

## التعارض والاختلاف في النظر إلى طبيعة الحق ومصدره بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي

### Conflict and divergence in looking at nature of the right and its source Between Islamic legislation and positive law

ريحي تبوب فاطمة الزهراء

كلية الحقوق بودواو / جامعة بومرداس

F.zohra.tebboub@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2020-04-08. تاريخ القبول: 2020-09-04 تاريخ النشر : ديسمبر 2020

#### ملخص

إن تحديد مفهوم الحق وطبيعته في الفقه الإسلامي المستمد من الكتاب والسنة، يختلف عنه في الأنظمة القانونية الوضعية؛ لأن الإنسان في نظر التشريع الإسلامي مكلف وملزم بعبودية الله أكثر من كونه صاحب حق، فالتكليف هو أساس الشريعة، ومن ثم لا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه، فضلا عن أن الحق في الفقه الإسلامي يتصف أيضا بالثبات والازدواجية.

أما تصور الحق في الأنظمة القانونية الوضعية، على العكس من التصور السابق، يتصف بعدم الثبات والتغير المستمر، لكونه يخضع لإرادة و اجتهاد الإنسان تحت تأثير عوامل ودوافع اقتصادية واجتماعية و سياسية وثقافية. وهذا ما يتجلى من التطور التاريخي الذي عرفه تصور الحق في الأنظمة القانونية بداية من المذهب الفردي، ثم المذهب الاجتماعي. وأخيرا ما يعرف بمذهب نسبية الحقوق.

الكلمات المفتاحية: الحق المطلق - نسبية الحقوق - الحق وظيفة اجتماعية - حق الله حق العبد - حقوق مشتركة بين الله والعبد.

#### Abstract

The definition of the concept of law and its nature in Islamic doctrine derived from the Quran and Sunnah is different from the legal systems; because in the eyes of Islamic legislation, man is more expensive and obliged to slavery God than to be a right. The mandate is the basis of the Shariah, and hence there is no legitimate right unsubstantiated, Furthermore, the right in Islamic doctrine is characterized by stability and duality:

The perception of the law in the legal systems, as opposed to the previous conception, is characterized by constant instability and change, because it is subject to the will of the human being under the economic, social, political and cultural influence. And this is reflected in the historical development of the conception of law in legal systems beginning with individualism, Then came socialism, which considers rights as social functions, finally came what is called the doctrine of the relativity of rights.

Key words: sovereign right- relative rights - *rights* of a social function - *rights of God* human rights- commun rights of God and human.

عرف القانون الوضعي في تحديد طبيعة الحق اتجاهين متناقضين، الأول يرى أن الفرد يتمتع بحقوق مطلقة تعكس مظهر حرية إرادته، أما الثاني يرى أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه وما يتقرر له من حقوق ذلكبصفته عضواً في الجماعة لا بصفته فرداً منعزلاً عن الجماعة.

من خلال الاتجاهين المتناقضين يتجلى بوضوح أن مفهوم الحق في القانون الوضعي يخضع لإرادة الإنسان المتغيرة بفعل عوامل ودوافع اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية، محكومة بتغير الظروف والأحوال وموازن القوى بين الأفراد والجماعات، لأن تشريع القانون الوضعي ناشئ عن اجتهادات بشرية يحكمها التغير الناتج عن تفاعل العوامل السابقة، وهي أكثر جلاء في العصر الحديث عند تداول الأحزاب على الهيئات التشريعية والحكومات وانضمام الدول وتصديقها على المعاهدات الدولية التي عادة ما تضعها القوى العالمية المهيمنة، لذا يقال إن القانون الوضعي كائن حي يتأثر بالأسباب السابقة.

أما تصور الحق في التشريع الإسلامي فمختلف كلياً عنه في القانون الوضعي، بسبب أن الفقه الإسلامي غير ناشئ عن فكرة فلسفية ناتجة عن تأملات عقلية مجردة تخضع لتفاعل العوامل التي يخضع لها التشريع الوضعي، إنما فقه مستمد من مصدرين هما:

- 1- كتاب سموي فصلت آياته قرآناً عربياً حكيم مبين من لدن حكيم عليم، ميسر للذكر، محفوظ من التبديل والتحريف والزيادة والنقصان { إِنَّا نَحْنُ نُؤْتِيهِمُ التَّكْوِينَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ } (الحجر 9).
- 2- وسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - القولية والفعلية والتقريبية، وقد قال فيه منزل الكتاب: { وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ } (النجم 3).

إن التشريع الإسلامي بواسطة مصادره المنزهة عن النقص والقصور وخطأ البشر وهواهم وموازن القوى بينهم، يقر للفرد حقوقاً تكفل له في الدنيا، تنطوي إذا ما قصد بها العبد وجه الله على مصالح أخروية كبيرة جداً، وهي مصالح نظمها شق فقه المعاملات بين بني آدم بما فيهم من لا يدينون بعقيدة الإسلام، كما يكفل مصالح أخروية أكيدة مؤجلة إلى أجل مسمى خص بتنظيمها فقه العبادات المحضة. ومن ثم لم يتوقف الفقه الإسلامي عند منافع مادية لفرد أو لمجموعة من الأفراد (المجتمع) - كما هو الحال في الأنظمة القانونية الوضعية - بل أقر توازناً لا مثيل له بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع، حتى وإن كان الفرد لا يدين بالإسلام، إذ أوجد له نظاماً خاصاً هو "نظام أهل الذمة" لم يسبقه إليه ولم يبلغه أي نظام قانوني من الأنظمة الوضعية التي عرفها الإنسان. وأهل الذمة هم أفراد يعيشون في المجتمع المسلم لكنهم غير مسلمين، كأهل الديانات السماوية (اليهود والنصارى) والديانات غير السماوية كالهندوس والسيخ والملحدون، فالشريعة الإسلامية وإن طعنت في صحة معتقداتهم، فإنها لم تمنعهم من إتباع ما يعتقدون ولم تفرض عليهم قصراً اعتناق العقيدة الإسلامية، بدليل قوله عز وجل قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ، لَا أَعْبُدُكُمْ دَمَا تَعْبُدُونَ، وَلَا أَنْتُمْ عَابِدُونَ مَا أَعْبُدُ، وَلَا أَنَا عَابِدٌ مِّمَّا عَبَدْتُمْ، وَلَا أَنْتُمْ عَابِدُونَ مَا أَعْبُدُ، لَكُمْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَ اللَّهِ بَيْنٌ (سورة الكافرون). ويحدد الله عز وجل كيفية التعامل معهم بدقة فيقول عز وجل لِيُذْهِبِ اللَّهُ كُلَّ شَيْءٍ ذَرْبًا وَيَجْعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا (سورة الحديد 17). وَأَعْلَمُ بِمَا فِي سُدُورِهِمْ وَأَعْلَمُ بِمَا تَدْبُرُونَ (سورة الحديد 17). وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ (سورة الحديد 17). وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ (سورة الحديد 17). وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ (سورة الحديد 17).

هُوَ أَقْرَبُ لِقَائِي وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ {المائدة:8} وقوله تعالى لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوا فِي الدِّينِ وَلَا يُدْعَوْنَ إِلَى دِينِهِمْ وَلَا لِيُجْرِمُوا أَضْحَقَ لِقَائِهِمْ وَمَا يَحْتَكِرُونَ {الممتحنة:8}.

إن المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية من كتاب وسنة هي أساس كل الحقوق وجودا واعتبارا وتنظيما وانقضاء، مع وجود مصادر احتياطية بالنسبة للمعاملات الدنيوية المتغيرة والمتطورة في الزمان والمكان ضمن حدود المبادئ والمقاصد الكبرى لهذه المصادر، دون تدخل لموازن القوى في المجتمع، بينما في القانون الوضعي فالقاعدة القانونية تصدر كتعبير عن حصيلة موازين القوى السائدة بمختلف تجلياتها، فهي المنظمة للحقوق ومصدر ما يستمد منها من مراكز الاختصاص لصاحب الحق ومشروعيته.

إن الاختلاف بين طبيعة الحق ومصادره في الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي يقودنا إلى البحث عن مدى إمكانية إدماج التصور الخاص لمفهوم الحق في التشريع الإسلامي مع نظيره في القانون الوضعي؛ لتوضيح ذلك نتعرض لفكرة الحق وطبيعته في الشريعة الإسلامية كونها أسبق من الأنظمة القانونية الحديثة وأشمل (المبحث الأول)، ثم نتعرض لفكرة الحق وطبيعته في القانون الوضعي (المبحث الثاني). ثم نميز بين التصورين مع التطرق لإمكانية الدمج أو عدم الدمج بينهما (المبحث الثالث).

