

## الصراع بين المصالح ومرجعية التشريع

بقلم د/قاسم العبد محمد القادر

### مقدمة:

إن الواقع الاجتماعي الذي يسعى التشريع إلى تنظيمه هو عبارة عن مصالح و حاجات. وفي هذا يذهب الفقهاء إلى أن وضع الشرائع إنما هو لصالح العباد<sup>(1)</sup>.

والمصلحة تعني رغبة الأفراد نحو الأموال لإشباع الحاجات. فمثلا الخبز مال والجوع حاجة، والحصول على الخبز مصلحة .

ونظرية المصلحة تسيطر على الفقه الإسلامي في مجموعه<sup>(2)</sup>. و هو يقسم المصلحة إلى الضرورات و الحاجات و التحسينات. و الضرورات لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت فسدت مصالح الدنيا وفات النعيم في الأخرى. و مثلها في المعاملات ما كان راجعا إلى مصلحة الإنسان مع غيره، كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض بالعقد على الرقاب أو المانع أو الأضرار . و الحاجات مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الجوع و المشقة اللاحقة بفوت المطلوب، و مثلها في المعاملات القراض والمساقاة و السلم . و التحسينات هي الأخذ بما يليق من محاسن العادات و تجنب الأحوال المدلّسات التي تأنفها العقول الراجحات. و مثالها في المعاملات سلب العبد منصب الشهادة والإمامة<sup>(3)</sup>

و تتولى القواعد القانونية تنظيم المصالح البشرية، بمعونة أدوات ذهنية تأتي في مقدمتها الأفكار أو التصورات و المذكرات. و هي تقوم بدور رئيسي في مجال الفكر القانوني. والمدرجات هي أفكار عامة تعرف أصنافا من الأشياء و تطابق بطريقة مماثلة و كاملة كل مفرد من هذه الأصناف، مثل تصور الفقرات أو فكرة اللذة. و في مجال القانون فكرة الملكية أو فكرة العقد، فمثلا يقيم المشرع مصلحة المالك في ضوء المصلحة العامة، فإذا كانت الملكية غير مستغلة، و تؤدي الوظيفة الاجتماعية، إقتضت المصلحة العامة توفير عدة مكينات للمالك للقيام بوظيفته و حماية مصالحه، فيضع المشرع القواعد الكفيلة بذلك، و يقرر المالك مكنة الحيازة و الإنتفاع والتصرف، و ينظم دعوى لمنع التعرض للمالك ولاسترداد حيازته إذا سلبت منه و لتتبع الملك في يد أي مغتصب، إلى غير ذلك. ثم تجمع هذه القواعد في فكرة قانونية هي فكرة الملكية .

و الأفكار لا تستطيع أن تخدم الحياة العملية إلا بشرط أن تتكيف وفقا للواقع الحي، و لا يمكن أن تستخدم إلا كطريقة مصطنعة و مجرد وسيلة فنية لتحقيق القانون. فالأفكار في حاجة مستمرة إلى أن تلين و إلى أن يعدل مضمونها أولا بأول كلما تطور الواقع الذي تترجمه حتى لا يعلو الصدا مأكينة القانون .

هكذا كان يفعل الفقه الإسلامي، كان كلما تغير وضع المصالح في الحياة العملية قام بتعديل مضمون الأفكار القانونية. مثال ذلك تطور مفهوم الإكراه داخل المذهب الحنفي. كان أبو حنيفة يرى أن الإكراه إذا لم يأتي من الأمير لا يفسد الرضا في العقود، لأن من يقع عليه الإكراه في إمكانه دائما أن يستغيث بالحاكم. لكن تعقد الحياة الاجتماعية و انتشار رقعة

الدولة الإسلامية أدى مع الزمن إلى قيام علاقات بين فئات من الناس جد متباينة، وإلى استيلاء حكام عديمي الضمير على السلطة، الأمر الذي دفع أبا يوسف و محمد، صاحبي أبي حنيفة، إلى اعتبار الإكراه مفسدا للرضا .

