

قاعدة تعارض المانع مع المقتضى دراسة

من وجهة نظر قانونية مقارنة بالشرعية الإسلامية

م.م عبدالله جبار خشان

كلية القانون جامعة القادسية

abdullah.jabbar.khashan@qu.edu.iq

The rule of contradiction between the impediment and the requirement: a study from a legal perspective compared to Islamic law

Abdullah Jabbar Khashan

College of Law, University of Al-Qadisiyah

المقدمة

القضائية لابد لها من تبرير او تسبيب والا كانت عرضة للنقض والرد ولعل من تلك القواعد والوسائل العملية التي تستعين بها المحاكم عموما هي قاعدة تعارض المانع مع المقتضى ، فهي قاعده فقهيه مستمدة من الشريعة الاسلامية الغراء ولكنها بالرغم من ذلك لها جذور ممتدة في القانون ولها تطبيقات متعددة.

ثانياً : اهمية البحث :

تظهر أهمية الموضوع في تقديم وسائل فعالة في حل النزاعات التي تكتنف المعاملات المدنية عموما والمعاملات المالية بصورة خاصة ، خصوصا وأن القوانين المدنية سواء كانت تتعلق بالأحوال المالية أو الشخصية هي مستقاة من الشريعة الإسلامية ولا ريب أن كل ما يشق

اولا جوهر فكرة البحث : لعل من بين المشاكل المهمة التي تواجه اطراف العقد بل وقاضي الموضوع ايضا هو مسالة التفسير ، اذ لا يمكن الوصول للقوة التنفيذية للعقد وتحديد مضامينه دون اللجوء الى تفسيره وهذا التفسير بطبيعة الحال يحتاج الى ادوات علمية وعملية تعين القاضي في تحقيق الغاية المنشودة ولعل من بين تلك الادوات التي استعان بها المشرع ليضعها بين يدي القضاء هي القواعد الفقهية فهي بطبيعة الحال تشكل ركيزة مهمة يستعين بها القاضي في تفسير ما يطرح امامه من مشاكل تتعلق بتحديد مساحه كل عقد من حيث الصحة والبطالان ومن حيث امكانية التنفيذ من عدمه ومن حيث امكانية تقديم امر على اخر، فمن المعروف ان الاحكام

ويصعب فيها لا بد من الرجوع لموطنها الأساس لاستقاء الحلول ، وبما أن من ضمن الحلول المقترحة هي القواعد الفقهية وعلى وجه التحديد قاعدة تعارض المانع مع المقتضى لما لها من تطبيقات عملية واضحة ولكن في الوقت نفسه لم تدرك بعدها الحقيقي ضمن النصوص التشريعية بما يجعلها أداة من أدوات الترجيح الفعالة عند التعارض.

ثالثاً : مشكلة البحث :

تظهر مشكله الموضوع هي في مسلك المشرع العراقي في اختياره لعدد من القواعد الفقهية وإيرادها بشكل نصوص عابرة في القانون المدني دون تفصيل المراد منها او بيان حدود تطبيقها ، في حين ان تلك القواعد لا تمثل جميع ما موجود من قواعد في الشريعة الإسلامية اذا القواعد في الشريعة الإسلامية متعددة ولا تقع تحت حصر معين ، و اذا قلنا انها قواعد شائعته العمل بها فهناك من هو شائع بوزنها او اكثر منها ولكن المشرع العراقي قد اغفل ذلك وهذا بطبيعة الحال يجر القضاء الى مرحلة الاجتهاد ولا ريب ان تلك المرحلة هي من المراحل الصعبة والمحفوفة بالمخاطر في ذات الوقت الامر الذي يقتضي تقديم تلك القواعد اما بنصوص محددة تشتمل على العد الاكبر منها او يراد نص عام يحال به الامر الى القواعد المقررة والمتعارف عليها بالفقه الاسلامي وبالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة المعاملات المدنية .

منهجية البحث

لغرض دراسة موضوع تعارض المانع مع المقتضى فأنا سلكنا منهج البحث التحليلي القائم على تحليل نصوص القانون المدني العراقي وقانون الاحوال الشخصية وكذلك تحليل مواقف فقهاء الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين وحسب حاجة البحث .

هيكلة البحث

ولغرض ايجاد الحل المناسب لمشكلة البحث فأنا قسمنا البحث في هذه القاعدة على مبحثين عقدنا الاول لتحديد مفهوم القاعدة وآلينا ان نبحت فيه المقصود بتلك القاعدة وكذلك اصل مشروعيتها وكذلك شروط اعمالها ، اما المبحث الثاني فقد عقدنا الكلام فيه عن تطبيقات تلك القاعدة سواء اكانت الشرعية منها او القانونية وذلك في مطلبين خصصنا الاول لتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية اما الثاني فقد عقدنا الكلام فيه عن تطبيقات تلك القاعدة القانونية سواء ما كان منها في قانون الاحوال الشخصية او في القانون المدني .

