



الجامعة الافتراضية السورية  
SYRIAN VIRTUAL UNIVERSITY

## علم الاجتماع القانوني

الدكتور مؤيد زيدان



Books

## علم الاجتماع القانوني

الدكتور مؤيد زيدان

من منشورات الجامعة الافتراضية السورية

الجمهورية العربية السورية ٢٠١٨

هذا الكتاب منشور تحت رخصة المشاع المبدع – النسب للمؤلف – حظر الاشتقاق (CC– BY– ND 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode.ar>

يحق للمستخدم بموجب هذه الرخصة نسخ هذا الكتاب ومشاركته وإعادة نشره أو توزيعه بأية صيغة وبأية وسيلة للنشر ولأية غاية تجارية أو غير تجارية، وذلك شريطة عدم التعديل على الكتاب وعدم الاشتقاق منه وعلى أن ينسب للمؤلف الأصلي على الشكل الآتي حصراً:

مؤيد زيدان، الإجازة في الحقوق، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨

متوفر للتحميل من موسوعة الجامعة <https://pedia.svuonline.org/>

## Legal sociology Law

Mouaiad Zaidan

Publications of the Syrian Virtual University (SVU)

Syrian Arab Republic, 2018

Published under the license:

Creative Commons Attributions- NoDerivatives 4.0

International (CC-BY-ND 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode>

Available for download at: <https://pedia.svuonline.org/>



## الفهرس

- 1..... القانون ظاهرة اجتماعية. ❖
- 3..... الاجتماع الانساني ضرورة حتمية. ■
- 4..... القانون ضرورة حتمية. ■
- 5..... تعريف القانون. ■
- 7..... التلازم بين القانون والمجتمع السياسي. ■
- 9..... علاقة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية. ■
- 11..... أهمية الدراسة الاجتماعية للقانون. ■
- 12..... تمارين. ■
- 13..... ماهية علم الاجتماع القانوني. ❖
- 13..... تبلور علم الاجتماع القانوني. ■
- 15..... جهود العلماء في نشأة علم الاجتماع القانوني. ➤
- 16..... ✓ جهود العلماء قديما في التمهيد لعلم الاجتماع القانوني.
- 19..... ✓ جهود العلماء حديثا في نشأة علم الاجتماع القانوني.
- 23..... ➤ نشأة علم الاجتماع القانوني والتعريف به.
- 26..... ➤ علم الاجتماع القانوني وفلسفة القانون.
- 26..... ✓ تعريف فلسفة القانون.
- 29..... ✓ فلسفة القانون وعلاقتها بعلم الاجتماع القانوني.
- 31..... ➤ تمارين.
- 32..... ■ جوهر القانون وأساسه المادي.
- 32..... ➤ المذاهب الغربية المفسرة لجوهر القانون.
- 34..... ✓ جوهر القانون ومصدره المادي والرسمي.
- 36..... ✓ المذاهب الشكلية.
- 40..... ✓ المذاهب الموضوعية.
- 41..... ● مذهب القانون الطبيعي.
- 44..... ● المذاهب القانونية الواقعية أو الوضعية الاجتماعية.
- 50..... ● المذهب المختلط.
- 52..... ✓ تمارين.
- 53..... ➤ جوهر القانون في الفقه الإسلامي.
- 57..... ✓ أساس القانون الاسلامي.
- 58..... ● المصادر النقلية.
- 60..... ● المصادر أو الأدلة عقلية.
- 62..... ● دور العقل في القانون الاسلامي.
- 65..... ● السياسة الشرعية.
- 66..... ✓ مقارنة جوهر القانون بين المذاهب الأوربية والفقه الاسلامي.

## الفهرس

- 66.....مدرسة الشرح على المتون والمذهب الظاهري.....●
- 68.....مدى سلطة الحاكم في الاسلام والمدرسة الشكلية للقانون.....●
- 68.....مقارنة القانون الاسلامي بالقانون الطبيعي.....●
- 71.....القانون الاسلامي والمدرسة التاريخية.....●
- 72.....مذهبنا حول جوهر القانون.....●
- 73.....تمارين.....✓
- 74.....❖ مصادر القانون الرسمية كوسائل للضبط الاجتماعي.....
- 76.....■ ماهية الضبط الاجتماعي للقانون.....
- 78.....■ مصادر القانون الرسمية أو الشكلية.....
- 78.....➤ التشريع.....
- 79.....➤ العرف.....
- 82.....➤ الدين.....
- 85.....➤ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....
- 86.....➤ اجتهاد الفقه والقضاء.....
- 88.....■ تمارين.....
- 89.....❖ الواقع المتبادلة القانوني في المنطقة العربية.....
- 90.....■ العلاقة القانونية بين القانون والتطورات الاجتماعية.....
- 91.....➤ تأثر القانون بالتطورات الاجتماعية.....
- 91.....➤ تأثير القانون على التطورات الاجتماعية.....
- 93.....➤ التأثير المتبادل بين القانون والتطور الاجتماعي.....
- 95.....■ الواقع الاجتماعي القانوني في المنطقة العربية.....
- 95.....➤ الواقع الاجتماعي في المنطقة العربية.....
- 97.....➤ الواقع القانوني في المنطقة العربية.....
- 99.....➤ مزاحمة القوانين الأوروبية للقانون العربي الاسلامي.....
- 101.....■ تمارين.....
- 102.....❖ غايات القانون أو الوظيفة الاجتماعية للقانون.....
- 104.....■ غايات القانون القريبة.....
- 104.....➤ حماية الشخصية القانونية وحقوقها.....
- 105.....✓ النظرية الشخصية.....
- 106.....✓ النظرية المادية.....
- 108.....➤ الوفاء بحاجات المجتمع الاساسية.....
- 110.....■ الاتجاه الوظيفي الاجتماعي للقانون.....
- 112.....■ تمارين.....
- 113.....❖ غايات القانون البعيدة أو الإيديولوجية.....
- 114.....■ القانون أداة أو وسيلة اجتماعية ضابطة.....

## الفهرس

- 115..... غاية القانون في ظل الفلسفة الفردية. ■
- 119..... غاية القانون في ظل الفلسفة الاجتماعية. ■
- 122..... غاية القانون في ظل الفلسفة الاسلامية و المصلحة العامة الطبيعية. ■
- 127..... تمارين. ■
- 128..... فلسفة القيم القانونية. ❖
- 129..... عدم القدرة على الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي. ■
- 130..... ماهية القيم القانونية. ■
- 130..... ➤ تعريف القيمة القانونية.
- 131..... ➤ تعدد القيم القانونية.
- 134..... ➤ معيار التوفيق بين القيم القانونية.
- 135..... نظرية المصالح العامة كغاية للقانون وكضابط للقيم القانونية. ■
- 135..... ➤ فقه المصالح عند روسكو باندو.
- 138..... ➤ بناء قواعد التشريع الاسلامي على المصالح.
- 140..... تمارين. ■
- 141..... العدالة الاجتماعية كغاية القانون. ❖
- 142..... العلاقة بين العدالة والقانون. ■
- 145..... مفهوم العدالة بين الفقه الغربي و التشريع الاسلامي. ■
- 145..... ➤ مفهوم الفقه الغربي عامة و أرسطو خاصة للعدالة.
- 149..... ➤ مفهوم العدالة من منظور التشريع الإسلامي.
- 157..... ➤ مفهومنا للعدالة هي العدالة الحقيقية الطبيعية المطلقة.
- 159..... تمارين. ■
- 160..... تطبيق عملي لعلم اجتماع القانون على قواعد قانون الإيجار. ❖
- 162..... الواقع العملي القانوني لتشريعات الإيجار الاستثنائية السورية. ■
- 162..... ➤ قانون الإيجار القديم.
- 164..... ➤ القواعد القانونية التي كرسها قانون الإيجار القديم.
- 169..... ➤ الواقع الاجتماعي اللاحق لقانون الإيجار القديم.
- 169..... ➤ رأي المشرع في قدرة قانون الإيجار القديم على إحداث التغييرات الاجتماعية.
- 170..... ➤ الآثار الناجمة عن التدخل القانوني في العلاقة الإيجارية.
- 173..... تمارين. ■
- 174..... قانون الإيجار الجديد. ❖
- 176..... الواقع الاجتماعي السابق لقانون الإيجار الجديد. ■
- 178..... قواعد قانون الإيجار الجديد. ■
- 180..... الواقع الاجتماعي اللاحق لقانون الإيجار الجديد. ■
- 180..... ➤ ظاهرة التأثير المتبادل للقانون وعامل القوة.
- 181..... ➤ قانون الإيجار أثناء تنفيذه في الواقع القانوني الاجتماعي.

## الفهرس

- ✓ 181.....نوع الملكية العقارية المطلوبة لدعوى انهاء العلاقة الإيجارية
- ✓ 183.....معيار تقدير البناء المأجور
- ✓ 184.....مسألة منح مهلة لإخلاء المأجور عند القضاء بإنهاء العلاقة الإيجارية
- ✓ 185.....مسألة تقادم حق المالك بإقامة دعوى لإنهاء عقد الإيجار
- ✓ 187.....حرام على المالك وحلال للمستأجر
- ✓ 190.....مسألة الشركاء مع المستأجر
- ✓ 191.....التوسع بتفسير النصوص بهدف تعديلها
- 192.....تمارين
- ❖ 193.....مدى تحقيق قانون الإيجار الاستثنائي لغايات القانون
- 195.....غاية القانون في تحقيق الامن والنظام والاستقرار في المجتمع
- 196.....غاية القانون في حماية الحقوق الفردية وتحقيق المساواة والعدالة
- 197.....غاية القانون في تحقيق المصلحة الاجتماعية والتضامن الإجتماعي
- 198.....غاية القانون في تحقيق الخير العام و التقدم الاقتصادي والاجتماعي
- 199.....تمارين

# الوحدة التعليمية الأولى

## القانون ظاهرة اجتماعية

### الكلمات المفتاحية:

قانون الإيجار السوري 111 لعام 1952 \_ تمديد عقد الإيجار \_ أزمة السكن.

### الملخص:

توضح هذه الوحدة الواقع الاجتماعي الذي مرت به تشريعات الإيجار الاستثنائية في سوريا منذ استقلال سوريا عن المحتل الفرنسي، باعتبار أن مجلة الأحكام العدلية العثمانية هي التي كانت تطبق على عقد الإيجار، وعندما أصبح القانون المدني التشريع العام لقواعد الإيجار، صدرت قوانين للإيجار استثنائية من أحكام القانون المدني، حتى صدر قانون الإيجار القديم رقم 111 لعام 1952 وتعديلاته المتشعبة. فبينما أهم قواعد الإيجار القديمة التي تقوم على: تحديد الأجور، وعلى التمديد القانوني لعقد الإيجار، وتوريثه لخلف المستأجر، كما أوضحنا الحالات الحصرية التي يجوز فيها إخلاء المستأجر. ثم بينا الآثار الاجتماعية التي ترتبت على تطبيق قانون الإيجار القديم، حيث لم يستطع هذه القانون القضاء على أزمة السكن التي ازدادت، وتخلف قطاع البناء وانتشرت المشكلات الاجتماعية.

### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- معرفة قواعد قانون الإيجار القديم وبالتالي معرفة واقعها الاجتماعي والأسباب التي دعت إلى الخروج عن القواعد العامة ولا سيما قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
- التعرف على القواعد الإيجارية القديمة المتشعبة اجتماعياً، باعتبار أنها مازالت سارية على عقود الإيجار القديمة السابقة لقانون الإيجار الجديد.
- بيان أن الخروج الاستثنائي عن قواعد القانون المدني ليس هو الحل السليم لأزمة السكن، وإنما هو الالتزام بغايات القانون.

كان القانون منذ الأزل ومازال ظاهرة اجتماعية طبيعية ضرورية لحياة الإنسان، فقال الله تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ ﴾.

فهناك الكثيرون من علماء القانون والاجتماع والأنثروبولوجيا ممن يهتمون بالدراسات القانونية الاجتماعية ينظرون إلى القانون كظاهرة اجتماعية، إلا أن هذه النظرة إلى القانون كعلم اجتماعي ليست مسألة حديثة بل إن المتمعن في أفكار الفلاسفة والمفكرين القدماء سوف يرى بذور ومعالم هذه الفكرة. وهذه الدراسة لطبيعة القانون من المنظور الاجتماعي \_أي دراسته على أساس أنه ظاهرة اجتماعية Social Phenomenon، أو بتعبير آخر دراسة القانون من منظور الصلة الوثيقة بينه وبين المجتمع والدولة \_ تُبلور وتحدد معالم ما يسمى بعلم الاجتماع القانوني Sociology of law الذي سيكون محور هذه الرسالة، والبعض يدرسه باسم الدراسات القانونية الاجتماعية Socio-legal Studies أو نظرية القانون.





## القانون ظاهرة اجتماعية

كان القانون منذ الأزل ومازال ظاهرة اجتماعية طبيعية ضرورية لحياة الإنسان، فقال الله تعالى : ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾<sup>1</sup>.

الكثير من علماء القانون والاجتماع والأنثروبولوجيا ممن يهتمون بالدراسات القانونية الاجتماعية ينظرون إلى القانون كظاهرة اجتماعية، إلا أن هذه النظرة إلى القانون ليست مسألة حديثة بل إن المتمعن في أفكار الفلاسفة والمفكرين القدماء يرى بذور ومعالم هذه الفكرة. وهذه الدراسة لطبيعة القانون من المنظور الاجتماعي \_أي دراسته على أساس أنه ظاهرة اجتماعية Social Phenomenon ، أو بتعبير آخر دراسة القانون من منظور الصلة الوثيقة بينه وبين المجتمع والدولة \_ تُلور وتحدد معالم ما يسمى بعلم الاجتماع القانوني Sociology of law الذي سيكون محور هذا الكتاب، والبعض يدرسه باسم الدراسات القانونية الاجتماعية Socio-legal Studies أو نظرية القانون.

## الاجتماع الإنساني ضرورة حتمية

منذ نشأة البشرية والإنسان يتلمس بفطرته وبغريزته التي رُكِّبَ عليها (من الله عز وجل) سبل حياته وبقائه على وجه الأرض، فهو لا يستطيع أن يعيش منفرداً، وهو في سبيل ذلك يتعاون مع أبناء جنسه من أجل تحصيل كفايتهم من غذاء أو مأوى ومن أجل دفع المخاطر عنهم، فيتزوج ويكون عائلة ويبيع ويشترى ويستأجر... الخ، وتتشأ بين الأفراد العلاقات التي تلبى حاجاتهم ورغباتهم، وهذه سنة الله تعالى في خلقه كي يتم حفظ الإنسان وعمران الأرض، فقد أكد القرآن الكريم على الطبيعة الاجتماعية للإنسان بقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ».

ولكن النفس البشرية في ذات الوقت جبلت على الأنانية المفرطة التي تجعل الإنسان يسعى إلى تحقيق مصالحه الشخصية والفردية، وهو في سبيل ذلك يقوم بالاعتداء على حقوق الآخرين وسلبها إما بالقوة أو بالحيلة والخديعة وهذا ما يؤدي إلى إثارة الأزمات والصراع بين الأفراد في المجتمع.

وإذا كان للإنسان غريزة الأنانية إلا أنه في نفس الوقت كائن نظامي استشعر بغريزته البشرية بعد تجربةٍ ونظر بأن المجتمع لا يستقيم أمره إلا بوجود قواعد وضوابط محددة تحكم سلوكه وسلوك الآخرين وتضبطه داخل المجتمع الواحد، وهذا ما يسمى بغريزة الخضوع للنظام Observance to order instinct، وهذه القواعد قد يجدها الإنسان في أوامر الدين ونواهيها، أو في عرف الناس وتقاليدهم، أو في أوامر ونواهي رئيس الجماعة أو العشيرة أو القبيلة أو غيرها من أشكال التنظيم السياسي للجماعة.

<sup>1</sup> \_ سورة الحديد \_ الآية 25.

## القانون ضرورة حتمية



من هنا كانت القواعد القانونية بما تتضمنه من ضوابط ومعايير، حاجةً وضرورةً اجتماعية واقتصادية وسياسية ملحة لوقف الصدام والنزاع الاجتماعي بين الأفراد وتنظيم سلوكهم، والحفاظ على الحقوق المشروعة لكل فرد، وإقامة التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة بغية تحقيق الأمن والاستقرار والعدالة في المجتمع. وهذا ما دعا الكثيرين من علماء القانون والاجتماع والأنثروبولوجيا للدعوة بأن يتم دراسة القانون أثناء تطبيقه وتأديته لوظيفته في الواقع العملي، فاهتموا بالواقع الاجتماعي للقانون

**Social Reality of law** بأبعاده المختلفة وقضاياها المتعددة، لاكتشاف القانون الأصلح للمجتمع. فالقانون لا ينشأ من فراغ وإنما ينشأ من خلال واقع اجتماعي، ويعتبر انعكاساً لهذا الواقع الاجتماعي، و إذ يعتبر القانون جزءاً من الحضارة الإنسانية، فهو المرآة التي تعكس هذه الحضارة لمجتمع معين في زمن معين، بما يتضمنه هذا المجتمع من أوضاع اجتماعية واقتصادية وسياسية وغيرها.

## تعريف القانون

درج فقهاء القانون على تعريفه بمعنييه اللغوي والاصطلاحي.

### التعريف اللغوي:

يعرف القانون لغة بأنه الطريق والمقياس، فقانون كل شيء طريقه ومقياسه، وجمعه قوانين<sup>2</sup>، ويطلق القانون لغة أيضاً على كل قاعدة مضطربة على وتيرة واحدة خاضعة لنظام ثابت ومستقر ومستمر<sup>3</sup>، أي حتمية حدوث أمر معين كلما توافرت ظروف معينة، ففي علم الطبيعة يوجد قانون الجاذبية الأرضية، وفي علم الاقتصاد هناك قانون العرض والطلب<sup>4</sup>.

### التعريف الاصطلاحي للقانون:

رغم شيوع لفظ القانون بأنه القاعدة والمبدأ والنظام الذي ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، والذي يعتبر وجوده ضرورة حتمية للمجتمع، باعتبار أن الإنسان كائن اجتماعي ونظامي في نفس الوقت، فهو لا يعيش إلا في مجتمع، ويستشعر بغريزته وفطرته بضرورة وجود ضوابط وقواعد تحكم سلوكه طوعاً أو كرهاً، فإن الفقهاء لم يتفقوا على تعريف جامع للقانون، ولعل ذلك يرجع إلى اختلاف وجهة نظرهم من دور القانون وغاياته ووظيفته في المجتمع، حيث تختلف مذاهبهم الفقهية من جهة، وتتغير المفاهيم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية من مجتمع لآخر من جهة أخرى.

### وسنستعرض بعض تعريفات الفقه للقانون:

فالفقيه الإنكليزي أوستن (Austin) (1790/1861) عرّف القانون بأنه:

« أمر السيادة sovereignty أو السلطة السياسية، أو هو مشيئة الدولة ».

وبهذا المعنى أخذ أيضاً توماس هوبز Hobbes، فالقانون عنده لا يقوم على مجرد النصيحة أو التوجيه، وإنما يقوم على عنصر الإلزام والقوة، فهو « أمر من شخص مُسلّم له بالطاعة إلى شخص آخر عليه واجب الخضوع والطاعة ».

ويتفق تعريف أوستن مع تعريف البعض للقانون حسب الوسيلة أو الجزاء الذي يتضمنه حيث يبدو القانون أمراً صادراً عن إرادة الدولة بما تملكه من وسائل القهر والإجبار، فيعرفونه بأنه: « مجموعة القواعد

<sup>2</sup> \_ انظر: المحيط \_ الفيروز أبادي\_ج4 ط2\_1952ص236، لسان العرب \_ ابن منظور \_ مادة قنن.

<sup>3</sup> \_ انظر: د / حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص11 بند1، د/ صبحي محمصاني \_ فلسفة التشريع في الإسلام \_ ط3\_ دار العلم للملايين \_ بيروت 1961\_ ص16.

<sup>4</sup> \_ انظر: د / صوفي أبو طالب \_ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ج1\_ ص3.

العامّة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة، وتنظّم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها».

وهناك من يذهب إلى تعريف القانون حسب الغاية أو الهدف الذي يسعى القانون إلى تحقيقه في المجتمع من عدالة أو خير عام أو ضبط اجتماعي، ومنهم الدكتور سليمان مرقس، فيعرّف القانون أنّه « مجموعة القواعد الملزمة التي تنظّم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيماً عادلاً يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام ».

ولكن الاتجاه السائد لدى فقهاء القانون يذهب إلى تعريف القانون حسب خصائص القاعدة القانونية، وهذا التعريف هو أقرب التعريفات إلى المعنى الاصطلاحي للقانون، فيعرّف القانون أنّه: « مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، وتتضمن جزاءً مادياً توقعه السلطة العامة في المجتمع على المخالف عند الاقتضاء». والقانون بهذا المعنى العام يشمل جميع القواعد الملزمة التي تنظّم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع أيّ كان مصدر هذه القواعد سواء أكان عُرفاً أم تشريعاً أم غير ذلك من مصادر القاعدة القانونية.

وقد يُضيق هذا المعنى العام للقانون ليطلق على القواعد القانونية التي تنظّم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في مكان وزمان معينين، فيقال القانون المصري والقانون السوري الخ....

كما أنّ لفظ القانون قد يُستخدم بشكل أكثر تحديداً فيُطلق على القواعد القانونية الملزمة التي تنظّم سلوك الأفراد وعلاقاتهم بشأن رابطة معينة أو نظام معين من النظم والروابط القانونية، فيقال القانون المدني، وقانون الإيجار، الخ....

## التلازم بين القانون والمجتمع السياسي

القانون لا ينشأ من فراغ وإنما يولد في ضمير المجتمع من خلال الواقع الاجتماعي بكافة عناصره الاجتماعية والاقتصادية والدينية والسياسية، والقانون بهذا المعنى يُعدّ انعكاساً لهذا الواقع الاجتماعي، فهو المرآة التي تعكس حضارة مجتمع معين في زمن معين، فهو وليد البيئة الاجتماعية كضرورة لتنظيمها، كما يُشكّل جزءاً من حضارة المجتمع الإنسانية، فلا يوجد مجتمع بغير وجود القانون، ولا يوجد قانون بغير مجتمع، وهذا ما عبّر عنه فلاسفة الرومان بقولهم:

### Ubi Societas; ibi Jus; Ubi Jus; Ubi Societas

(أي حيث يوجد مجتمعٌ يوجد قانونٌ، وحيث يوجد قانونٌ يوجد مجتمعٌ).

كما أنّ المجتمع الذي يحكمه القانون ليس عبارة عن تجمّع أفراد في مكان معين، بل يجب أن يكون هناك مجتمع سياسي منظم له سلطة تتمتع بحقّ السيادة، وتفرض على الأفراد ضرورة احترام القانون وتطبيقه.

وهذا ما يجعلنا نتساءل: هل القانون موجود في كل مجتمع؟ أم يستلزم وجوده مجتمع سياسي منظم بمعنى الدولة؟. وبمعنى آخر ما هو مدى التلازم بين القانون والدولة؟.

هناك من يرى بوجود تلازم بين وجود القانون وفكرة الدولة فلا بدّ أن يكون هناك مجتمع سياسي منظم تسوده سلطة ذات سيادة تكفل إجبار الأفراد على احترام قوانينها، وهذا ما قال به أوستن **Austen**، باعتبار أنّ القانون عنده هو تعبير عن أمر السيادة أو إرادة السلطة العليا في الدولة.

في حين يرى كثير من الفقهاء أنّ القانون موجود في كل المجتمعات سواء أكانت بدائية أم حضرية، فإذا كان هناك صلة وثيقة بين القانون والدولة باعتبار أنّ من وظائف الدولة الأساسية حماية المجتمع وحفظ نظامه وأمنه واستقراره، فليس بالضرورة وجود التلازم بين القانون والدولة. فوجود القانون عبر الزمن سبق نشوء فكرة الدولة الحديثة، فرأينا أنّ الإنسان كائن اجتماعي ونظامي في الوقت نفسه استشعر بغريزته بأنّ المجتمع لا يستقيم أمره بدون وجود نظام وقواعد قانونية يضبط سلوكه على أساسها طوعاً أو كرهاً سواء أكان المجتمع بدائياً حيث تسوده قواعد سلوك نشأت بطريقة غريزية، وفيه سلطة حاكمة تسيطر على الأفراد وتجبرهم على احترام الأعراف والتقاليد السائدة، و لها حق السيادة، وتتركز بيد

رئيس القبيلة أو العشيرة، أم وصل المجتمع إلى مرحلة الدولة المنظمة، حيث توجد سلطة عليا تقوم بسن القوانين لحفظ الأمن والنظام في المجتمع، وتكون هناك سلطة قضائية وتنفيذية تسهران على حسن تطبيق القوانين واحترامها وتنفيذها.



## علاقة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية

ولمّا كان القانون يشكل ظاهرة اجتماعية مما يجعله مرتبطاً بغيره من العلوم الاجتماعية يتفاعل معها ويستعين بها لمواجهة الظواهر المختلفة التي يرمي القانون إلى تنظيمها:

- فالقانون يتصل بعلم الاجتماع عندما يُعتمد عليه في تعريف وتفسير الحقائق والعلاقات الاجتماعية كما هي حيّة في المجتمع، كما في دراسة مثلاً مدى تأثير قاعدة الامتداد القانوني لعقد الإيجار على العلاقات الاجتماعية.

- ويتصل القانون بعلم السياسة عندما يبيّن قواعد النظام السياسي والدولة، وينظّم أداة الحكم وتوزيع السلطات في المجتمع، وأيضاً عندما تبتغي الدولة من بعض أحكام القانون تحقيق أهداف سياسية أمنية، كما في قانون محضر التعريف في سوريا الصادر بالمرسوم 41 تاريخ 1980/8/31 حيث أوجب على المؤجّر والمستأجر أن يتقدما إلى مركز الشرطة في موقع العقار المؤجّر، ويجري التثبيت من شخص المستأجر بحضور الشهود، ولضمان تنفيذ محضر التعريف هذا فرض القانون عقوبة الاعتقال من خمس إلى عشر سنوات.

- ويتصل القانون بعلم الاقتصاد عندما ينظّم الروابط والعلاقات الاقتصادية في المجتمع، ويبدو تأثيره بشكل أوضح لدى المذهب الاجتماعي (الاشتراكي) أو الماركسية Marxism الذي يعتبر القانون نتاج الظواهر الاقتصادية فيما يعرف بالاقتصاد الاشتراكي، بينما يعتمد المذهب الفردي على الاقتصاد الحر، إذ تعتبر المصالح الاقتصادية من أبرز العوامل التي تؤثر في تغيير القانون، وكمثال على علاقة قانون الإيجار بالاقتصاد هو دراسة مدى تأثير أحكام الإيجار على انتشار الأبنية السكنية للاستثمار في القطاع العقاري.

- ويتصل بعلم التاريخ عندما يدرس النظم القانونية السابقة والواقع الاجتماعي الذي ولدت فيه، لتقييمها والاستفادة منها في التوصل إلى أفضل المبادئ القانونية لتغيير الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للمجتمع.

- كما كان للقانون على مدى عهود علاقة متينة بعلم الأخلاق، فكانت القاعدة القانونية مختلطة بالقاعدة الأخلاقية والدينية، فكلّ من القانون وعلم الأخلاق يسعيان إلى تحقيق قيم العدالة والتضامن بين الأفراد في المجتمع بما يحقق مصالحهم و سعادتهم وبناء النظام الاجتماعي، فيذكر أنّ الفكر اليوناني كان يطابق بين ما هو قانوني مع ما هو أخلاقي، فالأخلاق هي جوهر القانون الطبيعي، ولهذا برزت الفكرة لديهم كما في أوائل عهد القانون الروماني على التفريق بين ما هو عادل بموجب الطبيعة أو القانون (الأزلي الأخلاقي) وبين ما هو عادل بموجب التشريع.

وإذا كان علما القانون والأخلاق يتلاقيان في مواطن كثيرة، فهناك من ذكر بعض الخلافات بينهما، فمن حيث الموضوع: يعتني علم الأخلاق بمقاصد الإنسان الداخلية ونواياه، في حين يهتم علم القانون بتصرفات الإنسان وسلوكه الخارجي، وأيضاً من حيث الجزاء: فالجزاء الأخلاقي هو معنوي كإزراء الناس واحتقارهم، أما الجزاء القانوني فهو مادي كالحبس أو الغرامة أو التعويض. كما أنّ تطور الحياة المادية والاجتماعية جعل من القاعدة القانونية أكثر انضباطاً وتجريداً من القاعدة الأخلاقية، وهذه الفوارق هي على الأعم والأغلب، إذ هناك بعض قواعد القانون، كالقانون الدولي العام، ليس لها جزاء.

وقد سعت بعض القواعد القانونية لمحاكاة بعض قواعد الأخلاق من خلال ترجمتها بشكل مكتوب مع تفاوت الأخذ بها ضيقاً وتوسّعاً، إلا أنّها قد تضاعفت في الآونة الأخيرة مع الأسف نتيجة تطور الحياة المادية وازدياد ولع علماء القانون بالتقنيات الحديثة والبعد عن أصالة القواعد الاجتماعية والأخلاقية وعن جوهر القانون وغايته، ولكنّ تبلور أفكار علم الاجتماع القانوني وتعاليمه في أوائل القرن العشرين، وتوجه الدراسات القانونية نحو البحث في الواقع الاجتماعي للقانون وأبعاده، أعاد لهذه الرابطة القوية بين القانون وعلم الأخلاق بريقها، ونرجو أن يكون بحثنا في عداد هذه الدراسات التي تعيد للقانون جانبه الأخلاقي.



## أهمية الدراسة الاجتماعية للقانون

تأتي أهمية الدراسة القانونية والاجتماعية للقانون من خلال دراسته دراسة واقعية في أساسه وتطور قواعده، ثم دراسته أثناء تطبيقه في الواقع العملي، والبحث في العوامل التي تؤثر فيه ومدى تأثيره في سائر النظم الاجتماعية الأخرى:

1. إنَّ القانون لا ينشأ من فراغ، وإنما ينشأ من خلال واقع اجتماعي، فهو وليد البيئة الاجتماعية كضرورة لتنظيمها، وبالتالي يُعَدُّ انعكاساً وتعبيراً صادقاً لهذا الواقع الاجتماعي والاقتصادي والديني حيث يتفاعل مع هذا الواقع ويتطور بتطوره.

2. إنَّ القانون هو تعبير عن روح الأمم وحضارتها وتاريخها، فهو المرآة التي تعكس حضارة مجتمع معين في زمن معين، وبالتالي فلا يمكن فهم القوانين في أيِّ مجتمع إلا من خلال علاقاتها فيما بينها، وعلاقاتها بتطورها التاريخي، وبالتركيب السياسي، والحياة الاقتصادية والدينية، والمناخ، وحجم السكان، والعادات والأعراف، وهذا ما أكدّه الفقيه مونتسكيو في كتابه روح القوانين L'Esprit des Lois ، فالنظم القانونية لم تنشأ طفرة واحدة، ولم يبتدعها المشرع من لدنه، وإنما هي جزء من المجتمع تتلاءم مع ظروفه، ولاسيما نُظِم القانون الخاص التي هي أقل عرضة للتغيير، مثل نُظُم القانون العام، لارتباط الأخيرة بالوضع السياسي بينما ترتبط الأولى بالأعراف والعادات والتقاليد والدين، وهي عوامل بطيئة الحركة.

3. دعا الله سبحانه تعالى خلقه إلى العلم والتفكير والتدبر في خلق السموات والأرض، وفي البحث عن كُنْه الأشياء ومعرفة حقائقها. قال الله تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ لِنَاسٍ لَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾، وقال الله تعالى في أهمية العلم: ﴿أَمْ مَنْ هُوَ قَانِتٌ آتَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُو رَحْمَةَ رَبِّهِ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾.

ويُعرّف العلم بأنه: إدراك حقيقة الشيء بدليل جازم لا يقبل الشك ولا التخمين، فالعلم هو من أفضل الأعمال الصالحة، وهو إرث الأنبياء.

4. فالقانون هو ظاهرة اجتماعية phenomenon Social يجب دراستها وتحليلها أثناء تطبيقها في الواقع العملي لمعرفة القواعد القانونية المناسبة والمتوافقة مع حاجات المجتمع ومتطلباته، وهذه الدراسة أصبحت تبلور ما يُعرف حديثاً بعلم الاجتماع القانوني Sociology of Law، أو الدراسات القانونية الاجتماعية Socio\_legal Studies.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. تعريف القانون بحسب الوسيلة أو الجزاء يتكلم عن:

1. عدالة.
2. خير عام.
3. أمر صادر عن الدولة.
4. الطبيعة.

الإجابة الصحيحة هي رقم 3.

2. الدراسات الحديثة للقانون تتجه إلى:

1. دراسة مصدره الشكلي.
2. دراسة القانون الأصلح للواقع الاجتماعي.
3. عدم الاهتمام بالدراسة التاريخية.
4. ترجيح الجوانب الإقتصادية للقانون.

الإجابة الصحيحة هي رقم 2.

# الوحدة التعليمية الثانية

## ماهية علم الاجتماع القانوني

### تبلور علم الاجتماع القانوني

#### الكلمات المفتاحية:

أرسطو \_ ليون ديجي \_ جورج جورفيتش \_ روسكو باوند \_ تعريف علم اجتماع القانون \_ فلسفة القانون.

#### المخلص:

تبيّن هذه الوحدة جهود العلماء في نشأة علم اجتماع القانون، حيث نادى العديد منهم ولاسيما روسكو باوند بضرورة إجراء الأبحاث التطبيقية العملية وبيان المصالح المراد تنظيمها ومن ثم إرشاد المشرع إليها لإضفاء الحماية القانونية عليها.

كما شملت التعريف بعلم الاجتماع القانوني الذي ينصب على العلاقة المتبادلة بين القانون والواقع العملي التجريبي، وإجراء الأبحاث التطبيقية، إسهاماً في رسم وترشيد السياسة التشريعية والوقوف على مدى القبول الاجتماعي للقانون، بغية إيجاد القواعد القانونية الأكثر ملاءمة للواقع الاجتماعي. كما بحثت الوحدة في فلسفة القانون ومدى علاقتها بعلم الاجتماع القانوني.

#### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

1. توجيه الطلاب لإجراء أبحاث عملية واقعية تهتم بمصالح المجتمع وتحاول أن ترتقي بالوضع الاجتماعي والاقتصادي لأفراد المجتمع، وبالتالي تسهم في رسم السياسة التشريعية.
2. محاولة الوقوف على مدى القبول الاجتماعي للقانون وليس مجرد دراسته بطريقة مجردة بغض النظر عن آثاره الاجتماعية، في محاول لتطوير النصوص القانونية.

سنرسم في هذا القسم ملامح علم الاجتماع القانوني نشأته وماهيته، ومدى علاقته بفلسفة القانون، ونبحث في جوهر القانون وأساسه لكونه من المسائل والإشكاليات التي يثيرها البحث الاجتماعي للقانون، وذلك وفق المذاهب الغربية المفسرة للقانون ومقارنتها برؤية الفقه الإسلامي لأساس القانون.

### تبلور علم الاجتماع القانوني

هناك جهود عدّة من أفكار واتجاهات أدت إلى نشوء علم الاجتماع القانوني وتبلوره، وبالتالي سنبحث في جهود العلماء في تحديد معالم هذا العلم إلى أن نصل لبيان جوهره عن طريق محاولة تعريفه من خلال تحديد عناصره والموضوعات التي يبحث فيها، ولهذا سيقسم هذا الجزء إلى:

- جهود العلماء في نشأة علم الاجتماع القانوني.
- نشأة علم الاجتماع القانوني والتعريف به.

## جهود العلماء في نشأة علم الاجتماع القانوني



إن المتتبع لتاريخ العلم بشكل عام سيجد أنّ جميع العلوم كانت منضوية تحت لواء الفلسفة، حيث كان الأفراد يفكرون بالإنسان والطبيعة والمجتمع ومغزى التاريخ ونشوء المؤسسات الاجتماعية كالقبيلة والعشيرة والدولة<sup>1</sup>، كما أنّ الاهتمام بالقانون بعدّه ظاهرة اجتماعية أخذت يتزايد سواء من قبل علماء الدين أو القانون أو علماء الاجتماع أو علماء الأنثروبولوجيا Anthropological، ونتيجة لذلك بدأ يتبلور علم خاص هو علم الاجتماع القانوني Sociology of Law، يتخصص بدراسة القانون أثناء تطبيقه

وتأدية وظيفته في الواقع العملي، وباعتباره وسيلة بالغة الأهمية وأساسية للضبط الاجتماعي القانوني<sup>2</sup>.

و يرجع الاهتمام بعلم الاجتماع القانوني إلى منتصف القرن التاسع عشر، حيث أخذت الدراسة الاجتماعية للقانون في التقدم بسرعة هائلة<sup>3</sup>، إلا أنّ القول بحداثة علم الاجتماع القانوني يجب ألا ينكر جهود العلماء القدامى التي مهّدت لظهور هذا العلم وإرساء قواعده.

<sup>1</sup> \_ انظر: د / السيد العربي حسن \_مدخل إلى علم الاجتماع القانوني عند ماكس فيبر \_ دار النهضة العربية \_ القاهرة 1995 \_ ص19.

<sup>2</sup> \_ انظر: د / سمير نعيم أحمد \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص 12، د / حسن ساعتي \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص ط، وراجع أيضاً: [http://en.wikipedia.org/wiki/Sociology\\_of\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Sociology_of_law)

<sup>3</sup> \_ انظر: د / حسن ساعتي \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص115، وراجع أيضاً:

أولاً- جهود العلماء قديماً في التمهيد لعلم الاجتماع القانوني:

أرسطو Aristotle (322/385 ق.م)

عُني أرسطو بالدراسة الاجتماعية للقانون في كتابيه الأخلاق Ethics والسياسة Politics وذلك ضمن فلسفته واتجاهه الميتافيزيقي بدراسة الأهداف الغائية للسلوك الفردي والجماعي<sup>4</sup>، كما ذهب أرسطو إلى أنّ الواقع الحي للقانون لا يثبت إلا في واقع اجتماعي يقوم على ترابط اجتماعي قانوني، لأنّ هذا الترابط أو التضامن الاجتماعي يشكل الأساس الذي ينهض عليه القانون<sup>5</sup>.

ورأى أرسطو أنّ القانون الذي هو العقل المجرد عن الهوى، ليس إلا صياغة عقلانية لمتطلبات النظام الاجتماعي، وهذا الأخير (Nomos) ليس مفروضاً من قبل الدولة، وإنما هو القانون الطبيعي ذو القواعد العفوية والتلقائية التي تحكم السلوك الاجتماعي، ولما كانت القوانين أكثر ثباتاً وتجريداً من المتطلبات الاجتماعية المتطورة، مما يجعل القانون يتخلف عنها، لذلك يجب أن يتكيف القانون دائماً معها، وبالتالي طرح أرسطو مشكلة الواقع الاجتماعي للقانون.

كما لاحظ أرسطو أنّ مضمون القوانين يجب أن يقوم على العدل، والعدل يقوم على المساواة التي اعتبرها المبدأ الذي يجب أن تصدر عنه التشريعات<sup>6</sup>.

ابن خلدون (1406/1332م)

ساعدت أفكار ابن خلدون في تأسيس علم الاجتماع القانوني، فلما كان الاجتماع الإنساني (الدولة) عنده يشكّل ظاهرة حتمية، فإنّ هذا الاجتماع لا بدّ له من نظام وقوانين تحميه، وإلا أصابته غوغاء الجاهلية، ولذلك تُعدّ القوانين عند ابن خلدون ظاهرة حتمية أيضاً لأنها ضرورية وملازمة

translated by R.W. ، The Nicomachean Ethics of Aristotle،Aristotle\_ 4

B1 p viii/ix. ، London 1853، Harvard Divinity School، Browne

p 69.، 1942، New York، Philosophical Library، Sociology of Law،Georges Gurvitch

<sup>5</sup> \_ حيث ربط أرسطو بين أنواع القوانين وأنواع التضامن الاجتماعي في المجتمع، فمثلاً قانون العقوبات يعتمد على الترابط الاجتماعي الذي تحكمه الأعراف والعادات، وقانون التوزيع (توزيع الملكية والامتيازات) يعتمد على الترابط الكائن بين أفراد غير متكافئين في القوة، أما القانون التعاقدية فيعتمد على الترابط القائم بين مجموعة من الأنداد، انظر: د / محمود أبو زيد \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص63.

<sup>6</sup> \_ p xxxvi.B v.، the Nicomachean Ethics of Aristotle،Aristotle

Clarence Morris، the great legal philosophers، p 15/33.

للإجتماع الإنساني، حتى أصبحت أساساً لنظريته في الضبط الاجتماعي للقانون، فالإنسان كما ذهب ابن خلدون رغم أنه مدني بطبعه إلا أن ميوله عدوانية تتطلب أداة فعالة لضبط سلوكه، وبالتالي يُعدّ القانون وسيلة للضبط الاجتماعي من الظواهر اللازمة الحتمية في المجتمع<sup>7</sup>، وهذا ما يوضح العلاقة الوثيقة بين القانون والمجتمع أو الدولة، فلا قانون بلا دولة أو مجتمع، ولا دولة بلا قانون، فالقانون والدولة ظاهرتان حتميتان مرتبطتان بمبدأ حتمية الاجتماع الإنساني<sup>8</sup>.

كما ربط ابن خلدون بين التطور الاجتماعي والتطور القانوني أثناء تعرضه لتطور النظام السياسي، حيث نظر إلى النظام القانوني على أنه تعبير عن التطور الاجتماعي من حيث خضوعه له، وهي مسألة من أمهات علم الاجتماع القانوني.

ولم يهتم ابن خلدون بالقانون باعتباره أمراً صادراً من الحاكم السياسي (كما سنرى في النظرية الشكلية للقانون)، ولكنه اهتم بالنشأة الاجتماعية للقانون بوساطة العوامل الاجتماعية المختلفة من الدين والأعراف والعادات والتقاليد الاجتماعية<sup>9</sup>.

وبذلك يكون ابن خلدون من أوائل القائلين بارتباط القانون بالعوامل الاجتماعية المختلفة، وبالتالي فقد سبق الفرنسي مونتسكيو الذي اعتقد بأن القوانين يجب أن تكون خاصة بالشعب الذي توضع له.

### مونتسكيو Montesquieu (1755/1689م)

يُعدّ مونتسكيو من أبرز مؤسسي علم الاجتماع القانوني في العصور الحديثة، وإن كان يؤمن بالقانون الطبيعي إلا أنه عارض مدرسة القانون الطبيعي بقوله: إنه ليس هناك قانون واحد في كل زمان ومكان<sup>10</sup>، ورفض أن يكون أساس القانون طبيعياً بحتاً، وذلك باحتفاظه بالحقيقة الاجتماعية للقانون وروحها التي تتيح الفرصة لتغيير القوانين<sup>11</sup>، وذلك إلى جانب مبادئ القانون الطبيعي التي يجب على

<sup>7</sup> \_ حيث أورد ابن خلدون " فما لم يكن الحاكم الوازع (القانون) أفضى ذلك إلى الهرج المؤذن بهلاك البشر... و الوازع إنما يكون بشرع من الله تسلم له الكافة... " المقدمة \_ ص 240 / 245.

<sup>8</sup> \_ انظر: د / فايز حسين \_ فلسفة القانون عند ابن خلدون \_ ص 55.

<sup>9</sup> \_ فقال " قوانينها إذاً مجتمعة من أحكام شرعية وآداب خلقية وقوانين في الاجتماع طبيعية، وأشياء من مراعاة الشوكة والعصبية ضرورية ". انظر: ابن خلدون \_ المقدمة \_ ص 371.

<sup>10</sup> \_ Montesquieu. L'Esprit des Lois \_ p2 p373/375.

<sup>11</sup> \_ فيرى مونتسكيو أنّ علاقات العدل كانت ممكنة قبل القوانين الوضعية، وإنّ القول بأنّ الشيء لا يكون عادلاً أو غير عادل إلا إذا أمرت به القوانين الوضعية أو نهت عنه كالقول بأنّ أنصاف أقطار الدائرة لم تكن متساوية قبل تعريف الدائرة، انظر:

Montesquieu. L'Esprit des Lois p12.

القوانين الوضعية أن تواكبها ولا تعارضها، فالقوانين بموجب نظريته هي علاقات ضرورية تنبثق من طبيعة الأشياء<sup>12</sup>.

وأكد على التأثير المتبادل بين القانون والمجتمع، وقرر أن القوانين ترتبط ارتباطاً قوياً وأساسياً بطبيعة المجتمع<sup>13</sup>، وتختلف باختلاف البيئة الاجتماعية، وأنه من المصادفة المحضة أن توافق قوانين أمة أخرى. كما بيّن في كتابه (روح القوانين) L'Esprit des Lois أنه لا يمكن فهم القوانين في أي مجتمع إلا من خلال علاقاتها فيما بينها، وعلاقاتها بتطورها التاريخي، وبالتركيب السياسي، والحياة الاجتماعية والاقتصادية والدينية، والمناخ، وحجم السكان، والعادات والأعراف والتقاليد، فالقانون ليس مفروضاً على المجتمع، وإنما يتوافق مع ظروفه الاجتماعية والاقتصادية والجغرافية، فيتأثر بها ويؤثر فيها<sup>14</sup>.

وبالتالي فإنّ مونتسكيو أدخل مفهوماً جديداً (في عصره باعتبار أنّ ابن خلدون قد سبقه في ذلك) في إطار فلسفة القانون، وهو الأساس الاجتماعي للقانون، فمهد الطريق، وحدد الملامح لنشوء علم الاجتماع القانوني<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> \_ Henri Batiffol p 60، La philosophie du droit \_

<sup>13</sup> \_ Sociology of Law، Gurvitch، Georges 75/76/77.، pp،

<sup>14</sup> \_ Esprit des lois، Montesquieu، p 19، Georges، Gurvitch، Sociology of Law، p، 76.

<sup>15</sup> \_ حيث قال فيه أرليخ Ehrlich " بأن روح القوانين ( وهو الكتاب الذي وضعت مونتسكيو) يعد المحاولة الأولى نحو الاتجاه في تأسيس علم الاجتماع القانوني انظر: د / فايز حسين \_ فلسفة القانون \_ ص 84.



## ثانياً- جهود العلماء حديثاً في نشأة علم الاجتماع القانوني:

نشأ علم الاجتماع القانوني بشكل تلقائي في مجرى الدراسات القانونية التي تهتم بالواقع الاجتماعي للقانون أو التي تبحث في مصدره وأساسه الفلسفي<sup>16</sup> أو التي ترمي إلى إقامة قيم ومثل اجتماعية، كما ظهر في ثنايا الدراسات الاجتماعية والبشرية Anthropological، والسياسية المتعلقة بالقانون. ويرى البعض أنّ جذور علم الاجتماع القانوني تتصل بفقهاء القانون أكثر من اتصالها بعلم الاجتماع، باعتبار أن المدرسة الاجتماعية في نظرية القانون Legal Theory قد نجحت بفضل جهود بعض فقهاء القانون مثل إهرنج وروسكو باوند و هولمز وأرليخ وغيرهم<sup>17</sup>، فتبلور علم الاجتماع القانوني حديثاً من خلال جهود عدد من العلماء من أمثال دوركايم ودبجي وجورفيتش في فرنسا، و روسكو باوند و هولمز في أمريكا، و ماكس فيبر في ألمانيا، و إهرنج و أرليخ في النمسا<sup>18</sup>.

### ليون ديجي Leon Duguit (1859/1928م)

اهتم أستاذ القانون الفرنسي ديجي بعلم الاجتماع القانوني التطبيقي الذي يقوم على الملاحظة والتجربة، حيث سعى مثل دوركايم إلى ربط القانون بالتضامن الاجتماعي Social solidarity، فصنّف التضامن الاجتماعي على نوعين<sup>19</sup>: تضامن آلي أو تضامن التشابه: وينشأ عند اشتراك الأفراد وتعاونهم في تأمين حاجات العامة، كما في المجتمعات الصغيرة. وتضامن عضوي أو تضامن بتقسيم العمل: وينشأ عند تعدد حاجات الأفراد وتفاوت قدرتهم على تحصيلها، فعندها يلجؤون إلى الاختصاص وتبادل الحاجات، كما في المجتمعات المتطورة اقتصادياً. ويرى ديجي أنّ فكرة التضامن الاجتماعي التي فرضتها طبيعة الحياة الإنسانية والواقع الاجتماعي هي الأساس الاجتماعي للقانون الموضوعي Objective law، (كما سماه ليميزه عن قانون الدولة)، الذي يتولد عند شعور الأفراد بأنّ كل من يحاول أن يُخلّ بالتضامن الاجتماعي فسوف يتعرض للجزاء من باقي أفراد الجماعة في المجتمع<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> \_ انظر: د / حسن سعاتي \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص115.

<sup>17</sup> \_ انظر: د/ محمود أبو زيد \_ المرجع السابق \_ ص79، د/السيد العربي حسن \_ المرجع السابق \_ ص21.

<sup>18</sup> \_ [http://en.wikipedia.org/wiki/Sociology\\_of\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Sociology_of_law)

<sup>19</sup> \_ 64/107. ، p، Sociology of Law، Gurvitch، Georges

<sup>20</sup> \_ p 237/258.، 2009، LLC، Bibliolife، copyright، Modern French legal philosophy،A Fouillee

وبالتالي فإنّ الدولة لا تخلق هذا القانون التلقائي Spontaneous، ولا تستطيع سوى الاعتراف به، ووضع نفسها في خدمته<sup>21</sup>. فما يساعد في تكوين التنظيم القانوني ليس القسر والإجبار وإنما ردّ الفعل الاجتماعي الذي يبرز في حالة الانحراف<sup>22</sup>، بل وإنّ الدولة ملزمة عند إصدار التشريع أن تتقيد بمقتضى التضامن الاجتماعي وإلا كان تشريعها غير شرعي، فوظيفة الدولة هي تحقيق تطوير التضامن الاجتماعي.

### جورج جورفيتش George Gurvitch

ضمّن الفرنسي جورفيتش أفكاره عن علم الاجتماع القانوني في كتابه sociology of Law الذي تُرجم ونُشر في عام 1942، والذي يعرف علم الاجتماع القانوني<sup>23</sup> بأنه: « هو علم اجتماع الروح الإنسانية Human spirit الذي يدرس الواقع الاجتماعي الكامل للقانون ».

حيث يفهم جورفيتش علم الاجتماع القانوني بأنه يدرس ظاهرة القانون من خلال العلاقة بين الواقع الاجتماعي و أنواع القوانين وتقسيماتها، وما يطرأ عليها من تغيير وتطور. فقد اهتم جورفيتش بالقانون الذي ينشأ ويكون تلقائياً كنتيجة عفوية للتفاعل الاجتماعي بين أفراد المجتمع<sup>24</sup> بقواعد سلوكية يسيرون عليها دون حاجة إلى تدخل الدولة، فهو ينكر المصدر الوحيد للقانون وربط فكرة القانون بالدولة، ويعتبر هذا القانون التلقائي spontaneous law عمقاً وأساساً لقانون الدولة الرسمي الذي يتغير كلما تطوّر القانون التلقائي لمواكبة التطورات الاجتماعية، فهو يؤمن بضرورة مسايرة القانون للأوضاع الاجتماعية المتغيرة<sup>25</sup>.

21 \_ Roger Cotterrell، Emile Durkheim: Law in a Moral Domain، published Edinburgh University Press، 1999، p 40/41.

22 \_ انظر: د / إبراهيم أبو الغار \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص 181 وما بعدها.

23 \_ Georges Gurvitch، Sociology of Law، p 61.

24 \_ Henri Batiffol، p 47.

25 \_ Georges Gurvitch، Sociology of Law، p 61.

## ليفى أولمان Levy Ullman

ذهب الأستاذ الفرنسي أولمان<sup>26</sup> إلى أنّ الظاهرة القانونية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالعوامل الاجتماعية المختلفة التي تحكم نشأتها وتطورها، ولاسيما في نطاق القانون الخاص، وبالتالي فإنّ التركيز على دراسة النصوص فقط يُعدّ عملاً ناقصاً، ويشكل خطورة عملية، فهو يبعدنا عن فهم أهداف الأحكام والنصوص القانونية وأبعادها، فيضرب مثلاً أنّ نظام منع الاحتكار في أمريكا Anti Trust لا يُفهم إلا بدراسة الأوضاع الاقتصادية المعاصرة لصدوره.

ويعتقد أولمان بوجود قانون عالمي مشترك بين الحضارات، فالتشابه بالحاجات والقضايا التي تواجهها الشعوب لا بدّ أن يَنبُج عنه تشابه في الحلول القانونية، وبمجموع هذه الحلول يتكوّن قانون مشترك لدى شعوب الحضارات المتقاربة، فالتفكير العقلي والمنطقي في حل المشاكل لا يعرف حدوداً إقليمية. ويستشهد أولمان بأنّ هناك مجموعة من المبادئ القانونية المشتركة في قوانين الدول المتحضرة، ولاسيما في موضوع تنازع القوانين وهي:

مبدأ إقليمية القوانين بالنسبة لقضية العقارات، مبدأ شخصية القوانين بالنسبة للحالة الشخصية، مبدأ اختصاص قانون محل التصرف بالنسبة للشكل، مبدأ الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق قانون أجنبي، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة<sup>27</sup>، وغيرها.

## أوليفر هولمز O.Holmes

يُعدّ القاضي الأمريكي هولمز من أبرز مؤسسي علم الاجتماع القانوني في أمريكا، حيث قام بدراسة القانون دراسة اجتماعية فهجر المدرستين الشكلية والتاريخية ليتجه إلى المدرسة الاجتماعية للقانون، فاهتم بوظيفة القانون الاجتماعية<sup>28</sup>، وأصرّ على ضرورة اعتماد فقهاء القانون على الدراسة التجريبية الموضوعية للواقع الاجتماعي الحي للقانون، كما يتم في مجال العلوم الاجتماعية، إلا أنّ هولمز ربط النشاط الحي للقانون بنشاط المحاكم، فعرف القانون بأنّه تنبؤ بما ستفعله المحاكم، وهذا ما أوقعه بتناقض

<sup>26</sup> \_ انظر: د / حمدي عبد الرحمن \_ المرجع السابق \_ ص811 وما بعدها.