### المبحث الأول: تصور مفهوم الحق في الشريعة الإسلامية

عرف الأستاذ الشيخ علي الخفيف الحق بأنه: "مصلحة مستحقة شرعا"، وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنه: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا، لأن الحق تارة يتضمن سلطة وتارة تكليفا. والسلطة نوعان: سلطة على شخص كحق الولاية على النفس، وسلطة على شيء معين كحق الملكية، أما التكليف فهو دائما عهد على إنسان".<sup>1</sup> انطلقا من سمو التشريع الإلهي وكماله، كان تحديد مفهوم الحق وطبيعته في الفقه الإسلامي -المستمد من الكتاب والسنة، فضلا عن مصادر احتياطية مضبوطة بدقة على هدي المبادئ والمقاصد الكبرى لهما- مختلفا عن الأنظمة القانونية الوضعية التي تتسم بالقصور بسبب طبيعة مدارك الإنسان المحدودة والأناية التي فطر عليها وحبه للعاجلة.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: تقسيمات الحق في الفقه الإسلامي

وترتب عن اعتبار منشأ الحق في الفقه الإسلامي هو الحكم الشرعي، قسم الفقهاء الحقوق إلى قسمين: حق الله وحق العبد، ثم فرعوا عنهما قسمين آخرين هما: ما اجتمع فيه الحقان وكان حق الله فيه غالب، وما اجتمع فيه الحقان وكان حق العبد فيه غالب. فالحق في الفقه الإسلامي ثلاثة أقسام: ما كان حقا لله، وما كان حقا للفرد، وما اجتمع فيه الحقان وظهر فيه أحدهما أكثر من الآخر، وبذلك لا يوجد في تقسيم الفقه الإسلامي قسما خاصا بالحق الوظيفي الذي عرفه فقهاء القانون الوضعي، كما سنرى لاحقا، بل جعلوا حق الله قسما لحق الفرد. نتعرض بإيجاز لهذه الأقسام:

### الفرع الأول: حق الله

هو كل حق تعلق به النفع العام دون مراعاة حق الأفراد<sup>2</sup>، يقصد به التقرب إلى الله تعالى وإقامة شعائر دينه<sup>1</sup>، وينسب إلى الله قصد إعلاء شأنه وتعظيمه وحمل الناس على الحرص عليه وعدم إهماله والتفريط فيه. وحق الله حسب الفقهاء<sup>2</sup> ثمانية أنواع:

1- { كَلَّا لِي تَحِيَّوْنَ الْعُلَاجَةَ } (القيامة:20).

2- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، الطبعة 4، دار الكتاب الحديث، 1969، ص 224.

التعارض والاختلاف في النظر إلى طبيعة الحق ومصدره

1- عبادات خالصة كالإيمان بالله وفروعه كالصلاة والصيام والزكاة والحج.

2- عبادات فيها معنى المؤونة، أي بذل شيء من المال، كصدقة الفطر فإنها عبادة من جهة أنها تقرب إلى الله بالصدقة للفقراء والمساكين، ولكنها ليست عبادة محضة بل فيها معنى الضريبة.

3- مؤونة فيها معنى العبادة: كالعشر أو نصفه الذي يجب في الزرع والثمار.

4- مؤونة فيها معنى العقوبة: كالخراج.

5. عقوبات محضة: كالحدود

6- عقوبات قاصرة: كحرمان القاتل من الإرث

7- عقوبات فيها معنى العبادة: كالكافرات، أما معنى العقوبة فيها فلأنها لا تجب إلا جزاء كالحدود

8- حق قائم بذاته، وهو الثابت من غير أن يتعلق بذمة أحد يؤديه على أية طاعة، وذلك كخمس الغنائم.

### الفرع الثاني: حق العبد

وهو ما تتعلق به مصلحة خاصة دنيوية<sup>3</sup>، فهو متعلق بالأفراد كحرمة مال الغير، وكحق الدية، وبديل المتلفات، وحق المشتري في تملك المبيع، وحق البائع في تملك الثمن، وحق الشفعة، وحق الزوجة في النفقة الواجبة على زوجها<sup>4</sup>. إن المعيار المعتمد للتفريق بين حق الله وحق العبد، هو معيار الإسقاط بحسب ما ذكره الإمام القرافي، بقوله: "فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني بأنه حق الله تعالى"<sup>5</sup>. ومن الفقهاء من يرى أن معيار الإسقاط لا يمكن تطبيقه في كل الحالات، لأن هناك حقوق شرعت لمصلحة العبد خاصة ولكن ليس له إسقاطها لاعتبارها من حقوق الله، وضربوا لذلك أمثلة، منها أن الله حرم الربا صيانة لمال العبد، وحرم الزنا صيانة لنفسه، وحرم القذف صيانة لعرضه، وحرم القتل والجرح صيانة لأعضائه، فكل هذه الحقوق -ون رضي العبد إسقاط حقه فيها- لا ينفذ إسقاطه، فهذه كلها وما يلحق بها من نظائر فيها حق الله تعالى لأنها لا تسقط بالإسقاط، وهي أيضا مشتملة على حقوق العباد لما فيها من مصالحهم ودرء مفاسدهم<sup>6</sup>، أي أن حق العبد في مثل هذه الحالات لا يتمتع بحرية مطلقة في التصرف فيها بل ملزم بمراعاة الشرع في ذلك. وعليه فإن إطلاق لفظ إسقاط العبد لحقه مجازي وذلك للتداخل الكبير بين دائرتي حقوق العبد وحقوق الله<sup>7</sup>، وهذا ما أوضحه الدكتور سعيد رمضان البوطي -رحمه الله- من أن جميع الأحكام -من حيث الضرورة استسلام العباد لها وارتباطها بالجزاء الأخروي- قائمة على أساس حق الله تعالى في أن يلزم الناس موقف

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة 1، دار الفكر، 1991، ص 13.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 47.

<sup>3</sup> - محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 224.

<sup>4</sup> - عبد الودود محمد السريتي، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 187.

<sup>5</sup> - أحمد بن إدريسي بن عبدالرحمان بن عبدالله الصنهاجي المشهور بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق (المعروف اختصاراً بالفروق)،

ج1، دار المعرفة، بيروت، ص 140.

<sup>6</sup> - القرافي، المرجع السابق، ص 141.

<sup>7</sup> - الشاطبي أبو اسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، الطبعة 2، ج2، دار المعرفة، لبنان 1975، ص 376.

ربحي تيوب فاطمة الزهراء

العبودية له، بوصفه خالقهم وفي الوقت نفسه متضمنة حقوقاً للعباد على تفاوت في مدى ظهور هذه الحقوق و اختلاف في تعلقها بالدنيا و الآخرة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، دمشق، ص 49 - 52.

التعارض والاختلاف في النظر إلى طبيعة الحق ومصدره

الفرع الثالث: الحقوق المشتركة بين الله والعبد

أولاً: الحقوق المشتركة بين الله والعبد وحق الله غالب

كحد القذف فإنه بالنظر للعلة التي من أجلها شرع نجد فيه حق الله تعالى، وهو تطهير المجتمع من هذه الجريمة مما يعود بالمنفعة على عموم الناس، كما نجد فيه حق العبد لما فيه صيانة لعرضه من الهتك، ولكن غلب فيه حق الله تعالى لتناوله للنفع العام، وهو أكثر ظهوراً من النفع الخاص<sup>1</sup>.

ثانياً: الحقوق المشتركة بين الله والعبد وحق العبد غالب

كما في القصاص، فإن فيه حق الله تعالى زجراً للجاني وحفظاً للمجتمع من تفشي الإجرام بالاعتداء على النفس والأطراف لقوله تعالى: {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ} (البقرة 179)، غير أن فيه أيضاً حقاً للعبد يتمثل في العقوبة بالمثل لقوله تعالى: {وَكَلَّ بْنَا عَادٍ بِمِثْلِهِم فِيهَا إِنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذْنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُورَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُمْ وَلَهُمْ بِيحْمٍ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ} (المائدة 45)، فدعوى المماثلة في الجزاء والعقوبة ومشروعيتها معناها رجحان حق العبد<sup>2</sup>، لذلك فإن لأولياء المجني عليه الحق في المطالبة: بالقصاص، أو العفو، أو الانتقال من القصاص إلى الدية.

المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة لمفهوم الحق في الشريعة الإسلامية

تمثلت الطبيعة الخاصة لمفهوم الحق في الشريعة الإسلامية في ما يلي:

الفرع الأول: الحق منحة وليس صفة طبيعية للإنسان

الحق في التشريع الإسلامي منحة من الله تفضل بها على العبد بصفته خليفة له في الأرض، وليس لصفته إنساناً فقط كما هو الشأن في القوانين الوضعية ذات النزعة الفردية<sup>3</sup>، ففقيدة المسلم تقوم علناً الله تعالى المالك الحقيقي لهذا الكون وما فيه مخلوقات، فهو الذي خلق وصور وأبدع، وهو الحاكم بما يشاء لا معقب لحكمه، لا يسأل عما يفعل وهم يسألون. وقد دلت على ذلك الكثير من آيات القرآن الكريم، منها قوله عز وجل: {وَتُوبَ بَارِكَ الَّذِي لَهُ مَلِكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا وَعِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ} (الزخرف 85) وقوله في الآية 61 من سورة هود: {إِلَىٰ تُوْبَ وَدَ أَخَاهُمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ أَعِدُّوا لِلَّهِ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْوُوهُ ثُمَّ تَوْبُوا وَإِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُّجِيبٌ} أي ابتداء خلقكم (من الأرض) بخلق أبيكم آدم منها، (واستعمركم فيها) بأن جعلكم عمارة تسكنونها. فقد أفادت هذه الآيات الكريمة أن أصل الملك لله سبحانه، وأن الإنسان ليس له فيه إلا التصرف الذي يرضي الله، وأن ما بيده من المال لا يتجاوز أن يكون ودیعة أو عارية لديه من الله تبارك وتعالى، فالأموال التي بأيدي الناس ليسوا ملاكاً لها على الحقيقة، وما هم إلا كالنواب و كالكلاء عن الله تعالى. فإذا تصرف المستخلف تصرفاً مخالفاً لشروط المالك، وقع هذا التصرف باطلاً وجب على المؤمنين رده في الدنيا، وهو محاسب في الآخرة على باطله ومخالفته لشروط صاحب الملك الأصلي<sup>4</sup>.

الفرع الثاني: الإنسان في نظر التشريع الإسلامي مكلف أكثر من كونه صاحب حق

<sup>1</sup> - عبد الودود محمد السريتي، المرجع السابق، ص 188.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 189.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص 22.

