فصل تمهيدي

التعريف بتاريخ القانون وأهميته

أولاً: التعريف بتاريخ القانون:

- ينبغي للتعريف بتاريخ القانون بيان موضعه بين الدراسات القانونية، وإيضاح الغرض المقصود من دراسته، وتحديد الفروق بين تاريخ القانون وتاريخ النظم القانونية.

١- تنوع الدراسات القانونية:

تشمل الدراسات القانونية دراسة القانون في حاضره وماضيه ومستقبله، فيطلق على دراسة القانون في حاضره – أي المطبق فعلاً في مجتمع معين – تعبير "القانون الوضعي" ويطلق على دراسة القانون في ماضيه تعبير "تاريخ القانون"، أما دراسة القانون في مستقبله فيطلق عليها تعبير علم "السياسة التشريعية"، وينحصر اهتمامنا بدراسة تاريخ القانون أي دراسة القانون في ماضيه.[1]

٢- الغرض المقصود من دراسة تاريخ القانون:

تاريخ القانون هو "التاريخ الذي موضوعه القانون" أي هو تاريخ خاص بالقانون[2] فهو نوع من الدراسة المستقلة التي توضح لنا كيفية نشأة القانون وتطوره وصيرورته نظماً وشرائع، وتبين تاريخ الشرائع المختلفة، وتعرّفنا بتأثير المجتمع وظروفه المختلفة في تطور القواعد القانونية وكيفية التطوير وأسبابه ووسائله وغايته.[3]

فدراسة تاريخ القانون تعني "دراسة الحالة الأولى التي نشأت فيها الشرائع القديمة، وتكونت فيها النظم والمبادئ القانونية والتطورات التي مرت بها خلال العصور

1- د. صوفي حسن أبو طالب – تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – ج١ – تكوين الشرائع القانونية وتطورها – ط٢ – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – ١٤١٦هـ/١٩٩٥م – ص١٤.

2- د. محمد بدر – تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – دار النهضة العربية – ١٩٨٠ – ص ٢٨.

3- د. لاشين محمد الغاياتي – تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م – ص ١٣.

المتعاقبة حتى وصلت بها إلى حالتها الحاضرة، فيتبين لنا من ذلك مقدار الأثر الذي أحدثته الشرائع القديمة في تكوين الشرائع الحديثة"[1].

فليس الغرض المقصود من دراسة تاريخ القانون مجرد تصنيف نظم الشرائع القديمة وبيان القواعد والمبادئ القانونية دون البحث في الأسباب التي أدت إلى نشوئها وتطورها أو جمودها وزوالها، إذ لو اقتُصر على ذلك لفقدت الدراسة كل صبغة علمية، لأن الظواهر القانونية تتأثر بالظروف الاجتماعية ويعتبر القانون ثمرة لتطور المجتمع ونتيجة لعوامل مختلفة؛ سياسية واقتصادية ودينية وفكرية، ومن ثم فإن القانون لا يعتبر حادثة من حوادث المصادفة أو نزعة عرضية من نزعات المشرع يفرض بها مشيئته على الجماعة.[2]

فعلى سبيل المثال كان يعاقب بالقتل على الجرائم جميعاً في اليابان لأن معصية إمبراطور عظيم كعاهل اليابان جرم عظيم، فليست المسألة إصلاح المذنب بل انتقاماً للإمبراطور، ولأن الإمبراطور مالك لكل الأموال فإن الجرائم جميعاً تقترف ضد مصالحه رأساً، فالقانون في هذه الحالة كان انعكاساً لنمط الحياة السياسية وأسلوب الحكم المتبع في اليابان آنذاك.

ولمزيد من الإيضاح نعرض مثالاً آخر حيث كان يباح للزوج في روما أن يُعير امرأته لآخر ومن ناحية أخرى كان يعاقب الزوج الذي لا يقاضي امرأته إذا اتُهمت بالدعارة أو الذي يسترد زوجته بعد الحكم عليها بجرم الدعارة، وقد يظهر أن هناك تناقضاً بين هذه القوانين، بينما يرى مونتسيكو أنها غير متعارضة مطلقاً، لأن القانون الذي كان يبيح للروماني إعارة زوجته هو نظام إسبارطي وضع لمنح الجمهورية أولاداً من جنس جديد، بينما كان القانون الآخر يهدف إلى حفظ الأخلاق، ومن ثم كان القانون الأول

1- د. عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - دار المعارف بمصر - ١٩٦٣م ص٣-٤.

2- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٥.

3- مونتسكيو (١٦٨٩- ١٧٥٥م)- روح الشرائع- ج١- ترجمة عادل زعيتر- القاهرة- دار المعارف- ص١٢٩-١٣٠.

قانوناً سياسياً والآخر قانوناً مدنياً[1]، فنلاحظ أنه في ظل المفاهيم السائدة آنذاك- من أخلاقية وسياسية- أبيح الفعل نفسه في حالةٍ وجُرِّم في حالة أخرى فانعكست هذه المفاهيم على النظر في مشروعية الفعل من عدمها.

ويمكن القول بأن القانون وليد الفكر البشري وظروف التاريخ ويختلف باختلاف البيئة والجيل تبعاً لتغير الفكر البشري والبيئة الاجتماعية وبتأثير من هذه الظروف والعوامل، فلكل شعب نظم قانونية تتناسب من حيث الرقي والانحطاط مع المستوى الحضاري الذي وصلت إليه الجماعة وتتفق مع الفكر السائد في ذلك العصر[2]، ودراسة هذه العوامل والظروف واستخلاص المبادئ التي تخضع لها القوانين والنظم القانونية في نشوئها ونموها وتطورها واتساع أحكامها هو "الغرض الرئيس الذي ينشده العلم القانوني من الدراسة التاريخية."[3].

٣- الفروق بين تاريخ القانون وتاريخ النظم القانونية:

يختلف تاريخ القانون عن تاريخ النظم القانونية من ناحيتين:

أ- الغرض من الدراسة:

إن غرض دراسة تاريخ النظم القانونية هو شرح قواعد العدالة في علاقتها الحية مع النظم الاقتصادية والفلسفية والسياسية التي توجد في مجتمع معين، بخلاف الغرض من دراسة تاريخ القانون الذي يقتصر على معرفة القواعد القانونية البحتة ككلٍ منفصلٍ في العصور المختلفة[4].

1- مونتسيكو- روح الشرائع- جـ٢- ص٢٣٥-٢٣٦، د. معروف الدواليبي- المدخل إلى التاريخ العام للقانون(جزيرة العرب مهد الحضارة الإنسانية، مهد نشأة فكرة الحق والقانون) ط٣- دار الشواف- الرياض- ١٩٩٥م-ص١٤٣.

2- أكد المشرع اليوناني صولون ما ذكر أعلاه حينما سئل: هل سنّ للأثينين أحسن الشرائع؟ فأجاب: لا بل سننت لهم خير ما يستطيعون أن يُعطوه (د. الدواليبي- المدخل- المرجع السابق- ص١٣٠).

3- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٦.

4- د. محمد عبد الهادي الشقنقيري- دروس في تاريخ القانون المصري- جـ١- ١٩٩٣- ص١٤

وعلى سبيل المثال إذا كان تاريخ القانون يهتم بدراسة نظام الأسرة فإنه يُعنى فقط بإبراز كيفية تنظيم العلاقة التي تتولد عن صلة القرابة دون الاهتمام بما ينطوي عليه هذا كله من ظواهر ومعطيات دينية أو فلسفية أو اقتصادية لها أهميتها بالنسبة لتاريخ النظم القانونية[1].

ب- موضوع الدراسة:

يهتم تاريخ النظم القانونية بالبحث عن الظواهر القانونية الرئيسة في جوهرها وحقيقتها الاجتماعية أكثر من تاريخ القانون الذي يهتم أساساً بالشكل الخارجي للقانون وبالتفاصيل الفنية للموضوعات المختلفة[2].

فالدراسة في تاريخ النظم القانونية ترتبط بالنظام نفسه دون التقيد بمكان أو بقانون معين، فهي في حقيقتها تقوم على المقارنة بين النظم التي سادت مجتمعات مختلفة في الماضي ويقصد بها تكوين العقلية القانونية وخلق الأرضية الصالحة للدراسة المتخصصة المتعمقة بعد ذلك[3].

ثانياً: أهمية دراسة تاريخ القانون والنظم القانونية:

تعود أهمية دراسة تاريخ القانون والنظم القانونية إلى فائدتها وضرورتها من ناحيتين:

١- الناحية العلمية:

يمكن تحديد الأهمية العلمية لدراسة تاريخ القانون والنظم القانونية بالأمور الآتية :

أ- إكساب الدراسة القانونية الصبغة العلمية:

إن الاقتصار في الدراسات القانونية على الناحية العملية فحسب من شأنه تجريد القانون من صبغته العلمية وإغفال الإعداد العلمي الصحيح الذي يجب توفيره

1- د. حسن عبد المجيد- مقدمة تاريخية لمفهوم القانون- ١٩٩٦- ص٢١.

2- د. الشلقيري- دروس في تاريخ القانون المصري- ص١٥.

3- د. فتحي المرصفاوي- فلسفة القانون وتاريخه- دار الفكر العربي- ١٩٨٢- ص٢٠.

للناشئين من القانونيين ولأن ذلك من شأنه أن يجعل منهم في المستقبل قانونيين ذوي حرفة مجردين من كل صفة علمية[1].

ب- إتاحة معرفة مستوى التقدم الحضاري والأخلاقي للشعوب:

إن القانون هو صورة واضحة للنشاط الحضاري الإنساني في فترة زمنية معينة، فهو يعكس المستوى العقلي للشعوب خصوصاً من حيث القدرة التنظيمية وكذلك القيم الأخلاقية والروحية التي يريد الشعب الحفاظ عليها[2]..

جـ- المساعدة على حسن تقدير النصوص الوضعية والتوفيق بين المحافظة على التقاليد والحاجة إلى الابتكار والتجديد:

إنّ دراسة تاريخ القانون تمكّن القانوني من الوقوف على كيفية نشأة النظم القانونية وتطورها وتُبصره بالعوامل التي تؤثر في هذه النظم نشأة وفناءً، تقدماً وانحطاطاً، وهي، من ثمّ، تساعده على تقدير النصوص الوضعية حق قدرها، وتعينه على أن يميز فيها بين ما هو جدير بالبقاء والتطوير وما هو خليق بالإلغاء والتغيير، كما توفق بين رغبتنا الشديدة في المحافظة على التقاليد وحاجتنا الملحة إلى الابتكار والتجديد[3].

د- المساهمة في تكوين الملكة القانونية وتنميتها:

إن دراسة تاريخ القانون تعطينا صورة صادقة عن تطور النظم القانونية في الماضي وأسباب هذا التطور، وبذلك نستطيع معرفة أصالة بعض النظم القانونية الوضعية والتكهن بما سيكون عليه مصيرها في المستقبل، فضلاً عن أن دراسة هذا التطور تمكننا من الإفادة من تجارب الماضي وتحدد السبيل الذي يجب أن يسلكه المشرع في تطوير

1- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٨، ولذلك اعتبر بعض العلماء أن فكرة القانون أنجع العوامل الجوهرية الحضارية في تطوير المجتمع البشري (دينيس لويد - فكرة القانون- ترجمة سليم الصويص- سلسلة عالم المعرفة- عدد٤٧- الكويت- ١٩٨١- ص٣٩٥).

2- د. حسن عبد المجيد- مقدمة تاريخية لمفهوم القانون- ص٢٣.

3- د. محمد اسلام زناتي- نظم القانون الروماني- ص٣/ د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٩.

النظم القانونية المعاصرة، ولذلك فإن المعرفة التاريخية تخلق بالتأكيد عند القانونيين الشعور بشرعية أي تطور في المجال القانوني[1].

هـ- إغناء الدراسات المقارنة والكشف عن روح القانون:

إن تاريخ القانون ما هو إلا مقارنة بين الماضي والحاضر أو هو مقارنة بين الماضي البعيد والماضي القريب، بالإضافة إلى الكشف عن روح القانون من خلال إيضاح الصلات العميقة بين القانون الوطني والمصادر التاريخية لهذا القانون من القوانين الأجنبية[2].

و- الوقوف على أساس فلسفة القانون:

إن دراسة تاريخ القانون تسمح لنا بالوقوف على أساس فلسفة القانون من خلال البحث عن أصوله الأولى منذ التاريخ البشري القديم، ولأن علم تاريخ النظم القانونية يعتمد بدوره على فلسفة القانون لأنه يفترض وجود فلسفة وفكر منطقي أدى بجانب العوامل الأخرى إلى بناء نظام قانوني معين بصورة معينة[3].

٢- الناحية العملية:

يعود على القانونيين عدد من الفوائد العملية من خلال معرفتهم ودراستهم لتاريخ القانون والنظم القانونية سواء أكانو باحثين أو قضاة أو مشرعين.

1- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم ج١- ص١٥، د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون ص٩، د. فتحي المرصفاوي- تاريخ الشرائع الشرقية- ص٦، هنري باتيفول- فلسفة القانون- ترجمة د. سموحي فوق العادة- منشورات عويدات- بيروت- باريس- ط٣- ١٩٨٤- ص٦٠ وتأكيداً لذلك أشار القاضي الانكليزي كردوزو" إلى أن "القانون كالمسافر، يجب أن يكون مستعداً للغد، فالقانون يجب أن يحمل بذرة التطور في ذاته" (لويد- فكرة القانون- ص٣٩٥).

2- د. شفيق شحاته - التاريخ العام للقانون في مصر القديمة والحديثة - المطبعة العالمية- ١٩٥٨- ص٣- ٤، د. محمد علي الصافوري- النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان - ١٩٩٦م- شبين الكوم- الولاء للطبع والتوزيع- ص٧.

3- د. ناصر الأنصاري - المجمل في تاريخ القانون المصري - الهيئة العامة للكتاب- ١٩٩٨- ص٢١، د. الشقفري- دروس في تاريخ النظم- ص١٧، د. سليمان مرقس- فلسفة القانون (دراسة مقارنة)-دار صادر-بيروت-ص٨.

أ- الفوائد العائدة على الباحثين ودارسي القانون:

إن الباحث أو الطالب في علم القانون لا يستطيع تفهم القاعدة القانونية على وجهها الصحيح إلا إذا رجع إلى أصولها التاريخية وتقصى أصل نشأتها ثم تتبع تطورها الذي أدى بها إلى وضعها الأخير، فهذه الدراسة توضح أثر الشرائع القديمة في القوانين الحديثة وقيمة التراث القانوني الذي آل إلى الأمم الحديثة من الأجيال السابقة لأن كثيراً من النظم القانونية الحالية يعتبر امتداداً لنظم سابقة، ولذلك فإن هذه الدراسة أمرٌ لاغنى عنه لحسن فهم الشرائع والمبادئ القانونية، فالأمم تتوارث القوانين كما تتوارث الحضارات فالقوانين اللاتينية قد ورثت القانون الروماني، وهذا القانون مدين في أكثر مبادئه للقوانين اليونانية المدينة بدورها للقوانين المصرية، وقد دلت البحوث العلمية على أن هذه القوانين قد تأثرت بالقوانين البابلية التي استمدت أصولها من القوانين السومرية[1].

ب- الفوائد العملية العائدة على القضاة:

يجب على القاضي إبان تطبيقه لنصوص القانون الوضعي تفهم تاريخ النصوص حتى يمكنه معرفة روح النصوص التي يطبقها وقد يمكنه ذلك من تفسير ما غمض منها[2].

1- د. شحاته - التاريخ العام للقانون - ص٣، د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٧، د. عبد السلام الترمانيني- الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية- مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية- جامعة حلب- ١٩٨٦- ص١٠.

2- د. طه عوض غازي - فلسفة وتاريخ نظم القانون المصري - جـ١- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٦- ص٤٨ وقد ذهب جانب من الفقه الألماني ممثلاً في مدرسة "فقه المصالح" والتي ترى أن المصالح هي السبب المنشئ للقواعد القانونية إلى أن من واجب القاضي الرجوع إلى الأصول التاريخية وصراع المصالح الذي ولّد القواعد، ويلجأ، من ثم، إلى التفسير التاريخي للوقوف على إرادة الشارع، ويعمد إلى البحث التاريخي ليعرف ما غلب في القواعد من مصالح (د. ثروت أنيس الأسيوطي- المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية- مجلة مصر المعاصرة- عدد ٣٣٦- ١٩٦٩- ص٤٥٥).

ج- الفوائد العملية العائدة على المشرع:

يجب على المشرع عند وضعه للقواعد القانونية أن يكون عالماً بكيفية نشوء القواعد القانونية ووسائل تطورها وأن يكون ملماً بالتاريخ القانوني فيستفيد من تجارب الماضي وحكمة التاريخ[1].

ثالثاً: نطاق ومنهاج دراسة تاريخ القانون:

١- نطاق دراسة تاريخ القانون:

ترمي دراسة تاريخ القانون إلى دراسة تاريخ مصادر القانون من جهة، وإلى دراسة تاريخ النظم القانونية من جهة أخرى.

فدراسة تاريخ مصادر القانون تهدف إلى بيان المظاهر والأوضاع المختلفة التي تشكلت بها القواعد القانونية في مختلف العصور التاريخية، ويطلق على هذا النوع من الدراسة اسم "التاريخ الخارجي للقانون".

أما دراسة تاريخ النظم القانونية- كنظم الزواج أو التعاقد أو الحكم مثلاً- فهي "دراسة ذاتية" للقواعد القانونية، بمعنى أنها تتناول هذه القواعد سواء كانت متعلقة بالقانون الخاص أو القانون العام في حد ذاتها، وبغض النظر عن مصادرها، ولذلك فقد أُطلق على هذا النوع من الدراسة اسم "التاريخ الداخلي للقانون".

1- د. طه عوض غازي- المرجع السابق- ص٤٨، وقد ذهب أنصار مدرسة فقه المصالح- السالف ذكرها- إلى أنه "متى انجلى مضمون القواعد القانونية تعين على "القاضي" تطوير القانون، وتكمن هنا أهمية البحث التاريخي لكشف السياسة التشريعية وسير الحكمة من التشريع، لأن تحديد هذه الحكمة أمر ضروري لمعرفة مدى ما تعرضت له من تعديل بعد ما طرأ على ظروف المجتمع من تغيير ولما جدّ على فلسفة القانون من تبديل، فإذا تبين أن ظروف الحياة لم تتغير أو أن إيديولوجية المجتمع لم تتبدل جاز تطبيق القاعدة دون تعديل، أما إذا اتضح بُعد الشقة بين ظروف الأمس وأوضاع اليوم أو بين أفكار الماضي وآمال الحاضر، وجب على "القاضي" تطوير القانون، بعد الموازنة بين اعتبارات الاستقرار وضرورات القيام بالتجديد في اتجاه التطور الاجتماعي (د. الأسيوطي- المنهج القانوني- ص٤٥٥) وحالات التطوير أو تصحيح الخطاب التشريعي من قبل القاضي لا تكون إلا في حالات الضرورة القصوى حينما تلح مصالح المجتمع ولا تتأثر اعتبارات الطمأنينة (د. الأسيوطي المرجع السابق- ص٤٦١).

فدراسة تاريخ القانون بشقيها قد تنصب على تاريخ قانون قطر معين من الأقطار- كالقانون السوري مثلاً- وقد تنصب على تاريخ القانون لدى سائر الأمم دون التقيد بأمة أو بقطرٍ معين، وفي هذه الحالة الأخيرة نكون أمام دراسة عامة مقارنة لجميع الشرائع التي عرفها المجتمع الإنساني في عهد تكوينه، وفي مراحل تطوره، وستنصب دراستنا على تاريخ القانون بصفة عامة لدى سائر الأمم دون التقيد بأمة معينة.

٢- منهاج دراسة تاريخ القانون:

سنقسم دراستنا لتاريخ القانون إلى قسمين:

نخصص القسم الأول منهما لبحث تكوين القانون والنظم القانونية: وهي دراسة عامة مقارنة نبحث فيها نشأة القانون لدى الجماعات البشرية، والتطورات التي مرَّ بها حتى توصل الإنسان إلى كتابته في مجموعات قانونية، بالإضافة إلى تاريخ تكوين بعض النظم القانونية بطريقة الدراسة الذاتية لهذه النظم.

أما القسم الثاني فسوف نخصصه لدراسة تطور القانون: فنبحث في العوامل التي تساعد على تطوير القانون، وكذلك في الوسائل التي استعانت بها الأمم المختلفة لإحداث هذا التطوير.

ملخص الفصل التمهيدي

تاريخ القانون هو التاريخ الذي موضوعه القانون أو هو تاريخ خاص بالقانون.