<sup>27</sup> \_ انظر: المرجع السابق \_ ص813.

<sup>28</sup> \_ انظر: د / حسن الساعاتي \_ المرجع السابق \_ ص134.

حاول الرد عليه بأنّ المحاكم نفسها تطبق القانون التلقائي الذي يفرض نفسه عليها، وأيّده بأفكاره أستاذ القانون الأمريكي كردوزو<sup>29</sup>.

ورأى بضرورة دراسة القانون باعتباره وثيقة أنثروبولوجية أي يتعامل مع الإنسان ويتفاعل معه، وعبر عن ذلك بعبارة شهيرة مفادها " إنّ حياة القانون لا تقوم على المنطق، ولكنها تستند في أساسها على التجربة الحية، والتجربة هنا هي تجربة الجوهر والمضمون الذي يجب أن يوصف من خلال علم الاجتماع القانوني"<sup>30</sup>.

### روسكو باوند Roscoe Pound

يعتبر البعض أستاذ القانون الأمريكي روسكو باوند أنّه عميد فقه القانون الاجتماعي ومؤسس علم الاجتماع القانوني. اهتم باوند بدراسة القانون في أثناء تطبيقه في الواقع العملي، وليس بشكله المجرد كما يظهر في الكتب، وذلك من خلال إجراء بحوث عملية تطبيقية Practical Researches تساعد المشرّع على معرفة المصالح والاهتمامات الاجتماعية المراد تنظيمها، فيقوم بفحصها وتصنيفها لإضفاء الحماية القانونية على المصالح التي يراها المشرّع جديرة بالحماية<sup>31</sup>. وهذه العملية التشريعية يطلق عليها باوند الهندسة الاجتماعية<sup>32</sup> (لل قانون)، واعتبر باوند القانون أداة فعالة من أدوات الضبط الاجتماعي، وأخذ من هولمز فكرة الاتجاه الوظيفي للقانون فقام بدراسة الآثار الاجتماعية للنظم القانونية.

<sup>29</sup> \_ انظر: ميشيل تروبير \_ فلسفة القانون \_ ص 45.

<sup>30</sup> \_ Clarence Morris، the great legal philosophers، p 418/434. G Gurvitch، p 123/166.

<sup>31</sup> \_ ولهذا رأى باوند (عميد كلية الحقوق في جامعة هارفرد 1916/1936):

" Rights were nothing but protected social interests"

comparative sociology of law.،Mauricio Garcia p 123.،Ibid

<sup>32</sup> \_ p57/61. ، An Introduction to The Philosophy of Law،Roscoe Pound

## نشأة علم الاجتماع القانوني والتعريف به

### أولاً- نشأة علم الاجتماع القانوني:

يرى الأستاذ البولندي آدم بودجورنسكي (1925/1988 من جامعة وارسو) أنه لا يمكن تحديد تاريخ معين لنشأة أو استقلالية علم الاجتماع القانوني<sup>33</sup>، فلم تتح له فرصة النمو الحقيقي وتحديد ذاتيته إلا حديثاً<sup>34</sup>، ولاسيما في الستينات والسبعينات من القرن العشرين، فنشأ علم الاجتماع القانوني في قسم نظرية القانون وفلسفته وشرح من قبل فلاسفة القانون الاجتماعيين الذين انتقدوا الشكلية القانونية التي تعيق البحث التطبيقي العملي<sup>35</sup>.

- فنشأت الجمعية الدولية الاجتماعية في أمريكا وأسست هيئة للبحث في علم الاجتماع القانوني (Research Committee on Sociology of Law- RCSL) تقوم بالأبحاث والدراسات التطبيقية في عام 1962 تعقد اجتماعاتها سنوياً، وأسست قسم خاص بعلم الاجتماع القانوني في عام 1993، وأسست جمعية القانون والمجتمع في أمريكا عام 1964.

- كما أسس أستاذ القانون الخاص الفرنسي كاربونييه جين كاربونييه Jean Carbonnier (أستاذ القانون الخاص في جامعة باريس حتى 1976)<sup>36</sup> مختبراً أو مركزاً لعلم الاجتماع القانوني في جامعة باريس الثانية في عام 1968.

- وعقد في ألمانيا في عام 1975 مؤتمر حول علم الاجتماع القانوني ومن توصياته: تشجيع البحث في علم الاجتماع القانوني.

الفهم الأفضل لمشاكل الأحكام القضائية من خلال الأبحاث الاجتماعية. وبنتيجة هذا المؤتمر أسست جمعية لعلم الاجتماع القانوني في برلين عام 1976<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> \_ Mauricio Garcia «comparative sociology of law» p8.

<sup>34</sup> \_ Ibid.p 9.

<sup>35</sup> \_ Mauricio Garcia; comparative sociology of law.p10.

<http://lic.law.ufl.edu/~hernandez/ForeignE/CSL33003.doc>

<sup>36</sup> \_ Mauricio Garcia «comparative sociology of law».

The Sociology of Law in France: Trends and Paradigms، by Pierre Noreau، Andre-Jean Arnaud، Martha-Marie Kleinhaus، pp. 257-283

<sup>37</sup> \_ Thomas Raiser «Sociology of Law in Germany»، Articles، Germany Law Journal، nol.11 No.04، p 393.

Mathieu Deflem «Sociology of Law»، p4.

- وأسس في جامعة أوكسفورد University of Oxford مركزاً للدراسات السوسيوقانونية  
Socio-Legal Studies في عام 1980 من قبل دونالد هاريز Donald Harris أستاذ  
القانون الاجتماعي في جامعة أوكسفورد.

### ثانياً- تعريف علم الاجتماع القانوني:

لم يتم الاتفاق على تعريف جامع لعلم الاجتماع القانوني، بسبب اختلاف فقهاء القانون وأساتذة الاجتماع  
حول طريقة التفكير وأسس البحث فيه<sup>38</sup>. وبسبب حداثة هذا العلم يُمكن أن نورد بعض التعريفات له  
لتحديد أبعاده:

- ذهب جورفيتش Gurvitch: إلى تعريف علم الاجتماع القانوني بأنه: " هو علم اجتماع الروح  
الإنسانية Human spirit الذي يدرس الواقع الاجتماعي الكامل للقانون، ابتداءً من ملاحظة  
التعبير الواقعية الخارجية للسلوك الجماعي المتبلورة في المنظمات والأعراف والتقاليد العملية في  
المجتمع، والتعرف على الأساس المادي للقانون من خلال الانتشار الديموغرافي للمؤسسات  
القانونية ".

- وعرفه نيقولا تيماشيف Timacheff (1970/1916) بأنه: علم صياغة القوانين ويسعى إلى  
كشف القوانين التي تعتبر ضمن أدوات التنسيق والتوافق الاجتماعي<sup>39</sup>.

- وعرفه آدم بودجورتسكي Podgorecki بأنه: يهدف إلى الكشف عن العلاقات المتبادلة بين  
القانون وبين غيره من العوامل الاجتماعية الأخرى، وأن مهمته محاولة بناء نظرية عامة  
تفسر العمليات الاجتماعية المتصلة بالقانون<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> \_ ولكن رغم هذا الاختلاف بين فقهاء القانون وعلماء الاجتماع فإنه أمكن حل المشكلة بفضل التطور الذي لحق كلا العلمين، وقد  
أوضح ذلك فقيه القانون موريس هوريو بقوله " قليل من علم الاجتماع يبعدها عن القانون، ولكن كثيره يعود بنا مرة أخرى إلى القانون  
"، فقال جورفيتش إنه يجب أن نضيف إلى قول هوريو " إنَّ القليل من القانون يبعدها عن علم الاجتماع، ولكن الكثير منه يعود بنا  
إليه ".

Georges Gurvitch، Sociology of Law، p 2/3.

1939 pp.19/24.، Introduction to the Sociology of law، N،Timacheff \_<sup>39</sup>

N. S. Timasheff، What Is "Sociology of Law"؟،pp. 225-235

David Schiff، N. S. Timasheff's Sociology of Law، pp. 400-421.

First published in 1974 by Routledge & Kegan Paul Ltd Broadway ، Law & society،Adam Podgórecki \_<sup>40</sup>

p 33.، London، 68-74 Carter Lane،House

ويدرس حديثاً علم الاجتماع القانوني القانون دراسة تطبيقية بضرب الأمثلة وإجراء الأبحاث العملية، وليس مجرد الشرح النظري للقانون وإن كان يعتمد على الشرح النظري للوصول إلى التطبيق الواقعي العملي، أي ربط القاعدة القانونية بالواقع الاجتماعي، فعلم الاجتماع القانوني يسهم في رسم السياسة التشريعية وترشيدها، من خلال الوقوف على مدى القبول الاجتماعي للقانون، والآثار الاجتماعية الناتجة عن تطبيق تشريع معين في المجتمع، وبالتالي فهو يقدم التفسير العلمي للقانون، ويلعب دوراً أساسياً في جعل القاعدة القانونية أكثر ملائمة للواقع الاجتماعي<sup>41</sup>.



فأساتذة علم الاجتماع القانوني يقومون بدراسة الوقائع القانونية **Legal Facts** والوقائع الاجتماعية **Social Facts** معاً، أما غيرهم من القانونيين فلا يدرسون سوى النصوص القانونية، ويتولونها بالشرح والتفنيد دون البحث في مصدرها الاجتماعي و الاقتصادي<sup>42</sup>، والأهداف التي وضعت من أجلها.

وباعتقادنا يمكن تعريف علم الاجتماع القانوني بالآتي:

إنه العلم الذي يبحث في جوهر القانون وأساسه، وتطوره، والوقوف على الآثار والتطورات القانونية والاجتماعية التي تنجم عن تطبيق القوانين في المجتمع، وصولاً إلى بحث غايات القانون.

<sup>41</sup> \_ انظر: د / إبراهيم أبو الغار \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص39.

<sup>42</sup> \_ انظر: د / فايز حسين \_ فلسفة القانون \_ ص91/80.

## علم الاجتماع القانوني وفلسفة القانون

أ- تعريف فلسفة القانون<sup>43</sup>:

لفظ فلسفة philosophy مأخوذ من اليونانية، وهو لفظ مركب من كلمتين philo وتعني محبة، و Sophia وتعني الحكمة، وبالتالي يكون معنى كلمة فلسفة باليونانية "محبة الحكمة" و قصد بها الرغبة في التأمل وصولاً إلى الحكمة.

تتامي لدى عقل الإنسان منذ أقدم العصور فكرة أن الظاهرة القانونية هي ظاهرة طبيعية ناتجة عن قوة غير منظورة منبثقة من الطبيعة أو من الإله الذي هو خالق الطبيعة ذاتها، فكانت مسائل التأمل والبحث في الوجود بواسطة العقل الذي خص به الله عز وجل الإنسان، وفكرة العدالة التي تزامنت مع وجود البشر على سطح الأرض وارتقت برقي الوازع الديني والأخلاقي، هي من أهم مسائل البحث الفلسفي، بالتالي لا يمكن ربط نشأة فلسفة القانون في مكان وزمان معينين، وإنما ارتبطت بوجود الإنسان على الأرض، وبالتالي فهي ليست نتاجاً خاصاً بالعقلية الإغريقية أو الأوربية، وإنما هي نتاج عام مشترك للبشرية جمعاء.

فظهرت فلسفة القانون عند الإغريق<sup>44</sup> على يد الفيلسوفين أفلاطون وأرسطو وارتبطت بفكرة القانون الطبيعي، وبالعدالة المنشودة، وأساس الدولة ومدى سلطانها على الأفراد، وما هو القانون المناسب لتنظيم المجتمع هل هو القانون الإلهي أم القانون الإنساني، بالإضافة إلى مشكلة التطور الاجتماعي وعلاقتها بالقانون.

ظلت هذه التساؤلات التي تشكل الموضوع الأساسي لفلسفة القانون تشغل الفلاسفة والقانونيين عبر التاريخ، كأمثال شيشرون في الحضارة الرومانية، والقديس توما الإكويني في الفكر المسيحي، وأيضاً هوبز ولوك وروسو وكانت وهيغل وآخرون<sup>45</sup>، مما أدى إلى تبلور وظهور فلسفة خاصة بالقانون، وهي فلسفة القانون.

وقد اختلف الفقهاء في تعريف الفلسفة (بشكل عام) فعرّفها أرسطو بأنها : العلم بالموجودات بما هي موجودة، ومعرفة الأصول الأولى والعلل التي تؤدي إلى الأشياء<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> \_ انظر: المعجم الفلسفي \_ مجمع اللغة العربية \_ القاهرة \_ الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية 1983 \_ مادة فلسفة.

<sup>44</sup> \_ انظر: ول ديورانت W. Durant \_ the story of philosophy قصة الفلسفة \_ ترجمة د / فتح الله المشعشع \_ مكتبة المعارف 1\_ بيروت 2004 \_ ص9

<sup>45</sup> \_ R. Pound، The philosophy of law، London، 1967، ص20/25

<sup>46</sup> \_ انظر : أرسطو \_ ما وراء الطبيعة ج1\_ ص15 وما بعدها، د / السيد رزق الحجر \_ محاضرات في الفلسفة الإسلامية \_ دار



وعرفها ابن سينا (1037/980م) بأنها هي الوقوف على حقائق الأشياء كلها سواء أكان وجودها باختيارنا أم خارجاً عن إرادتنا.

وفي عام 1820م ظهر اصطلاح فلسفة القانون على إثر وضع هيجل Hegel مؤلفاً بعنوان (فلسفة الحق أو القانون) كما وضع أستاذ القانون الإنجليزي جون أوستن Austin (1859/1790) مؤلفاً بعنوان (فلسفة القانون الوضعي)<sup>47</sup>.

وفي القرنين التاسع عشر والعشرين، تم وضع العديد من المؤلفات في فلسفة القانون لعلماء أمثال الألماني Stammler، الإنكليزي Kelsen والأمريكي روسكو باوند Pound، ويرى باوند أن فلسفة القانون هي محاولات لدراسة القانون دراسة عقلية في مكان وزمان معينين، والخروج بنتائج تصلح لكل زمان ومكان<sup>48</sup>.

- فدراسة فلسفة القانون تهدف إلى دراسة المشاكل الأساسية للقانون وهي:

**وجود القانون** (طبيعته وجوهره والأساس الذي يقوم عليه، وكيفية تطوره) **مصادر القانون** (معرفة صور القاعدة القانونية) و **غاية القانون** (القيم القانونية والمثل العليا التي يسعى القانون إلى تحقيقها).  
كما تعد فلسفة القانون ضرورة عملية لفهم المذاهب الكبرى في القانون والدولة، ولتحليل المفاهيم العامة والمصطلحات الأساسية في القانون مثل مفاهيم العدالة والحق، فساهمت أفكار فلاسفة القانون أمثال جان جاك روسو J.J.Rousseau في نظريته عن العقد الاجتماعي، ومونتسكيو Montesquieu الذي أكد على اختلاف القوانين باختلاف البيئات والأمم في كتابه (روح الشرائع)<sup>49</sup>، إلى ظهور فكرة الدولة القانونية الحديثة، وإلى تبلور مبدأ سيادة الأمة، ومبدأ الفصل بين السلطات، بالإضافة إلى فكرة حقوق الإنسان<sup>50</sup>.

ويرى الأستاذ فيليه M. Villey أن تجاهل فلسفة القانون سوف يحرماننا من معرفة الغاية والوسيلة والمبادئ والأسس التي يقوم عليها القانون، حتى يصل بنا الحال كمرشد القطارات الذي ليس لديه أية

---

التقافة العربية \_ القاهرة 1986\_ ص 29.

<sup>47</sup> \_ Hegel G.W.F. Philosophy of Law، Barlin 1820، translated by S.W Dyde، Batoche Books Limited، Kitchener، Ontario 2001.

<sup>48</sup> \_ Roscoe Pound، An Introduction To The Philosophy Of Law، p16.

<sup>49</sup> \_ Montesquieu، L'esprit des Lois، p 19.

<sup>50</sup> \_ انظر : الأستاذ جورجو ديل فيكو \_ فلسفة القانون في إيجاز \_ ص734.

فكرة عن الرحلة ولا عن جهة الانطلاق أو جهة الوصول<sup>51</sup>، فالتفكير الفلسفي (العلمي) في مجال القانون ليس ترفاً أو لوناً من ألوان الرياضة الذهنية، بل هو ضرورة وواجب، فهو يتجاوز حدود الدراسة الوضعية للقانون للبحث عن الروح النابضة خلف النظم القانونية<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> M. Villey، p 4. philosophie du droit. مشار إليه لدى : د / فايز حسين \_ فلسفة القانون \_ ص44.

<sup>52</sup> انظر : د / أحمد إبراهيم حسن \_ غاية القانون ( دراسة في فلسفة القانون ) \_ دار المطبوعات الجامعية \_ الإسكندرية 2001 \_ ص8.

## ب - فلسفة القانون وعلاقتها بعلم الاجتماع القانوني:

هناك ارتباط وثيق بين فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني، فقد رأينا سابقاً أنّ علم الاجتماع القانوني قد نشأ بشكل تلقائي spontaneous في مجرى الأبحاث القانونية العملية التي تهتم بالدراسة الاجتماعية والواقعية للقانون، أو التي تبحث في مصدره وأساسه الفلسفي، أو التي ترمي إلى إقامة قيم ومثل اجتماعية، وحتى بداية هذا العلم اعتبر جزءاً من فلسفة القانون لأسباب عدة:

أولاً: يرجع إلى أنّ علماء الاجتماع القانوني قد اتبعوا في صدد دراساتهم وأبحاثهم القانونية الاجتماعية المنهج العقلي الذي سلكه فلاسفة القانون.

ثانياً: إنّ ظهور الاتجاهات الاجتماعية في القانون جعلت من فلاسفة القانون باحثين في علم الاجتماع القانوني، وعلماء علم الاجتماع القانوني مساهمين في البحث الفلسفي القانوني كجزء من البحث السوسيولوجي للقانون.

ثالثاً: اتفاق كل من علم الاجتماع القانوني وفلسفة القانون على الهدف، فهما لا يدرسان القانون كقاعدة مجردة، أي كما لو أنّها نصّ مقدّس منفصل عن واقعه الاجتماعي، وأنّما يهدفان إلى تحقيق غايات القانون في العدالة والمساواة والخير العام للمجتمع.

### ولكن يختلف علم الاجتماع القانوني عن فلسفة القانون:

أولاً: لما كان الفكر القانوني يتجه حديثاً إلى المحافظة على ثبات القوانين (المتناهية) واستقرارها من جهة، والتمكن من تعديلها لمواجهة الحاجات والمصالح البشرية اللامتناهية من جهة أخرى<sup>53</sup>، مما دفع فلاسفة القانون وفقهاؤه إلى الانتقال من النظرة الفلسفية الدوغماتية التي تنظر إلى القانون بقواعده العالمية الصالحة لكل زمان ومكان، إلى الأبحاث الاجتماعية للقانون، أي بدراسة القانون دراسة عقلية اجتماعية في زمان ومكان معيّنين من خلال الأبحاث التطبيقية والتجربة العملية، وهذا ما يجعلنا ننقل من فلسفة القانون إلى علم الاجتماع القانوني.

ثانياً: كما يختلفان في المنهج المتبع للوصول إلى الهدف المشترك، فبينما يتبع فلاسفة القانون المنهج الفلسفي الذي يقوم على البحث التأملي العقلي التجريدي، يتبع علماء الاجتماع القانوني المنهج الأمبريقي التجريبي الذي يقوم على الملاحظة والتجربة العملية، أي على التحليل العملي التطبيقي لقواعد وأحكام القانون.

<sup>53</sup> \_ Roscoe Pound، An Introduction to the Philosophy of Law، p 15.

ثالثاً: هدف جعل القاعدة القانونية تتلاءم مع الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في زمان ومكان معينين يختص بها علم الاجتماع القانوني، وبالتالي يسهم في رسم السياسة التشريعية تحقيقاً للعدالة والمساواة والمصلحة العامة في المجتمع، بسبب اتباعه المنهج الواقعي العملي التطبيقي. وهذا ما أكده Gurvitch الذي رأى أنّ فلسفة القانون دون علم الاجتماع القانوني دوغماتية عقلانية<sup>54</sup> Dogmatic Rationalism.

---

<sup>54</sup> . \_ Sociology of Law. Georges Gurvitch. p304.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. علم اجتماع القانون تبلور من خلال فقهاء القانون:

1. المهتمين بالشكلية القانونية.
2. الباحثين في الشرح على المتن.
3. القائلين بالأساس الطبيعي للقانون.
4. المهتمين بالأبحاث العملية التطبيقية.

الجواب الصحيح هو 4.

2. فلسفة القانون تختلف عن علم الاجتماع القانوني في:

1. كل منهما يدرس القاعدة القانونية كنص مجرد.
2. كل منهما يتبع المنهج العقلي.
3. فلسفة القانون تتبع المنهج التجريبي في حين علم اجتماع القانون يتبع المنهج العقلي.
4. فلسفة القانون تتبع المنهج العقلي في حين علم اجتماع القانون يتبع المنهج التجريبي.

الجواب الصحيح هو 4.

## جوهر القانون وأساسه المادي (المصادر المادية الجوهرية للقانون)

### 1 - المذاهب الغربية المفسرة لجوهر القانون

#### الكلمات المفتاحية:

جوهر القانون \_ المذهب الشكلي للقانون \_ القانون الطبيعي \_ المذهب التاريخي للقانون، المذهب الاجتماعي للقانون.

#### الملخص:

هذه الوحدة تبحث في جوهر القانون أي المصدر المادي التي تستقى منه القاعدة القانونية، و يكون ذلك بدراسة العوامل التي تسهم في تكوين مادة القاعدة القانونية أي جوهرها ومضمونها سواء أكانت بعوامل طبيعية أم تاريخية أم اجتماعية.

فالقاعدة القانونية لا تنشأ من العدم، بل لا بد من سبب منشئ لها طبقاً لقانون السببية، وهو ما يطلق عليه بالمصادر المادية أو الموضوعية، إلا أن هذه الوحدة اقتصرت على المذاهب الأوربية المفسرة لجوهر القانون.

#### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- منح الطالب بعداً عقلياً للبحث في الأساس المادي للقانون سواء بقواعد مستمدة من الطبيعة، أو قواعد دينية أو قواعد عرفية متطورة عبر التاريخ، أو قواعد مستمدة من التطبيق العملي.
- عدم الاكتفاء بشرح النصوص بشكل بحث دون دراسة الروح النابضة خلف النص.

- دراسة جوهر القانون تمكن الباحث القانوني ومن ثم السلطة التشريعية لتطوير القواعد القانونية الحالية لمواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية.
- العلم بالتفكير الأوربي والغربي لأساس القانون المادي.

## جوهر القانون ومصدره المادي والرسمي

لما كان القانون هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاته في المجتمع بما تتضمنه من جزاء مادي توقعه السلطة العامة على المخالف عند الاقتضاء، فإن الجماعة هي التي تلزم الأفراد بالقواعد القانونية وتجبرهم على احترامها والتقيدها بما تملكه من سلطة عامة لها حق السيادة، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف نتعرف على إرادة الجماعة؟ وما هي الكيفية التي تظهر بها هذه الإرادة؟.

إنّ الإجابة على هذا التساؤل لا تكون إلا بدراسة مصادر القانون، أي دراسة الطرق والوسائل التي تعبر بها الجماعة عن إرادتها لتصبح ملزمة من جهة، (وهو ما يطلق عليه المصادر الرسمية أو الشكلية<sup>1</sup>)،



ومن جهة ثانية دراسة العوامل التي تسهم في تكون مادة القاعدة القانونية، أي جوهرها ومضمونها، وهو ما يطلق عليه بالمصادر المادية أو الموضوعية.

فالقاعدة القانونية لا تنشأ من العدم، بل لا بدّ من سبب منشئ لها طبقاً لقانون السببية الذي يقرّر أنّه « لا يوجد شيء بلا مصدر، ولا توجد نتيجة بلا سبب ».

وبالتالي سيتم البحث أولاً في المصادر المادية التي تشكل جوهر القانون، ثم المصادر الرسمية أو الشكلية كالتشريع والعرف والدين، باعتبارها من الضوابط الاجتماعية للقانون.

<sup>1</sup> \_ تسمى هذه المصادر بالرسمية لأنها السبب المنشئ للقاعدة القانونية، أي الطرق المعتمدة التي تنفذ منها القواعد القانونية، وتصبح ملزمة للمخاطبين بها، وسميت بالشكلية لأنها المظهر الخارجي الذي تظهر به إرادة الجماعة الملزمة.



## المصادر المادية الجوهرية للقانون

يبحث الفقهاء موضوع المصادر المادية للقانون تحت تسميات مختلفة كأساس القانون، أو أصل القانون، أو طبيعة القانون، وجميع هذه التسميات تنضوي تحت مضمون واحد، وهو أنّ القانون لا ينشأ من فراغ بل هناك عوامل عدّة تسهم في نشأته وتكوينه من عوامل اجتماعية و سياسية و اقتصادية وغيرها، ولكن ما هو العامل الجوهري؟ أي ما هو الأساس الذي يبرّر وجود القاعدة القانونية وإلزامها للأفراد؟. تعتبر هذه المسألة أدق مسائل القانون، إذ يدخل هذا البحث في إطار فلسفة القانون، وبالتالي سوف نبين في هذا الجزء: المذاهب الفلسفية التي تبحث في أساس القانون وجوهره، الغربية منها، والنظرة الإسلامية لأساس القانون في محاولة لإجراء بعض المقارنة بينها.

## المذاهب الغربية المفسرة لجوهر القانون

تعددت النظريات وتباينت الآراء في الغرب (أوروبا وأمريكا) حول الأساس الذي يبنى عليه القانون، ولكن يمكن إجمالها بإيجاز في مجموعتين:

المجموعة الأولى المذاهب الشكلية: وتذهب إلى أنّ القانون هو تعبير عن إرادة السلطة الحاكمة، وهي التي تجبر الناس على اتباعه، فهي لا ترى إلا الشكل الذي تظهر به القاعدة القانونية إلى الوجود في صورة ملزمة، دون الاهتمام بتحليل القانون تحليلاً علمياً فلسفياً.

والمجموعة الثانية المذاهب الموضوعية أو الاجتماعية: وهذه المذاهب لا تقف عند شكل القانون بل تنفذ إلى داخله، إلى عوامل تكوينه (المادة الأولية التي يتكوّن منها) وتحللها تحليلاً فلسفياً اجتماعياً، وهي ترد هذه العوامل إمّا إلى الطبيعة، وإمّا إلى عوامل تاريخية، وإمّا إلى اشتراك عوامل اجتماعية عدّة.

## المذاهب الشكلية Formalistic doctrines

تتنظر هذه المذاهب إلى الشكل أو المظهر الخارجي للقاعدة القانونية، أي إلى القانون بصفته الوضعية المادية، بعيداً عن القانون الطبيعي الذي تنكره ومثله العليا، ولهذا تندرج هذه المذاهب تحت مذهب الوضعية القانونية<sup>2</sup> Legal Positivism.



فهذه المذاهب تتفق في أنّ القانون هو تعبير عن إرادة الدولة ومشيتها، أو مشيئة من له السيادة والسلطان في المجتمع، أيّاً كانت طريقة هذا التعبير سواء بتشريع مسطور أم بعرف متبع أم بدين ينزل به الوحي، وأنّ كل مجتمع ينقسم إلى فئتين: فئة حاكمة وأخرى محكومة، الأولى تسنّ القوانين، والثانية عليها الخضوع والطاعة لهذه القوانين، حيث يميل فقهاء هذه المذاهب إلى اعتبار القانون شيئاً ثابتاً لا يتغيّر ولا يتطور، ولا يهتمهم أن يدرسوا عوامل تطوره التاريخي أو الاجتماعي.

ومن أهم فقهاء هذه المذاهب الفقيه الإنكليزي جون أوستن Austin، والفيلسوف الألماني هيجل Hegel، ومدرسة الشرح على المتنون في فرنسا.

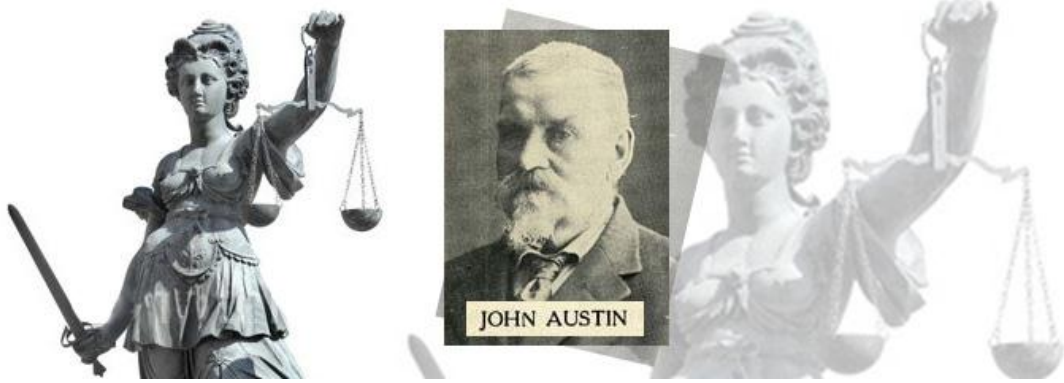
<sup>2</sup> \_ الوضعية القانونية (نسبة إلى القانون الوضعي) ونشأت بعيداً عن القانون الطبيعي والأفكار المثالية، فهي تنكر القانون الطبيعي الخالد ولا تعترف إلا بالقانون الوضعي لأنه موجود في الواقع في دولة معينة و زمان معين، وهو ما يمكن التعرف عليه من خلال المشاهدة والملاحظة، وقد انقسمت الوضعية القانونية إلى اتجاهين: الأول اتجاه شكلي يربط بين القانون والتشريع باعتباره التعبير الصريح عن إرادة الدولة، والثاني اتجاه واقعي لا يبحث عن القانون فقط في التشريع بل في المجتمع حيث يعيش القانون من ناحية التطبيق، وحيث توجد الأعراف والتقاليد، ويطلق على الاتجاه الأول وضعية الدولة positivisme statique والثاني الوضعية الاجتماعية positivisme sociologique .

Harris Marjorie Silliman, the Positive Philosophy of Auguste Comte, BibliLife, LLC, p 13.

وانظر: د / سمير عبد السيد تناغو \_ النظرية العامة للقانون \_ ص110/111.

### أولاً- مذهب الفقيه الإنجليزي أوستن Austin (1790/1859م):

تتلخص أفكار أوستن<sup>3</sup> في أنّ القانون يعتمد في وضعه وفي تنفيذه على الدولة، أي أنّ سلطان الدولة هو الذي يصنع القانون، وهو الذي يلزم أفراد المجتمع بالخضوع له وطاعته بما تملكه من وسائل الجبر والإكراه، وبالتالي فإنّ القانون عند أوستن ليس له سوى مصدر رسمي واحد هو التشريع، الذي هو مشيئة السلطان ينفذها بالقوة، وينظر في تفسير النصوص إلى إرادة الحاكم بغض النظر عن تغيير الظروف التي وضعت فيها.



<sup>3</sup> \_ أوستن هو أستاذ القانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن التاسع عشر، وتقوم أفكاره على الفلسفة المناصرة للحكم المطلق.

John Austin Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law, third edition, revised and edited by Robert Campbell, London 1869, p225/228.

## ثانياً- مدرسة الشرح على المتون ( أو الالتزام بالنص ):



ظهرت في فرنسا عقب وضع التقنين الفرنسي (1804)، وعُرفت هذه المدرسة باسم مدرسة الشرح على المتون لأنّ فقهاءها ينظرون إلى التقنين نظرة احترام وتقديس، فيعتبرونه قانوناً كاملاً يتضمن كل شيء، وبالتالي يشرحونه بنفس الترتيب متناً كما يشرح المفسرون الكتب المقدسة.

فالنصوص التشريعية عندها هي المصدر الوحيد للقانون، ولا اعتبار للعرف مصدراً للقانون إلا بناءً على إجازة المشرّع الضمنية، ولما كان التشريع تعبيراً عن إرادة المشرّع فإنّه يتعين البحث عن إرادة المشرّع الحقيقية وقت وضع التشريع، وليس نيّته المحتملة

وقت تطبيقه حتى لو خالفت تطوّر الظروف الاجتماعية، فإن لم تكن هذه النية واضحة فإنّه يؤخذ بنيّته المفترضة من روح التشريع ومن تقاليد القانون عند وضع النص<sup>4</sup>.

## ثالثاً- نقد المذهب الشكلي:

1. الوقوف عند المعيار الشكلي للقانون دون البحث عن مضمونه وجوهره، فهي لا تنفذ إلى موضوع القاعدة القانونية للتعرف على طبيعتها وكيفية نشوئها وتطورها.
2. اتسامها بالنزعة الاستبدادية<sup>5</sup>، فهي تطلق سلطة الدولة في القانون دون البحث عن مدى عدالته أو تحقيقه للصالح العام، فالقوة هي القانون، وبذلك تكون قد أغفلت عاملاً لا يقلّ في الأهمية عن عامل القوة، وهو عامل الرضا والاختيار.
3. جعلت هذه المذاهب من التشريع مصدراً وحيداً للقانون، ولا تعتبر بالعُرف إلا إذا أقرته الدولة، فالعُرف عند هذه المذاهب هو (قانون لأنّ المحاكم تطبّقه، لا إنّها تطبّقه لأنّه قانون<sup>6</sup>)، في حين

<sup>4</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري و د/أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ص29.

<sup>5</sup> \_ انظر: د / حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص63.

<sup>6</sup> \_ حيث حاول أوستن أن يدفع هذا الاعتراض بقوله: "The legal rules which emerge from the customs are tacit commands of the sovereign legislation" John Austin, Ibid, p104/105.

أنه من الثابت تاريخياً أنّ القانون كان موجوداً منذ القدم على شكل أعراف وتقاليد دينية قبل ظهور الدولة، فهو موجود في ضمير الجماعة دون انتظار الإجازة من الحاكم.

4. تؤدي إلى جمود القانون، فهي تنظر في تفسير النصوص إلى نية المشرع الحقيقية أو المفترضة عند وضع النصوص، وليس إلى نيته المحتملة عند تطبيق النص، حتى لو تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، مما يؤدي إلى إلزام المجتمع بتشريعات لا تواكب الظروف الجديدة في المجتمع ولا تسايرها<sup>7</sup>.

وقد وجّه عدد من الفقهاء الفرنسيين أمثال E. Lambert إدار لاميير، Saleilles سالي، لابييه Labbe، جيني Geny، العديد من الانتقادات لمدرسة الشرح على المتون بعدما ظهرت النتائج السلبية لها<sup>8</sup>، حيث ظهرت الفجوة الكبيرة بين نصوص القانون الفرنسي وبين المتغيرات والمتطلبات الاجتماعية، فعجزت هذه المدرسة عن ملاءمة القانون للواقع الاجتماعي، مما استدعى تدخلاً من جانب الفقه الذي دعا للاستعانة بالقضاء ومنحه السلطة في خلق القواعد القانونية عند غياب النصوص أو غموضها، كما تمّ الاستعانة بالدراسات القانونية المقارنة التي تعطي الفرصة للتعرف على القواعد القانونية الجيدة للدول الأخرى، فقد تعرّف الفقه الفرنسي على النظريات الفقهية للقانون الألماني، ومنها الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام، حيث يحصر القانون الفرنسي مصادر الالتزام الإرادية بالعقد<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> \_ انظر: د / سمير كامل \_ المرجع السابق \_ ص362.

<sup>8</sup> \_ انظر: د/ حمدي عبد الرحمن \_ نحو نظرة جديدة إلى مدخل الدراسة القانونية المقارنة \_ ص807.

<sup>9</sup> - انظر: المرجع السابق \_ ص 828/826.

## المذاهب الموضوعية Objective Doctrines

ويطلق على هذه المذاهب (عدا نظرية القانون الطبيعي) أيضاً الوضعية الاجتماعية Social Positivism وذلك تمييزاً لها عن وضعية الدولة السابق دراستها، فهي لا تنظر إلى شكل القانون وإنما إلى موضوعه وجوهره، باعتباره مظهراً اجتماعياً، حيث ظهر في أوروبا في أواخر القرن التاسع عشر حركة مناهضة للشكلية القانونية تنادي بالقانون الاجتماعي الذي يقوّس الحقوق الطبيعية والاجتماعية وحقّ تقرير المصير الاجتماعي<sup>10</sup>.

ورغم تعدد هذه المذاهب إلا أنه يمكن أن نقسمها إلى ثلاثة أقسام رئيسية: أولاً \_ المذهب الفلسفي الميتافيزيقي Metaphysical Doctrines: حيث يتخذ أساساً فلسفياً يجعله القاعدة التي يقوم عليها القانون، وهو مذهب القانون الطبيعي.

ثانياً \_ المذاهب الواقعية القانونية Legal Realism: وهي تنظر إلى القانون على أنه علم اجتماعي واقعي يقوم على الملاحظة والتجربة كغيره من العلوم، وأنه لا يقوم على أساس ميتافيزيقي، وأهمها مذهب التطور التاريخي، ومذهب الغاية الاجتماعية، و مذهب التضامن الاجتماعي.

ثالثاً \_ المذهب المختلط: يرى أنّ القانون يقوم على أساس مزدوج فلسفي ميتافيزيقي وواقعي ملموس معاً، وهو مذهب العلم والصياغة لجيني.

---

<sup>10</sup> \_ كان من أنصار هذا الاتجاه ودافع عنه كل من:

Rudolf von Ihering, who influenced scholars such as Eugin Ehrlich, Herman Kantorowicz in Romania and Germany, Francois Gény, Leon Duguit, and Maurice Hauriou in France, and Oliver Holmes, Roscoe Pound, and Karl Llewellyn in the United States. All of them defended alternative understandings of law against the formalistic legal thought prevailing in legal education at that time.

Mauricio Garcia; comparative sociology of law.

<http://lic.law.ufl.edu/~hernandez/ForeignE/CSL33003.doc>

## أولاً- مذهب القانون الطبيعي (أو المدرسة المثالية) Natural Law:

قامت هذه الفلسفة لدى فلاسفة اليونان، إلا أنّ أرسطو يُعدّ صاحبها، فيرى أنّ العدل هو القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن إرادة المشرّع. وبالتالي يعرف القانون الطبيعي بأنه: مجموعة مبادئ قانونية غير مكتوبة وقواعد سلوكية كامنة في الطبيعة ثابتة لا تتغير من حيث الزمان أو المكان<sup>11</sup>. هذه القواعد أبدية تمثل المثال الأعلى للعدل (أو القانون المثالي) أودعها الله في الطبيعة، ويكشف عنها العقل البشري ولا يوجد لها، وما على العقل البشري إلا أن يتمعن في الروابط الاجتماعية ليستخلص منها القانون الطبيعي، ويصوغ القانون الوضعي على مثاله، وكلما اقترب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان إلى الكمال أقرب.

- عند الرومان: وأخذ الرومان فكرة القانون الطبيعي من الفلسفة اليونانية بما يتناسب مع أفكارهم في تحقيق العدالة، حيث ميّزوا بين القانون الطبيعي Jus natural و هو كما ورد في مدونة جوستينيان " السنن التي ألهمتها الطبيعة لجميع الكائنات الحية"<sup>12</sup> وبين القانون المدني Jus civil الذي كان يُطبّق على الرومان دون غيرهم، وهو الشرائع والعادات المرعية في كل أمة، وبين قانون الشعوب Jus gentium الذي يُطبّق في علاقات الرومان مع الأجانب فهو مشترك بين جميع الشعوب، وبالتالي حل قانون الشعوب ذو القواعد العقلية الطبيعية المشتركة بين جميع البشر محل القانون الطبيعي عند اليونان<sup>13</sup>، ونتيجة تأثر الرومان بشعوب البلاد المفتوحة وعلى رأسها البلاد العربية مصر والشام والعراق تأثر القانون المدني الروماني كثيراً بقانون الشعوب. وهذا ما عبّر عنه الفيلسوف شيشرون Cicerone ( 106ق.م/43ق.م ) الذي قال بوجود عدل أعلى من القوانين الوضعية، وبوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل القويم ينطبق على الناس كافة ولا يتغير من حيث الزمان أو المكان، وهو القانون الحق، وهذا القانون يكشف عنه الإنسان بعقله السليم وضميره المستتير.

فالعدالة هي جوهر القانون كما عبّر Marcus Cicero، وأخذ فقهاء الرومان هذه التعاليم عن شيشرون، فقال جايوس: "من الصعوبة بمكان أن نتحلل باسم التشريعات الوضعية عما جاء به

<sup>11</sup> \_ انظر: د/ إبراهيم أبو الغار \_ المرجع السابق \_ ص73، د / سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية \_ ص 247، د/ محمد حسين منصور \_ المرجع السابق \_ ص121، د/ حسن كيره \_ ص 100.

Henri Batiffol, La philosophie du droit, p 50.

<sup>12</sup> \_ انظر: مدونة جوستينيان \_ فاتحة، 2، 1.

<sup>13</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري و د/أحمد حشمت أبو سنيت \_ أصول القانون \_ ص34.

القانون الطبيعي"، وهذا ما أعلنه أوليانيوس حينما عرّف القانون بأنه "المعرفة بالأمور الإلهية والأمور الإنسانية، والعلم بما هو عدل وما هو ظلم"<sup>14</sup>.

- **في العصور الوسطى:** تغير النظر إلى القانون الطبيعي بعض الشيء، فبعد سيطرة الكنيسة على الأوضاع السياسية والاجتماعية لم يعد القانون الطبيعي هو قانون العقل السليم والضمير المستنير الذي تصدر عنه القوانين، وإنما أصبح قانوناً مقدساً مصدره الله أو الوحي الإلهي ودليل وجوده الكتب المقدسة، فقد قام القديس **توما الإكويني (Saint Thomas Aquino)** (1225م/1274م) بالتوفيق بين الفلسفة المسيحية وفلسفة أرسطو في القانون الطبيعي، حيث اعتبر القانون الطبيعي هو العدل في ذاته، وهو انعكاس لحكمة الله على الأرض باعتباره يتكوّن من القواعد التي يستمدّها العقل البشري من أصول القانون الإلهي<sup>15</sup>.

وأسهّم في تراجع فكرة القانون الطبيعي في أواخر العصور الوسطى سيطرة فكرة سيادة الدولة المطلقة، والدعوة لعدم وضع أي قيد على إرادة الحاكم، وما رافق ذلك من خلط بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي، كما عند هيجل و هوبز ميكافيلي.

- **في العصر الحديث:** ثم عادت فكرة القانون الطبيعي إلى الظهور في العصر الحديث، ولاقت تأييداً خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر على يد الفقيه الهولندي جروثيوس Hugo Grotius (1583م/1645م) الذي قام بتجريد فكرة القانون الطبيعي من الصفة الدينية التي أسبغتها عليها الكنيسة في العصور الوسطى، حيث عرّف القانون الطبيعي بأنه «القاعدة التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها نحكم بالضرورة أنّ عملاً ما يعتبر عدلاً أو ظلماً وفقاً لموافقته أو مخالفته للمعقول، وأنّ الله منشئ الطبيعة ينهى عنه أو يأمر به»<sup>16</sup>، واتخذ جروثيوس من القانون الطبيعي وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل التي تحررها من تحكّم أصحاب النفوذ والسلطان<sup>17</sup>، وحاول بناء القانون على أساس العقل، وليس فقط الدين في مسعى نحو علمانية القانون، وتمهيد للوضعية القانونية.

<sup>14</sup> \_ الموسوعة: (2،10،1،1)، انظر: د / محمود السقا \_ شيشرون \_ ص784.

<sup>15</sup> \_ St Thomas Aquinas, Summa Theologica, written 1265/1247, translated by Dominican Province, 1947  
Republished by Forgotten Books 2007, p 85/178.

<sup>16</sup> \_ انظر: د / محمود أبو زيد \_ المرجع السابق \_ ص48.

<sup>17</sup> \_ Georges Gurvitch, Sociology of Law, p81.  
Clarence Morris, the great legal philosophers, p80.



- وأيضاً قام فقهاء العقد الاجتماعي في القرن الثامن عشر كالإنجليزي جون لوك John Locke (1632م/1704م) والفرنسي روسو J.J. Rousseau (1712م/1778م)<sup>18</sup> بتبني نظرية القانون الطبيعي، ولكن ليست بمعنى المبادئ الخالدة الصالحة لكل زمان ومكان، وإنما أصبحت تعني الحقوق الطبيعية، أي بعض الصفات الكامنة في الإنسان؛ والتي يمكن التوصل إليها بوساطة إعمال العقل. فبالعقل اهتدى الناس إلى ضرورة وجود عقد اجتماعي تنتقل من خلاله الحقوق الطبيعية إلى مرتبة الحقوق الاجتماعية الواجب صيانتها والحفاظ عليها، ولا يكون ذلك إلا من خلال الدولة بالعقد الاجتماعي<sup>19</sup>.

- وفي أوائل القرن التاسع عشر: تراجع القانون الطبيعي نتيجة الانتقادات التي وجهت له من قبل المدرسة التاريخية التي تنكر وجود القانون الطبيعي، وترى أنّ القانون في تطوّر مستمر من حيث الزمان والمكان، ونتيجة ظهور مذاهب الواقعية الاجتماعية التي تقوم على الملاحظة والتجربة، فقد أدّى تطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية إلى ظهور المذاهب الاجتماعية التي تحارب القانون الطبيعي ذا النزعة الفردية، وأصبحت تنادي بتقديم مصلحة الجماعة واستخدام القانون وسيلة لحمايتها، ولو أدى ذلك لإهدار المصلحة الفردية.

- فقام بعض الفقهاء بإحياء فكرة القانون الطبيعي في القرن العشرين وأهمهم الفقيه الألماني ستاملر Rudolf Stammler (1856/1938م) الذي نادى بفكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغيّر للتوفيق بين القانون الطبيعي و المذهب التاريخي، ومؤدى هذه الفكرة أنّ القانون الطبيعي الذي هو المثل الأعلى للعدل ثابت في فكرته (العدل) وفي مجموعة قليلة من القواعد القانونية المشتركة في كل زمان ومكان، ولكنّه متغيّر في مضمونه، فإذا كان مضمون القوانين يتغير من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر، فإنّ الذي لا يتغيّر هي فكرة العدل، أي وجود عدلٍ ينبغي تحقيقه، وبالتالي سلّم هؤلاء الفقهاء بـمآخذ المدرسة التاريخية، واعترفوا بأنّ لكل أمة قانونها الوضعي الخاص بها والذي هو وليد تطوّرها الاجتماعي، ولم يعد في نظرهم القانون

<sup>18</sup> \_ انظر: جان جاك روسو/جون لوك \_ العقد الاجتماعي \_ ص110/117، أ/ جورجو ديل فيكو \_ فلسفة القانون في إيجاز \_ ص745.

<sup>19</sup> \_ Thomas Hobbes, Leviathan, p 86/87. \_

الطبيعي قواعد ثابتة وخالدة، وإنما هو مجرد مبدأ أو مثال أعلى للعدل يوجّه العقل البشري في كل مجتمع إلى تحسين النظام الاجتماعي وترقيته<sup>20</sup>.

وقد انتقدت فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير، باعتبارها تفرغ القانون الطبيعي من مضمونه باعتباره مثلاً أعلى للعدل ثابتاً لا يتغير، فتصبح فكرة العدل وطنية شخصية ليس لها كيان موضوعي، فما يُعتبر عدلاً في مكان يُعتبر ظلماً في مكان آخر<sup>21</sup>.

- ولهذا عاد الفقه المعاصر<sup>22</sup> إلى القانون الطبيعي التقليدي بوصفه مجموعة مبادئ محددة مثالية للعدل ثابتة في كل مكان وزمان، (وهو ما يسمى القانون الطبيعي المبدئي)، وبوصفه مصدراً للقاعدة القانونية يلجأ إليه القاضي لاستلزام الحلول العادلة تفرعاً من تلك المبادئ الخالدة، (ويسمى القانون الطبيعي الثانوي أو التطبيقي)، وهو ما يطلق عليه أيضاً بقواعد العدالة<sup>23</sup>، أو وفق ما يراه روسكو باوند Pound بتطبيق القانون وفقاً لغايته من خلال النظر بمنطق النفعية الاجتماعية ضمن نطاق المثل الأعلى الاجتماعي السائد في الزمان والمكان<sup>24</sup>.

## ثانياً- المذاهب القانونية الواقعية أو الوضعية الاجتماعية:

سادت نظرية القانون الطبيعي حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر، حيث تأثرت بها الثورة الفرنسية، وكان قانون نابليون متفقاً معها. وبدأت حركة التقنين في بعض الأمم الأخرى بعد تقنين نابليون متأثرة بالفلسفة المثالية للقانون الطبيعي، فلا خوف من جمود التقنين طالما أنه يستند إلى قانون ثابت كشف عنه العقل البشري<sup>25</sup>، فتصدت لها فلسفة جديدة تنكر القانون الطبيعي وتعتبره ضرباً من الحدس والتخمين تترفع عنه المعرفة العلمية التي توجب الثبات واليقين. وهذه الفلسفة الجديدة هي الفلسفة الواقعية (الوضعية الاجتماعية) التي تقوم على الملاحظة والتجربة وليس استلهاماً من قبل العقل القويم، وتعتبر أنّ جوهر القانون يتجلى في الواقع الاجتماعي الذي يطبق فيه، وليس في أساس

<sup>20</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري و د/أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ ص44.  
Roscoe Pound, an Introduction to the philosophy of law, p35.

<sup>21</sup> \_ انظر: د/ حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص117، د/ محمد منصور \_ نظرية القانون \_ ص133.

<sup>22</sup> \_ من أمثال أوبري وبودان بلانيول في فرنسا، وكاترين في ألمانيا، ولاشانس في إنكلترا.  
Henri Batiffol, La Philosophie du Droit, p 55.

<sup>23</sup> \_ انظر: د/ سليمان مرقس \_ المدخل للعلوم القانونية \_ ص258.

<sup>24</sup> \_ Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy Of Law, p36.

<sup>25</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري و د/أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ ص41.

ميتافيزيقي خيالي. وهذه الفلسفة الواقعية التي شكّلت انعطافاً هاماً في إطار الدراسة الاجتماعية للقانون أصبحت تطرح قضايا واقعية أهمها قضية العلاقة بين القانون والمجتمع، وشكّلت إرهاباً وإيداناً بنشوء علم الاجتماع القانوني.

وأهم المذاهب الواقعية: المذهب التاريخي، ومذهب الغاية الاجتماعية، ومذهب التضامن الاجتماعي، وهي رغم اختلافها فإنها تتفق على مبدأ واحد وهو اختلاف القوانين باختلاف المجتمعات، فهي ترى أنّ البيئة الاجتماعية هي التي تشكّل جوهر القانون تشكيلاً تلقائياً دون تدخّل من إرادة المشرّع الذي يقتصر دوره على تسجيل مضمون القانون الاجتماعي.

### 1- المذهب التاريخي Historical doctrine:

يُعدّ هذا المذهب من أكثر المذاهب المؤثرة في الفكر القانوني، إذ أولى الاهتمام لدراسة مصادر القانون ومراحل نموّه وتطوّره وأسبابها.

كانت فكرة التطور التاريخي مجهولة حتى القرن الثامن عشر، حيث كان فلاسفة القانون لا يرونه إلا قانوناً ثابتاً لا يتغيّر (القانون الطبيعي)<sup>26</sup>، وظهرت بوادر هذا المذهب في فرنسا في القرن الثامن عشر عند شارل مونتسكيو Montesquieu (1755/1689م) الذي أكّد على اختلاف القوانين باختلاف البيئات والأمم في كتابه (روح الشرائع)<sup>27</sup>، (وسبقه إلى ذلك ابن خلدون كما ذكر سابقاً).

إلا أنّ المذهب التاريخي لم يظهر وينتشر إلا على يد الفقيه الألماني سافيني Savigny (1779م/1861م)، وبخاصة عندما حارب الأخير دعوة أستاذ القانون الألماني أنطون تيبو Thibaut (1772/1840م) إلى تقنين القانون المدني الألماني أسوة بفرنسا. فالأمة هي مصدر القواعد القانونية، والأمة ليست طائفة من البشر تعيش في عهد خاص، وإنما هي حركة أجيال تتوارث الأعراف والعادات والقوانين<sup>28</sup>. و يقوم هذا المذهب على مبدئين أساسيين هما<sup>29</sup>:

<sup>26</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري و د/أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ ص 41.

<sup>27</sup> \_ Montesquieu , L'esprit des lois, p 19

<sup>28</sup> \_ إذ رد سافيني على دعوة تيبو بمقالة نشرت عام 1814 بعنوان " نحو دعوة زماننا للتشريع والاستفادة من علم القانون " التي بيّن فيها ضرر التقنين إذ إنّ القانون متغيّر في الزمان والمكان ومسائر لعوامل البيئة، فتقنينه يؤدي إلى جموده وعدم تطوره. Mauricio Garcia, Comparative sociology of law.

<http://lic.law.ufl.edu/~hernandez/ForeignE/CSL33003.doc>

<sup>29</sup> \_ Rudolf Von Ihering, The Struggle for Law, 1877, Republished 2009, p xviii/13/14.

Georges, Gurvitch, Sociology of Law, p, 87/88.

**الأول:** هو إنكار وجود قانون طبيعي ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان. فالقانون كاللغة والأخلاق ينشأ في البيئة الاجتماعية، وينمو ذاتياً في ضمير الجماعة نتيجة تفاعل العوامل التي تؤثر في المجتمع من عوامل جغرافية ودينية واجتماعية واقتصادية. ولكل أمة قانونها الذي يتطور مع تطور بيئتها الاجتماعية، فيحمل طابع الأمة الخاص وروحها القومية. ولا يظهر القانون في شكل معايير قانونية إلا في المرحلة الأخيرة من تطوره الاجتماعي.

**الثاني:** يولي هذا المذهب أهمية للقانون العرفي Customary Law، ويرى أن العرف هو المصدر الأمثل للقانون باعتباره يعبر عن ضمير الجماعة وثمرتها تفاعل عناصر البيئة الاجتماعية، فهو ينشأ بشكل ذاتي غير محسوس في المجتمع دون إرادة توجّهه، وبالتالي يقتصر دور المشرع على ضبط القواعد التي تكونت بالفعل داخل المجتمع وإيضاحها، وليس خلق قواعد جديدة، فأنصار هذا المذهب يخشون من قيام المشرع بوضع قواعد في قوالب جامدة لا تواكب تطور المجتمع، وتكون تعبيراً غير صحيح عن حاجات أفرادهم<sup>30</sup>.

