المحاضرة الثانية عشر: تابع للمدرسة المختلطة ثانيا- مذهب الفقه الحديث

نتيجة الانتقادات التي وجهت لمذهب الفقيه "جيني" في أساس القاعدة القانونية وأن الحقائق الأربع التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية لا يُصدق عليها جميعا وصف العلم، ومنه إتجه الفقه الحديث في تحديد أساس وجوهر القاعدة القانونيةإلى جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في نوعين من الحقائق يمثلها : العنصر الواقعي والعنصر المثالي.

1- العنصر الو اقعي: (يتمثل في الحقائق العلمية التجريبية التي تخضع للتجربة والمشاهدة).

وهي تلك الحقائق التي تحيط بالناس في الجماعة فتشمل مختلف الحاجات التي يسعى الإنسان إلى إشباعها، وتتمثل هذه الحقائق في الحقائق الطبيعية، الحقائق الاقتصادية، الحقائق السياسية والاجتماعية، الحقائق الدينية والأخلاقية، والحقائق التاريخية.

أ- **الحقائق الطبيعية:** وتتمثل في البيئة المحيطة بالإنسان، أو تلك المتعلقة بالإنسان نفسه، فالمناخ يؤثر في نضج الإنسان، فتراعي بعض التشريعات هذه العوامل عند تحديد سن الرشد، أو سن الزواج، أيضا الدول التي تتمتع بمساحة جغرافية كبيرة وعدد سكان قليل تراعي هذه العوامل في قوانين الهجرة والقواعد التي تنظم منح الجنسية.

ب- **الحقائق الاقتصادية:** إن التطور الاقتصادي وما تبعه من تطور في سبل الإنتاج ووفرة السلع والانفتاح على الأسواق وتداول رؤوس الأموال، وما ارتبط بها من عوامل أخرى كإنشاء المؤسسات الاقتصادية والشركات المتعددة الجنسيات وتوسع التجارة الداخلية والخارجية، وتأثير ذلك على شروط العمل وحقوق العمال وواجباتهم ..الخ كل ذلك كان له تأثير كبير في وضع القواعد القانونية المرتبطة بهذه المسائل في جميع التشريعات في جميع المجتمعات.

ج- **الحقائق الاجتماعية و السياسية:** الحقائق الاجتماعية يقصد بها تلك الأفكار السائدة في المجتمع ، والتي تدخل ضمن حقائق الحياة في الجماعة، وهي حقائق علمية تقوم على المشاهدة، ولها تأثير كبير في تكوين وإنشاء القواعد القانونية وتطورها، بحيث لا يجوز إغفالها عند وضع القواعد القانونية، اما الحقائق السياسية تتمثل في مختلف المتغيرات السياسية وتغيير أنظمة الحكم في المجتمعات مما يؤثر على المجتمع وحقوقه وبالتالي لابد من وجود قواعد قانونية لتنظم هذه التغيرات،

فالأفكار الإيديولوجية التي تبنتها بعض الدول كالشيوعية أو الفاشية أو النازية أو الرأسمالية،نجد أن لها أكبر الأثر في وضع القواعد القانونية داخل هذه الدول.

د- **الحقائق الدينية والأخلاقية:** وهي مجمل الحقائق المستخلصة من أحكام الدين، و ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقدات واتجاهات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق الهامة التي لا ينبغي إغفال أثرها عند وضع وتكوين القاعدة القانونية، فقد كان ومازال للحقائق الدينية أثرها الكبير في تكوين القواعد القانونية التي تنظم الأحوال الشخصية كنظام الزواج، النفقة، الميراث، الوصية...الخ، كما كان للحقائق الأخلاقية أثر بارز على الدول الغربية في تحريم الطلاق.[1]

هـ- **الحقائق التاريخية:** وهي تعتبر خبرة هامة اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمن، وتجربة مكتسبة مرت بها نظمها القانونية، فهي تعتبر من العوامل التي تدخل في تكوين وتوجيه تطور القاعدة القانونية، والتي لا يجوز إنكارها.[2]

---

[1]- سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص: 95.

[2]- إ ريس فاضلي، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي. المرجع السابق، ص: 215.

