في تجارتهما، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما. وقد أقر النبي - صلّى الله عليه وسلم - تعاون الناس بالشركة، كما في أحاديث كثيرة، وقال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا» وصح أن السائب بن أبي السائب قال للنبي - صلّى الله عليه وسلم- بعد بعثته: «كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني» [أي لا تمانعني ولا تحاورني] رواه أبو داود. ولفظ ابن ماجه: «كنت شريكي ونعم الشريك، كنت لا تداري ولا تماري» وجاء السائب يوم الفتح، فقال له النبي عليه السلام: «مرحباً بأخي وشريكي، كان لا يداري ولا يماري»[1].

[1]- الفقه الإسلامي وأدلته، تاريخ الإطلاع 2021/03/27 على الرابط الإلكتروني:
http://www.marqoom.org/kotob/view/feqWaAdelatah/3860

لذلك، نص المشرع الجزائري على الشركة وأحكامها وأنواعها بمقتضى الكتاب الخامس من القانون التجاري وعنونه بـ "في الشركات التجارية"، في المواد من 544 إلى 839 ق ت.

ولا شك أن الشركة المدنية كانت أسبق في الظهور من الشركة التجارية، لذلك نجد بعض الأحكام المتعلقة بالشركات في القانون المدني، وهذا الأمر لا يوجد فيه أي تداخل، ولا يعني عدم استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني، ذلك أن هذا الأخير يعتبر مصدرا من مصادر القانون التجاري.

تبعاً لذلك تناولت المواد 416 إلى 449 ق م عقد الشركة، وعرفته المادة 416 منه بأنه "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج، أو تحقيق اقتصاد، أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة،كما يتحملون الخسائر الذي قد تنجر عن ذلك".

الخاتمة

من نافلة القول، إنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا ضمن مصادر القانون المدني، وأن القانون التجاري لم ينص عليها في المادة 01 مكرر التي تحدث فيها عن مصادره، وقد اعتبرنا ضمنيا أن الشريعة الإسلامية تعنبر مصدرا للقانون التجاري باعتبار أن القانون المدني يعد مصدرا من مصادره عملا بقاعدة الخاص يقيد العام.

ومهما يكن من أمر فالحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية ضمن القوانين الوضعية ومن خلال استقرائنا لنصوص القانون المدني والتجاري وإن وجدنا بعضا من تطبيقاتها فهذا لا يعني أن هذه القوانين في جوهرها مستمدة من الشريعة الإسلامية، ذلك أن معظم أحكامه مستمدة من القوانين الغربية لا سيما القانون الفرنسي الذي تأثر به المشرع الجزائري.

ذلك أنه توجد بعض الأحكام المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ومع ذلك فهي منصوص عليها في القانون المدني، فقد جاء في قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [سورة البقرة، الآية 275]، فالآية الكريمة منعت التعامل بالفائدة، والمشرع الجزائري وإن كان أتى بالمبدأ العام بموجب المادة 454 ق م عندما قضى أنه "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك" فهذه المادة من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، كأن يتفق الطرفان على أن يكون عقد القرض بفائدة، فهذا اتفاق باطل، وجاء موافقا مع منهج الشريعة الإسلامية.

إلا أنه من جهة أخرى أجاز للأشخاص المعنوية التعامل بالفائدة، حيث نصت المادة 455 ق م على أنه "يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الادخار".

كما نصت المادة 456 ق م أنه "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

وإن كنا من خلال مداخلتنا هذه حاولنا استخراج ما لا يخالف الشريعة الإسلامية من أحكام جاءت في القانون المدني والتجاري، إلا أنه لا نهدف إلى المغالاة بالقول أن كل الأحكام الواردة في القانونين محل الدراسة جاءت متوافقة مع الشريعة الإسلامية؛ لأن هذا القول يضر بمكانة الشريعة ويسلبها خصوصيتها وقدسيتها، والحكم عليها بأنها نظام شأنه شأن الأنظمة الوضعية.

قائمة بأهمّ المراجع

أولاً – مراجع الفقه الإسلامي:

- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- سلسلة فتاوى على الدرب على الرابط الإلكتروني: https://binothaimeen.net/content/9242، تاريخ الإطلاع 2021/03/25
- الموقع الرسمي لسماحة الشيخ الامام ابن باز https://cutt.us/w2uVN تاريخ الإطلاع: 2021/03/27:
- موقع اسلام ويب https://cutt.us/P65tb تاريخ الاطلاع: 2021/03/27:
- الفقه الإسلامي وأدلته، تاريخ الاطلاع 2021/03/27 على الرابط الإلكتروني: http://www.marqoom.org/kotob/view/feqWaAdelatah/3860

ثانياً – مراجع الفقه القانوني:

- حليمة آيت حمدي، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/09/15.
- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.
- حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، العدد 03، جامعة قطر، جويلية 2013.
- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/02/27.
- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، القاهرة.
- شوقي بنّاسي، الشريعة الإسلامية ومبادؤها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني -الالتزامات نموذجا-، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 31، العدد 02، الجزائر، 2017/06/15.
- كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الوادي، أفريل 2019..
- أمير أحمد فتوح الحجه، آثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، مذكر ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية العدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، الجريدة الرسمية العدد 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.