وجه لهذا المذهب انتقادات عدّة أهمّها:

أ\_ أنه بالغ في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية وجعله يتطور بشكل ذاتي، فهو أغفل دور الإرادة في تكوين القانون وتطويره وتنظيم الحياة الاجتماعية.

ب\_ عدم صحة مخاوف المذهب تجاه التقنين وما يؤديه من جمود في قواعد القانون، فقد لعب التقنين دوراً هاماً في نهوض المجتمع، فصار أداة فاعلة للإصلاح الاجتماعي والاقتصادي تسبق حركة التطور الذاتي للمجتمع أحياناً، وتحاول أن توجّهه نحو غايات محددة سلفاً أحياناً أخرى، كما هو الحال في المجتمعات الحديثة.

## 2- مذهب الكفاح أو الغاية الاجتماعية Sociological aim:

الانتقادات التي وجهت إلى المذهب التاريخي دفعت الفقيه الألماني رودولف إهرنج Ihering (1818\_1892م) الذي كان من أنصاره<sup>31</sup> إلى تأسيس مذهب جديد عُرف باسم مذهب الكفاح أو الغاية الاجتماعية<sup>32</sup> أو النفعية الاجتماعية، ويقوم هذا المذهب على مبادئ عدّة:

<sup>30</sup> Georges Gurvitch, Sociology of law, p 79.

<sup>31</sup> \_ حيث كتب في عام 1852م كتابه "روح القانون الروماني" وفيه فسر القانون على أنه نتاج عبقرية الأمة التي أنتجته، وقال حقيقة أنّ هناك آثاراً لتدخل الإنسان في تكوين القانون، غير أنّ الإنسان يهدم أكثر مما ينشئ. انظر: د / ثروت أنيس الأسيوطي \_ نشأة المذاهب الفلسفية \_ ص19.

Ihering, Law as a means to an end, translated by Isaac Husik, the Lawbook Exchange, Ltd. New Jersey, USA, 4 printing 2007, Modern Legal Philosophy series: vol. v, p3/458/459.

أ \_ القانون عند إهرنج ليس إلا وسيلة أو أداة لتحقيق هدف أو غاية يسعى المشرع إلى تحقيقه، وهو ضمان شروط الحياة في المجتمع، فحياة القانون تكمن في تطبيقه العملي.

ب \_ إن القانون يتطور ولكن ليس بشكل لا شعوري في ضمير الجماعة، كما عند المذهب التاريخي، وإنما يرجع تطور القانون إلى الإرادة الإنسانية Human will الواعية، فالقانون كما يراه إهرنج هو «وليد إرادة البشر في دأبهم نحو تحقيق التقدم في كل مرحلة من مراحل التطور الاجتماعي»، ولكن عامل الإرادة قد يشتد فتصبح الإرادة عنيفة، وهذا ما يؤدي إلى التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة في بقاء القانون وتطوره، فيكون الكفاح والصراع بينها بشكل دائم لتكوين القواعد القانونية المتوافقة مع مصالحها، فالقوة هي التي تخلق القانون وتغيره<sup>33</sup>.

ج \_ وبالتالي هدف القانون هو المحافظة على المجتمع عن طريق تنظيم الروابط الاجتماعية، والسعي إلى الكفاح لتطوير النظم القانونية لتساير الاحتياجات والمصالح الفعلية للمجتمع بما يحقق التوفيق والانسجام بين المصالح المتعارضة، ويقضي على الصراع بينها، فالقانون هو وسيلة لتحقيق خير المجتمع، ولكن خير المجتمع يقوم على توازن المصالح<sup>34</sup>.

### نقد المذهب:

إذا كان لهذا المذهب الفضل في التأكيد على دور الإرادة في نشأة القانون وتطوره، فإنه أنتقد بحصره غاية القانون في حفظ المجتمع دون أن يضع مبدأ لتقويم المصالح، ودون أن يرسم معياراً لإقامة العدالة التي هي الغاية الأسمى، كما اعتبره البعض أنه فتح باب الاستبداد بجعله الغلبة للقوة لا للحق، إذ يعتبر القانون معبراً عن مصالح الفئة المنتصرة، مغفلاً دور القانون في حماية الفئة الضعيفة والانتصار للحق ولو لم تكن القوة إلى جانبه (مثل حماية المستأجرين بموجب قانون الإيجار، وحماية العمال بموجب قانون العمل...).

ولكن باعتقادنا إهرنج يشرح الواقع ولا يتبنى القوة، بدليل أنه قال بأن خير المجتمع يكون في توازن المصالح.

<sup>32</sup> \_ نشرت أفكار إهرنج في كتابه " الكفاح في سبيل القانون " Rudolf von Ihering, The Struggle For Law, 1872.

<sup>33</sup> \_ Ihering, The struggle for Law, p 14/66/88.

<sup>34</sup> \_ Henri Batiffol, La Philosophie du Droit, p72.

### 3- مذهب التضامن الاجتماعي Sociological Solidarity:

قاد هذا المذهب في مجال القانون الفقيه الفرنسي ليون ديغي Leon Duguit (1859/1928م)

الذي تبني أفكار إميل دوركايم E. Durkheim كونت A. Comte.

ويقيم ديغي مذهبه على الحقائق التالية:

- يجب دراسة القانون بالمشاهدة والتجربة.
- وجود رابطة تضامن بين أفراد المجتمع، باعتبار أن لهم حاجات ومصالح لا يستطيع الإنسان بمفرده تحقيقها إلا بالحياة المشتركة مع غيره. وهذا التضامن الاجتماعي هو على نوعين<sup>35</sup>: الأول: التضامن بالاشتراك أو التشابه حيث يشترك الناس في حاجات واحدة، والثاني: التضامن بتقسيم العمل حيث تختلف حاجات الأفراد، وتتفاوت قدرتهم على تحصيلها، فيجرح كل منهم إلى التخصص، وعندها يتبادل الناس الخدمات فتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية.
- يعتقد ديغي أن حفظ التضامن الاجتماعي هو أساس التزام الناس بالقانون.
- ولكن كيف يتحول هذا الشعور بالتضامن إلى مستوى القاعدة القانونية ؟
- جواباً على ذلك يرى ديغي أن ذلك يتمّ عندما يتولّد لدى الأفراد الشعور بأنّ كلّ من يحاول أن يُخلّ بالتضامن الاجتماعي فسوف يتعرض للجزاء من باقي أفراد الجماعة في المجتمع ( أي الدولة ).
- وبالتالي فإنّ فكرة القانون عند أنصار المذهب الاجتماعي تأتي من الضغط أو الضبط الاجتماعي وليس نتيجة تفكير فردي عقلائي، كما أنّ القانون لا يرتبط بالقسر والإرغام الذي تحتكره الدولة لأنّ هذه الأخيرة لا تخلق القانون. فوجود القانون هو تلقائي عفوي ( يسميه بالقانون الموضوعي، ومن صوره القانون العرفي)، ويتكوّن من التضامن الاجتماعي المستقل عن تعبير أي إرادة.
- وإنّ الدولة ملزمة عند إصدار التشريع أن تتقيّد بمقتضى التضامن الاجتماعي وإلا كان تشريعها غير شرعي.
- أضاف ديغي إلى الشعور بالتضامن الاجتماعي أساساً ثانياً للقاعدة القانونية وهو الشعور بالعدل، ولكنّ الشعور بالعدل هنا ليس مفروضاً على الجماعة من أعلى (سواء أكان قانوناً

<sup>35</sup> Georges Gurvitch, Sociology of Law, p 106.

المرجع السابق انظر: د/ حسن كيره ص 132، د/ السنهوري وأبو سنتيت\_ أصول القانون \_ص 50.

طبيعياً أم دينياً) ولا من سلطة سياسية، وإنما هو شعور بالعدل ينبع من الواقع الاجتماعي<sup>36</sup>، وقائم بالفعل لدى الأفراد في المجتمع بما هو عدل، وبما ليس بعدل<sup>37</sup>، فأصبح أساس القانون عند دييجي يقوم على عنصرين: الشعور بالتضامن الاجتماعي Sentiment de la solidarité، والشعور بالعدل Sentiment de la Justice، ويكون كفالة احترامها بتسخير قوة الإجماع الاجتماعي (الدولة) لهذا الغرض.

#### نقد المذهب:

- إذا كان دييجي ينكر الأفكار الميتافيزيقية والمثالية التي لا تستند إلى الواقع المحسوس، فإنه قد وقع بها عندما افترض وجوب التضامن الاجتماعي كأساس واقعي للقانون، واستبعد حقيقة وجود واقع تجريبي آخر؛ وهو التنارع والتنافس بين الأفراد التي لها أثر في المجتمع لا يقل عن أثر التضامن، بمعنى أنه انتقل من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب، أي من دائرة العلم إلى الميتافيزيقيا<sup>38</sup>.
- اعتبر التضامن أساساً للقاعدة القانونية بغض النظر عما إذا كان صالحاً أم طالحاً، ولا شك أن دييجي افترض التضامن في الخير والعدل وليس الشر والظلم كأساس للقانون، وبالتالي فهو يصدر حكماً تقويمياً على التضامن بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل، مما يخرج من دائرة الواقع المحسوس الذي يلتزمه.
- اعتبر أن الشعور بالعدل هو شعور قائم بالفعل لدى أفراد المجتمع، ورفض فكرة العدل كمثال أعلى وحقيقة مجردة يستخلصها العقل، وهذا يؤدي إلى تحكّم الأهواء والنزعات، وتصبح فكرة العدل شخصية ونسبية.
- ويؤخذ على دييجي الاعتماد المطلق على الروح الاجتماعية كأساس للقانون وإنكار العامل الإرادي في صنعه<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> \_ انظر: د / فايز حسين \_ فلسفة القانون \_ ص 88.

<sup>37</sup> \_ Célestin Charles Alfred Bouglé, Bilan de la sociologie française contemporaine, copyright 1935, Reprint edition 1975 by Arno press Inc, France, p 106.

<sup>38</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري و د/أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ ص53.

<sup>39</sup> \_ Henri Batiffol, La Philosophie du droit, p35.

## ثالثاً- المذهب المختلط Mixed doctrine:

الذي يبني القانون على أساس مزدوج واقعي ملموس، وفلسفي ميتافيزيقي، ويتمثل بـ:

مذهب العلم والصياغة (مذهب جيني): science et technique

صاغ الفقيه الفرنسي جيني Gény تصوّره المثالي الواقعي لأساس القانون في مؤلّفه "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي" "Science et technique en droit privé positif" حيث ذهب إلى أنّ القانون يشتمل على عنصرين: العلم والصياغة<sup>40</sup>.

أما العلم (Science) فهو الجوهر أو المادة الأولية التي يستخلصها العقل من حقائق الحياة الاجتماعية مستهدياً بمثل أعلى معين، فهو يرى أنّ العلم هو كل معرفة قائمة على المشاهدة والتجربة والتأمل العقلي معاً.

وأما الصياغة (Technique) فهي الشكل أو القالب الذي تصاغ فيه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي.

1- العلم: وفيه يمزج بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية، وبالتالي يرد الجوهر (العلم) إلى حقائق أربع بعضها تجريبي واقعي والآخر عقلي تسهم في تكوين مادة القاعدة القانونية، وهي<sup>41</sup>:

أ \_ الحقائق الواقعية أو الطبيعية: وهي مجموعة العوامل والظروف التي تحيط بأفراد المجتمع سواء أكانت مادية كظروف المناخ والبيئة الجغرافية وتكوين الإنسان الجسمي، أم ظروفًا معنوية كالحالة النفسية والأخلاقية والدينية، وقد تكون ظروفًا اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، وهذه الحقائق ترسم حدود القاعدة القانونية.

ب \_ الحقائق التاريخية: وهي تشمل التطورات التي مرّت بها النظم القانونية المختلفة على مر العصور، والتي لا يمكن لأيّ نظام قانوني أن يتجاهلها، مثل تطوّر الملكية والعقود ونظام الأسرة وغيرها.

<sup>40</sup> François Geny, Science et technique en droit privé positif, 1913 & later, Biblilolife, LLC, 2009, p99/100.

انظر: د/ عبد الرزاق السنهوري و د/ أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ ص54.

<sup>41</sup> \_ انظر: د / حسن كيره \_ المرجع السابق \_ص144، د / محمد منصور \_ نظرية القانون \_ ص140.



ج \_ الحقائق العقلية: وتشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والتاريخية بما يتفق مع الغاية التي وجد من أجلها القانون، وهي مبنية على ما يمليه العقل من حقائق واقعية وليست مثلاً علياً.

د \_ الحقائق المثالية: وتشمل المثل العليا التي يرسمها الإنسان للنهوض بالقانون و الارتقاء به، ويستلهمها من العاطفة وليس من التفكير، ومن الإيمان وليس من العقل.

2- **الصياغة:** وهي قالب الذي تصاغ فيه القواعد المستمدة من عنصر العلم حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي، وميّز جيني بين نوعين للصياغة مادي ومعنوي.

○ **الصياغة المادية:** وتتم بإجراءات وأشكال يتطلبها المشرع، فيضع الكم مكان الكيف باتخاذ رقم محدد كجعله سنّ التمييز سبع سنوات، أو يجري تقسيمات محددة لكلّ منها أحكام خاصة تجنباً لخلط مقاصد المشرع بشأنها، كتنظيم الحقوق إلى عينية وشخصية، والعقود إلى معاوضة وتبرع....

○ **الصياغة المعنوية:** وهي تكون إمّا بافتراضات وحيل قانونية يضعها المشرع عند تكرار حدوث أمر يغلب وقوعه كافتراض مسؤولية السيد عن خادمه، والملكية في حيازة المنقول، وإمّا أن تكون صورية بإلحاق حكم شيء بحكم شيء آخر مناقض له كاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص، وإمّا أن تكون تصويرية بمد حكم شيء معروف إلى شيء آخر غير معروف كقياس الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية، والملكية الفكرية على الملكية المادية.

### نقد مذهب جيني:

- مذهب تجميعي، فهو مجرد تجميع للمذاهب السابقة، فالحقائق الواقعية هي مذهب التضامن الاجتماعي، والحقائق التاريخية هي المذهب التاريخي، والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي، فهو لم يأت بجديد في تفسير جوهر القانون وأساسه.
- معايبه غير منضبطة، فالحقائق المثالية يمكن أن تكون عقلية، كما أنّ القوانين لا تُبنى على العواطف والأهواء الشخصية.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون:

1. بحسب مذهب القانون الطبيعي.
2. بحسب الفقيه أوستن صاحب مدرسة الشرح على المتون.
3. بحسب الفقيه أوستن وهيكل أنصار المذهب الشكلي.\*
4. بحسب نظرية العقد الاجتماعي للفقيه جان جاك روسو.

## الجواب الصحيح رقم 3.

2. تحولت الحقوق الطبيعية للأفراد إلى حقوق اجتماعية:

1. من خلال نظرية القانون الطبيعي.
2. عن طريق تطور الأعراف وفق المذهب التاريخي.
3. بحسب نظرية التضامن الاجتماعي.
4. من خلال العقد الاجتماعي.

## الجواب الصحيح رقم 4.

## 2 - جوهر القانون في الفقه الإسلامي

### الكلمات المفتاحية:

جوهـر القانون الإسلامي \_ مصادر القانون الإسلامي \_ مقارنة جوهر القانون بين المذاهب الأوربية والفقه الإسلامي.

### الملخص:

تبحث هذه الوحدة في جوهر القانون أو المصدر الأساسي التي تستقى منه القاعدة القانونية، بالنسبة للفقه الإسلامي حيث يعتبر مصدر القانون إلهي ودليل وجوده في الكتاب والسنة وما تفرع منها من مصادر نقلية و أدلة عقلية، وما يلحق بها من السياسة الشرعية التي تسمح لمن له السلطة في البلاد بالتشريع بما يتوافق مع مصالح الناس ويدفع عنهم الفساد عند غياب النص. بالإضافة إلى أن هذه الوحدة تقارن بين أساس القانون وجوهرة بحسب المذاهب الأوربية وبين النظرة الإسلامية لجوهر القانون وانتهينا فيها باعتقادنا إلى وضع أساس مادي للقانون يقوم على عنصر ديني إلهي وعنصر واقعي اجتماعي وعنصر عقلي منطقي.

## الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- منح الطالب بعداً عقلياً للبحث في الأساس المادي للقانون من وجهة نظر الشريعة الإسلامية بقواعد مستمدة من النصوص ومن الأعراف التي تعتبر مصدر تبنى عليه الأحكام، بالإضافة إلى الأدلة العقلية التي تمنح الطالب قواعد منطقة وأصول يسير عليها في استنباط القواعد والأحكام القانونية.
- تمكن الطالب من الوقوف على النظرة الإسلامية لأساس القانون ومقارنتها بالمذاهب الغربية، وبالتالي توسع مدارك الطالب وتعطيه أفقاً وأدلة عقلية يتمكن من خلالها من إثبات الذات العربية الإسلامية.
- يتمكن المهتمون بالفقه الإسلامي من تطوير القواعد القانونية الإسلامية وجعلها تواكب التطورات الإجتماعية والاقتصادية.

## مقدمة في جوهر القانون في الفقه الإسلامي

إذا كانت المذاهب الغربية قد اختلفت فيما بينها في تحديد أساس القانون وجوهره فمنها من جعل من أساسه شكلاً مادياً ومنها من جعله موضوعياً يرجعه إلى الطبيعة تارة وإلى التطور التاريخي تارة أخرى، فالشريعة الإسلامية هي قانون ديني إلهي أساسه و مصدره الله، فالحاكم في الإسلام هو الله تعالى ولا شرع إلا من الله وعلى هذا أجمع جمهور المسلمين<sup>1</sup>، تأكيداً لما بيّنه القرآن الكريم فقال تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾<sup>2</sup>، ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾<sup>3</sup>.

فالله عز وجل هو الذي خلق الإنسان، وجعله خليفة الله في الأرض فقال تعالى: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾<sup>4</sup>، وكرمه أعظم تكريم فقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ﴾<sup>5</sup>، وسخر له الأرض وما عليها ليمارس فيها نشاطاته المادية والروحية فقال عز وجل: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>6</sup>.

و لكن الله عز وجل لم يترك الإنسان يتخبط العشواء في هذه الطبيعة، وإنما أرسل للناس الرسل الواحد تلو الآخر لطاعة الله وعبادته، وتعليمهم ما فيه خير لهم في دنياهم وأخرهم، فقال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنِ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ﴾<sup>7</sup>، وقال تعالى: ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾<sup>8</sup> وقال عز وجل: ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ﴾<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> انظر: محمد أبو زهرة \_ أصول الفقه \_ دار الفكر العربي \_ القاهرة 2006 \_ ص 69.

<sup>2</sup> سورة يوسف \_ الآية 40.

<sup>3</sup> سورة النور \_ الآية 51.

<sup>4</sup> سورة البقرة \_ الآية 30.

<sup>5</sup> سورة الإسراء \_ الآية 70.

<sup>6</sup> سورة الجاثية \_ الآية 13.

<sup>7</sup> سورة النحل \_ الآية 36.

<sup>8</sup> سورة النساء \_ الآية 165.

<sup>9</sup> سورة الأنعام - الآية 153.



ويُبين الله تعالى للناس أنه لم يشرع لهم ديناً جديداً، وإنما هو دين الأنبياء من قبلهم: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾<sup>10</sup>، حيث أتى كل رسول بتعاليم وقوانين تتناسب والمستوى الذي وصلت البشرية إليه من الرقي العقلي والأخلاقي والاجتماعي والاقتصادي، وبعُدُ بتعاليم رسول يأتي من بعده، ويقرّر ما سبقه إليه الرسل من قبله من تعاليم وأحكام، حتى أصبحت البشرية

على قدر من النمو بما يسمح لتحمل شريعة عامة تظل إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وهي الشريعة الخالدة شريعة الإسلام.

فكانت الشرائع السماوية خطوات متصاعدة ولبنات متراكمة في بنيان الدين والقانون والأخلاق وسياسة المجتمع، وكانت مهمة اللبنة الأخيرة منها أنها أكملت البنيان وملأت ما بقي فيه من فراغ، فكانت حجر الزاوية الذي يمسك أركان البناء<sup>11</sup>، فقال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾<sup>12</sup>.

وبالتالي تكون الشريعة الإسلامية: هي الأحكام التي شرعها الله تعالى لعباده، ونزل بها الوحي على رسوله (محمد صلى الله عليه وسلم) لتستقيم بها أحوالهم في الدنيا والآخرة<sup>13</sup>.

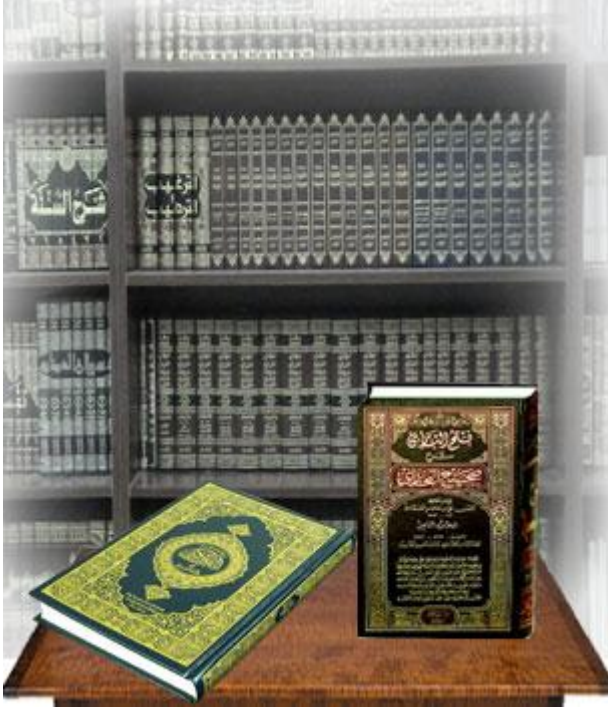
<sup>10</sup> \_ سورة الشورى \_ الآية 13.

<sup>11</sup> \_ انظر: د / عبد الله الدراز \_ الدين \_ ص 180.

<sup>12</sup> \_ انظر: سورة المائدة \_ الآية 3.

<sup>13</sup> \_ انظر: د/ عبد العزيز سمك \_ تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره \_ ص 10 وما بعدها.

## أساس القانون الإسلامي



فأساس القانون في الإسلام هو ديني مصدره الوحي الإلهي فيما نص عليه من القرآن والسنة، وما تفرع عنهما من الإجماع والقياس وغيرها من المصادر الأخرى، فمع حلول منتصف القرن الرابع الهجري نهض الفقه واتسع وتضخم بالأفكار والأحكام الفرعية، ودونت السنة وظهرت علومها، وعلوم الفقه وأصوله، وظهرت المذاهب الفقهية في العصر العباسي، فقام الفقهاء بوضع القواعد الشرعية واستنباط الأحكام مسترشدين بروح الشريعة وبما ورد في الكتاب والسنة من قواعد كلية<sup>14</sup>، وربطت الأعراف

والعادات المحلية في كل إقليم بالفقه السائد فيه وُبنيت عليها الأحكام، فكانت جميع الأدلة الشرعية مستمدة من الكتاب والسنة ومعتمدة عليها ومستتيرة بنورها، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه «إن الأحكام لا تؤخذ إلا من نص أو حمل على نص» إلا أن الفقهاء اختلفوا في درجة الحمل على النص فتعددت أدلة التشريع، فقسموا مصادر التشريع إلى: مصادر نقلية وأدلة عقلية.

<sup>14</sup> \_ انظر: د / أحمد أمين \_ فجر الإسلام \_ ص281 وما بعدها.

## أولاً- المصادر النقلية:

وهي حسب الترتيب الكتاب، والسنة، والإجماع (الاجتهاد)، وفتوى الصحابة، فقرر جمهور الفقهاء أنّ أقوالهم حجة، ويؤخذ بها بعد الكتاب والسنة<sup>15</sup>، و العرف<sup>16</sup>، وشرع من قبلنا<sup>17</sup>.

1- وتعرف السنة في اصطلاح الشرع بأنها: ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قولٍ أو فعلٍ أو تقريرٍ. فكانت السنة إما مبينة ومفسرة لمجمل القرآن كما في بيان كيفية الصلاة، أو مقيدة لمطلقه كتحديد القطع في السرقة باليد اليمنى ومن الرسغ، أو مخصصة لعامه كما في منع توريث القاتل، أو موجبة لحكم سكت القرآن عن إيجابه كميراث الجدة، أو محرمة لما سكت عن تحريمه، كما في لا وصية لوارث<sup>18</sup>.

2- أما الاجتهاد فيعرف عند الأصوليين بأنه: بذل المجتهد وسعه في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية<sup>19</sup>.

وقد استرشد الصحابة بحجة هذا المصدر التشريعي الثالث الإجماع (الاجتهاد) بقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾<sup>20</sup>، ويقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> \_ هذا ما ذهب إليه الشافعي في الأم وما أخذ به مالك في الموطأ، وما قال به كل من الإمام أبي حنيفة، والإمام أحمد رحمهم الله أجمعين، انظر: محمد أبو زهرة\_ أصول الفقه \_ ص195.

<sup>16</sup> \_ والعرف هو ما اعتاده الناس من ذوي العقول الرشيدة والطباع السليمة، واستقامت عليه أمورهم، من أفعال وأقوال متكررة ومضطررة، مما لا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية. وقد اعتبر الفقهاء الثابت بالعرف الصحيح غير الفاسد كالثابت بدليل شرعي، فقال السرخسي في المبسوط: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» حيث لا نص، إلا إذا اتفق الأطراف على استبعاده صراحة، انظر: أبو زهرة\_ أصول الفقه\_ ص247.

Ahmed Souaiaia, THE SOURCES OF ISLAMIC LAW AND PRACTICES, pp123\_147.

<sup>17</sup> \_ لأننا نستند إليها باعتبارها أمراً منقولاً يجب العمل به، انظر: د/ عيسوي\_ الفقه الإسلامي \_ ص183.

<sup>18</sup> \_ قال الله تعالى: ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾ سورة الحشر \_ الآية 7، وانظر: الشاطبي \_ الموافقات ج4\_ ص305 وما بعدها.

<sup>19</sup> \_ انظر: الشاطبي \_ الموافقات \_ ج4\_ ص361، السيوطي \_ الأشباه والنظائر \_ ص241.

<sup>20</sup> \_ سورة النساء\_ الآية 115، انظر: ابن القيم \_ أعلام الموقعين \_ ج1\_ ص 216/212.

<sup>21</sup> \_ سورة النساء الآية 59.



وبآثار الرسول حيث ورد عنه صلى الله عليه وسلم بأنه قال: « لا تجتمع أمتي على ضلالة »، و« ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »، كما أنّ الرسول عليه الصلاة والسلام قد اجتهد في كثير من الوقائع، وقاس الأشباه بالأشباه، فقد حرّم الجمع بين المرأة وعمتها قياساً على ما حرّمه الله من الجمع بين الأختين، وعلّل ذلك بقوله: « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم »<sup>22</sup>، كما أقرّ الرسول من اجتهد بحضرته « فلما سأل عليه الصلاة والسلام معاذ بن جبل حين بعثه قاضياً باليمن: بم تقضي؟ فأجابته معاذ بقوله: إن لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسوله أجتهد رأيي ولا آلو، فقال الرسول الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله »<sup>23</sup>.

والاجتهاد إمّا أن يكون فردياً (يسمى الرأي) أو جماعياً (يسمى الإجماع).

3- أمّا الرأي: فمعناه الشرعي قريب من معنى العدالة، وهو ما يراه العقل (السليم والضمير المستنير) بعد فكر وتأمل فيما لا نصّ فيه.

وقد وجد الرأي بحياة الرسول حيث أباح لمعاد بن جبل وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم الاجتهاد في حال عدم وجود نصّ على الحكم في الكتاب والسنة، وكان الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كلّما استجد أمر مما ليس في كتاب أو سنة، جمعوا الصحابة واستشاروهم فإذا تمّ إجماعهم كان أقوى من الرأي الآحاد، ثم سُمّي الرأي الجماعي إجماعاً<sup>24</sup>، ومن اجتهاد الخليفة عمر رضي الله عنه عدم تقسيمه أراضي العراق والشام على الفاتحين وإبقائها بأيدي أصحابها ليفرض عليها الخراج (الضريبة)، ويستفيد منه عامة المسلمين.

4- وأمّا الإجماع فيعرف بأنه: اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين، في عصر من العصور، بعد وفاة الرسول (عليه الصلاة والسلام)، على حكم شرعي في أمر من الأمور العملية<sup>25</sup>.

5- العرف هو ما اعتاده الناس من ذوي العقول الرشيدة والطباع السليمة، واستقامت عليه أمورهم، من أفعال وأقوال متكررة ومضطرّة، مما لا يخالف نصّاً أو قاعدة شرعية. وقد اعتبر الفقهاء الثابت بالعرف الصحيح غير الفاسد كالثابت بدليل شرعي، فالقاعدة الفقهية: « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » حيث لا نص، إلا إذا اتفق الأطراف على استبعاده صراحة.

<sup>22</sup> رواه مسلم 1408.

<sup>23</sup> انظر: أعلام الموقعين ج1\_ص216/212، د/ عبد الوهاب خلاف\_السلطات الثلاث\_ص36/35.

<sup>24</sup> انظر: محمد أبو زهرة\_ الملكية ونظرية العقد\_ص21، د/ عيسوي\_ الفقه الإسلامي\_ص40.

<sup>25</sup> انظر: د/ أبو طالب\_ تطبيق الشريعة\_ص132، د/ زكي شعبان\_ أصول الفقه الإسلامي\_ص415.

## ثانياً- المصادر أو الأدلة عقلية:

إنّ جمهور الفقهاء لا يجعلون العقل حاكماً، بل يردّون ما لا نصّ فيه إلى ما فيه نصّ بالطرق المختلفة، إمّا بالقياس أو الاستحسان أو الرد إلى المصالح المعتبرة شرعاً:

1- القياس ويعرف بأنّه «إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر آخر منصوص على حكمه لاشتراكهما في علّة الحكم»<sup>26</sup>.

كان الخليفة عمر رضي الله عنه يقيس الأصول على الفروع، فيأمر القضاء بالأخذ بالقياس فيما لا نصّ فيه من كتاب أو سنّة، فهو يقول للقاضي أبي موسى الأشعري «...الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك ممّا ليس في كتاب ولا سنّة، ثم اعرف الأشباه والأمثال وقس الأمور عند ذلك بنظائرها، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى...»<sup>27</sup>.

2- الاستحسان ويعرف بأنّه: " العدول عن الحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها، إلى غيره، لوجه أقوى يقتضي العدول"<sup>28</sup>.

ومن أمثلة الاستحسان بالقياس الخفي في مقابل القياس الظاهر، قياس وقف الأرض الزراعية على الإيجار، وبالتالي دخول حق الشرب والمسيل في الوقف دون النص عليه، بخلاف لو كان القياس على البيع حيث يجب النص عليه ليشمله الوقف<sup>29</sup>.

3- المصالح المرسلّة: و تعرف المصلحة بأنّها ما كان فيه جلب النفع أو دفع الضرر في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة، وسمّيت مرسلّة أي مطلقة لم يرد دليل شرعي من نصّ أو إجماع باعتبارها ولا بإلغائها، كإبقاء الأرض المفتوحة في أيدي أهلها، وعدم توزيعها على الغانمين، وفرض الضرائب عليها لمصلحة العامة.

4- سد الذرائع: والذريعة هي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى شيء أو عمل محظور شرعاً، وبالتالي يُقصد بسد الذرائع غلق الطرق المؤدية إلى الحرام بالنهي عنها<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> \_ انظر: أبو زهرة \_ أصول الفقه \_ ص200، د/ محمّصاني \_ فلسفة التشريع \_ ص165.

<sup>27</sup> \_ انظر: السيوطي \_ الأشباه والنظائر \_ ص16، أعلام الموقعين ج1 \_ ص226.

<sup>28</sup> \_ أخذ الحنفية والمالكية بالاستحسان، إلا أنّ المالكية يقصرونه على الاستحسان بالمصلحة المرسلّة في مقابلة القياس، انظر: الشاطبي \_ الموافقات ج4 \_ ص440، وخالفهم الشافعي معتمداً على المصلحة المرسلّة دون الاستحسان، فقال الشافعي (من استحسّن فقد شرّع) أبو زهرة \_ أصول الفقه \_ ص238.

<sup>29</sup> \_ انظر: د / عيسوي عيسوي \_ الفقه الإسلامي/المدخل ونظرية العقد \_ ص 212.

5- الاستصحاب: فما يثبت وجوده أو عدمه في الماضي يحكم ببقائه على تلك الحال إلى أن يثبت تغييره، وهذا ما يستند إلى القاعدة الكلية (الأصل بقاء ما كان على ما كان)<sup>31</sup>.

وتعدّ هذه الأدلة العقلية أو الاجتهادية متممة للمصادر النقلية وتابعة لها ومتفرعة عنها، وهي مبنية على العقل والمنطق والعدل، فلا يجوز للدليل العقلي (الاجتهاد) مخالفة الدليل النقلية، وهذا ما يُعبّر عنه بالقاعدة الأصولية «الدليل لا يُنسخ إلا بدليل من مرتبته أو أعلى منه». قال الله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾<sup>32</sup>.

ومهما يكن من اختلاف بين الفقهاء في مصادر التشريع الإسلامي فإنّ الجميع مجمعون على أنه لا شرع إلا لله ورسوله، وأنّ الخلاف هو في الفقه و الفروع العملية، وليس في أصول الشريعة وعقائدها ومقاصدها العامة، ولما كانت الأحكام الفقهية الناتجة عن الاجتهاد والرأي هي في الغالب أحكام ظنيّة تقبل الخطأ والصواب فهي لا تتبع لذاتها، وهذا ما صرح به الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث قال: « السنّة ما سنّه الله ورسوله، ولا تجعلوا خطأ الرأي سنّة للأمة »<sup>33</sup>.

ويمكن للمجتهد أو الفقيه أن يأخذ بأحد الآراء ويترك الآخر، واختلاف الفقهاء هو أمر يتفق وطبيعة الأمور تبعاً لاختلاف مدارك الفقهاء وفهمهم للنصوص، وتبعاً لاختلاف بيئاتهم، وهذا الاختلاف نتج عنه ثروة فقهية كبيرة، ومما كان فيه رحمة للأمة وتحقيق لمصالح الناس وحاجاتهم المختلفة باختلاف الأزمنة والأمكنة، ودفع للحرَج، وهذا ما أكّده رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال: « اختلاف أمتي رحمة »<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> \_ انظر: د / عبد العزيز سمك \_ تاريخ التشريع الإسلامي \_ ص 305.

<sup>31</sup> \_ انظر المادة 5 من مجلة الأحكام العدلية، ومن القواعد الفقهية التي تبنى على الاستصحاب (الأصل براءة الذمة \_ الأصل العدم \_ الأصل في الأشياء الإباحة) انظر: الإمام السيوطي \_ الأشباه والنظائر \_ ج 1 \_ ص 155 وما بعدها، د/ عبد العزيز سمك \_ مبدأ البراءة الأصلية في الفقه الإسلامي \_ ص 26.

<sup>32</sup> \_ سورة الأحزاب \_ الآية 36.

<sup>33</sup> \_ انظر: الإمام / محمد أبو زهرة \_ تاريخ المذاهب الإسلامية \_ ص 251/250.

<sup>34</sup> - انظر: المقاصد الحسنة فيما اشتهر على الألسنة \_ السخاوي \_ دار الكتاب العربي \_ بيروت 2002 \_ ط 4 \_ الحديث رقم 39/ص 21 د / عبد العزيز سمك \_ عوامل ازدهار الفقه الإسلامي \_ ص 36/37.

### ثالثاً- دور العقل في القانون الإسلامي:

يتبين مما سبق ذهاب جمهور الفقهاء في اعتبار النصوص معقولة المعنى معللة شرعت لتنظيم مصالح العباد وحفظها في الدين والدنيا<sup>35</sup>، ومعرفة العلة والمقاصد العامة للشارع هي من أهم الأمور التي يُستعان بها على فهم النصوص وحسن تطبيقها على أرض الواقع، والاستدلال بها على الحكم فيما لا نصّ فيه<sup>36</sup>، وهي روح القانون والتشريع التي فهمها صحابة رسول الله عليه الصلاة والسلام.

واستدل الفقهاء بأن أحكام الشرع معللة من خلال بعض نصوص القرآن والسنة التي تشير إلى العلة أو الحكمة، ومثال ذلك قوله تعالى في الغنائم والفيء: ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ سورة الحشر/الآية 7، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في بيان علة النهي عن ادخار لحوم الأضاحي ثم إباحة الادخار فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافّة التي دفت» (رواه مسلم/1971 والبخاري/5570) فعلة النفي هي وجود الدافّة وهم جماعة من الفقراء نزلوا المدينة دون زاد، فبالتالي عند عدم وجود أولئك المحتاجين يكون الادخار مباحاً، وبذلك يدور الحكم مع العلة وجوداً وعدمًا<sup>37</sup>.

وبالتالي أخذ الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية العملية من النصوص ومن خلال الأدلة العقلية عند عدم وجود النصّ أو الإجماع، وذلك بوضع قواعد كلية تتدرج تحتها جزئيات وفروع كثيرة، وقد تصرّح النصوص ببعض القواعد الفقهية، فقاعدة دفع الحرج يُصرّح بها قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>38</sup>، وقاعدة الضرورة يشير إليها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾<sup>39</sup>، وكان ذلك بوساطة علم أصول الفقه الذي وضعه الإمام الشافعي رحمه الله، ويعرف بأنه:

<sup>35</sup> \_ وقد استدل الفقهاء بأن أحكام الشرع معللة من خلال بعض نصوص القرآن والسنة التي تشير إلى العلة أو الحكمة، ومثال ذلك، قوله تعالى في الغنائم والفيء: ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ سورة الحشر/الآية 7، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في بيان علة النهي عن ادخار لحوم الأضاحي ثم إباحة الادخار فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافّة التي دفت» (رواه مسلم/1971 والبخاري/5570) فعلة النفي هي وجود الدافّة وهم جماعة من الفقراء نزلوا المدينة دون زاد، فبالتالي عند عدم وجود أولئك المحتاجين يكون الادخار مباحاً، وبذلك يدور الحكم مع العلة وجوداً وعدمًا، انظر: ابن حزم \_ الإحكام ج8 \_ ص 1158 وما بعدها، محمد أبو زهرة \_ ابن حزم \_ ص 342.

<sup>36</sup> \_ انظر: عبد الوهاب خلاف \_ أصول الفقه \_ ص154/155.

<sup>37</sup> \_ انظر: ابن حزم \_ الإحكام ج8 \_ ص 1158 وما بعدها، محمد أبو زهرة \_ ابن حزم \_ ص 342.

<sup>38</sup> - سورة الحج \_ الآية \_ 78

<sup>39</sup> \_ سورة البقرة \_ الآية \_ 173، وانظر: محمد أبو زهرة \_ ابن حزم \_ ص 339.

مجموعة القواعد والبحوث (اللغوية والتشريعية) التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، أما علم الفقه: فهو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية<sup>40</sup>.

- بناء المعاملات المالية على الرضا:

فإذا عدنا إلى أحكام العقود في الشريعة الإسلامية (التي هي جزء من المعاملات الإسلامية) نجدها معللة معقولة المعنى تقع تحت قاعدة عامة قانونية وهي الرضا، أي حرية الإرادة العقدية:

فتجعل من الرضا طريقاً لإنشاء الحقوق والالتزامات وانتقالها. قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>41</sup>، كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>42</sup>. فمن خلال هذين النصين الكريمين، يُستدل بأن الرضا أساس في العقود والالتزامات، إلا أن التشريع الإسلامي قد رتب آثاراً ومقتضيات لعدد من العقود يجب الالتزام بها، ولا يجوز للعاقدين أن يتجاوزوا هذه الآثار أو المقتضيات بشرط يشترطه في العقد، (كما سنفصل لاحقاً في عقود الإيجار)، فالأصل في المعاملات في التشريع الإسلامي الحل، ما لم يَقم الدليل الشرعي على التحريم<sup>43</sup>، فينظر في المعاملات (خلافًا للعبادات) إلى المعاني والعلل لا الوقوف على النصوص فحسب، فهي قواعد معللة لتحقيق مصالح الناس ودفع المفساد عنهم لإقامة العدل، وإن كانت هذه الأسباب والعلل تتفق مع العقول فذلك لأن كل ما في الشرع يتفق مع العقول السليمة<sup>44</sup>.

وبالتالي كل عقد يقوم على الرضا يجب الوفاء به، وإن لم يأت نص خاص به، مادامت شروطه لا تخالف مقاصد الشريعة وقواعدها العامة، وذلك كما في النظم القانونية التي تجيز للمتعاقدين التعاقد والاشتراط في العقود ما يشاؤون ما لم تخالف النظام العام للدولة.

<sup>40</sup> انظر: عبد الوهاب خلاف \_ علم أصول الفقه \_ ص5، إرشاد الفحول \_ للشوكاني \_ ص5/3، محمد أبو زهرة \_ أصول الفقه \_ ص9 وما بعدها، أستاذنا الدكتور/ عبد العزيز سمك \_ عوامل ازدهار الفقه الإسلامي \_ ص26، د / رافع العاني \_ الصلة بين أصول الفقه الإسلامي وعلم المنطق \_ دار المحبة ط1 \_ دمشق 2007/2006 \_ ص26/24، وراجع تعريف الفقه في المادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>41</sup> \_ سورة النساء \_ الآية 29.

<sup>42</sup> \_ سورة المائدة \_ الآية 1.

<sup>43</sup> \_ انظر: محمد أبو زهرة \_ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية \_ ص218 وما بعدها.

<sup>44</sup> \_ انظر: الشاطبي \_ الموافقات \_ ج2 \_ ص476.

ويروي ابن القيم (في أعلام الموقعين في بند أن نصوص الشرع معقولة ) عن شيخ الإسلام ابن تيمية قوله: ما عرفت حديثاً إلا ويمكن تخريجه على الأصول الثابتة، وقد تدبرت ما أمكنتني من أدلة الشرع فما رأيت قياساً صحيحاً يخالف حديثاً صحيحاً، كما أن المعقول الصحيح لا يخالف المنقول الصحيح، بل متى رأيت قياساً يخالف أثراً فلا بدّ من ضعف أحدهما.. فإن إدراك الصفة المؤثرة في الأحكام على وجهها ومعرفة المعاني التي علفت بها الأحكام من أشرف العلوم، انظر: ابن القيم \_ أعلام الموقعين ج2 \_ ص47.

نستنتج أن العقل في الإسلام ليس حاكماً، أي لا تستمد منه الأحكام الشرعية إلا أن المصادر العقلية التي يعتمد عليها القانون الإسلامي، والتي ذُكرت سابقاً، وأهمها: القياس، المصالح المرسلة، والاستحسان، وقاعدة العرف غير المخالف للنصوص والأدلة الشرعية، تفتح باب حرية التعاقد للناس على مصراعيه، وتوسع من مجال استنباط الأحكام والقواعد القانونية في كل زمان ومكان، ويكون ذلك من خلال السياسة الشرعية.

#### رابعاً- السياسة الشرعية:

هي المصدر التكميلي للمصادر النقلية والعقلية في حال تعدد القواعد القانونية لابد من تحديد بأيها يتم العمل، وذلك من خلال المصدر التكميلي للمصادر النقلية والعقلية السابق ذكرها، والذي يسمى السياسة الشرعية ويتولاها من يملك سلطة التشريع في البلاد، وتعرّف بأنّها: "التصرف في الشؤون العامة للأمة على وجه المصلحة لها"<sup>45</sup>، على أن يكون ذلك وفق أصول الشريعة وقواعدها، فلا اجتهاد في مورد النص، ومجال السياسة الشرعية هو الأمور الفرعية العملية مثل المعاملات المالية بين الأفراد، وفي المسائل التي لم يرد فيها نصّ، أو ورد نصّ



غير قطعي الثبوت أو الدلالة، فمن المبادئ المكرسة في الفقه الإسلامي بأنه «لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان».

<sup>45</sup> \_ انظر: د/ أبو طالب \_ تطبيق الشريعة الإسلامية\_ص239، د/ محمّصاني\_ فلسفة التشريع\_ ص232.

## مقارنة جوهر القانون بين المذاهب الأوربية و الفقه الإسلامي

أولاً- مدرسة الشرح على المتون والمذهب الظاهري:

- المذهب الظاهري:

ينسب هذا المذهب إلى داوود بن علي المشهور بـداوود الظاهري<sup>46</sup>، إلا أنّ الفقيه ابن حزم الأندلسي أحيا المذهب وبيّن أصوله وقواعده حتى عدّ الإمام الثاني للمذهب<sup>47</sup>، و يأخذ هذا المذهب بظواهر النصوص فيجعل المصادر الشرعية هي النصوص فقط الكتاب والسنة، وإجماع الصحابة المستند إلى نصّ، والدليل<sup>48</sup>، أمّا ما أجمع عليه الصحابة من حكم بلا نصّ بناء على قياسٍ أو مصلحةٍ فلا حُجّة له لأنّ فقهاء هذا المذهب ينكرون الرأي مطلقاً ولا يأخذون لا بالقياس ولا بغيره، وفي حال عدم وجود نصّ فإنّهم يُيقنون على الأصل حتى يوجد الدليل، وهو ما يُعرف باستصحاب الأصل المبني على النصّ وليس الرأي. فابن حزم يرى أنّ الأحكام الشرعية تعبدية تُبنى على ظواهر النصوص وليست معقولة المعنى تُبنى على الرأي من استنباط العلل و المصالح، أو إلحاق الأشباه بالأشباه، ولا يأخذ بالخبر إلا إذا اتصل سنده، ولا يأخذ بالخبر المرسل ولا المنقطع إلا إذا وجد الإجماع على معناه، كما في قوله عليه الصلاة والسلام: "لا وصية لوارث"<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> \_ ولد داوود الظاهري بالكوفة عام 202 وتوفي عام 270 هـ، وتخرّج في الفقه على يد تلاميذ الشافعي، إلا أنّه انحرف عن الفقه الشافعي، وقد انتشر المذهب الظاهري في القرنين الثالث و الرابع الهجريين، حتى أنّه كان المذهب الرابع في الشرق بدلاً من المذهب الحنبلي إلى أن حل محله المذهب الحنبلي في القرن الخامس، انظر: محمد أبو زهرة - تاريخ المذاهب الإسلامية \_ ص530.

<sup>47</sup> \_ انظر: ابن حزم \_ الإحكام في أصول الأحكام \_ ص7، محمد أبو زهره \_ ابن حزم \_ ص230.

<sup>48</sup> \_ الدليل هو الحكم المأخوذ من النص والإجماع ذاته وليس محمولاً عليهما باستخراج العلة كالقياس، كأن يكون في النصّ مقدمتان ولم ينصّ على النتيجة، فذهب الفقهاء إلى أنّ الظاهرية يأخذون بالقياس الجلي الذي هو الدليل، انظر: محمد أبو زهرة \_ ابن حزم \_ ص312.

<sup>49</sup> \_ رواه ابن ماجه 2714، والدار قطني في سننه 4107، وانظر: محمد أبو زهرة \_ تاريخ المذاهب الإسلامية \_ ص577/575/530.



- المقارنة بين المذهب الظاهري ومدرسة الشرح على المتن:

نقاط الاتفاق:

مدرسة الشرح على المتن	المدرسة الظاهرية
تقدس النصوص وتتقيد بها، و تفسر النص حسب نية المشرع الحقيقية أوالمفترضة عند التشريع وليس بنيته المحتملة عند التطبيق ولو تغيرت الظروف الاجتماعية.	تتمسك بحرفية النصوص وظاهرها، باعتبارها تتضمن كل شيء.
المصدر الوحيد للقانون هو التشريع ولم يأخذوا بالعرف إلا إذا أجازهم المشرع.	النصوص هي مصدر الأحكام وينكرون القياس ولا يأخذون بالرأي إلا إذا كان مستنداً على نص.
يأخذون أيضاً بشكل القانون و يهتمون الغاية.	يقفون عند ظواهر النصوص وينكرون وجود العلة للأحكام.

\_ نقاط الاختلاف:

يقدمون النصوص باعتبارها قانوناً كاملاً متضمناً كل شيء.	يقدمون النصوص باعتبارها تعبدية (شريعة الله) غير معقولة المعنى.
ليس لها أي أصول أو أدلة تستتبط منها الأحكام وإنما هي مجرد مدرسة من مدارس التفسير.	مذهب فقهي كامل له أصول و أدلة ويستتبط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية (النصوص).

## ثانياً - مدى سلطة الحاكم في الإسلام و المدرسة الشكلية للقانون:

يُقصد بوليّ الأمر في الفقه الإسلامي: كلّ من يتولى أمراً من الأمور العامة للأمة نيابة عنها ويتفويض منها سواء أكان خليفة أم والياً....

ولمّا كانت سلطة التشريع في الإسلام هي لله تعالى ورسوله فإنّ الحاكم في الإسلام لا يملك سلطة التشريع، وهو ملتزم بأحكام الشريعة الإسلامية ولا يتعداها، وهذه القاعدة هي الأصل، إلا أنّه استثناء لوليّ الأمر سلطة التشريع عملاً بمبدأ السياسة الشرعية، ولكنّ هذه السلطة ليست مطلقة، وإنّما هي محددة في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها وأصولها العامة، ومرتبطة بغاية التشريع في تحقيق العدل والخير العام والمصلحة للناس ودفع المفسدة عنهم.

وهذا ما يجعل سلطة الحاكم في الإسلام مختلفة عن سلطته وفق المذاهب الأوربية الشكلية للقانون في أوروبا، ولاسيما مذهب الفقيه الإنكليزي أوستن الذي جعل من سلطة الحاكم سلطة مطلقة في سنّ القوانين لا قيود لها وعلى الناس واجب الأمر والطاعة لها، واعتبار أنّ التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وتقوم هذه المذاهب بتفسير النصوص وفق ظواهرها، أي تأخذ بنية المشرّع الحقيقية أو المفترضة عند وضع النص، وليس المحتملة عند تطبيق النص حتى ولو تغيّرت الظروف الاجتماعية، أي لو كانت في غير مصالح الناس.

## ثالثاً - مقارنة القانون الإسلامي بالقانون الطبيعي:

إذا كان القانون الطبيعي كما ذهب أرسطو هو: مجموعة مبادئ قانونية غير مكتوبة، وقواعد سلوكية كامنة في الطبيعة ثابتة لا تتغيّر من حيث الزمان أو المكان، وهذه القواعد أبدية تمثّل المثل الأعلى للعدل (أو القانون المثالي) أودعها الله في الطبيعة، ويكشف عنها العقل البشري ولا يوجد لها، والعدل هو القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن إرادة المشرّع.

إلا أنّ مفهوم القانون الطبيعي (كما رأينا سابقاً) هو مفهوم مبهم وهمي غير واضح، تكتنفه المثالية وعدم الواقعية، وهذا ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء، ومنهم جرّمي بينثام Bentham (1748/1832)، وحتى الفقهاء الذين حاولوا تلافي أخطاء هذا المذهب، ونادوا بفكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغيّر كالفقيه ستاملر، سلّموا بآخذ المدرسة التاريخية، واعترفوا بأنّ لكلّ أمة قانونها الوضعي الخاص بها؛ والذي هو وليد تطورها الاجتماعي، ولم يعد في نظرهم القانون الطبيعي قواعد ثابتة لا تتغير، وإنّما هو مجرد مجموعة قليلة من المبادئ الطبيعية أو مثال أعلى للعدل يوجّه العقل البشري في كل مجتمع إلى

تحسين النظام الاجتماعي وترقيته، وهناك قسم كبير من الرأي العام القانوني يعتبر فكرة القانون الطبيعي أصبحت من الماضي وانقضت تماماً<sup>50</sup>.

أما في الشريعة الإسلامية فلا وجود للقانون الطبيعي لأن مصدر الأخير هو فلسفي عقلي مادي مستمد بما في الطبيعة من قواعد ومبادئ خالدة، بينما القانون الإسلامي هو إلهي مصدره وأساس وجوده هو الله عز وجل، فليس للعقل مبدئياً عند جمهور الفقهاء أن يشرع الأحكام أو أن يكلف بشيء ما وإنما يقوم باستنباط الأحكام من مصادرها الشرعية.

وكان التشريع الإسلامي للدين والدنيا قد خاطب الوجدان والعقل معاً<sup>51</sup>، وجاء أولاً بأحكام ومبادئ عامة وقواعد كلية ثابتة لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، ولا تكون محل اجتهاد، كما في العبادات، وثانياً بأحكام تفصيلية ثابتة أيضاً، كما في مسائل المواريث لوضع حدٍ للنزاع حولها على مر التاريخ<sup>52</sup>، كما جاء التشريع الإسلامي بأحكام مرنة متطورة حسب المصلحة زماناً ومكاناً، كما في مسائل الفروع والمسائل التي تدخل في مجال السياسة الشرعية، والنوع الثالث من الأحكام التي تضمنها القانون الإسلامي يشمل التطور والثبات معاً<sup>53</sup>، ثابتة كمبادئ عامة ومرنة متطورة من حيث تطبيقها مثل مبادئ الشورى و العدل والقضاء بما أنزل الله. فلم يعين شكلاً معيناً ثابتاً للشورى، ولا للقضاء والتقاضي، وإنما تركه لاجتهاد أولي الأمر من المسلمين في كل زمان ومكان، وليس للشارع مقصد فيه إلا إقامة العدل وتحقيق صالح المسلمين ودفع المفساد عنهم. قال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ﴾<sup>54</sup>.

فالشريعة الإسلامية جاءت بأحكام تُطبَّق بشكل مباشر على المجتمع، أما القانون الطبيعي فهو مجرد مبادئ مبهمه وغير واضحة يستمد منها عقل المشرع في كل مجتمع ما يراه عدلاً وفق الظروف المحيطة به.

وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية جاءت بما أراده فلاسفة القانون الطبيعي على مر القرون من وجود مبادئ عليا سامية تقوم على العدل ورفع الظلم، وحماية الأموال والأنفس من كل ظلم، صالحة لكل

<sup>50</sup> \_ Henri Batiffol, La philosophie du droit, p 50

<sup>51</sup> \_ انظر: د / السيد رزق الحجر \_ محاضرات في الفلسفة الإسلامية \_ ص 157.

<sup>52</sup> \_ انظر: د / أحمد شلبي \_ تاريخ التشريع الإسلامي \_ ص 137.

<sup>53</sup> \_ انظر: د / يوسف القرضاوي \_ الخصائص العامة في الإسلام \_ المراجع \_ ص 223.

<sup>54</sup> \_ سورة النحل الآية 90.

زمان ومكان (إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها)، جامعة مانعة كاملة لا نقص ولا غموض فيها، فهي شريعة عالمية تخيلها فقهاء القانون، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجودها.

وهذه المبادئ التي تكلم عنها الرومان، وأنت بها الشريعة الإسلامية هي عين فطرة الله وتعاليمه ومبادئه التي ألهمها للبشرية بالفطرة، وأرسل بها الرسل تترأ مبشرين ومنذرين للبشرية جمعاء قبل الرسالة المحمدية، ومنهم الرومان. قال تعالى: ﴿ فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾<sup>55</sup>.

وقال تعالى: ﴿ إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ...وَرُسُلًا قَدْ قَصَصْنَاهُمْ عَلَيْكَ مِنْ قَبْلُ وَرُسُلًا لَمْ نَقْصُصْهُمْ عَلَيْكَ وَكَلَّمَ اللَّهُ مُوسَى تَكْلِيمًا \* رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴾<sup>56</sup>.

وعبر خطيب الرومان شيشرون عن هذه الفطرة بقوله: « إِنَّمَا خُلِقْنَا لِإِقَامَةِ الْعَدْلِ، فَحِن لَّا نَسَنَ الْقَوَانِين بِمَحْضِ الرَّأْيِ بَلْ بَدَافِعِ الْفِطْرَةِ »<sup>57</sup>.

كما أنّ الشريعة الإسلامية سبقت ما استدركه فلاسفة القانون الطبيعي حديثاً من عيوب الغموض والإغراق في المثالية، فجاءت بأحكام كلية واضحة واقعية مرنة متطورة عالمية صالحة لكل زمان ومكان<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> \_ سورة الروم \_ الآية 30.

<sup>56</sup> \_ سورة النساء \_ الآية 164-165.

<sup>57</sup> \_ انظر: د / محمود السقا \_ شيشرون \_ ص 799.

<sup>58</sup> \_ انظر: د/ عبد العزيز سمك \_ جهود مجلس الشعب المصري في تقنين أحكام الفقه الإسلامي \_ ص 15/14.

## رابعاً - القانون الإسلامي والمدرسة التاريخية:

القانون متغير في الزمان والمكان بحسب المذهب التاريخي، فلكل أمة قانونها الذي يتطور مع تطور بيئتها الاجتماعية، ويعطي هذا المذهب أهمية للقانون العرفي المبني على الأعراف والتقاليد، فالعرف هو المصدر الأمثل للقانون باعتبار أن العرف هو تعبير عن ضمير الجماعة وثمره تفاعل عناصر البيئة الاجتماعية، فهو ينشأ بشكل ذاتي عفوي غير محسوس في المجتمع دون إرادة توجّهه. أمّا القانون الإسلامي (وإن كان يؤمن بالرسالات والشرائع السماوية السابقة) فلا يقوم على أساس تاريخي، كما في المدرسة التاريخية، فلم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمّعت، ولا نظريات أولية ثم تهذبت<sup>59</sup>، وليست مجموعة أعراف وتقاليد نمت و تطورت عبر الزمن حتى أصبحت قواعد قانونية، و إنما ولدت يافعة مكتملة، نزلت من عند الله عزّ وجل جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ولا نقصاً على مدى ثلاث وعشرين سنة تقريباً نزل فيها القرآن متفرقاً حسب الوقائع والأحداث، واكتمل التشريع الإسلامي بتمام نزول القرآن ووفاء الرسول صلى الله عليه وسلم. قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾<sup>60</sup>، فكانت قواعد الشريعة (بخلاف المدرسة التاريخية) للناس كافة، وليس لمجتمع دون آخر. قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾<sup>61</sup>.

وأمّا بالنسبة لاعتماد المدرسة التاريخية على القانون العرفي Customary Law فيقتصر دور المشرّع لديها على ضبط القواعد التي تكونت في المجتمع من أعراف وتقاليد فقط دون أن يكون له الحق في إنشائها، أمّا القانون الإسلامي فلا يقف من العرف هذا الموقف الجامد بل موقفاً فاعلاً، فقد أخذ فقهاء الإسلام بالعرف الصحيح أي العرف المتوافق مع قواعد الشريعة ومبادئها العامة، الذي لا يحلّ حراماً ولا يحرم حلالاً، ولا يبطل واجباً، وجعلوه أصلاً من أصول الشريعة ثبني عليه الفتاوى والأحكام<sup>62</sup>، أمّا العرف الفاسد الذي يخالف نصاً أو أصلاً من أصول الشريعة فلا اعتبار له، فالأعراف تختلف من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر.

<sup>59</sup> \_ انظر: د / يوسف القرضاوي \_ مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية \_ ص25.

<sup>60</sup> \_ سورة المائدة الآية 3، انظر: محمد أبو زهرة - أصول الفقه \_ ص75.

<sup>61</sup> \_ سورة سبأ \_ الآية 28.

<sup>62</sup> \_ فمن المبادئ العامة والقواعد الكلية في الإسلام " العادة محكمة " و " الثابت بالعرف كالثابت بالنص " .

## خامساً- مذهبنا حول جوهر القانون:

نعتقد أن جوهر القاعدة القانونية يتبلور من خلال العناصر التالية:



• عنصر ديني إلهي: يتضمن القواعد الإلهية التي أنزلها الله عز وجل على عباده منذ أن خلق الله البشرية على وجه الأرض وعلى رأسها التشريع الإسلامي.

• عنصر الواقع الاجتماعي: القائم على التطبيق العملي بما يتوافق مع حقائق الحياة الطبيعية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتاريخية ولكل ما هو ملموس ومحسوس وله تأثير على الطبيعة وعلى البشر.

• وعنصر العقل: المتمثل بما يستلهمه ويستخلصه العقل القويم من الحقائق الواقعية

الاجتماعية والدينية السابقة بما يحقق غايات القانون وأهمها التضامن الاجتماعي والمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية.

ويأتي العنصر الديني في المقدمة من حيث الأهمية والرجحان، أما العنصران الآخران فيؤثران في بعضهما البعض على النحو الذي يكرس غايات القانون في تحقيق مصالح المجتمع، وفق أصول وقواعد العنصر الديني وما تراه سلطة التشريع في كل زمان ومكان.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون:

1. بحسب مذهب القانون الطبيعي.
2. بحسب الفقيه أوستن صاحب مدرسة الشرح على المتون.
3. بحسب الفقيه أوستن وهيكل أنصار المذهب الشكلي.
4. بحسب نظرية العقد الاجتماعي للفقيه جان جاك رسو.

**الجواب الصحيح هو رقم 3.**

2. تحولت الحقوق الطبيعية للأفراد إلى حقوق اجتماعية:

1. من خلال نظرية القانون الطبيعي.
2. عن طريق تطور الأعراف وفق المذهب التاريخي.
3. بحسب نظرية التضامن الاجتماعي.
4. من خلال العقد الاجتماعي.

**الجواب الصحيح هو رقم 4.**

## الوحدة التعليمية الثالثة

### مصادر القانون الرسمية كوسائل للضبط الاجتماعي

#### الكلمات المفتاحية:

التشريع \_ العرف \_ الدين \_ آراء الفقهاء \_ الاجتهاد القضائي.

#### المُلخَص:

تبيّن هذه الوحدة المصادر الرسمية التي تنفذ من خلالها القاعدة القانونية حتى تصبح ظاهرة للعلن ملزمة للمخاطبين بها كالتشريع والدين والعرف، وبالتالي تشكل هذه المصادر ضوابط قانونية اجتماعية يمارس من خلالها المجتمع الضغط والتوجيه القانوني على أفراده من أجل المحافظة على النظام والاستقرار في المجتمع.

رأينا أن الدين يعتبر من أقوى الضوابط القانونية الاجتماعية، فالإنسان يساق من باطنه لا من خارجه فقوانين وسلطان الحكومات غير كافية وحدها لإقامة دولة عادلة تحترم فيها الحقوق وتؤدي الواجبات، فالذي يؤدي واجبه رهبة من السجن أو العقوبة المالية، لا يلبث أن يهمله متى اطمأن أنه سيفلت من طائلة القانون.



## الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- توضيح للطالب والباحث القانوني ضرورة دراسة مصادر القانون الرسمية كوسيلة لضبط أفراد المجتمع والتوجيه القانوني المتلائم مع مصالح المجتمع.
- إلقاء الضوء على الأساس الديني والأخلاقي للقاعدة القانونية، وبالتالي توجيه الدراسات القانونية نحو التزام الدين والأخلاق لتعديل أو إنشاء القواعد القانونية.

## ماهية الضبط الاجتماعي للقانون Legal Social Control

### تعريف الضبط الاجتماعي للقانون:

هناك عدة تعريفات للضبط الاجتماعي تتفق فيما بينها على أنه: نوع من الضغط Pressure يمارسه المجتمع على أفرادهِ من أجل المحافظة على استقرار النظام الاجتماعي، وجعل سلوك الأفراد متوافقاً مع السلوك المتعارف عليه اجتماعياً.

فأستاذ القانون الأمريكي روسكو باوند<sup>1</sup> Roscoe Pound بحث في نظرية الضبط الاجتماعي للقانون في إطار علم الاجتماع القانوني، بدأ بما قال به الألماني إهرنج بأن " غاية القانون هو تحقيق الظروف الملائمة للحياة الاجتماعية" ولا يقتصر ذلك على أمور الفرد المادية بل يشمل القيم المعنوية مثل الحرية والكرامة والدين وهذه الأمور تختلف من مجتمع لآخر حسب رأي باوند، وتقوم نظريته على اعتبار القانون الأداة الفعالة للضبط الاجتماعي.

باوند يهدف إلى دراسته القانون في الواقع الاجتماعي أثناء تأديته لوظيفته في المجتمع، في عملية أطلق عليها بالهندسة الاجتماعية Social Engineering التي يتم من خلالها التعرف على المصالح الاجتماعية ثم فحصها ومقارنتها وتصنيفها، تمهيداً لإضفاء الحماية القانونية على المصالح التي يراها المشرع جديرة بالحماية.

وبالتالي يرى باوند (كما ذهب ابن خلدون) أن وظيفة القانون هي التوفيق والتنسيق بين رغبات ومصالح الأفراد المتصارعة والمتعارضة، وبالتالي يعتبر ضرورة حتمية إذا ما أراد المجتمع البقاء والاستقرار والنمو.

إلا أن القانون وحده لا يكفي ففوة الدولة لا تكفي وحدها لفرض القانون وتحقيق غايته وإنما لابد من مساعدة الدين والعرف والأخلاق، وفي هذا يشير إهرنج Ihering إلى دور الأمة في القانون " إن استقرار القانون يتوقف في نهاية الأمر على الشعور القومي نحو القانون، وهذا الشعور يوضع في ذات المستوى مع سلطان الحاكم وقدرته على تنفيذ القانون، فإذا كان هذا الشعور ضعيفاً فالقانون غير ثابت، أما إذا كان قوياً ففي ذلك استقرار القانون " <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> \_ انظر: د / إبراهيم أبو الغار \_ علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي \_ ص145 وما بعدها، د / حسن ساعاتي \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص 19.

<sup>2</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري و د/أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ ص26 الهامش.

ولهذا يؤكد الفقهاء ومنهم Pound باوند على ضرورة الدراسة الاجتماعية للقانون قبل إعداد التشريعات القانونية، ودراسة التأثيرات الاجتماعية القانونية فيتم الاهتمام بمدى فعالية وجدوى القانون بدلاً من دراسة مضمونه المجرد، ضرورة الاهتمام بالغايات والأهداف الاجتماعية المرجوة من القانون، أكثر من التركيز على الجزاءات القانونية<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> – 'the great legal philosophers', Clarence Morris p532.

## مصادر القانون الرسمية أو الشكلية

لا بد بعد أن عرفنا مفهوم الضبط الاجتماعي للقانون أن نتطرق إلى وسائله التي يمارس من خلالها المجتمع الضغط والتوجيه القانوني على أفراد من أجل المحافظة على النظام والاستقرار في المجتمع، فيطلق فقهاء القانون على وسائل الضبط الاجتماعي للقانون بالمصادر الشكلية أو الرسمية، فهي رسمية لأنها السبب المنشئ للقاعدة القانونية أي الطرق المعتمدة التي تنفذ منها القواعد القانونية وتصبح ملزمة للمخاطبين بها حتى يتم الضبط الاجتماعي بها، وسميت بالشكلية لأنها المظهر الخارجي الذي تظهر به إرادة الجماعة الملزمة.

ويمكن أن نقسم مصادر القانون الرسمية على النحو الآتي:

مصادر أساسية أو أصلية وهي: التشريع التي تصدره السلطة العامة في المجتمع، والعرف (العادات والتقاليد)، والدين.

ومصادر احتياطية: وهي الفقه والاجتهاد القضائي، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

### أولاً- التشريع Legislation:

التشريع هو سن القوانين بمعناها الخاص، بواسطة السلطة صاحبة التشريع في البلاد سواءً أكانت هذه السلطة رئيساً أم هيئة نيابية (تشريعية)، وبمعنى آخر قيام السلطة العامة المختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة.

وقد سبق أن عرفنا القانون بأنه: « مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، وتتضمن جزاءً مادياً توقعه السلطة العامة في المجتمع على المخالف عند الاقتضاء » و القانون بمعناه العام يشمل جميع القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع أيّ كان مصدر هذه القواعد سواء أكان عرفاً أم تشريعاً أم ديناً أم غير ذلك من مصادر القاعدة القانونية.

وزادت أهمية التشريع حديثاً مع تعقد الحياة الاجتماعية نظراً لكونه أداة يمكن لسهولة وسرعة إنجازها الوفاء بحاجة المجتمع وتطوره، وبسبب تميزه بعدة مميزات منها:

1\_ وضوح الصياغة والانضباط مما يساعد على سهولة التطبيق وبالتالي استقرار العلاقات والمعاملات بين الناس، بخلاف العرف الذي قد يصعب تحديد بدء سريانه والتعرف على مضمونه باعتبار أنه يأخذ فترة طويلة حتى تتكون فيه عقيدة الإلزام.

2\_ يفترض علم القاضي بالقانون وتطبيقه من تلقاء ذاته بينما لا يفترض علمه بالعرف وإنما يمكن أن يكلف من يتمسك بالعرف بإثباته بالرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص إذا كان العرف يخص مهنة معينة<sup>4</sup>.

3\_ السرعة في وضعه أو تعديله أو إلغائه لمواجهة ظروف المجتمع ومتغيراته وبالتالي فهو أداة طيعة بيد السلطة، بخلاف العرف الذي لا يمكن التحكم به للتأثير على التطورات الاجتماعية بسرعة، فهو بطيء وقد يصعب التخلص منه<sup>5</sup>.

4\_ يعمل التشريع على توحيد النظام القانوني للدولة بخلاف العرف الذي يختلف من إقليم لآخر ومن جماعة لأخرى، وبالتالي يؤدي إلى تعدد النظم القانونية وعدم توفير الانسجام القانوني للبلد الواحد.

يؤخذ بعض العيوب على التشريع، فيراه البعض أنه يعبر عن المصالح الذاتية للأفراد والشيء ذاته بالنسبة للطبقات والدول التي بيدها مقاليد الأمور، وبالتالي يمكن أن يتصف التشريع بالجمود والتخلف عن مسايرة المتغيرات الاجتماعية بسبب رغبات شخصية لدى السلطة الحاكمة.

## ثانياً - العرف Custom:

تعتبر الأعراف والتقاليد والعادات الاجتماعية جزءاً من دستور الأمة أو شعب من الشعوب غير مكتوبة شكلاً، ولكنها مدونة في عقول وصدور أفرادها، مشكلة دعامة من دعائم التراث الاجتماعي، تنتقلها الأجيال جيلاً بعد جيل، لما لها من قداسة واحترام في نفوسهم. فالأعراف مصدر هام في القانون الروماني، كما أنه مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وهو من أهم مصادر القانون الأنجلو سكسوني Anglo-Saxon.

## تعريف العرف وأركانه وتفريقه عن العادة:

يعرف العرف Custom بأنه: مجموعة القواعد الناشئة من اعتياد الناس في سلوكهم على نحو معين وتواتر العمل به جيلاً بعد جيل، على نحو ينشئ الاعتقاد بالزاميته خشية توقيع الجزاء عند مخالفته، ويكتسب العرف حرمة من العرافة في القدم ومن المسحة الدينية التي تضاف إليه.

<sup>4</sup> \_ انظر: د / حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص281.

<sup>5</sup> \_ انظر: د / حسن ساعاتي \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص 52.

و حتى يرتقي العرف إلى مرتبة القاعدة القانونية العرفية يجب توافر ركنين فيه:

- ركن مادي Material Element وهو اعتياد الناس على سلوك معين لمدة طويلة من الزمن.
- ركن معنوي Moral Element وهو الشعور بالإلزام، أي اعتقاد الناس بإلزامية الركن المادي لوجود جزء يطبق بحق المخالف.

### العرف والعادة:

- العادة هي مجرد واقعة مادية تتبع دون الشعور بإلزاميتها، فالعرف يختلف عن العادة Habit بالركن المعنوي أي للعادة الركن المادي دون الركن المعنوي.
- فالعادة ليست ملزمة إلا إذا اتفق الطرفان صراحةً أو ضمناً على الأخذ بها.
- أما العرف باعتباره ينتج قاعدة قانونية يلزم الأفراد بذاته دون توقف على إرادتهم.

### دور العرف كضابط اجتماعي قانوني في عمل القضاء:

هناك سؤال جدير بالذكر وهو هل يعتبر العرف قانوناً لأن المحاكم تطبقه، أم أن المحاكم تطبقه لأنه قانون ؟

1 \_ تذهب المدرسة الشكلية (مدرسة الانكليزي أوستن Austin) إلى الرأي الأول باعتبار أن القانون لديها هو أمر صادر عن الدولة، فهي لا تعطي للعرف صفة القانون إلا إذا أجازها الحاكم بإرادته الصريحة أو الضمنية، و بالتالي يتضاءل كثيراً دور العرف كضابط اجتماعي قانوني.

2 \_ وأيضاً في النظام الأنجلوسكسوني حيث السوابق القضائية في إنكلترا، أساس الإلزام بالعرف هو تطبيق المحاكم له، يؤيد هذا الرأي بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال لامبير Lambert الذي يرى أن القضاء في صفته الدينية قديماً والقضاء الذي يستمد سلطته من الدولة في الوقت الحاضر قد أصبح الطريق الوحيد لنشوء العرف القانوني وأطلق عليه العرف القضائي<sup>6</sup>.

3 \_ أما المدرسة التاريخية (مدرسة الألماني سافيني Savigny) فتذهب إلى الرأي الثاني فالعرف يكون قانوناً قبل أن تطبقه المحاكم باعتبار أن نشوئه اجتماعي، فيتكون تلقائياً في ضمير الجماعة

<sup>6</sup> \_ انظر: د / سمير تناغو \_ النظرية العامة للقانون \_ ص453 وما بعدها، مشيراً إلى:

Community Conscience دون حاجة إلى خلقه من قبل سلطة خارجية، فالمشرع يدأب دائماً على مراعاة ما درج عليه الناس ويجعل قوانينه متماسية مع حاجاتهم، فيكون العرف هو التعبير عن الإرادة العامة الضمنية لأفراد المجتمع.

ويأتي دور العرف وفق هذه النظرية كأقوى وسائل الضبط الاجتماعي القانوني، فيكون حالة ما قبل القانون الوضعي.

وحديثاً يشكل العرف عامل ضغط على المشرع أو أعضاء البرلمان لتشريع القوانين المتوافقه معه، وعلى المحاكم لتفسير القوانين وفقه.

### شروط العمل بالعرف:

• يجب أن يكون العرف موافقاً للمعقول في القانون الروماني، أو موافقاً للمبادئ الدينية كما في النصوص المسيحية<sup>7</sup>.

• ولا خلاف بين فقهاء المسلمين أن العرف يجب أن يكون متوافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها العامة التي لا تتغير باختلاف الأزمنة والمجتمعات، وإلا كان العرف مستوجب الإلغاء وعدم الاعتداد به.

فالقانون الإسلامي جعل العرف أصلاً تبنى عليه الأحكام، وذلك رحمة بالناس وتيسيراً عليهم ورعاية لمصالحهم فتظل أحكام الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، ومن القواعد الكلية الفقهيّة في هذا المجال: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» «والعادة محكمة»<sup>8</sup>، وكما لو حدد العرف الإصلاحات التي يتحملها المستأجر.

والعرف المعتبر والمعتد به كما ذكره الغزالي في المستصفي « ما استقر في النفس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول »<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> \_ انظر: د / محمد بدر \_ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية \_ ص 100.

<sup>8</sup> \_ والأصل في اعتبار العرف دليلاً شرعياً في الإسلام فقال الله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ سورة الأعراف \_ الآية 199، وما رواه عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه قال: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » رواه أحمد في مسنده \_ 379/1.

<sup>9</sup> \_ انظر: د / محمد بكر إسماعيل \_ القواعد الفقهيّة بين الأصالة والتوجيه \_ ص 157.

فمقصود التشريع الإسلامي هو إصلاح أحوال الناس وإقامة العدل بينهم ورفع الحرج والضيق عنهم، فبأي عرف أو نظام تم تحقيق هذه الأهداف فثم شرع الله، فالإمام الشافعي تأثر بالعرف الذي كان سائداً في مصر وعدل عن الكثير من آراءه بعد إقامته فيها.

• ومن المسلم شرعاً وقانوناً أن العرف لا ينسخ أو يلغي أو يعدل نصاً من النصوص الآمرة أو الصريحة أو قطعية الدلالة، ويأتي العرف في القانون المدني المصري المادة الأولى منه في المرتبة الثانية بعد القانون في حين يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع الإسلامي في القانون المدني السوري المادة الأولى منه.

### ثالثاً- الدين: Religion

الدين: هو عصب الحياة الاجتماعية منذ أن شاء الله عز وجل بالحياة لآدم عليه السلام على وجه الأرض، و منذ ذلك الحين وحياة الناس متعلقة بما هو غيبي فوق الطبيعة وبآلهة السماء، فكان الدين الوقود الإلهي الذي يشحن الإنسان ويذكره بربه كلما نسي أو خالف تعاليم الله تعالى، فجاء الرسل مبشرين ومنذرين وآخرهم خاتم المرسلين محمد صلى الله عليه وسلم، وهذا مصداق قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ﴾<sup>10</sup>، ﴿وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ﴾<sup>11</sup>، وقال تعالى: ﴿ثُمَّ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا تَتْرًا﴾<sup>12</sup>.

فكان الدين السماوي في كل أمة هو القانون أو الناموس أو الضابط الذي يهدي الناس إلى الحق ويعلمهم نظم حياتهم كي يضبطوا سلوكهم على أساسها فقال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ﴾<sup>13</sup>، والدين بمعنى القانون هو أحد المعاني اللغوية له حيث يعني أيضاً الطريقة والحاكمة<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> \_ سورة فاطر \_ الآية 24.

<sup>11</sup> \_ سورة النحل \_ الآية 36.

<sup>12</sup> \_ سورة المؤمنون \_ الآية 44.

<sup>13</sup> \_ سورة الشورى \_ الآية 13.

<sup>14</sup> \_ انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية\_وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ط2\_ الكويت 1983 ج1\_ ص16.



## تعريف الدين لغة واصطلاحاً:

• **الدين لغة:** يأتي بمعنى الخضوع والطاعة والانقياد<sup>15</sup>، والتوحيد والإسلام والملة، فالدين عند الله سبحانه وتعالى هو الإسلام، فقال تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾<sup>16</sup>، والإسلام هو الخضوع لأمر الله والتسليم بقضائه وأحكامه والرضا به.

و يطلق الدين بوجه عام على كل ما يستمد من قوة غيبية غير منظورة تتصف بالقداسة<sup>17</sup>، يطيعها الإنسان حباً بها أو أتقاءً لغضبها، لتحقيق منافع له أو دفع أذاها، فيلجأ إلى أفراد معينين معتقداً أن لديهم الخبرة بها من خلال تقاليد وعبادات معينة.

• **والدين (اصطلاحاً):** هو مجموعة القواعد والأحكام التي أنزلها الله سبحانه وتعالى بوحى من عنده على أنبيائه ورسوله منذ أن خلق آدم عليه السلام حتى خاتم الأنبياء سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وهذه الأحكام إما أن تنظم العبادات أي علاقة الإنسان نحو الله وإما الأخلاقيات وإما المعاملات أي علاقة الإنسان بغيره.

و يعتبر الدين من أهم وسائل الضبط الاجتماعي للقانون:

أولاً \_ ففي أوروبا كان القانون الكنسي **Canon Law** ( القانون الكنسي مصدره تشريعات الكنيسة من اجتهاد فقهاء وقضاة اجتهاداً يستلهم روح الدين المسيحي ومبادئه، إضافةً إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) هو المصدر الرسمي للقانون الروماني عند سقوط الإمبراطورية، إلا أن انفصال الكنيسة عن الدولة جعله مقتصرًا على مسائل الأحوال الشخصية، وفقد صفته كمصدر رسمي للقانون، إلا أن نفوذه وسلطانه أبقياه عاملاً من عوامل تكوين جوهر القانون أي مصدراً تاريخياً ومادياً تستقى منه أحكام التشريع في الدول الغربية.

أما بالنسبة لدول أوروبا لشرقية فقد خضع معظمها مؤخراً لأفكار الشيوعية (الماركسية) التي ترى الدين من صنع الطبقات الظالمة كمخدر للطبقات المظلومة، فليس هناك من ضرورة للدين في المجتمع الشيوعي، فالقيم المادية هي أسمى من القيم الروحية الدينية وهي التي توجد النظم الاجتماعية، وبالتالي لا يعتبر الدين عند الماركسية من الضوابط القانونية الاجتماعية، و تستبدله بالقيم المادية والإيديولوجية والعقائد الحزبية، إلا أنه من المسلم به أن قوانين المجتمعات أو سلطان الحكومات لا تكفي وحدها لضبط

<sup>15</sup> \_ انظر: لسان العرب \_ مادة دين، المعجم الوسيط \_ مجمع اللغة العربية \_ مادة الدين.

<sup>16</sup> \_ سورة آل عمران \_ الآية 19، وانظر تفسير الآية عند القرطبي \_ 4/43.

<sup>17</sup> \_ انظر: د / محمود أبو زيد \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص43، والدين بهذا المعنى يشمل الشرائع غير السماوية مثل البوذية وغيرها، فقد وصف الله تعالى الشرائع غير السماوية بالدين، فقال: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ سورة الكافرون \_ الآية 6.

المجتمع وإقامته على أسس من العدالة والاستقرار وتحترم فيه الحقوق والواجبات، من يؤدي واجبه خوفاً فمن العقاب سرعان ما يهمله إذا ما استطاع الإفلات من طائلة القانون.

## ثانياً\_ بالنسبة للقانون الإسلامي Islamic Law:

التشريع الإسلامي يعتبر ديناً ودولة عقيدةً وشريعة، وهو من أقوى الأديان ضبطاً للحياة الاجتماعية على كافة الأصعدة.

حيث جاء التشريع الإسلامي بأحكام ومبادئ عامة وكلية تناولها الفقهاء بالشرح والتفصيل واستنبطوا منها العديد من الأحكام، حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متكاملًا يصلح لتغطية كافة جوانب الحياة، إلا أن قفل باب الاجتهاد أدى إلى جمود بعض قواعد الشريعة الإسلامية عن مواكبة التطورات الاجتماعية، ونتيجة ضعف الدولة الإسلامية وابتعادها عن الاستنباط والاجتهاد من القواعد الكلية والمبادئ العامة للشريعة، أصبحت القوانين الأوروبية في أوائل القرن العشرين تزام الشريعة الإسلامية فبدأ الاقتباس والنقل من القوانين الأوروبية، فأصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً أصلياً ولكن خاصاً في مسائل الأحوال الشخصية ومصدراً رسمياً احتياطياً يأتي بعد القانون الوضعي في غالبية الدول الإسلامية، إلا أنها بقيت مصدراً رسمياً أصلياً عند القليل من البلدان العربية كالسعودية وأقطار شبه الجزيرة العربية<sup>18</sup>.

مما سبق نرى أن الدين هو أقوى وسيلة ضبط اجتماعي على الإطلاق، فقوة القانون وحدها غير كافية لحمل الناس على احترامه، فالإنسان كما يقول الدكتور محمد عبد الله دراز الباحث في تاريخ الأديان، يساق (يضبط) من باطنه (ضميره ونفسه) لا من ظاهره فقوانين الجماعات وسلطان الحكومات غير كافية وهدما لإقامة مدينة فاضلة تحترم فيها الحقوق وتؤدي الواجبات، فالذي يؤدي واجبه رهبة من السوط أو السجن أو العقوبة المالية، لا يلبث أن يهمله متى اطمان أنه سيفلت من طائلة القانون، فنشر العلم وحده غير كاف فلا بد من التهذيب الديني والأخلاقي<sup>19</sup>، فالأخلاق هي وسيلة ضبط تضاف إلى الدين.

وتعتبر الأخلاق جوهر أساسي في التشريع الإسلامي، فقال الله تعالى في وصف سيد المرسلين عليه أفضل الصلاة والسلام: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾<sup>20</sup>، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بعثت لأتمم

<sup>18</sup> \_ انظر: د / صوفي أبو طالب \_ تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية \_ ص 268.

<sup>19</sup> \_ انظر: د / محمد عبد الله دراز \_ الدين بحوث ممهدة لدراسة تاريخ الأديان \_ ص 98.

<sup>20</sup> \_ سورة القلم \_ الآية 4.

حسن الأخلاق»<sup>21</sup>، فالدين الإسلامي قوامه الأخلاق، والأخلاق إنما تظهر في حياة الأفراد ومعاملاتهم في المجتمع من بيع وإيجار واقتصاد وسلوكهم مع الآخرين. وقال أمير الشعراء أحمد شوقي:

إنما الأمم الأخلاق ما بقيت فإن هم ذهبت أخلاقهم ذهبوا

فالأخلاق والدين وجهان لعملة واحدة، يشكلان وسيلة قوية تضبط المجتمع وتحثه على مبادئ العدل والمساواة والحب والتعاون والتضامن الاجتماعيين، ويعتبر الدين الإسلامي أقوى الأديان ضبطاً للمجتمع بما يرسمه من أصول للعلاقة بين الأفراد فيما بينهم وعلاقتهم مع خالقهم العلي القدير، فقال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ وَتَعَلَّمَ مَا تُوسُّوسُ بِهِ نَفْسُهُ وَنَحْنُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ حَبْلِ الْوَرِيدِ﴾<sup>22</sup>.

#### رابعاً - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

علمنا سابقاً أن مبادئ القانون الطبيعي: هي مجموعة مبادئ قانونية غير مكتوبة وقواعد سلوكية كامنة في الطبيعة ثابتة لا تتغير من حيث الزمان والمكان، وهي المثال الأعلى للعدل أودعها الله في الطبيعة، ويكشف عنها العقل البشري ولا يوجد لها.

أما العدالة فيقصد بها: شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستتير ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه<sup>23</sup>.

وقد رأينا سابقاً الانتقادات التي وجهت إلى نظرية القانون الطبيعي حتى أصبحت مثلاً ومبادئ عليا يتحرى عنها المشرع وفق ظروف كل مجتمع بعد أن كانت تنادي بمبادئ عالمية خالدة، ومن الناحية العملية احتفظت فكرة العدالة والقانون الطبيعي حديثاً بنفوذها في أحكام القضاء وفي نصوص التشريع<sup>24</sup>، فحرم القانون المدني الفرنسي على القاضي أن يتخلى عن الفصل في الدعوى بحجة نقص القانون أو غموضه وإلا كان منكرًا للعدالة<sup>25</sup>، كما اعتمد القانون المدني المصري والسوري على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وجعلها مصدرًا احتياطياً يرجع إليه القاضي عند خلو النص في التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو في العرف.

<sup>21</sup> - انظر: الإمام مالك - الموطأ - 8/47.

<sup>22</sup> - سورة ق - الآية 16.

<sup>23</sup> - انظر: د / صوفي أبو طالب - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ج1 - ص240، د / محمود السقا - شيشرون - ص 778، د / محمد شكري سرور - المرجع السابق - ص 292.

<sup>24</sup> - انظر: د / علي بدوي - المرجع السابق - ص92.

<sup>25</sup> - mai ، obscur ou insuffisantes، Art. 4: Un juge qui refuse de statuer sur le prétexte de la législation étant muet être poursuivis pour être coupable d'un déni de justice.

لكن هل تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من الضوابط الاجتماعية للقانون؟

إن مفهوم مبادئ القانون الطبيعي هو مفهوم غامض وخيالي وغير واقعي وغير منضبط، فكيف له أن يضبط السلوك القانوني للأفراد.

أما قواعد العدالة فهي الغاية التي ينشدها كل تشريع وليست مصدرًا تستمد منه القواعد القانونية، كما أنها مبنية على ما يوجد من مبادئ في القانون الطبيعي فتكون غامضة مثله، بل ومبنية على الأهواء الشخصية للقضاة.

### خامساً- اجتهاد الفقه والقضاء: The jurisprudence and judiciary

الرأي العام القانوني يتمثل بالاجتهاد الصادر عن آراء الفقهاء وأحكام القضاء، باعتبارها وسيلة ضبط تكرر القواعد القانونية.

#### تعريف الفقه والقضاء:

ويعرف الفقه بأنه مجموعة الأحكام أو القواعد القانونية التي يستنبطها علماء القانون وشراحه من مصادرها بالطرق العلمية.

أما الاجتهاد القضائي فيعرف على أنه مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها.

#### أولاً: آراء الفقهاء:

في القانون الروماني أُعطي بعض الفقهاء حق الفتوى الملزمة للقضاء، ثم انتهى الأمر في القرن الخامس الميلادي أن صدر قانون عام 426م الذي اعتبر آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان ملزمة يتعين على القضاء احترامها والأخذ بها فيما يطرح عليهم من منازعات وفي حال اختلافهم فيرجح برأي بابنيانوس (السوري الأصل)، وقد اعتمد "جوستينيان" على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية.

وأيضاً في القانون الإسلامي تم اعتماد الفقه وأصوله في استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، وإصدار الفتاوى التي أصبحت ملزمة للقضاء.

## ثانياً: الاجتهاد القضائي:

• في النظام الأنجلوسكسوني **Common Law**: يعتبر اجتهاد القضاة مصدراً رسمياً من مصادر القاعدة القانونية، وبالتالي يعتبر الاجتهاد القضائي وسيلة ضبط قانونية ذات تأثير كبير على النظام الاجتماعي، فالنظام القانوني الإنجليزي يقوم في جزء كبير منه على أساس السوابق القضائية "Precedents" أو العرف القضائي **Judicial Custom**، ومقتضاه تقييد المحاكم الأدنى بالحكم الذي يصدر من محكمة أعلى وتقييد هذه الأخيرة بما سبق أن أصدرته من أحكام، مما يجعل الحكم القضائي قوة ملزمة من حيث تطبيق القواعد القانونية ومن حيث إنشائها، ولا يمكن العدول عنه إلا بقانون<sup>26</sup>.

• في الأنظمة الرومانية **Civil Law** يعتبر اجتهاد القضاة مصدراً تفسيرياً هاماً، إلا أنها غير ملزمة قانوناً بالتقيد باجتهاد المحاكم العليا، إلا أنه في الواقع قد تلتزم باجتهاد المحاكم العليا فيشكل تشريع تدريجي لا تنكر قيمته العملية<sup>27</sup>.

• وفي الشريعة الإسلامية **Islamic Law**، كان للفقهاء دور بارز من خلال الاجتهاد وبعد قفل باب الاجتهاد وتقييد الرأي (الاجتهاد) عند أهل السنة والجماعة بالمذاهب الأربعة الكبرى وهي: المذهب الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي، وكان القضاة يعينون من المذاهب الفقهية الأربعة، إلى أن قام الخليفة العثماني السلطان سليم الأول (1520/1566م) بجعل المذهب الحنفي هو المذهب الرسمي في الدولة العثمانية، وعليه يتم القضاء والفتوى في المعاملات، وتركت أمور العبادات لحرية الناس في الأخذ بالمذهب الذي يرتضونه، ومازال أثر ذلك بارزاً في بعض البلاد العربية في مسائل الأحوال الشخصية مثل مصر وسوريا، حيث يأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي في حال خلو النص الموجود من الحكم.

ولست شخصياً مع منح القضاة أي سلطة في ابتداع أو خلق قواعد قانونية أو التوسع في تفسير النصوص بغية خلق قواعد قانونية جديدة، لأن هذا افتتات على سلطة التشريع التي لها اختصاصها، فمهمة القضاء في التطبيق والتفسير في ضوء النصوص وليس خلق قواعد قانونية.

<sup>26</sup> 'Cambridge University press' Introduction to international legal English' Matt Firth' Amy Krois-lindner \_ p108, UK 2009

pp. 1-20, 'Sociology of Law and Sociological Jurisprudence' Roscoe Pound

<sup>27</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري ود / أحمد حشمت أبو ستيت \_ أصول القانون \_ ص101، د / صبحي محمصاني \_ فلسفة التشريع في الإسلام \_ ص 192.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. الهندسة الاجتماعية للقانون عند باوند هي:

- A. بدراسة القانون كقواعد صالحة لكل زمان ومكان.
- B. دراسة المصالح المراد إضفاء الحماية القانونية عليها.
- C. التوفيق والتنسيق بين مصالح الأفراد المتعارضة.
- D. B & C.

الجواب الصحيح D.

2. تطبّق المحاكم الأعراف باعتبارها قانوناً:

- A. وفقاً للقانون الإسلامي.
- B. في النظام الأنجلوسكسوني.
- C. وفق مذهب الألماني سافيني.
- D. A & C.

الجواب الصحيح D.

## الوحدة التعليمية الرابعة الواقع الاجتماعي القانوني في المنطقة العربية

### الكلمات المفتاحية:

الواقع الاجتماعي القانوني \_ مزاحمة القانون العربي.

### الملخص:

توضح هذه الوحدة أولاً علاقة التأثير المتبادل بين القانون والواقع الاجتماعي، فوجدنا أن القانون إما أن يصدر كوسيلة وقائية تنظيمية للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، وإما أن يصدر كوسيلة علاجية لحل مشكلة اجتماعية ما.

وألقينا الضوء ثانياً على الواقع الاجتماعي والقانوني الذي مرت به المنطقة العربية بعد الإسلام بشكل عام وسوريا بخاصة حيث زاحمت القوانين الأوروبية القانون العربي الإسلامي، فبقي القانون الإسلامي مصدراً أساسياً في قانون الأحوال الشخصية ومصدر احتياطي بالنسبة لبقية فروع القانون.

### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- تنوير عقل الباحث القانوني إلى وجود علاقة تأثير متبادل بين القانون والتطورات الاجتماعية وبالتالي التأكيد على ضرورة دراسة القواعد القانونية قبل صدورها ودراسة آثارها بعد التطبيق على الواقع العملي.
- إلقاء الضوء على التطورات الاجتماعية والقانونية التي مر بها القانون العربي الإسلامي حتى وقتنا الحاضر.

قبل أن نبين الواقع الاجتماعي والقانوني Socio-legal reality الذي مرت به المنطقة العربية، سنوضح أولاً علاقة التأثير المتبادل بين القانون وهذا الواقع المتمثل في التطورات الاجتماعية والاقتصادية.

### العلاقة المتبادلة بين القانون والتطورات الاجتماعية



تعتبر ظاهرة التغير الاجتماعي Social Change من أبرز الظواهر التي تهتم بها المجتمعات في الآونة الأخيرة، حيث أدرك فقهاء القانون أن هناك علاقة وثيقة بين التطور الحضاري الاجتماعي وبين تطور القانون.

والسؤال الذي يطرح هنا، أنه لما كان القانون هو علم اجتماعي ذو علاقة بغيره من العلوم الاجتماعية، فهل تلعب القواعد القانونية دور العوامل المسببة في التغيير الاجتماعي؟ أم أن الظروف والمتغيرات الاجتماعية هي التي تحكم القواعد القانونية بحيث يتغير القانون بطريقة آلية لكي يتلائم مع هذه الظروف الاجتماعية الجديدة؟

وبعبارة أخرى، هل القانون هو من يحدث التغيرات الاجتماعية ويؤثر فيها أم أن هذه الظروف والتطورات الاجتماعية هي من يؤثر في القانون الذي يقتصر دوره على الاستجابة لها، أم هناك علاقة تأثير وتأثر متبادل بين التطور القانوني والتطورات الاجتماعية وهو ما نعتقد به؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات إنما تختلف من فقيه إلى آخر حسب المسلمات والمنطلقات الفكرية التي يعتقد بها في جوهر وأساس القانون، فمنهم من ركز على تأثير القانون بالتطورات الاجتماعية (وعندها يكون القانون أقرب إلى الجانب السلبي أي المتلقي للتطورات الاجتماعية) في حين اهتم البعض الآخر بتأثير القانون على التغيرات الاجتماعية (وعندها يكون للقانون الدور الإيجابي الاجتماعي الفاعل).



## أولاً- تأثير القانون بالتطورات الإجتماعية:



ذهب العديد من الفقهاء إلى أن التطورات والعوامل الاجتماعية المتغيرة هي التي تؤثر في القانون وليس العكس، ويجب على الأخير أن يواكب هذه التطورات والتغيرات الاجتماعية، و منهم أرسطو، ابن خلدون، مونتسكيو، ليون ديغي، كارل ماركس فبحسب الماركسية القانون لا ينشئ من فراغ وإنما هو نتاج للظروف الاقتصادية والاجتماعية.

**النقد** الذي يوجه إلى أصحاب هذه الآراء أن الحلول للمشاكل التي تنجم عن التطورات

الاجتماعية والاقتصادية لا يمكن القول بأنها محددة سلفاً، وأنه ليس هناك مجال للاختيار بين عدة حلول، وبالتالي فإن اختيار حل قانوني أوآخر للمشكلات الاقتصادية والاجتماعية يؤثر على تطور الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية في المستقبل، وهذا ما يجعل للقانون دوراً فاعلاً وليس مجرد انعكاس للتطورات الاجتماعية.

## ثانياً- تأثير القانون على التطورات الاجتماعية:

يشير العديد من الفقهاء إلى دور الإرادة الإنسانية من خلال القانون في التأثير على التطورات الاجتماعية وتنظيمها، وذلك من خلاله تنظيم المصالح المتضاربة في المجتمع وحماية المصالح الجديرة بالتنظيم، وبالتالي يقوم فقهاء القانون المهتمون بالدراسة الاجتماعية القانونية، وفقهاء القانون المقارن، بتفسير القانون كوسيلة لحل المشكلات الاجتماعية، وهذا ما يعطي للإرادة الإنسانية الدور الفاعل في الواقع الاجتماعي والاقتصادي، ومن هؤلاء الفقهاء:

### • روسكو باوند Roscoe Pound:

اهتم باوند بدراسة القانون في أثناء تطبيقه في الواقع العملي، وليس بشكله المجرد، وذلك من خلال إجراء بحوث عملية تطبيقية Applied Practical Researches تساعد المشرع على معرفة

المصالح والاهتمامات الاجتماعية المراد تنظيمها، فيقوم بفحصها وتصنيفها لإضفاء الحماية القانونية على المصالح التي يراها المشرع جديرة بالحماية<sup>1</sup>، وهذه العملية التشريعية يطلق عليها باوند بالهندسة الاجتماعية للقانون.

#### • إهرنج Ihering:

فالقانون كما يراه إهرنج هو وليد إرادة البشر في دأبهم نحو تحقيق التقدم، وهذا ما يؤدي إلى التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة في المجتمع في بقاء القانون أو تغييره، فيكون الكفاح والصراع بينها بشكل دائم لتكوين القواعد القانونية المتوافقة مع مصالحها.



ويعتبر استخدام القانون في إحداث التغييرات الاجتماعية والاقتصادية هي إحدى سمات المجتمع الحديث، وهذا ما يهدف إليه علم الاجتماع القانوني، من خلال ترشيد السياسة التشريعية، فيبحث عما يجب أن يكون عليه القانون، ويتم الوقوف على مدى القبول الاجتماعي للقانون، والآثار والمتغيرات الاجتماعية الناتجة عن تطبيق تشريع معين في المجتمع، وبالتالي فإن علم الاجتماع القانوني هو الذي يقدم التفسير العلمي للقانون ويلعب

دوراً أساسياً في جعل القاعدة القانونية أكثر ملائمة للواقع الاجتماعي بمتغيراته وتطوراتها<sup>2</sup>.

#### إشكاليات التأثير القانوني في التطور الاجتماعي:

تعتبر عملية التغيير الاجتماعي القانوني ليست بالعملية السهلة، فكل نظام قانوني كما يرى Ihering ترتبط به مصالح آلاف الأفراد والأسر فكل تغيير قد يمس هذه المصالح يدفع غريزة حفظ الذات لدى أصحاب المصالح للدفاع عنها وعن القانون الذي يحميها، وبالتالي لا يكون ثمة تطوير لقانون أو تعديله دون كفاح وصراع بين المصالح المتعارضة القديمة والجديدة تلعب فيه القوة الدور الحاسم،

<sup>1</sup> \_ Pound said: " Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy Of Law, p47. Rights were nothing but protected social interests"

<sup>2</sup> \_ انظر: د/ أبو الغار \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص39، د/ فايز حسين \_ فلسفة القانون \_ ص91/80.

وهذا ما يفسر كما يتابع إهرنج بقاء أنظمة قانونية فترة طويلة على الرغم من اعتراض الرأي العام عليها، **وخير مثال** (أحكام عقد الإيجار) حيث بقيت تشريعات الإيجار الاستثنائية السورية ما يقارب النصف قرن، كانت خلالها الصيحات تتعالى من قبل الرأي العام المالك والمؤجر إلى ضرورة تعديلها، ولكن يبدو أن صوت المستأجرين كان أعلى وأكثر قوة، إلى أن تغيرت وتطورت الأحوال الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع، وتحول عدد كبير ممن كانوا مستأجرين إلى ملاك فرغبوا وأرادوا التعديل في القانون، فأصبحت كفة المنادين والمطالبين بتعديل قواعد قانون الإيجار ترجح على الفئة المعارضة فتمت ولادة القانون الجديد للإيجار، ليصبح العقد شريعة المتعاقدين سواء أكان في مصر بالقانون 4 لعام 1996، أم في سوريا بالقانون رقم 6 لعام 2001، والقانون 10 لعام 2006 الذي ألحق المحال التجارية والصناعية والمهنية والحرفية بقواعد القانون الجديد، فإن ظاهرة الصراع الطبقي لا يحدها حدود ولا يوقفها زمن.

### ثالثاً- التأثير المتبادل بين القانون والتطور الاجتماعي:



**نعتقد** أن كلاً من القانون والتطورات الاجتماعية والاقتصادية تؤثر في بعضها البعض، تأثيراً متبادلاً **Influence Reciprocal**<sup>3</sup> ولكن بدرجات مختلفة حسب طبيعة كل مجتمع.

فالقانون إما أن يصدر كوسيلة وقائية تنظيمية من أجل تنظيم ناحية من النواحي الاجتماعية أي سابقاً لأي مشكلة اجتماعية وهنا يقوم بدوره المؤثر على التغيرات الاجتماعية والاقتصادية مثل قوانين الاستثمار والتطوير العقاري، وإما يصدر كوسيلة علاجية لحل مشكلة اجتماعية قائمة في

المجتمع وهنا يظهر تأثير القانون بالمشكلات الاجتماعية فقد تحدث الكثير من التطورات الاجتماعية والاقتصادية فتحتاج لتشريعات جديدة تواكبها وتنظمها، والشواهد على ذلك كثيرة، **فنظرية الالتزام** صاحبها التطور منذ العهد العربي والروماني مروراً بالتشريع الإسلامي وحتى يومنا هذا، فاتصال الرومان بشعوب

<sup>3</sup> وهذا ما ذهب إليه جورج جورفيتش فقال:

Law and economics have an equivalent influence on each other.  
Georges, Gurvitch, Sociology of Law, p298.

بلاد مصر والشام والعراق أدى إلى توسع المعاملات القانونية وتحررها من الشكلية واتجاهها نحو الرضائية.

وظهور النظريات الاشتراكية والاجتماعية في أوروبا في القرن التاسع عشر دعى إلى الحد من سلطان الإرادة في العقود فتدخلت الدول في العقود لحماية الطرف الضعيف ولاسيما العمال، وتوسعت نظرية الغبن، كما أدت المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين إلى استحداث نظريات قانونية جديدة، كنظرية الظروف الطارئة والتسعير الجبري للسلع، وبناء المسؤولية التقصيرية على الضرر، وظهور تشريعات الإيجار الاستثنائية في سوريا لحل أزمة السكن، كان له أثر سلبي كبير في العديد من المشاكل الاجتماعية والاقتصادية مما سنبينه في الباب لاحقاً.

## الواقع الإجتماعي القانوني في المنطقة العربية

### أولاً- الواقع الاجتماعي في المنطقة العربية:

كانت بلاد الشام ومصر تخضع للحكم الروماني، وبعد ظهور الدعوة الإسلامية في المدينة المنورة ومكة، انتشرت في جميع أرجاء شبه الجزيرة العربية التي دانت للإسلام في أواخر حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، ثم توجهت الحملات العسكرية لفتح العراق وفارس والشام ومصر، فكانت من أعظم الحملات التي عرفها تاريخ الحروب، حتى أن السكان قد تعاونوا مع أبناء عموماتهم العرب للقضاء على الحكم الروماني البيزنطي، فشكلت الفتوحات العربية الإسلامية لبلاد الشام ومصر انقلاباً اجتماعياً وسياسياً استرد به الشرق مجده العربي بعد أن اجتاحتها سطوة الغريب.

ونشطت حركة الفقه الإسلامي وازدهرت في عهد الخلافة العباسية حيث ظهرت المذاهب الفقهية الكبرى، ودونت السنة وظهرت علوم الفقه وأصوله وعلوم اللغة<sup>4</sup>، وازدهرت الدولة الأموية في الأندلس، وأصبحت منارة تنير الظلام الذي عاشت فيه أوروبا، فأخذ الناس ينهلون من علومها، ويذكر الأستاذ درّاز أنه ما من أحد من علماء أوروبا الآن ينكر أن فلسفة أرسطو وعلومه لم يسمع بها الغرب إلا على لسان ابن رشد (1198/1126م) كبير قضاة قرطبة، وعلى لسان أتباعه أمثال موسى بن ميمون، حيث بدأت في أوروبا في القرن الثاني عشر بعد الاحتلال الأوربي للأندلس (اسبانيا) حركة ترجمة لمؤلفات ابن رشد "أحدثت تياراً فكرياً أطلق عليه الأوربيون "الإبشرشية"<sup>5</sup>.

وفي أواخر الدولة العباسية قامت في الشام ومصر وغيرها العديد من الولايات التي استقلت عن مقر الخلافة في بغداد، وما رافق ذلك من ضعف ومشاكل اجتماعية واقتصادية انعكست على طبقات المجتمع الفقيرة ولاسيما العمال والفلاحين.

فسيطر العثمانيون على هذه الدويلات سوريا سنة 1516م، ثم مصر سنة 1517م بعد أن كانتا بيد المماليك، وبدأت فترة جديدة خضعت فيها البلاد العربية والإسلامية للخلافة العثمانية التي طبقت المذهب الحنفي.

➤ إرهاصات مزاحمة القوانين الأوربية للقانون العربي الإسلامي:

<sup>4</sup> \_ انظر: د/ عبد العزيز سمك \_ عوامل ازدهار الفقه الإسلامي في عصر التنوير \_ ص12.

<sup>5</sup> \_ انظر: د / محمد محسوب \_ الخصام بين القانون والأخلاق \_ ص 145.

وتجدر الإشارة أنه بعد فشل الحملات الصليبيّة، حاولت الدول الغربيّة تعزيز وجودها في المنطقة العربيّة، فحصلت فرنسا في عام 1535 باسم الصداقة والدبلوماسية على مركز لرعاية المسيحيين (الكاثوليك) في لبنان، ثم حصلت روسيا على حق ممثل لرعاية المسيحيين الأرثوذكس وتدخلت انكلترا للدفاع عن الدروز، ولم يكن هذا يضير الدولة العثمانية التي كانت قوية، ولكن مع مرور الزمن وضعف الدولة العثمانية تحولت الرعاية إلى حماية، وأصبحت الامتيازات تتوالى للأوروبيين فزاد تدخلهم في شؤون الدولة إلى أن تم سلخ لبنان عن الأم سوريا في عام 1864، وتؤكد بقرار الجنرال الفرنسي غورو في عام 1921 بإيجاد دولة لبنان الكبير، باقتطاع أجزاء جديدة من سوريا، بعدها خضعت سوريا للانتداب الفرنسي.

وبعد الحرب العالمية الأولى وفي آذار من عام 1924 ألغى الأتراك الكماليون الخلافة العثمانية في الأستانة بعد خلع السلطان عبد المجيد الثاني، إعلاناً بانتهاء مرحلة قاسية خضعت لها البلاد العربية في أواخر الخلافة العثمانية، من تدهور للحضارة العربية وتراجع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، وانتشار لظلم الولاة المتهافتين على السلطة، كما انتشر الإقطاع، وخاصة عندما استلمت حكومة الاتحاد والترقي الحكم في عام 1909م بعد خلع عبد الحميد الثاني<sup>6</sup>، ولكن أعقبت هذه الفترة مرحلة اجتماعية واقتصادية أشد وطأة وهي مرحلة الاحتلال الأجنبي، التي كانت إيذاناً بالحد من تطبيق الشريعة الإسلامية، وسيادة الفلسفة الوضعية للقانون.