دراسة تاريخ القانون تعني معرفة الحالة الأولى لنشأة الشرائع والتطورات التي مرت بها حتى وصلت إلى حالتها الحاضرة.

ترمي دراسة تاريخ القانون إلى بحث الأسباب والعوامل التي أدت إلى نشوء الشرائع وتطورها أو جمودها وزوالها.

يفترق تاريخ القانون عن تاريخ النظم القانونية من حيث غرض الدراسة ومن حيث موضوعها.

تكمن الأهمية العلمية لدراسة تاريخ القانون في:

١- إكساب القانون الصبغة العلمية. ٢- معرفة المستوى الحضاري للشعوب. ٣- حسن تقدير النصوص الوضعية. ٤- تكوين الملكة القانونية. ٥- إغناء الدراسات المقارنة والتعرف على روح القانون. ٦- الوقوف على أساس فلسفة القانون.

من أهم الفوائد العلمية لدراسة تاريخ القانون حسن تفهم القواعد القانونية المعاصرة بالرجوع إلى أصولها التاريخية وتتبع تطورها.

لدراسة تاريخ القانون فوائد جمة تعود على المشرع والقضاة بمعرفة روح النصوص والاستفادة من تجارب الماضي وحكمة التاريخ.

أسئلة عن الفصل التمهيدي

س١- حدد موضع تاريخ القانون بين الدراسات القانونية؟

س٢- ماذا تعني دراسة تاريخ القانون؟

س٣- ما الغرض الرئيس الذي ينشده العلم القانوني من الدراسة التاريخية؟

س٤- بين الفروق بين تاريخ القانون وتاريخ النظم القانونية.

س٥- عدد الفوائد التي تتمثل فيها أهمية دراسة تاريخ القانون من الناحية العلمية.

س٦- ما هي الفوائد التي تعود على كل من القاضي والمشرع من خلال الدراسة التاريخية للقانون؟

الإجابة النموذجية للسؤال الأول

تشمل الدراسات القانونية دراسة القانون في حاضره وماضيه ومستقبله، فدراسة القانون في حاضره يطلق عليها تعبير "القانون الوضعي"، ودراسته في مستقبله يطلق عليها تعبير علم "السياسة التشريعية"، أما دراسة القانون في ماضيه فهي ما يطلق عليها تعبير "تاريخ القانون".

القسم الأول

تكوين القانون والنظم القانونية

تمهيد وتقسيم:

ما هي المظاهر الأولى التي برزت بها فكرة القانون في المجتمع الإنساني؟ وكيف تطورت هذه الفكرة عبر رحلة الزمن الطويلة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه بدراستنا لنشأة القانون والأشكال التي ظهرت بها القاعدة القانونية حتى اكتمل معالمها وخصائصها، ودراسة نشأة القانون لن تكون محصورة في شعب معين وقانون بذاته، بل تشمل دراسة الظاهرة القانونية دراسة عامة مقارنة لدى سائر الشعوب، وبذلك تتضح لنا معالم القانون كظاهرة اجتماعية تؤدي وظيفتها كوسيلة لحفظ النظام في المجتمعات المختلفة.

كيف نشأت وتكونت النظم القانونية؟ وهل لنا أن نعرف مسيرة تلك النظم خلال العصور التاريخية وما آل منها إلى الشرائع الحديثة.

هذا أيضاً ما سنحاول معرفته عبر دراستنا لتاريخ أهم النظم القانونية، ومن خلالها نعرف تطور الفكر القانوني عن طريق الدراسة التاريخية القانونية المقارنة، وبذلك تتضح خطة الدراسة في القسم الأول حيث سنقسمه إلى بابين:

الباب الأول: تكوين القانون.

الباب الثاني: تكوين النظم القانونية.

الباب الأول
تكوين القانون

تمهيد وتقسيم:

ظهر القانون في مرحلته الأولى- مع بداية التاريخ البشري- ممثلاً في شعور نفسي، غذته الغريزة الإنسانية، وكانت "القوة" هي المنطق الذي كتب كلمات القانون الأولى وعبّرت عن مظهره الخارجي. ومع تقدم الإدراك الإنساني، والإحساس بحقوق الآخرين وضرورة احترامها من جانب الإنسان تبلور الشعور الإنساني بوجود حقوق وواجبات في صورة قواعد قانونية، وظهرت هذه القواعد في صورة أحكام إلهية، وبمرور الزمن تشكلت في عادات وتقاليد دينية.

ثم بدأت الأحكام الدينية تفقد بهاءها القديم وزالت الصفة الدينية عن كثير من القواعد القانونية وظهرت بجانبها تقاليد وقواعد عرفية تستمد وجودها من رضا الناس أي من العرف الذي كيّف القانون في هذه المرحلة.

ولما اكتشف الإنسان أسرار الكتابة، عمل على تدوين تقاليده العرفية في مدونات ومجموعات سجلها على الألواح، أو نقشها بين أروقة المعابد، أو كتبها نصاً على الأحجار، وذلك خشية اندثار قوانينه وخوفاً عليها من الضياع ولكي يعرف الكافة ما دوّن فيها وما سجل.

إذن تلك هي مراحل تكوين القانون من النشأة إلى التدوين، وبذلك تتضح خطة الدراسة التي سنوزعها على أربعة فصول:

الفصل الأول: نشوء فكرة القانون.

الفصل الثاني: الأحكام الإلهية.

الفصل الثالث: التقاليد العرفية.

الفصل الرابع: تدوين القانون وأشهر المدونات القديمة.

الفصل الأول

نشوء فكرة القانون

تمهيد:

كيف كان وضع الإنسان البدائي قبل نشوء فكرة القانون؟ وما هي مخاطر هذا الوضع الذي عاشه الإنسان في تلك العصور؟ وكيف اهتدى الإنسان إلى ضرورة وجود القواعد السلوكية المنظمة لحياته مع الآخرين؟

المبحث الأول

عهد القوة

هل كان الإنسان بحاجة إلى القانون بعهد القوة؟

كيف يمكن أن نتصور مشاعر الإنسان الأول في بيداء وجوده؟ إننا لو تركنا هذا الإنسان البدائي وجهاً لوجهٍ مع ذاته ونفسه الحيرى في غموض الوجود المحيط به، فلا مفر من التسليم بالقول: إنه كان بطبعه الأناني مشرّعاً لوجوده يكيّفه كما يريد، وقاضياً لنفسه كما يشاء، وحكماً لذاته وأهوائه فهو يبرر كل أعماله من خير أو شر يسندها إلى بواعث ضرورية فيعد نفسه محقاً بها في كل وقت[1]، فقد كان الإنسان يعيش "شريعة الغاب" حيث القوة تصنع حياته كلها مجردة من المشاعر الأخلاقية والإنسانية[2].

وقد كمنت هذه الخطورة حينما دخل الإنسان البدائي بغريزته الفطرية هذه من أبواب المجتمع، إذ بدخوله مع غيره في مجتمع واحدٍ يكون من البديهي أن تتصارع الغرائز ويثور بينهم النزاع على الوسائل التي تمكنهم من البقاء، فأنانية الإنسان وهدفه في

1- د. محمود السقا – فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية – دار النهضة العربية– القاهرة– ص٧٩.

2- د. محمود السقا– أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية– دار النهضة العربية– ١٩٩١م– ص٧١.

رغبات الآخرين أو حاجاتهم، فداخل المجتمع الإنساني إذن تتصارع الغرائز وتتوه في بحر الصراع معاني الخير والشر ومعاني الحقوق والواجبات، فلاحق ظاهراً أو مستتراً، فالقوي ما يراه الإنسان حقاً ويفلسفه كيف يشاء، وقضاؤه يتمثل في قوته البدنية إذ إن الأقوى بدناً كان دائماً هو المنتصر[1].

المبحث الثاني

ضرورة وجود القانون

لمس الإنسان بضرورة وجود القانون
ما هي مظاهر الجوء إلى القوة

لمس الإنسان بتجربته وأحسَّ بغريزته أن الالتجاء إلى القوة لفض ما يثور من منازعات ينتهي بالمجتمع إلى الفوضى، لأن المجتمع الذي يستطيع فيه كل فردٍ فعل ما يريد ينتهي إلى استحالة قيام أي فرد بفعل شيءٍ مما يريد[2]، وكان بديهياً أن يعرف الإنسان بغريزة الألم والندم وأن يرى بفطرته أن ما يأتيه أمراً نكراً، وأن الضرر الذي يحيق به أكثر من النفع السريع الذي يحصل عليه[3]، لأن القوة التي يعتمد عليها لا تدوم فمن بعد قوة ضعفاً أو شيباً يأتي من هو أقوى منه، ومن هنا يمكن الحديث عن ذلك الإحساس الخفي بضرورة وجود قواعد سلوكية تنظم العلاقات بين الأفراد والجماعات[4]، ولذلك قامت غريزة الإنسان في حب الخضوع لنظام ما، فتظهر مجموعة من التقاليد التي تحدد قواعد السلوك في المجتمع ويضبط الناس سلوكهم على غرارها فيستتب الأمن في المجتمع ويسوده النظام[5].

1- د. السقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص٧٩-٨٠.

2- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم القانونية- ج١- ص٢٥.

3- د. السقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص٨٠.

4- د. السقا- أضواء على تاريخ النظم- ص٧١.

5- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم القانونية- ج١- ص٢٥-٢٦.

وقد جاءت عبارة العالم الأثري "موريه Moret" والعالم الاجتماعي "دافي Davy" مصدقة لهذا التحليل النفسي مع وقفة الإنسان وحقيقته الأولى، فالإنسان كما قرر هذان العالمان "إذا كان بطبيعته حيواناً اجتماعياً فهو كذلك حيوانٌ نظامي أي يستشعر ضرورة القواعد المنظمة، وهذه الغريزة هي التي دفعت الناس بحكم الضرورة إلى إيجاد قواعد قانونية يضبط الناس سلوكهم ومعاملاتهم على غرارها"[1]

وإذا استشعر الإنسان بغريزته ضرورة وجود قواعد تنظم سلوكه في المجتمع مع الآخرين كان لا بد أن يطمئن إلى مصدر هذه القواعد حتى يرتضيها تماماً، ومن هنا فإنه لم تكن هناك من قوة تستطيع أن تحكم الإنسان وتهيمن على وجوده وترغمه على الإذعان لقبول أحكامها والامتثال لها- بعد أن تخلى عن غريزة قوته الخاصة- سوى حكم الآلهة وقوة الإيمان والعقيدة، فقد وجد الإنسان في الآلهة قوة لا تحدها حدود، وعمل كل ما في إمكانه لإرضائها خشية عقابها[2].

وقد لخص العالم "سومنرمين" في كتابه "القانون القديم" مرحلة التطور السابقة التي خطاها الإنسان على درب الشعور الغريزي بضرورة الانصياع إلى القواعد المنظمة في المجتمع البشري القديم ومصير وجوده الذي ألقاه في رحاب الآلهة بقوله: "لم يكن الجنس البشري في مرحلة طفولته بقادر على أن يتصور وجود قانون معين ولا شخص بذاته يُنسب إليه وجود القانون، فهي فكرة لم تكن تدور بخلد أحد، إذ إن القانون لم يكن له كيان مجسم ليعلم عن وجوده، بل كان في مكنون سر الوجود عالقاً في الأثير ومنتشراً بين ذرات الهواء، ولم يكن هناك من ضابط بين الخير والشر سوى تلك الأحكام التي كانت تأتي إثر الحوادث الفردية والتي لم تكن لتستند على مخالفة قاعدة قائمة، ثم تطلع الإنسان إلى حكم الآلهة فاستندت هذه الأحكام إلى إلهام يهبط من عليين"[3].

1- د. السقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص١٦، ٨٠-٨١.

2- د. السقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص٨١.

3- Summer Maine- Ancient law- P 5-9

ملخص الفصل الأول

كان الإنسان البدائي مشرعاً لوجوده، قاضياً لنفسه، حكماً لذاته وأهوائه.

كان الإنسان البدائي يعيش "شريعة الغاب" فالقوة المجردة من المشاعر الأخلاقية والإنسانية هي محور حياته.

تصارع الغرائز بين أبناء المجتمع البدائي يفضي إلى اختلاط معاني الحقوق والواجبات.

المجتمع الذي يستطيع فيه الفرد فعل كل ما يريد ينتهي إلى استحالة قيام أي فرد بفعل شيء مما يريد.

الإحساس الشعوري بالقانون مرجعه إلى الإحساس الخفي بضرورة وجود قواعد سلوكية تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع.

أسئلة عن الفصل الأول

س١- كيف كان وضع الإنسان البدائي قبل نشوء فكرة القانون؟

س٢- ما هي مخاطر الاحتكام للقوة في فض المنازعات؟

س٣- حدد معنى الطبيعة النظامية للإنسان.

الإجابة النموذجية للسؤال الأول:

كان الإنسان البدائي بطبعه الأناني مشرعاً لوجوده يكيفه كما يريد، وقاضياً لنفسه كما يشاء، وحكماً لذاته وأهوائه، يعيش شريعة الغاب حيث القوة تصنع كل حياته.

ورد هذا القول عند د. السقا - أضواء على تاريخ النظم- ص٧٠، عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- هامش ص٦١-٦٢.

الفصل الثاني

الأحكام الإلهية

الأهداف التعليمية: في نهاية دراسة هذا الفصل ينبغي أن يكون الطالب قادراً على أن:

١- يحدد الصورة الأولى التي تجسدت فيها القاعدة القانونية.

٢- يعرف ماهية الأحكام الإلهية.

٣- يذكر بعض التطبيقات للأحكام الإلهية عند الجماعات القديمة.

٤- يتبين أسباب الاحتكام إلى رجل الدين في فض المنازعات.

٥- يحدد أسباب نسبة القانون للديانة.

٦- يبين صور القواعد المطبقة من قبل رجل الدين.

٧- يعرف أهم آثار النشأة الدينية للقانون.

محتويات الفصل الثاني:

المبحث الأول: - ماهية الأحكام الإلهية وتطبيقاتها.

المبحث الثاني: - دور رجل الدين في نشأة القاعدة القانونية.

المبحث الثالث: - صور القواعد المطبقة من قبل رجل الدين.

المبحث الرابع: - آثار النشأة الدينية للقانون.

ملخص الفصل الثاني

أسئلة عن الفصل الثاني

الفصل الثاني

الأحكام الإلهية

تمهيد:

يؤكد غالبية علماء تاريخ القانون على أن الصورة الأولى التي ظهرت فيها القاعدة القانونية تمثلت في الوحي الإلهي الذي يستلهمه الكهنة من آلهتهم، فليس ثمة نظام من نظم القانون لم يندمج في مراحل نشأته بقواعد الدين، ويبدو واضحاً من مطالعة القوانين القديمة سواء في الشرق أو الغرب أنها قد امتزجت بقواعد الدين والأخلاق بغض النظر عن السمات الأساسية المميزة لكل قانون، وهذا يتفق مع ما نعرفه عن العقلية الإنسانية القديمة بحيث لم يأتِ فصل القانون عن الدين والأخلاق إلا في مراحل متأخرة نسبياً من تطور الفكر الإنساني[1].

وقد تعدد الآلهة المعبودون في هذه العصور فمنهم أسلاف الأسرة ومنهم آلهة الجماعة وآلهة المدينة ومنهم الظواهر الطبيعية التي كان كل منها موكولاً إلى إله خاص يجري بأمره كالقمر والشمس والأرض والسماء، وامتدت فكرة التأليه إلى الظواهر المعنوية كالحكمة والجمال والعدالة كما امتدت إلى القوى الإنتاجية كالرعي والخصب فكل هذه الآلهة وغيرها كانت تعبد وكان العابدون يتألفونها ويبتغون رضاها بتقديم الأضاحي والقرابين[2].

1- د. فتحي المرصفاوي- أصول النظم القانونية- دار النهضة العربية- ١٩٩٣- ص٤٦.

2- د. الترمانيني- الوسيط- ص٤٩-٥٠.

المبحث الأول

ماهية الأحكام الدينية وتطبيقاتها

سوف نحدد في البداية ماهية الأحكام الدينية كصورة أولى ظهر فيها القانون، ثم نعرّج على ذكر بعض تطبيقات الأحكام الإلهية لدى المجتمعات القديمة.

المطلب الأول

ماهية الأحكام الدينية

لم يكن القانون في العصور الأولى إلا إرادة إلهية تصدر في كل قضية على لسان رجل الدين ممن كانوا يمتازون- في نظر الجماعات البدائية- باتصالهم بالآلهة وبالقدرة على تعرف مشيئتهم وتلقي أحكامهم، ويجمعون لذلك بين الوظيفة الدينية والوظيفة القضائية، ولهذا ظهرت فكرة القانون في صورة حكم إلهي إلى القاضي عند الفصل في النزاع المعروض عليه فينطق به على أنه إلهام ووحي من الآلهة[1].

وكان هذا الوحي يصدر في كل نزاع على حدة ولا يسري على الحوادث المماثلة للحادث الذي صدر من أجله، فكان القاضي في حاجة دائمة إلى إلهام جديد في كل قضية تعرض عليه لأنه لم يكن يستند في حكمه على مخالفة قاعدة قائمة، بل كان يقوم فقط بدور الوسيط بين الآلهة والناس ليبلغ إليهم مشيئة الآلهة، وقد ظهرت هذه الأحكام الإلهية لدى كل الجماعات القديمة، سواء من ظلت منها على نظام الفطرة في دائرة القبيلة، أو التي انتقلت منها إلى نظام المدينة كما حدث في مصر واليونان وروما القديمة، فكان الحاكم على رأس المدينة يتولى السلطة العامة فيها ويقوم بصفته الرئيس الديني بالعبادة العامة فيقدم القربان للآلهة باسم المدينة وكانت وظيفته أن يتلقى وأعوانه من الكهنة الحكم الإلهي عند الفصل في المنازعات.

1- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٦٢-٦٣.

المطلب الثاني

تطبيقات الأحكام الإلهية لدى الجماعات القديمة

أولاً: الأحكام الإلهية في مصر الفرعونية:

كان الدين لدى قدماء المصريين متغلغلاً في كل مرافق الحياة، ولما كانت الفكرة القانونية تختلط بطبيعة الحال بالعقيدة الدينية كانت القوانين عندهم من وضع إله القانون "تحوت" وكانت "معات" إلهة العدل هي التي تشرف على تطبيق القانون ويتولى كهنتها وظيفة القضاء فيبلغون الأحكام الإلهية للناس.

وازدادت هذه الفكرة وضوحاً في القرن الحادي عشر قبل الميلاد في عهد الأسرة العشرين عندما طغى نفوذ رجال الدين وعلى الأخص كهنة الإله آمون، حيث كان يجري العمل في القضاء على استفتاء هذا الإله بأن يؤتى بالمتهم أمام تمثاله ويسأل رئيس الكهنة الإله إذا كان المتهم مذنباً أو بريئاً فيحرك الإله رأسه بالنفي أو الإيجاب أو يمسك بإحدى يديه كتاب الاتهام أو كتاب الدفاع، وكان يجري ذلك بطبيعة الحال بطريقة آلية بمعرفة الكهنة[1].

ثانياً- الأحكام الإلهية في بلاد الرافدين:

كانت تفتتح المدونات القانونية في بلاد الرافدين وتختتم بالتركيز على أن آلهة بابل هي التي بعثت الملوك وكلفتها بإقامة العدل بين الناس، وأن من يحاول تخريب أو تحريف نصوص المدونات ستصب عليه الآلهة لعناتها وبدا واضحاً أن إله بابل "مزرك" وإله بابل "شماس" هما القائمان على القانون وعلى الإيحاء به وحمايته[2].

ونجد الأمر نفسه لدى كل من اليونانيين واليهود وعرب الجاهلية، وبشكل عام كان الكهنة- وهم رجال الدين- يستطلعون رأي الآلهة بطرق تختلف باختلاف الشعوب ولكنها تنتهي جميعاً إلى فكرة واحدة وهي أن إرادة الآلهة هي صاحبة الشأن في تدبير

1- د. عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - ص٦٣، د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٤٧.

2- د. المرصفاوي- أصول النظم القانونية- ص٤٧.

الأمور وتسيرها، وكانت الشعوب تحتكم إلى الآلهة إذا أعوزها دليل يدين المتهم فكانت تلجأ إلى طريقة المحنة وذلك بإلقاء المتهم في الماء أو في النار فإذا نجا فهذا دليل على أن الآلهة قد قضت ببراءته من التهمة وإذا غرق أو التهمته النار فهذا دليل على أنه مذنب وأن الآلهة قد قضت بأمرها فيه، وتقوم هذه الطريقة على الإيمان بأن الآلهة تقف في جانب الحق[1].