المبحث الاول

مفهوم قاعدة تعارض المانع مع المقتضى

لغرض الاحاطة بمفهوم تلك القاعدة فأنا سوف نوزع البحث فيها على مطلبين ، نعالج في الاول منها ماهية تلك القاعدة نحاول ان نسلط الضوء فيه على المقصود بتلك القاعدة وذلك من خلال بيان ابعادها الرئيسية وكذلك بيان اصل مشروعية تلك القاعدة اما المطلب الثاني فسوف

نعقد الكلام فيه عن شروط اعمال تلك القاعدة و
على النحو التالي :

المطلب الثاني

ماهية قاعدة تعارض المانع مع المقتضى

لغرض الاحاطة بماهية تعارض المانع مع المقتضى فأننا سوف نقسم البحث في هذا المطلب الى فرعين نعالج في اولهما المقصود بقاعدة تعارض المانع مع المقتضى اما الفرع الثاني فسوف يكون لشروط اعمال تلك القاعدة .

الفرع الاول

المقصود بقاعدة تعارض المانع مع المقتضى

الشريعة الاسلامية وكذلك اتبعتها القوانين الوضعية التي استقت احكامها منها بأنها اجازت المعاملات عموما متى كانت مشروعة بأصلها ووصفها ، ولكن الامر لا يكون كذلك دائما اذ قد يعرض ان تكون المعاملة الواحدة تتطوي على امرين الاول وصف الصحة اما الاخر فهو وصف البطلان او بعبارة اخرى وجود وصف يقتضي امضاء المعاملة و الاخر يوجب الترك ، اي ايهما يكون واجب الاعتبار ، البعض يقيم هذه الفكرة من باب ربط العلة بالمعلول ولكي تكون العلة تامة لابد لها من وجود امرين الامر الاول وجود المقتضى (المقتضى هو المتطلب الاساسي للتصرف القانوني او الشرعي فعلى سبيل المثال لأبرام عقد معين يحتاج الى اقتران الايجابي بالقبول لكي يحدث الاثر القانوني كما نص على ذلك المشرع العراقي في المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي جاء فيها ((العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من

احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)). ولكن هل اقتران الايجابي بالقبول يكفي لصحة التصرف القانوني ان كان هنالك مانع يمنع من ذلك كما هو الحال مثلا في العقود الربوية الجواب على ذلك كلا بل لابد لكي يتم المقتضى ان لا يوجد ما يمنعه في نظر الشرع او القانون) اما الامر الاخر هو عدم المانع في حين على خلاف ذلك بالنسبة للعلة الناقصة التي يتوفر فيها المقتضى ولكن ايضا يتوفر فيها المانع وبالتالي المانع يغلب على المقتضى بمعنى لا يترتب على العلة اثرها وهو المعلول ، وقد ذكر السيد محمد حسين الطباطبائي بخصوص ذلك "فالعلة التامة هي التي تشتمل على جميع ما يتوقف عليه المعلول بحيث لا يبقى للمعلول معها إلا أن يتحقق. والعلة الناقصة هي التي تشتمل على بعض ما يتوقف عليه المعلول في تحققه لا على جميعه. وتفتقران بأن العلة التامة يلزم من وجودها وجود المعلول ومن عدمها عدمه، والعلة الناقصة لا يلزم من وجودها وجود المعلول، لكن يلزم من عدمها عدمه، لمكان توقف المعلول عليها وعلى غيرها" (الطباطبائي ، بلا سنة طبع ، ص ٢٠٤)

وذلك من باب ان الشيء الواحد اذا كان له محاذير تستلزم منعه وكان له دواعي تقتضي وجوده فيقدم منعه على وجوده من باب درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة ، ايضا من منطلق حرص المشرع الاسلامي والقانوني على منع المنهيات اكثر من تحقيق المأمورات ذلك لخطورة المنهيات مقارنة بالمأمورات .

الفرع الثاني

اصل مشروعية القاعدة

ان قاعدة تعارض المانع مع المقتضى من القواعد التي انتقلت الى قوانين المعاملات المدنية عموماً من الشريعة الإسلامية لذا لا بد من تتبع مشروعية تلك القاعدة بالرجوع الى احكام الشريعة الإسلامية ذاتها وذلك من خلال استظهار مشروعيتها في القرآن الكريم و السنة النبوية المشرفة

فقد ورد في قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُوْنَ)) (سورة التوبة الآية ٩٠ و ٩١)

ووجه الاستدلال في هذه الآية ان الله سبحانه وتعالى شرع البيع واحله لما فيه من منفعة الناس وتسهيل لحياتهم فهم بحاجة المأكّل و المشرب و الملابس وهذا بطبيعة الحال لا يكون ممكناً إلا بتشريع البيع ولكن في الآية الكريمة نجد الشارع المقدس قد منع بيع الخمرة او التعامل فيها على الرغم ان بيعها فيه منافع مادية للمتعامل بها ولكن مع ذلك نجد المانع جاء لدفع ضرر اكبر من المصلحة المتحققة وهنا مثال واضح لتطبيق قاعدة تعارض المانع مع المقتضى فالاصل اقتضاء البيع وتماحه والمانع هو بيع الخمر وبيع الخنزير وغيره من المحرمات اذ اصل المعاملة صحيح لكن ما ورد عليه فهو باطل (فقد ورد في

منهاج الصالحين ((مسألة ١٧: يحرم بيع العنب أو التمر ليعمل خمراً، أو الخشب - مثلاً - ليعمل صنماً، أو آلة لهو، أو نحو ذلك سواء أكان تواطؤهما على ذلك في ضمن العقد أم في خارجه مع وقوع العقد مبنيًا عليه)) ينظر السيستاني ، ص ٩) .