تعتبر العوامل التي سبقت الإشارة إليها حقائق اجتماعية واقعية، بعضها تجريبي وبعضها عقلي، وهي لا تكفي لتكوين القاعدة القانونية، لذا وجب تقويمها بالقياس على مثال أعلى يفرضه العقل وهو "العدل".

2- العنصر المثالي: (يتمثل في الحقائق العلمية التفكيرية التي يستخلصها العقل)،

أوجب الفقهاء عند وضع القواعد القانونية مقاربتها وقياسها على مثل أعلى هو العدل، وهذا العنصر المثالي الذي قصدوه يرمي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، أي تجسيد فكرة المساواة بمفهومها العام.

أ- مفهوم العدل واشكاله :

- **مفهوم العدل**: العدل لغة معناه المساواة الإنصاف، ومفهومه البسيط هو إعطاء كل ذي حق حقه أما المفهوم العميق فهو يتمثل في مجموعة القواعد التي بكشف عنها العقل ويوحي بها الضمير ويرشد إليها النظر الصائب فهذه القواعد هي روح العدل أو هي الفطرة التي فطره الله الناس عليها.

- اشكال العدل:

- العدل من حيث الشكل: إن تحقيق فكرة العدل يستوجب تطبيق القانون بصفة ملزمة ولو عن طريق القوة إذا تطلب الأمر ذلك فالقانون هو إرادة الحاكم يجب احترامها حيث يرى الفيلسوف الإنجليزي "أوستن" أن القانون الذي يحقق العدل هو إرادة الحاكم ومشيئته يطبقها بالقوة على الأفراد عند الضرورة فالعدل لديه مصدره ضمير الحاكم فهو يراقب ويشرف على توزيع العدل بين الناس توزيعا متساويا. اما هيجل فأن تحقيق فكرة العدل يقوم على تطبيق القانون الذي يكون أساسه من صنع الدولة (يعر عن إرادة الحاكم) فالدولة هي المنوطة باحترام القانون وإجبار الأفراد على طاعتها بما لها من وسائل الإكراه لأجل تحقيق العدالة. أما أنصار مذهب الشرح على المتون فيرون أن فكرة تقديس النصوص التشريعية واحترامها باعتبارها شاملا لكل مواضع الحياة فالتشريع وحدة هو الذي يتضمن جميع الأسس التي من شأنها تجسيد فكرة العدل ومفهوم العدالة،

- العدل من حيث المضمون: كما تطرقنا سابقا فمضمون العدل حسب مذهب القانون الطبيعي هو الذي يدركه الإنسان بعقله ويتصف بالكمال والمثل العليا، اما أصحاب مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير أن فكرة تحقيق العدل ليست نابعة من قواعد قانونية ثابتة بل أنها مستلهمة من القواعد متغير ومختلفة باختلاف الظروف المحيطة بكل مجتمع.

إن فكرة إقامة نظام قانوني على أساس العدل ومحاربة الظلم وجدت في ضمير الإنسان منذ الأزل وستبقى ثابتة لا تتغير أما الذي يتغير فهو الزمان والمكان ولكل جماعة تصورها الخاص لفكرة العدل وفقا لظروفها الاجتماعية فما يعتبر عدلا في مجتمع ما قد يصبح ظلما مع مرور الزمن في نفس المجتمع، مثال: نظام الرّق.

اما "ديجي" يرى أن الشعور بالتضامن الاجتماعي لدى الأفراد هو أساس القاعدة القانونية وهو يتمثل في الشعور القائم لدى الجماعة لتحقيق العدل، والعدل هنا هي القاعدة التي تشعر بها الجماعة أنها ضرورية ولازمة إلى صيانة التضامن الاجتماعي ولو تسخير قوة الإجبار في الجماعة لكفالة احترامها ولتحقيق العدل المشار اليه.

ب- انواع العدل: هذا ولقد ميز الفقهاء بين نوعين من العدل هما: العدل الخاص والعدل العام.