<sup>6</sup> \_ انظر: د / فليب حتى \_ تاريخ العرب ج1\_ ص190، د / أحمد شلبي \_ المرجع السابق\_ ص 726.

## ثانياً- الواقع القانوني في المنطقة العربية:

في عهد الخلفاء الراشدين كان القضاة يبحثون عن الحكم في كتاب الله والسنة فإن لم يجدوا اجتهدوا بالرأي بعد البحث والتمحيص واستشارة الفقهاء، وفي عهد الخلافة الأموية لم يتقيد القضاة أيضاً بمذهب معين وإنما يلتزم بالكتاب والسنة والإجماع فإن لم يكن هناك إجماع اجتهد بالرأي. ولكن في عهد الخلافة العباسية ومع ظهور المذاهب الفقهية الكبرى وانتشار حركة الاجتهاد واستنباط الأحكام الفقهية في مختلف أرجاء الدولة الإسلامية، وازدياد الخلاف السياسي على الحكم واتساع الدولة، اختلف الفقهاء في مدى جواز طاعة ولي الأمر في الأحكام الاجتهادية، فمنهم من ذهب إلى رفض منحه حق إلزام الناس برأي اجتهادي معين لاحتماله الخطأ والصواب وأراد الخليفة هارون الرشيد حمل الناس على مذهب الإمام مالك فرفض الأخير<sup>7</sup>، ومنهم من ذهب إلى جوازه إتياعاً لما جرى عليه العمل في عهد الخلفاء الراشدين.

وفي عهد تفكك الدولة العباسية انتشرت الخلافات السياسية، واتجه تلاميذ المذاهب الفقهية الكبرى إلى التقليد وتعصب كل منهم لمذهبه، فتضاربت الآراء في المسألة الواحدة، مما دفع بأهل العلم والفقهاء إلى سد باب الاجتهاد عن طريق الإجماع السكوتي منذ أواخر القرن الرابع الهجري، فالتزم القضاة بالرجوع إلى المؤلفات الفقهية في المذاهب الفقهية الأربعة<sup>8</sup>.

### ➤ حمل الأمة على رأي فقهي معين:

مع مرور الزمن أباح الفقهاء لولي الأمر حمل الناس على رأي فقهي معين في المسائل الاجتهادية تأسيساً على مبدأ تغير المصالح وتبدل الأحكام بتبدل الزمان، وهذا ما فعله الخلفاء العثمانيون فاتبعوا المذهب الحنفي، فأصدر السلطان سليم الأول (1520/1470م) تاسع الخلفاء العثمانيين فرماناً جعل بمقتضاه المذهب الحنفي هو المذهب الرسمي<sup>9</sup>، فتوحد المذهب المعمول به قضاءً في كل البلاد الإسلامية، واعتمد الخلفاء العثمانيون على السياسة الشرعية، وأصدروا التشريعات المختلفة التي أطلق

<sup>7</sup> \_ انظر: أبو زهرة\_ نظرية العقد\_ص33،د/ عبد العزيز سمك\_عوامل ازدهار الفقه الإسلامي\_ص13.

<sup>8</sup> \_ انظر: د/ أبو طالب \_ تطبيق الشريعة الإسلامية \_ ص256، د/ محمصاني \_ فلسفة التشريع في الإسلام \_ ص36.

<sup>9</sup> \_ انظر: المادة 1801 من مجلة الأحكام العدلية.

علها منذ القرن السابع الهجري كلمة **القانون** ( وتصدر بشكل فرمان أو الخط الشريف أو الخط الهمايوني أو الإرادة السنية ) لتمييزها عن الشرع الحنيف أو الأدلة الشرعية<sup>10</sup>.

وما يميز هذه المرحلة التي بدأت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر تفكك وحدة البلاد العربية الثقافية في المجال القانوني كنتيجة لتفككها السياسي، وأصبح العالم العربي بعد الحرب العالمية الأولى مسرحاً للشرائع العالمية الكبرى الثلاث، اللاتينية (المستمدة من القانون الروماني وتمثلها قوانين فرنسا وإيطاليا وإسبانيا) والشريعة الأنجلو سكسونية (ويمثلها قانون انكلترا وأمريكا وكندا) والشريعة الإسلامية التي انحسرت واقتصر مجال تطبيقها كمصدر أساسي على مسائل الأحوال الشخصية، بالإضافة إلى أنها مصدر احتياطي في القوانين المحلية العربية بعد استقلالها.

➤ الواقع القانوني في سوريا:

بالنسبة لسوريا فقد تم استقلالها عن الدولة العثمانية في عام 1920 على إثر قيام الثورة العربية الكبرى في عام/1916م/ بقيادة الشريف حسين بمساعدة القوات الانكليزية والفرنسية التي اتفقت على تقسيم بلاد الشام حسب اتفاقية سايكس/بيكو في عام 1916، خضعت بموجبها سوريا ولبنان لسيطرة الاحتلال الفرنسي باسم الانتداب وتم سلخ أجزاء كبيرة عن سوريا الأم تمثلت بلبنان وإمارة الأردن وفلسطين، و بعد نضال طويل من الشعب السوري والحركات الثورية الوطنية نالت سوريا استقلالها في 17/4/1946.

وكانت **سوريا تخضع للقوانين العثمانية**، لاسيما مجلة الأحكام العدلية 1876م التي استمر العمل بها خلال فترة الاحتلال الفرنسي باستثناء قانون الملكية العقارية الذي أصدرته سلطة الاحتلال الفرنسي بالقرار 3339 تاريخ 12/11/1930 وطبق في سوريا ولبنان.

وبعد الاستقلال صدر القانون المدني بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/5/1949، الذي ألغى مجلة الأحكام العدلية والقرار رقم 3339 وسائر القوانين العثمانية المخالفة للقانون المدني، وقد أخذ هذا القانون المدني معظم مواده من القانون المدني المصري الجديد.

وبعد الاستقلال خضعت سوريا لفترة من الانقلابات العسكرية<sup>11</sup>، انعكست سلباً على الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، حتى صدر دستور عام 1973 الذي نص في مادته الثالثة على أن **الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع**، واعتمد النظام الاشتراكي الذي يقوم على ملكية الشعب لوسائل الإنتاج.

<sup>10</sup> \_ انظر: د / صبحي محمصاني \_ فلسفة التشريع \_ ص 18/17، د / صوفي أبو طالب \_ تطبيق الشريعة الإسلامية \_ ص 240.



### ثالثاً- مزاحمة القوانين الأوربية للقانون العربي الإسلامي:

تغير الأمر في القرن التاسع عشر عندما تم الاقتباس والنقل عن القوانين الأوربية لعدة أسباب، أهمها: ضعف الدولة العثمانية حيث لقيت بالرجل المريض، وتغلغل النفوذ الأجنبي فيها، وظهور الامتيازات الأجنبية، واستعمار البلاد العربية، ولم يكن علماء الشريعة على قدر من الوعي لخطورة المرحلة لتنظيم وإعادة النظر في الأحكام الشرعية على ضوء ما طرأ من تطورات اجتماعية واقتصادية رافقت الثورة الصناعية، ومن جهة أخرى أفتى البعض للحكام باقتباس ونقل القوانين الأجنبية<sup>12</sup>. فاضطرَّ العثمانيون في عام 1839م إلى قبول طلب الدول الأوربية بإصدار (خط كولخانه) المتضمن إنشاء محاكم نظامية تطبق قوانين منقولة عن قوانين أوربا، واقتصرت المحاكم الشرعية على مسائل الأحوال الشخصية، والانضمام إلى معاهدة باريس 1856م التي تقضي بخضوع أطرافها في علاقاتها الدولية للقانون العام الأوربي، فأصدرت عام 1856 الخط الهمايوني بتكرار ما ورد في خط كولخانه والزيادة عليه بإصدار قوانين متأثرة بالقانون الفرنسي، فتمت محاكاة الدول الأوربية والنقل والاقتباس عن قوانين أوربا بعد أن انتشر قانون نابليون<sup>13</sup>، و تم تقنين الأحكام الشرعية بإتباع الرأي الراجح في المذهب الحنفي في مجلة الأحكام العدلية (1293هـ/1876م) التي اقتصرت على أحكام المعاملات دون العبادات والعقوبات<sup>14</sup>.

وفي مصر ظلت الشريعة الإسلامية مطبقة منذ الفتح الإسلامي حتى عهد محمد علي باشا وخلفائه إلى أن ازداد النفوذ الإنكليزي والأوربي، فأصبح رعايا كل دولة أجنبية يتقاضون أمام قنصل دولتهم ويطبق عليهم تشريعاتهم.

فوضع القانون المدني المختلط من قبل المحامي الفرنسي مونوري في عهد الخديوي اسماعيل ونشر في 1875م، ثم صدر القانون المدني الأهلي عام 1883م وهي ترجمة عن القوانين المختلطة، الذي يطبق أمام المحاكم الأهلية والقانون المدني المختلط الذي يطبق أمام المحاكم المختلطة وبعد أن أصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون بموجب الدستور بعد الاستقلال فعهد إلى الدكتور

<sup>11</sup> \_ انظر: انظر: د/ أحمد شلبي \_ موسوعة التاريخ الإسلامي \_ ج5\_ ص 526 وما بعدها.

<sup>12</sup> \_ انظر: د / صوفي أبو طالب \_ تطبيق الشريعة الإسلامية \_ ص264/265.

<sup>13</sup> \_ من القوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي أو المنقولة عنه ، قانون التجارة (1850) قانون الأراضي وقانون الجزاء (1858) قانون أصول المحاكمات التجارية (1861) وغيرها ، ولم ينج من هذا النقل سوى المعاملات المدنية التي قننت على المذهب الحنفي في مجلة الأحكام العدلية، انظر: د / صبحي محمصاني \_ فلسفة التشريع في الإسلام \_ ص84.

<sup>14</sup> \_ انظر: د / صوفي أبو طالب \_ تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية \_ ص244وما بعدها، وانظر: شرح مجلة الأحكام العدلية \_ سليم رستم باز اللبناني \_ طبع في عام 1888 ثم أعيد طبعه مراراً \_ دار العلم للجميع \_ بيروت ط3/1998\_ ص 9/8.

السنهوري لوضع مشروع القانون المدني وجعل الشريعة الإسلامية من بين مصادره بالإضافة إلى اجتهاد القضاء المصري<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> \_ انظر: د/جمعة سعودي \_ القانون المصري بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية \_ ص128.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. بحسب الدراسة الاجتماعية للقانون لا يعتبر:

1. وسيلة وقائية تنظيمية.
2. وسيلة علاجية لحل مشكلة اجتماعية ما.
3. التأثير في التطورات الاقتصادية.
4. وسيلة بيد السلطة الحاكمة في الدولة.

## الجواب الصحيح رقم 4.

2. ليس من نتائج مزاحمة القوانين الأوربية للقانون العربي الاسلامي:

1. الحد من تطبيق القانون الاسلامي.
2. النقل والافتباس من القوانين الأوربية.
3. النقل والافتباس من القانون الإسلامي.
4. سيادة القانون الوضعي.

## الجواب الصحيح رقم 3.

## الوحدة التعليمية الخامسة

### غايات القانون أو الوظيفة الاجتماعية للقانون

#### الكلمات المفتاحية:

غايات القانون \_ الإرادة \_ المصلحة \_ الاتجاه الوظيفي للقانون.

#### الملخص:

تؤكد هذه الوحدة على حقيقة أن القانون ليس غاية في حد ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية، فحاجات الناس ومصالحهم، والتطورات الاجتماعية والاقتصادية هي التي تلعب دوراً كبيراً في إيجاد القواعد القانونية الجديدة أو تعديلها. فسرنا مع تطور هذه المصالح والحاجات عبر الزمن في محاولة لمعرفة الغايات التي تسعى إليها كل قاعدة قانونية، إلا أننا اقتصرنا في هذه الوحدة على الغايات المباشرة أو القريبة، وسنبين الغايات البعيدة في الوحدة التالية.

#### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- توجيه عقل باحثي القانون والسلطة التشريعية إلى ضرورة ربط القاعدة القانونية بغاية محددة وواضحة تشكل نطاق تطبيق القانون، مما يسهل عمل السلطة القضائية في التقيد بهذه الغاية عند تطبيق النص القانوني، فكلما توضحت الغاية كلما ابتعدنا عن التفسيرات الخاطئة للنص أو التفسيرات التي تخرجه عن نطاق تطبيقه.
- حصر الغايات الأساسية للقانون حتى يسهل توجيه عقل الباحث القانوني إلى التطلع لتطبيقها وبالتالي الرقي بالمجتمع.

## تمهيد

القانون ليس غاية في حد ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية، فالغاية من الضرورات والحاجات والمصالح وغيرها من التطورات الاجتماعية هي من يخلق القانون وإن كان الأخير يؤثر أيضاً في التغيرات الاجتماعية ويتفاعل معها كما بينا سابقاً، فيرى إهرنج Ihering « أن الغاية تخلق القانون وما من قاعدة قانونية إلا وتجد منبعها في هدف محدد وباعث عملي»<sup>1</sup>.

إذاً وراء كل قانون غاية تشكل الدافع الباعث لخلقه، وبالتالي تكون وظيفة القانون الاجتماعية هي العمل لتحقيق هذه الغاية التي تشكل حدوده ونطاق تطبيقه وكيفية تفسيره، وتجدر الإشارة أنه من خلال معرفة وتحديد هذه الغاية يكون الفهم الأكمل للقانون وحسن تطبيقه وتفسيره، والعكس بالعكس فكلما اضمحلت أو زالت الرؤية لهذه الغاية من القانون كلما سيطرت العواطف والمحابة في مجال تفسير القانون وتطبيقه<sup>2</sup>.



<sup>1</sup> \_ انظر: د / ثروت أنيس الأسيوطي \_ نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها \_ ص 11 مشيراً إلى:

إهرنج \_ الغاية من القانون \_ ط2 \_ ج1 \_ ألمانيا 1884 \_ ص 8.

<sup>2</sup> \_ Henri Batiffol, La philosophie du droit, p 72.

## غايات القانون القريبة

إذا كان لكل نظام قانوني غاية يعمل على تحقيقها، فلا بد من منطلق الدراسة الاجتماعية للقانون أن نبيّن الغايات التي يصبو إليها والتي يطلق عليها الأهداف القريبة للقانون، ومنها:

### حماية الشخصية القانونية وحقوقها



فيهدف القانون إلى حماية أشخاص القانون المخاطبين بأحكامه، إذ لا يعتبر كل فرد شخصاً قانونياً، فقد كانت الشرائع القديمة عند العرب والرومان لا تعترف بالشخصية القانونية للرقيق، كما كان هناك القانون المدني الروماني الذي لا يعترف بالشخصية القانونية إلا للرومان، وما سواهم كانوا أعداء يستحل قتلهم، ثم طبق عليهم قانون الشعوب، فالقانون كان دائماً على مر التاريخ من يحدد أشخاصه المخاطبين بأحكامه، الذي يعتبرهم أشخاصاً قانونيين ويبين كيفية

اكتسابهم هذه الصفات وكيفية فقدها، وما يتمتعون به من حقوق وما يلتزمون به من واجبات<sup>3</sup>.  
و لكن إذا كانت حماية الشخصية القانونية وحقوقها من غايات القانون القريبة، فما هو مضمون هذه الحماية ؟ هل يتمثل هذا المضمون بالإرادة أو الروابط الشخصية بين الأفراد أم يتمثل بالمادة أو ما يعرف بمحل الالتزام ؟

<sup>3</sup> \_ انظر : د / أحمد إبراهيم حسن \_ غاية القانون \_ ص 20.

## أ- النظرية الشخصية:

ذهب البعض إلى أن الإرادة /volonté/will هي مناط الشخصية القانونية وهي موضوع الحماية القانونية ومنهم الفقيه الألماني سافيني Von Savigny والفقيه الفرنسي Hauriou هوريو، فالحق هو السلطة الإرادية التي يخولها القانون للشخص في نطاق معلوم<sup>4</sup>.

ويمثل هذا الرأي المذهب الشخصي في الالتزام وهو المذهب الفرنسي الموروث عن القانون الروماني، حيث أصبح الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين، بعد أن كان سلطة تُعطى للدائن على جسم المدين وأمواله، وكانت العقود تقوم على الشكلية والرسمية، ولكن مع تطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسة أصبحت الإرادة هي التي تنشئ الالتزامات، ثم انتشرت المذاهب التي تقدر الحرية الفردية وتحترم الإرادة الفردية، ولاسيما فقهاء القانون الطبيعي، وفقهاء العقد الاجتماعي في القرن السابع عشر والثامن عشر وعلى رأسهم روسو Rousseau، ولم يأت القرن الثامن عشر إلا وبلغ مبدأ سلطان الإرادة ذروته في التطور، فتلقفته الثورة الفرنسية وانتقل منها إلى قانون نابليون.

فالإرادة لم تعد فقط مصدر الالتزام فحسب بل هي المرجع الأعلى لكل ما يترتب على الالتزامات من آثار، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه، وهذا ما أكدت عليه المادة 153 مدني سوري، كما أن حرية الإرادة أصبحت عماد الحقوق وليس فقط الالتزامات، فيقول الدكتور السنهوري الملكية مبنية على حرية الإرادة بل الإرادة هي الحرية في مظهرها المادي الملموس<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> \_ انظر: د / حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص 431.

<sup>5</sup> \_ انظر: د / السنهوري \_ الوسيط ج 1 \_ بند 43.

## ب - النظرية المادية:

ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الألماني إهرنج Ihering بأن مناط الحماية القانونية هي المصلحة Intérêt/Interest، سواء أكانت مادية أم معنوية أم أدبية، فالشخص الجدير بالحماية القانونية هو صاحب المصلحة سواء أكان إنساناً أم جماداً، والحق كما يراه إهرنج هو "مصلحة يحميها القانون".<sup>6</sup>

فالإرادة حسب هذا الرأي ليست لازمة للتمتع بالحق وإن كانت لازمة لمباشرته، أي يأخذون بالإرادة الظاهرة دون اعتبار للإرادة الباطنة، فالمتعاقد لا يلتزم بالعقد لأنه يريد فحسب بل أن هناك اعتبارات اجتماعية ترجع إلى الثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها العقد في نفوس المتعاقدين، فالتعبير المادي عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها، بل هو الإرادة ذاتها بثوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها في الواقع الاجتماعي، باعتبار أن العقد هو نظام اجتماعي يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة لتحقيق هذا الهدف، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان. هذا الاتجاه يمثله المذهب المادي الألماني في الالتزام، الذي يهتم بمحل الحق أو الالتزام أو ما يعرف بالمصلحة، ويجرد الالتزام من الرابطة الشخصية حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً منفصلاً عن الدائن أو المدين ويسهل تداوله، كالسند لحامله. وينتج عن هذا المذهب:

\_ أن النظر إلى الالتزام بمحله وليس بأشخاصه، يسهل المعاملات ويجعلها أكثر مرونة، فيمكن أن يتغير أشخاص الالتزام وهذا ما نراه في حوالة الحق وحوالة الدين وقد أخذ بها القانون الفرنسي مع أنه أخذ بالمذهب الشخصي.

\_ كما أنه يمكن أن يوجد التزام دون دائن وقت نشوء الالتزام فيستند الالتزام إلى المدين كما في الوعد بجائزة، ومن يدفع السند لحامله فهو يلتزم لدائن غير معين وقت نشوء الالتزام، ولو أخذنا بالمذهب الشخصي لا يمكن تفسير هذه الالتزامات.

\_ ولكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنه لا يمكن اعتبار كل مصلحة حق ولا كل حق مصلحة، فيمكن أن توجد المصلحة دون وجود الحق، فالمستأجر الذي يتفق مع المؤجر على تنوير البناء، وإن كان هذا التنوير يشكل مصلحة لباقي سكان البناء إلا أنه لا يشكل حقاً لهم يمكن أن يتمسكوا به حيال المؤجر،

<sup>6</sup> - ويضيف إهرنج إلى الحق بالإضافة إلى عنصر المصلحة الذي هو عنصر موضوعي للحق، عنصراً شكلياً وهو عنصر الدعوى الذي يوفر لصاحب المصلحة وسيلة للمطالبة بها، انظر: د / حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص 433.



كما أن على الوارث المسؤولية بوفاء ديون التركة في حدودها إلا أنه ليس لديه المصلحة في الخسارة المادية للأموال المورثة.

\_ أما الفقه الإسلامي:

فقد ذهب مذهباً وسطاً (لأنه تشريع الإله الخالق، ليس كمثل تشريع العبد المخلوق)، فأخذ بالمذهبين معاً، فهو اعترف كما في عيوب الرضا في العقود بالإرادة الباطنة وهو مذهب جمهور الفقهاء أي اعترف بالالتزام **كرابطة شخصية** تولي الإرادة الباطنة شأنًا كبيراً.

كما أخذ الفقه الإسلامي بالمذهب المادي، فقد أخذ بانتقال الالتزام أو الحق وتداوله عن طريق حوالة الحق والدين، ويفرق بين الدين (محل الالتزام) وبين الحق بالمطالبة أو المديونية (التي هي رابطة شخصية)، كما في الحوالة فمن الفقهاء من لم يسقط المديونية على المحيل كمحمد من الحنفية دون أبو يوسف الذي أبراه من الدين ومن المطالبة، وبالتالي فإن (محمد) جعل الالتزام لا ينتقل بشكل كامل بل يبقى الشخص مرتبطاً بإرادته رغم الحوالة<sup>7</sup>.

ولا نوافق ما ذهب إليه الدكتور السنهوري من أن الفقه الإسلامي لا يقل في نزعة المادية عن الفقه الجرمانى<sup>8</sup>، لأنه المذهب المادي يأخذ بالإرادة الظاهرة والفقه الإسلامي برأي الجمهور ما عدا الحنفية يأخذون بالإرادة الباطنة، وهو وإن أخذ بالإرادة الظاهرة كما رأى الحنفية فهو لم يعتد بالإرادة الظاهرة على إطلاقها، فاعتبر الحنفية العقد مع الإرادة الظاهرة فقط هو عقد فاسد لا ينفذ إلا بالتنفيذ.

**وباعتقادنا أن الإرادة هي مناط الشخصية والحماية القانونية حتى في حالة حوالة الحق لأن أصل الالتزام لا ينشأ بدون الإرادة، وحتى في مثال الالتزام تجاه حامل السند الذي تضربه النظرية المادية فإنه ينشأ بموجب إرادة، فلا إلزام إلا بالالتزام أي بإرادة، فالحق كما نراه هو مصلحة أو منفعة مقترنة بالإرادة تخول صاحبها سلطة أو تكليفاً.**

ويذهب **الفقه الحديث** إلى المذهب المختلط الذي ينظر إلى الحق من خلال صاحبه أي الإرادة ومن خلال موضوعه، فيعرف **الحق بأنه إرادة ومصلحة في آن واحد**، وهذا ما يتفق مع الفقه الإسلامي.

<sup>7</sup> \_ انظر: الزيلعي \_ تبين الحقائق وحاشية الشلبي \_ ص 4/172، وذهب جمهور الفقهاء بأن الحوالة تنقل الدين والمطالبة معاً، د/محمد سلام مدكور \_ المدخل للفقه الإسلامي \_ ص 698.

<sup>8</sup> \_ انظر: د / عبد الرزاق السنهوري \_ الوجيز في النظرية العامة للالتزام \_ بند/5 \_ ص 11.

## الوفاء بحاجات المجتمع الأساسية

فالقانون باعتباره وسيلة من وسائل الضبط الاجتماعي، إنما يقوم في سبيل الوفاء بحاجات المجتمع الأساسية بإسلوبين: فهو إما أن يصدر كوسيلة وقائية تنظيمية من أجل تنظيم ناحية من النواحي الاجتماعية أي سابقاً لأي مشكلة اجتماعية وهنا يقوم بدوره المؤثر على التغيرات الاجتماعية، وإما أن يصدر كوسيلة علاجية لحل مشكلة اجتماعية قائمة في المجتمع، وهنا يظهر تأثير القانون بالمشكلات الاجتماعية، وغالباً ما تستشف هذه الغايات من المناقشات البرلمانية والمذكرات الإيضاحية للقانون، ويمكن أن نوضح غاية القانون في الوفاء بالحاجات الأساسية للمجتمع بالآتي:

### - تطور الحاجات الأساسية للمجتمع

إن حاجات المجتمع الأساسية لم تظهر دفعة واحدة منذ فجر التاريخ وإنما كانت تتطور عبر الزمان والمكان<sup>9</sup>، فالحاجة الأساسية التي كان يهدف إلى تحقيقها المجتمع البدائي تختلف عن الحاجة الأساسية التي تهدف إلى تحقيقها قوانين المجتمعات الأكثر تطوراً كما عند الإغريق والرومان والعرب قبل الإسلام وبعده، ويمكن أن نبين باختصار هذه الحاجات وهي:

### أولاً - تحقيق الأمن والاستقرار العام:

ففي المجتمع البدائي كانت غاية القانون الأساسية تتركز في تحقيق الاستقرار والأمن العام في أبسط صورته، والتضحية بالحاجات الفردية من أجل تحقيق هذه الغاية، ولهذا كان القانون البدائي رادعاً يتضمن العقوبات أكثر منه قانوناً تعويضياً، فيتضمن القانون عقوبات محددة ودقيقة لكل نوع من أنواع الضرر مهما كان صغيراً بدلاً من قواعد التعويض<sup>10</sup>.

### ثانياً - المحافظة على الوضع الاجتماعي القائم:

وفي المجتمع الأكثر تطوراً من المجتمع البدائي كما عند الإغريق والرومان فقد رأى فلاسفتهم أن وظيفة القانون وغايته هي المحافظة على الوضع الاجتماعي القائم، حتى يتم تحقيق الأمن والاستقرار في

<sup>9</sup> - Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy Of Law, p 47.

<sup>10</sup> - Ibid, p 47.

المجتمع، فأرادوا أن يكون القانون وسيلة لإبقاء كل شخص في مكانه وضمن طبقته، مما يمنع الاحتكاك مع الآخرين<sup>11</sup>.

### ثالثاً \_ تأكيد ذاتية الفرد وحرية:

ثم تطورت غاية القانون في العصور الوسطى فمع تطور التجارة وانتشار الاستعمار واكتشاف موارد طبيعية جديدة، لم يعد المطلب بإبقاء الناس في أوضاعهم الاجتماعية، وإنما أصبحت غاية القانون **تأكيد ذاتية الفرد وإطلاق حرية الإرادة للجميع** وبالتالي تكريس فكرة المساواة الطبيعية بين الأفراد في ممارسة النشاطات المختلفة، وبالتالي أصبحت غاية القانون في العصور الحديثة حماية الحقوق الطبيعية التي اكتسبها من خلال النشاط البشري الحر من ملكية وغيرها من التصرفات القانونية.

### رابعاً \_ التوفيق بين المصالح الفردية المتعارضة:

مع تزايد النشاطات البشرية وفي ظل انتشار الإرادات الحرة أصبحت المشكلة الاجتماعية في القرن التاسع عشر التي يهدف القانون إلى حلها هي **التوفيق بين هذه الإرادات الحرة للأفراد**، وهذا ما عبر عنه كانت Kant فعرف القانون على أنه: **مجموعة القواعد التي تطبق على تصرفات الإنسان وتستطيع بموجبها الإرادة الحرة لكل فرد أن تتعايش مع الإرادات الحرة للجميع**.

وهذا ما ذهب إليه إهرنج Ihering في صراع المصالح وسبنسر Spenser (1953/1820) الذي كان يرى بضرورة أن يطابق الإنسان بين نفسه وجماعته، فالقانون عنده هو مجموعة القواعد التي يسعى الناس من خلالها إلى ممارسة حرياتهم غير مقيدتين إلا بحريات الآخرين المماثلة<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Roscoe Pound, an Introduction to the Philosophy of Law, p 48/49. \_

<sup>12</sup> Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy Of Law, p 54. \_

## الاتجاه الوظيفي الاجتماعي للقانون

وفي خضم هذه الأوضاع الاجتماعية والسياسية كان مبدأ سلطان الإرادة يتعاضم، إلا أنه ونتيجة المتغيرات الاجتماعية والسياسية العالمية من التوقف عن اكتشاف القارات و تراجع الموارد الطبيعية المكتشفة وبالتالي بروز الحاجة إلى المحافظة على الموارد المكتشفة والمستغلة، وبعد تعاضم الثورة الصناعية وتطور النظام الاقتصادي، وظهور العلوم الاجتماعية، وانتشار الطبقة العاملة في المصانع وسوء حالها، أصبح الحصول على المستوى الأدنى من المعيشة وفق المستوى الحضاري السائد، يفوق التركيز على إثبات الذات والحرية الفردية، وبدأ ينظر إلى القانون على أنه موجود لضمان المصالح الاجتماعية والتوفيق بينها، وليس كما كان ينظر إليه من منطلق مدرسة القانون الطبيعي على أنه شرح كامل منطقي للمبادئ الكامنة في الطبيعة يعطينا القوانين الصالحة لكل زمان ومكان، فبدأ الفلاسفة يقولون بإمكانية صياغة مثل أعلى ونظام اجتماعي خاص بزمان ومكان معينين دون المثل الأعلى الصالح لكل زمان ومكان<sup>13</sup>.

فبدأت تتعالى وجهة النظر التي تدعو إلى الاتجاه الوظيفي الاجتماعي في غاية القانون، باعتباره وسيلة لتحقيق المصالح الاجتماعية، ويكون ذلك كما يؤكد فقيه القانون الأمريكي روسكو باوند R. Pound عن طريق قياس القواعد والمذاهب والنظم القانونية وتقييمها بقدر تحقيقها للمصالح الاجتماعية، وهذا الضابط بقياس قيم المصالح يكون عن طريق تجريدها وتصنيفها ومن ثم تقييمها، إلا أن هذه العملية كما يتابع باوند Pound هي عملية صعبة ترتبط بقضية فلسفية سياسية واجتماعية، ويتابع باوند بقوله " فإذا كان أصحاب مذهب النفعية الاجتماعية يقولون: زنوا المصالح المختلفة بالنسبة لغاية القانون، ولكن هل أعطيت لنا غاية للقانون مطلقة؟ فالهيجليون الجدد يقيسون المصالح بالنسبة إلى الحضارة وتطوير القدرات الإنسانية، والكانتونيون الجدد يقيسون المصالح بالنسبة إلى مجتمع يتألف من أشخاص متحرري الإرادة كممثل اجتماعي أعلى، أما ديجي Duguit فيقيس المصالح حسب تحقيقها للتضامن الاجتماعي

14»

<sup>13</sup> Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy Of Law, p58. \_

Clarence Morris, the great legal philosophers, p536.

<sup>14</sup> Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy Of Law, p 57\_

\_ وقد سبق أن بيّنا في مذهب الغاية الاجتماعية للقانون، أن القانون كما يراه إهرنج Ihering هو وليد إرادة البشر في دأبهم نحو تحقيق التقدم، وهذا ما يؤدي إلى التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة في بقاء القانون وتطوره، فيكون الكفاح والصراع بينها بشكل دائم لتكوين القواعد القانونية المتوافقة مع مصالحها؛ فهدف القانون هو المحافظة على المجتمع، والسعي إلى تطوير النظم القانونية لتساير الاحتياجات والمصالح الفعلية للمجتمع، بما يحقق التوفيق والانسجام بين المصالح المتعارضة.

ويمكن أن نُجمل (ما تم استخلاصه عبر تطور غاية القانون) الحاجات الأساسية التي اعتبرت غايات قريبة سعى القانون عبر العصور إلى تحقيقها:

**أولاً \_ يعتبر القانون أداة تحقيق الأمن والنظام والاستقرار العام في المجتمع.**

**ثانياً \_ القانون أداة لحماية الحرية الفردية وتحقيق المساواة والعدالة بين أفراد المجتمع، وسنتطرق لقاعدة العدالة، في الفصل الأخير من هذه الرسالة.**

**ثالثاً \_ القانون هو وسيلة لتحقيق المصلحة العامة والتضامن الاجتماعي، فمن خلاله يتم تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع، وحماية المراكز القانونية، والتوفيق بين المصالح الفردية المتعارضة في إطار تحقيق المصلحة العامة في المجتمع.**

**رابعاً \_ القانون وسيلة لتحقيق الخير العام والتقدم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي.**

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1 \_ لا يتم النظر إلى الالتزام بمحله:

1. في حوالة الحق.

2. في حوالة الدين.

3. في السند لحامله.

4. في حبس المدين.

الإجابة الصحيحة رقم 4

2 \_ كلما كانت القاعدة القانونية رادعة:

1. نكون في مجتمع متطور اقتصادياً.

2. نكون في مجتمع متطور اجتماعياً.

3. نكون في مجتمع أقرب للمجتمع البدائي.

4. تكون القاعدة أكثر ملائمة لتحقيق غايات القانون.

الإجابة الصحيحة رقم 3

## الوحدة التعليمية السادسة

### غايات القانون البعيدة أو الإيديولوجية

#### الكلمات المفتاحية:

غاية القانون \_ المذهب الفردي \_ المذهب الاجتماعي \_ المصلحة العامة.

#### الملخص:

تبيّن هذه الوحدة الغايات الإيديولوجية أو البعيدة التي تسعى الأنظمة القانونية إلى تحقيقها في العالم، فناقشنا فلسفة المذهب الفردي الذي يرحح مصالح الفرد ولو على حساب الجماعة فأدى إلى الاحتكار وسيطرة الطبقات النية على الطبقة الضعيفة وسوء حال العمال، كما تكلمنا عن المذهب الاجتماعي الذي وقف على النقيض من المذهب الفردي في مراعاته لمصالح المجتمع على حساب التفريط بحقوق ومصالح الأفراد فلم يستطع أن يحل مشاكل الفقر والبطالة وساهم في قتل روح المبادرة وحافز الإنتاج لدى الأفراد، وبالتالي عجز الفقهاء عن التوفيق بين هذين المذهبين.

ولهذا رجحنا الإتجاه الإسلامي الذي يراعي مصالح الفرد ومصالح المجتمع دون تغليب إحدى المصلحتين على الأخرى، فيما سميناها بالمصلحة الطبيعية العامة.

#### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

1. تبين هذه الوحدة للباحث القانوني الأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني بحسب المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي وبالتالي تحفز العقل على ضرورة الترجيح بينها أو اللجوء إلى مذاهب أخرى كما في فلسفة القيم التي سناقشها في الوحدة التالية.

2. لفت نظر طالب القانون إلى التشريع العربي الإسلامي، للتمكن من خلاله في الوصول للموازنة قدر الإمكان بين مصالح الفرد ومصالح المجتمع وفق القواعد الفقهية القانونية التي ألمحنا إليها وتوجيه غاية القانون لتكريسها.

## القانون أداة أو وسيلة اجتماعية ضابطة

لما كانت التشريعات هي ظاهرة اجتماعية تشكل المرآة التي تعكس ما يطرأ على المجتمع من تطورات وتغيرات اجتماعية واقتصادية وسياسية ، بالتالي يعتبر القانون أداة أو وسيلة اجتماعية ضابطة يلجأ إليها المشرع لتحقيق الفلسفة التي يقوم عليها المجتمع أو النظام الحاكم، وإذا كنا قد بيننا الغايات القريبة أو المباشرة التي سعى القانون لتحقيقها، فالغايات النهائية أو البعيدة للقانون تتصف بالأكثر جدلاً باعتبارها ترتبط بالفلسفة السائدة في المجتمع سواء أكانت فلسفة فردية أم فلسفة اجتماعية (أو كما سنجد لاحقاً وفق فلسفة القيم عندما يصعب الترجيح بين الفلسفية الفردية أو الاجتماعية)، وذلك باعتبار أن لكل فلسفة مبادئها ونظمها التي تختلف عن الأخرى.

وبالتالي سنتعرض في المبحث الأول إلى غاية القانون في ظل الفلسفة الفردية.

وفي المبحث الثاني نبين غاية القانون في ظل الفلسفة الاجتماعية أو الاشتراكية.

ثم نبيّن في المبحث الثالث الفلسفة الوسط بين الفردية والاجتماعية التي يقوم عليها التشريع الإسلامي الحنيف.



## غاية القانون في ظل الفلسفة الفردية

### أولاً- ظهور المذهب الفردي:

ظهرت الفردية عند الإغريق نتيجة انهيار نظام المدينة وقيام الامبراطورية الرومانية فكانت تتصاعد في عهود الاستبداد وتهدف إلى سعادة الفرد ومنفعته.

كما ساهمت الديانة المسيحية في ظهور المذهب الفردي بإعلائها شأن القيمة الروحية للإنسان الذي خلقه الله في أحسن صورة فأصبحت الطاعة لله، بعد أن كانت الدولة هي القيمة الأسمى من الإنسان باعتبارها أتم صورة للجماعة العامة.

إلا أن الفلسفة الفردية لم تتبلور في مذهب قانوني إلا على أيدي الفقهاء مثل الإنكليزي جون لوك Lock (1704/1632م) وهوبز ونفعية بنتام وميل، ثم كان من أنصاره كل من النمساوي جان جاك روسو Rousseau (1778/1712م) يرى روسو أن غاية كل تجمع سياسي حفظ أعضائه وازدهارهم وغاية العقد الاجتماعي حفظ المتعاقدين، كما ساهمت العوامل الاقتصادية كظهور الثورة الصناعية واكتشاف المزيد من الموارد الطبيعية، في إطلاق الحرية الفردية والمنافسة الحرة، فأصبحت غاية القانون تأكيد ذاتية الفرد وإطلاق حرية الإرادة في التعاقد وبالتالي تكريس فكرة المساواة الطبيعية بين الأفراد في ممارسة النشاطات المختلفة<sup>1</sup>.

\_ وتتوج المذهب الفردي Individual Doctrine في إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 نتيجة الثورة الفرنسية التي اعتبرت الحق الفردي ولاسيما الملكية أساس التشريع وغاية السياسة، وبأن ليس للقانون حق في أن يحرم شيئاً إلا متى كان فيه ضرر للهيئة الاجتماعية، وإن كان المستفيد الأكبر من المذهب الفردي والثورة الفرنسية هم الطبقة البرجوازية التي استغلته لحماية مصالحها.

<sup>1</sup> \_ Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy Of Law, p 48/49.

## ثانياً - مبادئ المذهب الفردي:



- الفرد هو هدف القانون الأسمى، والأفراد يولدون أحراراً وهم متساوون في الحقوق الطبيعية التي كفلها القانون الطبيعي، وعلى الدولة أن تكفل الاحترام والالتزام بالحقوق الطبيعية للأفراد على الجميع، وضمن التوفيق بينها وذلك بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمالها.

- الدولة هي نتاج عمل إرادي وهو العقد الاجتماعي، فالسلطة هي للشعب وتبقى الحكومة ما بقي الشعب راضياً عنها.
- ينتشر الاقتصاد الحر القائم على المنافسة وقانون العرض والطلب، دون أدنى تدخل من الدولة لفرض القيود.
- سيادة مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، فالأفراد متساوون من الناحية القانونية بغض النظر عن ظروفهم الاقتصادية أو الاجتماعية، فالأصل هو الحرية في التعاقد والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية، فما ينص عليه العقد هو العدل الملزم، فليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون فرض الوصاية على الأفراد فيما يريدون أو يعقدون بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود أو أخلت بمصالحه<sup>2</sup>، وهو ما يعرف بأولوية العقد أو الإرادة على القانون باعتبار أن القانون هو من نتاج العقد الاجتماعي<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> \_ انظر: د / حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص 167.

<sup>3</sup> \_ Henri Batiffol, La philosophie du droit, p 84.

### ثالثاً- من نتائج المذهب الفردي:

أصبحت الإرادة مع اكتمال مبدأ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر هي التي تنشئ كل الالتزامات، وكل النظم القانونية ترجع إلى الإرادة الفردية، فهي مصدر الالتزام والمرجع الأعلى لكل ما يترتب على الالتزام من آثار، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلزم العقد من لم يكن طرفاً فيه.

فيرى الدكتور السنهوري بأنه كل ما يلتزمه الفرد بإرادته ورضاه يكون ملزماً ومرتباً لآثاره، فلا يصح الادعاء بعد ذلك بالغبن أو عدم ملائمة



شروط العقد، فليس المهم التعادل بين المتعاقدين بالشيئين المتبادلين، وإنما يكفي التعادل بينهما وقد توفر لكل منهما حريته وإرادته المستقلة<sup>4</sup>، وهذا ما يؤيد أن موضوع العقد هو العدالة التبادلية التي سنتحدث عنها لاحقاً في بحث العدالة كغاية للقانون.

<sup>4</sup> \_ انظر: د / السنهوري \_ ج 1 \_ بند 43.

## رابعاً - نقد المذهب الفردي (الرأسمالي):



- الفرد هو كائن اجتماعي وطغيان بعض المصالح الفردية على الأخرى ينعكس سلباً على الجميع.
- نتيجة الحرية المطلقة انتشرت المنافسة الاحتكارية والربا والفقر واستغلت الطبقات الرأسمالية طبقات العمال والفلاحين والفقراء، وكان ذروة الرأسمالية بتشكيل الكيانات والاحتكارات الرأسمالية الدولية<sup>5</sup>.
- نتيجة الأزمات الاقتصادية التي اجتاحت أوروبا في القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين ولاسيما أزمة 1929، أجبرت الدول

الرأسمالية على التخلي عن بعض مبادئها، فتدخلت في النشاط الاقتصادي، إلا أن كل هذه المحاولات لم تنفع فتزايدت معدلات البطالة والفقر والتفاوت بين الدخل، والاحتكار والاستغلال. والمثال على ذلك حديثاً في عام 2009/2008 على إثر الأزمة الاقتصادية العالمية التي اكتسحت العالم بأكمله وأدت إلى التضخم والكساد والهبوط في أسواق المال العالمية وتسريح العديد من العمال من وظائفهم (نتيجة العولمة وارتباط اقتصاد الدول النامية بالدول الرأسمالية المتطورة اقتصادياً) مما دعا الدول الرأسمالية إلى التخلي عن أهم مبادئها في عدم التدخل بالنشاط الاقتصادي، حيث تدخلت لإنقاذ البنوك والشركات الاقتصادية الكبرى إما بدعمها مالياً أو بتملك حصص فيها، لأنه ثبت أن النشاط الفردي لا يمكن إلا أن يترك أثراً اقتصادياً واجتماعياً على المجتمع، وبالتالي ثبت عدم إمكانية إطلاق الحرية الفردية دون ضوابط وقيود محددة من المجتمع ممثلاً بالدولة.

<sup>5</sup> \_ انظر: د / يوسف كمال \_ الإسلام والمذاهب الاقتصادية \_ ص 37 وما بعدها.

## غاية القانون في ظل الفلسفة الاجتماعية

### أولاً \_ ظهور المذهب الاجتماعي:

ظهر المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي Socialistic Doctrine كرد فعل لما آلت إليه أوضاع الطبقات الفقيرة والضعيفة، ومدفوعة بروح العداء للكنيسة، لأفكارها المؤيدة للمذهب الفردي، وللرأسمالية واستغلالها، فتطور القانون وانتقل بالدولة من الدور السلبي الذي كانت عليه في المذهب الفردي إلى الدور الإيجابي بتدخلها في النشاط والحريات الفردية بغية تحقيق المصلحة الاجتماعية.

ففي نطاق العلاقة التعاقدية كان الكثير من العقود ولاسيما عقود العمل تفرض شروطها القاسية على العمال دون أن يكون ثمة أي قوانين أو تنظيمات اجتماعية تقف إلى جانبهم وتتصفهم وتطالب بحقوقهم، فتعالت الصيحات التي تنادي بأفكار المذهب الاجتماعي وبضرورة تدخل الدولة لرفع الظلم وتنظيم العلاقات القانونية غير المتكافئة بين العمال وأرباب الأعمال.<sup>6</sup>



<sup>6</sup> \_ انظر: د / أحمد حسن \_ غاية القانون \_ ص87، د / محمد منصور \_ نظرية القانون \_ ص35.

## ثانياً \_ مبادئ المذهب الاجتماعي:

- 1 \_ الجماعة هي الغاية الأسمى للقانون، فمن خلال تحقيق مصالح المجتمع وسعادته تتحقق مصالح الأفراد وسعادتهم.
- 2 \_ القانون وليس العقد هو الذي يحكم العلاقات التعاقدية بين الأفراد مما يحد من الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة.
- 3 \_ أخذ بالعدل العام أو التوزيعي (أو الاجتماعي) فالدولة وهي بصدد توزيع الحقوق والواجبات على الأفراد (من الوظائف العامة والأعباء العامة) يجب أن تأخذ ظروفهم المحيطة واختلاف حاجاتهم وقدراتهم<sup>7</sup>.

## ثالثاً \_ نتائج المذهب الاجتماعي:

- \_ نتيجة ازدياد المخاطر على الطبقة العاملة بسبب تطور عملية الإنتاج وتنامي مخاطرها، ظهر تحول على صعيد المسؤولية المدنية لمواجهة هذه المخاطر فأقيمت المسؤولية على الخطأ المفترض (مثال المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الخطرة كالمواد الكيماوية) بدلاً من الخطأ الشخصي التي قد يعجز من خلالها المضرور عن إثباته.
- \_ اتسع نشاط الدولة فتدخلت في كافة الميادين، وانتهجت مبدأ الاقتصاد الموجه.
- \_ أقيمت الملكية العامة فتمتلك الدولة جميع وسائل الإنتاج وتشد القطاع العام، بغية حماية الطبقة الضعيفة وتوفير الظروف الاقتصادية والاجتماعية المناسبة لمنع الاحتكار والاستغلال بالاستناد إلى قوة اقتصادية أو ظروف العرض والطلب، كما أن الملكية الفردية وفقاً لهذا المذهب اعترف بها في أضيق الحدود، وليست حقاً مطلقاً وإنما هي وظيفة اقتصادية واجتماعية يمكن تأمينها ونزعها لمصلحة عامة المجتمع.

<sup>7</sup> \_ انظر: د / حسن كيره \_ المدخل إلى القانون \_ ص 172/161.

## رابعاً \_ نقد المذهب الاجتماعي:

\_ وقع المذهب الاجتماعي في التطرف والمغالاة، فهو ضحى بمصلحة الفرد وحقوقه لمصلحة الجماعة، فاستحال عليه إلغاء الملكية الفردية باعتبارها قاعدة طبيعية فطر الإنسان عليها.

\_ أدى التوسع في الملكية العامة إلى طغيان سلطان الدولة واستبدادها باسم مصلحة المجتمع، وإهدار المال العام وتقليص الإنتاج، وتقليص دور الفرد وشل نشاطه وقتل الباعث و روح المبادرة لديه في العمل وقلة الإدخار والاستثمار، فالابتكار والإبداع الخلاق سيقتل إذا أخذنا بمبدأ المساواة التامة بين الأفراد، فالاختلاف بين البشر في قدراتهم الجسدية والعقلية، وفيما يملكونه من ملكية فردية ضرورة طبيعية لا يمكن أن يخلو منها أي مجتمع سنة الله في خلقه، فقال تعالى: ﴿أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَةَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سَخِرِيًّا وَرَحِمْتَ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ﴾<sup>8</sup>. وكلمة سخرياً أي يسخر ويستعمل بعضهم بعضاً في الأعمال ، فهذا يحتاج إلى ذاك ، وذاك إلى هذا.

\_ كما ساهمت الاشتراكية في تنمية دور القانون العام (الرادع) على حساب القانون الخاص (الذي يقوم على مبدأ التعويض)، مما أدى إلى الروتين والتعقيد الإداريين حيث تتدخل الدولة في كافة المجالات والمعاملات بوصفها صاحبة السلطة العامة.

\_ لم تستطع الاشتراكية في حل مشكلة الفقر وتوزيع الإنتاج<sup>9</sup>، لأن مسائل توزيع الموارد وترشيد استخدامها والإدخار، وتحقيق الموازنة بين العرض والطلب هي مسائل اجتماعية يجب اشتراك فيها جميع الأفراد ، ويصعب على السلطة تحديدها لوحدها، فالدولة بوصفها كياناً اعتبارياً بحد ذاتها لا تصنع الحضارة بكافة مكوناتها وليس هذا من شأنها، وإنما يصنعها ويرتقي بها الشعب بكل أفراد<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> \_ سورة الزخرف \_ الآية 32، وانظر: تفسير ابن كثير لهذه الآية \_ ج4 \_ ص150.

<sup>9</sup> \_ انظر: المدرسي\_ التشريع الإسلامي \_ ج3، ب3، ف4.

<sup>10</sup> \_ انظر: د / حسين مؤنس \_ الحضارة \_ ص 157.

## غاية القانون في ظل الفلسفة الإسلامية والمصلحة العامة الطبيعية

قبل الحديث عن غاية القانون في ظل الفلسفة الإسلامية لابد من التأكيد أن كلا المذهبين الفردي والاشتراكي يتجه إلى الطرف المعاكس للمذهب الآخر، مما يؤدي إلى نتائج سيئة وعدم القدرة على التوفيق بينهما، فبينما يؤدي المذهب الفردي \_ بما ينادي به من تقديس للفرد وحرية والملكية الفردية المطلقة \_ إلى سيطرة بعض الأفراد على الآخرين بما لهم من قوة اقتصادية أو اجتماعية، يسوق المذهب الاجتماعي \_ بما يؤمن به في تقديس الجماعة ومصالحها وسيادة الملكية الجماعية المطلقة \_ إلى سيطرة الدولة على الأفراد وتحكمها في مصالحهم وحررياتهم وإهدارها وقتل الروح الفردية الخلقة، مما ينعكس سلباً على المجتمع نفسه وعلى المصلحة العامة ولهذا قلنا بعدم إمكانية التوفيق بينهما لتحديد غاية القانون).

وتتجه الدول مؤخراً إلى عدم الأخذ بأي من المذهبين على إطلاقه ومحاولة الجمع بينهما لتلافي تطرفهما<sup>11</sup>، وهو ما يتجه بنا إلى فلسفة القيم ومحاولة الترجيح بينها لمعرفة الغاية الأساسية للقانون، وسنناقش ذلك تباعاً.

أما التشريع الإسلامي فانتهج الوسطية في جميع أحكامه ومبادئه، فقال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾<sup>12</sup>، وبدلنا على ذلك الأسس التالية:

<sup>11</sup> \_ انظر: د/ أحمد حسن \_ غاية القانون \_ ص106، د/ محمد حسين منصور \_ نظرية القانون \_ ص39.

<sup>12</sup> \_ سورة البقرة \_ الآية 143.



## أولاً: التوفيق بين حق الفرد وحق المجتمع وفق مبادئ وقواعد الشرع:

وفق الشرع الإسلامي بين حق الفرد في الحرية الاقتصادية وبين حق الدولة في التدخل في النشاط الاقتصادي وانفرادها به في بعض وجوهه، ويعتبر هذان الحقان أصلاً وقاعدة وليس استثناء وكلاهما مقيد بأحكام الشرع ومبادئه العامة و **بالمصالح العام** وليس مطلقاً بحيث يحترم كل منهما دون طغيان أحدهما على الآخر.



فعلى سبيل المثال إذا كان القيام بأوجه النشاط الاقتصادي هو فرض كفاية على أفراد المجتمع، فإذا عجز الأفراد عن القيام ببعض أوجه هذا النشاط كعجزهم عن الإنفاق لزراعة معينة أو عرضوا عنها، فيتوجب على الدولة أن تتدخل لتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي فتقدم القروض إذا استدعت مصلحة المجتمع القيام بذلك، وزيادة في الإيضاح نورد:

## ثانياً: بالنسبة للوظيفة الاجتماعية للملكية:

نظرة التشريع الإسلامي للملكية تقوم على أساس أنها ذات وظيفة أو غاية اجتماعية وليست مطلقة، فالإسلام اعترف بالملكية العامة والخاصة، فالملك كله لله وحده، وأما الإنسان فهو مستخلف في هذا الملك له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه وفق قواعد الشريعة ومبادئها العامة، وللجماعة أن تمتلك من الأراضي التي ليست داخلية في ملك أحد أو الأراضي ذات النفع العام، ولها أن تنزع الملكية إذا اقتضت المصلحة العامة ولكن بشرط التعويض العادل، وعلى أصحاب الأموال أداء ما عليهم من واجبات نص عليها الشرع في هذه الملكية من زكاة وصدقة<sup>13</sup>، فقال الله تعالى:

<sup>13</sup> \_ انظر: ابن كثير \_ تفسير القرآن العظيم \_ سورة الحديد الآية 7، د/ إبراهيم اللبان \_ العدل الاجتماعي تحت ضوء الدين

﴿ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ ﴾  
(سورة الحديد: الآية 7).

### ثالثاً: بالنسبة للمصالح العامة والطبيعية:

التشريع الإسلامي شرع لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، سواء أكانت هذه المصالح ضرورية أم حاجية أم تحسينية، وهذه هي القواعد الثلاث التي قامت عليها القواعد في التشريع الإسلامي. إلا أن المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها القانون الإسلامي ليست المصلحة الفردية أو المصلحة الجماعية كما ذهب فلاسفة القانون في أوروبا في ترجيحهم أحد المذهبين الفردي والاجتماعي ولا المصلحة التي يقضي بها رئيس الدولة كما في المذهب الشكلي أو المصلحة المتوافقة مع نظرية القانون الطبيعي أو المصلحة التي تتطور عبر الزمن كما يقضي به المذهب التاريخي أو التي يوجبها التضامن الاجتماعي أو صراع المصالح كما ترى المذاهب الاجتماعية.

إنما هي المصلحة العامة الطبيعية ( أو الشرعية ) وعيننا بكلمة الطبيعية باعتقادنا أي المتوافقة مع أحكام الشرع الحنيف، ومع القوانين الإلهية الثابتة التي خلق الله تعالى الحياة الطبيعية المادية والبشرية عليها، فقال الله عز وجل: ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ﴾<sup>14</sup>، حتى إذا تدخل الإنسان وبدل وحاول الأخذ بإحدى القواعد الإلهية ونبتذ الأخرى أو الإتيان بقواعد بعيدة عن روح التشريع الإسلامي عندها يكون الاختلال الاجتماعي في العلاقات البشرية ( كما نرى الاختلال البيئي في الحياة المادية نتيجة التدخل المخالف لقوانين الطبيعة ).