وفي السنة الشريفة فقد ورد عن النبي صل الله عليه واله وسلم انه قال " مَا نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ ، فَاجْتَنِبُوهُ وَمَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ فَافْعَلُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ ، فَإِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ كَثْرَةُ مَسَائِلِهِمْ ، وَاخْتِلَافُهُمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ " (الأنصاري ، ١٤١٨ هـ ١٩٩٨ م ، ص ٨٨)

ووجه الاستدلال في الحديث الشريف هو تقديم المنع على الامر لما فيه منفعة الناس ومصلحتهم ولأن اعتناء الشارع بترك المنهيات اشد من اعتنائه بفعل المأمورات ، فأذا تعارض دليل يقتضي التحريم واخر يقتضي الاباحة او الندب قدم من يقتضي التحريم وذلك اعمالاً لقاعدة درء المفسدة متى كان ذلك ممكناً (الغزي ، ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م ، ص ٣٥٩ و ما بعدها) اما اصل مشروعية تلك القاعدة في التشريعات المدنية فيمكن ان نستدل عليها بالرجوع الى احكام المادة (٤٦) من مجلة الاحكام العدلية ، فقد نصت صراحة على قاعدة تعارض المانع مع المقتضى (ينظر نص المادة (٤٦) من المجلة والتي جاء فيها ((إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع فلا يبيع الراهن الرهن لآخر ما دام في يد المرتهن)

اما في القانون العراقي فقد ورد النص عليها في المادة الرابعة من هذا القانون فقد جاء فيها ، اذا تعارض المانع و المقتضى قدم المانع ، وورد في فقرتها الثانية واذا زال المانع عاد الممنوع . مما تقدم يمكن القول ان تلك القاعدة ليست من وحي الخيال او مجرد فكرة عابرة قال بها فقيه او ايدها اخر وانما لها اصول ثابتة في الشريعة الاسلامية وفي القوانين المدنية .

المطلب الثاني

شروط تطبيق قاعدة تعارض المانع مع المقتضى

لتطبيق قاعدة تعارض المانع مع المقتضى لابد من توفر شروط أساسية لا بد منها إلا وهي صحة التصرف محل العمل بأصله وكذا لابد من اقتران هذا التصرف بمانع من شأنه إلا ان يرتب على ذلك التصرف أثره وهذا ما سوف نحاول بيانه في الفرعين التاليين وعلى النحو الآتي :

الفرع الاول

ان يكون التصرف صحيحا بأصله

تقسم التصرفات عموما الى تصرفات صحيحة واخرى باطلة من وجهة نظر القانون وتقابلها في ذلك التصرفات المباحة والمحرمة من وجهة نظر الشريعة الاسلامية ومواطن اعمال تلك القاعدة في التصرفات المشروعة بأصلها فلو كانت التصرفات باطلة او محرمة بذاتها فلا تثير اشكالا ان حكمها واضح ومعروف للجميع الا

ان صحة الامر وبطلانه او اقترانه بمحرم هو من يثير اشكالا سواء بالنسبة للأحكام القانونية او الشرعية (السنهوري ، بلا سنة طبع ، ص ٤٩٥) ، وقد يتبادر للذهن ان بالإمكان الاستعاضة عن تلك القاعدة وعلى وجه الخصوص بنظرية انتقاص العقد باعتبارها من الحلول القانونية التي يتم اللجوء اليها لمواجهة حالات البطلان والتقليل منها قدر الامكان الا ان تلك القاعدة لا تصدق على ما نحن بصدد بيان ، لأسباب منها ان تلك النظرية واعني بذلك نظريه الانتقاص تفترض وجود تصرفات قانونية او شرعية باطلة بأصلها وليس العكس من ذلك بمعنى ان التصرفات الصحيحة لا تتناولها تلك القاعدة السبب الاخر ان تلك القاعدة تفترض امكانية فصل الاجزاء الباطلة في التصرف القانوني عن الاجزاء الصحيحة حتى تظهر نظرية انتقاص العقد ويرى بعض الفقه ان الانتقاص يكشف عن وجود تصرفين مستقلين أو تعدد في التصرفات القانونية التي تحتوي عليها عملية قانونية واحدة (حسين ، بلا سنة طبع ، ص ١٧٨ و ١٧٩ ، ينظر ايضا نص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي و التي جاء فيها ((اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا.)) ، في حين ان تلك القاعدة التي نحن بصدد بيانها تتناول تصرفا قانونيا صحيحا بأصله ولكن يقترن به امر اخر يمنعه من ترتيب أثره وهذا الامر لا يمكن فصله عن التصرف باي حال من الاحوال الاعتماد ذلك التصرف القانوني او الشرعي عليه بصورة اصلية ويعتبر غايته الأساسية ، كما هو الحال على سبيل المثال في بيع الخمرة او المخدرات فالبيع

بعد ذاته يعتبر من التصرفات الصحيحة والسليمة التي لا يتناولها الشرع او القانون بالتحريم لكن اذا ورد هذا البيع على محل ممنوع شرعا وهو الخمرة او المخدرات هنا قدم المانع على اصل المعاملة وهو البيع بما يحتويه من منفعة لصاحب تلك المعاملة وهنا لا يمكن فصل البيع عن محله ذلك لان اعتماد البيع على المحل بصورة كليته ولاشتراكهما في الغاية والعلة.