تشدد الحاجة إلى تطوير مضمون الأفكار القانونية في عصر الثورات الاجتماعية الكبرى في تاريخ الشعوب، كما هي الحال بالنسبة للجزائر حاليا. فالأفكار القانونية القديمة تعبر عن مصالح إجتماعية سابقة، بينما المجتمع يسير نحو أهداف إجتماعية جديدة، لدى تظهر الحاجة إلى صياغة أفكار قانونية مستحدثة، و إلى إعادة صياغة المفاهيم القانونية التقليدية، بغية التعبير عن المصالح الاجتماعية الجديدة بالإعتبار .

### أولا: الصراع بين المصالح

يبدأ المشرع بتقييم المصالح في المجتمع البشري، ثم يضع القواعد لحماية المصالح الجديدة بالرعاية، مستقيا معيار ترجيح المصالح من الإيديولوجية السائدة في المجتمع، ثم يجمع في فكرة كل مجموعة من القواعد المترابطة .

فالقواعد القانونية لا تنتج عن أفكار مسبقة، بل أن كل قاعدة قانونية وليدة المفاضلة بين المصالح المتنازعة. إن القاعدة التي تقتضي تزويد المالك بمكنة استرداد ملكه من المعتصب، لم تستنتج من فكرة مجردة في فكرة الملكية، بل تقرر بعد أن تبين أن مصلحة المالك أولى بالرعاية من مصلحة المعتصب. فإذا كان الملك تحت يد المستأجر، لم يجوز للمالك إسترداده قبل إنتهاء عقد الإيجار، لان المفاضلة بين المصالح المتعارضة في هذه الحالة تتطلب تغليب مصلحة المستأجر على مصلحة المالك، بعكس الأمر في حالة المعتصب. أنظر كيف اختلفت القاعدة القانونية — جواز إسترداد الملك أو

عدم جواز ذلك- بالرغم من بقاء الفكرة القانونية واحدة. و هي فكرة الملكية، نتيجة لاختلاف المفاضلة بين المصالح في كل حالة. فالقواعد وليدة المصالح، لا الأفكار .

وليست هذه نظرية نفعية أو فردية، فالمصالح قد تكون مادية أو مثالية أو دينية أو وطنية أو خلقية، كما قد تكون جماعية أو فردية، عامة أو خاصة. مثالا آخر، إذا نظرنا إلى العلاقة بين المالك والمستأجر في ضوء التطورات الجذرية التي حدثت في مجتمعات كثيرة، نجد أن المشرع قد انتهج سياسة تشريعية تسعى إلى تأمين سكان المدن في الحصول على المأوى على سبيل الدوام، حتى يطمئن كل إنسان على مصيره ويتفرغ لأعماله، فمنع القانون المالك من إخراج المستأجر حتى بعد انتهاء مدة الإيجار. ويحتاج المستأجر إلى عنصر الأمان هذا سواء وجدت شقق خالية للإيجار أم لم توجد، أي سواء بقيت أزمة السكن أم زالت، لأن الحياة المعاصرة في المدن الكبرى لا تحتل أن يغير المستأجر في كل آونة سكنه وفقا لمشيئة المالك، بما يكلف ذلك من احتمال الانتقال إلى سكن أعلى أو حي بعيد عن مقر العمل و مدارس الأولاد و يحمل نفقات إضافية في السكن والمواصلات قد تنوء بها ميزانية المواطن. و ليس في كل هذا ضرر على المالك، مادام المستأجر يقوم بدفع الأجرة<sup>(4)</sup>

فالمصلحة العامة الجماعية المتمثلة في حماية المواطنين المستأجرين، قد ولدت قاعدة قانونية مؤداها عدم جواز إخراج المستأجر، مفضلة بذلك مصلحة المستأجر في الاستقرار في العين المؤجرة، على مصلحة المؤجر في حرية التصرف في ملكه .