<sup>4</sup> - أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005، ص 29.

إن الإنسان في نظر التشريع الإسلامي مكلف وملزم بعبودية الله أكثر من كونه صاحب حق، فالتكليف هو أساس الشريعة، وعلى الإنسان أن يلتزم بما جاءت به من أحكام، ولا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه، يقول الإمام الشاطبي: "... ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقا بإثبات الشرع لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل...<sup>1</sup> إلى أن يقول في موضع آخر: "... فإن ما هو لله فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله، إذ كاد الله أن لا يجعل للعبد حقا أصلا"<sup>2</sup>. لذا فإن الأسباب التي تستفاد منها الحقوق في الشريعة الإسلامية ليست مثبتة لها بذواتها، بل جعل الله لها مثبتة، أي ليست مؤثرة بذواتها كما في الأنظمة القانونية الوضعية، فمثلا في هذه الأخيرة عقد البيع يؤثر في إثبات ملكية المبيع للمشتري، و ملكية الثمن للبائع غير أن في الشريعة الإسلامية فإن العقد ليس بذاته مثبتا لذلك، بل يجعل الله له مثبتا فترتب أن الشريعة أساس الحق و ليس الحق هو أساس الشريعة.

### الفرع الثالث: الطبيعة المزدوجة في تقرير صفة الحق في الفقه الإسلامي

يتمتع الفرد في الشريعة الإسلامية بحق ذي صفة مزدوجة: صفة فردية باعتبار أن الحق شخصي أصلا، وفي هذا تكريم لشخصيته واعتراف بكيانه الذاتي؛ و صفة اجتماعية تراعي حق الغير من الأفراد والجماعة في ظل التكافل والتضامن الاجتماعي الذي يرد قيادا على استعمال الحقوق الفردية<sup>3</sup>.

### الفرع الرابع: الأصل في الحق التقييد لا الإطلاق

يظهر تقييد الشريعة للحق فيما ألفت على صاحبه عند استعماله من مسؤولية أمام الله عز وجل، وأمام غيره من العباد لتحديد من حريته ما يمنع الإضرار بغيره<sup>4</sup>، و يظهر هذا في قوله تعالى: ﴿وَلِلنَّاسِ أَلْمَنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخِرَ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنْشُورًا﴾ (الإسراء: 13)، ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِحِصْنِهِ مِنْ أَسَاءٍ فَطُيِّبْنَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ﴾ (فصلت: 46). تأسيسا على ذلك يمكن أن نتصور الفعل مشروعاً في ذاته بالنظر إلى استناده إلى حق، وغير مشروع بالنظر لاستعماله في غير غايته، فحق الدائنية مثلا يورث صاحبه سلطة اقتضاء دين من المدين، فإن هذه السلطة تصبح في نظر الشريعة الإسلامية غير مشروعة إذا كان المدين معسرا، فلا تحل مطالبته فضلا عن حبسه، لأن استعمال الحق إذا علم أنه لا يحقق مقصوده كان محض تعسف لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ نُوِ عُرَةً فَظَرَّةٌ إِلَىٰ مَيْرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: 280). وعن الضحاك قال: "فلا يحق لمسلم له دين على أخيه يعلم منه عسرة أن يسجنه ولا يطلبه حتى يبسر الله عليه"، و يذهب الإمام أحمد إلى أن: "الدين لا يكلف أن يقضي لما عليه في خروجه من ملكه ضرر، كثيابه ومسكنه المحتاج إليه وخادمه كذلك وما يحتاج إلى التجارة لنفقته ولنفقة عياله..."<sup>5</sup>، ومؤكد أن كل هذا يتم في إطار نظام

<sup>1</sup> - الشاطبي ابو اسحاق، المرجع السابق، ص 377.

<sup>2</sup> - الشاطبي ابو اسحاق، المرجع السابق، ص 316.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 217 و 218.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 74.

<sup>5</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 249.

مالي إسلامي يتولى فيه بيت المال العام التكفل بهذا الدين وفقاً لما جاء في سورة التوبة<sup>1</sup> من أنه من الأبواب التي تنفق فيه الزكاة باب الغارمين، أي "أهل الدين إن استدانوا لغير معصية أو تابوا وليس لهم وفاء"<sup>2</sup>.

إن استعمال الحق مقيدٌ بوجوب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة كذلك، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالعمل غير مشروع"<sup>3</sup>.

#### الفرع الخامس: تحقيق الحق لمصلحة شرعية

إن الله تعالى منح الحق للإنسان لحكمة قصدها هي تحقيق مصلحة شرعية، وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام: "الشريعة كلها مصالح، إما تدرأ مفسد أو تجذب مصالح"<sup>4</sup>. ويختلف مفهوم المصلحة وخصائصها لدى فقهاء الإسلام اختلافاً كلياً عن مفهومها عند فقهاء القانون، فإذا كان القانون الوضعي يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من كون الحق استثنائاً سلطة لتحقيق غاية هي المصلحة، فإن ميزان المصلحة عند فقهاء القانون دنيوي بحت، بينما تنضبط في الفقه الإسلامي بميزان الحياة الدنيا والآخرة معاً. وإذا كان القانون الوضعي يسعى إلى تقييد المصلحة بقيد المشروعية، فكانت غاية الحق مصلحة يحميها القانون، وحقيقة هذه المصلحة لا تخرج في جوهرها عن النظرة النفعية المتصلة عن أي بعد ديني يضبطها، لكونها صادرة عن تصورات بشرية يحكمها حب الذات والأناية الفردية، وإن زعمت وادعت أنها تشمل النفع للغير أيضاً<sup>5</sup>، ومثال ذلك أن الأنظمة القانونية الوضعية (الغربية) لا تمنع فتح دار للدعارة لما فيها من منافع مادية تعود على أصحابها، وبما تشكله من مورد للضرائب أي الخزينة العمومية، وهي طريق لجلب السعادة للذين يرغبون في زيارتها، غير أن مجرد الاقتراب من مثل هذه الدور محرم ومعاقب عليه في الشريعة الإسلامية بنص القرآن الكريم<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - قوله تعالى: ﴿لِئَلَّا يَصْطَفُوا بِيَدِهِمُ الْمُشْرِكِينَ وَالْمُسْلِمِينَ وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهِمْ وَالْمُؤَلَّفَةَ قُلُوبِهِمْ فِي الرِّقَابِ وَالْغُرْمِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبَى السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (التوبة: 60).

<sup>2</sup> - جاء في تفسير الجلالين تفسيراً للآية 60 من سورة التوبة: " (إنما الصدقات) الزكوات مصروفة (للفقراء) الذين لا يجدون ما يقع موقعاً من كفايتهم (والمساكين) الذين لا يجدون ما يكفيهم (والعاملين عليها) أي الصدقات من جاب وقاسم وكاتب وحاشر (والمؤلفة قلوبهم) ليسلموا أو يثبت إسلامهم أو يسلم نظراً لهم أو يذبوا عن المسلمين أقسام الأول والأخير لا يعطيان اليوم عند الشافعي رضي الله تعالى عنه لعز الإسلام بخلاف الآخرين فيعطيان على الأصح (وفي) فك (الرقاب) أي المكاتبين (والغارمين) أهل الدين إن استدانوا لغير معصية أو تابوا وليس لهم وفاء أو لإصلاح ذات البين ولو أغنياء (وفي سبيل الله) أي القائمين بالجهاد ممن لا فيء لهم ولو أغنياء (وابن السبيل) المنقطع في سفره (فريضة) نصب بفعله المقدر (من الله والله عليم) بخلقه (حكيم) في صنعه فلا يجوز صرفها لغير هؤلاء ولا منع صنف منهم إذا وجد فيقسمها الإمام عليهم السواء وله تفضيل بعض آحاد الصنف على بعض وأقادت اللام وجوب استغراق أفراده لكن لا يجب على صاحب المال إذا قسم لعسره بل يكفي إعطاء ثلاثة من كل صنف ولا يكفي دونها كما أفادته صيغة الجمع وبينت السنة أن شرط المعطى منها الإسلام وأن لا يكون هاشمياً ولا مطلبياً". جلال الدين السيوطي وجمال الدين المحلي، تفسير الجلالين، الطبعة 3، دار الحديث، القاهرة، 2001، ص 251.

<sup>3</sup> - الشاطبي أبو إسحاق، المرجع السابق، ص 385.

<sup>4</sup> - العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، دار المعرفة، بيروت، ص 9.

<sup>5</sup> - محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 37.

<sup>6</sup> - ﴿قُلْ تَعْلَمُوا أَنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ فَمَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا تَشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ نَلِكُمْ صَالِحِينَ﴾ (الأنعام: 151). جاء في تفسير الجلالين: (ولا تقربوا الفواحش) الكبائر كالزنا (ما ظهر منها وما بطن) أي علانياتها وسرها. تفسير الجلالين، المرجع السابق، ص 189.



الفرع السادس: الحق في الشريعة الإسلامية ليس وظيفة اجتماعية بذاته وإنما له هذه الوظيفة<sup>1</sup>:

الخطأ الشائع في النظم القانونية الوضعية أن الحق وظيفة اجتماعية، لكننا لا نجد ذلك عند التحقيق في هذه الفكرة، فلو اعتبر وظيفة اجتماعية لكان صاحب الحق موظفا يعمل لصالح الجماعة دون النظر إلى مصلحته الخاصة، وهذا في الحقيقة إلغاء لفكرة الحق، في حين أن الشريعة الإسلامية أقرت المصلحة الفردية أولاً وشرعت لها وسيلة تحقيقها، وهو الحق الفردي، ثم قيدته بما يمنع الإضرار بالغير أفراداً وجماعة، وهذه حقيقة الوظيفة الاجتماعية للحق، فالحق في الشريعة لا يعدو كونه ميزة لصاحبه أولاً، غير أنه يجمع إلى ذلك عنصراً اجتماعياً، فكان بذلك مزدوج الطبيعة.