المبحث الثاني

دور رجال الدين في نشأة القاعدة القانونية

يتضح لنا هذا الدور من خلال معرفة الأسباب التي دعت الناس إلى اللجوء إلى رجل الدين في سبيل فض المنازعات بينهم، بالإضافة إلى بيان أسباب ارتباط القانون بالديانة.

المطلب الأول

أسباب الاحتكام إلى رجال الدين

يمكن أن نرجع أسباب الاحتكام إلى رجل الدين في فض المنازعات إلى الأمور الآتية:

١- الاعتراف للفرد بكيان مستقل داخل الجماعة:

ظهر للفرد- بعد الاعتماد على الزراعة- كيان متميز عن الجماعة فأصبحت له مصالح متميزة عن بقية أفراد الجماعة، الأمر الذي ترتب عليه ظهور اتجاه نحو الاعتراف للفرد داخل المجتمع بحقوق خاصة به، وبدأ الشعور باحترام حقوق الآخرين ينضج في ضمائر الناس، وكان من نتيجة ذلك أن بدأ الناس ينبذون القوة ويفضلون عليها الوصول إلى ما يدعونه من حقوق بوسائل أخرى أهمها الاحتكام إلى رجل الدين[2].

١- د. الترمانيني- الوسيط- ص٥٠-٥١.

٢- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٦٧-٦٨.

٢- ازدياد مكانة رجل الدين:

ظهر رجل الدين خلال هذه الفترة باعتبارهم ممثلي العناية الإلهية بمظهر امتلاك القدرة على الاتصال بالآلهة والتعرف على مشيئتهم وتلقي أحكامهم مما أهلهم للقيام بدور الوسيط بين الآلهة والناس وجعلهم يتولون بهذه الصفة سلطة الفصل في المنازعات بين الأفراد ونتج عن ذلك أن تمتع رجل الدين لدى كثير من الشعوب بمركز مرموق.

٣- تطور الديانة وتأصلها في النفوس:

كان للدين أثر عظيم في النفوس جعل الأفراد ينظرون إلى الحكم الذي ينطق به رجل الدين في النزاع كأنه وحي أو إلهام من الآلهة، بالإضافة إلى أن رجل الدين احتكروا معرفة الطقوس والشعائر الدينية مما جعلهم يحتكرون العلم بالأحكام القانونية - باعتبارها أحكاماً إلهية- وتفسيرها وتطبيقها[1].

المطلب الثاني

أسباب ارتباط القانون بالدين

يعود ارتباط القانون بالدين لدى المجتمعات القديمة إلى سببين:

أولاً- السبب الاجتماعي:

إنَّ الشعوب القديمة كانت عاجزة عن إدراك أن القانون ينشأ بطريقة تلقائية تحت تأثير البيئة وتصوروا أن الإنسان عاجز عن خلق القواعد القانونية التي تضبط السلوك في المجتمع ونظروا إلى هذه الظاهرة القانونية نظرتهم ذاتها إلى ظواهر الكون الطبيعية المحيطة بهم ونسبوا كل هذه الظواهر التي يجهلون مصدرها إلى القوى غير المنظورة التي تحكم الكون وهي الآلهة[2].

يضاف إلى ذلك وجود حالة الشعور بالمساواة الفطرية بين أفراد المجتمع البدائي،

1- د. صقر- مبادئ تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية- بلا تاريخ- ص٥٤-٥٥.

2- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٧٥.

والتي جعلتهم يذهبون إلى أن مصدر الضبط في قواعد السلوك الاجتماعي ينبغي أن يكون خارجاً عنهم، وبعدم تميز أحد عن الآخرين في خلق هذه القواعد، وإلا استطاع كل منهم أن يدّعي قانوناً خاصاً به ويرجع المجتمع عندئذ إلى عهد الاحتكام للقوة، فلذلك لم يجدوا مناصاً من الرجوع إلى قوة تفوقهم جميعاً وهي الآلهة التي تمثلت بالظواهر الكونية وغيرها من صور التأليه البدائية.

ثانياً- السبب النفسي:

يرجع هذا السبب إلى ما كان للدين من سلطان عظيم في النفوس في ذلك العهد حيث كان الناس يمتثلون لما تأمر به الديانة دون مناقشة، بالإضافة إلى أن رجال الدين أنفسهم كانوا يتصورون أنهم مجرد أداة طيّعة في يد الآلهة تنقل عن طريقهم ما تشاء من أوامر وتعليمات[1].

المبحث الثالث

صور القواعد المطبّقة من قبل رجال الدين

طرأ على القاعدة القانونية خلال هذه المرحلة تطورات متعاقبة، حيث انتقلت من صورة "الأحكام الإلهية" التي اتخذتها في بادئ الأمر إلى صورة "السوابق الدينية أو القضائية"، ثم انتهى بها المطاف إلى أن أصبحت "تقاليد دينية" ويجمع بين هذه الصور الثلاث المصدر الإلهي الذي كانت تنسب إليه القاعدة القانونية.

المطلب الأول

الأحكام الإلهية

كانت العدالة في هذه المرحلة- كما قلنا- تولد مصادفة بمناسبة صدور الأحكام دون أن يكون لها أي وجود مسبق تجسده نصوص القانون، وكان الحكم الإلهي الذي

1- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- ج1- ص75.

تتجسد فيه العدالة يصدر في كل نزاع على حدة ولم يكن يسري على الحوادث المماثلة للحادث الذي صدر من أجله، ولذلك كان القاضي في حاجة دائمة إلى استطلاع رأي الآلهة بصدد كل قضية تعرض عليه[1]، ومن ثم لم تكن تلك القواعد تتصف بصفتي العمومية والتجريد اللتين تعدان اليوم صفتين لازمتين لاعتبار القاعدة قاعدة قانونية بالمعنى العلمي الدقيق وقد جرى التطور نحو العمومية والتجريد في المراحل اللاحقة[2].

المطلب الثاني

السوابق الدينية أو القضائية

لما كانت المجتمعات البدائية مجتمعات بسيطة وخالية من التعقيد كان من الطبيعي أن يتكرر وقوع الحوادث المتشابهة باطراد ملحوظ وقد ترتب على ذلك أن أصبح الحكم الذي ينطق به رجل الدين متشابهاً أو متحداً في كل نوع من أنواع هذه الحوادث كالسرقة أو القتل أو البيع، وهكذا تكوَّن نوع من العادات العامة أو "السوابق القضائية" وإن كان مصدر القاعدة هو الآلهة وإرادتهم[3]، فقد كان الكهنة عند اللجوء إليهم لإبداء الرأي القانوني ينطقون بما يريدون في صيغ معينة بأسلوب وجيز بليغ ويكون في إلقائها وقع طيب في أسماع الحاضرين، واستقرت تلك العبارات المأثورة بمرور الأيام على شفاه رجل الدين في شكل "صيغ قانونية" لدرجة أن أصبحت الكلمة وصار اللفظ كل شيء في القانون البدائي[4]، وصارت الطقوس والصيغ تنشئ الحق وتحميه بدلاً من القوة وقوانينها[5].

ويرجع تطابق الأحكام في الحالات المتشابهة إلى عدة أسباب:

١- اعتقاد رجل الدين أن الآلهة هي مصدر هذه الأحكام، بالإضافة إلى عدم تصورهم

1- د. صقر- مبادئ تاريخ النظم- ص٥٦-٥٧.

2- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٥٢.

3- د. صقر- مبادئ تاريخ النظم- ص٥٨.

4- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٥٣.

5- د. أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٧٠-٧١.

قدرتهم على خلق القواعد القانونية فسيطرت عليهم فكرة الالتزام بأحكامهم السابقة خشية غضب الآلهة وسخطهم عليهم إذا حادوا عنها.

٢- موافقة تطابق الأحكام مع الطبيعة الإنسانية التي تميل إلى السير على ما هو مألوف ومعروف، والنفور من التجديد أو التغيير.

٣- بقاء القاضي أو رجل الدين مصدراً للسلطات المدنية الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية مما ييسر عليه الاحتفاظ في ذاكرته بالأحكام الملهمة وتطبيقها على الحوادث المتشابهة.

المطلب الثالث

التقاليد الدينية

وصل القانون إلى نهاية تطوره في تلك الفترة عندما اكتسبت العادات العامة أو السوابق الدينية بمرور الزمن قداسة خاصة، وأخذت تنتقل من السلف إلى الخلف عبر الأجيال المتعاقبة في صورة عبارات موجزة بليغة وصيغ محددة تعيها الذاكرة حتى رسخت في نفوس الشعوب، وأصبحت تحتل المكانة نفسها التي تشغلها القوانين بالنسبة للشعوب المعاصرة، وقد زاد من قوة هذه العادات وقداستها مرجعيتها الإلهية على الرغم من تمثلها بقواعد مجردة بعيدة عن الملابسات والظروف الداعية إلى وجودها أو صياغتها، وهذه التقاليد لم ترق بعد إلى مستوى القواعد العرفية لأنها ما زالت تستمد قوتها من صفتها الدينية ومن المصدر الإلهي المنسوبة إليه، وليس من الشعور العام بوجود جزاء يترتب على مخالفتها[1].

١- د. صقر- مبادئ تاريخ النظم- ص٥٨-٦١.

المبحث الرابع

آثار النشأة الدينية للقانون

ترتب على نشأة القانون على يد رجل الدين عدة آثار نذكر أهمها فيما يلي:

أولاً- اختلاط قواعد القانون بقواعد الدين:

ما دام رجل الدين قد ادعوا أن مصدر كل من قواعد القانون وقواعد الديانة واحد وهو الوحي الإلهي، فإن الخلط بين هذين النوعين من القواعد يصبح كثير الوقوع، فالعديد من المخالفات القانونية تعتبر في الوقت ذاته مخالفات دينية، فمن يقتل شخصاً يرتكب جريمة في نظر القانون وإثماً من الناحية الدينية، وما دام القانون من صنع رجل الدين فقد كان من الطبيعي أن تكون القواعد القانونية تهدف إلى تأكيد الأهداف الدينية وتحقيقها، وترتب على ذلك أن أصبح الجزاء الذي يوقع على من يخالف قاعدة قانونية جزاءً دينياً يتمثل ببعض الوسائل التي ابتدعها رجل الدين حتى يضمنوا احترام المتخاصمين لأحكامهم ومنها "الطرد من حظيرة الديانة" أو "استنزال لعنة الآلهة".

ثانياً- الطابع الديني لوسائل الإثبات:

أخذت وسائل الإثبات طابعاً دينياً ولذلك كان الالتجاء إلى المحنة وسيلة رئيسة في هذا المجال عند انعدام الدليل تأسيساً على أن الآلهة ستظهر رأيها بالوقوف إلى جانب صاحب الحق.

ثالثاً- الأساس الديني لسلطة الحاكم:

لم تعرف معظم الشعوب القديمة المبدأ الديموقراطي الذي يرد السيادة إلى الشعوب بل كانت ترجعها إلى الديانة، فأساس سلطة الحاكم هو كونه إلهاً بين البشر أو ممثلاً للآلهة أو مفوضاً منها في حكم الشعب، فالشعب لا يختاره ومن ثم لا يستطيع محاسبته وهو لا يحكم باسم الشعب، وتنصيبه حاكماً تم من قبل الآلهة فهو يؤدي أمامها حساباً عن أعماله.

رابعاً- جمود القانون:

ترتب على الأصل الديني للقانون عدم جواز تعديله إلا عن طريق الديانة نفسها ومن ثم لا يجوز نسخ تشريع صادر عن الآلهة إلا بتشريع مماثل من ذات السلطة الدينية ذاتها، ومن ثم اتصفت أحكام القانون بالثبات وعدم التطور حتى لو تطورت مختلف الظروف التي تحيط بالمجتمع.

خامساً- السرية:

لما كان القانون مختلطاً بالدين فإنه كان يخضع من حيث الحفاظ عليه للأسس نفسها التي تخضع لها الديانة فيظل مثلها سراً مكنوناً في صدور الكهنة أو مدوناً في سجلاتهم حتى لا يعتوره التعديل أو التبديل والتحريف.

سادساً- سن المحرّمات:

لما قويت شوكة رجال الدين سنُّوا المحرمات- أي الأفعال التي يحرمها الدين- فحرموا القتل في أوقات معينة، واعتبروا بعض الأفعال محرمة كالزنا وحددوا إقامة الشعائر الدينية في فصول معينة من السنة وبذلك تأيدت القاعدة القانونية بالنهي والتحذير، وكان الجزاء المؤيد لها هو التكفير بالصوم أو التطهير بتقديم القرابين[1].

1- د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - جـ١- ص٧٦-٨١، د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٥٩-٦٤، د. صفر- مبادئ تاريخ النظم- ص٦١-٦٦، د.الترمانيني- الوسيط- ص٥٥.

ملخص الفصل الثاني

تعتبر الأحكام الإلهية الصورة الأولى التي ظهرت فيها القاعدة القانونية.

القانون في العصور الأولى إرادة إلهية تصدر في كل قضية على لسان رجل الدين.

وجدت تطبيقات للأحكام الإلهية عند أغلب الشعوب القديمة كمصر الفرعونية وبلاد الرافدين واليونان واليهود وعرب الجاهلية.

من أسباب الاحتكام إلى رجال الدين في فض الخصومات: ١- الاعتراف للفرد بكيان مستقل داخل الجماعة، ٢- مركز رجال الدين المرموق، ٣- تطور الديانة وتأصلها في النفوس.

من أسباب نسبة القانون للديانة، سبب اجتماعي يعود إلى عجز الشعوب القديمة عن إدراك أن الإنسان قادر على خلق القواعد القانونية، وسبب نفسي يرجع إلى تأصل الدين وعِظَم سلطانه في النفوس.

من صور القواعد التي طبقها رجال الدين: ١- الأحكام الإلهية ٢- السوابق الدينية أو القضائية ٣- التقاليد الدينية.

من أهم آثار النشأة الدينية للقانون:

١- اختلاط قواعد القانون بقواعد الدين ٢- الطابع الديني للإثبات، ٣- سلطة الحكم تنبع من الدين، ٤- جمود القانون، ٥- السرية، ٦- سن المحرمات.

أسئلة عن الفصل الثاني

س١- حدد ماهية الأحكام الدينية.

س٢- كيف تجسدت الأحكام الإلهية في مصر الفرعونية؟

س٣- بين أسباب الاحتكام إلى رجال الدين في فض المنازعات في المجتمعات القديمة؟

س٤- ما هي أسباب ارتباط القانون بالدين؟

س٥- عدد صور القواعد المطبقة من قبل رجال الدين، واشرح واحدة منها؟

س٦- عدد أهم آثار النشأة الدينية للقانون، واشرح واحدة منها؟

الإجابة النموذجية للسؤال الأول:

الأحكام الدينية هي إرادة إلهية تصدر في كل قضية على لسان رجال الدين في صورة حكم إلهي يوحى به إلى القاضي عند الفصل في المنازعات.

الفصل الثالث

التقاليد العرفية

الأهداف التعليمية: عند نهاية دراسة هذا الفصل ينبغي أن يكون الطالب قادراً على أن:

١- يبين مفهوم العرف في نطاق تاريخ القانون.

٢- يوضح أسباب ظهور التقاليد العرفية.

٣- يعرف ماهية التقاليد العرفية.

٤- يستعرض نتائج ظهور التقاليد العرفية كمصدر للقانون.

محتويات الفصل الثالث:

المبحث الأول: - أسباب ظهور التقاليد العرفية وماهيتها.

المبحث الثاني: - نتائج ظهور التقاليد العرفية كمصدر للقانون.

ملخص الفصل الثالث

أسئلة عن الفصل الثالث

52

الفصل الثالث

التقاليد العرفية

التعريف بالتقاليد العرفية:

جرى الفقه الحديث على تعريف العرف بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي درج الناس عليها في معاملاتهم جيلاً بعد جيل والتي يشعرون بضرورة احترامها خشية الجزاء الذي يوقع عليهم عند مخالفتها"[1].

أما العرف في مفهوم تاريخ القانون فهو عبارة عن "مجموعة القواعد التي درج عليها الأسلاف وسار عليها الناس جيلاً بعد جيل، وتتميز قواعده بأنها كانت شفوية في الأصل".

فالعرف في دراستنا ينظر إليه باعتباره مصدراً للقانون في تلك المرحلة التي ابتعدت خلالها المجتمعات القديمة عن استيحاء القانون من لدن الآلهة واللجوء إلى البحث عما استقرت عليه ضمائر الجماعات كقواعد للسلوك[2].

المبحث الأول

أسباب ظهور التقاليد العرفية وماهيتها

لم تظهر التقاليد العرفية تلقائياً، بل استدعتها ظروف جدت على المجتمع القديم، وهذه الظروف شكلت الملامح الأساسية لهذه التقاليد.

1- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- ج١- ص١٠٦.

2- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٧٣.

المطلب الأول

أسباب ظهور التقاليد العرفية

يمكن أن نرجع أسباب ظهور التقاليد العرفية إلى الأمرين الآتيين:

أولاً- انفصال السلطتين الزمنية والدينية عن بعضهما:

جاء ظهور العرف -كمصدر للقانون- نتيجة لانفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية، وهذا الانفصال حدث بدوره نتيجة للتطور الاجتماعي والاقتصادي والديني في المجتمع، وقد حدث هذا التغيير بطريقة سلمية لدى بعض الشعوب، أو وليد ثورة أو انقلاب لدى بعضها الآخر.

وشمل هذا التغيير الديانة نفسها فانتقلت السلطة الزمنية من أيدي رجل الدين إلى غيرهم في المجتمع[1]، مما أدى إلى انحسار دور رجل الدين في صناعة القانون حيث بدأت طبقات اجتماعية جديدة تنافس رجل الدين على السلطة السياسية في المجتمعات حتى استطاعت تلك الطبقات الوليدة الوصول إلى السلطة السياسية على حساب رجل الدين[2].

ثانياً- التطور الاقتصادي والاجتماعي للمجتمعات:

لما انتقلت المجتمعات إلى مرحلة الزراعة ومن ثم نشأت المدينة، اقتضى هذا التطور ظهور قواعد تنظم علاقات الأفراد في معاملاتهم المستجدة تستمد قوتها من الرأي العام الذي يمثل الإرادة المشتركة في الجماعة، وفيها تنعكس عقائدها ومبادئها الأخلاقية، فمن يخرج على هذه القواعد فإنه يخرج على رأي الجماعة فترتد عليه وتلزمه باتباعها أو تخرجه من حظيرتها[3].

1- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٠٧.

2- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٧٥- ٧٦.

3- د. الزرقاني- الوسيط- ص٥٨.

المطلب الثاني

ماهية التقاليد العرفية

لما تطورت الظروف الاقتصادية، ازدادت المعاملات بين أفراد الجماعة الواحدة أو بين الجماعات المختلفة، وهذه التطورات الجديدة اقتضت ظهور قواعد سلوك تنظم علاقات الأفراد في معاملاتهم المتعددة والمتجددة، وهذه القواعد تستمد قوتها من الرأي العام الذي هو الإرادة المشتركة في الجماعة، وهكذا ظهرت قاعدة الوفاء بالعهد بين التجار في معاملاتهم التجارية ومصدرها الإرادة المشتركة للتجار، وبمرور الأيام وتعدد علاقات التعامل وتشابك المصالح اقتضت الظروف الجديدة ظهور قواعد سلوك جديدة، فتبحث الجماعة أولاً في القواعد القائمة والموجودة من قبل، ولكنها لا تجد ما يحكم الوقائع الجديدة، وفي الوقت نفسه نعلم أن أفراد الجماعة قد ابتعدوا عن رجل الدين، وهكذا لا يصبح أمام الأفراد إلا أن يضعوا التنظيم الجديد للسلوك بأنفسهم، وهكذا تبدأ قواعد سلوك جديدة في الظهور ويبدأ الأفراد بالسير بمقتضاها وبتطبيقها في معاملاتهم مما يؤكد على مر الزمن الشعور بإلزام هذه القواعد، والإلزام هنا لا يرجع إلى سلطة عليا سواء دينية أو غيرها، وإنما ينشأ لدى أفراد الجماعة شعور بأن المصلحة المشتركة تتطلب السير على هدى تلك القواعد الجديدة[1].

أصبح القضاة- مع نشوء العرف- لا يدَّعون الإلهام فيما ينطقون به من أحكام وإنما يستندون إلى قواعد العرف القائمة ولكنهم كانوا من طبقة الأشراف أو رجل الدين ومن تلك الأقلية التي استأثرت بالحكم، وكانوا وحدهم حفظة التقاليد العرفية ومفسريها فاحتكروا المعرفة القانونية، وفسروا العرف وطبقوه بما تمليه عليهم نزعتهم الطبقية[2].

وقد كان العرف مع ذلك في مرحلته الأولى مصبوغاً بالطابع الديني الذي ساعد على توفير الركن المعنوي في العرف، إذ غلب على القواعد القانونية في ذلك الوقت

1- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٧٤-٧٥.

2- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ النظم- ص٦٩.

كونها ضرباً من التقاليد التي ترعاها الآلهة، ولم ينفصل القانون عن الدين نهائياً إلا في مراحل متقدمة من تاريخ البشرية[1].

المبحث الثاني

نتائج ظهور التقاليد العرفية؟

ترتب على ظهور العرف كمصدر للقانون نتائج مهمة نعرض أهمها فيما يلي:

أولاً- تعدد مصادر القاعدة القانونية وعلانيتها:

لم تعد الديانة- بعد ظهور العرف - المصدر الوحيد للقاعدة القانونية، فقد انحصرت في نطاق ضيق واقتصرت على تنظيم العلاقات الاجتماعية التي تمس الدين كالزواج والطلاق وآثارهما، أما العرف فقد اتسع نطاقه باتساع العلاقات الناجمة عن النشاط الاقتصادي[2] ولم تعد القاعدة القانونية سراً مكنوناً في صدور الكهنة، أو مدونة في سجلاتهم بل أصبحت قاعدة معروفة لكل أفراد المجتمع، ذلك أن القاعدة العرفية لا تكون كذلك إلا إذا درج الناس عليها في معاملاتهم اليومية زمناً طويلاً[3]، على الرغم من تعدد القاعدة القانونية وعلانيتها، فإن واقع احتكار صناعة القانون وتفسيره وتطبيقه بواسطة فئة محدودة من الناس أو طبقة معينة من المواطنين قد بقي دون تغيير.

ثانياً- تغير طبيعة الجزاء:

أصبح الجزاء دنيوياً بعد أن كان دينياً بحتاً، وهكذا أصبح الجزاء بعيداً عما كان معروفاً من قبل من خشية الغضب الإلهي ليظهر بصورة مادية محسوسة توقعه السلطة العامة في المجتمع سواء كان الجزاء بدنياً أو مالياً[4].

1- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٧٥.

2- د. الترمانيني- الوسيط- ص٦١.

3- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٧٣.

4- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٨٠-٨١.

ثالثاً- مرونة القانون وقابليته للتعديل:

لما كان القانون قد أصبح مجموعة من التقاليد التي درج الناس عليها جيلاً بعد جيل، نتج عن ذلك أن أضحى القانون قابلاً للتعديل كلما تغيرت الظروف المحيطة بالمجتمع، فالعقل البشري الذي خلق القاعدة القانونية قادر على تعديلها وإلغائها طالما أن الحاجة التي دعت إلى وجودها قد تغيرت أو اختفت[1].

رابعاً- تغير وسائل الإثبات والتنظيم القضائي:

أضحى القاضي المدني في ظل التقاليد العرفية يبحث عن الحقيقة بعيداً عن الغيبيات، فالأدلة لم تعد ذات طابع ديني بل ذات طابع مدني دنيوي، وهكذا بدأت شهادة الشهود تحل محل فكرة "المحنة" القديمة، وأعطت التطورات الجديدة سلطة عقلية كبيرة للقاضي في تقدير الأدلة ووسائل الإثبات، خصوصاً في المسائل المدنية والمعاملات التجارية ومن ثم نستطيع القول بأن وسائل الإثبات قد أصبحت عقلية بعد أن كانت غيبية، كما صارت مدنية بعد أن كانت دينية.

وقد صاحب ذلك ظهور القضاء الدنيوي الذي يجلس فيه على منصة القضاء قضاة متخصصون مدنيون ولم تعد المعابد مقراً للفصل في المنازعات وإنما اتجهت المجتمعات إلى تخصيص أماكن خاصة لذلك[2].

المحاكم

1- د. صقر- مبادئ تاريخ النظم- ص٧٣.

2- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٨٢-٨٣.

الفصل الرابع

تدوين القانون وأشهر المدونات القديمة

يطلق الفقهاء على "كتابة القواعد القانونية وتجميعها" مصطلح التدوين، واصطلاح مدونة يعني في المفهوم المعاصر "تجميع القواعد التشريعية أو التنظيمية التي تحكم الموضوعات المكوِّنة لأحد فروع النشاط الاجتماعي"[1]. وسنتناول بالبحث دراسة تدوين القانون ونعقبه بمعرفة أهم المدونات القانونية القديمة.

المبحث الأول

تدوين القانون

ينصب اهتمامنا على مدى اعتبار التدوين مرحلة من مراحل نشأة القانون، وتبيان الفروق بين المدونات الرسمية والمدونات العرفية، وإيضاح أسباب التدوين ودواعيه، وإبراز قيمة المدونات القديمة ومميزاتها.

المطلب الأول

طبيعة التدوين وأنواعه

هل التدوين مرحلة من مراحل القانون أم شكل من أشكاله؟

أولاً- طبيعة التدوين:

ثار التساؤل حول ما إذا كان التدوين مرحلة من مراحل نشأة القاعدة القانونية، أو أنه مجرد تجسيد للقاعدة القانونية التي كانت موجودة من قبل في صورتها الشفهية فظهرت للمخاطبين بها في صورة مكتوبة.

فقد ذهب بعض العلماء إلى أن هذه المجموعات القانونية المدونة تعتبر مرحلة من مراحل التطور القانوني وصلت إليها الشرائع في الجماعات القديمة بعد تطورات

1- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٨٧.

عديدة[1]، فهي صورة من صور تدخل المشرع في صناعة القانون، فالتدوين هو تش
بمفهومه الفقهي أي "إصدار النصوص القانونية من هيئة تشريعية أي من سلطة قا
تسن القوانين في البلاد"، ويرون أن المدونات القديمة كانت في حقيقتها عملاً تشري
بالمعنى العلمي الدقيق لهذا المصطلح، ففي كثير من الأحيان كانت المدونات القديمة تق
النص لتحسم خلافاً قديماً حول حكم معين، أو لإزالة الغموض الذي قد يكتنف إحد
القواعد القانونية، أو لتوحيد الحكم في مسألة معينة بعد تعدده في الأعراف والعادا
المحلية أو باستحداث نصوص لم يكن لها مثيل من قبل.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أنه لا يصح القول بأن التدوين هو مجرد كتابة
للقواعد الدينية أو العرفية التي كانت موجودة من قبل في نفس المجتمع إذ من الثابت أن
العديد من المدونات القانونية قد نقلت عن مدونات أخرى أجنبية كمدونة "الألواح
الاثني عشر" الرومانية التي نقلت عن مدونة "صولون" اليونانية[2].

وفي المقابل ذهب كثير من العلماء -وهو الرأي الراجح- إلى أن التدوين لا
يعتبر مرحلة جديدة من مراحل نشأة القانون، فالقاعدة القانونية اكتملت خصائصها منذ
عصر التقاليد الدينية، وانفصلت عن القاعدة الدينية منذ عصر التقاليد العرفية، وما إن
اهتدت الشعوب إلى الكتابة حتى بدأت في تدوين أوجه نشاطها الحضاري المختلفة ومن
بينها القانون، وعلى الرغم من أن اكتشاف الكتابة كان حدثاً مهماً في تاريخ البشرية فإن
ظروف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية لم يَجُدّ فيها جديد يغير من طبيعة القاعدة
القانونية وخصائصها، فالظروف التي سادت قبل التدوين هي بعينها التي استمرت قائمة
في أثناء التدوين وبعده[3].

1- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص١٩.

2- د. المرصفاوي - أصول النظم - ص٨٨ -٨٩.

3- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٢١٢٥ وشايعه في هذا الرأي كثير من علماء تاريخ القانون العرب مثل د. صقر- مبادئ تاريخ القانون- ص٧٧، د. محمود السقا- فلسفة وتاريخ النظم-

ثانياً- أنواع المدونات القانونية:

لم يكن تدوين القانون ظاهرة مقصورة على شعب دون آخر بل كان ظاهرة عامة في الشرق والغرب على حدٍ سواء بمجرد أن اهتدت الشعوب إلى الكتابة بعد أن وصلت إلى درجة معينة من الحضارة، فبعض الشعوب وصلت إلى هذه الدرجة في الوقت الذي استقر فيه قانونها في صورة تقاليد دينية مثل الهنود واليهود وبعضها الآخر وصل إليها بعد أن ظهر قانونها في صورة تقاليد عرفية مثل أثينا وروما وبابل وهذه هي المدونات الرسمية.

أما بعض الشعوب فقد دوَّن قانونه في سجلات من وضع الأفراد المهتمين بالقانون ولم يصدر به تشريع من السلطة الحاكمة، فأخذ صورة السجلات العرفية كما حدث بالنسبة للآشوريين والحثيين، ومع ذلك جرى الباحثون على إطلاق تعبير "مدونة" على هذه السجلات، وتمييزاً لها عن المدونات الرسمية دعيت بالمدونات العرفية، ولذلك يجب علينا ألا نخلط بين التدوين والتشريع، فالتدوين إرتبط في وجوده بالكتابة ولكنه قد يحدث عن طريق التشريع وقد يحدث عن طريق غيره والتشريع وإن كان يرتبط في الأذهان بوجود الكتابة، أي يصدر من السلطة في صورة قواعد قانونية مكتوبة، إلا أنه في الواقع لا ارتباط بينهما فهو يرتبط بوجود التنظيم السياسي في المجتمع وليس بالكتابة فهو قد ظهر كمصدر للقانون قبل ظهور نظام الدولة وقبل ظهور الكتابة في صورة أوامر ملزمة صادرة عن أرباب الأسر وشيوخ القبائل، وما زالت بعض القبائل مثل قبائل الزولو في إفريقية التي تجهل الكتابة ومع ذلك لديها تشريع يصدر من الملك[1].

ص٨١، د. عادل بسيوني- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية- دار النصر للتوزيع والنشر- ١٩٩٥- ص٨٧.

1- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٢٥- ١٢٦.

المطلب الثاني

أسباب التدوين

يمكن إرجاع أسباب التدوين ودواعيه إلى عدد من الأمور نذكرها فيما يلي:

أولاً: ظهور الكتابة:

إن انتشار الكتابة سبب بديهي للتدوين لأنه بدون الكتابة لا يكون التدوين وقد قامت الشعوب القديمة باستخدام الكتابة في التعبير عن قوانينها، باعتبار القانون أحد مظاهر الحضارة لدى تلك الشعوب[1].

ثانياً: تعدد القضاة:

بدأ المجتمع يشعر بحاجته إلى تدوين قانونه بعد أن اتسعت رقعة الدولة وازداد عدد سكانها، إذ يستحيل في هذه الحالة انفراد شخص واحد بالقيام بوظيفة القضاء في المجتمع لذلك يتعدد القضاة ولا بد حينئذٍ من وجود قواعد قانونية موحدة يطبقها القضاة المتعددون، وأيسر سبيل لذلك هو تدوينها.

ثالثاً: حفظ القواعد القانونية من التحريف والتبديل:

اعتمدت الشعوب قبل الكتابة على ذاكرة الشيوخ في معرفة التقاليد القانونية السائدة، الأمر الذي يعرّضها للنسيان أو التحريف والتبديل ولذلك كانت الكتابة خير وسيلة لتجنب ذلك[2].

رابعاً: توحيد القواعد القانونية وتعميم تطبيقها:

إن تدوين القانون هو الوسيلة الفعالة ليس فقط لإثبات القواعد الواجبة التطبيق بل لضمان تعميمها ووضع حد لما قد يثور من خلافات حول وجودها وحول تفسيرها، فلا تكون عرضة لتغيرها أو تفسيرها طبقاً لأهواء القائمين على تطبيق القانون الأمر الذي يكفل احترامه[3].

1- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٩٠.

2- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٢٦-١٢٧، د. صقر- مبادئ تاريخ النظم- ص٧٩، د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٩٣-٩٤.

3- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٢٧.

خامساً: نشر القانون وعلانيته:

إن تدوين القانون يضمن عدم استئثار العلم به من قبل طائفة معينة من الناس تطبقه وتفسره طبقاً لأهوائها ومصالحها الطبقية، وقد كان نشر القانون سبباً رئيساً لتدوينه لدى الإغريق والرومان، وكان خطوة مهمة في سبيل تحقيق انفصال السلطتين الزمنية والدينية عن بعضهما وانفصال القانون عن الدين[1]، ولعل ضمان علانية القانون يفسر لنا الشعبية الجارفة التي قوبلت بها المدونات القديمة[2].

سادساً: إظهار سلطة الحكومات الوليدة:

بعد أن اشتد ساعد الحكومات الوليدة كان من المنطقي أن تظهر بمظهر من يعطي الشعب قانونه وبهذا تؤكد سلطانها وفي الوقت نفسه تقضي على الأعراف الصغيرة المتفرقة وتضمن حسن سير العدالة في البلاد[3].

سابعاً: الصراع الطبقي:

ظهر هذا الصراع بين طبقة الشعب والطبقة الحاكمة بظهور المدينة، ولذلك كان نضال طبقة الشعب عاملاً أساسياً لتدوين قوانين أثينا وروما، وكان مرد ذلك يقظة العامة ومطالبتهم بتدوين القانون تحت تأثير بعض العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية[4].

المطلب الثالث

قيمة المدونات القديمة ومميزاتها

أولاً: قيمة المدونات القديمة: إلى ماذا ترجع قيمة المدونات؟

لا ترجع أهمية المدونات القانونية القديمة إلى دقة صياغتها أو حسن تبويبها، فقد كانت بعيدة عن ذلك، ولا ترجع إلى أنها تقنين أو تجميع شامل لكل التقاليد القانونية

1- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٢٧.

2- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٩٥.

3- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٩٢.

4- د. الترمانيني- الوسيط- ص٦٦-٧٠.

السائدة وقت وضعها لأن معظم المدونات القديمة لم تكن تستهدف هذا الغرض، ترجع قيمة هذه المدونات إلى أنها تعطينا صورة صادقة وأمينة لحالة المجتمع الذي ظهر فيه من النواحي جميعاً (وفي حدود المعلومات المستقاة من المدونات)، وتاريخ صدور المدونات يدلنا على الزمن الذي وصلت فيه هذه المجتمعات إلى هذه الدرجة من الحضارة ويدلنا صدورها على أن القانون قد جاوز المرحلة التي كان فيها سراً مكنوناً في الصدور أو مدوناً في سجلات تحاط بسياج من السرية والكتمان[1].

ثانياً: مميزات المدونات القديمة:

تتميز المدونات القديمة بعدة أمور أهمها:

١- من حيث الصياغة:

صيغت أحكامها بأسلوب موجز يكاد يكون شعرياً، في جمل شرطية تبدأ كل منها بأداة الشرط "إذا، لو" وتنتهي بجواب الشرط حيث يظهر الحكم وجزاؤه، ويظهر اهتمام هذه الصياغة بالفروع والحلول الجزئية، ومن النادر احتواؤها على مبادئ وأصول عامة.

٢- من حيث المضمون:

اختلفت المدونات تبعاً لحالة الشعب الذي صدرت عنده، فبعضها اقتصر على القواعد القانونية وحدها ولم يتعرض للدين أو الأخلاق إلا نادراً، نظراً لبلوغ المجتمع مرحلة انفصال القانون عن الدين مثل الرومان والإغريق، وبعضها احتوى خليطاً من القواعد القانونية والأخلاقية والدينية، لأن المجتمع كان يعيش في ظل التقاليد الدينية مثل الهنود واليهود، وبعضها لم يكن تقنيناً شاملاً لكل القواعد القانونية السائدة وقت وضعها، بل اقتصر على بعضها سواء لإيضاحها أو لوضع حد لما يثور من خلافات حول تفسيرها، وتركت القواعد المستقرة الواضحة إلى العرف مثل قانون الألواح الاثني عشر، وبعضها اشتمل على كل قواعد السلوك في المجتمع مثل قانون "مانو" الهندي.

وقد اهتمت معظم المدونات بإجراءات التقاضي وخصصت مكاناً كبيراً لنظم

١- د. صوفي أبو طالب-تاريخ النظم- جـ١- ص١٢٧.

القانون الجنائي. ومعظم المدونات القانونية كانت تسجيلاً للتقاليد القانونية السائدة وقت صدورها أو وصفاً للعرف الجاري، غير أن المدونات التي أصدرها المشرعون اشتملت أيضاً على بعض الأحكام الجديدة أو تعديل بعض ما كان قائماً من أحكام.

٣- من حيث مدى احترام الناس لها:

اكتسبت القواعد القانونية التي تضمنتها المدونات القديمة قدراً كبيراً من الاحترام، ولا يرجع هذا الاحترام إلى خوف الناس من الجزاء الذي يقع عليهم عند مخالفتهم إياها، بقدر ما يرجع إلى الظروف التي أحاطت بصدورها، فبعضها صدر عن الآلهة "قانون مانو الهندي" وبعضها صدر عن مصلح اجتماعي مشهور أو زعيم سياسي ذائع الصيت "مدونة حمورابي- مدونة صولون"، وبعضها كان نتيجة أحداث سياسية واجتماعية هامة، فكان الشعب يبالغ الحرص في احترامها (قانون الألواح الاثني عشر) ولذلك حرص المشرعون اللاحقون على نسبة ما يصدرونه من تشريعات جديدة إلى تلك المدونات السابقة، حتى تكتسب تشريعاتهم القدر ذاته من الاحترام، ومن ناحية أخرى حرص الشراح تحت ستار التفسير على أن ينسبوا إلى هذه المدونات كل ما يَجدُّ في المجتمع من قواعد نتيجة لتطور ظروف المجتمع أو للاجتهادات الفقهية والقضائية[1].

المبحث الثاني

أهم المدونات القانونية القديمة

كان الشرق أسبق في تدوين الأعراف وسن القوانين من الغرب لسبق ظهور الكتابة فيه وتقدمه على الغرب في المدنية والعمران، فأقدم المدونات القانونية في الشرق يرجع إلى أكثر من ١٥٠٠سنة قبل الميلاد، بينما لا يرجع أقدم المدونات في الغرب إلى أكثر من ٧٠٠سنة قبل الميلاد وسنقتصر فيما يلي على دراسة أهم المدونات القديمة في الشرق والغرب.

1- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٢٨-١٢٩، د. المرصفاوي- أصول النظم- ص٩٦-١٠٠.

المطلب الأول

المدونات الشرقية

تعتبر قوانين حمورابي البابلي ومانو الهندي وبوكخوريس الفرعوني من أهم المدونات الشرقية ولذلك سنتناول بإيجاز دراسة هذه القوانين موضحين أهم خصائصها ومميزاتها.

أولاً: قانون حمورابي:

١- الملامح العامة لقانون حمورابي:

وضع هذا القانون حمورابي، سادس ملوك بابل وأشهرهم (١٧٩٢-١٧٥٠ق.م) في السنة التاسعة والعشرين من حكمه وقد دوّنه على نصب من حجر الديوريت بالكتابة المسمارية واللغة الأكادية (البابلية) ونقش في أعلاه صورة الإله شمس- ديّان الكون الأعظم- وهو جالس على عرشه يملي على حمورابي أحكام القانون.

ويحتوي القانون على مقدمة تبين أن الغرض منه هو إقرار العدل والسلام ثم تأتي بعدها نصوص القانون وينتهي بخاتمة يحذر فيها من يقدم على تعديله بغضب الآلهة ويصب عليه اللعنات.

ويتألف القانون من ٣٠٠مادة وجد بعضها ممحواً وتبدو مواده قصيرة موجزة وهي تقرر لكل حادثة حكماً، فتبدأ بـ "إذا" ثم تبين الحكم بعد ذلك[1]، فعلى سبيل المثال تقرر المادة الأولى أنه "إذا ادعى إنسان على إنسان واتهمه بالقتل دون أن يثبت ذلك عليه فإن ذلك المدعي يقتل"[2]، فهو من هذه الناحية قانون عملي مرن وهذا ما دعا إلى سعة انتشاره فقد طبقت أحكامه في كل البلاد التي فتحها حمورابي[3].

وقد كان لقانون حمورابي تأثير على كثير من القوانين فنجد أنّ قوانين "عيلام" في عصور استقلالها عن بابل قد اقتبست الكثير من أحكامه، ونجد القانون اليهودي قد تأثر في جانب من أحكامه بهذه المدونة وتأثر القانون الفرعوني بأحكام مدونة حمورابي،

1- د. الترمانيني- الوسيط- ص٧٠-٧١.

2- د. عبد مرعي- قوانين بلاد ما بين النهرين - دار الينابيع- دمشق - ١٩٩٥- ص٥٦.

3- د. الترمانيني- الوسيط- ص٧١.

وقرر عدد من الفقهاء أن أحكام تلك المدونة قد انتشرت لدى عرب الجاهلية قبل الإسلام[1].