الفرع الثاني

اجتماع المانع مع المقتضى

الشرط الاخر لتطبيق قاعدة تعارض المانع مع المقتضى لا بد ان يجتمع في ذات التصرف امران احدهما يقتضي وجوبه والاخر يقتضي منعه ، فلا يكفي بان يكون التصرف تصرفا صحيحا بذاته بل لا بد ان يقترن معه مانع يؤدي الى منع حدوثه او ترتيب الاثر على سببه ولعل سائل يسأل هل لوقت المانع اثر في هذا الامر بمعنى هل لابد ان يتعاصر المقتضى مع المانع في ذات الوقت ؟ الجواب على ذلك ليس من الضروري ان يجتمع المانع مع المقتضى في ذات الوقت ما دام الاثر لم يترتب على ذلك المقتضى بمعنى من الممكن ان يكون المقتضى في وقت معين والمانع في وقت اخر ما دام ان المقتضى لم يترتب عليه اثره اي لا يزال ذلك المقتضى لم يحدث الاثر فما دام المانع موجودا فان الذي يقدم هو المانع (الزحيلي، ، ٢٠٠٦، ص ٢٤٤) الامر الاخر الذي لابد من مراعاته

هو ان يجتمع المانع والمقتضى على ذات المحل في ذات التصرف فاذا ورد التصرف على محل متعددة وكان المقتضى في محل والمانع في محل اخر فلا مجال لإعمال تلك القاعدة اذ لابد ان يجتمع المانع والمقتضى في محل واحد وفي تصرف واحد حتى يكون هنالك مجالا لتطبيق تلك القاعدة ، ولعل من الامثلة على ذلك لو ان شخصا جمع بين امرأة تحل له واخرى لا تحل في عقد واحد صح عقده بالنسبة لمن تحل له وبطل للأخرى وكذا الحال لو باع شخصا مالا موقوفاً واخر مملوكاً فان عقده صحيح في المملوك وباطل في الموقوف وايضا لو ان شخصا باع ملكه وملك غيره صح عقده في ملكه وبطل في ملك غيره او كان موقوفا على اجازة المالك كما هو الامر في القانون (الزحيلي ، المصدر السابق ، ص ٢٤٩) اذ كما اسلفنا يشترط تطبيق تلك القاعدة ان يرد المقتضى والمانع في محل واحد فلو اختلفت المحال فلا مجال لتطبيق تلك القاعدة ، الامر الاخر الذي لابد من مراعاته في اعمال تلك القاعدة هو ان لا يكون المقتضى اقوى من المانع ففي طبيعة الحال لو كان المقتضى هو الامر الواجب تطبيقه لتعلقه بمقاصد الشريعة الاسلامية الاساسية فلا مجال لإعمال المانع وتقديمه على المقتضى كما هو الحال في تحمل مشاق الجهاد ففيه ازهاق للأرواح ولكن تقديمه اولى من منعه لتعلقه بمقاصد الشريعة الاسلامية (الطيبار ، ص ٦٨٢)

المبحث الثاني

تطبيقات قاعدة تعارض المانع مع المقتضى

بعد ان انتهينا في المبحث الاول من بيان مفهوم قاعدة التعارض المانع مع المقتضى وبيان اصل مشروعيتها وكذلك شروط اعمالها فأن منطق البحث القانوني يحتم علينا استقصاء اهم تطبيقات تلك القاعدة في الواقع العملي سواء اكان هذا الامر في الشريعة الاسلامية اوفي القانون سواء اكان القانون هو القانون المدني ام قانون الاحوال الشخصية ، وذلك في مطلبين وعلى النحو التالي :

المطلب الاول

تطبيقات تلك القاعدة في الشريعة الاسلامية

لغرض الاحاطة بهذا الموضوع سوف نتولى تقسيم البحث الى فرعين نعالج في اولهما تطبيقات تلك القاعدة في المسائل غير المالية او المسائل التي يبرز فيها الجانب العبادي على الجانب المالي ، اما الفرع الثاني فسوف نخصص البحث فيه في التطبيقات التي يظهر فيها الجانب المالي او المعاملاتي وعلى النحو التالي :

الفرع الاول

التطبيقات غير المالية لتلك القاعدة

يذكر الفقه عموماً بعض التطبيقات الشرعية لقاعدة تعارض المانع مع المقتضى منها اذا كان المكلف بحاجة الى الغسل لأداء الصلاة ولكن استعماله للماء يسبب له ضرراً يتمثل بخوف العطش على نفسه او غيره ففي تلك الحالة له ان يترك الغسل ويذهب للتيمم واثان الصلاة

ولعل هذا الامر هو من باب تعارض المانع مع المقتضى ، فالمقتضى هو الغسل لأجل الطهارة وهو مقدمة لكل واجب ولكن مع وجود المانع الذي يعد اعظم ضرراً من المقتضى قدم ذلك المانع على المقتضى . (السيستاني ، مصدر سابق ، ص ١٤٤)

من بين الامور التي نصت عليها الشريعة الاسلامية والتي اولتها الاهتمام الكبير هي سلامة الانسان في دينه ونفسه وجسده ، ولكن نجد هذا الامر قد يتعارض مع مبررات تستدعي تعرض جسم الانسان للضرر كما هو الحال في عقوبة السارق وهي قطع اليد او عقوبة قاطع الطريق فهذه العقوبات من شأنها المساس بسلامة جسم الانسان ولكن الشريعة اباحتها لحفظ الاستقرار داخل المجتمع ولمنع اعتداء القوي على الضعيف وهي صورة من صور تطبيق قاعدة تعارض المانع مع المقتضى فمقتضى القاعدة عموماً هو سلامة جسم الانسان ولكن مع وجود فعل السرقة او قطع الطريق او الافساد في الارض فأن ذلك المقتضى يرتفع ويحل محله المانع المذكور (القرويني ، ، ١٩٩٧ م ، ص ٢٦١) .