إن دليل مراعاة التشريع الإسلامي للمصلحة العامة إقراره الملكية الجماعية وحمايتها، فالأراضي الزراعية إذا دخلت حوزة الإسلام قهراً بالقتال، أصبحت فيئاً موقوفاً على سائر المسلمين، ولا تخضع للملكية الخاصة إلا إذا وجد الحاكم أن المصلحة العامة تقتضي توزيعها على الأفراد فتوزع<sup>2</sup>. كذلك الحال في ملكية المعادن الظاهرة، فإنها تخضع للملكية العامة، ولا يجوز للفرد أن يستأثر بها، فقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: "والمعتمد أنها للإمام لأن المعادن قد يجدها شرار الناس، فلو لم يكن حكمه للإمام لأدى إلى الفتن و الهرج"<sup>3</sup>. وذهب كثير من الفقهاء المحدثين إلى تحديد الملكية الزراعية حفاظاً على المصلحة العامة، لأن فتح باب الملكية الفردية على أوسع نطاق قد يؤدي إلى هوة سحيقة بين أفراد الأمة في الثراء، مما يجيز للحاكم التدخل بوضع حدود على الملكية الخاصة بما يحافظ على المصلحة العامة ومنع إلحاق الضرر بها<sup>4</sup>.

هذا، ويوجب الفقه الإسلامي على المالك السماح لغيره بالارتفاق بملكه (حق الارتفاق) إذا لم يعد على الأول ضرر، ويعتبر امتناعه عن ذلك تعسفاً في استعمال الحق، لأنه يخل بالمعنى الاجتماعي الذي ينطوي عليه مفهوم الحق في الشريعة والذي يلزم المالك مراعاته عند استعماله لحقه. أما حق الشفعة في التشريع الإسلامي فيعتبر حق تملك قهري تُقدم فيه مصلحة الشريك أو/الجار الجنب دفعا لأي ضرر محتمل الحدوث بانتقال ملكية المبيع إلى الغير، حماية له من الأضرار المتوقعة بسبب سوء الجوار ورحمة له من التعامل مع من ينافره في الطباع والأخلاق، ولا ضرر على المالك الذي يقصد البيع من الشفعة لأنه سيصل لغرضه من ثمن المبيع عن طريق شريكه أو جاره. أما البيع لأجنبي فهو ظلمو إضرار بشريكه أو جاره، وهذا لا يجوز شرعا حسب القاعدة الشرعية "لا ضرر و لا ضرار"<sup>5</sup>. وعليه، فإن الاختلاف واضح في تكييف حق الشفعة بين الشريعة التي تعتبرها حق تملك قهري، عكس ما ذهب إليه القانون الوضعي في اعتبارها رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري.

الرَّزَائِيَةُ وَالرَّزَانِيَةُ فَاجْتَبُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلِشَهْرٍ دَعَايِهِ مَا طَافَتْهُ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ { (النور 2) وقوله تعالى: } الرِّزْنِي لَا يَكُحُّ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ شَرِيكَةً وَالرَّزَائِيَةُ لَا يَكُحُّهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ شَرِيكٌ وَحَرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ { (النور 3).

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، دار القلم، بيروت 1988، ص 404.

<sup>3</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر، ص 487.

<sup>4</sup> - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، بيروت، 1990، ص 39.

<sup>5</sup> - حديث "لا ضرر ولا ضرار" رواه مالك بن أنس بسنده في الموطأ رواية يحيى بن يحيى الليثي إعداد أحمد راتب عرموش، الطبعة الخامسة 1401هـ/1981م دار النفائس بيروت، كتاب "الأقضية" باب "القضاء في المرفق" ص 529

إن حق الملكية في الفقه الإسلامي لاسيما في العقار لم يتقرر لأصحابها حقا محضا خالصا وإنما كأداة تحقيق مبدأ التضامن بين الأفراد، لاسيما في الأملاك المتجاوزة، وهي لا تعتبر قيودا اتفاقية تنتج عن تقابل إرادتين كما هو الحال في القانون الوضعي، بل مفروضة على حق الملكية شرعا.

المبحث الثاني: تصور مفهوم الحق في القانون الوضعي

شغلت فكرة الحق وطبيعته فكر فقهاء القانون الوضعي ورجال الاجتماع والاقتصاد والسياسة بسبب تطورات الحياة في شتى المجالات والبياديين، وقد عرفت هذه الفكرة تحولات عبر التاريخ.

ويرجع تنازع فقهاء القانون بشأن فكرة الحق إلى التفاوت الفكري الموجود بين مختلف المذاهب، التي يمكن إجمالها في ثلاثة مذاهب: المذهب الفردي (المطلب الأول)، المذهب الاجتماعي (المطلب الثاني)، ومذهب نسبية الحقوق (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تصور مفهوم الحق في المذهب الفردي

في زمن سيادة المذهب الفردي، كان القانون يخول للفرد استعمال حقه على نحو مطلق لا تحده أي قيود بناء على النزعة الفردية التي ترى أن للفرد حقوقا تفرضها الطبيعة أولها الحرية، يستمدّها من كونه إنسانا، لذا فإنه يكسب امتيازات طبيعية مطلقة وسابقة في وجودها على القانون والجماعة<sup>1</sup>. وفق هذا التصور ليس القانون أساس الحق، بل الحق أساس القانون، ومهمة القانون في هذا المذهب هي حماية الأفراد في التمتع بحقوقهم الطبيعية بحمل الغير على احترامها، خذ مثلا حق الملكية في منطق هذا التصور حق مطلقا لكل فرد، إذ هو عامل من عوامل تأكيد ذاته، وهو قائم على حرية التصرف في ملكه وفق رغبته ومشيتته دون قيد<sup>2</sup>.

إن إطلاق الحقوق بدون قيود أدى إلى استخدامها من طرف أصحابها استخداما سيئا، على أساس أن الأفراد وإن كانوا متساوين في الحقوق والواجبات من الناحية الطبيعية، فإنهم غير ذلك في الحياة الواقعية، إذ أثبتت الوقائع في البلدان التي اتخذت المذهب الفردي أساسا لها في التقنين مظالم اجتماعية، فكثير من العقود المبرمة باسم مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد جاءت بشروط تعسفية، مما أوجب التفكير في الابتعاد عن هذه النظرة المثالية لمفهوم الحق لتعذر ممارستها في الواقع، لأن الرغبة والحاجة يدفعان الفرد إلى التطلع إلى ما في يد الغير، لذا فإن فكرة الحقوق تستدعي وجود روابط اجتماعية بين الأفراد، هذا ما يستلزم أن يكون صاحب الحق كائنا اجتماعيا غير منعزل لذاته<sup>3</sup>.

المطلب الثاني: تصور مفهوم الحق في المذهب الاجتماعي

بموجب النظرة الاجتماعية للحق، ظهر المذهب الاجتماعي وفي ظله لم يعد الحق ميزة طبيعية للإنسان يتصرف بها وفق رغباته، وإنما سلطة أو مكنة منحها الجماعة للفرد الاجتماعي، فالجماعة هي صاحبة الحق، وهي التي تمنحه للفرد ليقوم

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 71 و 72.

<sup>2</sup> - إن الأخذ بفكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أدخل تغييرا جوهريا على كيفية استعمال هذا الحق، فلم يعد حق الملكية حقا مطلقا كما كان عليه في السابق بل أصبح حقا مقيدا، حيث فرضت قيود في شكل التزامات مختلفة يجب على المالك أن يراعيها عند ممارسته لحق الملكية (المادة 690 ق.م) تتعلق بالمصلحة العامة أو حتى بالمصلحة الخاصة.

فاطمة الزهراء تبوب ربحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2016، ص

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 43.

بالمهمة الاجتماعية الملقاة على عاتقه، فهو لم يمنح حقا إلا ليؤدي واجبا. فلم تعد الحقوق مزايا وقدرات مطلقة، بل هي وظائف اجتماعية يغلب فيها معنى الواجب على معنى الحق<sup>1</sup>، حتى إن بعض مدارس هذا المذهب (المذهب الاجتماعي) أنكر وجود الحق، مما أدى بالبعض إلى القول بأن الخدمة التي أداها هذا المذهب للقانون هي اختفاء كلمة حق وإحلال كلمة مصلحة محلها؛ فحق الملكية وفقا لهذا المذهب مجرد وظيفة اجتماعية تفرض على صاحبها الالتزام بممارستها على نحو يحقق زيادة ثروة الجماعة<sup>2</sup>؛ بل إن بعض أنصار هذا المذهب نادوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء تاما، بحيث تستولي الدولة على جميع وسائل الإنتاج وتعطي لكل فرد حاجته أو بقدر إنتاجه؛ ومنهم من يرى إبقائها لكن بصفتها وظيفة اجتماعية، ومنهم من يقصرها على المسكن ولواحقه ومدخراته<sup>3</sup>. وعموما اتفقت مدارس المذهب الاجتماعي على تقييد حق الملكية من حيث الكم ومن حيث الكيف:

- فمن حيث الكم، يتم التقييد بوضع حد أقصى لا تتجاوزه الملكية الفردية، وفي حدود القدر الذي يحول دون الاستبداد والاستغلال واحتكار وسائل الإنتاج الرئيسية.