٢- خصائص قانون حمورابي وميزاته:

يمكن تحديد أهم هذه الخصائص والميزات بالأمور الآتية:

أ- **لا يعتبر قانون حمورابي تشريعاً دينياً:** فلذلك لا تغلب عليه الصفة الدينية فهو لا يتعرض للعبادات والكهان إلا فيما يتعلق بامتيازات مدنية منحت لبعض طبقاتهم في بعض المعاملات، ومع أن حمورابي كان يمثل الإله شمس في الأرض ويحكم باسمه إلا أنه لم يهتم بالجانب الديني وقصر اهتمامه على الجانب المدني، فهو يريد لشعوب مملكته أن تتوحد ويريد أن تزدهر الزراعة والتجارة فيها.

ب- **اتصاف أحكام القانون بالقسوة:** لأن حمورابي أراد استتباب الأمن في مملكته وهو في بعض العقوبات التي قررها قريب من الوحشية، غير أنه على قسوته كان رحيماً بالضعفاء والمساكين وقد استلهم لحمايتهم من الظلم مبادئ العدل والإنصاف وضمن لهم الحرية والأمن، ومثال على القسوة في الأحكام ما قررته المادتان ٢٩و٣٠ من القانون "إذا بنى بيتاً لإنسان ولكن لم يتقن عمله وسقط البيت الذي بناه وأدى ذلك إلى موت صاحب البيت فإن هذا البنّاء يقتل" "إذا أدى إلى موت ابن صاحب البيت فعلى المرء أن يقتل ابن هذا البناء"[2]، فما هي جريرة ابن البناء في جريمة ارتكبها والده؟.

ج- **عدم المساواة في تطبيق العقوبة:** حيث كان يراعى في تطبيقها الوضع الاجتماعي للمجني عليه فأكدت مدونة حمورابي على تقسيم المجتمع إلى طبقات ورتبت عليه آثاراً قانونية مهمة[3]، فعلى سبيل المثال جاء في قانون حمورابي أن من يعتدي على ابنة أحد أفراد طبقة الأحرار بالضرب وينتج عنه إجهاضها يدفع دية قدرها ١٠شاقل من الفضة،

1- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص١١٥.

2- د. عبد مرعي- قوانين بلاد ما بين النهرين- ص٨٨.

3- د. الترمانيني - الوسيط - ص٧٢، المرصفاوي - أصول النظم - ص١١١-١١٢.

فإذا كانت المجني عليها ابنة أحد أفراد الطبقة الوسطى فإن الدية يكون مقدارها ثلث من الفضة، فإذا كانت المجني عليها من الرقيق فإن الجاني يدفع لسيدها شاقلين من الفضة (المواد ٢٠٩، ٢١١، ٢١٣ من قانون حمورابي)[1].

د- وجود أحكام مختلفة للمسألة الواحدة: لاحظ الباحثون المعاصرون أن مدونة حمورابي قد وضعت أحياناً حكمين مختلفين للمسألة الواحدة، وقد ظهر ذلك غالباً في مسائل الأحوال الشخصية ونظام الأسرة، وعلى سبيل المثال:

- يتم الزواج بموافقة الفتى والفتاة المقدمين عليه (حل أول).
- يتم الزواج بموافقة ولي الفتى وولي الفتاة المقدمين على الزواج (حل ثاني).

- ذهب بعض العلماء في تفسير ذلك إلى أن حمورابي أخذ بقاعدة شخصية القوانين ورأى بعضهم الآخر أن حمورابي وضع الحكمين وترك لأصحاب الشأن الاختيار بينهما بصرف النظر عن الأصل العرقي الذي ينتمون إليه[2].

هـ- ضم القانون مجموعة من الحلول لحالات معينة بذاتها ومختارة لأهميتها: فلم يكن يستهدف قانون حمورابي الحلول محل الأعراف والقوانين السائدة ومن ثم لم يكن مرآة كاملة سواء للأعراف أو للأحكام القانونية جميعها وعلى سبيل المثال تنص المادة ١٩٥ على أنه "إذا ضرب ولد أباه تقطع يده" فنجد أن المادة المذكورة أغفلت الإشارة إلى العقوبة في حالة ما إذا أقدم الابن على قتل والديه أو أحدهما[3].

ثانياً: قانون "مانو" الهندي:

١- الملامح العامة لقانون مانو:

"مانو" هو اسم كان يطلقه قدماء الهنود على الملوك السبعة المؤلهين الذين كانوا يحكمون العالم ويعتقد الهنود أن الإله "براهما" أوحى بهذا القانون إلى أول الملوك

1- د. عبد مرعي- قوانين بلاد ما بين النهرين- ص٨٦.

2- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص١١٣-١١٤.

3- د. السقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص١٢٦-١٢٧.

السبعة، فأبلغه إلى كبار الكهنة لحفظه والعمل به وبقي محفوظاً لديهم يتداولونه شفهياً جيلاً بعد جيل حتى دونت قواعده باللغة السنسكريتية وهي لغة الهنود القدامى.

وقد اختلف المؤرخون في تاريخ وضعه فمنهم من أرجعه إلى القرن الثاني عشر قبل الميلاد، ومنهم من أرجعه إلى القرن الثالث عشر قبل الميلاد وهو الأرجح.

ويتألف هذا القانون من ٢٦٨٥مادة صيغت بأسلوب شعري وصنفت في ١٢ باباً وهي تشتمل كل ما يتصل بسلوك الإنسان من الناحيتين الدينية والمدنية، فمن الوجهة الدينية يبين للإنسان القواعد التي ينبغي عليه اتباعها في عبادته من صلاة وصوم وغيرها، ومن الوجهة المدنية نراه يبين حقوق الملك وواجباته وما ينبغي أن يكون عليه من صفات، وقد راعى القانون القواعد الأخلاقية التي يجب على الناس اتباعها بدقة وإحكام، وجعل لكل ما نص عليه جزاء أخروياً من ثواب وعقاب، وقد قسم المجتمع الهندي إلى أربع طبقات: ١- طبقة الكهنة البراهمة ٢- طبقة الأمراء والمحاربين ٣- طبقة التجار ٤- طبقة العمال، ووجدت طبقة أخيرة هي "المنبوذون" وهم في نظر الطبقات الأخرى نجس يحرم لمسهم والاتصال بهم[1].

٢- خصائص قانون مانو ومميزاته:

يمكن تحديد أهم خصائص قانون مانو ومميزاته الهندي بما يلي:

أ- اختلاط القواعد القانونية بالقواعد الدينية والمبادئ الأخلاقية.

ب- اختلاط الجزاء بعقوبات دنيوية وجزاءات دينية تصيب المذنب أثناء حياته وأخرى بعد وفاته ولا يستطيع اتقاءها إلا إذا قدم كفارات عن ذنبه.

ج- إقرار مبدأ اختلاف الطبقات وتقسيم المجتمع على أساس طبقي ونتج عن هذا التقسيم آثار قانونية مهمة.

د- يأخذ القانون بمبدأ المحاكمة بالمحنة ويفسح مجالاً كبيراً للقطع والقصاص[2].

1- د. الترمانيني- الوسيط- ص٧٣-٧٧.

2- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٧٧-٧٨، د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- ص١٤١-١٤٥.

ثالثاً- قانون بوكخوريس:

١- الملامح العامة لقانون بوكخوريس:

مدونة بوكخوريس هي أشهر مدونة صدرت في مصر الفرعونية، و بوكخوريس " هو أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين (٧١٨ - ٧١٢ق.م) دوَّن قانو دعي باسمه، ويعتبر هذا القانون هو الصورة الأخيرة التي استقر عليها القانون المصر القديم[1].

وقد قام بوكخوريس بجمع الأعراف التي كانت سائدة في مصر كما جمع القوان والأحكام الواردة في المدونات القانونية التي طبقت في البلاد منذ عصور بعيدة، وقا بالتنسيق بين كل ذلك مراعياً التعديل والتهذيب الذي تتطلبه الظروف الجديدة التي أحاطت بعصره، وهادفاً إلى تطبيق فلسفة خاصة في الحكم وفي إحقاق الحق وتطبيق العدالة، ومؤكداً على ضرورة إلغاء النظم الظالمة التي أدخلها الإقطاعيون ورجال الدين على أحكام القانون المصري[2]، ولكن التاريخ لم يحفظ لنا النصوص الكاملة لمدونة بوكخوريس إلا أنه أمكن الوقوف على القانون المصري في عصره عن طريق الوثائق المكتشفة وما رواه قدامى المؤرخين[3].

٢- أهم النظم القانونية في قانون بوكخوريس:

ركزت مدونة بوكخوريس على ثلاثة نظم قانونية:

أ- في مجال الأسرة:

أعاد بوكخوريس للمرأة مركزها القانوني الراقي الذي كانت تتمتع به طوال عصور الازدهار الحضاري والذي حرمت منه في فترات التردي وسيطرة الإقطاع ورجال الدين.

1- د. الترمانيني- الوسيط- ص٧٩-٨٠.

2- د. العرصفاوي- أصول النظم- ص١١٧-١١٨.

3- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٤٠.

ب- في مجال العقود:

أعاد بوكخوريس البريق مرة أخرى إلى النزعة الفردية في المعاملات وأزاح مظاهر تأثير الدين في مجال العقود، وأبعد الشكلية وأعلن مبدأ الرضائية بدلاً منها إلى درجة أن أطلق بعض الإغريق على المدونة تسمية "قانون العقود".

جـ- في مجال القروض والفوائد:

منع بوكخوريس في مدونته الإكراه البدني والتنفيذ على جسم المدين وجعل الذمة المالية للمدين ضامناً للوفاء بالتزاماته، ووضع حداً لسعر الفائدة لا يصح تجاوزه (٣٠٪ بالنسبة للنقود).

٣- استمرارية تطبيق قانون بوكخوريس:

استمرت مدونة بوكخوريس سارية المفعول في مصر تسعة قرون متتالية باعتبارها قانوناً مصرياً خالصاً بلغ آخر مراحل تطوره[1] فهو لم يتطور بعد ذلك إلا بصورة جزئية، وكانت يد الإلغاء والتعديل تمتد إليه من حين إلى آخر، فكل من أمازيس ودارا الفارسي ألغى العمل به وأصدر كل منهما تقنيناً جديداً للقانون المصري ولكنهما اعتمدا عليه في مدونتيهما، وأعيد العمل به مع بعض التعديلات في العصر البطلمي وشطر كبير من العصر الروماني واستمر في التطبيق حتى عام ٢١٢م عندما صدر دستور الإمبراطور "كراكلا" الذي أعطى الجنسية الرومانية لكل سكان الإمبراطورية مما أدى منطقياً إلى إخضاع السكان جميعاً لسيادة القانون الروماني[2].

٤- مدونة بوكخوريس بين التأثر والتأثير:

يرى بعض الباحثين أن بوكخوريس كان حليفاً للآشوريين والبابليين مما أدى إلى تأثر واضع المدونة بقوانين بابل وبخاصة قانون حمورابي فيما وضعه من أحكام تتعلق بالالتزامات والعقود[3].

1- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص١١٨-١٢٠، د. أبو طالب- تاريخ النظم- ص١٤٠.

2- د. صوفي أبو طالب-تاريخ النظم- ص١٤١، د. المرصفاوي- أصول النظم- ص١١٦.

3- د. السقا - فلسفة تاريخ النظم - ص١٢٨-١٢٩، د. الترمانيني- الوسيط- ص٧٩.

ويروي المؤرخون (هيرودوت، ديودور الصقلي) أن صولون مشرع اثي
بشرائع مصر وخصوصاً بقانون بوكخوريس[1].

المطلب الثاني

المدونات الغربية

ظهرت الكتابة في بلاد اليونان في القرن الثامن الميلادي وبعد ظهورها د
عدة شرائع في بلاد الغرب أهمها قوانين أثينا وقانون روما المعروف بقانون الألواح ا
عشر.

أولاً: قوانين أثينا:

١- قانون دراكون:

أ- أسباب وضع القانون:

قامت طبقة الشعب في أثينا وخصوصاً صغار المزارعين- في منتصف القر
السابع ق.م- بحركة تطالب فيها بوضع دستور للمدينة وتدوين الأعراف وسن تشري
يحفظ حقوقها من تسلط المرابين ويحفظ أرواحها من استبداد الأشراف، وقد اختا
الأثينيون لهذه المهمة ستة مشرعين قاموا بجمع الأعراف ولكنهم لم يتمكنوا من تدوينها
ونشرها بضغط من الأشراف، وقد أدى ذلك إلى هيجان الشعب وانتهى الأمر بمن
"دراكون" أحد المشرعين الستة سلطات استثنائية لوضع دستور للمدينة وسن قانون لها
ونشر ما جمع من الأعراف، غير أن هذا المشرع لم يضع دستوراً للمدينة وإنما اكتفى بوضع
قانون سنة ٦٢٠ق.م[2].

ب- خصائص مدونة دراكون:

- من حيث الشكل:

تتميز بأنها مظهر من مظاهر الديمقراطية لأن دراكون كان يتكلم باسم الشعب
في مدينة أثينا وليس باسم الآلهة، وعلى الرغم من صدورها في عصر انفصلت فيه

١- د. الترمانيني - الوسيط- ص٨٠، د. المرصفاوي- أصول النظم- ص١٢٣-١٢٤.

٢- د. الترمانيني- الوسيط- ص٨١-٨٢.

القواعد القانونية عن الديانة وبالرغم من عدم احتوائها على نصوص دينية، فإنها ما زالت متأثرة إلى حد ما بالديانة بدليل أن أول فقراتها تنص على ضرورة تمجيد الآلهة وتقديم القرابين إليها كل عام دون الخروج على الشعائر التي اتبعها الأسلاف.

ج- من حيث المضمون:

1- تبنت كثيراً من العادات والتقاليد العرفية السائدة وأعادت صياغتها في وضوح حتى لا تفسر تفسيراً طبقياً.

2- أدخلت بعض التعديلات على التقاليد العرفية أهمها تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون وتقرير المساواة بين الناس في الحقوق السياسية.

3- تضمنت نصوصاً تستهدف نقل السلطة القضائية إلى الدولة حتى يقضى بذلك على سلطة رؤساء العشائر وعلى الانتقام الفردي.

4- تميزت أحكام القانون الجنائي بطابع القسوة والشدة ومن أجل ذلك نعت قانون دراكون بالقسوة حتى قيل إنه لم يسطَّر بالحبر وإنما كتب بالدم وأخذت تضرب به الأمثال، فإذا قيل عن قانون أو إجراء إنه "دراكوني" فهذا يعني أنه قانون وحشي، وقد قال عنه أرسطو أنه "ليس فيه شيء خالد ولا خاص إلا القوة المتناهية وتغليظ العقوبات"، ولكن المدونة تميزت بوضع عقوبات محددة للأفعال المعاقب عليها، وأدخلت في الاعتبار القصد الجنائي للفاعل في جرائم القتل فاختلفت عقوبة القتل العمد عن غير العمد[1].

٢- قانون صولون:

أ- الغرض من قانون صولون:

كان الغرض من وضع قانون صولون (٥٩٤ ق.م):

1- التخفيف من وطأة قانون دراكون وشدته. 2- تحديد سعر الفائدة التي أثقلت العامة بالديون، 3- تمكين طبقة العامة من الاشتراك في مناصب الحكم.

1- د. أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٤٧-١٤٨، د. الترمانيني- الوسيط- ص٨٢.

ب- الإصلاحات التي أدخلها صولون على أنظمة الدولة:

أصدر صولون عدداً من القوانين لإصلاح النظام السياسي والقضائي والاقتصادي والاجتماعي، ولم تصلنا نصوص قانون صولون بل وصلت إلينا بعض نصوصه عبر كتابات بعض المؤرخين اليونان ولا سيما "بلوتارك"، وقد كان صولون تاجراً ثرياً وشاعراً مثقفاً طاف بالبلاد واطلع على قوانينها- وخصوصاً مصر- فتأثر بالقانون المصري بمدونة بوكخوريس بخاصة ونعرض فيما يلي أهم هذه الإصلاحات:

1- **في المجال السياسي:** منح الشعب الحق في المشاركة في السلطة التشريعية عن طريق مجالس الشعب.

2- **في مجال الإصلاح القضائي:** جعل للشعب حقاً في المساهمة بانتخاب قضاته، وجعل مرجع الطعن في أحكام القضاة محكمة تتألف من كل طبقات الشعب.

3- **في نطاق الإصلاح الاقتصادي:** حرّم صولون الربا الفاحش وحدد سعراً أعلى للفائدة، وحرر المدينين من ديونهم وأطلق سراح المسترقين منهم، ومنع استرقاق المدين والتنفيذ على جسمه كوسيلة لإكراهه على الوفاء.

4- **في نطاق الإصلاح الاجتماعي:** قضى صولون على نفوذ أرباب الأسر بتفتيت الملكية الكبيرة فأقر حق الإرث وتوزيع ملكية الأرض بعد وفاة المورث بين أبنائه الذكور، أما البنات فلا يرثن مع وجود الإخوة الذكور، وأجاز الحق في الوصية بالمال لمن لم يكن له أولاد وهي أحكام قصد بها هدم السلطة الأبوية أو على الأقل التخفيف من صرامتها[1].

ثانياً: قانون الألواح الاثني عشر:

يعد قانون الألواح الاثني عشر أهم حدث قانوني في تاريخ روما القديم بل في تاريخ الفكر القانوني الغربي بأكمله، وقد صدرت هذه المدونة (٤٤٩ق.م) على أرجح الأقوال، وهي مدونة رسمية أمرت أجهزة مدينة روما بوضعها وقد اعتبرها الرومان أساساً

1- د. الترمانيني - توسيط - ص٨٢-٨٤، د. الترصلاوي - أصول النظم - ص١٢٦-١٣٢، د. السمقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص١٣٧- ١٤١، د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٧٢-٧٣.

لقوانينهم جميعاً سواء في ذلك فروع القانون العام أو القانون الخاص واستمر الرومان لمدة عشرة قرون تالية لصدور تلك المدونة يشيرون إليها بكل احترام وتقدير.

١- كيفية وضع قانون الألواح الاثني عشر:

وجدت رواية تقليدية تبين ظروف وضع قانون الألواح ثم ظهر بعد ذلك نقد لتلك الرواية التقليدية.

أ- الرواية التقليدية: تذهب هذه الرواية إلى أن وضع مدونة الألواح قد ارتبط بكفاح طبقة العامة ضد طبقة الأشراف، ذلك أن طبقة العامة قد تضررت من احتكار الأشراف ورجل الدين وحدهم العلم بالقانون، كما تضرروا من اتصاف الأحكام العرفية بالغموض وعدم اليقين والقسوة والشدة.

فأخذ العامة منذ عام ٤٦٢ق.م بزعامة المدعو "ترنتليوس" يطالبون بوضع مجموعة قانونية أو على الأقل القيام بتدوين القواعد مثار الشك والنزاع، وظلت معارضة مجلس الشيوخ المشكل من الأشراف لذلك الطلب مدة عشر سنوات، وأخيراً وافق مجلس الشيوخ (٤٤٩ق.م) على إرسال لجنة ثلاثية إلى بلاد الإغريق للاطلاع على قانون صولون.

ولما عادت اللجنة الثلاثية قامت لجنة مكونة من عشرة رجل من طبقة الأشراف التي أوكل إليها مهمة تدوين العادات بتدوينها بعد سنة ونقشت على عشرة ألواح، وعُرضت على المجلس الشعبي الذي رأى أنها ليست كافية وغير مكتملة، فتم في العام التالي تشكيل لجنة أخرى دخل في عضويتها أفراد ينتمون إلى طبقة العامة بهدف استكمال ذلك النقص، وقد تمكنت اللجنة الأخيرة من وضع قواعد قانونية إضافية نقشت على لوحين آخرين وهكذا أصبح التقنين مكوناً من اثني عشر لوحاً ثم نشرت هذه الألواح الاثني عشر في الساحة العامة لمدينة روما.

ب- نقد الرواية التقليدية: ظلت الرواية التقليدية محل احترام الشراح والمؤرخين إلى أن شكك في صحتها العالم الإيطالي "فيكو" ثم تزعم الحركة من بعده اثنان من العلماء:

1- فالعالم الإيطالي "بايس" يرى أن قانون الألواح لم يكن سوى تجميع خاص لقواعد العرف وأنه قد تم في وقتٍ لاحقٍ للزمن الذي ذكرته الرواية التقليدية، ويؤكد أن واضع هذا التجميع الخاص هو المدعو "فلافيوس" الذي عمل موظفاً لدى حاكم الإحصاء "أبيوس" عام ٣١٢ق.م.