من بين التطبيقات غير المالية هي مقارنة الزوج لزوجته وقت الحيض فكما هو معروف من غايات الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر، وهذا هو مقتضى الزواج سواء كان في الشريعة الاسلامية او في القانون عموماً ولكن تلك الغاية اذا تعارضت مع مانع اكبر منها ضرراً منعت لأجل ذلك المانع (الصرصري ، ،

١٤١٩ ، ص ٦٧١) ولعل الحيض من تلك الموانع فقد نهى الله سبحانه وتعالى من مقاربة الزوج لزوجته وقت الحيض لما فيه من اذى وضرر كبير للزوجة فقد ورد في قوله تعالى "وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ" (الاية ٢٢٢ من سورة البقرة) ولاريب ان هذا الامر هو تطبيق واضح لقاعدة تعارض المانع مع المقتضى التي نحن بصدد بيان احكامها .

الفرع الثاني

التطبيقات ذات الجانب المالي

من اهم المعاملات المالية المعروفة في الشريعة الإسلامية والقانون على حدا سواء هو البيع إذ لا نجد من يقضي بتحريم تلك المعاملة ولا يوجد من يبطلها ولكن تلك المعاملة إذا شابها الربا فإنها تكون باطلة والبطلان لا يشمل الزيادة الربوية فقط بل يشمل اصل المعاملة وهذا بطبيعة الحال ليس إلا تطبيقاً لتلك القاعدة المذكورة فعلى الرغم من أهمية المعاملة كبيع وهي معاملة مشروعة بأصلها و وصفها ولكن بمجرد تعارض مع مانع يقتضي تقديمه عليها فإن مصلحة المجتمع وسلامة وطهارة المعاملات المالية تقتضي أن يقدم عليها المنع (الدبيان ، ١٤٣٢ ، ص ١١-١٣) .

ولعل من بين التطبيقات التي تعج بها كتب الفقه الاسلامي هي حالة اجتماع شيئين في عقد واحد احدهما يصح التعامل به ولاخر لا يصح وهو ما يعرف بفكرة تبعية الصفقة كما لو ورد عقد البيع محرم ومحلل كما في بيع القمح و الخمر او بيع الحر و العبد ، فأصل القاعدة هو وحدة الصفقة وهي المرجح دائماً ولكن عند تعارضها مع مانع اقوى منها واكثر اهمية فأن التبعية يصبح امر مقبولا ، ومن يتمعن بهذه الفكرة يجدها تطبيقاً واضحاً لقاعدة تعارض المانع مع المقتضى التي نحن بصدد بيان احكامها فأصل الاقتضاء هو وحدة الصفقة ولكن المانع من ذلك هو ما اشتمل عليه المحل من اشياء محرمة لا يجوز التعامل بها ، وفي الوقتي ذاته امكانية فصلها ممكنة فيتم اللجوء لفكرة تبعية الصفقة استثناء من وحدتها (الانصاري ، بدون سنة طبع ، ص ٧١)

المطلب الثاني

التطبيقات القانونية لقاعدة تعارض المانع مع المقتضى ولعل الباحث في القوانين الخاصة و المستمدة الاصل من الشريعة الاسلامية يجد تطبيقاً واضحاً لتلك القاعدة وان لم تذكر بهذا الاسم بل اثراها ممتد ومؤسس لإحكام مهمة وجوهرية ، الامر الذي يقتضي ان نتعرض بالبحث والتحليل لبعض تطبيقات تلك القاعدة في قانون الاحوال الشخصية وفي القانون المدني ، ذلك لأنهما لا ينفكان في استثناء الاحكام من

الشرعية الغراء ونقل قواعدها الفقهية والاصولية ، وذلك في فرعين نعقد الكلام في اولهما عن تطبيقات تلك القاعدة في قانون الاحوال الشخصية وثانيهما لتلك التطبيقات في القانون المدني.