لم تعد فكرة الإيجار تتطلب أن يكون موقوتا كما هو الحال في الفقه التقليدي، بل أصبح من طبيعته أن يكون دائما، وفقا لما يقتضيه وضع المصالح.

و الخلاصة أن القواعد هي وليدة الصراع بين المصالح، هذا الصراع هو المصدر الفعلي للقانون، بينما التشريع هو المصدر الرسمي. و في حسم هذا الصراع بين المصالح، يجب أن يعبر القانون عن مصالح المواطنين. وتعطي الإيديولوجية السائدة معايير المفاضلة بين المصالح البشرية.

### ثانيا: حركة التشريع

التشريع، أي القانون المكتوب له الصدارة بين مصادر القانون في معظم النظم القانونية في الوقت الحاضر. فما هي العوامل الدافعة إلى تدوين القانون في شكل مكتوب ؟

شهد التاريخ قديما تدوين العرف، كما جرى حديثا حركة التقنين، أي تجميع القواعد القانونية في شكل مجموعات مكتوبة، بالإضافة إلى تدوين الدساتير في معظم البلدان. فما هي الأسباب الاجتماعية التي دعت إلى ذلك قديما و حديثا ؟

أ - تدوين العرف: ظهرت القواعد القانونية أو ما ظهرت في تاريخ الإنسانية في شكل أعراف قبلية، مثل العرف الخاص بدفع الدية في حالة القتل، و الغرامة في حالة السرقة، و اعتبار العبد ملكا للسيد، وهي الأعراف التي صارت قواعد قانونية حينما تبلوت السلطة المركزية و تمكنت الطبقات الحاكمة من بسط نفوذها ثم فرض سلطاتها .

دونت هذه الأعراف القبلية كتابة في وقت مبكر، على اثر صراعات طبقية في المجتمعات المختلفة، دفعت بها إلى صياغة الأعراف القبلية في شكل

نصوص تشريعية، لاكساب القاعدة القانية إيضاحا بعد غموض، وتبائنا بعد تغير. و لنضرب أمثلة :

- تدوين الثورة: كيف تم تدوين الثورة ؟

إن خطة إستيلاء قبائل الرعي من بني إسرائيل على أرض كنعان في نهاية الألف الثانية قبل الميلاد استغرقت عدة أجيال، دارت خلالها رحى الحرب بين السكان الأصليين و الرعاة المغتصبين، و لم يكن هناك في تلك الفترة لدى بني إسرائيل عادة من كبار الملاك، و هذا أمر بديهي في نظام الجيش يقوم على التمويل الذاتي للمحاربين .

عاشت طبقة النبلاء في المدينة عالة على الفلاحين في الأراضي الزراعية. فالنبلاء هم ملاك الأراضي الذين أرغموا الفلاحين على العمل في الحقول أسرى حرب، أو أسرى دين. إذ كثيرا ما كان النبلاء يتاجرون في المال بالربا الفاحش، ثم يسترقون المدينين العاجزين عن الوفاء بأقساط الربا و يحولونهم إلى عبيد في الحقول.

و من تم انقسم المجتمع إلى طبقتين متميزتين، داخل المدينة و نعيمها يغط نبلاء الإقطاع من المحاربين، و خارج المدينة في الحقول يشقى الفلاحون من ضحايا الربا.

فإذا اشتعلت نيران الحرب واحتاج النبلاء إلى الفلاحين لتجنيدهم والإستعانة بهم في صد العدو، لجأ النبلاء إلى العفو عن أسرى الدين لتمكينهم من إسترداد حريتهم و تسخيرهم في حمل السلاح و الذود عن مرايهم. هكذا تكونت تدريجيا إعادة إبراء المدينين و عتق العبيد كل سبع سنين.