2- أما العالم الفرنسي "لامبير" فيرى أن التجميع التي تم لم يكن رسمياً كما أنه قد تم في وقت أحدث نسبياً عما ورد في الرواية التقليدية، فهو يرى أنه قد تم حوالي سنة ٢٠٠ق.م وأن الذي قام به هو "سكستون بيتوس" الذي شغل منصب القنصل في روما عام ١٩٧ق.م، ويعتمد "لامبير" في رأيه على حجة تاريخية مفادها أن الكتابات الأدبية في روما لم تبدأ في الإشارة إلى مدونة الألواح إلا ابتداءً من القرن الثاني قبل الميلاد.

ج- رأي غالبية العلماء: على الرغم مما قيل من نقدٍ للرواية التقليدية فإنّ علماء القانون الروماني منذ منتصف القرن العشرين قد مالوا إلى ترجيحها، وقاموا بإضعاف ما وجه إليها من انتقادات، وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي "جيرار"، ولم يعد الشك قائماً إلا فيما يتعلق بتفاصيل عمل اللجنة التي أوفدت إلى بلاد الإغريق، كما تبين أن الأحكام التي وردت في المدونة تتفق في جملتها مع درجة المدنية والحضارة التي وصلها الرومان في القرن الخامس قبل الميلاد ويرجعون وجود الخليط من القواعد (بدائية ومتطورة) في المدونة إلى أنه بعد تدمير الألواح أثناء غزو "الغوالو" البرابرة لروما صيغت قواعد القانون نفسه بلغة عصر لاحق لأن الناس كانوا يحفظونها في صدورهم، وقد ذكر "شيشرون" أن أطفال الكتاتيب في عصره كانوا يحفظونها عن ظهر قلب.

وقد بقيت المدونة سارية المفعول نظرياً حتى تم تقنين القانون الروماني وأحكامه المتفرقة في عهد الإمبراطور جوستنيان أي أن المدونة سادت لفترة مدتها حوالي ١٠٠٠ عام.

٢- مميزات قانون الألواح الاثني عشر:

يمكن تحديد أهم مميزات قانون الألواح الاثني عشر بالأمور الآتية:

1- لا يعتبر قانون الألواح الاثني عشر تجميعاً أو تقنيناً للقواعد العرفية التي كانت سارية وقت وضعه، فلم يتضمن القانون من حيث الموضوع تنظيماً كاملاً للنظم الأساسية التي كانت قائمة لدى الرومان وقت صدوره فيما عدا نظام المرافعات.

2- إن غالبية الأحكام الواردة في القانون تتعلق بنظم مدنية مستقلة عن الدين فلم يشتمل القانون على جزاءات دينية.

3- أهمية قانون الألواح الاثني عشر: تعود أهمية قانون الألواح الاثني عشر إلى أنه يعتبر نقطة فاصلة في هذه الفترة من ناحيتين:

الأولى: اعتباره تطوراً للنظام القانوني من القواعد غير المكتوبة إلى القواعد المكتوبة، **والثانية:** اعتباره خطوة متقدمة في الانتقال من العادات الدينية المحضة إلى القواعد الدنيوية، ففيه جرى الانتقال من نظام القواعد الدينية (Fas) إلى نظام القواعد القانونية (Jus) ويكشف هذا الانتقال التمييز المبكر عند الرومان بين نطق القانون ومجال الدين[1].

1- د. المرصفاوي- أصول النظم- ص١٣٣-١٤١، د. الترمانيني- الوسيط- ص٨٥-٨٩، د. صوفي- الوجيز- ج١- ص٤٨، د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ النظم- ص٤٠-٤١

May (caston)- Elements de droit Romain- onzieme Edition 1913 - p24-26;Domont (Francois)- Manuel de droit romain-Tomel-Paris-p22-25, 947 . Hunter (William)- Introduction to Roman law- six edition- London- 1908 - p4-5

ملخص الفصل الرابع

اسم أنواع المدونات؟

يعتبر بعض العلماء أن التدوين مرحلة من مراحل التطور القانوني وصلت إليها الشرائع بعد تطورات عديدة، بينما لا يراه كذلك كثير من العلماء اعتماداً على اكتمل خصائص القاعدة القانونية منذ عصر التقاليد الدينية وانفصالها عن القاعدة الدينية منذ عصر التقاليد العرفية.

المدونة الرسمية: هي القانون المدون في صورة تشريع صادر عن السلطة الحاكمة أو من تفوضه، ويكون له قوة إلزامية أما المدونة العرفية: فهي عبارة عن تدوين القانون من قبل أفراد مهتمين بالقانون ولم يصدر به تشريع من السلطة الحاكمة.

أسباب التدوين هي: ١- ظهور الكتابة ٢- تعدد القضاة ٣- حفظ القواعد القانونية من التحريف والتبديل ٤- توحيد القواعد القانونية وتعميم تطبيقها ٥- نشر القانون وعلانيته ٦- إظهار سلطة الحكومات الوليدة ٧- الصراع الطبقي.

ترجع قيمة المدونات القديمة إلى أنها تعطينا صورة صادقة أمينة لحالة المجتمع الذي ظهرت فيه من النواحي كافة.

صيغت المدونات القديمة بأسلوب موجز مقتضب ويختلف مضمونها من قانون إلى آخر، واهتم معظمها بإجراءات التقاضي ونظم القانون الجنائي، واكتساب القواعد القانونية التي تضمنتها احتراماً كبيراً يعود إلى ظروف إصدارها.

أهم خصائص قانون مانو الهندي: ١- اختلاط القواعد القانونية بالقواعد الدينية والمبادئ الأخلاقية ٢- اختلاط الجزاء بعقوبات دنيوية وجزاءات دينية ٣- إقرار مبدأ تعدد الطبقات في المجتمع ٤- أخذ القانون بمبدأ المحاكمة بالمحنة.

اهتم قانون بوكخوريس الفرعوني بثلاثة نظم قانونية: ١- مجال الأسرة ٢-مجال العقود ٣- مجال القروض والفوائد.

تميز قانون دراكون من حيث الشكل بكونه مظهراً من مظاهر الديمقراطية، ومن

حيث المضمون بتبنيه لكثير من العادات والأعراف السائدة وإدخاله بعض التعديلات عليها وتضمينه نصوصاً استهدفت نقل السلطة القضائية إلى الدولة.

أدخل قانون صولون عدة إصلاحات في المجال السياسي والإصلاح القضائي والاقتصادي والاجتماعي.

يتميز قانون الألواح الاثني عشر بعدم اعتباره تقنيناً شاملاً للقواعد العرفية السائدة وقت وضعه وأن غالبية أحكامه تتعلق بنظم مدنية مستقلة عن الدين.

تعود أهمية قانون الألواح الاثني عشر إلى اعتباره تطوراً من القواعد غير المكتوبة إلى القواعد المكتوبة وكونه خطوة متقدمة للفصل ما بين الدين والقانون.

الفصل الأول

نظام الحكم

كانت الأسرة هي المظهر الأول لنظام الحكم، ثم كانت العشيرة أول صورة للوحدة السياسية تبعتها دولة المدينة، ومن ثم حدثت تطورات عديدة على نظام الحكم في المجتمعات المختلفة، ثم ساد في العصر الحديث تياران سياسيان كان لهما الأثر الواضح على المبادئ والنظم القانونية، وهذه الأمور ستكون محور دراستنا في صدد نظام الحكم عبر تطوره التاريخي.

المبحث الأول

المظاهر الأولى لنظام الحكم

أولاً: الأسرة باعتبارها المظهر الأول لنظام الحكم:

يراد بالحكم "السلطة التي تتولى تنظيم المجتمع" وقد كانت الأسرة هي المظهر الأول لهذه السلطة ففي نظام الأسرة الأبوية تم تنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة، وتم وضع قواعد الإرث والتبني والملكية وإقامة قواعد الاقتصاد العائلي وإقرار القواعد لحماية الأسرة والالتزام بسلوكها وفرض عقوبات على المخالفين لها.

ثانياً: العشيرة أول صورة للوحدة السياسية وتأسيس نظام الحكم:

تفرعت الأسرة عند اتساعها إلى عدة أسر ومن ثم إلى عشيرة وهي الأسرة الكبيرة التي ينحدر أفرادها من سلف مشترك، وفي العشيرة يجتمع كبار السن وآباء الأسر لمعالجة شؤون العشيرة وتسوية المنازعات بين أعضاء الأسر، الأمر الذي يتيح لأحد الشيوخ أو الآباء المشاركين في الاجتماع إبراز شخصيته وتولي زمام القيادة، فيصبح الاجتماع مجلساً للعشيرة وفيه تنطلق السلطة في حكم الجماعة وتنظيم أمورها وحفظ

النظام فيها وعقاب الخارجين على سلوكها وتقاليدها، ويستمد رئيس العشيرة سلطته من قوته المادية كشجاعته أو كثرة أفراد أسرته، أو من قوته المعنوية كذكائه وحكمته، وفي العقيدة الدينية بات يستمد سلطته من الديانة فأضحى بذلك "الكاهن الأعلى" للجماعة وقاضيها في المخاصمات وقائدها في الحروب.

المبحث الثاني

دولة المدينة

عندما بدأت مرحلة الزراعة أخذت بعض العشائر تستقر في الأرض وتزرعها وتبني القرية التي ما لبثت أن تحولت إلى مدينة وفيها ولدت الدولة (دولة المدينة)[1].

وقد اختلف الباحثون حول الطريقة التي تكونت بها الدولة وحلت محل العشيرة، وتدور هذه الآراء حول ثلاث نظريات تفسر العوامل التي أدت إلى نشأة السلطة في دولة المدينة:

أولاً: نظرية القوة:

يرى القائلون بهذه النظرية أن نشأة الدولة قد تمت في عصر الزراعة، فبعدما نعمت بعض الجماعات بالاستقرار وابتعدت عن القتال والحروب بقيت بعض الجماعات محتفظة بقدرتها القتالية ولم تعهد أي استقرار، والإغارة على الغير كانت عادة راسخة في نفوس أبنائها، فكلما أقفرت المراعي وأجدبت انجذبت الجماعات المذكورة إلى الأراضي الزراعية والثروات التي تراكمت بين أيدي أصحابها، فتندفع شعوب الرعاة إلى مهاجمة مجتمعات الزراعة وتجتاح نظمها وتتولى حكمها ويفقد زعيم الجماعة المهزومة سلطانه لينتقل إلى زعيم الجماعة المنتصرة وهكذا تحل روابط الطاعة والخضوع محل روابط القرابة ويصبح أفراد الجماعة المنتصرة طبقة متميزة فيصبحون من

---

[1]- د. الترمانيني- الوسيط- ص٩٣-٩٨.

الأشراف[1] ويستدل أصحاب هذه النظرية بعدة أدلة أهمها قيام الإمبراطوريات القديمة سواء في الشرق أو الغرب استناداً للقوة كالإمبراطورية الرومانية والفارسية[2].

ثانياً: نظرية وحدة الديانة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن الديانة كانت وراء اندماج عدد من الجماعات القديمة في مجتمع سياسي واحد، وذلك لأن الزعيم في المجتمعات البدائية كان يتولى الزعامة الدينية بجوار الزعامة السياسية والاجتماعية. ولما كانت سلطة ذلك الزعيم سياسية ودينية في الوقت نفسه فإن ديانته تسمو على ديانات الجماعات الأخرى، ويستند ذلك القائد على ديانته في حكم كل الجماعات فتزدهر ديانته وتخبو بقية المعتقدات وقد يصل الأمر إلى حد إضفاء نوع من القداسة على ذلك الزعيم فيصبح الملك والكاهن وقد يصل إلى مصاف الآلهة.

ويورد أنصار هذه النظرية الأدلة على صحة ما يقولون من أن قيام الدولة المصرية الفرعونية ومدن بابل وآشور كان على أساس ديني، كما أن الديانات السماوية الثلاث قد أقامت دولاً تحت رعايتها[3].

ثالثاً: نظرية تطور الأسرة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن فكرة التطور التي تحكم الكائنات الحية كافة تسود أيضاً في النظم الاجتماعية، ومقتضاها أن قانون التطور قد دفع التنظيم السياسي إلى الأمام من الأسرة إلى العشيرة ومن هذه إلى القبيلة ثم أخيراً إلى الدولة.

ويقدم أنصار هذه النظرية أدلتهم من المدن السياسية التي نشأت في بلاد اليونان القديم كأثينا واسبرطة وكذلك ما حدث من نشأة مدينة روما[4].

---

[1]- د. فتحي المرصفاوي - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - ١٩٨٦ - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- ص١٦٨.

[2]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- ص٩٢.

[3]- د. المرصفاوي- تاريخ النظم- ص١٦٩، د. أبو طالب- تاريخ النظم- ص٩٢-٩٣.

[4]- د. المرصفاوي- تاريخ النظم- ص١٧٠، د. أبو طالب- تاريخ النظم- ص٩٣-٩٤.

ومن الواضح أن سبب تعدد النظريات يرجع إلى أن كل فريق من العلماء حصر اهتمامه بعيّنة من المجتمعات البشرية وأصدر حكمه بعد تمحيص ظروفها وأحوال ولذلك قد تصلح النظرية للتفسير في موضع بينما تفشل في موضع آخر، والواقع أنه الصعب أن نرجع أصل نشأة الدولة وتطور نظام السلطة السياسية فيها إلى عامل واحد لأن تاريخ الدول يدل على أن قيام الدولة يعد ثمرة لعوامل متعددة، وبذلك تكون محاول إخضاع كل الدول لظاهرة معينة هي محاولة تخرج بنا عن إطار البحث العلمي الصحيح والأجدر بالباحث دراسة ظروف نشأة كل دولة على حدة وتتبع جذورها في المراحل التاريخية التي مرت بها، ودراسة الظروف التي أحاطت بشعبها، وأثر العوامل السياسية والاجتماعية وغيرها في إحداث الترابط بين أفراد هذه الدولة[1].

المبحث الثالث

التطورات اللاحقة على نظام الحكم

اضطر الملك مع الزمن إلى توزيع بعض اختصاصاته ليتفرغ إلى مقارعة الأعداء وتنظيم علاقاته بالمدن المجاورة فظهرت بذلك المؤسسات العامة والموظفون العامون واقترن ذلك بنظام التسلسل في التبعية وتفاوت الرتب وكان للحروب أثر مهم في خلق التفاوت الاجتماعي ونظام الطبقات.

ثم أصبحت السلطة وراثية، وأضحت إحدى العائلات هي العائلة المالكة ونمت الأساطير لتجعل من الملك بشراً مؤلهاً يحكم بالحق الإلهي، فكان ملوك مصر وسومر مؤلهين، وكان ملوك بابل وآشور ظل الآلهة في الأرض وقد أمنتهم سيطرة هذه العقيدة من ثورة الشعوب.

---

[1]- د. المرصفاوي- تاريخ النظم- ص ١٧٢، د. صقر- مبادئ تاريخ النظم- ص١٥٣.

وفي الغرب انتزع الأشراف السلطة من الملوك وكونوا حكم الأقلية ثم أثارت الفلسفة اليونانية وعي الطبقات الشعبية التي أرهقها استبداد الطبقة الحاكمة، وإثر الصراع بين الطرفين انتصر الشعب في أثينا ثم في روما وساد مبدأ الديموقراطية، ثم لم يلبث أن استولى القادة على الحكم واستبد أكثرهم بالرعية، ففي روما ارتقى سدة الحكم الأباطرة وأصبحوا من المؤلهين، ولما ظهر الدين المسيحي نادى رجال الدين بحق الملوك الإلهي في الحكم والسلطة وسادت دعوتهم في أوربا طيلة القرون الوسطى وامتدت حتى القرن الثامن عشر حيث أثمرت دعوة الفلاسفة الإنسانيين وكبار الكتاب والمفكرين في إسقاط هذا الحق وإعلان مبدأ الديموقراطية، فكانت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م، فحررت الشعب الفرنسي وآذنت بتحرير شعوب أوربا من استبداد الملوك وسيطرة الكنيسة، وقد توالت الثورات في القرن التاسع عشر فنزل الملوك عن مبدأ الحق الإلهي وسلّموا بحق الشعب في ممارسة السلطة وتبنت أكثر الشعوب الأوربية النظم النيابية المقتبسة من التجربة الإنجليزية، وأخذت الدول بوضع دساتير تنظم شكل الحكم وممارسة السلطة وحماية الحرية والملكية وغيرهما من الحقوق.

ومع التطور الحديث الذي أعقب تقدم العلم تحول النضال في سبيل القضايا السياسية إلى نضال في سبيل القضايا الاجتماعية والاقتصادية وقد انبثق عن هذا النضال تياران:

أولهما: يدعو إلى سيادة الطبقة العاملة وإقامة نظام اشتراكي تمتلك فيه الدولة وسائل الإنتاج فتقضي بذلك على استبداد رأس المال مستندين في ذلك إلى التخطيط الاقتصادي والاجتماعي الذي سينتقل به المجتمع الاشتراكي إلى المجتمع الشيوعي وتزول به الحاجة للدولة والقانون، ويتولى تنفيذ هذا النظام الحزب الحاكم بالقوة وتسود في حكمه كل مظاهر الاستبداد.

وثانيهما: يدعو إلى الحرية الاقتصادية مقرونة بالحرية السياسية والفكرية ليتيح للفرد التمتع بشخصيته الإنسانية وينعم بثمرات جهوده ويجد فيها الحافز لمزيد من الإنتاج الفكري والمادي.[1]

---

[1]- د. الترمانيني – الوسيط – ص١٠٠-١٠٢ .

وقد انتصر التيار الأول في روسيا بعد الحرب العالمية الأولى ورافقه ظهور تيارين آخرين في إيطاليا (الفاشستية) وفي ألمانيا (النازية)، وقد اقتسم المذهبان الاشتراكي والرأسمالي العالم حتى انهيار الاتحاد السوفيتي.

المبحث الرابع

آثار اختلاف المذهبين الفردي والاشتراكي على المبادئ والقواعد القانونية

تظهر آثار التعارض بين المذهبين الفردي والاشتراكي في المبادئ القانونية، وفي بعض نظم القانون الخاص والقانون العام.

أولاً: المبادئ القانونية العامة:

١- النظرة الشخصية والنظرة الموضوعية للحقوق:

ينظر المذهب الفردي إلى الحقوق الفردية باعتبارها ميزات يتمتع بها صاحب الحق في مواجهة الغير، وهذه هي النظرة الشخصية للحقوق، ويترتب على ذلك اعتبارها حقوقاً مطلقة من كل قيد وللرومان قول مأثور في ذلك "ما ظلمك آخذٌ بحقه".

أما المذهب الاشتراكي فيعتبر الحق وظيفة اجتماعية ويتضمن الحق جانباً إيجابياً وآخر سلبياً، فالحقوق تتقرر لتحقيق غايات اجتماعية واقتصادية معينة، فإن حاد صاحب الحق عنها اعتبر ساعياً وراء تحقيق مصلحة غير مشروعة.

٢- دور كل من القانون العام والقانون الخاص:

يعتبر المذهب الفردي أن القانون الخاص أهم فروع القانون وأكثرها قابلية للتطور، ويعتبر أن القواعد التي يقررها مثلاً يحتذى من جانب سائر فروع القانون لأن الحقوق تكون نتيجة إرادة المتعاقدين، وفي هذا المذهب تتأثر نظم القانون العام بقواعد القانون الخاص وخصوصاً النظام التعاقدي.

أما المذهب الاشتراكي فيضع القانون العام في المقام الأول ويعمل على منع تأثر القانون العام بالقانون الخاص ويحاول جاهداً الحد من مبدأ سلطان الإرادة بوضع القيود على حرية الأفراد في التعاقد.

ثانياً: قواعد القانون الخاص ونظمه:

١- حق الملكية:

يضمن المذهب الفردي حق الملكية بشتى الضمانات ويحميه ضد كل اعتداء وضد تدخل السلطة العامة، فلا تستطيع هذه السلطة المساس بحق الملكية إلا استثناءً ويُظهر هذا المذهب عداءً شديداً نحو الملكية العامة أو المشتركة.

وفي المذاهب الاشتراكية يطالب المتطرف منها بإلغاء الملكية باعتبارها من أسباب التفاوت بين الطبقات والأفراد، وبعضها الآخر يعمل على تحديد وتضييق نطاق الملكية الخاصة وهذه المذاهب تشجع الملكية العامة والمشتركة وتكبل الملكية الخاصة بكثير من القيود والتكاليف لصالح الأفراد أو الدولة وتعطي السلطة العامة حق نزع الملكية أو الاستيلاء عليها، وتضع القيود على تداول الأموال إن كان في ذلك صالح المجتمع كوضع حد أقصى للملكية وتشجيع الملكية المشتركة.

٢- مبدأ سلطان الإرادة:

يترك المذهب الفردي تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد إلى العقد ومن هنا نشأت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

أما المذهب الاشتراكي فيكبل الإرادة بكثير من القيود فهو لا ينظر إلى الأفراد نظرة مجردة بل نظرة واقعية، فيعمد إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية التي ثبت صعوبة تنظيمها بطريقة عادلة إذا تركت لمبدأ سلطان الإرادة.