الفرع الاول

التطبيقات في قانون الاحوال الشخصية العراقي
الميراث عموماً هو قائم على فكرة الانتقال أو الاستخلاف أي أن الوارث يعتبر خلف للمورث وإن المنطق يقتضي أن الإنسان الذي أفنى جزءاً كبيراً من حياته في جمع ثروته أن لا تذهب تلك الثروة وتأخذ طريقها للتبدد وهذا يحدث إذا ما قلنا بإمكانية انتقالها للخلف والذي بدوره يسعى إلى المحافظة على مكتسبات مورثه فهي تحقق أمرين الأول معنوي هو المحافظة على تلك المكتسبات كما أسلفنا ، والآخر مادي يتمثل بأنقاع هذا الخلف والاستفادة من الجهد والتعب الذي بذله ذلك السلف ، ولعل الدليل على ذلك أن توزيع حصص الميراث ودرجات القرابة هي مسألة شرعية ربانية لا دخل لإرادة الوارث والمورث فيها بل حتى وإن صرح المورث أن وارثه فلان محجوب أو أن فلان لا ميراث له فإن ذلك يعد من باب اللغو غير المرتب أثراً لما ذكرنا من أرادة إلهية في توزيع تلك الحصص ولكن مع أهمية تلك المسألة وعظيم شأنها إلا أنها لا تقف بوجه المانع الذي من شأنه أن يعطل أحكامها إلا وهو القتل المانع من الميراث فمع عظيم شأن قاعدة الميراث نجد أن تلك القاعدة تفقد أثرها إن تعارضت بعارض القتل ،

فمن أقدم على قتل مورثه عمداً عدواناً لا يستحق شيء من ميراث مورثه ولا شك أن هذا تطبيقاً بيناً لتلك القاعدة مدار البحث ، و من بين التطبيقات التي من الممكن أن نؤشرها في قانون الأحوال الشخصية هو حالة الهبة في مرض الموت إذ يأخذ هذا التصرف حكم الوصية أي أنه يتحدد بحدود الثلث ولا يزيد عن ذلك على الرغم من أن الأصل العام أن الإنسان إذا كان لا يزال على قيد الحياة فإن له الحرية المطلقة في التصرف في أمواله بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ومخالفة لقواعد الشرعية في الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة تستغرقها عدم مخالفة القوانين في البلدان الإسلامية ، ولكن نجد أن يد المالك تغل لمجرد أنه أجله قد دنى أو أنه صار مريضاً مرض الموت وذلك لرعاية حقوق الورثة فهان قد تعارض أمران أولهما حق الملكية المطلق الذي يخول المالك السلطة المطلقة في التصرف في ما يملك عينا ومنفعة والمنع المتمثل برعاية مصلحة الورثة وخشية الجور عليهم من هذا المورث لذا فإن أعمال تلك القاعدة يكون أمر لا مناص منه لرعاية الحقوق ولتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في إعطاء كل ذي حق حقه (الزلمي ، بلا سنة طبع ، ص ٢٠-٢١ ، وينظر بشأن تصرفات المريض مرض الموت السامرائي ، ، ١٩٨٣ ، ١٥٢)

الفرع الثاني

تطبيقات القاعدة في القانون المدني العراقي

لعل من بين التطبيقات التي يمكن أن يستدل بها على وجود تلك القاعدة هو حالة الرهن التأميني ، فكما هو معروف أن الرهن التأميني هو حقا عينيا تبعا ينشأ لضمان حق شخصي اي لضمان دين نشأ بين الدائن المرتهن وبين المدين الراهن ، ولكن هذا الرهن قبل حلول أجل الدين لا يشكل ايه فعالية أو بعبارة أخرى هو في حالة سبات لا يخرج منها إلا بحلول أجل الدين ، ويترتب على ذلك أن يد المدين على أمواله لا تغل في تلك الفترة بل يبقى له من الصلاحيات التي تخوله إياها الملكية من استعمال واستغلال وتصرف قائمة وهذا ما تناوله القانون المدني العراقي في بيانه لأحكام عقد الرهن (ينظر في ذلك نص المادة (١٢٩٥) من القانون المدني و التي نصها ((١ - يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهنا تامينيا وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن)) ، ينظر ايضا الناهي ، ، ، ١٩٥٣ ، ص ٤٩ . ٢ - وله الحق في ادارة العقار المرهون، وفي قبض غلته الى وقت التحاقها بالعقار وفقا لقواعد الاجراء.)) ولكن عند الرجوع لقانون التسجيل العقاري أن جدا في هذا القانون نصوصا تشكل مصداقا لتلك القاعدة التي نحن بصدد بحث أحكامها إلا وهي نص المادة (٣١٧)^(٢١) التي لا تعطي للمدين الراهن حق التصرف بالعقار المرهون بيعا دون موافقة الدائن ، ولا ريب أن في ذلك تقييدا لحرية المدين في التصرف في ملكه وتطبيقا لتلك إذا الأصل وفق حق الملكية

هو أن المالك التصرف في ملكه وهذا هو مقتضى الحق ولكن هذا المقتضى يصطدم بفكرة المحافظة على حقوق الدائن المرتهن من وجهة نظر المشرع مما يؤدي إلى تقديم حق الدائن على مصلحة المدين بالتصرف في اموله وهنا يظهر المنع ، وقد امد مشرع قانون التسجيل العقاري فكرة اشتراط موافقة الدائن المرتهن ليس للبيع فقط بل شملت تصرفات اخرى كالصلح(ينظر نص المادة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ والتي نصها ((اذا كانت الحقوق العينية العقارية المصالح عنها او المصالح عليها او كليهما مثقلة برهن او حق امتياز فينبغي اخذ موافقة الدائن المرتهن او صاحب حق الامتياز على تسجيل الصلح.)) و هذا بلا شك مانعا من تطبيق نصوص القانون المدني القاضية بأعطاء المالك الحرية في التصرف في املاكه المرهونة متى كان تصرفه غير مضر بالدائنين ، وبطبيعة الحال لا يمكن وصف انتقال الملكية سواء بالبيع او بالصلح بأنه مضر بالدائن المرتهن خصوصا وان حقه بالتتابع لا يتعطل ، فما الضير في ان توجه الاجراءات اتجاه المالك (المدين الراهن) او اتجاه المالك الجديد اذا كانت النتيجة واحدة و الاجراء واحد ، إلا اذا اعتبرنا انتقال الملكية بحد ذاته قد يشكل صعوبات اتجاه الدائن المرتهن تعسر عليه الحصول على حقة ، وهي كذلك من وجهة نظر المشرع العراقي ، محاولا التغلب عليها عاملا بتلك القاعدة التي بينهاها .