صحب تضخم الإقطاع نشأة طبقة من المعدمين رهنوا كل ما يملكونه حتى الثياب، وتشردوا في الأرض يطحنهم البؤس و الجوع، إمتص المرابون دمائهم و تركوهم كومة من العظام والجلود. فظهر رجال مصلحون برزوا في صفوف العامة واعتمدوا على مهابتهم وإيمانهم لمكافحة الطغيان ومقاومة الإقطاع.

من خلال هذه الصراعات الطبقيّة تم تدوين الثورات، و هي تعني لغة التشريع و تتكون من كتب خمسة. و هي تتضمن أعراف قبائل بني إسرائيل التي كانت سائدة في الألف الثانية قبل الميلاد، و ما أضيف إليها من القواعد القانونية في المراحل اللاحقة.

جمعت هذه الكتب على فترات من القرن التاسع إلى القرن الخامس قبل الميلاد، منذ انقسام اليهود إلى مملكتين بعد وفاة سليمان؛ مملكة إسرائيل في الشمال، و المملكة يهودا في الجنوب . وانطبع ذلك العهد بصراع عنيف حول الزعامة الدينية، دار بين كهنة المعبد من أنصار الإقطاع و جماعات الأنبياء. من زعماء العامة. و بما أن الغلبة في هذا الصراع كانت للإقطاع ونصيره الكهنوت، فقد دونت الإمتيازات الطبقيّة في الثورة .

ورأى الإقطاع ضرورة المحافظة على الملكيات الكبيرة، فتحدد للإبن الأكبر نصيب إثنين وامتنع عن الأب تجريده من الميراث. فإن لم يوجد ولد ورثت البنت و إن لم توجد خلفه ورثت الزوجة مع تقرير حق إسترداد الأرض بالشراء لأقارب المتوفي من الذكور . كل هذا نجم عن أهمية الأرض في مجتمع يسوده الإقطاع .

- و في مجال العقاب دونت قاعدة القصاص، العين بالعين و السن بالسن، و قاعدة الدية في السرقة التي تصل إلى أربعة أو خمسة أمثال، إمعانا

في حماية الطبقات المالكة. هذا و لا يعرف بالضبط واضعوا التدوين، إذ كتبت الأسفار القديمة بطريقة موضوعية، لا تحمل إشارة إلى كتابها، و لا تاريخا لتحريرها باعتبارها حقائق مطلقة لا تحتاج إلى بيان .

هكذا تكونت الثوراة في صورتها الحالية و نسبت كلها إلى سيدنا موسى عليه السلام، باعتبار أن الوحي قد نزل بها عليه، و حفظت في الصدور إلى عصر التدوين. و هي تحتوي على الكثير من أخبار السلف وشؤون الدين، مع القليل من الأحكام الشرعية ذات الصبغة القانونية. وطابعها العام ، هو المحافظة على امتيازات الطبقات الحاكمة من الأشراف والكهنة، و إضفاء صبغة الشرعية على استغلال العامة و العبيد، و تثبيت أصول العنصرية في صلب العقيدة الدينية .

#### -الألواح الإثني عشر:-

لنذكر مثلاً آخر، نستقيه من قدامى الرومان .

كيف تم تدوين الألواح الإثني عشر؟

إن هذه الألواح الإثني عشر تعد أهم أثر قانوني لروما القديمة في عصورها الأولى. كان الرومان في بداية تاريخهم المدون المسمى عصر الملكية، منذ القرن الثامن إلى القرن الخامس قبل الميلاد، قد انقسموا على طبقتين متميزتين، الأشراف و العامة، دخلت هاتين الطبقتين في صراعات مستمرة، إذ كانت روما تجند جماهير الشعب لخوض غمار الحرب و التوسع عن طريق الفتوح، فيترك الفلاح حقله و يهجر المحراث ليحمل السلاح، وبينما تدور رحا الحرب تصاب الأرض بالبوار، حتى إذا ما وضعت الحرب أوزارها و عاد الفلاحون إلى الحقول، إحتاجوا إلى الكثير من المال لإعادة تفليح الأرض، لشراء المحاريث و الثيران. فيضطرون كارهين أن يقبلوا