٣- أساس المسؤولية:

يقيم المذهب الفردي المسؤولية على أساس الخطأ، بينما يقيمها المذهب الاشتراكي على أساس قاعدة "الغرم بالغنم أو من تمتع بالمنافع تحمل المضار".

الفصل الثاني

نظام الجريمة والعقوبة

تمهيد:

إن نظام الجريمة والعقوبة في أي مجتمع يفترض من جهة معرفة تفاصيل النظم الاجتماعية والقانونية الأخرى التي تسود ذلك المجتمع، ومن جهة أخرى تبين الهدف من التجريم والعقاب، وفي هذا الصدد نضع الملاحظتين الآتيتين كمدخل لهذا النظام.

الأولى: وجود الخلط لدى المجتمعات القديمة بين المنازعات الجنائية والمنازعة المدنية ويرجع ذلك إلى أن المسؤولية المدنية اليوم ترتب جزاءً مالياً هو التعويض، بينما كانت المسؤولية عند البدائيين لا ترتب إلا جزاءً بدنياً يوقع على مرتكب الفعل.

والثانية: وجود التفرقة في المجتمعات القديمة بين الجريمة العامة (كمخالفة تقاليد الجماعة في الزواج من الداخل أو الخارج) وبين الجريمة الخاصة وما ترتب عليها من حيث من له الحق في تحريك الدعوى.

وقد أثارت ظاهرة التجريم والعقاب في المجتمعات القديمة النقاش حول عدد من الموضوعات سنتناولها تبعاً لصورة النشاط الاقتصادي.[1]

---

[1]- د. المرصفاوي – تاريخ النظم – ص١٤٤-١٤٨، د. ثروت أنيس الأسيوطي – فلسفة التاريخ العقابي – مجلة مصر المعاصرة – السنة الستون – العدد ٣٣٥- ١٩٦٩ – ص ٢٠٨-٢٤٩ .

المبحث الأول

الصورة الأولى للتجريم والعقاب في مجتمعات القنص والالتقاط

كانت القوة هي المصدر الوحيد للقانون في مجتمعات القنص والالتقاط و يخص الجريمة والعقوبة نجد تفرقة بين المنازعات داخل الجماعة والمنازعات خارج الجماعة

أولاً- المنازعات داخل الجماعة:

كان من المستبعد في المنازعات داخل الجماعة الواحدة إبقاء الجاني في كنف الجماعة، ولم يوجد حل إلا مقاطعة الجاني بطرده من الجماعة إثر ارتكابه اعتداءً ع عضو من الجماعة نفسها، ولقد ظهرت البوادر الأولى لهذا النظام في صورة "هروب اختياري"، فإما أن يأخذ الجاني طريقه إلى جماعة أخرى، وإما أن يهيم على وجهه في الغابات والأدغال مدة تكفي لأن تهدأ النفوس الغاضبة ثم يعود إلى جماعته من جديد، تحول الطرد الاختياري إلى طرد إجباري إذ كانوا يعتبرون أن كل اعتداء من عضو على آخر معصية دينية تلوث الجماعة وتدنّس شخص الجاني فيتعقب الحظ العاثر أعضاء الجماعة.

ثانياً- الاعتداء على شخص من جماعة أخرى:

كانت الجماعات القديمة تنشئ أفرادها على عدم احترام حقوق الجماعات الأخرى وتغرس في نفوسهم عادة القتال والاعتداء على الجماعات الأخرى، وبناءً على ذلك ووضعاً في الاعتبار بأن شخصية الفرد قد ذابت تماماً في شخصية الجماعة، فقد أضحى كل اعتداء على عضو من أعضائها اعتداءً على الجماعة نفسها فتهب بأجمعها للأخذ بالثأر، ولذلك ما كان لنزاع على حق أن يبقى محصوراً بين فردين، بل كان يتعداهما حتماً إلى الجماعتين، كما أنه إذا وقع اعتداء من أحد أفراد الجماعة على الغير فإن أفرادها يتحملون جميعاً تبعة هذا الاعتداء ويتضامنون جميعاً في المسؤولية وهذا هو "مبدأ التضامن المشترك" الذي كانت تعيش في كنفه الجماعات القديمة، ولذلك كانت

حياة الجماعات الأولى عبارة عن سلسلة من الاعتداءات التي لا تنتهي.[1]

المبحث الثاني

مراحل التهذيب العقابي

لما كان الثأر يمتد أجيالاً عدة وفيه عرقلة للحياة الاجتماعية وجدت المجتمعات المختلفة أن من مصلحتها عدم الاحتكام إلى القوة وخصوصاً عندما وصلت المجتمعات إلى النشاط الرعوي أو إلى ممارسة الزراعة البدائية حيث اتجهت الجماعات نحو تحقيق نوع من التوازن بين ما كسبته جماعة الجاني وما خسرته جماعة المجني عليه، وعمدت منذ وقت مبكر إلى مفاوضات الصلح حقناً للدماء وتفادياً للحروب، وعلى الرغم من مراحل التطور المتعاقبة على فكرة الجريمة والعقوبة فإن فكرة الالتجاء إلى القوة لم تكن قد اندثرت تماماً لعدم وجود السلطة العليا القادرة على إجبار الخصوم جميعاً على قبول التصالح.[2]

وقد مرّت المجتمعات بعدة مراحل وصور لمفاوضات الصلح والتهذيب العقابي وذلك على النحو الآتي:

أولاً: نظام التخلي عن المجرم:

نشأ هذا النظام لدى بعض الشعوب القديمة للتخفيف من مسؤولية الأسرة أو العشيرة في بعض حالات التضامن العائلي، حيث كان يجوز لعشيرة المعتدي إذا لم تشأ تحمل مسؤولية اعتدائه أن تتبرأ منه وتتخلى عنه فيصبح بذلك واقعاً تحت رحمة عشيرة المجني عليه تقتص منه كيفما شاءت.

وقد كان هذا النظام معروفاً لدى عرب الجاهلية باسم "الخلع" ولدى اليونان باسم "طريد العشيرة" ولدى الرومان باسم "التخلي عن مصدر الضرر".[3]

---

[1]- د. السقا – فلسفة وتاريخ النظم – ص٩٧-٩٩ .

[2]- د. المرصفاوي – تاريخ النظم – ص١٥١، د. السقا – فلسفة وتاريخ النظم – ص١٠١ .

[3]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٥٢-٥٣.

ثانياً: القصاص:

القصاص هو أخذ الجاني بمثل ما اعتدى، فالنفس بالنفس والعين والأنف بالأنف، والغرض من العقاب هنا هو إيلام الجاني بمثل ما آلم به المجني عل

وقد كان القصاص لدى الشعوب القديمة مبرراً للانتقام الشخصي فأصبح قانونياً يتولاه المجني عليه أو عشيرته، ولكنه انتقام منظم محدود بقدر الاعتداء بمقتضاه تفادي الإسراف في الأخذ بالثأر وما يؤدي إليه من مخاطر نشوب الحروب، و كان القصاص "بديلاً عاقلاً للحرب الخاصة".

وقد كان القصاص نظاماً مقرراً في الشرائع القديمة كافة فهو موجود في الش العبرية واليونانية والجرمانية وفي القانون الروماني القديم، وقرر كذلك في الش الإسلامية، وكان مقرراً في قانون الجزاء العثماني الصادر سنة ١٨٥٨م[1].

ثالثاً: نظام الدية:

الدية هي مبلغ من المال يفتدي به الجاني نفسه ويدفعه للمجني عليه أو عش تهدئة لثورة غضبهم، ويفوق هذا المبلغ عادة قيمة ما أصاب المجني عليه من ضرر فهو يقدمه الجاني ليشتري به حياته ويغري به المجني عليه على ترك حق الثأر والانتقام الفر وكان نظام الدية سائداً لدى الشعوب الهندية والرومانية والجرمانية والعربية.

وقد نشأ نظام الدية في بادئ الأمر نظاماً اختيارياً يتفق الطرفان فيه على مقا البدل وعلى أدائه لتفادي التجاء الخصمين إلى القوة، فلا يلزم به المعتدي إذا رفض الصلح لوثوقه من قوته، ولا يلزم المجني عليه بقبوله إذا فضل الأخذ بالثأر والانتقا لنفسه.

ثم صارت الدية إجبارية نتيجة لازدياد سلطة الدولة فأصبح الجاني ملزماً بأدائ والمجني عليه بقبولها والاكتفاء بها بدلاً من الثأر، كما صار مقدارها محدداً ومعيناً بعد كان ذلك متروكاً لاتفاق الطرفين، وينتهي دور الدية الإجبارية أو القانونية بتحول الجرا

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٥٠-٥١، د. السمقا- فلسفة وتاريخ النظ ص١٠٤.

الخاصة إلى عامة تطالب الدولة لا الفرد بالعقاب عليها باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة[1].

المبحث الثالث

الجريمة والعقوبة في ظل الزراعة المتقدمة

عندما وصلت المجتمعات القديمة إلى مرحلة الزراعة المتقدمة كان لهذا التطور الاقتصادي تأثير على التجريم والعقاب في اتجاهين، من جهة برزت أهمية الأموال في المجتمع وترجمت تلك الأهمية إلى حمايتها بقوة، ومن جهة أخرى برزت أهمية الطبقية في المجتمع.

أولاً- تزايد أهمية الأموال وحمايتها:

إن المجتمعات القديمة كانت تهتم في مراحلها الأولى بالعدوان الذي يصيب جسم الإنسان ولم يكن الاعتداء على المال يقع إلا فيما ندر، وذلك راجع بالطبع إلى عدم احتفاظ الأفراد بأموال حيث قاموا باستهلاك ما تقع عليه أيديهم مباشرة، ولهذا السبب نجد أغلب حالات التجريم والعقاب آنئذٍ منصبه على حالات الاعتداء على النفس، ولكن الوضع تغير في عصر الزراعة المتقدمة إذ نجد الاهتمام يتركز على الأموال والثروات ويترجم القانون ذلك بفرض الحماية على الثروة.

ففي مدونة حمورابي نجد أنها قد خصصت أغلب نصوصها الجنائية لحماية الأموال ولم تخصص لجرائم الأشخاص إلا جزءاً محدوداً في نهاية المدونة، ونرى ذلك في شريعة اليهود ومدونة مانو وقانون صولون والقانون الروماني القديم.

ثانياً- تأثير ظهور الطبقات على الجريمة والعقوبة:

لقد أدى ظهور الطبقات الاجتماعية وبخاصة انقسام المجتمع بشكل عام إلى

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٥١-٥٢، السقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص١٠٥-١١٠.

طبقتين أحرار ورقيق إلى وضوح انعكاس ذلك على نظام التجريم والعقاب، فالعبد مال مملوك لسيده ومن هنا فإن اعتداء السيد على العبد لا يشكل جريمة حتى لو بلغ ذلك حد القتل، أما إذا اعتدى شخص على عبد مملوك لغيره فإنه لا يسأل عن اعتدائه على نفس أخرى بل يسأل عن مال مملوك للغير.

ونجد آثار هذه التفرقة القانونية بين الأحرار والعبيد في التجريم والعقاب في كثير من النظم القانونية القديمة مثل قانون حمورابي وقانون مانو ومدونة الألواح الاثني عشر[1].

[1]- د. فتحي الدرصفاوي- تاريخ النظم- ص١٥٧-١٦١.

ملخص ا

خلطت المجتمعات القديمة بين مق

أثر التفريق بين الجرائم العامة و

الدعوى

كانت القوة هي المصدر الوحيد

كان طرد الجاني هو الجزاء في حا

اعتمد مبدأ التضامن المشترك في

مرت مراحل التهذيب العقابي

رحمة عشيرة المجني عليه.

القصاص هو أخذ الجاني بمثل م

الدية هي مبلغ من المال يفتدي

تهدئة لهما ويُدئ به اختيارياً ثم تحول إلى

أثّرت الزراعة المتقدمة في نظ

الأموال وحمايتها، والثانية: انعكاس ظهور

فصل الثاني

هوم المنازعة الجزائية والمنازعة المدنية.

الجرائم الخاصة في تحديد من له الحق في تحريك

للقانون في مجتمعات القنص.

ة المنازعات داخل الجماعة الواحدة.

حالة الاعتداء على شخص من خارج الجماعة.

بعدة صور أهمها: التخلي عن المجرم ليقع تحت

ا اعتدى وإيلامه بمثل ما آلم به المجني عليه.

ه الجاني نفسه ويدفعه للمجني عليه أو عشيرته

إلزام قانوني أو إجباري.

ام التجريم من ناحيتين: الأولى: تزايد أهمية

الطبقات على نظام الجريمة والعقوبة.

المبحث الأول

نظام الملكية عند الإنسان البدائي

أولاً- مفهوم الملكية عند الإنسان البدائي:

تولد مفهوم الملكية لدى الإنسان البدائي من الشعور العفوي الذي كان يدفع الإنسان للدفاع عما يحرزه، وهذا الشعور لم يكن يستند إلى قاعدة قانونية وإنما كان اندفاعاً غريزياً، وكان شعوره بالملكية يقوم على أن مايحرزه أو يصنعه هو جزء من شخصه وصورة لقوته ونشاطه، فهو يتصرف به ويسيطر عليه كما يشاء، ويشمل هذا الشعور زوجته وأولاده الذين، لم يكن لهم شخصية مستقلة عنه.

ثانياً- ملكية الأشياء الشخصية:

إن شعور الإنسان بأن أشياء تؤلف جزءاً من شخصه لا ينفصل عنه حمله على الاعتقاد بوجوب مرافقتها له بعد الموت، ومن هنا نشأت قاعدة "ارتباط المال بمالكه وجوداً وعدماً" فلذلك كانت تدفن معه أشياؤه الخاصة (كالسكاكين والحراب والمناجل وغيرها من الأشياء الثمينة)، وفي عصر لاحق (العصر الحديدي) دفن أبطال الحرب مع عرباتهم وإلى جانبهم أدوات الطعام والشراب، وربما دُفنت معهم خيولهم وخدمهم وجورايهم ليقوموا على خدمتهم في العالم الآخر، وقد استمرت هذه العادة عند بعض الشعوب حتى القرن ١٣ م.

ولما كان دفن أشياء الميت أو إحراقها معه يؤدي إلى إفقار أسرته من بعده وبتأثير من الشعور الأخلاقي، أُلغيت هذه العادات فأصبحت أشياء الميت تقسم بينه وبين أسرته فلا يدفن معه إلا أشياؤه الخاصة التي تدعى "حصة الميت"[1] وقد قرر بعض علماء الاجتماع وبعض علماء تاريخ القانون أن نظام المواريث كنظام قانوني قد نشأ أصلاً من

---

[1]- د. الترمانيني - الوسيط - ص١٥١- ١٥٤.

هذه العادة الجديدة، وهي عادة الاحتفاظ بجزء من أموال الميت لأفراد الأسرة[1]، وقد اعترفت القوانين الجرمانية بحصة الميت ونص عليها القانون الإنجليزي المعروف باسم (الشرط الكبير) الصادر عام ١٢١٥م، حيث قسمت أموال الميت إلى ثلاثة أثلاث فثلث لورثته وثلث لزوجته وثلث يدفن معه، ثم عدلت الكنيسة هذا العرف الوثني وجعلت حصة الميت من حق الكنيسة راحة لنفسه وبطل بذلك دفنها معه.[2]

المبحث الثاني

الملكية الجماعية وملكية الأسرة

أولاً- الملكية الجماعية:

لما احتاج الإنسان إلى العيش في جماعة كبيرة العدد نسبياً، وذلك عندما بدأ الناس في ممارسة نشاط اقتصادي يحتاج إلى تضافر الجمهور، بدأت الملكية الجماعية في الظهور، وقد بدأ ذلك في صورة النظر إلى ناتج القنص الذي تقوم به مجموعة من الرجال ملكاً للمجموع، وتأكدت الظاهرة عندما وصل المجتمع إلى النشاط الرعوي فاشتركت المجموعة في ملكية القطيع، وظاهرة الملكية الجماعية للقطعان ما زالت قائمة إلى يومنا هذا لدى بعض مجتمعات الرعي.

وبتطور الأمور نجد هؤلاء الرعاة يضعون أيديهم على مساحات شاسعة من الأرض يرعون فيها مواشيهم ويقومون في الوقت نفسه بقنص الحيوانات الموجودة فيها، وتلك المساحات الشاسعة من الأرض مملوكة ملكية جماعية لهم[3].

وقد ظهرت الملكية الجماعية في آسيا وأوربا حين أخذت الجماعة تتعاون على صيد الحيوانات الضخمة بعمل جماعي تحت قيادة زعيم الجماعة وازدهرت باستئناس بعض

---

[1]- د. المرصفاوي – أصول – ص١٦٢.

[2]- د. الترمانيني – الوسيط – ص ١٥٤.

[3]- د. المرصفاوي – أصول – ص ١٦٣.

الحيوانات "كالخيل والثيران والوعول"[1].

وهكذا يمكن القول بأن ملكية وسائل الإنتاج بدأت في الواقع ملكية جماعية وعلى رأس ذلك ملكية الأرض، بينما اتضح لنا أن المتعلقات الشخصية كانت منذ بداية الأمر تخضع لمفهوم الملكية الفردية.[2]

ثانياً- تحول الملكية الجماعية إلى ملكية الأسرة:

حين استقرت بعض الشعوب في الأرض وأخذت تمارس الزراعة، لزمت الملكية الجماعية التي ألفتها من قبل، وعندما اعتادت الشعوب الاستقرار في الأرض وبدأت تؤكد اتخاذها الزراعة نشاطاً رئيساً لها، بدأ الإنسان يشعر بضرورة تأمين مستقبل الجماعة في الأوقات اللازمة لنضج المحصولات، ولهذا لم يظهر في البداية إلا نظام الملكية الجماعية، وعندما بدأت تلك الجماعات تلحظ انخفاض إنتاجية الأرض عاماً بعد عام اهتدت إلى وسيلة تريح الأرض وهي زرعها سنة وتركها تستريح في السنة التالية، ثم ارتقت وأخذت تزرعها سنتين وتريحها سنة، ثم لجأت تلك الجماعات إلى توزيع الأرض داخل الملكية الجماعية بين الأسر المختلفة لما تبين لها من أن إدارة الأرض واستغلالها بواسطة أفراد أسرة واحدة يؤدي إلى إعطاء مزيد من النتائج، وكان توزيع مساحات الأرض على الأسر يتم بطريق التناوب أي يتم تداول المساحات كل فترة زمنية، كما قد يتم بطريق القرعة، وقد استمرت المجتمعات في بعض الأنحاء على هذا النظام حتى أواخر القرن ١٩ م، ولم يكن يحق للأسر التنازل عن نصيبها أو أن تتوارثه بين أعضائها بل ترده إلى العشيرة عند انتهاء الانتفاع.

ثم وصلت المجتمعات إلى مرحلة أكثر تقدماً لدرجة احتفاظ كل أسرة نهائياً بالأرض التي وزعت عليها، وهكذا انقلب الاستغلال المؤقت لأسرة معينة إلى استقرار دائم وملكية دائمة، وبذلك تحولت ملكية الجماعة إلى ملكية الأسرة بتأثير عبادة الأسلاف

1- د. الترمانيني – الوسيط – ص١٥٥.

2- د. المرصفاوي – أصول – ص١٦٤ .

والتقاليد الدينية التي كانت تقضي بدفن الموتى في الأرض وما يتبع ذلك من عدم جواز انتقالها إلى أسرة أخرى، وأضحت الأسرة وحدة اقتصادية مغلقة تؤمن نفسها بنفسها وتشمل ملكيتها المنزل والأرض الزراعية وأدوات الزراعة والأرقاء والحيوانات وكل الأدوات التي يقوم عليها كيان الأسرة..[1]

المبحث الثالث

الملكية الفردية وتقلباتها

أولاً- ظهور الملكية الفردية للأراضي:

لما كان رب الأسرة هو الكاهن الذي يقوم بتقديم القربان للأسلاف وإتمام الشعائر الدينية الواجبة نحوهم، فقد اختص بملكية الأرض التي كانت من نصيب الأسرة باعتباره ممثلاً لها، وأصبح هذا النصيب ينتقل من رب أسرة إلى آخر عن طريق الإرث فتحولت بذلك ملكية الأسرة إلى ملكية فردية[2]..

وبظهور النقد مع اكتشاف المعدن اتسع نطاق التبادل وظهرت التجارة وتبدلت الحياة الاجتماعية والاقتصادية في المدينة فأدى ذلك كله إلى ضعف الفكرة الدينية التي تقوم عليها ملكية الأسرة، وأضحى من الممكن التصرف بأموال الأسرة وقسمتها وانتقالها بالإرث والوصية، وبذلك تسنى لأفراد الأسرة وللغريب عنها أن يتملك من أموالها ما كان ممنوعاً عليه[3].