ثانيا : انتقال ملكية العقار المأجور قبل انقضاء عقد الايجار .:

لعل من بين تطبيقات تلك القاعدة التي يمكن نتلمس وجودها في عقد الايجار وهي حالة انتقال ملكية المأجور الى مالك اخر غير المؤجر قبل انتهاء عقد الايجار فمن التزامات البائع في عقد البيع عموما هو تسليم المبيع الى المشتري او الى من انتقلت اليه الملكية ان كان التصرف غير البيع ، ولكن نجد ذلك المقتضى يتعطل رعاية لحق المستأجر، اذ نص القانون المدني العراقي إذا كان عقد الايجار سابقا الانتقال ملكية المأجور وثابت التاريخ فليس للمالك الجديد سواء كان مشتريا او غير ذلك ان يطلب اخلاء المأجور واخراج المستأجر منه قبل ان تنتهي المدة القانونية المحددة ويتحول المالك الجديد الى مؤجر بنفس شروط عقد الايجار السابق تتحول له حقوق والتزامات المالك السابق ، وهذا بطبيعة الحال تعارض امرين احدهما يتوفر فيه الاقتضاء والاخر يتوفر فيه المنع اذ الاقتضاء هو انتقال الملكية من ذمة الى ذمة اخرى وتسليم الشيء الذي انتقلت ملكيته ولكن المنع يتمثل بحماية صيانة حق المستأجر الذي يكون بكل الاحوال بعيدا عن تلك المعاملة وهذا تطبيق حي لقاعدة تعارض المانع مع المقتضى التي نحن بصدد بيان احكامها(مبارك و حويش و الفتلاوي ، بلا سنة طبع ، ص ٣٤٤)

ثالثا: التزامات الجوار .:

ولعل من بين المواطن الاخرى التي يمكن ان نؤشر فيها وجود قاعدة تعارض المانع مع

المقتضى هي مضار الجوار غير المألوفة و على وجه التحديد في العقارات اذ مقتضى الملكية هو تخويل المالك سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف لكن هذه السلطات الثلاث قد تغل او تنقيد لمصلحة مالك اخر حفاظا على علاقات الجوار بين الملاك ، فعلى سبيل المثال لو ان مالكا لدار معينة اراد تحويلها الى مقهى او الى محل لممارسة مهنة او صناعة معينة وادى ذلك الامر الى تضرر الجار فان القانون قد منح لذلك الجار المتضرر اللجوء للقضاء والمطالبة بازالة الضرر مع التعويض ان كان له مقتضى تحت مسمى التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة ولكن لو امعنا النظر في هذا الامر لوجدنا المالك الذي اقيمت عليه الدعوى هو يستعمل حق اقره له القانون ولكن هذا الحق رجحت عليه مصلحة اخرى اقتضت منعه وتقييده الا وهي مصلحة الجار المتضرر بناء على قاعدة تعارض المانع مع المقتضى او قاعدة درء المفسد اولى من جلب المنافع(السنهوري ، بلا سنة طبع ، ص ٦٩٣)

الخاتمة

بعد ان انهينا البحث في قاعدة تعارض المانع مع المقتضى ودراسة تطبيقاتها الشرعية و القانونية فأن منهج البحث العلمي يحتم علينا ان نؤشر اهم ما توصلنا له من نتائج واهم ما نراه من مقترحات وعلى النحو التالي :

اولا النتائج :

لقد تبين لنا أن الأمر الواحد قد تتوفر فيه أمور تستدعي وجوبه وأخرى تستدعي تركه والأخيرة أولى بالرعاية .

لقد تبين لنا أن تلك القاعدة لها أصل في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ومنها اخذت طريقها للقوانين المدنية وان لم يتم النص عليها الا انها تسالت للتطبيقات العملية في تلك القوانين.

اتضح لنا أيضا أن التصرفات التي تتناولها تلك القاعدة هي تصرفات صحيحة من حيث الأصل ولكن يعرض لها عارض يقدم في الأهمية على اعتبار الصحة المتأصل فيها مما يستدعي منعها.

لقد اتضح لنا أيضا أن المقتضى والمانع لابد أن يجتمعا في محل واحد فإذا وردا في محل مختلفة فلا يمكن القول بأعمال تلك القاعدة.

لقد تبين لنا أيضا أن المانع لابد أن يكون أقوى من المقتضى إذ لو كان المقتضى أولى فلا مجال لأعمال تلك القاعدة.

ثانيا : التوصيات :

نوصي المشرع العراقي بتحديد مضامين تلك القاعدة بالشكل الذي يضمن تحقيق غرضها باعتبارها اداة فعالة في الترجيح عند التعارض في النصوص وليس مجرد النص عليها بصورة عابرة .