- أما من حيث الكيف، يتم التقييد بفرض واجب عدم تعطيل الملكية والزام المالك باستعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه، بحيث لا يلحق أضرارا بالمجتمع، وذلك باعتبار حق الملكية وظيفة اجتماعية تمكن المالك من ممارسة السلطات المخولة له من استعمال واستغلال وتصرف في حدود مصلحة المجتمع، والمالك ملزم في ظل هذا المذهب باستغلال ملكه لأن عدم الاستغلال من شأنه الإضرار بالمجتمع<sup>4</sup>.

إذا كان ما يؤخذ على المذهب الفردي تطرفه في تقديس الفرد على حساب المجتمع، فإن المأخذ على المذهب الاجتماعي تطرفه في الجهة المقابلة، حيث وصل هذا التطرف إلى حد إنكار الملكية الفردية من بعض أنصاره، فيما يعرف بالمذاهب الاشتراكية، ففضى على فكرة الحق وجعلها مجرد وظيفة اجتماعية، أي مراكز قانونية دون الالتفات إلى مصالح أفراد المجتمع الذاتية، مما جعل الفقه القانوني ينادي بإعادة النظر في مفهوم الحق وبضرورة تقييده بشكل يسمح بوضع توازن بين مختلف المصالح لضمان استمرار الحق وتحقيق المساواة، فكان الحق بذلك ذي مفهوم نسبي.

المطلب الثالث: تصور مفهوم الحق في مذهب نسبية الحقوق

بعد أخذ المذهبين: الفردي والاجتماعي حظهما من التطبيق والتقييم، وردا على الانتقادات التي وجهت إليهما، نادي الكثير من فقهاء القانون الوضعي بفكرة نسبية الحقوق، ومفادها أن مصلحة المجتمع أولى من مصلحة الفرد، فحقوق الأفراد معترف بها، لكن في إطار مصلحة المجتمع، لذلك يجب الحد من حقوق الأفراد بإلقاء الواجبات على عواتقهم<sup>5</sup>. كما أن الحقوق ليست مطلقة بل نسبية. وضمن كيان كل حق يوجد عنصران: عنصر شخصي وعنصر اجتماعي، والهدف الأول للقانون هو إعطاء الإمكانيات للعيش بسلام في المجتمع، وليس فقط ضمان الحرية الشخصية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1996، ص 36.

<sup>2</sup> - أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون في فلسفة القانون، الدار الجامعية، 2000، ص 80.

<sup>3</sup> - فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996، ص 306.

<sup>4</sup> - إبراهيم أبو النجا، أثر المذهبين الفردي والاجتماعي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، مجلة الشرطة، الجزائر، عدد 35، نوفمبر 1987، ص 54 ص 55.

<sup>5</sup> - جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1994، ص 425.

<sup>6</sup> - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1981، ص 323.

إن فكرة نسبية الحقوق أو الهدف أو الغاية التي منحت لأجلها الحقوق، قال بها الفقيه جوسران JOSSRAND، فقد سعى جاهداً في تدعيم نظريته على هذا الأساس في كتابين: الأول جاء بعنوان *Del'abus des droits*، والثاني بعنوان *L'esprit des droits et de leur relativité* أي روح الحقوق ونسبيتها<sup>1</sup>، إذ ذكر في الأخير منهما أن كل سلطة أو مكنة قانونية هي اجتماعية في منشئها وفي جوهرها وفي الغاية التي من أجلها منحت هذه الحقوق، وإن كل فكرة قانونية ما هي إلا قاعدة اجتماعية ملزمة، لذلك فالجزء لا يمكن أن يكون من طبيعة تخالف طبيعة الكل. وينتهي الفقيه إلى تقييد الحق إذا خرج به صاحبه عن الهدف الاجتماعي، أما إذا كانت النية أو الدافع مطابقاً للغاية الاجتماعية، عندئذ يمكن القول بأن الحق استعمل بطريقة شرعية ولا مسؤولية عندئذ لصاحبه، أما إذا ظهر عدم انسجام بين الدافع والغاية الاجتماعية فيكون هناك تعسف يوجب مسؤولية صاحب الحق<sup>2</sup>.

يقسم المذهب النسبي الحقوق من حيث المصلحة التي تحققها إلى: حقوق تحقق مصلحة غير ذاتية أي غيرية وحقوق تحقق مصلحة ذاتية، ويختلف الهدف الاجتماعي للحق تبعاً لاختلاف هذه الحقوق<sup>3</sup>:

أولاً- الحقوق التي تحقق مصلحة غيرية (غير ذاتية): هي نوع من المكنات والواجبات هدفها تحقيق مصلحة غير ذاتية لا تخص الشخص التي تقررت له هذه الحقوق، وإن كانت تتحقق من وراء ذلك وبطريقة غير مباشرة مصلحة ذاتية لهذا الشخص، لما لهذه المصلحة غير المباشرة من ارتباط بالمصلحة المباشرة.

في هذا النوع من الحقوق تتقرر المكنات تحقيقاً لمصلحة غير ذاتية، فالطرف الذي تتقرر له هذه المكنات تكون وظيفته رعاية تلك المصلحة الجماعية أو الغيرية أو المشتركة، بحيث يقع عليه واجب رعايتها. وما دام الأمر على هذه الحال، فإن من تقررت له هذه الحقوق ليس له الخيار في استعمالها من عدمه، بل يجب عليه أن يستعملها، لأنها سلطة تكليفية أو وظيفة اجتماعية تهيمن عليها الواجبات<sup>4</sup>، فأى انحراف في استعمالها، كأن يستعملها الشخص لتحقيق مصلحة ذاتية، فإن مسؤوليته تتحقق لأنه انحرف بها عن وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية المقررة.

ثانياً- الحقوق التي تحقق مصلحة ذاتية: هذه الحقوق تتضمن نوعاً من المكنات والواجبات هدفها المباشر تحقيق مصلحة ذاتية للشخص الذي تقررت له، فحب الذات والأناية هو الغالب في هذه الحقوق<sup>5</sup>.

وإذا كان الهدف الاجتماعي في الحقوق غير الذاتية لا يطرح إشكالا، فإن الأمر ليس بالسهولة نفسها في الحقوق التي تحقق مصلحة ذاتية، لكن الفقيه JOSSRAND يرى أن نظرية نسبية الحقوق صحيحة ليس فقط في الحقوق الغيرية التي لها صبغة غير نفعية، بل كذلك في جميع الحقوق التي يغلب عليها حب الذات، كحق الملكية العقارية وحق الدائن في ملاحقة مدينه ومطالبته بجميع الطرق المشروعة بدفع ما عليه من دين، فالمجتمع منح لصاحب حق الملكية وللدائن هذه المكنات ليس لمصلحتهما الشخصية، وإنما بهدف المحافظة على كيان المجتمع، إذ يضع محبة الذات الفردية في خدمة

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص 837.

<sup>2</sup> - JOSSERAND Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits, DALLOZ, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1939, p. 369

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود وجمال العدوي ومحسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 12.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 14.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 11.

مصلحة الجميع، وطالما أن كل اندفاع أناني يساهم في الوصول إلى الهدف النهائي وهو الحفاظ على المجتمع، فإن الحقوق الذاتية يجب أن تتوجه نحو هذا الهدف، وعليه فإن لكل حق من هذه الحقوق -حسب JOSSERAND- وظيفة خاصة بصورة يمكن القول بأن الحقوق الذاتية في كل هيئة اجتماعية منظمة، ليست سوى حقوق وظيفية ( Droits fonctionnels)، لذلك يجب أن تبقى هذه الحقوق ضمن الوظيفة التي تقابلها، وإلا فإن صاحب تلك الحقوق إذا أخرجها عن وظيفتها الاجتماعية فإنه أساء استعمالها<sup>1</sup>.

غير أن الفقيه ريبير RIPERT يعترض على قول JOSSERAND ويرى أن هذه النظرية التي تقول بنسبية الحقوق نظرية غير مقبولة أصلاً، ذلك لأن الحق يجب أن يخول صاحبه شيئاً من حرية العمل، أو شيئاً من الحصانة إذا ما سبب ضرراً للغير، وإلا فإنه لا يكون له معنى، فالحق سيادة مكتسبة ولا تكتسب بغير سبب، بل نفترض دائماً جهداً سابقاً يبذل لكسبها أو تضحية بحق آخر من أجل كسب هذا الحق، ومتى اكتسبت لا تبقى حقا إلا إذا كانت تخول صاحبها سلطة استعمالها لصالحه الخاص، وهذا ما يجعل للحق قيمة مالية، لأنه إذا كان الحق لا يضيف شيئاً إلى الحرية العادية فإنه لا تكون له قيمة، فالاعتراف الرسمي بثبوت حق لشخص معناه تحويل هذا الشخص سلطة في مواجهة سائر الأشخاص، مما يوجد تفاوتاً في مراكز الأشخاص.

كما أن كل حق - حسب رأي ريبير - يرمي بطبيعته إلى الإطلاق ولا معنى لنسبية الحقوق، فالحق يمكن أن يكون محدوداً، لكن لا يمكن أن يكون نسبياً، فإذا كان على الإنسان أن يباشر حقوقه وفقاً لما يقتضيه صالح المجتمع، وإذا كان استعمال هذه الميزة الشخصية يتوقف دائماً على موافقة المجتمع، فإن ذلك لا يؤدي فحسب إلى الانتقاص من قدر الحق الشخصي، بل يؤدي إلى إلغائه تماماً، إذ يصبح وجود الحق الشخصي مرهوناً بصالح المجتمع وحده دون مبالاة بمصالح الفرد، فإذا أردنا -يقول Ripert- أن نكون منطقيين، فعلينا إما أن نسلم بأن الحقوق مطلقة، أو ننكر وجودها كلية<sup>2</sup>.