وهذه المصلحة العامة تكون في جلب المنفعة للأفراد أو دفع المضرّة عنهم ، كما أنها لا تهمل مصلحة الفرد لصالح المجموع بشكل مطلق، ولا العكس فهي لا ترجح المصلحة الجماعية على حساب المصلحة الفردية دون ضوابط، وإنما هناك أسس وقواعد كلية ومصادر عامة وأدلة شرعية وأحكام فرعية تدور في فلكها الأحكام والقواعد الكلية القانونية الإسلامية، فالقاعدة الفقهية هي " الحكم يبني على

والفلسفة \_ ص64، د/ خميس أبو بكر \_ العدالة الاجتماعية \_ ص74.

<sup>14</sup> \_ سورة القمر \_ الآية (49).

المصلحة وجوداً وعدمًا " فإذا وجدت المصلحة التي هي مناط (غاية) التشريع وجد الحكم وإذا انتفت انتفى الحكم<sup>15</sup>، وبالتالي قد تتغير الأحكام المبنية على المصالح بتغير المكان والزمان.

ولكن المصالح المجتنبية والمفاسد المدفوعة شرعاً إنما اعتبرت من حيث وضعها الشارع كذلك، لا من حيث أهواء الناس<sup>16</sup>، فقال الله تعالى: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾<sup>17</sup>، كما أنه من المعلوم أيضاً أن القاعدة الفقهية هي أن «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» لأن وجود المفسدة يؤثر سلباً على تحصيل المنفعة وقد يحول دون جلبها، كما تنص القاعدة الشرعية أيضاً أنه «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»، " وإذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَنْطَعْتُمْ﴾<sup>18</sup>، وإذا تعذر درء المفاسد وتحصيل المصالح معاً، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولانبالي بفوات المصلحة، وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة<sup>19</sup>، ويلزم التأكيد أن تقدير المفسدة أو المصلحة لا يخضع للهوى ولا للعقل المجرد ولكنه يخضع للشرع، وفق ما بيناه سابقاً في مصادر وأدلة التشريع الإسلامي التي تتبثق منها الأحكام الشرعية. إذن فالشريعة الإسلامية كما قرره فقهاء الشريعة ومنهم الإمام ابن القيم أن "مبناها وأساسها على مصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها، ومصالح كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده.."<sup>20</sup>.

ولهذا نادى بعض علماء الغرب بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فهذا أستاذ الاقتصاد الفرنسي جاك أوستري Jacques Austruy يقول في مؤلفه الإسلام في مواجهة النمو الاقتصادي L'Islam face au développement économique، "إن طريق الإنماء الاقتصادي ليس محصوراً في الاقتصاديين

<sup>15</sup> \_ انظر: د / عبد المجيد مطلوب \_ أصول الفقه الإسلامي \_ ص22.

<sup>16</sup> \_ انظر: الشاطبي \_ الموافقات ج2\_ ص 286.

<sup>17</sup> \_ سورة المؤمنون \_ الآية 71.

<sup>18</sup> \_ سورة التغابن \_ الآية 16.

<sup>19</sup> \_ انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج1ص14، مشار إليه لدى د/ عبد العزيز سمك \_ مبدأ البراءة الأصلية \_ ص55.

<sup>20</sup> \_ انظر: ابن القيم \_ أعلام الموقعين ج3\_ ص 3.

الرأسمالي والاشتراكي، بل أن هناك اقتصاداً ثالثاً، هو الاقتصاد الإسلامي الذي يبدو أنه سيسود في عالم المستقبل، لأنه أسلوب كامل للحياة ، يحقق كافة المزايا ، ويتجنب كافة المساويء<sup>21</sup>.

و بدأت التنبؤات بالتحقق حيث بدأت إحدى جامعات فرنسا الكبرى (جامعة دوفن Dauphin الفرنسية) في عام 2010 بإدراج درجة الماجستير في البحث في نظام التمويل الإسلامي، بعد أن ثبت نتيجة الأزمة العالمية الكبرى عام 2009 أنه من أفضل الأنظمة الاقتصادية في العالم، وهذا وسط دعوات وزيرة الاقتصاد الفرنسية لتطوير التشريعات في فرنسا بحيث تسمح لاستثمارات أجنبية في مجال التمويل الإسلامي<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> \_ انظر: د / خميس أبو بكر \_ العدالة الاجتماعية \_ ص382.

<sup>22</sup> \_ صحيفة الوفاق السعودية \_ عدد 3463 للسنة الثالثة عشر \_ الأحد 2009/10/11 \_ ص 10.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. ليس من مبادئ المذهب الفردي:
  1. أولوية العقد على القانون.
  2. انتشار الاقتصاد الحر.
  3. أولوية القانون على العقد.
  4. عدم تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية.

### الجواب الصحيح رقم 3.

2. القاعدة القانونية الإسلامية:

1. تبنى على حماية حقوق الأفراد بشكل مطلق.
2. تبنى على المصلحة الاجتماعية ولو على حساب المصلحة الفردية.
3. تبنى على المصلحة العامة وجوداً وعدماً.
4. يرمى فيها جلب المصالح قبل دفع المفسد.

### الجواب الصحيح رقم 3.

## الوحدة التعليمية السابعة

### فلسفة القيم القانونية Philosophy of legal values

#### الكلمات المفتاحية:

ظاهرة القانون \_ تعريف القانون \_ ارتباط القانون بالعلوم.

#### الملخص:

عندما رأينا في الوحدة السابقة عدم قدرة المذهب الفردي والاجتماعي في التوفيق بين مصالح الأفراد ومصالح المجتمع، لذلك اتجهنا في هذه الوحدة للحديث عن فلسفة القيم التي تحدد القيم القانونية التي تعتبر غايات أساسية يسعى القانون إلى تحقيقها ، ورجحنا قيم العدالة والمصلحة العامة والتضامن الاجتماعي على غيرها، وشرحنا قيمة المصلحة العامة كغاية للقانون بين الفقه القانونية والفقه الإسلامي.

#### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

1. ينصب تركيز الطالب في هذه الوحدة بشكل أدق وأكبر على القيم الأساسية في المجتمع كغايات يجب أن تسعى كل قاعدة قانونية إلى تحقيقها.
2. بيان غاية المصلحة العامة كقيمة قانونية أساسية تهدف إلى جلب المنافع للناس ودفع المفساد ورفع الحرج والضييق عنهم.

## عدم القدرة على الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي

بعد أن تبينّت سلبيات وتطرف كل من المذهبين الفردي والاجتماعي، وبالتالي عدم إمكانية الركون إليهما لتحديد غاية القانون والقيمة الأسمى التي يسعى إليها، لذلك اتجهت الدول مؤخراً إلى عدم الأخذ بأي من المذهبين الفردي أو الاجتماعي على إطلاقه وحاولوا الجمع بينهما بما يؤدي إلى تلافي التطرف الموجود في كل منهما، إلا أن جوهر المذهب أي ترجيح القيمة الفردية أو الاجتماعية المطلقة بقي قائماً وبالتالي بقي الكثير من السلبيات، لذلك تم الاتجاه بعيداً عن هذين المذهبين، نحو ما يسمى **بفلسفة القيم القانونية** التي تحاول أن تحصر الأهداف والغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها حتى يُصار إلى قياسها من خلال تقييمها واختيار أكثرها جدارة في إسباغ قوة القانون عليها وحمايتها.



## ماهية القيم القانونية Legal values

### أولاً- تعريف القيمة القانونية:

تعرف القيم: بأنها عبارة عن المثل العليا لما يجب أن تكون عليه الحياة ، والمعايير التي يقاس بها ما هو كائن للارتقاء به إلى ما يجب أن يكون<sup>1</sup>.

وحيث أن أساس الإلزام في القاعدة القانونية هي الغاية التي يسعى إلى تحقيقها (باعتبار أن الغاية هي التي تخلق القانون) فتكون القيمة القانونية هي المثل الأعلى لكل غاية يسعى إليها القانون.

\_ ورأينا أن المذاهب القانونية الشكلية التي تقوم على الوضعية القانونية، وتربط بين القانون والدولة، ترى أن القانون لا يهتم إلا بالحقائق الثابتة من تشريعات وأحكام قضائية أو أعراف محددة ، وأنه لا يهتم على الإطلاق بالقيم والمثل العليا.

\_ في حين يرى فقهاء القانون الطبيعي بضرورة أن يستهدي المشرع في كل دولة بمجموعة من القيم والمثل ومبادئ عليا للعدل فيما يسنه من قوانين.

\_ حديثاً يرى الكثير من فقهاء الوضعية القانونية من أمثال الألماني رئيس جامعة Oxford هربيرت هارت<sup>2</sup>، أن القانون الوضعي يجب أن يتوافق مع مبادئ القانون الطبيعي، إلا أنهم ينظرون إلى القانون الطبيعي المتوافق مع طبيعة الإنسان وخصائصه، وليس القانون الطبيعي الفوقي الذي يعلو على القانون الوضعي<sup>3</sup>، ولهذا نجد أن الاتجاهات الحديثة تربط بين القيم والقانون، فلا يعتبر القانون قيمة في ذاته، وإنما بقدر توافقه وانسجامه مع مجموعة من القيم الأساسية التي سنراها تباعاً، وعلى رأسها العدالة الاجتماعية.

<sup>1</sup> \_ انظر: د / أحمد إبراهيم حسن \_ غاية القانون \_ ص 116.

<sup>2</sup> \_ Herbert Hart (1907/1992), Professor of Jurisprudence at Oxford University.  
[http://en.wikipedia.org/wiki/H.\\_L.\\_A.\\_Hart](http://en.wikipedia.org/wiki/H._L._A._Hart).

<sup>3</sup> \_ انظر: د / أحمد إبراهيم حسن \_ غاية القانون \_ ص 113.



## ثانياً - تعدد القيم القانونية:

رأينا سابقاً أن القانون كان يستهدف على مر التاريخ وتغير المجتمعات عدة غايات مباشرة اعتبرها المجتمع قيماً ومثلاً عليا يجب تحقيقها ، وهي كالآتي:

أولاً\_ يعتبر أداة لتحقيق الأمن والنظام العام في المجتمع والمحافظة عليه.

ثانياً \_ يعتبر أداة لحماية الحرية الفردية وتحقيق المساواة والعدالة بين أفراد المجتمع.

ثالثاً \_ يعتبر وسيلة لتحقيق المصلحة العامة والتضامن الاجتماعي، فمن خلاله يتم تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع والتوفيق بين المصالح المتعارضة في إطار تحقيق المصلحة العامة في المجتمع.

رابعاً\_ يعتبر وسيلة لتحقيق الخير العام والتقدم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي.

وبالتالي تعددت القيم القانونية لدى فقهاء القانون، فكانت الخير عند أفلاطون، والعدالة عند أرسطو، والنظام عند شيشرون، والسلام عند القديس أوغسطين، والخير العام عند القديس توما الإكويني، والسلطة عند أوستن، والأمن عند هوبز، والمساواة الديمقراطية عند جان جاك روسو، والمنفعة عند بنتام و ميل<sup>4</sup>، والدولة عند هيجل، والملاحظة والتجربة عند أوجست كونت، واليقين عند بيكون، والتضامن الاجتماعي عند ديجي، والمصالح الاجتماعية عند إهرنج و باوند.

ورغم أننا ابتعدنا في فلسفة القيم كأهداف قريبة للقانون عن الصراع الإيديولوجي بين المذاهب الفردية والاجتماعية، إلا أن هذه القيم قد تتعارض فيما بينها، فهل الأمن أولى بالرعاية أم الحرية ؟ هل النظام أهم أم العدالة ؟.

➤ الترتيب بين القيم عند التعارض:

وجد بعض الفقهاء ضرورة قصر القيم المقترحة كغاية مثالية للقانون على ثلاث قيم: الأمن Security، والعدالة Justice، والخير أو الصالح العام General welfare<sup>5</sup>، باعتبار أن التعارض بينها ليس

<sup>4</sup> \_ Ross Harrison, Bentham, published by Routledge, Cambridge 1983.

<sup>5</sup> \_ Gustav Radbruch (1901/1949), Rechtsphilosophie, Heidelberg 1932.  
[http://en.wikipedia.org/wiki/Gustav\\_Radbruch](http://en.wikipedia.org/wiki/Gustav_Radbruch)

جوهرياً ، ويمكن أن تحقق التناسق داخل التنظيم الاجتماعي ، وهناك من أضاف إليها التضامن والأخلاق والنظام<sup>6</sup>.

وبدورنا نعتقد بأولوية قيم العدالة Justice والمصلحة العامة General Interest والتضامن الاجتماعي Social Solidarity ، فالأمن والنظام وإن كان البعض يوليه الاهتمام من أجل تنظيم العلاقات الاجتماعية، إلا أن هناك من يرفض هذا الاهتمام إذا ما تعارض مع العدالة لأن الأمن والنظام بدون عدالة هو مجرد فوضى<sup>7</sup>، وهذا مصداق قول الشاعر حافظ ابراهيم في وصف الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلسان حال رسول كسرى فقال:

**أمنت لما أقمت العدل بينهم فمنت نوم قرير العين هانيها**

فالأمن هو نتيجة لإقامة العدل، وبالعدل والمساواة يتحقق الخير العام وتضامن المصالح الاجتماعية، وبذلك يتحقق التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع، فالعدالة هي روح النظام القانوني والغاية الأسمى التي يجب المحافظة عليها.

يقول الدكتور عبد العزيز سمك: " أن الأمن هو وليد الإيمان " فالله سبحانه وتعالى شرع للناس ما يبعث الأمن والطمأنينة بينهم فقال: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ﴾<sup>8</sup> ولما كان الإيمان هو عدل الله وشرعه، بالتالي يكون الأمن هو وليد العدالة.

وقد يرجح البعض الأمن على العدالة في نواحي:

\_ الأمن كان مرجحاً من الناحية التاريخية في المجتمعات البدائية فحسب، حيث يكون اهتمام الناس وغايتهم تحقيق الأمن، حتى إذا ما تم استقرار الأمن أصبحت العدالة واجبة<sup>9</sup>.

ومع تقدم المجتمعات نحو الحضارة تتطور غاية القانون من الانتقام إلى الردع لحماية المجتمع وتخليصه من المجرمين، ثم أصبحت غاية القانون والجزاءات التي يوقعها إصلاحية تعويضية تحاول إقامة العدل وتهدف إلى تحقيق الخير والمصلحة العامة للأفراد، والمضي نحو إصلاحهم إلا بالنسبة للجرائم الخطيرة التي تقتضي إنزال العقوبات الرادعة.

\_ كما أن الأمن قد يكون ضرورياً لحماية العدالة وإقامة وحفظ النظام، وعندها تكون العدالة موجودة إلى جانب الأمن الذي يطبق ضد من يحاول أن يخرق النظام ويعيق العدالة، فلا يمكن تحقيق العدالة أحياناً

<sup>6</sup> \_ انظر: محمد تقي المدرسي\_ التشريع الإسلامي ج3\_ب3 ف4.

<sup>7</sup> \_ Henri Batiffol, La philosophie du droit, p 95/98.

<sup>8</sup> \_ سورة الأنعام الآية 82، انظر: د/عبد العزيز سمك\_ الحبس الاحتياطي في الفقه الإسلامي \_ ص369.

<sup>9</sup> \_ انظر: السيد محمد تقي المدرسي \_ التشريع الإسلامي \_ ج3 \_ ب3 ف4.

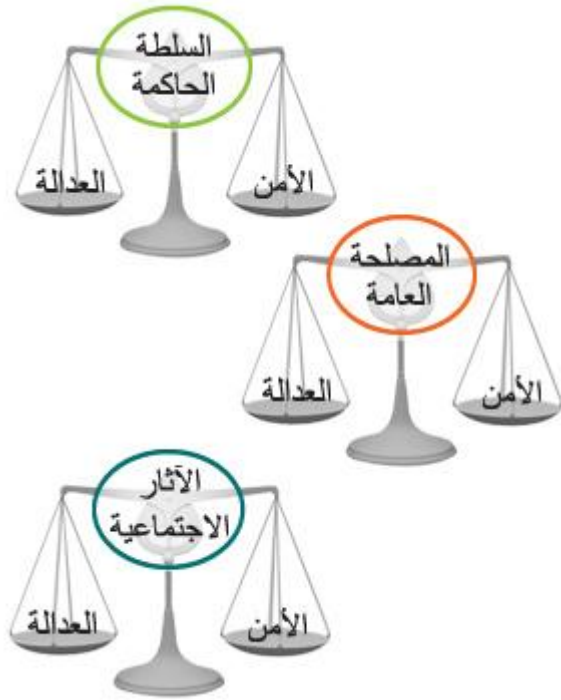
دون فرضها بالقوة عند الاقتضاء، وهذا مصداق قوله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾<sup>10</sup>.  
فكانت غاية الرسالات إقامة العدل بين الناس، ولا بد لذلك من قوة تفرض هذا العدل، لذلك أنزل الله الحديد لفرض شرعه وإقامة عدله، فقال ابن كثير في تفسير الآية (وأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ) أي جعلناه رادعاً لمن أبى الحق وعانده بعد قيام الحجة عليه<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> \_ سورة الحديد \_ الآية 25.

<sup>11</sup> \_ انظر: ابن كثير \_ تفسير القرآن العظيم \_ ج 4 \_ الآية 25 من سورة الحديد.

### ثالثاً- معيار التوفيق والترجيح بين القيم القانونية:



يقرّ الفقهاء بصعوبة التوفيق بين القيم القانونية والمصالح والترجيح بينها عند تضاربها، لتعلق ذلك بأمور فلسفية واجتماعية وسياسية معقدة<sup>12</sup>، ترتبط بالنظام السياسي الحاكم ، وبطبيعة وظروف المجتمع، و بالتكوين الاجتماعي والنفسي للأفراد في المجتمع، فنرى أن الأنظمة الشمولية تُعنى بتحقيق الأمن والاستقرار ولو كان ذلك على حساب قيمة العدالة، في حين أن الأنظمة الديمقراطية تحاول التوفيق بين هذه القيم وإن كانت تميل نحو تغليب العدالة كلما سنحت لها الظروف الاجتماعية.

\_ فهناك من يعطي الترجيح بين القيم **للسلطة الحاكمة**، وهو ما تؤيده المذاهب الشكلية، ومنهم من يرى أن معيار الترجيح وتفضيل قيمة على أخرى هو أفضلية النتائج التي تحدثها هذه القيمة في المجتمع، فالقانون يخضع في تقييمه **للآثار الاجتماعية التي يترتبها**، وكان جرمي بنتام أول من دعى إلى الاعتداد بالنتائج في مجال الهدف أو الغاية<sup>13</sup>، وذلك في معرض مذهب النفعية الذي نادى به. وهناك من قال بنظرية **المصلحة العامة** كمعيار للترجيح بين القيم القانونية، وهو ما ينادي به العميد باوند Pound وهذا ما سيناقد في الفرع التالي.

<sup>12</sup> \_ Roscoe Pound, An Introduction to The Philosophy of Law, p 59.

<sup>13</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Jeremy\\_Bentham](http://en.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham)

## نظرية المصالح العامة كغاية للقانون وكضابط للقيم القانونية

أولاً- فقه المصالح عند روسكو باوند:

عندما نتكلم عن نظرية المصالح تستدعينا الأفكار إلى فلسفة المصالح عند إهرنج التي طوّرها ونمّاها باوند، حيث تبلورت لدى العميد روسكو باوند Pound فكرة المصالح كقيمة قانونية يجب أن يهتم بها المشرع وكمعيار تقاس به القواعد القانونية لتقييمها وإضفاء الحماية القانونية عليه، وقد تأثر باوند بفلسفة بنثام وإهرنج وأخذ منهما فكرة المصلحة Intérêt/Interest التي هي العنصر الأساسي في حياة القانون، فنظر إلى الحق على أنه مصلحة يحميها القانون<sup>14</sup> وهو نفس تعريف إهرنج Ihering للحق، كما اعتبر باوند Pound أن دراسة غاية القانون تهدف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الوفاء بالحاجات والمصالح الاجتماعية بدلاً من تحقيق أكبر قدر ممكن من إثبات الذات البشرية، وهذا ما قلنا عنه سابقاً الاتجاه الوظيفي الاجتماعي في غاية القانون، أي النظر إليه باعتباره وسيلة لتحقيق المصالح الاجتماعية وليس تحقيق ما للإرادة من سلطان، ويكون ذلك عن طريق قياس القواعد والمذاهب والنظم القانونية وتقييمها بقدر تحقيقها للمصالح الاجتماعية، وهذا الضابط بقياس قيم المصالح يكون عن طريق تجريدتها وتصنيفها ومن ثم تقييمها.

إلا أن هذه العملية كما أكد باوند Pound هي عملية صعبة ترتبط بقضية فلسفية سياسية واجتماعية، فيقول باوند" إذا كان أصحاب مذهب النفعية الاجتماعية يقولون: زنوا المصالح المختلفة بالنسبة لغاية القانون، ولكن هل أعطيت لنا غاية مطلقة للقانون؟ وهل غاية القانون تختلف عن عمل ما يمكن عمله للوفاء بالرغبات البشرية؟" لذلك نجد باوند ينظر إلى القانون على أنه وفاء بأكبر قدر ممكن من الحاجات أو المصالح البشرية بأقل قدر من التضحية بالحاجات والمطالب الأخرى، فعرف القانون كما أوضحنا سابقاً على أنه « علم الهندسة الاجتماعية الذي يتحقق من خلاله تنظيم العلاقات الإنسانية داخل المجتمع المنظم تنظيمياً سياسياً »<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> \_ انظر: د / إبراهيم أبو الغار \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص 148.  
Clarence Morris, the great legal philosophers, p536.

<sup>15</sup> \_ Clarence Morris, the great legal philosophers, p532.  
Roscoe Pound, an Introduction to The philosophy of law, p57/61.  
Pound, justice according to law. 1952, P30.

مشار إليه لدى: د / محمود أبو زيد \_ المرجع السابق \_ ص 27.

\_ كما ذهب الأستاذ هيك Heck في كتابه " فقه المصالح " بأن دور القانون يكون في حماية المصلحة الاجتماعية ، وحتى يقوم بذلك لابد من تقييم المصالح التي يستهدفها التنظيم القانوني وذلك بإصدار حكم قيمي عليها Valuable Judgement ، ويتم من خلال هذا التقييم الإسهام في بناء النظام الاجتماعي المنشود<sup>16</sup>.

➤ اعتقاد المؤلف بقيمة المصلحة العامة كقيمة قانونية:

وباعتقادنا وإن كانت نظرية فقه المصالح تنظر إلى القانون والواقع الاجتماعي بنظرة واقعية عملية تجريبية كبيرة ، فلا أحد ينكر وجوب أن يهدف القانون إلى تحقيق المصالح الاجتماعية بعد تجريدها وتقييمها ، إلا أن باوند نفسه قد أقر أن العملية هي عملية صعبة لارتباطها بفلسفة سياسية واجتماعية ، ولهذا فإننا نعود إلى نقطة البداية في الحديث عن غاية القانون، فكيف تقيس المصالح وعلى أي أساس ؟ إذ لابد في كل عملية قياس من تطبيق قواعد و وحدات قياسية معينة حتى تكون عملية القياس صحيحة ومنضبطة معها.

فهل نلجأ في تحديد قيمة المصلحة وقياسها بالنسبة إلى مبادئ القانون الطبيعي والمثل العليا أم إلى إرادة المشرع، أم إلى أعراف وتقاليد اجتماعية تاريخية متوارثة أم إلى قواعد دينية أم...؟ وبالتالي فإن قيمة المصالح الاجتماعية هي قيمة جديدة بأن تكون غاية للقانون إلا أنها شكل برآق يحتاج إلى تحديد موضوعه، حتى يتفق الشكل مع الجوهر في تحديد غاية القانون.

ولهذا يُضاف إلى المصلحة الاجتماعية كلمة العامة، أي التي تجمع وتوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية، فالمصلحة العامة هي ذات مجموع حقوق ومصالح الأفراد وليست حقيقة موضوعية منفصلة عنها، وبالتالي يجب على المشرع أن يبحث عن أوسع اتفاق ممكن بين المصالح، وبذلك لا تكون حقوق الأفراد ضحية المصلحة العامة، ولا تكون المصلحة العامة مطية لدكتاتورية بعض الحكام ، فيجب على المشرع كما يقول هنري باتيفول إيجاد أكبر وأوسع اتفاق ممكن بين هاتين المصلحتين، لأن التضحية ببعض الحقوق أو الحاجات باسم الخير العام أو المصلحة الاجتماعية أمر غير مقبول أخلاقياً، إما للمبالغة فيها أو لعدم تناسب هذه التضحية مع النتيجة التي تؤول على المجتمع، ففي أيام الحرب يطلب من الفرد التضحية بروحه ليفدي المجموع لأن الخطر متناسب، ولكن فرض

<sup>16</sup> \_ انظر: د / إبراهيم أبو الغار \_ علم الاجتماع القانوني \_ ص 151 مشيراً إلى:

Heck, Philip, the Jurisprudence of Interests, p 31.

التضحيات في أيام السلم دون التناسب أو التوازن من النتائج التي تعود على الجميع هو أمر غير مقبول<sup>17</sup>.



فعلى سبيل المثال في دعوى إنهاء العلاقة الإيجارية القديمة التي ابتدعتها قانون الإيجار السوري الجديد رقم 2001/6 عندما فرض على المالك التضحية بنسبة 40% من ملك المأجور إذا أراد إنهاء الإيجار وإخلاء المأجور، فهل هذا التنازل سيتناسب مع ما سيعود على المجتمع من النفع والخير العام؟ أم سيعود على فئة من المجتمع دون الأخرى.

صحيحاً أن الواجب الأخلاقي والديني والوطني يفرض على الأفراد تغليب نزعة التضحية والإحسان على نزعة حب التملك والخلود، وهنا يلتقي القانون مع الأخلاق في إعلاء شأن المجتمع ورفيقه الحضاري، إلا أن هذه التضحية (أو تجاوز الحقوق والمصالح الفردية) يجب أن يكون بطيب نفس من الأفراد، وهنا يقوم واجب الدولة بتوعية الشعب بالمصالح العامة، ووجوب العمل في حدودها وبقدرها، حتى ينهض الوجدان القانوني للمجتمع الذي لا يقوم أي بناء قانوني إلا به.

<sup>17</sup> \_ Henri Batiffol, La Philosophie Du Droit, p 98/103.

وانظر: السيد محمد تقي المدرسي \_ التشريع الإسلامي (مناهجه ومقاصده) \_ ج 3 \_ ب 3 ف 4.

## ثانياً- بناء قواعد التشريع الإسلامي على المصالح:

أجمع جمهور الفقهاء على أن الأحكام الشرعية هي أحكام معللة بمقاصد ومصالح معينة ما عدا أحكام العبادات، كما أن التشريع الصادر بمقتضى السياسة الشرعية يجب أن يقوم على مصالح الشعب، فالقاعدة الفقهية أن « تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة »<sup>18</sup> قال السيوطي (في الأشباه والنظائر) إن هذه القاعدة نص عليها الإمام الشافعي وقال: " منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم "، وأصل هذه القاعدة كما يقول السيوطي وابن نجيم ، ما قاله الخليفة عمر رضي الله عنه « إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استغففت»<sup>19</sup>، ومن الأحكام التي بنيت على المصلحة في عهد الخليفة عمر رضي الله عنه، عدم تقسيم الأرض عند فتح العراق، وإسقاط سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات، وإيقاع الطلاق الثلاث. فالأحكام في الشريعة الإسلامية إنما تهدف إلى تحقيق المقاصد العامة للشارع في حماية مصالح الناس ودفع المفاسد عنهم، وتحقيق ذلك يكون بتحقيق مقاصد الشرع الثلاث الضرورات والحاجات والتحسينات<sup>20</sup>: ضروريات: ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منها لاستقامة مصالحهم، فإذا اختلفت اختل معها نظام الحياة ولم تستقم المصالح<sup>21</sup>، وحاجيات: وهي ما يحتاج إليه الناس لليسر والسعة وتحمل مشاق التكليف وأعباء الحياة ، فإذا اختلفت لا يختل نظام الحياة كما في الضروريات وإنما يقع الناس في الحرج والضيق، وتحسينات: ما فيه تحسين وتجميل لأحوال الناس، وترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات، ولا يراعى تحسيني إذا كانت مراعاته إخلالاً بحاجي، ولا يراعى أحدهما إذا كانت مراعاته إخلالاً بضروري<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> \_ راجع المادة 58 من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>19</sup> \_ انظر: السيوطي \_ الأشباه والنظائر \_ ص278.

<sup>20</sup> \_ انظر: د/ عبد العزيز سمك \_ الاجتهاد في عصور التشريع المختلفة \_ ص 104.

<sup>21</sup> \_ والأمور الضرورية للناس هي مقاصد الشرع الخمس: حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال، انظر: الشاطبي \_ الموافقات

ج2\_ص 266/265، د/ يوسف القرضاوي \_ السياسة الشرعية \_ ص263.

<sup>22</sup> \_ انظر: الشاطبي \_ الموافقات ج2 \_ ص 270، عبد الوهاب خلاف \_ أصول الفقه \_ ص 156.



والمصلحة إما أن تكون جلب منفعة أو دفع مضرة، فالقاعدة الفقهية هي أن « الحكم يبني على المصلحة وجوداً وعدمًا » فإذا وجدت المصلحة التي هي مناط التشريع وجد الحكم وإذا انتفت انتفى الحكم، و بالتالي قد تتغير الأحكام المبنية على المصالح بتغير الأمكنة والأزمان<sup>23</sup>.

واتخذ التشريع الإسلامي في سبيل تحقيق مصالح الناس أساس التيسير والتخفيف ورفع الحرج، فرفع الله كل أمر أو مسألة تشق عليهم وتوقعهم بالضيق والحرج، فقال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا﴾<sup>24</sup>، وقال سبحانه وتعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾<sup>25</sup>، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>26</sup>.

فالقانون الإسلامي في مجال العقود أزال ما بها من شكليات وأقامها على الرضا تحقيقاً لمصالح الناس، كما أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بالتيسير والتسهيل على الناس في المعاملات المالية وغيرها فقال: «رحم الله عبداً سمحاً إذا باع ، سمحاً إذا اشترى، سمحاً إذا اقتضى»<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> \_ انظر: د / صبحي محمصاني \_ فلسفة التشريع في الإسلام \_ ص 198 وما بعدها.

<sup>24</sup> \_ سورة البقرة \_ الآية 286.

<sup>25</sup> \_ سورة البقرة \_ الآية 185.

<sup>26</sup> \_ سورة الحج \_ الآية 78.

<sup>27</sup> \_ رواه البخاري 2076، ابن ماجة 2203، مسند أحمد 416.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة:

1. القيمة القانونية:

1. هي تأكيد ذاتية الفرد وقيمه.
2. معيار لما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية.
3. هي القاعدة الطبيعية المثالية.
4. هي قيمة مطلقة لا تتغير بالزمان والمكان.

الجواب الصحيح رقم 2.

2. القيمة القانونية الأرجح في الأنظمة الدكتاتورية هي:

1. العدالة.
2. الأمن.
3. الحرية.
4. النظام.

الجواب الصحيح رقم 2.

## الوحدة التعليمية الثامنة

### العدالة الإجتماعية كغاية القانون

#### الكلمات المفتاحية:

العدالة \_ العدالة التبادلية \_ العدالة التوزيعية.

#### الملخص:

تبحث هذه الوحدة في قيمة العدالة كغاية رئيسية يجب أن تسعى كل قاعدة قانونية إلى تحقيقها، فبينما مفهومها وتعريفها وفق القانون الروماني والتشريع الإسلامي، وذهبنا باعتقادنا إلى ترجيح مفهوم العدالة الحقيقية الطبيعية المطلقة، وفق مبادئ ثابتة من حيث الزمان والمكان إلا ما يستثنى من أعراف وتقاليد خاصة في زمان ومكان معين.

#### الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

1. تكريس فكرة العدالة التي يجب على كل قاعدة قانونية أن تسعى إليها.
2. توضيح أن فكرة العدالة يجب أن تكون مطلقة لا تختلف باختلاف الزمان والمكان.
3. معرفة أن العدالة تطبق من خلال قواعد ومبادئ محددة وليس وفق عقل وأهواء الناس.

## العدالة الاجتماعية كغاية للقانون

تعتبر قيمة العدالة الاجتماعية الفضيلة الأخلاقية و الغاية الأساسية المثلى التي يسعى أو يجب أن يسعى القانون إلى تحقيقها بين الأفراد في المجتمع، وسنبحث هذه القيمة على مطلبين المطلب الأول يتناول تطور فكرة العدالة الاجتماعية وصلتها بالقانون، ثم نحاول أن نبين في المطلب الثاني مفهوم العدالة في الفقه الغربي ونظيره الإسلامي.

## العلاقة بين العدالة والقانون

**العدالة:** هي شعور كامن في النفس، يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستتير ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه<sup>1</sup>، مثال وجوب احترام العهود والمواثيق.

ولما كان القانون ماهو إلا مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الناس، كي يعيشوا بأمن وسلام، دون أن يقع أي ضرر من أحدهم على الآخر، وعلى نحو يعطى كل ذي حق حقه، فبالتالي تشكل **العدالة الاجتماعية الجزء الأكبر من مفهوم القانون** بل هي جوهر وغاية القانون.

وعُنتبت البشرية بفكرة العدالة منذ أن وجدت على وجه الأرض بقدرة الله عز وجل، الذي أرسل الرسل تنرا وأمرهم بإقامة العدل على الأرض والأمر به، فقال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾<sup>2</sup>، فما من أمة إلا وبحثت فكرة العدالة، حتى تيقن فقهاء العصر الحديث على أن العدالة هي من عناصر تكوين القاعدة القانونية، ومن هنا كانت العلاقة الوثيقة بين العدالة والقانون.

وكان شكل العدالة محل اتفاق بين الحضارات الإنسانية كلها، وهو إعطاء كل ذي حق حقه، ولكن ما هو هذا الحق ؟ هذا هو **جوهر العدالة** أي تحديد مضمونها الذي اختلف الفقهاء في تحديده بين من يعتبر هذا الحق مستمد من الآلهة أو من القانون الطبيعي أو من العرف والعادات والتقاليد أو من ضمير الملك أو من ضمير الجماعة أو من الدين، وهذا الاختلاف في جوهر العدالة ناتج عن العلاقة الوثيقة بين العدالة والقانون.

<sup>1</sup> \_ انظر: د / صوفي أبو طالب \_ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية \_ ج1\_ ص 240.

<sup>2</sup> \_ سورة الحديد \_ الآية 25، والميزان أي العدل، وليقوموا بالقسط أي بالحق والعدل، انظر في تفسير هذه الآية: ابن كثير \_ تفسير القرآن العظيم \_ ج4.

فقد ميّز اليونانيون بين ما هو عدل وحق بالطبيعة وبين ما هو حق وعدل بموجب التشريع، وانتقلت هذه الفكرة لدى الرومان الذين ميّزوا بين القانون بالطبيعة (أي بموجب قانون طبيعي أزلي) وبين القانون بموجب العرف والتشريع (أي القانون الوضعي) فاستعملوا كلمة الحق أو العدل للدلالة على القانون<sup>3</sup>، ولهذا نرى أن كثيراً من التشريعات ولاسيما التي أخذت من القانون الروماني تطلق كلمة الحق على القانون كما في التشريع الفرنسي Droit وفي الألمانى Rechts.

وتمثلت فكرة العدالة عند الرومان بإعطاء كل ذي حق حقه، التي قال بها أرسطو<sup>4</sup>، فقد أيد أرسطو فكرة أفلاطون في أن العدل هو وضع يبقى فيه كل شخص في نطاق الوظيفة التي أوكلت إليه، ولكنه رأى أنه لأجل تصنيف الناس لا بد أن نأخذ بعين الاعتبار التفاوت الموجود بينهم فيعامل كل فرد حسب استحقاقه<sup>5</sup>.

وقد عرف جوستينيان العدالة في مدونته<sup>6</sup> بأنها: **الهدف المحدد والثابت الرامي لإعطاء كل فرد حقوقه التي يكفلها النظام الاجتماعي**، ويرى باوند pound أن هذا المفهوم هو تطوير للفكرة اليونانية للعدالة والقانون بأنهما يرميان إلى الحفاظ على الوضع الاجتماعي القائم<sup>7</sup>، كما عرفها الفقيه أولبيانوس بأنها « هي إرادة دائمة لإيفاء كل ذي حق حقه، ومبادئ القانون ثلاثة: أن نعيش بشرف وألا نضر أحد وأن نؤتي كل ذي حق حقه »<sup>8</sup>، وهذا يتفق مع تعريف الرومان (على لسان شيشرون ونقله سيليسوس و أولبيانوس) للقانون على أنه فن الخير والعدل<sup>9</sup>.

وهناك الكثير من القواعد والمبادئ القانونية عند الرومان وغيرهم التي تم تعديلها لكي تتوافق مع قواعد العدالة، منها في مجال العقود الأخذ بمبدأ حسن النية الذي يوجب الوفاء بالتعهد ولو لم يفرغ في قالب شكلي، كما تم إعلاء شأن المعنى على المبنى (اللفظ) إلى أن تم الاعتراف بالرضا وحده لإنشاء العقود الرضائية الأربع وهي ( البيع والإيجار والشركة والوكالة ) كما كان من أثر العدالة في القواعد

<sup>3</sup> p 30. « An Introduction to the Philosophy of Law » Roscoe Pound

<sup>4</sup> p 90. « Summa Theologica » 10. Saint Thomas Aquino. 1. Digest p48/49.

<sup>5</sup> « An Introduction to The Philosophy Of Law » Roscoe Pound

<sup>6</sup> p1. « Cambridge » Harvard University, Macmillan & co 1855 « by William Grapel. The Institutes of Justinian

<sup>7</sup> p 50. « An Introduction to The Philosophy Of Law » Roscoe Pound

<sup>8</sup> انظر: أستاذنا الدكتور / صوفي أبو طالب \_ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية \_ ج1\_ ص 242.

<sup>9</sup> « The American philosophy society » Encyclopedia dictionary of Roman law « Adolf Berger

Philadelphia 1991 « p525.

القانونية أن عبر بعض الفقهاء عن رفضهم للمبدأ القانوني القديم القاضي بالتمسك بحرفية النصوص، فقال خطيبهم شيشرون (106/44ق.م) " **المغالاة في الحق منتهى الظلم**"<sup>10</sup> لذلك ظهر الاتجاه الذي يوجب مراعاة العدالة والمصلحة العامة في تفسير النصوص، والأخذ بإرادة الأطراف الحقيقية دون النظر إلى الألفاظ المستعملة، فتكرس مبدأ " **العبرة بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني** " الذي استقر منذ القرن الثالث الميلادي<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> \_ Pascal Pensees،Blaise Pascal، 1660، republished by Forgotten Books 2008، p 261.

<sup>11</sup> \_ انظر: د / صوفي أبو طالب \_ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية \_ ج1\_ ص 248.

## مفهوم العدالة The Concept of Justice

### بين الفقه الغربي والتشريع الإسلامي

تعرف العدالة في اللغة على أنها: ما قام في النفوس أنه مُستقيم وهو ضدُّ الجور، والعدلُ: الحُكم بالحق يقال: هو يَقْضي بالحق و يَعْدِلُ، وهو الإنصاف، أي بإعطاء المرء ما له وأخذ ما عليه<sup>12</sup>. أما بالنسبة لمصطلح العدالة الاجتماعية فهو مصطلح حديث نسبياً بعد أن تزايد الاتجاه الوظيفي في دراسة القانون، وبالتالي العدالة تشكل جوهر وغاية أساسية للقانون.

#### أ- مفهوم الفقه الغربي عامة وأرسطو خاصة للعدالة

لما كانت الدولة عند أرسطو تمثل الكيان الاجتماعي الأكبر السياسي والطبيعي الذي لا يستطيع الإنسان أن يعيش بدونه، فيكون هدف هذه الدولة هو تحقيق السعادة للإنسان، وهذه السعادة التي يؤمنها التجمع السياسي لا تتحقق إلا إذا كانت الفضيلة Virtue تعمُّ المجتمع بأسره أفراداً وسياسيين، وقد رأى شيشرون في العدالة بأنها تحمل معنى الفضيلة، ولهذا عرفها بأنها " عادة ايتاء كل ذي حق حقه".

يقول مونتسكيو في صدد تأكيد مفهوم العدل الطبيعي الذي نادى نظرية القانون الطبيعي " أن القول بعدم وجود عدل أو جور غير ما تأمر به القوانين الوضعية أو تنهى عنه هو قولٌ بعد تساوي جميع أنصاف قطر الدائرة قبل رسمها"<sup>13</sup>.

#### أولاً: تمييز أرسطو بين مفهومين للعدالة عام وخاص<sup>14</sup>:

**1 \_ العدالة العامة:** هي العدالة القانونية Legal Justice أي سيادة القانون في المجتمع، وهي بهذا المعنى مرادفة لفضيلة الأخلاق وتشمل كل الفضائل، وهي الأساس الذي يجب أن تقوم عليه الدولة لتحقيق الغاية منها وهي الخير العام للمجموع والخير الخاص لكل فرد.

<sup>12</sup> \_ انظر: المعجم الوجيز \_ مجمع اللغة العربية \_ وزارة التربية والتعليم \_ ط 1994 ص 409، لسان العرب لابن منظور ج9 مادة عدل.

<sup>13</sup> \_ Montesquieu، the spirit of laws، vol 1، p2.

<sup>14</sup> \_ Aristotle، The Nicomachean Ethics of Aristotle، p xxxvi، B v، p207. و انظر: د / إبراهيم حسن \_ غاية القانون \_ ص 137.

والعدل العام بهذا المعنى هو العدل الاجتماعي الذي يوجب تحقيق الصالح العام، واحترام وإطاعة القوانين، إلا أن ذلك لا يعني أن أرسطو قد اعتبر العدل في القانون الوضعي، وإنما ميز ما بين العدل في ذاته وهو القانون الطبيعي الموجود في كل زمان ومكان وما بين العدل بموجب القانون الوضعي، ويجب على الأخير أن يستلهم قواعد ومبادئ القانون الطبيعي<sup>15</sup>.

**2 \_ العدالة الخاصة:** هي تعني المساواة والتناسب فيكون القانون عادلاً عندما يعطي لكل شخص حقه أو ما هو واجب عليه، كما يجب مراعاة التناسب عند مخاطبة الأفراد أثناء تنظيم سلوكهم. \_ وتعتبر المساواة والعمومية هما ركنا العدالة، فالمساواة Equality كما يذهب أرسطو هي جوهر العدالة Equity، كما أن العمومية توجب تطبيق القاعدة القانونية على كل من توافرت فيهم شروطها، إلا أن المساواة وإن كانت روح العدالة فإن الأخذ بها على الإطلاق يؤدي إلى ضرب مفهوم العدالة فظروف الأفراد وأوضاعهم و قدراتهم ليست على قدم المساواة، فهل يتم تجاهل ذلك نظراً لتساويهم في الجنس؟ لذا يقسم أرسطو العدالة الخاصة إلى عدالة توزيعية وعدالة تبادلية<sup>16</sup>:

### **1: العدالة التوزيعية Distributive Justice:**

ويتم بموجبها توزيع الحقوق والأعباء العامة على أفراد المجتمع، ولكن ليس على أساس المساواة الحسابية أو المطلقة فيما بينهم، وإنما على أساس المساواة التناسبية، التي تأخذ بعين الاعتبار اختلاف الأفراد في قدراتهم وحاجاتهم وكفاءتهم، كمنح العمال ذوي الأولاد زيادة في أجورهم إعانة لهم، وكفرض الضرائب التصاعدية حسب وعاء الضريبة.

وإذا كانت العدالة التوزيعية لا تعني المساواة الحسابية المطلقة بين الأفراد، إلا أنها تأتي أيضاً عدم المساواة المطلقة بينهم فالفروق بين المواطنين يجب أن تكون معقولة على أساس الاعتدال وهو الوسيط بين النقيضين، و تقع هذه المهمة على المشرع الذي يجب أن يستوحي العدل المتوازن دون

<sup>15</sup> \_ انظر: د / سمير تناغو \_ النظرية العامة للقانون \_ ص 134.

Aristotle, 'the Nicomachean Ethics of Aristotle', pp 135/136/137.

p xxxvii.

<sup>16</sup> \_ Aristotle, 'The Nicomachean Ethics of Aristotle',

St Thomas Aquino, 'Summa Theologica', p 124/125.

انظر: د/ سمير تناغو \_ النظرية العامة للقانون\_ص141، د/ محمد منصور \_ نظرية القانون \_ ص142.



محاياة لطبقة دون أخرى، وإلا استحال تطبيق العدل ومال القانون نحو الظلم<sup>17</sup>، ولهذا فإن تطبيق العدل التوزيعي يجب أن يُدعم بعدل آخر يحافظ عليه وهو العدل التبادلي.

## 2: العدالة التبادلية (أو التعويضية) Commutative Justice:

وتكون فيها المساواة الحسابية المطلقة على عكس العدالة التوزيعية، وهذه العدالة تراعى فيها قيمة الأشياء محل العلاقات الاجتماعية التبادلية سواء أكانت إرادية كالعقد أم غير إرادية كالفعل الضار أو الإثراء بلاسبب أو دفع غير المستحق، وذلك بصرف النظر عن ظروف كل من المتعاقدين، فمن يتصرف تصرفاً ضاراً بالغير يجب أن يعوض المتضرر بما يعادل الضرر، فيعاد الطرفان إلى حالة المساواة التي كانت بينهما قبل هذا الفعل.

**وختلاصة القول** فإن العدل التوزيعي يحكم توزيع الثروات والمزايا بين أفراد المجتمع على أساس المساواة النسبية غير الحسابية، في حين يحكم العدل التبادلي العلاقات المالية بين أفراد المجتمع سواء أكانت إرادية كالعقد أم غير إرادية كالعقد غير المشروع على أساس المساواة الحسابية المطلقة في قيمة الأشياء محل العلاقات بين الأفراد بصرف النظر عن ظروف هؤلاء الأفراد. وعلى أساس فكرة العدالة ظهرت العديد من المبادئ والقواعد القانونية في القانون، كمبدأ التناسب بين الغنم والغرم في المعاملات، ومبدأ الإثراء بلا سبب، والخطأ التعاقدية، وعدم التمسك بالتفسير الحرفي للنصوص.

وكما يقول الدكتور سمير تناغو<sup>18</sup>، فإنه لا توجد مسألة في نظرية الالتزام لا يمكن ردها إلى فكرة العدالة هذه، ولهذا كانت محط اهتمام فقهاء القانون قديماً وحديثاً، فتبنى المذهب الفردي فكرة العدالة التبادلية باعتباره يعتقد بتساوي الأفراد في الحقوق والواجبات ولهذا نادى بمبدأ سلطان الإرادة لتحقيقها، في حين تبنى المذهب الاجتماعي العدالة التوزيعية باعتباره يرى أن هدف النظام القانوني هو تحقيق أهداف ومصالح المجتمع وليس حماية الفرد وحقوقه، فالدولة هي التي تحتكر علاقات الانتاج وتقوم بتوزيعها وفق قاعدة تناسبية محكومة بإطار العدالة التوزيعية<sup>19</sup>.

Book ، published by Forgotten Book 2007، Translated by Benjamin Jowett 1885، Politics،Aristotle

17

p69/143. ،3/4

18 \_ انظر: د / سمير تناغو \_ النظرية العامة للقانون \_ ص142/143.

19 \_ انظر: د / فايز محمد حسين \_ نشأة فلسفة القانون \_ ص 100.

## ثانياً \_ المفهوم المطلق والمفهوم النسبي للعدالة:

وعلى الرغم من تسليم الفقهاء إلى أن قيمة العدالة هي غاية مثلى يجب أن يسعى كل قانون إلى تحقيقها، إلا أنهم يختلفون في تحديد مفهوم هذه القيمة.

ففي حين ينظر البعض إلى العدالة بمفهومها المطلق على أنها مثل أعلى للبشرية أو قيمة عليا تشمل جميع القيم، ولا تتغير باختلاف الزمان والمكان.

يرى البعض الآخر أن العدالة ذات مفهوم نسبي، وبالتالي تختلف من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر، فما هو عادل بالنسبة لشعب قد لا يكون عادلاً بالنسبة لشعب آخر<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> \_ فقد اعترف أرسطو باسم العدالة بوجود الرق، وبعدم أهلية المرأة، انظر: جورج ديل فيكيو \_ فلسفة القانون في إيجاز \_ ص 5.

## ب- مفهوم العدالة من منظور التشريع الإسلامي

نوهنا سابقاً أن الفقهاء والمشرعين على مر العصور أجمعوا على أن شكل وإطار العدالة وهي إعطاء كل ذي حق حقه، وتساءلنا ما هو هذا الحق؟ هنا تكمن المشكلة، وهنا يكمن جوهر العدالة. تعتبر فكرة العدالة هي فكرة غريزية (أي فطرية) مرتبطة بفكرة النظام (الأمن) الغريزية أيضاً، والنابعة من الكينونة الاجتماعية للإنسان كما بيّنا، حيث لا أمن ولا نظام بغير العدالة ولا يقال ثمة عدالة إذا لم تحقق الأمن والنظام في المجتمع، وهذه الغريزة قد فطر أي خلق الله عباده عليها.

إلا أن حب العدل لا يمكن أن يتحقق دون قواعد ونظم يسير عليها بني آدم فيعرفون من خلالها ما هو عدل وما هو ليس بعدل، ولهذا أنزل الله رسله إلى البشر ليهدوهم إلى صراطه المستقيم الحق العدل، لإقامة العدل وعمارّة الأرض فقال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾<sup>21</sup>، أورد ابن كثير في تفسير هذه الآية تعريف مجاهد وقتادة<sup>22</sup> وغيرهما للعدل على أنه: الحق الذي تشهد به العقول المستقيمة المخالفة للآراء السقيمة، (ويتابع ابن كثير بقوله) ولهذا قال تعالى في هذه الآية (لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ) أي بالحق والعدل وهو: اتباع الرسل فيما أخبروا به، وطاعتهم فيما أمروا به فإن الذي جاؤوا به هو الحق، كما قال تعالى: ﴿وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا﴾<sup>23</sup>، أي صدقاً في الإخبار وعدلاً في الأوامر والنواهي<sup>24</sup>.

وعُرفت العدالة في الفقه الإسلامي: بأنها ملكة راسخة في النفس تمنع من اقتراف الكبيرة أو الصغيرة الدالة على الخسة، أو مباح يخل بالمروعة، ومن غلبت طاعاته معاصيه كان عدلاً، وعكسه فاسق<sup>25</sup>.

ـ وعرف ابن حزم العدالة بأنها: هي التزام العدل والعدل هو القيام بالفرائض واجتناب المحارم والضبط لما روي وأخبر به<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> \_ سورة الحديد \_ الآية 25، والميزان أي العدل، وليقوموا بالقسط أي بالحق والعدل، انظر في تفسير هذه الآية: ابن كثير \_ تفسير القرآن العظيم \_ ج4.

<sup>22</sup> \_ مجاهد بن جبر (722/642م) تابعي مفسر من أهل مكة، الأعلام للزركلي \_ ج5\_ص278، قتادة بن دعامة (737/680م) مفسر للقرآن من أهل البصرة، المرجع السابق \_ ج5 \_ ص189.

<sup>23</sup> \_ سورة الأنعام \_ الآية 115.

<sup>24</sup> \_ انظر: ابن كثير \_ تفسير القرآن العظيم \_ ج4 \_ تفسير سورة الحديد الآية 25، ص373.

<sup>25</sup> \_ انظر: السيوطي \_ الأشباه والنظائر \_ ج2\_ص681، الشوكاني \_ إرشاد الفحول \_ ص51/52.

<sup>26</sup> \_ انظر: ابن حزم \_ الإحكام في أصول الأحكام \_ ج1 \_ ص152.

\_ وقال الإمام السيوطي أن اشتراط العدالة في صحة التصرفات ( كالشهادة، والولاية والقضاء...) تأتي من مصلحة حصول الضبط بها عن الخيانة والكذب والتقصير، إذ الفاسق ليس له وازع ديني، وبالتالي لا يوثق به<sup>27</sup>.

كما يرى ابن خلدون ضرورة سيادة العدالة في الاجتماع وال عمران البشري، إذ أن الظلم والاعتداء على الملكية يؤذن بخراب العمران المفضي لفساد النوع البشري<sup>28</sup>.

\_ فالعدالة هي أساس التشريع الإسلامي وجوهره، فقال تعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (58) سورة النساء، قال الطبري في تفسير هذه الآية أن هذا خطاب من الله إلى ولاة أمور المسلمين بأداء الأمانة إلى من ولوا أمره وبالعدل بينهم في القضية والقسم بينهم بالسوية...وبين معنى العدل فقال " بأنه حكم الله الذي أنزله في كتابه وبينه على لسان رسوله"<sup>29</sup>، وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ (8) سورة المائدة.

فالعدالة هي تنفيذ لحكم الله الذي جاءت به الشرائع السماوية وأوحى به الله عز وجل إلى أنبيائه ورسله، ولما كانت الشريعة الإسلامية هي جماع وتكملة لهذه الشرائع، فالعمل بها كما أجمع عليه الفقهاء هو تحقيق للعدل الذي أمر به الله تعالى، حيث قال الله عز وجل ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون \_ الظالمون \_ الفاسقون ﴾<sup>30</sup>.

- قواعد عملية يحقق من خلالها العدل في التشريع الإسلامي:

أتى الإسلام بالعدالة ليحارب الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية و السياسية الظالمة والسيئة التي كانت سائدة في المجتمع العربي في عصر الجاهلية وفق أسس ومبادئ محددة:

1- محاربة الفقر والخمر والزنا والربا والرشوة، فأمر بالزكاة والصدقة ومساعدة الجار والعطف على اليتيم، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فلم يأت دين أو تشريع بالتاريخ يقضي بالزكاة أو

<sup>27</sup> \_ انظر: السيوطي \_ الأشباه والنظائر \_ ج2 \_ ص 684، الشوكاني \_ إرشاد الفحول \_ ص53.

<sup>28</sup> \_ انظر: ابن خلدون \_ المقدمة \_ ص351.

<sup>29</sup> \_ انظر: تفسير الطبري \_ ج8 \_ ص 494.

<sup>30</sup> \_ المائدة \_ سور 44 \_ 47.