الشروط الجائرة التي يفرضها الأشراف الرابون، كانت الفوائد توازي جزء على إثني عشر من الدين في الشهر، أو مائة في المائة كل عام. و كان المرابون من الأشراف لا يقرضون الفقراء من الفلاحين إلا بعد أي يحصوا على كافة الضمانات، فالمدين طبقا لعقد القرض يقترض بضمان جسده مالا من الدائن الشريف، يزنه له بالميزان. و في حالة عدم الوفاء يكون للمراي أن يستولي على جسد المدين، دون الحاجة إلى حكم قضائي، و يجوز به باعتباره عبدا مشترى. ذلك أن عقد القرض يبيح للمراي أن يضع يده على جسد المدين أي أن يمسكه و يقبض عليه، مادام له حق على هذا الجسد. و يقيد الدائن مدينه بأغلال لا يزيد وزنها عن خمس عشرة رطلا، و يحمله أسيرا و يلقي به في سجنه الخاص مدة ستين يوما. وخلال هذه المدة يجب على المراي أن يعرض مدينه في السوق ثلاث مرات لعل أحدا يفتديه، ثم بعد ذلك يجوز للدائن أن يقتله أو يبيعه عبدا، لأن من عاش في روما حيا، لا يجوز أن يصير بها عبدا، فيباع خارج المدينة. و إذا تعدد الدائنون إقتسموا جسد المدين حسب نسبة الديون، و لا جناح عليهم إذا اقتطع واحد منهم قطعة من جسد المدين تزيد على نسبة حصته إلى مجموع الديون .

وكان تطبيق الأعراف في هذه الأزمنة الخوالي بيد الكهنة من الأشراف، احتفظوا بمضمون الأعراف سرا حتى يستطيعوا تفسيرها وفقا لهواهم. بما يحقق مصالح النبلاء على حساب العامة. فثار هؤلاء أكثر من مرة لفداحة الظلم الاجتماعي، و طالبو بتدوين الأعراف حتى يستقر التطبيق. و يروى أن بعثة ذهبت إلى اليونان، لدراسة قوانين صولون، و أن لجنة مكونة من عشرة أعضاء فوضت في صياغة القانون المقترح، فحررت الألواح الإثني عشر (عام 300 من تأسيس روما، عام 451 قبل الميلاد). وهي تتضمن قواعد قانونية

دونت كتابة الاعراف القديمة، و رسخت امتيازات الطبقة الحاكمة من الاشراف، مع بعض الاصلاحات الجريئة لتهدئة فوران العامة .

فقد وردت قاعدة القصاص في حالة الكسر، و خضر الزواج بين الاشراف و العامة، وكذلك بين الاحرار و العبيد . و تقررت عقوبات صارمة للسرقه، لحماية أموال الأثرياء، فالسارق في حالة التلبس إذا كان حرا فقد الحرية و صار عبدا للمجني عليه، و إذا كان عبدا فقد الحياة و أُلقي به من فوق الصخرة، إلى غير ذلك من القواعد الطبقية. لكن جدت بعض الإصلاحات، مثل تقييد حق الأب في بيع ابنه أكثر من ثلاث مرات، و إلزام الدائن بعرض مدينه في السوق ثلاث مرات قبل بيعه، عسى أن يفتديه أحد .