وأمام غلو هذه المذاهب بدأ الفقه القانوني في أواخر القرن التاسع عشر يتجه إلى التقريب بينهما لأجل إقامة التوازن بينهما، فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهراً لهذا التوازن أو نتيجة وأثر للتقريب بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي، الذي صاحبها ظهور تغيير في مفهوم الحق، بحيث أصبح يتضمن واجباً اجتماعياً يتمثل في أن لا يكون استعماله مضراً بالغير أو خارجاً عن الغرض الذي تقرر من أجله<sup>3</sup>، كما ركز الفقه الحديث على مفهوم الوظيفة الاجتماعية للحق الذي يمكن صاحبه من تلبية حاجاته ويكون في نفس الوقت نافعا بالنسبة للغير.

يرى الفقيه "دابان": "فالحق سواء كان قدرة إرادية أو مصلحة يحميها القانون، أو استثناء أو تسلط، فإن تعريفه أو تعيين حدوده يكون دائماً بالنظر إلى الغير، يحدد موقع الشخص من حيث الحرية في معناها الواسع ما يمكن للشخص أن يقوم به من نشاطات مختلفة بالرجوع إلى ما يتطلع إليه غيره من الأشخاص وكذلك تنظيم المجتمع<sup>4</sup>.

فالغرض من القانون، باعتباره مصدر للحق أو باعتباره حماية للحق، هو تحديد مضمون الحق أو رسم حدوده، وذلك لأن هذا الامتياز وهذا المجال الخاص أو هذه الصلاحيات تسري في مواجهة الغير، فالحق هو قيد على حرية الغير، ولا

<sup>1</sup>- Jossierand. L, op. cit. p 369.

<sup>2</sup> - RIPERT Georges, Abus ou relativité des droits : à propos de l'ouvrage de M. Jossierand De l'esprit des droits et de leur relativité, L.G.D.J, Paris, 1929

<sup>3</sup> - المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الأحوال الآتية:

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

<sup>4</sup>- J.Dabin, Archives de philosophie du droit TIX, 1964, P27.

تقتصر غاية الحق على المصلحة الخاصة للفرد بل تشمل أيضا المصلحة العامة<sup>1</sup>، حيث تنقرر الحقوق أيا كان المذهب التي تستند إليه لتمكين أفراد المجتمع من تلبية حاجاتهم المختلفة على أن تكون تلك الحاجات مشروعة، فهي لا تتعارض مع المصلحة العامة بل تساهم أيضا في تحقيقها، كما يسعى القانون إلى إيجاد توازن بين المصالح المختلفة<sup>2</sup>، ولذلك فإن الحقوق الحديثة يطغعلها الطابع الاجتماعي من حيث تقريرها لكل الطبقات ومن حيث انسجامها مع متطلبات المجتمع. وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق وتكون نظرية التعسف نظرية تحدد مدى استعمال الحق وفق غايته، ويتحدد معيار التعسف بالانحراف عن غاية الحق وهو ما وصل إليه الفقيه "كامبيون" حيث كشف مسألة مهمة، وهي أن لكل حق غاية من أجلها منح القانون هذا الحق لصاحبه، لذلك يتعين على هذا الأخير في استعمال حقه مراعاة هذه الغاية، أي احترام الحدود الغائية لحقه، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه<sup>3</sup>.

ويمثل رأي الفقيه "حسن كيرة" رحمه الله خلاصة ما وصل إليه الفقه الحديث في تأصيله لنظرية التعسف حيث ذهب إلى القول: "أن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، إذ بذلك ترتب حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها، ذلك أن الحقوق بما تخوله من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض، وبما تؤدي إليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معينة، وهو ما يرهنها بوصفها تمثل قيمة اجتماعية يحميها القانون بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسطة عليها ترتفع عنها بحسب مدى مطابقتها استعمالها أو مناقضته لغايتها، وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات باعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة، وهو ما يقتضي إخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غايتها، لذلك فإن التعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أدخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، ذلك الإخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الدقيق، وهو ما يفصل بين التعسف والخطأ ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليكون مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق"<sup>4</sup>.

من نتائج تطبيق مبدأ الوظيفة الاجتماعية للحق، الملاحظ أن الملكية لم تعد حقا مطلقا حتى في الدول الرأسمالية، إذ عمدت تشريعاتها إلى تضييقها والحد من نطاقها<sup>5</sup>، فالمالك يجب أن يعتبر نفسه عضوا في المجتمع الذي يعيش فيه، يأخذ منه ويعطيه، كما أنه مدين أيضا للمجتمع بما كسب، فليس عمله هو الذي أكسبه الملك، بل إن المجتمع ساهم مساهمة فعالة وملحوظة في جهود المالك حتى أصبح مالكا لما ملك. ويفيد إقرار الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية النتائج الآتية:

<sup>1</sup> - Le Droit objectif, écrit J. Dabin: c'est de définir dans le cadre du bien général, ce qui appartient ou revient à chacun des membres du groupe, c'est-à-dire son droit même si l'on préfère à cette expression celles de prérogatives de pouvoir ou de zone de pouvoirs... », P 30

<sup>2</sup> - Ch, Larroumet, Droit Civil, Introduction à l'étude du droit privé, T 04, 4 ème Ed, P 260.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 10-05 المعدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 03، ص 195.

<sup>4</sup> - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1993، ص 764 وما بعدها.

<sup>5</sup> - توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت، ص 48.

- إذا تعارض حق الملكية الفردية مع المصلحة العامة، تقدم المصلحة العامة، كما يمكن نزع الملكية الفردية مقابل تعويض تحقيقاً للمنفعة العامة، وذلك إذا اقتضت مصلحة الجماعة ذلك<sup>1</sup>.

- إن مفهوم الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الفردية مفهوم مرن، متغير، صعب الانضباط، ذلك أنه مرتبط بالايديولوجيا والإرادة السياسية، هذا ما يفسر -ربما- عدم وجود نص صريح يكرس صراحة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية في القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>. غير أن هذا لا يمنع من القول إن التطبيقات المختلفة المنصوص عليها قانوناً عبر مختلف الأطوار تؤكد مرونة هذا المفهوم، فقد ألغى المشرع الجزائري -مثلاً- حق بقاء المؤجر في المكان المؤجر بموجب المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 03/93، بعدما كان لسنوات مكرساً بالمواد من 514 إلى 528 من القانون المدني.

و يتبين من نصوص القانون المدني الجزائري تفاوت واضح بشأن فكرة الحق، حيث ورد في المادة 674: الملكية هي: حق التمتع والتصرف في الأشياء....."، وعرفت المادة 867 حق الارتفاق بأنه: "...حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر...". أما المادة 794 فتعرف حق الشفعة بأنه: "...رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...". كل هذا التباين بين هذه المواد القانونية راجع إلى كون تشريع القانون الوضعي ناشئاً عن اجتهادات بشرية يحكمها التغير والتبديل، بحسب أهداف وفلسفة كل نظام سياسي، (كان اشتراكياً ثم تحول سنة 1989 إلى اقتصاد السوق) على أساس أن القانون كائن حي يتأثر ويتغير عند صياغته بأهداف النظام السياسي وفلسفته، ومنه كان اختلاف النظم القانونية باختلاف النظم السياسية، وبالنتيجة الاختلاف في النظرة إلى الحقوق ومفهومها .

كخلاصة لما سبق يلاحظ أن مفهوم الحق في الأنظمة القانونية محل جدل ونقاش عميقين، فهو فكرة تأمل لدى الفلاسفة قديماً، ومجرد حيلة ليست حقيقة لدى أتباع الفلسفة المادية، ثم أصبحت فكرة قانونية يحتمي بها المحكوم في مواجهة طغيان الحاكم. كل هذه التصورات المختلفة لمفهوم الحق في القانون الوضعي لم تضع حداً للجدل ولا توضيحاً جامعاً مانعاً لمفهومه، مما أبقى التشريع غامضاً وغير مستقر على تصور موحد لفكرة الحق، وذلك راجع للطابع النسبي الذي يتصف به النظام القانوني الوضعي عكس نظرة الفقه الإسلامي للحق.

المبحث الثالث: التمييز بين الحق في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي

من عرض التصورات السابقة نتجلى بوضوح الطبيعة الخاصة والمميزة لمفهوم الحق في الفقه الإسلامي، فهي تتصف بالثبات والازدواجية من حيث إنها تحرص على تحقيق مصلحة الفرد أصلاً ومصلحة المجتمع في الوقت نفسه، وتلزم صاحب الحق عند استعماله لحقه عدم الإضرار بغيره مع الشعور بمسئوليته أمام الله عز وجل. أما تصور الحق في الأنظمة القانونية الوضعية، فيتصف بعدم الثبات والتغير المستمر لكونه يخضع لإرادة الإنسان واجتهاده تحت تأثير عوامل ودوافع اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية وموازن القوى بين الأفراد والجماعات (المطلب الأول) مما يستدعي طرح إمكانية إدماج أو عدم إدماج التصور الخاص للحق في الشريعة الإسلامية ومفهوم الحق في الأنظمة القانونية الوضعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العوامل المؤثرة على مفهوم الحق في القانون الوضعي ومجالات دمج مع التصور الإسلامي.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 690.

<sup>2</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 326.

نتعرض لبعض العوامل التي كان لها تأثير على عدم استقرار مفهوم الحق في القانون الوضعي (الفرع الأول)، ثم ندرس إمكانية إدماج بعض مجالاته مع التصور الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العوامل المؤثرة على مفهوم الحق في القانون الوضعي

أولاً تداول الأحزاب على الهيئات التشريعية والتنفيذية في الدولة، والانضمام والتصديق على المعاهدات الدولية التي عادة ما تضعها القوى العالمية المهيمنة (دول عظمى، منظمات دولية ومنظمات جهوية في مختلف الميادين والمجالات، وحتى الشركات العالمية العابرة للقارات). كل ذلك كان له تأثير على مفهوم الحق في القانون الوضعي.