ضريبة الفقراء قبل الإسلام وإنما كانت الديانات السابقة تقضي بمبدأ الإحسان والصدقة لمساعدة الفقراء، حتى ظن بعض المستشرقين الذين لا عهد لهم بهذه الضريبة أن الإسلام هو حركة اشتراكية<sup>31</sup>.

علاوة عن ذلك في المال حق سوى الزكاة: حيث اجتهد ابن حزم واستنبط من النصوص أنه في مال الأغنياء حق أكثر من الزكاة إذا لم تكف الزكاة لرفع الفقر عن البائسين والمعوزين، فقال الله تعالى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾<sup>32</sup> وقال القرطبي في تفسير هذه الآية: فاستدل بها من قال: إن في المال حقا سوى الزكاة<sup>33</sup> وبها كمال البر، وقيل: المراد الزكاة المفروضة، والأول أصح، لما خرجه الدارقطني عن فاطمة بنت قيس قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن في المال حقا سوى الزكاة ثم تلا هذه الآية ليس البر أن تولوا وجوهكم إلى آخر الآية، حيث اتفق العلماء على أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة فإنه يجب صرف المال إليها<sup>34</sup>.

ويقول ابن حزم "وفرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك، إن لم تقم الزكاة بهم، ولا في سائر أموال المسلمين بهم، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك، وبمسكن يكنهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة"<sup>35</sup> فهو حق للفقراء على الأغنياء من الواجب على الدولة أن تنفذه وتجبي له الأموال إن لم تكف أموال الزكاة، ويستدل ابن حزم بالقرآن الكريم ومنه قوله الله تعالى: ﴿وَأَتَى ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ﴾<sup>36</sup>، و بما يرويه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأنه قال: «من لا يرحم الناس لا يرحم»<sup>37</sup> وعقب ابن حزم على هذا الحديث قائلاً: ومن كان على فضلة من المال ورأى أخاه جائعاً عرياناً ضائعاً فلم يغثه فما رحمه بلا شك<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> \_ انظر: د / إبراهيم عبد المجيد اللبان \_ العدل الاجتماعي تحت ضوء الدين والفلسفة \_ ص 69.

<sup>32</sup> \_ سورة البقرة \_ الآية 177.

<sup>33</sup> \_ فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام: « في المال حق سوى الزكاة » انظر: تفسير ابن كثير \_ البقرة/الآية 177، رواه الترمذي

\_ باب ما جاء في المال حق سوى الزكاة، الترمذي \_ دار الكتب العلمية.

<sup>34</sup> \_ انظر: تفسير القرطبي \_ الجامع لأحكام القرآن \_ دار الفكر \_ ج 2 \_ ص 224/224.

<sup>35</sup> \_ انظر: ابن حزم \_ المحلى \_ ج6/ط مكتبة دار التراث \_ القاهرة \_ المسألة 725.

<sup>36</sup> \_ سورة الإسراء \_ الآية 26.

<sup>37</sup> \_ أخرجه البخاري \_ 5997، ومسلم \_ 2318.

<sup>38</sup> \_ انظر: المحلى \_ ج6 \_ المسألة 725.

وعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: « من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له قال (أبو سعيد): فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل»<sup>39</sup>، وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: « إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقرائهم، فإن جاعوا أو عروا وجهدوا فبمنع الأغنياء، وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه » وقال ابن حزم وهذا هو إجماع الصحابة رضي الله عنهم<sup>40</sup>.

2- منع الغرر في العقود وإقامة التوازن بين طرفيها، دون أي محاباة لطرف على الآخر، فلا يجوز الإعفاء من المسؤولية التعاقدية في الفقه الإسلامي خلافاً للمادة 218 من القانون المدني السوري.

3- إقرار الملكية الفردية، ولكن ليس على أساس السلطان المطلق لصاحبها، وإنما جعل منها وظيفة اجتماعية لصالح المجتمع فتفرض عليها الضرائب وتجبى منها الزكاة، وتكون محلاً لأعمال البر والإحسان، ويكرس مبدأ أن الملك لله، وما للإنسان إلا مستخلف عليه في الأرض، أي أن الإنسان هو وكيل على ما تحت يده له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، في الحدود التي رسمها الوكيل الأصلي وهو الله مالك الملك، فقال تعالى:

﴿ وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾<sup>41</sup>.

﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾<sup>42</sup>.

﴿ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ ﴾<sup>43</sup>.

وبهذا نكون أمام مفهوم إلهي للملكية التي ترتبط بالعدالة والقانون ارتباطاً وثيقاً، هذا المفهوم يكون مفهوماً وسطاً بين المذهب الفردي و المذهب الاجتماعي (الاشتراكي)، فالملكية لم ولن تكون ملكية فردية مطلقة للإنسان، كما أنها ليست ملكية شائعة مشتركة بين أفراد المجتمع، وإنما هي

<sup>39</sup> \_ رواه مسلم \_ 1728، وأبو داود \_ 1663، وأحمد \_ 10900، وفضل الظهر أي ما وجد منه وزاد عن حاجة الشخص، و انظر:

د / إبراهيم اللبان \_ العدل الاجتماعي \_ ص71.

<sup>40</sup> \_ انظر: المحلى ج6\_ المسألة 725، د / خميس أبو بكر \_ العدالة الاجتماعية \_ ص 217.

<sup>41</sup> \_ سورة آل عمران \_ الآية 189.

<sup>42</sup> \_ سورة البقرة \_ الآية 30.

<sup>43</sup> \_ سورة الحديد الآية 7.

الله الواحد القهار، والإنسان إنما هو مستخلف عليها، وكيل يعمل في حدود الوكالة المحددة بموجب التشريع الإلهي دون مخالفة له.

4- رفع مستوى تفكير الإنسان من عبادة المادة والبشر إلى توحيد الله مالك الملك إله إبراهيم وموسى وعيسى ومحمد عليهم أفضل الصلاة والسلام، وبالتالي سعدت العدالة في الإسلام من المستوى الإنساني (أو الطبيعي وفقاً للقانون الطبيعي) إلى مستوى العدالة الإلهية وشتان بين عدالة من خلق ( الخالق المصور العادل ) وبين من خلق.

#### 5- العدالة الإلهية العملية الحقيقية:

كانت الشريعة الإسلامية فاتحة عهد اجتماعي وسياسي واقتصادي جديد على حياة العرب خاصة والعالم عامة، فقد مثلت حداً فاصلاً بين عهدين مختلفين من عهود التاريخ القانوني، فأصبح القانون إلهياً سماوياً مصدره الله عز وجل إله إبراهيم وموسى وعيسى والأنبياء جميعاً عليهم السلام، وذلك بنصوص وقواعد أنزلت مباشرة تقرأ وتطبق، وليس قواعد مكتوبة من البشر أو ميتافيزيقية (غيبية)، ولهذا لم يعد مفهوم العدالة الاجتماعية وفق التشريع الإسلامي، كما بيّناه سابقاً عند الإغريق والرومان ومن تبعهم من الفقهاء الغربيين على أنها إعطاء كل ذي حق حقه وفق النظام الاجتماعي بمفاهيم وقواعد مثالية و وهمية ليس لها أي تطبيق عملي، وكما صوره أرسطو في تحديده لمفهوم العدالة وتمييزه بين العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية، فهذه العدالة الأخيرة لا يمكن أن تكون عدالة حقيقية، لأنها تستند إلى قانون طبيعي غير موجود وفق الصيغة التي طرح فيها، أو لأنها ترتبط بالنظام الذي تطبق في ظله، وبالتالي فهي عدالة إنسانية من صنع البشر ونسبية قد تختلف من مجتمع لآخر، فهي مجرد أفكار عامة تخلو من مضمونها.

## - العدالة بمفهوم الديانة المسيحية:

\_ تبنى بعض فقهاء الدين المسيحي مفهوم العدالة وفق مبادئ عامة باعتبار أن الديانة المسيحية لم تشمل على الأمور الدنيوية أو المبادئ القانونية واقتصرت على نشر المبادئ الروحية و الأخلاقية<sup>44</sup>، حيث فصلت المسيحية بين الدين والدولة متبنية مبدأ (ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله) فهي ولدت في الشرق حيث كانت الشريعة الموسوية وهي شريعة منظمة لأمر الدين والدنيا، فافتقرت أيضاً إلى مضمون يكمل هذا البيان القانوني الذي استغرق بناؤه آلاف السنين، وقد تبلورت هذه الأفكار لدى القديسين سان أوغسطين وتوما الإكويني.

فقد رأى القديس سان أوغسطين Augustine (354/430م) مغلباً الإيمان على العقل " أن كل عدالة وكل قانون يرجعان إلى التشريع الخالد الأبدي لله"، فيقول إذا كان الرومان يعتبرون أن العدالة تكون بإعطاء كل شخص ما يخصه، فما هي العدالة التي لا تعطي لله ما له؟ وكيف نطيع أوامر الحكام إذا كانوا هم لا يطيعون أوامر الله<sup>45</sup>، إلا أن أوجستين رغم ذلك يرى ضرورة إطاعة القوانين لتحقيق الأمن والاستقرار والمحافظة على النظام العام.

ثم جاء القديس توما الإكويني St Thomas Aquino (1274/1226م) ليضع فلسفة توفيقية بين العقل والإيمان بين الدين المسيحي والقانون الطبيعي أو العقل، فرأى أنه طالما أن الله (عز وجل) هو خالق الطبيعة، والسلطة هي مطلب طبيعي، فيكون الله بالقياس هو مصدر كل سلطة، وإنما تكون ممارسة هذه السلطة محض عملية إنسانية بتفويض من الشعب، وبالتالي فصل بين السلطة الزمنية والسلطة الدينية، مما يضع حداً للنزاع بين السلطة والكنيسة<sup>46</sup>.

قام القديس توما الإكويني بتعديل مفهوم العدالة الذي قال به الرومان، فلا يرى تعريف العدالة بأنها إرادة دائمة وثابتة لإعطاء كل ذي حق حقه، وفضل أن يكون تعريفها على أنها: عادة (أو سلوك) إعطاء كل شخص حقه بموجب إرادة ثابتة ودائمة (ويقصد بها إرادة الله وحده)<sup>47</sup>، وهذا ما يبين مدى خضوع

<sup>44</sup> \_ انظر: د / صوفي أبو طالب \_ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية \_ ج1 \_ ص 190.

<sup>45</sup> \_ انظر: د / فايز حسين \_ نشأة فلسفة القانون \_ ص 124/122.

Mary T. Clark، Augustine on justice، Manhattanville، USA، p 87/88.

<sup>46</sup> \_ انظر: د / فايز حسين \_ نشأة فلسفة القانون \_ ص 156.

<sup>47</sup> \_ Art 1، Q58، Summa Theologica، Saint Thomas Aquino p1682.



السلطان المدني في أوروبا للسلطان الديني في القرون الوسطى، فلا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي<sup>48</sup>.

إلا أنه جاء العديد من فقهاء<sup>49</sup> القرن الرابع عشر ليغيروا سياسة توما الإكويني ويعيدوا أولوية الإيمان على العقل كما رآها القديس أوجستين فالقوانين الوضعية تكون صحيحة بقدر توافقها مع القانون الإلهي، فالعدالة هي ما وافق النص الإلهي.

ولبيان جانباً من العدالة في الفقه المسيحي في القرون الوسطى، فيمكن أن نبين الموقف من الملكية الفردية التي اعتبرها توماس الإكويني ضرورة طبيعية للإنسان إلا أنه قسم ملكية الأشياء التي خلقها لنا الله إلى عنصرين: **عنصر التملك**: أي الملكية الفردية، و **عنصر استعمال** الملكية: الذي يجب أن يكون استعمال ونفع عام، حيث رأى توماس أن الملكية لا تكون عادلة إلا إذا كان في استعمالها نفع عام، ويكون ذلك من خلال **الصدقة**، كما رأى أن إمساك الصدقة في وقت يكون الآخرون في حاجة يكون إثماً كبيراً، كما قال أوغسطين Augustine " **حينما نمسك الفضول فإننا نمسك أملاك الغير** " 51 50

وهذا المعنى السابق للصدقة هو ذات المعنى الذي أتى به التشريع الإسلامي، والذي يكرسه الحديث الذي أوردناه سابقاً عن الرسول عليه الصلاة والسلام « **من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا فضل له..** » إلا أن التشريع الإسلامي أتى بفريضة الزكاة (أو ضريبة الفقراء) التي لم يسبق أن أتى بها أي تشريع سابق وفق أسس وقواعد محددة، من هنا كانت العدالة الإسلامية هي عدالة واقعية عملية تقوم على أسس ومبادئ عامة وقواعد كلية، يستند إليها عملياً في تطبيق العدالة الطبيعية الحقيقية كما صورناها.

وهنا نستذكر حديث الرسول محمد عليه أفضل الصلاة والسلام حيث قال:

<sup>48</sup> \_ Ibid p 498.

<sup>49</sup> \_ كأمثال الإيرلندي دونس سكوت Duns Scott (1308/1274م) والإنكليزي جوليا دوأوكام G. D'occame (1349/1290م) انظر: د / فايز حسين \_ نشأة فلسفة القانون \_ ص 127 وما بعدها.

<sup>50</sup> \_ Summa Theologica، Saint Thomas Aquino، 171/177.

<sup>51</sup> \_ ويقول الدكتور إبراهيم اللبان أن هؤلاء الفقهاء لم يستطيعوا تحديد مقدار هذه الصدقة، ولا تحديد معنى الحاجة أو معنى الفضول. انظر: د/ إبراهيم اللبان \_ المرجع السابق \_ ص 36.

« إن مثلي ومثل الأنبياء من قبلي كمثل رجل بنى بيتا، فأحسنه وأجمله إلا موضع لبنة من زاوية، فجعل الناس يطوفون به ويعجبون له ويقولون هلا وضعت هذه اللبنة، قال: فأنا اللبنة وأنا خاتم النبيين »<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> \_ انظر: صحيح البخاري 3534/3535، صحيح مسلم 2286/2287.

## ج- مفهومنا للعدالة هي العدالة الحقيقية الطبيعية المطلقة

باعتقادنا أن العدالة يجب أن تكون ذات محتوى موضوعي، وما نسبية العدالة التي يعتقد بها البعض سوى صور وهمية تعكس الأحكام الصادرة عن الناس، فالمعيار الحقيقي للعدالة لا يتصور في العدالة النسبية التي تمثل وجهة نظر الأفراد للعدالة، أي المنظور الذاتي الذي قد يخطئ في تلمس العدالة وقد يصيب، وإنما معيار العدالة لا يمكن أن يكون إلا معياراً موضوعياً أي ينظر فيه إلى القواعد التي يُستند إليها في تطبيق العدالة، فالعدالة التي نادى بها أرسطو وإن كانت على درجة عالية من الرقي الفكري والدقة في ملامسة حقيقة الواقع، إلا أنها تقتصر إلى الجوهر أي إلى مضمون العدالة (وهذا ما تكلمنا عنه سابقاً، كما ناقشنا جوهر القانون وقرارنا بين نظرية القانون الطبيعي والقانون الإسلامي) فإذا نظرنا فقط إلى مضمون هذه العدالة من منظور العقل البشري كما يرى أرسطو والكثيرون من الفقهاء نكون أمام المعيار النسبي الذاتي في تحديد مفهوم العدالة، وهذا المعنى قد أكده السفسطائيون الذين نفوا إمكان الوصول إلى حقيقة موضوعية، وهذا الرأي صحيح إلى حد ما في ضوء المعطيات والنظم التي كانوا يطلعون عليها، ولهذا قالوا بأن العدالة هي مجرد رأي شخصي أي ما ينفع الأقوى، وهذا النفي للعدالة الطبيعية أدى إلى إعادة تأكيد الإيمان بالعدالة الإلهية<sup>53</sup>.

ولهذا نقول أن العدالة الحقيقية الطبيعية \_ أي التي تتفق مع طبيعة الحياة على وجه الأرض \_ هي عدالة الله تعالى خالق كل شيء، فكلما اتبعنا أوامره وانتهينا عن نواهيه كلما تطابقت أحكام العدالة مع العدالة الحقيقية (أي ليست خيالية كما عند أرسطو) الطبيعية (تتفق مع طبيعة الحياة) المطلقة أي ليست نسبية وإنما هي عالمية لا تختلف من مكان لآخر إلا في الجزئيات والفرعيات التي لم يأت بها نص إلهي كالمسائل الداخلة بالسياسة الشرعية والمبنية على المصلحة والعرف فتدور مع المصلحة وجوداً وهدماً.

وبناء على ما سبق يمكن باعتقادنا تعريف العدالة الاجتماعية بأنها: شعور غريزي كامن في النفس البشرية، أودعه الله في قلوب الناس، يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه، استناداً لنصوص الشريعة الإسلامية (خاتمة الشرائع) ومبادئها

<sup>53</sup> \_ انظر: جورج ديل فيكيو \_ فلسفة القانون في إيجاز \_ ص 4.

وقواعدها العامة الواردة في كتاب الله وسنة نبيه خاتم الأنبياء عليه الصلاة والسلام وما تفرع منها من أدلة نقلية وعقلية.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة مما يلي:

1- العدالة التبادلية تكون:

1. على أساس المساواة النسبية.
2. على أساس المساواة الحسابية المطلقة.
3. في العقود فقط.
4. تتغير باختلاف ظروف الأفراد.

## الإجابة الصحيحة رقم 2

2- الملكية وفق التشريع الإسلامي:

1. هي ملكية فردية.
2. ملكية تقوم على الإستخلاف.
3. ملكية جماعية.
4. لا يجوز استملاكها.

## الإجابة الصحيحة رقم 2

## الوحدة التعليمية التاسعة

### تطبيق عملي لعلم اجتماع القانون على قواعد قانون الإيجار

#### الكلمات المفتاحية:

قانون الإيجار السوري 111 لعام 1952- تمديد عقد الإيجار - أزمة السكن.

#### الملخص:

توضح هذه الوحدة الواقع الاجتماعي الذي مرت به تشريعات الإيجار الاستثنائية في سوريا منذ استقلال سوريا عن المحتل الفرنسي، باعتبار أن مجلة الأحكام العدلية العثمانية هي التي كانت تطبق على عقد الإيجار، وعندما أصبح القانون المدني التشريع العام لقواعد الإيجار، صدرت قوانين للإيجار استثنائية من أحكام القانون المدني، حتى صدر قانون الإيجار القديم رقم 111 لعام 1952 وتعديلاته المتشعبة. فبينما أهم قواعد الإيجار القديمة التي تقوم على: تحديد الأجر، وعلى التمديد القانوني لعقد الإيجار، وتوريثه لخلف المستأجر، كما أوضحنا الحالات الحصرية التي يجوز فيها إخلاء المستأجر. ثم بينا الآثار الاجتماعية التي ترتبت على تطبيق قانون الإيجار القديم، حيث لم يستطع هذه القانون القضاء على أزمة السكن التي ازدادت، وتخلف قطاع البناء وانتشرت المشكلات الاجتماعية.

## الأهداف التعليمية:

1. هذه الوحدة تلقي الضوء قواعد قانون الإيجار القديم وبالتالي تساعد الطالب على معرفة واقعها الاجتماعي والأسباب التي دعت إلى الخروج عن القواعد العامة ولا سيما قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
2. يتعرف الطالب على القواعد الإيجارية القديمة المتشعبة اجتماعياً، باعتبار أنها مازالت سارية على عقود الإيجار القديمة السابقة لقانون الإيجار الجديد.
3. يتبين لطالب القانون أن الخروج الاستثنائي عن قواعد القانون المدني ليس هو الحل السليم لأزمة السكن، وإنما هو الالتزام بغايات القانون كما سنرى لاحقاً.

بعد ما توضح لنا سابقاً أساس القانون وجوهره المادي في الفقه الغربي والفقه الإسلامي، وقمنا ببيان أهمية الدراسة الاجتماعية للقانون التي أصبحت تبلور ما يعرف بعلم الاجتماع القانوني، سوف نجري في هذا الباب تطبيقاً عملياً لعلم الاجتماع القانوني على قواعد قانون الإيجار السوري القديم والجديد موضحين الواقع العملي الذي برر أسباب صدورها.

## الواقع العملي القانوني لتشريعات الإيجار الاستثنائية السورية

سنيين في هذا الفصل أولاً أهم القواعد التي تضمنها قانون الإيجار القديم وما نجم عنه من آثار اجتماعية، ثم نتولى المبادئ القانونية التي نص عليها قانون الإيجار الجديد.

### قانون الإيجار القديم (الواقع الاجتماعي السابق لقانون الإيجار القديم)

شهدت سوريا منذ تاريخ استقلالها عن المحتل الفرنسي في 17/4/1946 العديد من التشريعات الاستثنائية التي تنظم العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر، حيث كان عقد الإيجار يخضع لنصوص مجلة الأحكام العدلية العثمانية (1293هـ/1876م) في الباب الثاني منها من المادة 433 وحتى المادة 611 التي استقت أحكامها من المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>، وظلت سارية حتى تاريخ صدور القانون المدني السوري بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/5/1949، فتم إلغاء المجلة بالمادة الثانية من هذا المرسوم، ويشار إلى أن عقد الإيجار في الشريعة الإسلامية كما القانون المدني قام على تكريس مبدأ سلطان الإرادة في العقود، ولكن ضمن ضوابط معينة في القانون الإسلامي تضمن آثار ومقتضيات العقود وطبيعتها.

\_ في عام 1929 أُلقت الضائقة الاقتصادية العالمية، إضافة للحربين العالميتين الأولى والثانية، بظلالها على دول العالم الثالث ومنها الدول العربية التي كانت ترزح تحت الاحتلال، مما أدى ازدياد أزمة السكن عاماً بعد عام، فقامت الدولة السورية بإصدار عدة تشريعات متتالية في سوريا منذ عام 1943 (في ظل الاحتلال الفرنسي) تقضي بتمديد عقود الإيجار سنة فسنة، إلى أن صدر القانون رقم 464 تاريخ 15/2/1949 أي بعد الاستقلال، ليضع قواعد استثنائية فيها خروج على القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية، وهي امتداد عقد الإيجار، وانتقاله إلى أسرة المستأجر ممن كان ساكناً معه عند الوفاة أو الترك، وممن استمر في عمل المستأجر إذا كان العقار مؤجراً لأعمال تجارية أو صناعية أو مهنة حرة،

<sup>1</sup> - انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية - سليم رستم باز - ص 9.



وفي 1950/12/31 صدر القانون رقم 63 الذي حد أكثر من حرية التعاقد مما نجم عنه الكثير من المشاكل الاجتماعية<sup>2</sup>.

\_ ورغبة من المشرع في حماية المستأجر على نحو أكثر نتيجة سوء الأوضاع الاقتصادية، فقام بإصدار قانون الإيجار القديم رقم 111 لعام 1952 في 1952/2/11.

ولما كانت هذه التشريعات استثنائية فكانت كلما ظهرت إشكالية أو صعوبة في تطبيق أحكامها، كان يصدر تشريعاً لاحقاً معدلاً بالإضافة أو الإلغاء لنص ما، مما أدى إلى صدور العديد من التعديلات لهذه التشريعات أوجبتها ( كما ذكرت أسباب هذه التعديلات ) الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي مرت بها الدولة، وهذا ما يؤكد على ظاهرة التأثير المتبادل بين القانون والمتغيرات الاجتماعية التي ذكرناها سابقاً، فزادت القوانين والمراسيم المعدلة عن سبعة عشر مرسوماً<sup>3</sup>، حتى كان يشار إلى قانون الإيجار القديم في سوريا، **بالقانون رقم 111 / 1952<sup>4</sup> وتعديلاته.**

وفي هذه المرحلة من فرض القيود والاستثناءات القانونية، انتقلت العلاقة العقدية من علاقة شخصية تعاقدية إرادية إلى علاقة قانونية تبعية، أضفى المشرع على قواعد قانون الإيجار **طابع النظام العام** ولم يجز الاتفاق على خلافها<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> انظر: المحامي / خالد المالكي - شرح قانون الإيجار رقم 6/2001 - مؤسسة النوري - ط3 - دمشق 2004 - ص 6.

<sup>3</sup> انظر: أ / محمد علي فينو - أضواء على أحكام قانون الإيجار الجديد رقم 6/2001 - دمشق 2001 - ط1 - الناشر نفس المؤلف - ص 8/6.

<sup>4</sup> - نشر في الجريدة الرسمية - ص 766 لعام 1952.

<sup>5</sup> - راجع قرار محكمة النقض السورية - الغرفة الإيجارية أساس 107 قرار 26 تاريخ 2004/1/5، منشور في مجلة المحامون - سوريا - العددان 10/9 لعام 2005 - ص 928.

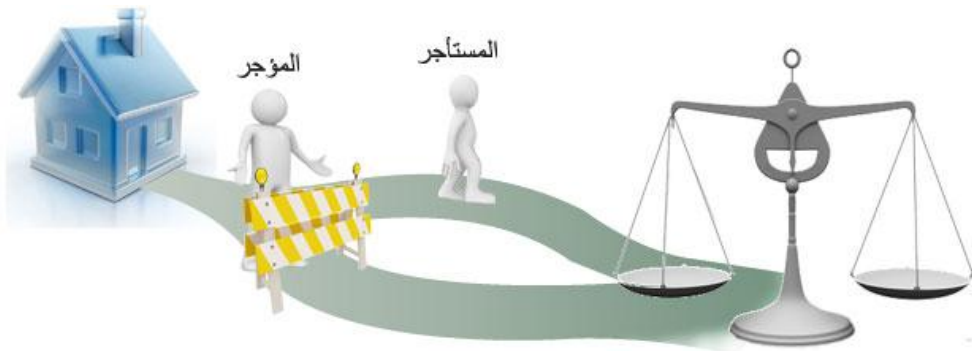
## القواعد القانونية التي كرسها قانون الإيجار القديم

سنحاول في هذا المطلب أن نبيّن أهم القواعد القانونية التي تضمنها قوانين الإيجار القديمة في سوريا السابقة لقانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001:

**أولاً- تحديد الأجرة:** حيث تم تحديد الأجرة السنوية للعقارات بنسبة محددة من قيمتها، ثم تمت تخفيضات متلاحقة للأجرة خلافاً لكل اتفاق<sup>6</sup>.



**ثانياً- أحقية المستأجر بالادعاء بالغبن وتخمين المأجور، وحرمان المؤجر من ذلك بالنسبة للعقارات المؤجرة للسكن أو للدولة بتاريخ 1970/9/7، باستثناء المؤجرة لأغراض تجارية أو صناعية أو مهنية<sup>7</sup>.**



<sup>6</sup>- راجع المادة 1 من القانون 1952/111 المعدلة بالمراسيم التشريعية 87 تاريخ 1953/9/30، 24 تاريخ 1965/1/25 ، 178 تاريخ 1970/9/7، 13 تاريخ 1971/2/4.

<sup>7</sup>- بالنسبة للسوريين، وبالنسبة لغير السوريين بالمرسوم 3 تاريخ 1979/2/7 ، راجع المادة 1/ب من القانون رقم 1952/111 وقد أضيف هذا الحكم بالمرسوم رقم 187 تاريخ 1970/9/7 المادة 2 منه المعدل بالمرسوم رقم 3 تاريخ 1979/2/7.

ثالثاً- الامتداد القانوني للإيجار وتوريثه: حيث تم تمديد عقود الإيجار بحكم القانون وإلى أجل غير مسمى، خلافاً لكل اتفاق، وإذا توفي المستأجر فيصبح ورثته مستأجرين أصليين بالخلفية، فذهب اجتهاد محكمة الاستئناف المدنية بحلب بأنه: " بوفاة المستأجر ينتقل حق استثمار المحل إلى جميع ورثته، ويصبح جميع ورثة المستأجر في هذه الحالة مستأجرين بالخلفية، ولا يحصر الحق بأحدهم"<sup>8</sup>.

ولا يجوز إخلاء أي عقار مأجور إلا لحالات محددة على سبيل الحصر وهي<sup>9</sup>:

أ- **لعلة التقصير عن دفع الأجرة المستحقة** خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه ببطاقة بريدية مكشوفة أو إنذار بواسطة الكاتب بالعدل، ويجب أن يذكر بالمطالبة الأجرة والمدة المتعلقة بها، ويجب للمطالبة حتى تكون منتجة في الإخلاء أن تكون خلال السنة الإيجارية الجارية، لأن الأجر المترجمة عن السنة الإيجارية السابقة وغيرها تكون ديناً عادياً لا يترتب على عدم دفعها الإخلاء.

ويستطيع المستأجر تفادي الإخلاء **لمرة واحدة**، إن هو دفع الأجرة مع فوائدها بنسبة 5% خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه دعوى الإخلاء، (المادة 5 / أ من القانون رقم 111 لعام 1952 وتعديلاته).

يذكر أن منح المستأجر حق تفادي الإخلاء مرة واحدة أضيف بالمرسوم التشريعي رقم 187 تاريخ 1970/9/7، واعتبرت أحكام تبليغ البطاقة البريدية وأحكام الإخلاء عامة من متعلقات النظام العام، التي يحق فيها للمحكمة أن تثيرها من تلقاء ذاتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وأصبح جل اهتمام القضاء بصحة البطاقة البريدية فاشتروا أن تحتوي من البيانات ما يجعلها ملخفاً لعقد إيجار نموذجي من بيان رقم العقار المؤجر واسم المستأجر والأجرة والمدة المطالب بها الأجرة و تاريخ بداية السنة الإيجارية، وحتى اعتبر أي حك فيها يبطلها، واعتبرت من النظام العام، حتى ترى القاضي يدقق فيها طويلاً أتراه يجد عيباً أو خطأً ليبطل البطاقة البريدية، فكثر الاجتهادات المتناقضة في هذا المجال.<sup>10</sup>

ب- **لعلة إساءة استعمال المأجور**: بأن أحدث فيه تخريباً غير ناشئ عن الاستعمال العادي أو استعمله أو سمح باستعماله بطريقة تنتافي مع شروط عقد الإيجار، (م 5/ب إيجار قديم).

فمن استأجر عقاراً للسكن لا يجوز تحويله إلى معمل أو مستودع لأن ذلك يشكل ضرراً بالمأجور، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي السوري<sup>11</sup>، وقد ربط الاجتهاد القضائي السوري (كما في مصر أيضاً) حكم

<sup>8</sup>- قضية أساس 465 قرار 384 تاريخ 1996/9/19، مجلة المحامون لعام 1996\_ عدد 12/11\_ فقرة 454- ص 1118.

<sup>9</sup>- راجع المادة 5 من القانون 1952/111، المعدلة بالمراسيم التشريعية رقم 87 لعام 1953، 178 لعام 1970، 13 لعام 1971، والقانون 29 لعام 1975.

<sup>10</sup>- راجع نقض سوري- قضية أساس 58 قرار 3 لعام 2004 تاريخ 2004/1/5، مجلة المحامون لعام 2005 عدد 4/3- فقرة 88- ص 351، وأيضاً: نقض مدني سوري- غرفة الإيجارات- قضية أساس 1865 قرار 1727 لعام 2003- تاريخ 2003/7/21، مجلة المحامون لعام 2005 عدد 4/3- فقرة 79- ص 342.

<sup>11</sup>- راجع قرار محكمة النقض السورية- غرفة الإيجارية: قضية أساس 1830 قرار 1853 لعام 2004- تاريخ 2004/9/21، مجلة المحامون لعام 2005- عدد 8/7- فقرة 255- ص 762.

هذه المادة بالضرر، فإذا لم يلحق المأجور ضرر من جراء استعماله فلا يعتبر إساءة استعمال حتى ولو تم تغيير المهنة المنصوص عليها بعقد الإيجار، وأحدث في المأجور إنشاءات غير ضارة بالمأجور<sup>12</sup>.  
ت- لعلّة تأجير العقار المأجور (كلاً أو بعضاً) للغير بدون إذن خطي (التأجير من الباطن)، باستثناء العقار المنشأ به مصنع أو متجر أو صيدلية وباعه المستأجر بكامله للغير<sup>13</sup>، وباستثناء العقارات المؤجرة لجهات القطاع العام والمشارك والمصالح العامة وإداراتها<sup>14</sup>، فيجوز التنازل عنها لإحدى الجهات المذكورة بموجب قرار من رئيس الوزراء، ولا يعطى المالك سوى حق التخمين.

\_ وبالطبع إن واقعة تأجير الغير هي واقعة مادية يجوز للمؤجر أن يثبتها بجميع طرق الإثبات<sup>15</sup>.

ث- لعلّة السكن: إذا طلب المالك السكن في عقاره وذلك بشروط:

1- أن تكون الملكية مستندة للسجل العقارية أو ما يماثلها ويعادلها من السجلات الرسمية ذات القوة الثبوتية، كسجلات المؤسسة العامة للإسكان والمؤسسة الاجتماعية العسكرية وسجلات الجمعيات التعاونية السكنية<sup>16</sup>، وبالتالي لا يمكن إخلاء المأجور إذا كان ليس له سجل عقاري أو ما يعادله وهذه العقارات تشكل نسبة كبيرة من العقارات المؤجرة، مما يجعل النص مجرداً من مضمونه في كثير من هذه القضايا.

2- ألا يملك المدعي (المالك) سوى الشقة المؤجرة، بتاريخ إقامة الدعوى<sup>17</sup>، ملكية مستقلة وليس على الشيوخ، ويدخل من ضمن الملكية المستقلة، الزوجان والأولاد والأصول والفروع، والأخوة والأخوات وأولادهم، ومن كان في ولاية أحد ممن ذكر أو وصايته.

3- أن يكون قد مضى على تملكه العقار المأجور سنتين على الأقل، وأن يكون هو المؤجر أو أبرم الإيجار خلال تملكه للمأجور<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> راجع الاجتهاد القضائي بجواز تغيير المهنة في المأجور، محكمة الاستئناف المدني بدمشق: قضية أساس 287 قرار 38 تاريخ 1996/2/5، محامون عام 1996\_ عدد 12/11\_ فقرة 471- ص 1138، وقرار آخر بجواز إحداث ما يشاء في المأجور بدون ضرر.: نقض مدني- غرفة الإيجارات.: قضية أساس 277 قرار 374 تاريخ 2004/3/16، محامون عام 2005\_ عدد 4/3- فقرة 93- ص 356.

<sup>13</sup> تم إضافة الصيدليات بالقانون رقم 29 لعام 1975.

<sup>14</sup> أضيف هذا الاستثناء بالقانون رقم 25 تاريخ 1981/7/8.

<sup>15</sup> نقض سوري- الغرفة الإيجارية.: قضية أساس 3138 قرار 3048 تاريخ 2003/12/9، مجلة المحامون عدد 6/5- فقرة 172- ص 514.

<sup>16</sup> وهذا ما ذهب إليه اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية.: في القضية أساس 166 قرار 23 تاريخ 1996/2/5، وأيضاً راجع نقض سوري- الغرفة الإيجارية.: قضية أساس 2 قرار 34 تاريخ 2002/1/28، محامون لعام 2004- عدد 4/3- فقرة 30- ص 778.

<sup>17</sup> فيحق للمدعي إقامة دعوى الإخلاء لعلّة السكن، وإن كان مالك لشقة أخرى وباعها قبل إقامة الدعوى، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي، قرار أساس مخاصمة 1145 قرار 644 تاريخ 1995/10/4، مشار إليه لدى: الأستاذ / محمد علي فينو- المرجع السابق- 586.

4- أراد المشرع بالنسبة لهذه الحالة من الإخلاء إضفاء الحماية، فإذا كان المستأجر من الموظفين والمستخدمين والعمال في المؤسسات الرسمية والقطاع العام والمشارك، والعسكريين وأسر الشهداء، فلم يُجز إخلاؤهم استثناء من حكم هذه الحالة<sup>19</sup>، إلا إذا كان المالك الذي يريد السكن موظفاً أو مستخدماً أو عسكرياً وعاد إلى البلدة التي فيها المأجور منقولاً أو محالاً على التعاقد أو مسرحاً لأي سبب كان أو عادت إلى العقار أسرته بعد وفاته، بشرط منح المستأجر مهلة (سنة وفق قانون الإيجار القديم، ومهلة ثلاثة أشهر وفق قانون الإيجار الجديد) قبل الإخلاء من تاريخ إنذاره بذلك.

أي أراد المشرع أن يكرّم المذكورين من الطبقتين سواءً أكانوا مالكيين أم مستأجرين.

ج- **لعة الهدم والبناء:** أي إذا أراد مالك البناء أو العرصة إقامة بناء جديد بشرط الحصول على الترخيص المسبق، وعلى أن يعود المستأجر ليشغل جزءاً في البناء الجديد يشبه المأجور قبل الإخلاء، وفي حال عدم إمكان انتفاع المستأجر بالبناء الجديد فيلتزم المؤجر بدفع تعويض عادل، تقدره المحكمة، على ألا يزيد عن ضعفي الأجرة السنوية إذا كان مؤجراً للسكن وخمسة أضعافها إذا كان مؤجراً للأعمال التجارية أو الصناعية، إلا أن هذا التعويض أصبح في قانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001 في المادة 9، 40% من قيمة المأجور الذي كان يشغله.

ح- **لعة تملك المستأجر على وجه الاستقلال** (أي وحده دون زوجته أو أي من أفراد أسرته) داراً صالحة لسكنه خالية أو يستطيع إخلاءها وفق القوانين النافذة أو مؤجرة للغير، وأضاف قانون الإيجار الجديد رقم 2001/6 حالات جديدة هي:

أو باعها أو تصرف بها) وهذه الحالات كان الاجتهاد القضائي قد قضى بها قبل النص عليه في ظل قانون الإيجار القديم رقم 111 لعام 1952 وتعديلاته، وهذا ما يدل على التفاعل والتأثير المتبادل بين القانون والواقع الاجتماعي ( فإذا ما توفي المستأجر المالك، فيصبح ورثته هم المستأجرون من بعده، وبالتالي على المدعي أن يثبت أن كلاً منهم يملك عقاراً مستقلاً حتى يخليه وفقاً لهذه الحالة، وهذا ما ستقر عليه الاجتهاد القضائي<sup>20</sup>.

<sup>18</sup>- وفقاً للتعديل بالقانون رقم 46 تاريخ 16/9/1980 ، وذلك منعاً من قيام أشخاص بشراء عقار وانتظار مدة سنتين ومن ثم إخلاء المستأجرين ، انظر: أ / خالد المالكي- شرح قانون الإيجار رقم 2001/6\_ ص9.

<sup>19</sup>- راجع المادة 6 من القانون 111/1952 ، المعدلة بالمرسوم التشريعي 87 لعام 1953 ، 13 لعام 1971 ، والقوانين 8 لعام 1975 ، 7 لعام 1977 ، 8 لعام 1977.

<sup>20</sup>- نقض سوري- الغرفة الإيجارية.: قضية أساس 256 قرار 215 تاريخ 17/2/2004، المحامون عدد 12/11- فقرة 308- ص 1084.

#### 4- فرض العقوبات الجزائية على مخالف قانون الإيجار.

جميع هذه القواعد القانونية إنما أريد بها حماية المستأجر، رافعين شعار حماية الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية، مما أدى إلى نتائج سيئة على المجتمع.



#### 5- إرهابيات محاولة حل مشكلة عقود الإيجار:

حاول المشرع أن يحل أزمة الإسكان المستمرة وما نجم عنها من مشاكل اجتماعية بإصدار المرسوم التشريعي رقم 3 تاريخ 1987/7/30 الذي جاء بأحكام جديدة لم تكن موجودة في تشريعات الإيجار الاستثنائية السابقة وهي:

**أولاً-** سميت عقود الإيجار التي تبرم وفق أحكامه، بعقد **الإيجار الموسمي** (أو السياحي) الذي يبرم لأجل الاصطياف والسياحة والاستجمام أينما وجد العقار، وأياً كان المستأجر، على ألا تتجاوز مدة الإيجار ستة أشهر، من أجل تشجيع أصحاب العقارات في أماكن الاصطياف من تأجير عقاراتهم.

**ثانياً-** تم إخضاع عقود الإيجار التي تبرم من تاريخ نفاذه لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي استثنيت هذه العقود من قاعدتي التمديد الحكمي و تحديد الأجر، ومُنع المستأجر من الإدعاء بالغبن في بدل الإيجار المحدد في العقد.

**ثالثاً-** أوجب تسجيل هذه العقود لدى الجهة الإدارية المختصة في البلدية أو المحافظة، وجعل عقد الإيجار سنداً تنفيذياً لجهة استرداد العقار المؤجر بعد انتهاء مدة الإيجار، دون أن يحق للمستأجر عند التنفيذ (استرداد العقار) الإدعاء بالصورية أو بانتفاء الغاية المذكورة في العقد أو البطلان، لأي سبب من الأسباب، وذلك رغبة من المشرع في منع حالات التحايل والالتفاف على أحكام القانون.

وكان لهذا القانون نتائج اجتماعية واقتصادية جيدة نوعاً ما على المجتمع، حيث كان مقتصرراً على مدة إيجار قصيرة مما يعرض المستأجر للإخلاء خلال مدة قصيرة جداً أو يمكن تجديد العقد له مقابل تعرضه للزيادة في الأجرة، بالإضافة إلى امتناع المؤجر من تجديد العقد خشية أن يفهم هذا التجديد أنه عقد إيجار دائم وبالتالي يخرج من مزايا هذا القانون، كما أنه لم يعالج عقود الإيجار السابقة على صدوره.

فتطلعت أنظار المشرع والمجتمع نحو تعميم هذه التجربة الجيدة، والتوسع بها نحو قانون إيجار جديد.

## الواقع الاجتماعي اللاحق لقانون الإيجار القديم

سنطرح في هذا المبحث التساؤل التالي محاولين الإجابة عليه، هل استطاع قانون الإيجار حل المشكلات الاجتماعية والاقتصادية من أزمة السكن وغلاء العقارات ومواد البناء وزيادة الطلب على الوحدات السكنية عن العرض، وغيرها كما هدف إلى ذلك؟ أو بمعنى آخر ما هي التغيرات و التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي نجمت عن هذه التشريعات الاستثنائية ؟

### رأي المشرع في قدرة قانون الإيجار القديم على إحداث التغييرات الاجتماعية

يمكن أن نجيب على هذه التساؤل السابق من المشرع نفسه الذي اعترف جزئياً بعجزه عن تحقيق هذه الأهداف:

أولاً- استهل المشرع السوري الأسباب الموجبة لقانون الإيجار السوري القديم رقم 111 لعام 1952 بأن مصالح المؤجر والمستأجر والمتباينة تجعل وضع نص تشريعي يؤمن التوفيق بين مصالح المؤجر والمستأجر هو بحكم المستحيل، وطالما أنه كذلك مما يجعل خروجه عن القواعد القانونية العامة ترجيحاً لمصلحة المستأجر على حساب مصلحة المؤجر، طالما أن التوفيق بينها مستحيلاً، وهذا هو صراع المصالح الذي اعتبره الألماني إهرنج المحرك في وضع القوانين الوضعية<sup>21</sup>.

ثانياً- كما أن الأسباب الموجبة للمرسوم التشريعي رقم 13 لعام 1971(في سوريا) أقرت بأن تشريعات الإيجار السابقة له أضرت بمصلحة عدد كبير جداً من المواطنين الذين لا يملكون إلا بيتاً واحداً اشتروه من ادخاراتهم الخاصة وقد يؤجرونه قبل سكنه، كما أثرت هذه التشريعات على قطاع كبير من اليد العاملة في مهنة البناء وتقشي البطالة بين عمال مهنة البناء، وقلة الإقبال على شراء البيوت ( وبالتالي قلة الإقبال على البناء )، كما أن تخفيض الأجور إلى مادون النسب القانونية أحدث شكوى وتدمراً بين المواطنين وتوتراً في العلاقات الإيجارية.

نستنتج أن تشريعات الإيجار الاستثنائية فشلت في إحداث التغييرات الاجتماعية والاقتصادية المطلوبة وحل مشكلة الاسكان، لا بل أحدثت العديد من الآثار السلبية والمشكلات الاجتماعية الأخرى.

<sup>21</sup>- انظر: د / ثروت أنيس الأسيوطي- نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها- ص31 وما بعدها ، د/سمير نعيم أحمد- علم الاجتماع القانوني- ص23، د / إبراهيم أبو الغار - علم الاجتماع القانوني- ص125.

## الآثار الناجمة عن التدخل القانوني في العلاقة الإيجارية بموجب قانون الإيجار القديم

أولاً- ازدياد أزمة السكن بسبب إغلاق المساكن في وجه التأجير:

حيث فضّل العديد من مالكي العقارات أن تظل مساكنهم شاغرة ومقفلة عوضاً عن تأجيرها بأجور بخسة تنخفض مع الزمن نتيجة التضخم المالي السنوي، فقد كشفت دراسة رسمية صادرة عن وزارتي الإسكان والاستثمار في مصر بالتعاون مع البنك الدولي والوكالة الأمريكية للتنمية الدولية وخبراء من معهد إدارة الأراضي الحضرية بالولايات المتحدة الأمريكية وخبراء من جامعة بنسلفانيا<sup>22</sup>، أن العامل الرئيسي وراء التشوهات في سوق الإسكان المصري هو قانون الإيجار القديم، وترتب على ذلك بحسب الدراسة تزايد الوحدات السكنية المغلقة إلى 8,5 مليون وحدة شاغرة، مما أدى إلى ارتفاع أسعار العقارات لضعف العرض، واتجه الناس إلى البناء بقصد التملك وليس الإيجار وهذا ما لا يتناسب مع دخول أغلبية أفراد المجتمع، مما انعكس سلباً على سياسة الإسكان والاستثمار العقاري واختفاء شقق الإيجار من السوق العقاري.

وأوصت الدراسة بتطوير الاستثمار العقاري على أسس ومعايير اجتماعية وجغرافية مدروسة من أجل تجنب البناء العشوائي، وإعادة النظر في قوانين الضرائب العقارية.

ثانياً- تراجع وتخلف قطاع البناء بسبب عدم رغبة رؤوس الأموال في الاستثمار في مجال البناء للتأجير حتى لا يتم تأجيرها بأجور بخسة والدخول بدعاوي قضائية مميتة مع المستأجرين، هذا بالإضافة إلى امتناع الكثيرين من ملاك العقارات المؤجرة عن ترميمها حتى يستفيد من هدمها وإعادة بنائها من جديد، كما أن الترميم يواجه صعوبات عملية ومادية جمّة<sup>23</sup>.

وفي محاولة من المشرع السوري للتقليل من مشكلة تراجع قطاع الاستثمار العقاري أصدر المرسوم رقم 16 لعام 1976 قضى بعدم خضوع العقارات التي يرخص ببنائها بعد نفاذه لقاعدة تحديد الأجرة وذلك

<sup>22</sup> هذه الدراسة منشورة على الموقع الإلكتروني:.

<http://www.asharqalawsat.com/details.asp?section=47&article=450729&issueno=10616>

وانظر: د/ مصطفى الطمبداوي- إزالة التشوهات التشريعية لقوانين العلاقة الإيجارية لحماية الثروة العقارية\_ مجلة مصر المعاصرة- القاهرة\_ عدد 481 يناير 2006\_ ص 9.

<sup>23</sup> انظر: د/ مصطفى الطمبداوي- إزالة التشوهات التشريعية لقوانين العلاقة الإيجارية لحماية الثروة العقارية\_ ص 24/25.



لمدة ست سنوات من تاريخ منح رخصة البناء ولكن ذلك لم يساعد في حل المشكلة لأنه اقتصر على مسألة جزئية فقط<sup>24</sup>.

ثالثاً- أدت تشريعات الإيجار إلى مخالفة القواعد الدستورية السورية التي تحمي الملكية الفردية وتكفل حق التقاضي، فتجددت الملكية من مضمونها، فلم تعد الملكية سوى قيد في السجلات العقارية (بالنسبة للعقارات المؤجرة)، بمقابل زهيد في حين أن حق الانتفاع وهو أهم عناصر الملكية هو بيد المستأجر وورثته، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية المصرية في العديد من أحكامها بعدم دستورية العديد من مواد قوانين الإيجار الاستثنائية لمخالفتها الملكية الخاصة وحرية التعاقد والتضامن الاجتماعي المصان بالدستور، حيث جاء في أحد أحكامها " صون الدستور للملكية الخاصة مؤداه أن المشرع لا يجوز له أن يجردها من لوازمها، ولا أن يفصل عنها بعض أجزائها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يغير من طبيعتها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وكان ضمان وظيفتها هذه يفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها جوهر مقوماتها، وكان صون الملكية وإعاققتها لا يجتمعان، فإن هدمها أو تقويض أسسها من خلال قيود تنال منها ينحل عصفاً بها منافياً للحق فيها"<sup>25</sup>.

رابعاً- انتشار المشكلات الاجتماعية التي تؤذن بتفكك التضامن الاجتماعي أو الاخلال به، حيث أصبحت قضايا الإيجار من أكثر القضايا التي تنظر أمام المحاكم تقوم على عشرات القوانين والتعديلات التي تشكل غابة تشريعية تحتاج إلى خريطة ليهتدي بها القضاة والمحامون قبل المتنازعين، ترك المواطنون وتشغلهم عن الإنتاج المفيد، وتكبدهم المال والوقت والجهد وتصيبهم بالأمراض المزمنة ويموت المتقاضون ويستلم الورثة المنازعات القضائية والاجتماعية، فقد أدى الصراع بين المؤجر والمستأجر في كثير من الأحيان بسبب إحساس المؤجر بالغبن إلى ارتكاب العديد من الجرائم من ذوي النفوس الضعيفة الذين ضاقت عليهم الدنيا بما رحبت في حين أنهم يملكون بيوتاً ومحلات تجارية لا يستطيعون دخولها، بل ويقوم المستأجرون في بعض الأحيان بتأجيرها من الباطن بأجور تزيد عما يدفعونه للمالك، فأثرى المستأجرون على حساب المالكين، واستدار الزمان وأصبح الكثير من المستأجرين هم من أصحاب الثروات والعقارات التي يملكونها بأسماء الأقارب<sup>26</sup>، فطالب المستأجرون بأن يكون عقد الإيجار عادلاً، فيعقد حسب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بعد أن كانوا يعتبرونها قاعدة ظالمة اجتماعية سابقاً.

<sup>24</sup>- انظر: أ / خالد المالكي- شرح قانون الإيجار - ص 9.

<sup>25</sup>- حكم رقم 56 لسنة 18 ق دستورية تاريخ 1997/11/15، جريدة رسمية\_ عدد 48 تا 1997/11/27، وأيضاً حكم آخر تاريخ 1997/11/5 منشور في ذات العدد من الجريدة الرسمية.

<sup>26</sup>- وعلة الإخلاء بسبب تملك المستأجر دار أخلت أو يستطيع إخلاؤها قانوناً هي منصوص عليها في التشريع الاستثنائي السوري ، في حين لم يتضمنها التشريع المصري في القانون رقم 1977/49، وإنما ابتدع المشرع المصري حكماً في القانون رقم 1981/136 المادة 2/22 ينص على أنه إذا أقام المستأجر مبنى مملوكاً له يزيد عن ثلاث وحدات ، عندها إما أم يتم إخلاء المأجور أو أن يؤجر المستأجر المالك أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية إحدى الوحدات بما لا يزيد عن ضعف ما يدفعه من أجرة

ومما ذكرته المحكمة الدستورية العليا المصرية في آثار قوانين الإيجار الاستثنائية (في صدد الحكم بعدم دستورية بعض نصوصه) على النواحي الاقتصادية والاجتماعية « وحيث أن النص المطعون فيه ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبتّاه المشرع على أمد طويل في إطار من مفاهيم جائزة لا يمكن تبريرها منطقياً ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وكان ذلك بكل المقاييس ظلماً فادحاً لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، متدثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها حدود الاعتدال، فلا يكون مجتمعهم معها إلا متهاوياً عمداً، متحيفاً حقوقاً ما كان يجوز الإضرار بها، نائياً بالإجارة عن حدود متطلباتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بتعاون طرفيها اقتصادياً واجتماعياً<sup>27</sup> .

**خامساً-** تكريس الخوف من تشريع الإيجار (خاصة ومن القانون عامة) على الرغم من العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني:

فعلى الرغم من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على عقود الإيجار، تردد الكثير من أفراد المجتمع في تأجير عقاراتهم، خشية إصدار أي تشريع يعود إلى تحديد الأجور، وجعل عقد الإيجار ممدداً حكماً بالقانون، كما تم في الماضي، وهذا لا يشكل مناخاً جيداً للاستثمار في كافة القطاعات، وما يؤيد ذلك استمرار أكثر 513 ألف مسكن شاغر في سوريا حسب تعداد 2004.

---

<sup>27</sup> حكم رقم 149 لسنة 8 ق دستورية تا 1997/11/5، الجريدة الرسمية- عدد 48 تا 1997/11/27.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة مما يلي:

1 \_ قانون الإيجار القديم:

1. حرم المستأجر من تخمين المأجور.
2. حرم المؤجر من تخمين المأجور.
3. حرم طرفي عقد الإيجار من التخمين.
4. حرم المؤجر من تخمين المحلات التجارية.

## الجواب الصحيح رقم 2.

2 \_ إذا امتنع المستأجر عن تسديد الأجرة:

1. فيحق له تفادي دعوى الإخلاء إلى ما قبل صدور الحكم.
2. يحق له تفادي الإخلاء إذا سدها خلال 30 يوم من تبليغه الدعوى.
3. يحق له تفادي الإخلاء إذا سدها خلال 30 يوم من إنذاره عن طريق الكاتب بالعدل.
4. يحق له تفادي الإخلاء لمرتين متتاليتين فقط.

## الجواب الصحيح رقم 2.

## الوحدة التعليمية العاشرة

### قانون الإيجار الجديد

#### الكلمات المفتاحية:

قانون الإيجار الجديد 6 لعام 2006 - انتهاء العلاقة الإيجارية.

#### المُلخَص:

تناولت هذه الوحدة قانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001 و تعديله القانون رقم 10 لعام 2006 بالشرح والتنفيذ، من حيث الواقع الاجتماعي الذي استدعى صدوره و لاسيما أزمة السكن وانقلاب حال أفراد المجتمع لتميل مصالح الطبقة الأقوى لجهة إصدار قانون يعيد الأمور إلى نصابها، أي بعقد إيجار يقوم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فتكرست هذه القاعدة في ظل القانون الجديد، كما اعتبر عقد الإيجار سنداً تنفيذياً لجهة انتهاء المدة فقط، والقاعدة الحديثة الأهم هي منح المستأجر 40% من قيمة البناء المأجور وهو شاغر بتاريخ كشف المحكمة، بما فيها من مخالفة لأبسط القواعد القانونية والدستورية وهي قاعدة حماية الملكية الفردية.