- هكذا نرى أن تدوين الأعراف في المجتمعات المختلفة كان وليد صراعات طبقية، دفعت بعجلة القانون قفزة هائلة إلى الأمام، إذ صدرت القواعد في شكل مكتوب، وانقشعت عنها سحب الغموض. و لم تكن المدونات ي البداية قانونا خالصا، بل كانت خليطا من القصص الشعبي و الأخبار التاريخية والقواعد الشرعية، مثل التوراة، ثم انفصل في مرحلة لاحقة الشرع عن القصص، كما هو الحال في الإثنى عشر . و كانت المدونات القديمة تحمل طابعا طبقيا، تكرر إمتيازات الطبقات الحاكمة و نُجيز استغلال الطبقات المقهورة. و نلاحظ تشابه في مراحل التطور لدى الشعوب المختلفة . فشعب العراق وصل إلى مرحلة التقنين في وقت مبكر، إذ صدر قانون حمورابي في بداية الألف الثانية قبل الميلاد، بينما الرومان لم يصلوا إلى هذه المرحلة إلا في القرن الخامس قبل الميلاد .

**ب. حركة التقنين:**

إذا كان تدوين العرف قد بدأ منذ آلاف السنين, فإن العصر الحديث منذ مطلع القرن التاسع عشر شهد حركة للتقنين, أي صياغة القواعد القانونية في شكل نصوص تتضمنها مجموعات. ولعل ابرز قانونين صدرا في العالم الغربي هما القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) سنة 1804 , والقانون الألماني سنة 1900 , وما بينهما قرن من الزمان, ولكل منهما قصته.

**- القانون المدني الفرنسي :**

صدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804 على إثر الثورة الفرنسية. توجت هذه الثورة صراعا بين الرأسمالية و الإقطاع دام عدة قرون ,استعان فيه الإقطاع بالكهنوت, وجندت الرأسمالية الجماهير . وانطبع أحداث الثورة بالعنف الدموي, فأرسل الإقطاعيون إلى المقصلة, وهرب منهم من هرب ,و قضى على الملكية العتيقة, و أعدم لويس السادس عشر , ثم أقصيت الأجنحة الشعبية ,وانفردت الرأسمالية بالسلطة .

كانت القوانين الإقطاعية القديمة تقرر للإقطاعيين سلطات تعسفية تجاه البرجوازية, فمثلا كان الإقطاع يجبر التجار عللا سلوك طرق معينة, ليحصل منهم في هذه الطرق على رسم مرور ,و أعطى الإقطاع لنفسه حق الجنوح ,أي حق الإستلاء على سفن التجار الجائحة على شواطئ الأنهار, إلى غير ذلك. أما تجاه الفلاحين من رقيق الأرض ,فلقد تمتع الإقطاعي بحقوق كثيرة على عبيده منها حق الملجأ ,و هو التزام أهل القرية بان يوفر المأوى المريح, و يقدموا ما لذ و طاب من الطعام و الشراب , لسيدهم الإقطاعي و لصحبه و خيله . ومنها حق الإستلاء بموجبه يحصل الإقطاعي على ما يروقه من غلال و اسماك و مواشي . ومنها احتكار الطاحونة وضريبة الرؤوس , و

أعمال السخرة , ثم إرث الفلاحين حالة وفاتهم دون أولاد يعيشون معهم في معيشة واحدة .

لدا أصدرت الثورة الفرنسية قانون 30 فنتوز في العام الثاني عشر من الثورة، يكسح أي أثر باقي من الماضي , و يلغي الأعراف العامة و المحلية التي كانت سارية من قبل<sup>(5)</sup>

و كانت البرجوازية قد حصلت على بعض المكاسب منذ عهد لويس الرابع العاشر، إذ صدرت آنذاك سنة 1673 مجموعة قانونية للتجارة , نقلت كل الألواح الإيطالية في العهد الوسيط, وتمت صياغتها بعد التحري في العرف التجاري لدى كبار التجار.