ثانياً التطور التاريخي الذي عرفه تصور الحق بداية من المذهب الفردي الذي يخول الفرد استعمال حقه على نحو مطلق لا تحده أي قيود، لأنه يفترض للإنسان بوصفه هذا حقوقاً تفوقها الطبيعة، لذا فإنه يكتسب امتيازات طبيعية مطلقة وسابقة في وجودها على القانون والجماعة، ومهمة القانون هي حماية الأفراد في التمتع بحقوقهم الطبيعية وحمل الغير على احترامها. ثم المذهب الاجتماعي الذي يعتبر أن الجماعة هي صاحبة الحق، فهي التي تمنحه للفرد ليقوم بالمهمة الاجتماعية الملقاة على عاتقه، فالفرد لم يمنح حقاً إلا ليؤدي واجبا، وبالنتيجة فإن الحقوق ليست مزايا وقدرات مطلقة، بل وظائف اجتماعية يغلب فيها معنى الواجب على معنى الحق. ثم مذهب نسبية الحقوق، الذي يعتبر مصلحة المجتمع أولى من مصلحة الفرد التي وإن اعترف بها فإنه اعتراف لا يخرج عن إطار مصلحة المجتمع، لذلك وجب الحد من حقوق الأفراد بإلقاء الواجبات على عواتقهم، فالحقوق نسبية وليست مطلقة، إذ يوجد ضمن كيان كل حق عنصران: أحدهما شخصي والآخر اجتماعي. كما أن الهدف الأول للقانون هو إعطاء الإمكانيات للعيش بسلام في المجتمع، وليس ضمان الحرية الشخصية فقط.

الفرع الثاني: مجالات دمج التصور الإسلامي لمفهوم الحق مع نظيره في القانون الوضعي

من التمييز أعلاه يمكن استنتاج وجود إمكانية دمج تصور الحق في مذهب نسبية الحقوق بالتشريع الإسلامي لقرب تصورهما للحق، لكن ضمن الحقوق المتعلقة بالمصالح الدنيوية المحضة التي يغلب عليها الطابع العملي التقني سريع التطور والتغير، كالقوانين المتعلقة بالنقل بكل أنواعه المحلي والدولي<sup>1</sup>، الجوانب التقنية للتأمينات الاقتصادية والاجتماعية<sup>2</sup>، قوانين تسيير الشركات مثل قوانين المحاسبة والمنافسة وحماية المستهلك<sup>3</sup> وبراءات الاختراع، قوانين حقوق المؤلف والحقوق المجاورة<sup>4</sup>، قانون الإعلام والإشهار وسبر الآراء، قوانين الصفقات العمومية... وغيرها. أما الحقوق المشتركة بين الله والعبد وحق الله غالب وتلك التي تتعلق بحق الله فلا يمكن أن يكون هناك أي إمكانية إدماج لأنها حقوق ثابتة بنصوص من القرآن والسنة المطهرة لا تقبل بطبيعتها لا التبديل ولا التحوير.

المطلب الثاني: الخصائص المميزة لمفهوم الحق في التشريع الإسلامي والمجالات المانعة لدمج تصوره مع نظيره في

القانون الوضعي

1- المادة 62 قانون تجاري جزائري: "يجعلنا قالا لأشخاص، أن يضمنا أثناء مدة النقل سلامة المسافر...".

2- المادة 6 من قانون التأمينات الاجتماعية رقم 83-11: "ينطوي وجود التأمينات الاجتماعية للأشخاص الذين يشغلون في التراب الوطني أيًا كانت جنسيتهم سواء أكانوا يعملون نيابة عن صفة من الصفات الطبيعية أحرهم أو شكلوا طبيعة أو صلاحية عقد عملهما أو علاقتهم فيه...".  
وحيثما كانا لصال الحفرد أو جماعة من أصحاب العمل، ومهما كانا مبلغاً

3- المادة 43 ف 3 و 4 من دستور 2016: "... تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة."

4- المادة 44 من دستور 2016: "حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن.

حقوق المؤلف يحميها القانون."



## الفرع الأول: الخصائص المميزة لمفهوم الحق في التشريع الإسلامي

تميز التشريع الإسلامي في مجال تقرير حقوق الإنسان عن غيره من النظم الوضعية بعدة أمور، منها:

- 1- حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية ليست مجرد حقوق، بل ضرورات فطرية للإنسان من حيث هو إنسان، والإسلام دين الفطرة، فمن الطبيعي أن يكون الكافل لتحقيقها، فقد ارتقى الإسلام بالإنسان وتقديس حقوقه إلى الحد الذي تجاوز به مرتبة الحقوق عندما اعتبرها ضرورات ومن ثم أدخلها في نطاق الواجبات، فهي ضرورات واجبة للإنسان لا يصح التنازل عنها، بل إنها واجبة عليه أيضا لتصح حياته كما أرادها الله تعالى لتحقيق مهام خلافته، فالحفاظ عليها ليس مجرد حق للإنسان، بل هو واجب عليه يأثم بالتفريط فيه<sup>1</sup>. بل ذهب البعض إلى تكييف حقوق الإنسان على أنها حرمان، لأن الله تعالى هو الذي منحها وتفضل بها على الإنسان<sup>2</sup>.
- 2- حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي ليست توصيات غير ملزمة، لأنها جزء من النظام الديني السماوي العام، فهي تلزم جميع أفراد المجتمع الإسلامي، ولم يكن ذلك المجتمع في حاجة إلى بحث إعلان هذه الحقوق وإقرارها بمعاهدة مع الدول الأخرى، كما هو الحال في الأنظمة القانونية الوضعية<sup>3</sup>.
- 3- تقرير حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي شامل لجميع الحقوق الشخصية الذاتية والفكرية والسياسية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية وأكد الحريات العامة والمساواة، فشمّل بذلك الرجال والنساء والأطفال على السواء، كما شمل حقوق المسلمين وغير المسلمين داخل الدولة الإسلامية وخارجها<sup>4</sup>، ودليل هذا قوله تعالى لِأَيُّهَا أَكُمُ اللّٰهُ عَنِ الْإِنِّينَ لَمْ يَدْعُوا لَكُمْ فِي يَلِيكٍ وَلَمْ يَخْرُجْكُمْ مِّن بَيْتِكُمْ أَن تَرْوَهُمْ وَتَقْتُلُوا إِدِيهِمْ إِنَّ اللّٰهَ يَحِبُّ الْمُقْسِطِينَ (المتحنة:8). ولما قتل حمزة عم الرسول صلى الله عليه وسلم ومثل به، قال صلى الله عليه وسلم وقد رآه: لأُمِّدَلِّ بِسَبْعِينَ مِنْهُمْ مَكَانَكَ، فنزل قوله تعالى: اذْعُ إِلَى سَبِيلِ رَ بَّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَانِلْهُمُ بِاللَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُنْتَهِيْنَ (النحل:125).
- 4- إن حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي مضمونة للفرد وللجماعة وللدولة على السواء، لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب لهؤلاء جميعا<sup>5</sup>، لقوله تعالى: { كُنْتُمْ خَوَ أُمَّةٌ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَآمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَوْاً لَّهُمْ مِّنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْذَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ } (آل عمران 110).
- 5- حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي ضرورات لا مجرد حقوق يمكن التنازل أو التغاضي عنها، فهي أوامر تشريعية باعتبارها مقومات للحياة الإنسانية وليست مجرد مواظ أخلاقية، لأن كل تصرف يصدر عن الإنسان يتضمن حقوقا وواجبات ينبغي أن تقوم على أساس العدل والمساواة وتحقيق المصالح. وهكذا تميزت النظرة الإسلامية إلى حقوق الإنسان عن نظرة القوانين الوضعية التي جعلتها مجرد حقوق، بينما ارتقت بها الشريعة الإسلامية إلى درجة الفرائض الواجبة شرعا.

<sup>1</sup> - محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان: ضرورات لا حقوق، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1985، ص 11.

<sup>2</sup> - علي جريشة، حرمان لا حقوق، دار الاعتصام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1987، ص 30.

<sup>3</sup> - مدهشي محمد أحمد عبد الله المعمرى، الحماية القانونية لحقوق الإنسان في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 56.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 56.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 110.

## الفرع الثاني: المجالات المانعة لدمج تصور الحق في التشريع الإسلامي مع نظيره في القانون الوضعي

نذكر بعض الحقوق فقط على سبيل الأمثلة: كحق الميراث (أولاً) وحق المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق

التعسفي (ثانياً).

### أولاً: حقوق الميراث

يتم تقسيم الإرث بين الورثة في القوانين الوضعية، ومنها القانون الفرنسي، على ذوي القربى بالتساوي بين كل من يعتبرون ورثة، وهذا الحق لا يمكن دمج في التشريع الإسلامي، لأن القرآن الكريم تولى تحديد أصناف الورثة وتقسيم الميراث بنص آيات محكمة<sup>1</sup> لا يمكن الاجتهاد في وجودها. إضافة إلى أن خلافة الوارث للمورث في التشريع الإسلامي تكون في الحقوق لا في الديون، كما هو واضح من الآيات القرآنية المتعلقة بالميراث، بينما يتحمل الوارث في القانون الفرنسي التزامات مورثه فضلاً عن الحقوق.