كما بحثت هذه الوحدة قانون الإيجار أثناء تنفيذه في الواقع العملي، فتبينت عدة مصاعب وإشكاليات قانونية عملية في تطبيقه.

## الأهداف التعليمية:

- تمكين طالب القانون من معرفة أهم المبادئ القانونية التي جاء بها قانون الإيجار السوري القديم ليتلافى أخطاء القانون القديم.
- يستطيع طالب القانون من خلال هذه الوحدة الوقوف على معظم الإشكاليات القانونية العملية التي يمكن مواجهتها عند تطبيق قواعد قانون الإيجار الجديد، وبالتالي يمكنه تلافيتها بدعواه، أو تسليط الضوء عليها عسى أن تقوم السلطة التشريعية بتعديلها بقواعد أكثر ملائمة للواقع الاجتماعي.
- بيان أن الخروج الاستثنائي عن قواعد القانون المدني ليس هو الحل السليم لأزمة السكن، وإنما هو الالتزام بغايات القانون.

## الواقع الاجتماعي السابق لقانون الإيجار الجديد

استمرت معظم المشاكل الاجتماعية والاقتصادية إلى أن اتجهت الدولة إلى الرغبة في إعادة إصدار قانون إيجار متكامل يعيد الميزان الاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي إلى نصابه، وبعد مرور ما يزيد عن خمسين عاماً كثرت فيها التعديلات التشريعية وقابلتها كذلك تشعب الاجتهادات القضائية وتضاربها في بعض الأحيان.

وبعد أن وصلت أزمة الإسكان إلى ذروتها، قام مشرع القانون السوري بإصدار قانون الإيجار رقم 6 تاريخ 2001/2/15<sup>1</sup>.

والعقارات التي شملها هذا القانون كما ذكر في المادة 1/أ، هي جميع العقارات سواء أكانت معدة للسكن أم للسياحة أم للدولة ومؤسساتها أم للتعليم.

واستثنى هذا القانون من أحكامه العقارات المؤجرة لأعمال تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية، ولكن عندما رأى المشرع والمجتمع أن هناك الكثير من النواحي الإيجابية الاجتماعية والاقتصادية التي نتجت عن تطبيق قانون الإيجار الجديد، أصدر المشرع القانون رقم 10 الصادر بتاريخ 2006/2/26<sup>2</sup>، ليشمل العقارات المؤجرة لأعمال تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية بأحكام قانون الإيجار الجديد من تاريخ نفاذه أي من تاريخ 2006/3/9.

ومن هذه الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي دفعت المشرع إلى هذا التعديل كما ذكرته أسبابه الموجبة حيث جاء فيها « لوظ بعد نفاذ القانون ذي الرقم 6 لعام 2001(قانون الإيجار الجديد)، إقدام الكثير من أصحاب العقارات، التي أخضع تأجيرها بموجبه لإرادة المتعاقدين، على تأجير عقاراتهم، بعد ما تحررت عقودهم من التمديد الحكمي وتحديد بدل الإيجار، الأمر الذي حقق للمشرع الغاية التي توخاها من القانون رقم 6 المذكور.

وتشجيعاً لأصحاب العقارات على تأجير عقاراتهم لأعمال تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنة حرة أو علمية منظمة قانوناً، فقد أعد مشروع القانون المرفق بتعديل النص النافذ على نحو يجعل تأجير هذه العقارات بعد نفاذه خاضعاً لإرادة المتعاقدين:

1- وهو ما سيدفع أيضاً بكثير من أصحاب المدخرات لاستثمار أموالهم في بناء عقارات تصلح لتلك الأعمال.

2- ويحقق في الوقت ذاته توازناً بين عرض تلك العقارات والطلب عليها.

<sup>1</sup> - وأصبح نافذاً بتاريخ نشره في الجريدة الرسمية رقم 8 ص 411 بتاريخ 2001/2/21.

<sup>2</sup> - نشر في الجريدة الرسمية في 2006/3/9.

3- وينهي تقاضي الفروغ والالتفاف حول القانون بتأجير عقارات تحت مسمى (عقد الاستثمار) مع عدم قيام عناصر هذا العقد.

4- وهو ما سيخفف عن المحاكم والدوائر القضائية عدداً لا بأس به من الدعاوى...». فتضافرت هذه الظروف والمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية نحو إصدار قانون الإيجار الجديد رقم 6 تاريخ 2001/2/15<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> - وأصبح نافذاً بتاريخ نشره في الجريدة الرسمية رقم 8 ص 411 بتاريخ 2001/2/21.

## قواعد قانون الإيجار الجديد

سنتطرق في هذا المطلب لأهم القواعد القانونية التي نص عليها قانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001 وتعديله لعام 2006.

أولاً- صدر قانون الإيجار الجديد في سوريا رقم 6 بتاريخ 2001/2/15 وتم نفاذه بتاريخ 2001/2/21، وبموجبه خضعت عقود الإيجار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي عاد المشرع إلى المبدأ الأساسي في التعاقد وهو مبدأ سلطان الإرادة العقدية، في تحديد شروط العقد والحقوق والالتزامات التي يلتزم بها طرفا العقد.

ثانياً- بقاء العقارات المؤجرة للسكن قبل نفاذ قانون الإيجار الجديد، والعقارات المؤجرة لأعمال تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية قبل نفاذ التعديل المذكور بالقانون رقم 10 لعام 2006 أي قبل 2006/3/9، بموجب الفقرة ب من المادة الأولى، خاضعة للتمديد الحكمي، وتحديد الأجرة.

ثالثاً- قضت المادة 2/أ بزيادة بدلات إيجار العقارات المؤجرة سابقاً وفق المرسوم 1970/187 إلى خمسة أمثالها ( وهي العقارات المؤجرة قديماً والتي سبق أن حُفِّضت أجرتها، ومُنِع تخمينها ) ويستمر تحديد الأجر هذا وبالتالي عدم جواز إعادة تخمينها لمدة خمس سنوات من تاريخ نفاذ القانون رقم 6 لعام 2001، أي من تاريخ 2001/2/21.

رابعاً- والحكم القانوني الجديد على الفكر القانوني، والمعتبر سابقة قانونية خطيرة، هو ما قضت به المادة 2/ب:

أحقية المالك دون المؤجر أو المستأجر، بالنسبة للعقارات المؤجرة للسكن ما عدا العقارات المملوكة للجهات العامة أو المؤجرة لها، والمشمولة بالتمديد القانوني (وهي العقارات المؤجرة قبل القانون رقم 6 النافذ في 2001/2/21).

أن يطلب إنهاء العلاقة الإيجارية مقابل أن يمنح المستأجر تعويضاً يعادل نسبة 40% من قيمة البناء المأجور وهو شاغر أي (غير مؤجر) بتاريخ الكشف عليه من قبل الخبرة التي تشكلها المحكمة لذلك بناء على طلب المالك.

وعلى أن يبدأ حق المالك بطلب إنهاء العلاقة الإيجارية بعد ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ القانون أي في 2004/2/21.

خامساً- اعتبرت المادة 4 عقود الإيجار المبرمة وفق أحكام هذا القانون سندا تنفيذياً، فيستطيع المؤجر استرداد المأجور عند انتهاء الإيجار عن طريق التنفيذ من غير دعوى، ولكن بشرط أن يكون العقد مسجلاً أصولاً لدى الجهة الإدارية المختصة، أما عقود الإيجار غير المسجلة فلا بد للمؤجر من إقامة



الدعوى لإثبات الإيجار والحكم بانتهاء مدة الإيجار وإخلاء المستأجر حتى إذا ما اكتسب الحكم قوة القضية المقضية يتم إيداعه التنفيذ.

سادساً- أجاز هذا القانون في المواد 8\_10 إخلاء العقار إذا توافرت حالة من حالات الإخلاء التي حددها على سبيل الحصر وكما ذكرناها سابقاً بالنسبة لقانون الإيجار القديم 1952/111 وتعديلاته، مع تعديلات طفيفة ذكرناها سابقاً عند الحديث عن قانون الإيجار القديم، وأضاف إليها المشرع في قانون الإيجار الجديد (المادة 8/ي) حالة الإخلاء لعدة ترك المأجور سنة دون انقطاع وبلا مسوغ شرعي، فقد جاء في الاجتهاد القضائي: " مغادرة المستأجر لمدة مؤقتة بقصد التخصص الطبي وبمهمة رسمية لا يعني عدم حاجته للمأجور أو استغنائه عنه نهائياً"<sup>4</sup>، وحالة الترك هذه هي من صنع الاجتهاد القضائي الذي كان طبقها قبل قانون الإيجار الجديد، حيث كان الاجتهاد القضائي متناقض أول الأمر في حالة الإخلاء لعدة الترك، إلى أن صدر قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية رقم 358/158 تاريخ 1995/12/4، الذي حسم الخلاف وقضى بالإخلاء لعدة الترك بالنسبة للعقار المأجور للسكن فقط، والقانون الجديد لم يفرق بين العقار السكني وغير السكني.

---

<sup>4</sup> - محكمة الاستئناف المدنية السورية- قضية أساس 532 قرار 120\_ تاريخ 1996/3/18، مشار إليه لدى: الأستاذ/ خالد المالكي- شرح قانون الإيجار- ص237.

<sup>5</sup> - انظر: أ / محمد علي فينو- المرجع السابق- ص721.

## الواقع الاجتماعي اللاحق لقانون الإيجار الجديد

### أ. ظاهرة التأثير المتبادل للقانون وعامل القوة:

تبين لنا مما سبق بحثه مدى تأثير القانون في التغيرات الاجتماعية وتأثره بها، فيصدر قانون لمواجهة مشكلة اجتماعية ما، كما في مشكلة السكن والضائقة الاقتصادية وقوانين الإيجارات الاستثنائية التي صدرت لمواجهةها، ثم سرعان ما يظهر على أرض الواقع الاجتماعي في الأرض تأثيرات اجتماعية لهذا القانون، كما في مشكلة قلة الشقق السكنية المعروضة للإيجار، وانتشار المشاكل الاجتماعية بسبب كثرة قضايا الإيجار المطروحة أمام القضاء، وشعور شريحة كبيرة في المجتمع ولاسيما المؤجرين بالغبن والإحساس بظلم القانون ومحاباته لطبقة المستأجرين، مما دفع المشرع (كما في قانون الإيجار الجديد) إلى العودة لإصدار القوانين التي تعيد نصاب الأمور إلى مجراها الصحيح العادل ولاسيما العودة إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

إذاً يمر القانون الوضعي في مراحل زمنية واجتماعية متعاقبة تتم خلالها عملية التأثير المتبادل بين القانون والتطورات الاجتماعية، فكل نظام قانوني كما يرى Ihering ترتبط به مصالح آلاف الأفراد والأسر فكل تغيير قد يمس هذه المصالح يدفع غريزة حفظ الذات لدى أصحاب المصالح للدفاع عنها وعن القانون الذي يحميها، وبالتالي لا يكون ثمة تطوير لقانون أو تعديله دون كفاح وصراع بين المصالح المتعارضة القديمة والجديدة تلعب فيه القوة الدور الحاسم، وهذا ما يفسر كما يتابع إهرنج بقاء أنظمة قانونية فترة طويلة على الرغم من اعتراض الرأي العام عليها<sup>6</sup>، وخير مثال على موضوع بحثنا (أحكام عقد الإيجار) حيث بقيت تشريعات الإيجار الاستثنائية ما يقارب النصف قرن، كانت خلالها الصيحات تتعالى من قبل الرأي العام المالك والمؤجر إلى ضرورة تعديلها، ولكن يبدو أن صوت المستأجرين كان أعلى وأكثر قوة، إلى أن تغيرت وتطورت الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع، وتملك المستأجرين العقارات ولو بشكل غير مباشر، فأصبحت كفة المطالبين بتعديل أحكام الإيجار ترجح على الفئة المعارضة فتمت ولادة القانون الجديد للإيجار، فإن ظاهرة الصراع الطبقي لا يحدها حدود ولا يوقفها زمن.

<sup>6</sup> انظر: د / ثروت أنيس الأسويطي - المرجع السابق - ص31، مشيراً إلى:  
Ihering - الكفاح في سبيل القانون - فينا 1929 - ص8/7.

## ب. قانون الإيجار أثناء تنفيذه في الواقع القانوني الاجتماعي:

نذكر في هذا الفرع أمثلة عن التأثير المتبادل بين قانون الإيجار الجديد والتطورات والتغيرات الاجتماعية أي دراسة قانون الإيجار أثناء تنفيذه في الواقع الاجتماعي القانوني فلا بد من توضيح بعض النقاط القانونية التي دار حولها الجدل الواقعي القانوني لقواعد قانون الإيجار الجديد: فمن أهم القواعد القانونية التي أحدثت جدلاً أثناء تنفيذها، الحكم القانوني الجديد على سوريا، والمعتبر سابقة في عهد القانون، والذي أحدث جدلاً في مجلس الشعب عند مناقشة مشروع قانون الإيجار الجديد، هو ما قضت به المادة 2/ب من قانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001 من:

**1\_ أحقية المالك دون المستأجر، بالنسبة للعقارات المؤجرة للسكن ما عدا العقارات المملوكة للجهات العامة أوالمؤجرة لها، والمشمولة بالتمديد القانوني (وهي العقارات المؤجرة قبل القانون الجديد رقم 6 النافذ في 2001/2/21).**

**2\_ أن يطلب إنهاء العلاقة الإيجارية مقابل أن يمنح المستأجر تعويضاً يعادل نسبة 40 % من قيمة البناء المأجور وهو شاغر أي (غير مؤجر) بتاريخ الكشف عليه من قبل الخبرة التي تشكلها المحكمة لذلك بناء على طلب المالك.**

**3\_ وعلى أن يبدأ طلب المالك بإنهاء العلاقة الإيجارية بعد ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ القانون، أي يبدأ الطلب في 2004/2/21.**

## أ- نوع الملكية العقارية المطلوبة لدعوى إنهاء العلاقة الإيجارية:

ثار جدل قضائي حول الملكية التي تسمح لمالك العقار بإقامة دعوى إنهاء العلاقة الإيجارية، حيث ذهبت المحاكم في بادئ الأمر إلى أن الملكية تكون لقيود السجل العقاري الذي له الحجية المطلقة في الملكية دون سواه، إلا أن ثمة عدد ليس بقليل من العقارات في سوريا ليس له قيود مسجلة في السجل العقاري وإنما هناك سجلات رسمية أخرى كسجلات الأبنية التي أشادتها مؤسسة الإسكان، وسجلات الجمعيات التعاونية السكنية وغيرها، وقد تمسك بهذه الشكلية القضاء الذي رد العديد من الدعاوى القضائية التي لا يوجد فيها قيود ملكية للمدعي المالك مسجلة في السجل العقاري حصراً. فصدر الاجتهاد القضائي مجدداً مفسراً للملكية بأنها هي لقيود السجل العقاري أو غيرها من السجلات الرسمية المقررة لدى الدولة.

فقد ذهبت محكمة النقض السورية الغرفة الإيجارية إلى أنه: " تتمتع سجلات الإسكان بنفس القوة الثبوتية التي تتمتع بها السجلات العقارية من حيث ملكية العقار الذي يتم نقل تسجيله إلى السجل العقاري"<sup>7</sup>.  
\_ ورغم ذلك فهناك الكثير من المناطق العقارية في سوريا غير منظمة إدارياً، أي أنها مناطق سكنية عشوائية لا يملك قاطنيها أي سندات رسمية بملكيته وإنما مجرد عقود بيع عادية أو ربما حصل بعضهم على أحكام قضائية بثنبيت هذه العقود، وبالتالي وفقاً للنص القانوني لا يحق للمالك أن يرفع دعوى لإنهاء العلاقة الإيجارية إذا كان ممن: يحوز العقار بعقد شراء عادي غير مسجل بقيود رسمية أو من يملك عقاراً بموجب وكالة صادرة عن الكاتب بالعدل غير قابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها مع حقه في بيع نفسه، أو بموجب حكم قضائي حائز لقوة القضية المقضية لم ينفذ بعد في السجل العقاري.  
وهذه مشكلة اجتماعية واقعية كبيرة تواجه هذا الحكم القانوني بإنهاء العلاقة الإيجارية، ولكن حسب المثل الشعبي (رب ضارة، نافعة) فهذا دفع العديد من هؤلاء المذكورين، بأن يحاولوا تسوية الأوضاع غير القانونية للأبنية، أو استكمال إجراءات تسجيلها العقارية ودفع الرسوم القانونية المترتبة، إن أمكن ذلك.

---

<sup>7</sup> القضية 678 أساس لعام 2002 قرار 321 لعام 2002 تاريخ 2002/3/26، منشور في مجلة المحامون عام 2004 عدد 4/3 فقرة 53\_ ص303، وأيضاً قرار مماثل بالنسبة لقيود الجمعيات التعاونية السكنية، قضية أساس 2026 قرار 1971 لعام 2004\_ تاريخ 2004/10/5، مجلة المحامون عام 2005 عدد 8/7 فقرة 263\_ ص770، انظر: المحامي/ محمد علي فينو- شرح أحكام القانون رقم 2006/10\_ ص121.

## ب- معيار تقدير البناء المأجور:

كما ثار جدل بين رجال القانون حول المحل الذي يحتسب على أساسه نسبة التعويض 40%، هل هي (40% من قيمة البناء المأجور شاغراً) كما جاء بالنص القانوني م/2ب من قانون الإيجار الجديد 2001/6، أم هي (40% من قيمة البناء المأجور والأرض المشاد عليها)، ذكر المحامي الأستاذ محمد بشير جزائري عضو مجلس فرع نقابة المحامين بدمشق في مقال له بعنوان " حول تعويض إنهاء العلاقة الإيجارية " حيث قال " بأن اجتهاد الفقه والقضاء مستقر على أن مناقشات السلطة التشريعية لمشروعات القوانين تعتبر المصدر الأول لتفسير ما ورد من لابس أو غموض في نصوص مشروع القانون، وهو المصدر الذي يستعين به القاضي في تفسير القانون"، ويتابع الأستاذ جزائري بأنه " يستفاد من مجمل المداخلات والمناقشات بين أعضاء مجلس الشعب عند دراستهم لمشروع قانون الإيجار رقم 2001/6 والمادة 2/ب منه، بأن المقصود لحساب التعويض المنصوص عليه في هذه المادة هو العقار المأجور بحيث تنصرف عبارة البناء المأجور الواردة في النص القانوني إلى المعنى أو الفحوى الذي أراده المشرع وهو (العقار المأجور)"<sup>8</sup>.

\_ **الاجتهاد القضائي في سوريا** صدر فيه اجتهادان متناقضان، الأول<sup>9</sup> يتبنى رأي حساب قيمة البناء المأجور والأرض، والثاني<sup>10</sup> رأى بأن قيمة البناء المأجور هي التي تحتسب فقط دون الأرض حسب نص القانون الحرفي.

\_ وظل الجدل القانوني من تاريخ 2004/2/21 وهو تاريخ نفاذ النص القانوني المجيز لتعويض المستأجر، وحتى تاريخ 2006/5/23، حيث صدر اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية باعتبارها أعلى هيئة قضائية، وذلك بالقضية أساس 1609 قرار 184 تاريخ 2006/5/23 الذي جاء فيه « اعتبار كلمة البناء الواردة في نص المادة 2 من قانون الإيجارات رقم 6 لعام 2001 شاملة العقار المأجور بكامل عناصره المادية والمعنوية أرضاً وبناءً وتحديد التعويض على ضوء ذلك والعدول عن كل اجتهاد مخالف وتعميم هذا الاجتهاد على المحاكم والدوائر القضائية».

أي أن اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض جاء موافقاً لرأي الأستاذ جزائري بأن التفسير هو حسب ما ورد في مناقشات مجلس الشعب لمشروع قانون الإيجار لجديد، الذي أورد عبارة العقار المأجور وهذا ما نعتقده من الناحية الشكلية الحرفية البحتة (دون الاعتقاد بصحة الحكم) لأنه لا يمكن فصل

<sup>8</sup> - المقال منشور في مجلة المحامون لعام 2005 (عدد تموز/آب ص 625)، وانظر: المحامي الأستاذ/ محمد علي فينو - شرح أحكام القانون رقم 2006/10 - ص 128.

<sup>9</sup> - نقض سوري - في القضية أساس 2351 قرار 2276 لعام 2004 - تاريخ 2004/11/23.

<sup>10</sup> - نقض سوري - في القضية أساس 1261 قرار 253 لعام 2005 - تاريخ 2005/3/29.

عنصر قيمة البناء عن بقية العناصر الداخلة فيه ولاسيما الشقق في الأبنية الطابقية، من قيمة أرض وموقع، ومساحة وسعر السوق وغيرها من عناصر التقييم.

### ج- مسألة منح مهلة لإخلاء المأجور عند القضاء بإنهاء العلاقة الإيجارية:

رأينا سابقاً أن النص القانوني مادة 2/ب من قانون الإيجار السوري الجديد رقم 6 لعام 2001، قد أعطت المستأجر فترة سماح، بأن قيدت إقامة الدعوى لإنهاء العلاقة الإيجارية بمهلة ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ القانون، والتي انتهت في 2004/2/21، إلا أن بعض المحاكم عندما قضت بإنهاء العلاقة الإيجارية قضت بمنح المستأجر مهلة الإخلاء المنصوص عليها في القانون (المادة 12/ب) التي جاءت عامة فنصت « عندما يحكم بالإخلاء يمنح شاغل العقار مهلة لإخلائه لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز ستة أشهر اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية »، والبعض الآخر من محاكم الصلح رأى بأن هذا النص خاص بحالات إخلاء المأجور العامة وليس حالة إنهاء العلاقة الإيجارية التي لها حكم خاص<sup>11</sup>.

إلا أن محكمة النقض حسمت جدل محاكم الصلح في هذه المسألة وقررت عدم وجوب منح هذه المهلة إلى المستأجر في دعوى إنهاء العلاقة الإيجارية، لأن النص القانوني أعطاه هذه المهلة ابتداءً، ولأن موضوع إنهاء العلاقة الإيجارية هي مقابل تعويض وليس إخلاء بدون مقابل " كما جاء في قرار محكمة النقض السورية<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> وانظر: المحامي الأستاذ/ محمد علي فينو- شرح أحكام القانون رقم 10/2006- ص 142.

<sup>12</sup> نقض سوري- غرفة الإيجارات- في القضية أساس 363 قرار 399 تاريخ 20/3/2006، وقرار آخر مماثل رقم 241 ي القضية أساس 251- تاريخ 27/2/2006، انظر: المرجع السابق- ص 143.

#### د - مسألة تقادم حق المالك بإقامة دعوى لإنهاء عقد الإيجار واسترداد ملكه:

هناك من يطرح مسألة تقادم حق مالك العقار بإقامة دعوى لإنهاء ما سمي بعلاقة إيجارية واسترداد العقار المؤجر، إذا لم يباشر هذه الدعوى خلال مهلة تقادم قصيرة كانت أم طويلة، ويبدو أن من طرح هذا الأمر هم طبقة المستأجرين، لأن المالك إذا لم يمارس حقه بإقامة هذه الدعوى فمن حقه سنداً للمادة ( 2/أ ) من قانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001، التي أجازت تخمين العقار المأجور (القديم الذي كانت أجرته محددة ومجمّدة عن الزيادة) بعد خمس سنوات من نفاذه، أي بتاريخ 2006/2/21 يستطيع المالك بدلاً من إقامة دعوى إخلاء المأجور أن يقيم دعوى إعادة تخمين العقار المأجور ويحصل على أجره قد تكون عادلة نوعاً ما وفقاً لأجر مثل العقار (ونقول نوعاً ما لأن خبرتنا السابقة في العمل الحقوقي إن تقدير الأجرة من قبل الخبراء لا يكون عادة وفقاً للأجور العادلة الرائجة في السوق) وأياً كانت الأجرة الجديدة المحتملة فهي قد ترهق المستأجر، بعد أن مضى عليه زمن طويل مستخدماً للعقار بأجر بسيط، فبدلاً من أن يأخذ المستأجر ما قيمته 40% من قيمة العقار المأجور، يدفع أجور عادلة إلى حد ما.

لذلك أتوقع خلال الفترة القادمة أن تتعالى صيحات المستأجرين طالبين إلزام المالك بمدة محددة لإقامة دعوى إنهاء العلاقة الإيجارية وإلا سقط حقه بها نهائياً.

ويناقش المحامي الأستاذ محمد علي فينو هذا الأمر متبنياً الرأي بعدم خضوع حق المالك في هذه الدعوى للتقادم، محاولاً تسمية حق المالك بهذه الدعوى بأنه حق شخصي عقاري، وطالما أنه كذلك ومتعلق بالملكية فهو لا يسقط بالتقادم تبعاً لأن الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري لا تسقط بالتقادم، سنداً للمادة 925 مدني سوري، وينتهي بأن هذا المبدأ بعدم سريان التقادم على حق مالك العقار المؤجر مستندة بمبادئ العدالة والقانون الطبيعي المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون المدني<sup>13</sup>، وقد سبق أن بيّنا نظرية القانون الطبيعي ومبادئ العدالة فعلى من يتمسك بها أن يعود إليها ليرى فيما إذا كان يجد فيها ضالته!

ونعتقد أن النتيجة التي انتهى إليها الأستاذ فينو بعدم شمول حق المالك بالتقادم هي نتيجة صحيحة، ولكن ليس وفق هذا التعليل، فقد ناقشنا سابقاً أن حق الإيجار هو حق شخصي وليس حقاً عينياً حتى ولو وقع على عقار<sup>14</sup>، وإنما التعليل أن المالك له حق عيني في الأصل وهو حق الملكية الذي لا يسرى عليه التقادم مطلقاً، وكل ما في الأمر أن عقد الإيجار الأصل فيه وفقاً لطبيعته التوقيت، ولكن القانون للظروف التي تكلمنا عنها سابقاً هو الذي جعل منه استثناء ممتد المدة قانوناً، والقانون ذاته أزال عنه هذه الصفة، وبالتالي فإن مصدر حق الملك في استرداد ملكه هو حق الملكية الأصلي وليس عقد

<sup>13</sup> انظر: المحامي الأستاذ / محمد علي فينو - شرح أحكام القانون رقم 10/2006 - ص 147.

<sup>14</sup> راجع اجتهاد محكمة النقض السورية - غرفة الإيجارات " الدعاوى الإيجارية هي دعاوى شخصية، ولا بد من مخاصمة كافة الورثة " (قضية أساس 3174 قرار 3075 تاريخ 2003/12/9، مجلة المحامون لعم 2005 عدد 6/5 - فقرة 173 - ص 514) و انظر: د / محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني/ الحقوق العينية الأصلية - ص 145.

الإيجار، أما الامتداد القانوني لعقد الإيجار فقد تم إلغائه، وبالتالي يكون أي طرح لمسألة التقادم هذه هي لغو يراد به العودة بعقد الإيجار إلى سابق عهده بكونه علاقة قانونية وليس عقداً اتفاقياً.



## هـ - حرام على المالك وحلال للمستأجر :

1- كانت المادة 5/ج من قانون الإيجار القديم السوري رقم 1952/111 وتعديلاته تعتبر بين الحالات التي تجيز للمؤجر إخلاء العقار المؤجر « إذا أجر المستأجر المأجور كلاً أو بعضاً إلى الغير بدون إذن خطي، ويستثنى من ذلك العقار المنشأ به مصنع أو متجر أو صيدلية وباعه المستأجر بكامله من الغير ففي هذه الحالة يعتبر المشتري خلفاً للمستأجر البائع فيما يتعلق بجميع شروط العقد على أنه يحق للمالك طلب التخمين فوراً »

وقد زاد قانون الإيجار الجديد رقم 2001/6، بالمادة 8/ج على الفقرة السابقة، مهنة حرة أو علمية منظمة قانوناً أو حرفة وباعه المستأجر أو ورثته، وأضاف (كلمة التنازل مع التأجير) فنصت: « إذا أجر أو تنازل المستأجر عن المأجور كلاً أو بعضاً إلى الغير دون إذن خطي من المؤجر ويستثنى من ذلك العقار المنشأ به مصنع أو متجر أو صيدلية أو مهنة حرة أو علمية منظمة قانوناً أو حرفة وباعه المستأجر أو ورثته بكامله إلى الغير، ففي هذه الحالة يعتبر المشتري خلفاً للمستأجر البائع أو ورثته فيما يتعلق بجميع شروط العقد على أنه يحق للمالك طلب تخمين المأجور فوراً ».

فإذا كان العقار منشأ به مصنع أو متجر أو صيدلية، أو مهنة حرة أو علمية أو حرفة، فيجوز للمستأجر أو ورثته التنازل عنه للغير في معرض بيعه له بالكامل وليس بشكل جزئي كما ذكر النص، على اعتبار أن المتجر مؤلف من عناصر مادية ومعنوية ولا يجوز التنازل عن جزء منها لأنها لا تقبل التجزئة وإلا فقد المتجر ماهيته وقيست عليه الحالات الأخرى، لعله أو لأخرى، وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي.

ولكن ما يجري على أرض الواقع أن هذه المصانع والمتاجر والصيدليات ومحلات المهن الحرة والحرف المؤجرة، يصار في كثير من الأحيان التنازل عنها دون أن يكون لها هذه الصفة وإنما مجرد تسمية على الورق فحسب، أو يقوم المستأجر الذي يريد بيع هذا المأجور بوضع بعض الأغراض والبضائع الوهمية التي توحى بأن المحل مؤجر لغرض من الأغراض التي ذكرها النص القانوني.

وقد شرع بعض الاجتهاد القضائي للمستأجر بتقاضي بدل خلوه من المأجور (الفروغ)، ولو كان المأجور خال من موجوداته أي ليس له صفة المتجر أو المصنع خلفاً للنص القانوني، بحجة أن أصبح عرفاً بين المستأجر الأصلي والمتنازل له المستأجر الجديد، ولأن هذا البديل الذي يستحقه المستأجر هو في مقابل حقه بالتمديد القانوني، فجاء باجتهاد محكمة النقض السورية غرفة الايجارات بأنه: « لا بطلان في بيع المتجر الفارغ بين مستأجر وآخر ويبقى هذا البيع مبنياً على سبب مشروع وغير مخالف للنظام العام إذ أصبح هذا التعامل عرفاً وعادة، ويعتبر بدل الخلو في هذه الحالة تعويضاً للمستأجر

عن حقه في الاستفادة من أحكام التمديد القانوني»<sup>15</sup>، وبموجب هذا الاجتهاد لا عبرة لمنع المؤجر المالك بالتأجير أو التنازل، ولا قيمة للنص القانوني.

وهناك رأي واجتهاد معارض لهذا الاجتهاد حيث جاء بقرار لمحكمة النقض السورية الغرفة الإيجارية: « وحيث أن الاجتهاد القضائي قد استقر على أن بيع المتجر من قبل المستأجر لا ينفذ بحق المؤجر إلا إذا شمل كامل المأجور البضاعة والمكان، أما إذا اقتصر على المأجور والرفوف دون البضاعة اعتبر تأجير من الغير وغير نافذ بحق المؤجر(قرار محكمة النقض رقم 834 تاريخ 12/12/1972 منشور في مجلة المحامون لعام 1973 ص19) «<sup>16</sup>.

2- إلا أن بدل الخلو هو محرم على المؤجر، بحجة أن القانون حدد مقدار أجور العقارات بنسب معينة لا يجوز الحيد عنها باعتبارها من النظام العام، وباعتبار أن القانون لم يجز تقاضي أجور مقدماً تزيد عن ثلاثة أشهر، وهذا ما أيده الاجتهاد القضائي بحجة أن هذا البديل فيه إثراء غير مشروع على حساب المستأجر!.

أما استفادة المستأجر من عقار المالك فلا يوجد فيه إثراء على حساب المالك، إنما يحق بنفس الوقت للمستأجر كما بينا أعلاه أن يتقاضى بدل خلو ويكون مشروعاً، فجاء بالاجتهاد القضائي:

« لا يحق للمؤجر المالك تقاضي بدل الفروغ من المستأجر لأن النسب محددة في قانون الإيجار وهي من النظام العام، ولا يجبر أحد على الخضوع لأمر مخالف للنظام العام، ولو تم بمحض إرادته ورضائه، ومن حق المستأجر استرداد ما دفع ولكن ليس على قاعدة الإثراء بلا سبب وإنما لمخالفة النظام العام.

\_ للمستأجر أن يتنازل عن حق الإيجار إلى الغير ليحل محله لقاء ثمن تعويضاً عن تنازله عن حقه في الاستفادة من أحكام التمديد القانوني وما ينطوي عليه من عناصر مادية وغير مادية.

\_ لا بطلان في بيع المتجر الفارغ بين مستأجر وآخر ويبقى هذا البيع مبنياً على سبب مشروع وغير مخالف للنظام العام إذ أصبح هذا التعامل عرفاً وعادة ويعتبر بدل الخلو في هذه الحالة تعويضاً للمستأجر عن حقه في الاستفادة من أحكام التمديد القانوني «<sup>17</sup>.

\_ وباعتقادنا أن هناك نص في قانون الإيجار المصري يمكن أن يحقق عدلاً اجتماعياً في هذه المسألة، فأجاز للمالك بتقاضي 50% من قيمة المأجور المراد بيعه بعد خصم قيمة المنقولات التي هي بالعين، فنصت المادة 20 من القانون 1981/136 على أنه: «يحق للمالك عند قيام المستأجر في الحالات التي

<sup>15</sup>- نقض سوري- غرفة الإيجارات: قضية أساس 2052 قرار 1913 تاريخ 2004/9/21، منشور في مجلة المحامون عام 2005- عدد 8/7- فقرة 260- ص767، وانظر: الأستاذ / محمد علي فينو- شرح أحكام القانون رقم 2006/10- ص 523.

<sup>16</sup>- القضية أساس 1103 قرار 819 لعام 2004 ( تاريخ 2004/4/28، محامون عام 2005 عدد 4/3 فقرة 98- 361.

<sup>17</sup>- نقض سوري- الغرفة الإيجارية: قضية أساس 2052 قرار 1913 تاريخ 2004/9/21، محامون عام 2005- عدد 8/7- فقرة 260- ص 767، ومشار إليها لدى، الأستاذ/ محمد علي فينو- المرجع السابق- ص 528.

يجوز له فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على 50% من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال، بعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين.

وعلى المستأجر قبل إبرام الاتفاق إعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك الحق في الشراء إذا أبدى رغبته في ذلك وأودع الثمن مخصوماً منها نسبة الـ 50% المشار إليها خزانة المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها إيداعاً مشروطاً بالتنازل عن عقد الإيجار وتسليم العين وذلك خلال شهر من تاريخ الإعلان.

وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشتري بأن يؤدي للمالك مباشرة نسبة الـ 50% المشار إليها «.

ويشار إلى أن إيجار المتجر أو المصنع يخضع في فرنسا لقوانين خاصة أهمها قانون 1930/9/30 وتعديلاته، إلا أنه عقد من عقود القانون المدني، ومن المقرر في فرنسا أن قيام المستأجر بإنشاء متجر أو مصنع في العين المؤجرة يؤدي إلى نشأة حق جديد للمستأجر هو حق الملكية التجارية، وأي تشريع ينظم العلاقة بينهما يجب أن يراعي فيه التوازن بين الملكية العقارية للمؤجر والملكية التجارية للمستأجر، ويعتبر النص المصري المذكور أعلاه الذي ينص على تعويض البائع بـ 50% من العقار، محققاً لهذا التوازن.

## و- مسألة الشركاء مع المستأجر:

فالاجتهاد القضائي استقر منذ قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية رقم 20 بتاريخ 1977/2/26 بأن « إدخال شريك في المتجر أو المصنع أو تنازل أحد أفراد الشركة عن حقه فيها إلى شخص آخر وضمن نطاق الشركة مع بقاء المتجر أو المصنع وحدة كاملة ليس فيه مخالفة للنص التشريعي تستدعي الإخلاء»<sup>18</sup>.

**فمن جهة أولى:** كيف يتم الشراكة على المتجر دون اقتسام قيمة موجوداته بينهما، وفي حال الاختلاف وطلب اقتسام المتجر هل يبقى المتجر كتلة واحدة؟

بالطبع لا، وغالباً ما تحصل هذه الحالة في الواقع العملي، أي بتأسيس شركة على المتجر بإشراك آخرين مع المستأجر في المأجور، ستراً للتأجير من الباطن الموجب للإخلاء، دون بيع المتجر أو المصنع الجائز قديماً وحديثاً، (وفق المادة 5/ج قانون إيجار قديم، و8/ج قانون جديد).

**ومن جهة ثانية:** فقد نص على أن البيع يجب أن يكون لكامل المأجور، أي بعناصره المادية والمعنوية، فإذا ما أشرك المستأجر شريكاً في المأجور، كانت هذه الشركة باعتقادنا بيعاً جزئياً مخالفاً للنص القانوني.

ورغم ذلك جاء بالاجتهاد القضائي: « يصح تنازل الشريك عن حصته في المأجور إلى شريكه وقيام المتنازل إليه ببيع المحل التجاري الذي هو صالون حلقة يجيز عقده استعماله للبقالة والنوفوتيه »<sup>19</sup>، وفي هذا خروج صريح على أحكام القانون<sup>20</sup>.

<sup>18</sup>- مشار إليه لدى، الأستاذ/ محمد علي فينو- المرجع السابق- ص 545.

<sup>19</sup>- محكمة استئناف دمشق: قضية أساس 347 قرار 38 تاريخ 1992/2/12، محامون عام 1993 عدد 2/1- فقرة 17\_ ص 89، وانظر: المرجع السابق- ص 547.

<sup>20</sup>- يشار إلى أنه في مصر قضي بعدم دستورية النص الذي يجيز استمرار الإيجار للشركاء بحكم المحكمة الدستورية لعام 1996 كما بينا سابقاً.

## ز - التوسع بتفسير النصوص بهدف تعديلها:

ومثال هذه الحالة يتمثل في إحدى الحالات القانونية التي تجيز إخلاء المأجور، وهي تملك المستأجر شقة صالحة للسكن المنصوص عليها بقانون الإيجار السوري القديم (المادة 5/ح\_ط) وقانون الإيجار الجديد (المادة 8/ط): فمن البديهي أن غاية المشرع من هذا النص هو رفع الحماية القانونية عن المستأجر الذي أصبح موسراً وتملك أو أقام داراً صالحة للسكنى.

ولكن الاجتهاد القضائي بحجة أنه يقوم بتفسير النصوص خالفها وابتدع شرطاً جديداً لجملة الشروط التي تنص عليها هذا الحالة والتي ذكرناها سابقاً، فذهب إلى « إن حالة الإخلاء لعدة تملك المستأجر دار صالحة لسكنها لا تكون قائمة إلا إذا كان التملك في ذات البلدة التي يوجد فيها المأجور، ذلك أنه يفترض أن المستأجر بحاجة للسكن في البلدة التي يستأجر فيها أو توجد فيها الدار المؤجرة له، لذلك إذا تملك في بلدة أخرى لا يفسح المجال لإخلائه...وذلك أخذاً بروح التشريع وتفسيراً لإرادة المشرع»<sup>21</sup>، وما هو روح التشريع هنا؟!.

إذاً بحجة تفسير إرادة المشرع يتم الخروج عن النص، فأين هي روح التشريع في حالة تمكن المستأجر من تملك دار صالحة للسكن؟ أليس التشريع وروحه في دعم طبقة المستأجرين بسبب عدم قدرتهم على تأمين مسكن للعيش فيه. فإذا انتفت الغاية من الحماية القانونية يجب رفعها، وهذا ما فعله النص القانوني صراحة المتوافق مع روح التشريع الإيجاري الاستثنائي، حيث يستطيع المستأجر بيعها وشراء شقة في البلدة التي فيها عمله، وإلا لا يمكن تطبيق النص القانوني مطلقاً حيث يعتمد كل مستأجر إلى الشراء في غير البلدة التي فيها المأجور.

هذه بعض الصور من علاقة التأثير المتبادل في إطار الدراسة الواقعية للقانون أثناء تنفيذه على أرض الواقع لاجتماعي، تبين مدى هذا التفاعل والحراك القانوني الاجتماعي، الذي نؤكد دائماً بضرورة عدم انحرافه عن غايات القانون الذي شرع من أجلها.

<sup>21</sup> - نقض سوري - الغرفة الإيجارية: القضية أساس 1112 قرار 895 تاريخ 2004/5/12، مجلة المحامون عام 1005 عدد 8/7  
فقرة 232\_ ص 738، ومشار إليه لدى، الأستاذ / محمد علي فينو - المرجع السابق - ص 657.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة مما يلي:

- 1- العقارات التي خضعت لقاعدة العقد سريعة المتعاقدين بالقانون رقم 10 لعام 2006 هي:
  - أ- هي المؤجرة للسكن فقط.
  - ب- المؤجرة لأعمال تجارية وصناعية وحرفية ومهنية قبل صدوره.
  - ج- المؤجرة للجهات العامة في الدولة.
  - د- المؤجرة لأعمال تجارية وصناعية وحرفية ومهنية بعد صدوره.

### الجواب الصحيح رقم 4.

- 2- تقدر نسبة الـ 40% في دعوى إنهاء العلاقة الإيجارية:
  - أ- من قيمة الأرض المأجورة فقط.
  - ب- من قيمة العقار المأجور دون البناء.
  - ج- من قيمة الأرض والبناء المأجور عليها.
  - د- من قيمة البناء المأجور فقط دون الأرض التي هي للمالك.

### الجواب الصحيح رقم 3.

## الوحدة التعليمية الحادية عشرة

### مدى تحقيق قانون الإيجار الاستثنائي لغايات القانون

#### الكلمات المفتاحية:

الإيجار والأمن \_ الإيجار والمصلحة الاجتماعية \_ الإيجار وأزمة السكن.

#### المُلخَص:

بحثت هذه الوحدة في مدى تحقيق قانون الإيجار الاستثنائي القديم لغايات القانون، حيث تحولت بموجبه العلاقة الإيجارية من علاقة تعاقدية إلى علاقة قانونية اعتبرت من النظام العام.

فتبين أن قانون الإيجار القديم لم يحقق غايات القانون فساهم في تهديد السلم والأمن الوطني، كما أخل بالعدالة الاجتماعية، وتميز بمحاباة طبقة المستأجرين على حساب طبقة أخرى، مما أدى إلى التراجع الاقتصادي ولاسيما على صعيد قطاع السكن والاستثمار العقاري.

#### الأهداف التعليمية:

سندرس من خلال هذه الوحدة التعليمية:

1. ترسيخ ذهن طالب القانون حول الغايات والقيم التي يجب على كل قاعدة قانونية أن تحققها.
2. تعليم الباحث القانون ضرورة مناقشة قواعد القانون في ضوء غاياته، وبالتالي توضيح للطلبة مدى مخالفة قانون الإيجار القديم لغايات القانون.

يبحث هذا الجزء في مدى تحقيق المبادئ القانونية الاستثنائية للعلاقة الإيجارية لغايات القانون، وذكرنا هنا عبارة **العلاقة التعاقدية**، لأن هذه العبارة استخدمت في الفترة الزمنية القانونية السابقة للتعبير عن عقد الإيجار، فكانت العلاقة في ظل قانون الإيجار القديم التي تربط المؤجر بالمستأجر تتحول (كما هي الحال في عصور التدهور الاقتصادي والقانوني) من عقد إيجار أي من علاقة عقدية إلى علاقة قانونية. فالفقيه هنري مين يميز بين المجتمعات الساكنة والمجتمعات المتطورة، فلاحظ أن حركة المجتمعات المتقدمة تشير إلى الانتقال من حالة المركز إلى العقد، We may say that movement of the progressive societies has hitherto been a movement from status to contract<sup>1</sup>. ولهذا فإن تعبير العلاقة الإيجارية قد ساد في الآونة الأخيرة مع تشريعات الإيجار الاستثنائية التي واكبت أيضاً ظروف اجتماعية غير سليمة على كافة أصعدة الحياة. سنحاول في هذا الفصل أن نقف على مدى تحقيق قانون الإيجار القديم والجديد في سوريا لغايات القانون القريبة منها والبعيدة التي اعتبرناها قيم أساسية يجب على كل قاعدة قانونية أن تسعى إليها.

هناك عدة غايات بيّناها سابقاً سعت القواعد القانونية منذ وجودها أن تحققها، ولهذا سنرى فيما إذا حققت قواعد قانون الإيجار القديم هذه الغايات.

---

<sup>1</sup> Harvard Law Review Association, JSTOR (Organization), 1917, p 210. H. Maine, Ancient Law, New York 1986, p 165. , \_  
Raymond Cocks, Sir Henry Maine, p170.



## غاية القانون في تحقيق الأمن والنظام والاستقرار في المجتمع

لم يتم السعي لتحقيق هذه الغاية بموجب قواعد قانون الإيجار القديم ، وإن كان تحقيق هذه الغاية ملقى على عاتق قوانين أخرى كقانون العقوبات مثلاً إلا أن أي قاعدة قانونية تساهم في تحقيق هذه الغاية لأن قانون العقوبات يختص بفرض العقوبات على مرتكبي الجرائم، ولا يبحث في أساس المشكلة أو الجريمة قبل وقوعها.

وبالتالي عندما يجبر المالك على التآجير رغماً عن إرادته بالتمديد القانوني، وعندما يرى أمواله التي عاش طويلاً حتى جناها تستغل من قبل غيره بأجرة زهيدة تافهة، ويرى عقاره ينتقل من وريث إلى آخر ينتهبه الواحد تلو الآخر، في حين لا يستطيع إسكان أولاده وتزويجهم في المأجور، هذه الدوافع المعنوية والنفسية والمادية تشكل البيئة الاجتماعية المناسبة لارتكاب الجريمة وانتشار الظلم والخصومة وقطع أواصر الترابط والتراحم والتضامن بين أفراد المجتمع الواحد التي بني الدستور لترسيخها وحض عليها الشرع الحنيف، والقضاء يشهد بكثرة الدعاوى الجزائية والمدنية التي تكون أساسها العلاقة الإيجارية<sup>2</sup>.

فحماية الدستور للملكية الخاصة هو تأكيد وإسهام في **صيانة الأمن الاجتماعي** فلا يجوز المساس بها إلا استثناءً وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها باعتبارها وظيفة اجتماعية<sup>3</sup>، "إن قاعدة التضامن الاجتماعي التي أرسنها المادة 7 من الدستور مؤداها وحدة الجماعة في بنائها، وتداخل مصالحها لا تصادمها، وإمكان التوفيق بينها ومزاوجتها ببعض عند تتراحمها، واتصال أفرادها ببعض ليكون بعضهم لبعض ظهيراً، فلا يتفرون بدداً أو يتناحرون طمعاً أو يتناذبون بغياً..وليس لفريق أن ينال قدراً من الحقوق يكون بها \_عدواناً\_ أكثر علواً، ولا أن ينتحل منها ما يخلّ بالأمن الاجتماعي"<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> - [http://hawadethonline.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4584:2010-05-09-20-06-50&catid=25:2009-09-13-08-06-26&Itemid=38](http://hawadethonline.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4584:2010-05-09-20-06-50&catid=25:2009-09-13-08-06-26&Itemid=38)

<sup>3</sup> \_ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في صدد الحكم بعد دستورية بعض نصوص تشريع الإيجار الاستثنائي في القضية رقم 11 لسنة 16ق دستورية تا 1995/7/3.

<sup>4</sup> \_ حكم المحكمة الدستورية المصرية رقم 3 لسنة 18ق دستورية تا 1977/1/4 بشأن عدم دستورية امتداد الإيجار إلى ورثة المستأجر (مصاهرة)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 3 تا 1997/1/16.

## غاية القانون في حماية الحقوق الفردية وتحقيق المساواة والعدالة

تبين لنا أن تشريعات الإيجار السورية القديمة (في غفلة منها) لم تساهم في تحقيق المساواة أو العدالة الاجتماعية في العلاقة التعاقدية الإيجارية، وإن كانت ترفع شعار تحقيق العدالة لأنه كما بيّنا عقد الإيجار ليس محلاً للعدالة التوزيعية وإنما للعدالة التبادلية ، وبالتالي سادت المحاباة بل الميل الذي يكاد يكون مطلقاً لطبقة المستأجرين في المجتمع، وكل هذا تحت شعار تحقيق التوازن في العلاقة العقدية الإيجارية، الذي لم يتحقق مطلقاً " فالتوازن يجب ألا يكون صورياً أو سراباً، بل يجب أن يعكس حقيقة قانونية لا ممارسة فيها ليكون التنظيم التشريعي لحقوق المؤجرين والمستأجرين في دائرتها منصفاً لا متحيفاً"<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> \_ حكم المحكمة الدستورية المصرية (بصدد إعلان عدم دستورية أحد النصوص قانون الإيجار القديم) رقم 6 لسنة 99 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 14 تا 1995/4/6، وانظر: د / مراد \_ التعلق على قوانين الإيجارات \_ ص 608.

## غاية القانون في تحقيق المصلحة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي

فقانون الإيجار القديم في سوريا لم يتم بتحقيق هذه الغاية، وإن كانت المذكرات الإيضاحية والأعمال التحضيرية لقوانين الإيجار تتكلم عن هذه الغاية إلا أن الواقع العملي كان في مكان آخر، فعندما يكون هناك محاباة لطبقة المستأجرين، وتمديداً قانونياً لعقود الإيجار، بل وتحديد الأجر وتخفيضها، وتوريث عقود الإيجار إلى ما لانهاية، لا يمكن لنا أن نطلب من المؤجرين أن يكونوا من الملائكة ونطالبهم بالتودد والتعاطف مع المستأجرين وتقديم المعونات لهم و تعزيز أواصر المحبة بينهم وصولنا إلى ما يسمى بالتضامن الاجتماعي، لاسيما مع علمنا بضخامة حجم طبقتي المؤجرين والمستأجرين في المجتمع، إن جميع ما سبق إنما يوجب نيران وصراع المصالح الدنيوية والمادية بين أفراد المجتمع الواحد، ويشكل ضربة كبيرة للتضامن الاجتماعي، " فالأصل أن يتحقق التضامن بين المؤجر والمستأجر من الوجهة الاجتماعية وأن تتوافق مصالحهما ولا تتنافر من الوجهة الاقتصادية وإلا كان كل منهما حرباً على الآخر ينتهز الفرصة لأكل حقه بالباطل، فلا يجوز أن يميل ميزان التوازن بينهما ليكون مغيون الأمس \_المستأجر\_ غائباً، ولا أن يكون تدخل المشرع شططاً وقلباً للموازن ليحل الصراع بين العاقدين بديلاً عن التعاون بينهما"<sup>6</sup>.

\_ وأشرنا سابقاً إلى حكم في قانون الإيجار المصري سعى لإقامة التوازن في العلاقة الإيجارية تحقيقاً لمصلحة طرفي العلاقة الإيجارية، فقد حل مشكلة التنازل عن حق الإيجار ، بأن منح مالك المتجر أو المصنع أو المأجور المتنازل عنه حق تقاضي 50% من بدل البيع بعد حسم ما يكون في العين من المنقولات التي دخلت ضمن التقدير عند البيع باعتبارها ملكاً للمستأجر خاصة، وذلك طبقاً للمادة 20 من القانون المصري رقم 1981/136 وحق الأولوية في الشراء خلال شهر من تبليغه بالثمن، فيه (نوعاً ما) تحقيق للتوازن القانوني والاجتماعي في العلاقة الإيجارية بمراعاة مصلحة ومنفعة طرفيها، وبدفع مضرة متاجرة المستأجر بالعين المؤجرة وثرائه على حساب المالك، فإذا كان المستأجر يحصل على مقابل ما أشاده بالعين المؤجرة من متجر أو مصنع (الملكية التجارية)، فمن العدل أيضاً أن يعطى مالك العين المؤجرة مقابلاً لملكه الذي يدخل بشكل أساسي في تقييم المتجر أو المصنع المباع (الملكية العقارية) ويذكر أن القانون السوري قد خلا من حكم مشابه.

<sup>6</sup> \_ حكم المحكمة الدستورية المصرية السابق ذكره.

## غاية القانون في تحقيق الخير العام والتقدم الاقتصادي والاجتماعي

إن قواعد قانون الإيجار التي تجعل من مشكلة وأزمة السكن غاية تصبو إلى حلها، تساهم وبقوة في تخلف الناحية الاقتصادية بسبب تدهور قطاع كبير من أهم قطاعات الاقتصاد الوطني ألا وهو قطاع الإسكان.

\_ فعندما فقد الكثير من المؤجرين الأمل باسترجاع عقاراتهم، أهملوا ترميمها وإصلاحها وتطويرها مما انعكس سلباً على نظام وهيكله قطاع البناء.

\_ كما انتشرت العديد من الشقق التي يفضل مالكوها تركها مقفلة دون سكن على أن يؤجروها بما سبق من شروط.

\_ كما امتنع العديد من تجار البناء عن إشادة العقارات بسبب عدم رغبتهم في تأجيرها بالشروط والقواعد التي يتضمنها قانون الإيجار.

\_ كل ذلك أدى إلى قلة المساكن واستمرار أزمة السكن بل وتفاقمها اقتصادياً ، وهذا ما ينعكس سلبياً على خير المجتمع وتقدمه الاقتصادي والاجتماعي.

## تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة مما يلي:

1 \_ ساهم قانون الإيجار القديم:

- أ- في التخفيف من حدة الجرائم وإشادة التضامن الاجتماعي.
- ب- في تحقيق العدالة الاجتماعية.
- ج- في تحقيق التقدم الاقتصادي ولاسيما قطاع السكن.
- د \_ في الإخلال بالأمن وانتشار الجرائم.

## الجواب الصحيح رقم 4.

2 \_ في ظل قانون الإيجار القديم:

- أ\_ تحولت العلاقة الإيجارية إلى علاقة تعاقدية.
- ب\_ تحولت العلاقة الإيجارية إلى علاقة قانونية.
- ج\_ تحولت العلاقة الإيجارية إلى علاقة تبادلية.
- د\_ تحولت العلاقة الإيجارية إلى علاقة استثنائية.

## الجواب الصحيح رقم 2.