- العدل الخاص: وهو الذي يسود العلاقات بين الأفراد ويقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم لذلك سمي بـ "العدل التبادلي"، ويقتضي هذا العدل احترام كل منهم لحق الآخر إما بإعطائه له أو بالامتناع عن الاعتداء عليه. [3] وعلى أساسه العدل التبادلي نشأت نظريات قانونية هامة مثل: نظرية عدم الإثراء بلا سبب.[4]

- العدل العام: وهو العدل الذي يسود العلاقات بين الجماعة والفرد المكونين لها، ويهدف إلى تحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة، وله صورتان:

- العدل التوزيعي: وهو الذي يجب على الجماعة لصالح الأفراد. ويتحقق ذلك في توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد.[5]

- العدل الاجتماعي: وهو الذي يجب على الأفراد لصالح الجماعة، وأساسه أن الفرد جزء من الجماعة، وأن الجزء يسخر لخدمة الكل، أي يكون الفرد في خدمة الصالح العام الذي يعود بالنفع على كل المجتمع.[6]

الدولة هي التي تتولى تحقيق العدالة التوزيعية، فهذه العدالة موضوع القانون العام، بينما يسري قانون آخر هو القانون الخاص على العلاقات بين الأفراد فيكون موضوعه العدالة التبادلية وهي تطبق في العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية.[7]

ج- تطور فكرة العدل عبر العصور

إن مفهوم العدل لم يصبح مفهوما شائعا في عصرنا الحاضر إلا بعد صراع طويل وثورات أريقت فيها الدماء هاته الثورات المتعاقبة كانت تهدف إلى تحقيق العدل والمساواة الا ان مفهوم العدل المساواة وكيفية تجسيده (أي التفاوت في كيفية تحقيقه)، خضع لوجهات نظر مختلفة نتيجة اختلاف المفكرون واختلفت المذاهب لتحديد ذلك، وسنتعرض إلى الفكر الغربي ونظرته للعدل وكذا إلى الفكر الإسلامي ومكانة العدل فيه.

- تطور فكرة العدل في الفكر الغربي: لقد رأى أنصار التفاوت في الفكر الغربي لفكرة العدل أنها تتأسس على احترام التفاوت الموجود ويريدون في ذلك حججا تتعلق بالفوارق الطبيعية والفوارق الاجتماعية، وحجج أخرى تبرر هذه الفوارق المختلفة يختلف الناس بالولادة في قدرتهم ومواهبهم الجسمية والعقلية فمنهم الضعيف ومنهم القوي ومنهم الذكي ومنهم الغبي.

وعليه فمن الظلم أن نعطي مثلا الغبي أو الغير الكفء منصبا إداريا ممتازا ومنحه مقابل هذا المنصب امتيازات عالية، الا ان لو وفرنا له ضرورية الحياة فقط، ومنحنا هذا المنصب للقادر الذكي لكان ذلك في حدود العدل.

في هذا الصدد رأى للفيلسوف أرسطو أن التفاوت يخضع لقانون الطبيعة فارسطو يعترف بالاسترقاق، اما "كارل اليكس" فيقول التفاوت ضرورة طبيعية مادام الناس مختلفين من حيث الخصائص العقلية والفيزيولوجية "فبدلا من أن نحاول تحقيق المساواة بين اللامساواة العقلية والعضوية يجب أن نوسع دائرة هذه الاختلافات وننشئ رجال عظماء"، "يجب ان نساعد اولئك الذين يملكون افضل العقول والاعضاء على الارتقاء اجتماعيا ...وينبغي ان يحصل كل فرد على مكانه الطبيعي."

---

[3] إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص: 187.

[4] فايز محمد حسين محمد، نشاة فلسفة القانون، دار النهضة العربية، مصر ، ص: 90.

[5] إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 188.

[6] إدريس فاضلي، المرجع الانف الذكر، ص: 188.

[7] فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، ص: 1391.

تدعيما لذلك نجد أن تقسيم سكان البلاد الحرة إلى طبقات مختلفة لا يرجع إلى المصادفة أو العرف الاجتماعي وإنما هو مؤسس على قواعد بيولوجية صلبة وكذلك على صفات الأفراد الفيزيولوجية والعقلية، ففي المجتمع الديمقراطي كما ترى " بريطانيا وفرنسا " استطاع كل شخص أن يبلغ المكانة أو المركز الذي مكنته مقدرته من بلوغه.