احالة القضاء في الاستفادة من احكام القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية دون التقيد بقاعدة ما

اتباع مبادئ حسن النية في تطبيق القواعد المؤدية الى البطلان دون الاعتماد على التعارض الظاهري في النصوص

وضع الضوابط و المحددات وعلى وجه التحديد في استخدام القواعد المؤدية الى البطلان في الترجيح عند حسم التعارض وذلك الخطوة البطلان عموما ، وهذا لا يأتي إلا بالتوغل في معرفة كوامن تلك القاعدة في موطنها الرئيس و هو الشريعة الاسلامية .

المصادر

أولاً: كتب الفقه الإسلامي

١. أبو اسماعيل عبدالله بن محمد بن علي الأنصاري ، ذم الكلام وأهله ، تحقيق عبد الرحمن عبد العزيز الشبل ، ج١ ، ط١ ، مكتبة العلوم و الحكم ، المدينة المنورة ، ١٤١٨ هـ ١٩٩٨ م.
٢. ابو عمر دبيان بن محمد الديان ، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ، ج١١ ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض السعودية ، ١٤٣٢ .
٣. د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠١ .
٤. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الانصاري ، زين الدين أبو يحيى السنيكي ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، ج٢ ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون سنة طبع.
٥. سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري ، الانتصارات الإسلامية في كشف شبه النصرانية ، تحقيق سالم بن محمد القرني ، ج٢ ، الطبعة الاولى ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٤١٩ .
٦. عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرافعي القزويني ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، ج١ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ م.
٧. السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، دار البصرة ، ايران .
٨. السيد محمد حسين الطبطبائي ، نهاية الحكمة ، صححه وعلق عليه الشيخ عباس علي الزراعي ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، ايران ، بلا سنة طبع ،
٩. محمد صدقي بن أحمد بن محمد ال بورنو أبو الحارث الغزي ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢ ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م.

ثانياً :كتب القانون

١. د. سعيد مبارك و . د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، البيع الايجار المقاوله ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع
٢. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية العينية ، مطبعة دار المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ ،
٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، ج٨، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص٦٩٣
٤. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، ج١، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع
٥. د. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٦ ،
٦. د. محمد عبد الظاهر حسين ، مصادر الالتزام – المصادر الارادية وغير الارادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع
٧. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، أحكام الميراث و الوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن و القانون ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع
٨. د. نعمان عبد الرزاق السامرائي ، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة و القانون ، دار العلوم للطباعة و النشر ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٨٣ ، ١٥٢

ثالثا البحوث

١. خديجة بنت حمد الطيار ، قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد وعلاقتها بنظام حقوق كبير السن ورعايته في المملكة العربية السعودية ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية و العربية بالاسكندرية ، العدد الثامن و الثلاثون ، الاصدار الثاني.

رابعا: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢. قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

لمرجح دقيق لفك ذلك التعارض متى كان ذلك
ممكناً .

الكلمات المفتاحية : قاعدة المانع ، والمقتضى
، تطبيقاتها القانونية و الشرعية

المخلص

Abstract:

For the purpose of interpreting the contract, determining its binding force, and clarifying the possibility of its implementation or not, due to the invalidity or attachment that may surround it, this requires possessing important tools that help the parties in general and the judge in particular. Perhaps among those tools are the rules of jurisprudence, the most prominent of which is the rule of the conflict of the impediment with the requirement, due to its effective role in describing the validity of contracts or not when accompanied by impediments that require their implementation due to their connection to an essential goal that cannot be

لغرض تفسير العقد وتحديد قوته الملزمة وبيان إمكانية تنفيذه من عدمه لما قد يكتنفه من بطلان أو تعليق فأن ذلك يتطلب امتلاك الادوات المهمة التي تساعد الأطراف عموماً وقاضي الموضوع على وجه الخصوص ، ولعل من تلك الأدوات هي القواعد الفقهية ومن أبرزها قاعدة تعارض المانع مع المقتضى لما لها من دور فعال في وصف صحة العقود من عدمها عندما تقترب بها موانع تستدعي أعمالها لتعلقها بغاية جوهرية لا يمكن تفاديها أو إغفالها ذلك لان مسألة تعارض الاقتضاء مع المانع من المسائل الجوهرية و المهمة التي لا بد من احاطتها بالناية الازمة خصوصاً منطبق الشريعة الاسلامي هو بتغليب المنهيات على المأمورات متى كانت المنهيات تشكل ضرراً كبيراً مقارنة بالمأمورات التي لربما تقل عنها او لا تساويها وهذا بطبيعة الحال يجعل من القاعدة مدار البحث كثيرة التطبيق في الحياة العملية لكثرة التعارض والحاجة الدائمة

avoided or ignored. This is because the issue of the conflict of requirement with the prohibition is one of the essential and important issues that must be surrounded with the necessary attention, especially the logic of Islamic law, which is to give precedence to prohibitions over commands whenever the prohibitions constitute great harm compared to the commands that may be less than them or not equal to them. This, of course, makes the rule under discussion widely applied in practical life due to the frequency of conflicts and the constant need for an accurate weighting to resolve that conflict whenever possible