و طالبت البرجوازية على إثر الثورة الفرنسية بالمزيد من القواد القانونية التي تحمي مصالحها. وكان قد تراءى لنابوليوم أن يستخدم الرأسمالية ويتفاهم معها لتحقيق أهدافه التوسعية، فصدر القانون المدني سنة 1804 يؤكد إحتياجات الرأسمالية: الملكية حق مطلق، العقد شريعة المتعاقدين، لا مسؤولية بدون خطأ. هذه المبادئ الثلاثة كانت بمثابة السور العظيم لمثلث محكم تعيش بداخله برجوازية القرن التاسع عشر، تطمئن على ملكها من القيود، وعلى عقودها من التدخل، وعلى مالها من التحريم، حتى تستمتع بالإستقرار والثبات الذين يحتاج إليهما رجال الأعمال.

### القانون المدني الألماني

حاولت ألمانيا منذ مطلع القرن التاسع عشر القيام بحركة التقنين، فاحتدم جدل بين فقهاءها حول جدوى التقنين، طرح على بساط البحث موضوع المقارنة بين التشريع والعرف، وتأخرت حركة التقنين في ألمانيا إلى نهاية القرن الماضي، نظرا لسيطرة الإقطاع خلال القرن النصف الأول من

القرن التاسع عشر، ومعاداته لحركة التقنين على شاكلة القانون الفرنسي البرجوازي.

ثم دخلت ألمانيا في النصف الثاني من القرن التاسع عصر الصناعة، اعتماداً على ما لديها من ثروة هائلة من الفحم والصلب . وصاحب إزدهار الصناعة إمتداد السكك الحديدية وإفتتاح بنوك الإصدار وإنتعاش التجارة البحرية وإنتشار شركات المساهمة. وتبلورت حوالي 1860 طبقة برجوازية جالسة في الغرب على ضفاف الراين فوق عرش الصناعة و التجارة والبنوك، وقفت مصالحها وجهاً لوجه ضد مصالح الطبقة الإقطاعية، المالكة للأراضي الزراعية في الشمال والشرق بالذات في بروسيا.

إنتهج حكام ألمانيا ما بين 1860 و1870، غليوم الأول والنبيل باسمارك، سياسة تأييد الإقطاع، إذ يمد النبلاء الدولة بالرجال في الإدارة والقضاء على الأخص في قيادة الجيش، أساس السيطرة العسكرية بروسيا. كان قادة الجيش من الملاك الإقطاعيين، أهم في تلك الفترة إلى مخططات باسمارك، من ملاك الصناعة في حوض الراين. ومع ذلك فقد البرجوازية الصاعدة في وقت مبكر في تدوين إحتياجاتها القانونية في مجموعة تشريعية إذ تكونت سنة 1857 لجنة لم يستقل بها علماء القانون، بل إشتراك فيها رجال الأعمال عملت على عدة سنوات على وضع مشروع أصبح منذ سنة 1861 القانون التجاري العمومي لألمانيا. تميزت سياسته العامة بإعتماد الإقتصاد الليبرالي ودعامته حرية التعاقد، المطلب الرئيسي القانوني لطبقة رجال الأعمال.

ولما إنتصر باسمارك على فرنسا في الحرب السبعينية وشرع في تحويل ألمانيا إلى إمبراطورية عالمية، تبين أن الجيش وحده لا يتبني مجد الأمم، طالما لا يركز في الداخل على قاعدة اقتصادية قوية، و كانت البرجوازية الصناعية و

التجارية و الجامعية قد وجدت صفوفها في حزب ليبرالي يعتمد في نفوذه على الإنجازات الإقتصادية و السمعة العلمية للأساتذة، و تراءى للدهية ليسمارك أن يهادن البرجوازية الليبرالية ريثما يقضي على الخطر المتزايد للحزب الكاتوليكي الألماني، بعد أن احتل مركزا وسطا بين نبلاء الإقطاع و برجوازية الصناعة في الغرب. فلى الوزير النبيل مطالب رجال الأعمال في إصدار مجموعة قانونية تنظم المعاملات المدنية، و تكونت لجنة تحضيرية لوضع مشروع القانون المدني سنة 1864.