هناك أنصار المساواة في الغرب "شيشرون" مخاطبا شعبه الروماني " الناس سواء وليس أشبه شيء من الإنسان والإنسان لنا جميعا عقل ولنا حواس وأن اختلفنا في العلم فنحن متساوون في القدرة على التعليم" وايده في هذه الفكرة "توماس جيفرسن" عند "إعلان الاستقلال الأمريكي" إن جميع الناس قد خلقوا متساوين.

نقد : بالرغم إنه لا يمكننا إنكار فكرة المساواة إلا انه لا يمكن مساواة الناس في الحقوق والواجبات لأنه تختلف إمكانيتهم وقدراتهم العقلية والجسدية والعملية، فإذا سلمنا بالمساواة التامة والمطلقة فكيف يخدم بعضهم البعض.

- فكرة العدل في الفكر الإسلامي : إن العدل معناه إزالة الفوارق المصطنعة والفروق الواسعة التي نشأت بين أفراد والمجتمعات بطرق غير مشروعة ولابد من فتح الطريق أمام الجميع وتكافؤ الفرص في جميع المجالات، يقول الرسول ﷺ: (لا فضل لعربيا على عجميا إلا بالتقوى)، يعتبر العدل أحد المبادئ الأساسية لنظام الحكم وغايته المقصودة وقد حرص الإسلام على تقريره حفاظا على كيان المجتمع البشري فقد جاء في قوله تعالى على لسان نبيه:(وأمرت لأعدل بينكم) ويقصد بالعدل في الإسلام بوجه عام تنفيذ حكم بمعنى الحكم بمقتضيات ما جاءت به الشريعة الإسلامية وهو واجب في علاقة الفرد بنفسه وعلاقته بغيره من الناس وعلاقة الحاكمين بالمحكومين ومن شدة حرص الله تعالى على العدل أنه لم يشدد على استعمال القوة مع مقترف أكبر الكبائر أي الشرك بينما شدد في استعمال القوة مع الباغي والمعتدي ومع الطرف الغير القائم بالعدل ويتضح ذلك قوله تعالى: ((فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلو التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله)) وإذا كان الله تعالى قد وجه الخطاب بالعدل للمؤمنين ((يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط)) إن المساواة في الإسلام لها أهمية كبيرة يقول تعالى: ((يا أيها الناس إن خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم)) يتضح من هذه الآية أن الإسلام يقر مبدأ المساواة بين جميع الناس ويجعلها أحد أصوله التي تجد أساها في العقيدة التي جاءت لتكريم الإنسان باعتباره من أصل واحد وهو آدم فلا مجال للإدعاء بالانتساب إلى جنس أسمى مما عداه من الأجناس أو إلى طبقة هي أرقى الطبقات فالإسلام (مثلا نجد اليهود الذين زعموا أنهم وحدهم شعب الله المختار ، كذلك النظام النازي قسم الجنس البشري إلى طبقات) لا يعترف إلا بمفاضلة قوامها الأعمال وليس الإنسان وللمساواة صور كثيرة في الفقه والتاريخ الإسلامي نذكر منها المساواة بين الأفراد جميعا في تطبيق القانون فالكل في مستوى واحد أما القانون فلا فرق بين الحاكم والخليفة أو من هم في مناصب السلطة العليا وبين عامة الناس وتثبت هذه المساواة كذلك أمام القضاء فلا وجود لمحاكم خاصة تختص بالنظر في خصومات طائفة معينة من المجتمع ومحاكم أخرى مختصة لعامة الناس. قال تعالى:((لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي)) ويقول الله:((ولو شاء ربك لا أمان من في الأرض كلهم أ فأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين)).

إن الإسلام لم يعطي للإنسان مساواة مطلقة إلا في حدود الحقوق والواجبات فهناك تفاوت مكفول للإنسان بقول تعالى (ورفعنا بعضكم فوق بعض درجات)وكل إنسان مسير لما خلق له فلكل ذي حق حقه