### ثانياً: حق المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

المتعة شرعاً مال يدفعه الزوج المطلق لطليقته لمفارقتها، جبراً لخاطرها وتطيباً لنفسها على الألم الذي لحقها بسبب الطلاق<sup>2</sup>. وقد ورد ذكر المتعة في صريح الآيات القرآنية الكريمة، منها قوله تعالى: {لَا جَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ وَأَتَوْضُوا لِهِنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبَّحِ قَدْرَهُ وَطَى الْمَقَرَّ قَدْرَ مَا عَا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ} (البقرة 236)، وقوله: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَكَرَّمْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَلْبِي أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَوَّحُوهُنَّ سَوَاحًا جَمِيلًا} (الأحزاب 49). والظاهر أن المتعة تشبه التعويض المقرر عن الطلاق التعسفي في النظم القانونية الوضعية، إلا أنها تتميز عنه بوجوده تمنع الدمج بينهما، منها:

- إن وجوب المتعة جاء بنص خاص ظاهر الدلالة على وجوبها، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف في مشروعيته، استند القائلون به على نظرية التعسف في استعمال حق الطلاق، فالمتعة بذلك تؤكد في الوجوب من التعويض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - يُؤْصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلرَّكَوِظِ لِلرَّكَوِظِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ ۖ لِلرَّكَوِظِ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ أَدْتِيٰنَ ۖ نَّ تِلْكَ مَا تَرَكَ ۖ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَوْلَادِهَا لِلرَّكَوِظِ ۖ وَإِذَا مَاتَ مَنَّهُمْ مِمَّا تَرَكَ ۖ إِنْ كَانَ لَهُ ۖ وَوَدَّ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ۖ وَوَدَّ ۖ وَوَدَّ ۖ وَإِنْ كَانَ لَهُ ۖ فَلِأُمِّهِ الثَّلَاثُ ۖ فَإِنْ كَانَ لَهُ ۖ إِخْوَةٌ ۖ فَلِأُمِّهِ السُّسُ ۖ مِنْ بَدِ وَصِيَّةٍ ۖ وَيُوصِي بِهَا أَوْ بَنِي ۖ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَرُونَ إِلَيْهَا ۖ أَقْرَبَ لَكُمْ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ ۖ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَظِيمًا حَكِيمًا} (النساء 11).

{ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنَّ لَهُنَّ ۖ وَوَدَّ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ ۖ وَوَدَّ فَكُمُ الرُّبْعُ ۖ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَدِ وَصِيَّةٍ ۖ يَرِثُهَا أَوْ بَنِي ۖ وَلَهُنَّ نِصْفُ الرُّبْعِ ۖ مِمَّا تَرَكَنَّ ۖ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ ۖ وَوَدَّ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ ۖ وَوَدَّ فَلَهَا ۖ نِصْفُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ۖ مِنْ بَدِ وَصِيَّةٍ ۖ وَوَصُونَ بِهَا ۖ أَوْ بَنِي ۖ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ ۖ يَرِثُ كِلَاةً ۖ أَوْ أُمًّا ۖ وَلَهُ ۖ أَخٌ ۖ أَوْ أُخْتٌ ۖ كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّسُ ۖ فَإِنْ كَانَ ۖ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ۖ فَهِيَ ۖ شَرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ۖ مِنْ بَدِ وَصِيَّةٍ ۖ وَيُوصِي بِهَا أَوْ بَنِي ۖ غَيْرَ ضَرَّ وَصِيَّةٍ مِّنَ اللَّهِ ۖ وَاللَّهُ عَظِيمٌ حَكِيمٌ} (النساء 12).

لَيْتَقَوْكَ قُلِي ۖ إِلَّا قِيَامُ فِي الْكَلَالَةِ ۖ إِنْ أَمْرُ هَكَذَا لَيْسَ لَهُ ۖ وَوَدَّ ۖ أَخْتُهَا ۖ نِصْفُهَا ۖ وَوَدَّ ۖ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا ۖ وَوَدَّ ۖ إِنْ كَانَ ۖ إِذْ تَبَيَّنَ ۖ الثَّلَاثَانِ ۖ مِمَّا تَرَكَ ۖ وَإِنْ كَانَ ۖ إِخْوَةٌ ۖ رَجَالًا ۖ وَنِسَاءً ۖ فَلِلرَّكَوِظِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ ۖ بَيْنَ اللَّهِ ۖ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا ۖ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَظِيمٌ} (النساء 176).

{ وَإِذَا حَضَرَ الْقَوْمُ ۖ أُولَاؤُ الْقَرْبَىٰ ۖ وَالْيَتَامَىٰ ۖ وَالْمَسْكِينُ ۖ فَارْزُقُوهُمْ مِّنْهُ ۖ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا} (النساء 8).

<sup>2</sup> - نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 158.

1. جميل فخري محمد ناجم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 32.

- إن سبب الحق في المتعة هو الطلاق باعتباره الواقعة المنشئة للالتزام المطلق بها، ولأن الأصل في تشريعها جبر خاطر المطلقة، وفيها ما يحقق المعونة المادية لها على نتائج الطلاق، وهي بهذا المعنى لا تتصرف إلى التعويض.

- إن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض، فالتعويض لا يجب إلا إذا وقع الرجل الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب جدي مقبول، بينما يجب حق المتعة بمجرد الطلاق، سواء كان هذا الطلاق بسبب أو بغير سبب، حصل ضرر أم لم يحصل.

- تتحصل الزوجة على حق المتعة تلقائياً من تبعات الطلاق، بينما لا تحصل على التعويض المالي إلا إذا تعسف الزوج في الطلاق وبناء على مطالبة المطلقة بهذا التعويض أمام القضاء.

وللاعتبارات السابقة، فإن حق المتعة المقرر للمطلقة في الشريعة الإسلامية أوسع وأؤكد من التعويض المقرر في النظام القانوني الوضعي.

### خاتمة

في النهاية يتجلى بوضوح الطبيعة الخاصة والمميزة لمفهوم الحق في الفقه الإسلامي، فهي تتصف بالثبات والازدواجية من حيث إنها تحرص على تحقيق مصلحة الفرد أصلاً ومصلحة المجتمع في الوقت نفسه، وتلتزم صاحب الحق عند استعماله لحقه عدم الإضرار بغيره مع الشعور بمسؤوليته أمام الله عز وجل.

أما تصور الحق في الأنظمة القانونية الوضعية، فيتصف بعدم الثبات والتغير المستمر لكونه يخضع لإرادة الإنسان واجتهاده تحت تأثير عوامل ودوافع اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية وموازن القوى بين الأفراد والجماعات.

من خلال التمييز بين التصورين السابقين، يمكن استنتاج وجود إمكانية دمج تصور مذهب نسبية الحقوق المنصوص عليه في الفقه القانوني بالتشريع الإسلامي لقرب تصورهما لمفهوم الحق، لكن يكون ذلك في الحقوق المتعلقة بالمصالح الدنيوية المحضة التي يغلب عليها الطابع العملي التقني، أما الحقوق المشتركة بين الله والعبد وحق الله غالب فلا يمكن أن يكون هناك أي إمكانية إدماج لأنها حقوق ثابتة من القرآن.

### قائمة المراجع

أ : الكتب

. كتب باللغة العربية

- 1- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، دار القلم، بيروت، 1988.2
- 2- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، الطبعة 2، دار المعرفة، لبنان، 1975.
- 3- أحمد بن إدريسي بن عبدالرحمان بن عبدالله الصنهاجي المشهور بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق (المعروف اختصاراً بالفروق)، ج1، دار المعرفة، بيروت .
- 4- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005.
- 5- أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون في فلسفة القانون، دار الجامعة، 2000.
6. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة، بيروت .
- 7- جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1994.
- 8- علي جريشة، حرمان لا حقوق، القاهرة، دار الاعتصام للطباعة والنشر والتوزيع، 1987.

- 9- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، بيروت ، 1990.
- 10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت .
- 11 . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية، ج 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 12 . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النشر للجماعات المصرية، القاهرة 1995
- 13- عبد المنعم البدرأوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت ، 1996.
- 14- عبد الودود محمد السريتي، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 15- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1981.
- 16- رمضان أبو السعود وجلال العدوي ومحسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1996 .
- 17- فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.
- 18- الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر .
- 19- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، الطبعة 4، دار الكتاب الحديث، 1969.
- 20- محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان: ضرورات لا حقوق، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، 1985.
- 21- مدهشي محمد أحمد عبد الله المعمري، الحماية القانونية لحقوق الإنسان في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، 2007.
- 22- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دمشق، الدار المتحدة للطباعة والنشر .
- 23- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة 1 ، دار الفكر 1991.
24. فاطمة الزهراء تبوب ربحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2016
- 25- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1993.

- JOSSERAND Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des 1 droits, DALLOZ, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1939.
- RIPERT Georges, Abus ou relativité des droits : à propos de l'ouvrage de M. Josserand 2 De l'esprit des droits et de leur relativité, L.G.D.J, Paris, 1929.
- 3- J. Dabin, Archives de philosophie du droit, T IX 1964.
- 4- Ch, Larroumet, Droit Civil, Introduction à l'étude du droit privé, T 04, 4<sup>e</sup> Ed.

ب . أطروحات ومذكرات

- 1-فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، دكتوراه، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، الجزائر ، 1996
- 2- مفيدة برهومي ناجي، التبني، دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس ، 2008/2007 .

ج . المقالات

- إبراهيم أبو النجا، أثر المذهبين الفردي والاجتماعي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، مجلة الشرطة، الجزائر، عدد 35، نوفمبر 1987.
- شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 03.