فصدر القانون الألماني سنة 1896، و عمل به ابتداء من أول يناير 1900 وتضمن القواعد التي تهم الرأسمالية الصاعدة في ألمانيا، تماما كما احتوى قانون نابليون من قبل على إحتياجات البرجوازية الفرنسية، فكما أن قانون نابليون ذكر أن الملكية حق مطلق، و أن العقد شريعة المتعاقدين، حرص القانون الألماني، في مستهل باب الملكية، أنه يجوز للمالك الشيء أن يفعل به ما يحلو له، و أن يمنع الغير من أي تأثير على ملكه . كما خلا القانون المدني - تحت تأثير البرجوازية - من أي نص يشير إلى إمكان القاضي التدخل في العقود، حتى يصير العقد شريعة للمتعاقدين تلبية لحاجة البرجوازية الصاعدة إلى القدرة على توقع الحلول القضائية، وإلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد لإجراء المضاربات في هدوء . هكذا تبنى التقنين الخاص الألماني بفرعيه، المدني و التجاري، المطلبين الأساسيين للطبقة الرأسمالية أن الملكية حق مطلق، و أن العقد شريعة المتعاقدين .

يتبين إذن أن حركة التقنين في العصر الحديث، مثل تدوين العرف في التاريخ القديم، كانت وليدة صراعات طبقية أدت بالطبقات المتصارعة إلى الرغبة في أن تثبت كتابة ما تحصل عليه من مكاسبه .

**تدوين الدساتير:**

صاحب حركة التقنين في العصر الحديث ظهور الدساتير المكتوبة. وهي كانت سجالا لصراعات إجتماعية في البلاد التي ظهرت فيها، و لفهم جذورها يجب أن نعود بالذاكرة إلى ظروف القرنين السابع عشر و الثامن عشر و إنتصار فكرة القانون الطبيعي و مفهوم العقد الإجتماعي إذ ذاك .

فتبنت الثورات الإجتماعية التي اندلعت في أواخر القرن الثامن عشر فكرة القانون الطبيعي ونظرية العقد الإجتماعي، للدفاع عن حقوق الإنسان ضد طغيان الحاكم على الأخص الثورة الأمريكية للتحرر من عبودية المستعمر البريطاني، و الثورة الفرنسية للقضاء على سلطان الإقطاع والملكية.

و حرص القانون بالثورة على تتيث حقوق الإنسان و نظام الحكم في شكل مكتوب، فعلت ذلك الثورة الأمريكية في وثيقة إعلان الإستقلال سنة 1776، و الثورة الفرنسية في إعلان حقوق الإنسان و المواطن سنة 1789 .

ثم صدرت بعد ذلك الدساتير في شكل مكتوب، مثل الدستور الأمريكي سنة 1779، و الدستور الفرنسي سنة 1791، و تبعتها دساتير أخرى، و كلها تتضمن بياناً لحقوق الأفراد و نظام الحكم و العلاقة بين أجهزة الدولة و غير ذلك من الأمور المتعلقة بالكيان الأساسي لها .

**الإحالات :**

- 1- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة - طبعة المكتبة التجارية - القاهرة - بلا تاريخ . ج 2، صفحة 6 . أيضا ابن القيم - إعلام الموقعين - طبعة المكتبة التجارية - القاهرة 1955 - ج 3 - صفحة 14
- 2- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - القاهرة 1971، دار النهضة العربية، صفحة ( ط )

- <sup>3</sup> - الغزالي - المستصفى من علم الأصول - ط 1 القاهرة 1937 -  
المكتبة التجارية - ج 1 - الصفحة 139
- <sup>4</sup> - المواد 514 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري ( الأمر 58-75 )  
الصادر في 26 سبتمبر 1975
- <sup>5</sup> - هنري كابيتان المدخل لدراسة القانون المدني ( بالفرنسية ) ، باريس  
1927، ص 45