ثانياً- الملكية في النظام الإقطاعي:

يستعمل تعبير "النظام الإقطاعي" في معنيين، أولهما يراد به مجموعة الترتيبات التي بموجبها يصبح الأفصل (المقطَعون) تابعين للسادة وتصبح الأراضي أملاكاً ثابتة أو

---

[1]- د. المرصفاوي – أصول – ص١٦٤ ، د. الترمانيني – الوسيط – ص١٥٦- ١٥٧ ، د. ممدوح – أصول – ص٤٩ .

[2]- د. عمر مصطفى- أصول- ص٤٩.

[3]- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٥٨-١٥٩.

إقطاعات، وثانيهما يقصد به التنظيم السياسي والاجتماعي الذي انتشر خلال قرون معينة في العصور الوسطى، وتعتبر الإقطاعية من الناحية السياسية شكلاً للحكومة تحتكر فيها السلطة السياسية من قبل فئة قليلة من القادة العسكريين[1].

وقد ظهر هذا النظام في أعقاب غزو الشعوب البربرية التي قضت على الإمبراطورية الرومانية، ونتيجة لتصدي الرؤساء المحاربين للغزو أقاموا القصور المحصنة وتولوا فيها السيادة والحكم، وفي منتصف القرن الثامن الميلادي جمع شارلمان شتات الإمبراطورية الرومانية وأسس الإمبراطورية الغربية، وبموت شارلمان أصبح السادة الإقطاعيون هم الحكام الفعليين في مناطقهم[2].

ولم تكن طبقتا الأسياد والأفصال منفصلتين، فأغلب النبلاء الإقطاعيون كانوا أسياداً وأفصالاً في الوقت نفسه عن طريق الإقطاع من الباطن، وجرى التمييز في الإقطاع الأوربي في العصر الكلاسيكي بين نوعين ١- الاقطاعات التي يحوزها الأفصال من ممتلكات السادة ٢- إقطاع الأفصال من إقطاعات السادة، وكانت المزرعة (manor) هي الوحدة الأساسية في الإقطاع الأوربي، ويعتبر الإقطاع الأوربي في الأصل شكلاً من أشكال الملكية مدى الحياة ثم اعترف له بالصفة الوراثية فجرت العادة بانتقال الإقطاع إلى الولد الأكبر سناً ثم أضحى يوزع بين باقي الورثة وفي تطور لاحق شمل القُصر والنساء، وكان يلتزم المقطع الأوربي بـ١-الحلوان ٢-الضيافة ٣-المعونة.

وانقسم سكان المزرعة الاقطاعية إلى ١-الأقنان ٢-الفلاحين نصف الأحرار، وتترتب للمقطَع الأوربي حقوق على سيده الإقطاعي (كالإعالة) وحقوق على سكان الإقطاع كالخدمة الشخصية والسلطان القضائي وبعض الالتزامات المالية وترتب عليه واجبات أهمها: ١-الإخلاص ٢-الحماية[3]

1- Strayer (Joseph): Feudalism in western europe, p 15-18

2- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٥٩.

3- نزار حسن - الاقطاعات الحربية في مصر المملوكية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٩٩ - ص١٥٨، ٢٢٥-٢٢٦، ٢٨٠-٢٨٢، ٣٣٠-٣٣٢، ٣٣٩-٣٤٠، ٣٥٣-٣٥٤.

وقد زال النظام الإقطاعي في أعقاب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م فتحرر المزارعون واستردوا ملكية أراضيهم وتملكت الدولة أراضي الملك وأراضي السادة وجعلتها ملكاً للدولة، ولم يلبث هذا النظام أن زال من أوربا ثم تدرج زواله في البلاد الأخرى.[1]

أما الإقطاع الإسلامي فينقسم إلى إقطاع تمليك وإقطاع استغلال.

- إقطاع التمليك: ١- إقطاع تمليك الأراضي الموات، ٢- إقطاع تمليك الأراضي العامرة (أ – الأراضي العامرة المملوكة في دار الحرب، ب- إقطاع الأراضي العامرة الخراجية).
- إقطاع الاستغلال: ١- إقطاع خراج الأراضي، ٢- إقطاع منفعة الأرض (أي فوائد الأراضي العامرة ومنافعها من غير تملكها).[2]

ثالثاً- تحرير الملكية الفردية بعد زوال الإقطاع:

نادت الثورة الفرنسية بحرية الإنسان وتحرير الأرض من آثار الإقطاع فعادت الملكية الفردية، ونص الدستور الصادر عام ١٧٩١ على أن "الملكية حق مصون ومقدس لا يجوز تجريد أحد من هذا الحق إلا لضرورة تقتضيها المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل" وقد أكد القانون المدني الصادر عام ١٨٠٤م هذا المبدأ فنص في المادة ٥٤٤ على أن "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الشيء وهو حق مطلق ما لم يكن استعماله ممنوعاً في القوانين والأنظمة ، وأن للمالك أن يستثمر أرضه متى يشاء وكيف يشاء" وقد كان إطلاق حرية التملك على هذا النحو نوعاً من رد الفعل على نظام الإقطاع فاستبدلت الثورة النقيض المتطرف للنظام الإقطاع وهو إطلاق حرية التملك.

رابعاً- تقييد حرية التملك:

لم يكن من الممكن استمرار حرية التملك كما قررته الثورة الفرنسية، فأخذ المشرع بتقييدها شيئاً فشيئاً وخصوصاً بعد أن تدخلت الدولة في توجيه الاقتصاد القومي،

---

[1]- د. الترمانيني – الوسيط – ص١٦١ .

[2]- نزار حسن – الاقطاعات الحربية – ص٥٥، ٧٢-٧٥، ٨٧، ١٠٢ .

واعتبرت الملكية وظيفة اجتماعية حتى ضاق مفهومها في بعض الدول وذهب بعضها إلى إلغائها إلغاءً تاماً.

وقد أدى تدخل الدولة في توجيه الاقتصاد إلى تحديد حرية التملك وتقييد سلطة المالك في أمور عديدة، كتحديد أسعار المحاصيل الزراعية وتحديد أجور المباني وتحديد الملكية الزراعية، ثم جاء نظام التأميم الذي ألحق كثيراً من المؤسسات الخاصة الصناعية والتجارية بملكية الدولة أو بإدارتها فقضى على جانب مهم من الملكية الفردية.[1]

المبحث الرابع

الأساس الديني لفكرة الملكية

تصور الإنسان البدائي أساس حق الملكية في الاعتقاد بوجود قوى خفية تسيطر على هذه الأشياء فتصورها على صورة كائنات حية ابتدع لها الأساطير، ولذلك اصطبغ حق الملكية في الشرائع القديمة بالطابع الروحي، فقد كان الإنسان يعتقد بعدم أحقيته بتملك الأراضي وإنما يقتصر حقه على تملك الأشياء المنقولة أما الأرض فلم يكن يتصور أنه قادر على تملكها، لأنها في اعتقاده إله تسيطر على الإنسان ولا يسيطر عليها، والأمر نفسه فيما يخص الحقول والغابات والأنهار فهي خارجة عن التملك لأنها جزء من الأرض المؤلهة، فيقتصر حق الإنسان على الاستفادة من ثمراتها لأنها منحته حق الاستغلال وعليه أن يقدم لها أطيب ما تقدمه الأرض من ثمار، ولذلك كان يتقرب إلى الآلهة بالبواكير من زراعته وبالأدعية والصلوات، وقد ساد هذا الاعتقاد الشعوب الزراعية جميعاً وهذا هو أساس شعائر وعبادات التقرب من الأرض لكي تخصب بالمحصول وتزدهر بالعشب والثمار.

فقد كان السومريون منذ أقدم العصور يعبدون "الأرض الأم" ويعتقدون بألوهية الأنهار، والأمر نفسه نجده لدى المصريين القدماء، حيث كانوا يميزون بين نوعين من

---

[1]- د. الترمانيني – الوسيط – ص١٦١-١٦٢ .

ملكية الأرض، ملكية المعابد ويسمونها (حقول الآلهة) وملكية فرعون التي كان يوزعها على الفلاحين ويمنحهم حق استثمارها لقاء بدل نقدي سنوي يقدمونه إليه ومن هنا نشأ تصنيف الأموال إلى صنفين متميزين: أموال الآلهة وأموال الناس، والأمر نفسه نجده لدى الرومان فقد قسموا الأموال إلى أموال من حقوق الناس، وأموال من حقوق الآلهة كأسوار المدينة وأبوابها وأراضي مقابرها.

ولما كان التصور في هذه المرحلة أن الآلهة كائنات حية لها وجود خاص وذاتية مستقلة، فقد انعكس ذلك على تصور تمتعها بحق الملكية بالمفهوم القانوني، ومن خلال هذا التصور نلمس تأثير عبادة الموتى في نمو الملكية العقارية، فالأموات المدفونون في الأرض أصبحوا أسلافاً مؤلهين وظلوا هم حملة المنازل والأراضي والحقول والمياه ومالكيها، مما أدى إلى انتقال المال الموروث إلى أبنائهم كي يستمروا في عبادتهم، ومن هنا تبدو أهمية عبادة الأسلاف عند الشعوب الزراعية وما كان لها من تأثير في النظام القانوني لملكية الأرض، فهذه العبادة التي تربط الموتى من الأسلاف بأفراد الأسرة الأحياء كانت الربط الديني الذي قام عليه نظام الإرث وبها أضحت الملكية العقارية حقاً مقدساً تحميه الآلهة ينتقل من الآباء إلى الأبناء.

ولذلك اعتقد اليهود أن الأرض ملك للرب، وقد منحها لشعبه مقابل إتاوة عينية إليه هي عشر ثمراتها، وعند اليونان القدماء كانت آلهة الأرض هي أكبر الآلهة وهي الآلهة الأم.

وقد ترتب على الاعتقاد بتقديس الأرض وعبادة الأسلاف المدفونين في ثراها عدم جواز التصرف فيها أو إدخال غريب إليها إلا بطقوس واحتفالات دينية.

بيد أن الاعتقاد بملكية الآلهة للأرض ملكية تامة ما لبث أن تبدل مع الزمن بتأثير العوامل الفكرية والاقتصادية وتحول الآلهة إلى حملة، وأضحت الأرض قابلة لتملك الإنسان كما أضحى له حق التصرف بها، ولكن الطقوس الدينية التي كانت تعبر عن العقيدة السابقة بقيت مستمرة وكانت مراعاتها واجبة لصحة التصرف، فبيع الأرض في

الفصل الرابع

نظام الرِّق[1]

تمهيد:

يعتبر الرق من أهم النظم القانونية في المجتمعات القديمة قاطبة، وإن كان هذا النظام يعتبر وصمة في جبين الرقي الإنساني، إلا أنه كنظام كان حقيقة واقعة، بل إن بعض الباحثين قد نظر إليه باعتباره علامة تقدم على درب التحضر والتمدن لأنه قد قام على أنقاض عادة بدائية هي استباحة دماء الأجانب والأعداء ولأنه كان الركيزة الاقتصادية الأولى لقرون طويلة، ويستمد الرق أهميته من الجدل العلمي والإنساني الذي ثار بصدده والذي انقلب إلى دعوة لتحرير الإنسان عموماً من براثن الاستغلال.

والرق لغة هو الملك والعبودية، والرقيق هو العبد لأنه يرق لسيده وينذل له ويخضع، أما الرق كاصطلاح فهو سلطة لإنسان على إنسان مثله، وهو يقوم على التبعية والخضوع لسلطة السيد التي كانت مطلقة لتصل إلى حق الحياة والموت، ثم تطورت مع ارتقاء المجتمعات لتصبح مقيدة ببعض القواعد، وقد ظهر بجانب الرق نظام آخر هو نظام العتق فكان وسيلة لتحرير الرقاب من العبودية، ومن هنا ظهر التمييز في طبقات المجتمع فكان الأحرار والعتقاء والعبيد.

المبحث الأول

نشوء ظاهرة الرق

أولاً- ظهر الرق بظهور الحضارة الإنسانية ولم يكن معروفاً في عصور الهمجية، فالجماعات البدائية التي كانت تعيش في العصر الحجري على الصيد والقنص

[1]- د. الترمانيني – الوسيط – ص١٦٩-١٨٢ ، د. المرصفاوي – أصول النظم القانونية – ص١٢٧-١٤٤ .

وجني الثمار كان يشيع فيها المساواة والتعاون، ولا تعرف من الروابط غير رابطة القربى ومن السلطة غير سلطة الزعيم في الجماعة وسلطة الأب في الأسرة، وكان الغريب عنها يعتبر عدواً يحل قتله فكانت تقتل الغريب والعدو وكثيراً ما كانت تأكله لأن استبقاءه حياً يكلفها عبء غذائه وحراسته في وقت كان الغذاء قليلاً وكانت حياتها المتنقلة تجعل من العسير الاحتفاظ به وتأمين حراسته.

ثانياً- لما وصلت المجتمعات البشرية إلى مرحلة الرعي والزراعة كنشاط اقتصادي وأخذت تستقر في الأرض، وجدت في الغريب والعدو والأسير وسيلة لاستخدامه في رعي الماشية وزراعة الأرض فاحتفظت به، وبذلك سلمت له روحه وحل استخدامه محل أكله.

وأقدم وثيقة وصلت إلى الباحثين عن ظاهرة الاسترقاق كانت من بلاد سومر في جنوب العراق ويرجع تاريخها إلى الألفية الثالثة قبل الميلاد وتتكلم على رقيق يعملون في جمع الحطب وحمل المياه إلى الخزانات.

ويبدو أن الربط كان قائماً في العقلية البدائية بين الغريب والحيوان البري، ففي مرحلة القنص كان الحيوان البري يقتل ليستهلك وكذلك كان الغريب عن الجماعة يقتل ليمتنع عن المنافسة في الاستهلاك وقد تفيد جثته كطعام، ولما وصل المجتمع القديم إلى مرحلة الرعي بدأ الحفاظ على حياة الحيوان وتربيته للاستفادة منه ومن نتاجه، وانعكس الوضع على معاملة الغريب فنجد الإبقاء على حياته للاستفادة من جهده وإنتاجه.

ثالثاً- وعندما كبرت الجماعات وازداد عددها كانت الحروب التي تنشب بينها وسيلة لتزويد المنتصر بأعداد كبيرة من الأسرى، فتتخذهم أرقاء تستفيد من قوتهم في تأمين مزيد من القوت والإنتاج، ومن هنا نشأ الرق كظاهرة اجتماعية واعتبرت سلامة الرقيق تقدماً ملحوظاً في مسيرة الحياة الاجتماعية، فالعيش في أدنى المراتب أهون من القتل، على أن الأسرى كانوا في كثير من الأحيان عرضة للقتل الجماعي وغالباً ما يكون قتلهم خوفاً من ثورتهم على المنتصر، أو لتقديمهم قرابين للآلهة.

المبحث الثاني

مصادر الرِّق

كانت الحروب المصدر الأول للرقيق، ولكن التطور الذي أصاب المجتمعات أضاف عدة مصادر أخرى ومن أهمها:

١- **الولادة:** كان ابن الرقيقة يعتبر رقيقاً بالولادة وهو يتبعها في الرق ولو كان أبوه حراً.

٢- **الدَّين:** جرت غالبية المجتمعات القديمة على اعتبار أن المدين المعسر كان يفقد حريته ويصبح من الأرقاء إما لدى الدائن مباشرة، وإما ببيعه في سوق الرقيق ليستوفي الدائن حقه من الثمن، وقد كان القانون الروماني القديم يقرر بيع المدين الروماني المعسر كرقيق خارج أسوار مدينة روما ليستوفي الدائن حقه، ولأن الحر لا يصح له العيش داخل أسوار المدينة متى فقد حريته.

٣- **عقاب الجرائم:** جرت بعض المجتمعات القديمة على جعل الاسترقاق عقوبة لبعض الجرائم، فنجد الاسترقاق عقوبة لبعض الجرائم الخاصة، ففي أثينا كانت عقوبة جريمة الشتم والإهانة تسليم المحكوم عليه إلى المجني عليه ويسترق كالمدين، وكان جزاء بعض الجرائم العامة في روما يؤدي إلى الرق كالهرب من الجندية، أو التهرب من التسجيل في قوائم الضرائب أو في سجلات التجنيد، فكان يأمر حاكم مدينة روما ببيع المذنب كرقيق خارج أسوار المدينة.

٤- **بيع الأولاد:** كانت السلطة الأبوية في القوانين القديمة تسمح للأب ببيع أولاده القاصرين كأرقاء، فقد كان بيع الأولاد شائعاً في أثينا حتى القرن السادس قبل الميلاد، كما كان شائعاً في روما حتى عهد الإمبراطورية العليا، ثم ظهر في عهد الإمبراطورية السفلى وشاع في الطبقات الفقيرة، وعند كثير من الشعوب كان بيع الأولاد شائعاً، فقد ظل سارياً في انجلترا حتى القرن الثاني عشر ميلادي، وفي فرنسا حتى القرن الخامس عشر ميلادي، كما كان شائعاً

في الصين واليابان، ولما حدثت المجاعة الكبرى في الصين عام ١٨٧٨ أخذ السكان ببيع أولادهم في الولايات الأخرى، وفي اليابان ظل بيع الأولاد شائعاً حتى القرن التاسع عشر، فقد كان فقراء الفلاحين في الصين واليابان يبيعون بناتهم إلى بيوت الدعارة ويضنون ببيع أراضيهم خوفاً من غضب الأسلاف المدفونين فيها لكيلا ينقطعوا عن ممارسة عبادتهم.

٥- **الشراء:** كانت المدن القديمة كأثينا وروما تعيش على ملكية الأسرة، وكان الملاكون الزراعيون يشترون الأرقاء من قراصنة البحار الذي كانوا يخطفون الرجال والنساء والأطفال من بلاد بعيدة ويتاجرون بهم وقد استمر خطف الرجال والنساء من شواطئ غرب إفريقية بعد اكتشاف الأمريكيتين، حيث كان يباع هؤلاء المخطوفون في أسواق النخاسة في أمريكا.

٦- **الولاء:** كان الجوع كثيراً ما يدفع الغرباء إلى اللجوء إلى المدينة، فكان لا بد للغريب من الاحتماء بإحدى الأسر لأن القوانين القديمة لا تحميه، فيجد لدى الأسرة الحامية المأوى والطعام والأمن ويصبح مولى لها، وكان قبوله في الأسرة يخضع لطقوس شبيهة بطقوس الزواج والتبني، وبذلك يصبح عضواً من أعضائها ويرتبط بديانتها ويخضع لسيدها وينطوي تحت ولايته، فيفقد بهذا الخضوع حريته، وكان الولاء عقداً بين الولي والمولى يقوم على التكافل والتعايش فكان على الولي إطعام مولاه وإحسان معاملته وكان على المولى بذل جهده في خدمة سيده على أكمل وجه.

وقد ذكر مونتسكيو مصادر أخرى طريفة للرق، فعلى سبيل المثال كان الأساس الذي بني عليه حق جعل الهنود الحمر عبيداً للأسبان، أن الإسبان وجدوا بقرب إحدى المدن سلالاً مشتملة على أغذية للأهلين فجعل الغالبون ذلك جريمة عقابها الرق وذلك فضلاً عن تدخينهم تبغاً وعدم إطلاق لحاهم على الطريقة الإسبانية.

وكان الدين سبباً للرق لتسهيل العمل في سبيل نشره، فعلى سبيل المثال نال

"لويس الثالث عشر" كثيراً من القانون الذي يجعل زنوج مستعمراته عبيداً، غير أنه وافق عليه عندما ألقي في روعه أنه أضمن وسيلة لهدايتهم إلى النصرانية[1].

المبحث الثالث

الوضع الاجتماعي والقانوني للرقيق

أولاً- الوضع الاجتماعي للرقيق:

كان الرقيق ملكاً لسيده وشيئاً من أشيائه يخدمه في حياته ويدفن معه عند مماته ليقوم بخدمته في العالم الآخر، ولما أضحى الرقيق أداة منتجة، أخذوا يعتنون بتربيته كعنايتهم بتربية الماشية وكانوا يسمونه (القطيع البشري)[2].

ولأن الرقيق من الأموال التي تعود بالفائدة على سيده نجد الشرائع القديمة كافة تسلم بنظام الرق وإن كان الراقي منها يشترط أن يكون الرقيق من الأجانب ويحرم استرقاق المواطنين، كما هو الحال في مصر الفرعونية وفي مدينة روما التي رفضت بيع المواطن الروماني إلا خارج أسوار روما، ولرسوخ ظاهرة الاسترقاق نجد أكثر الفلاسفة رقياً يقرها فها هو أرسطو يقول "إن منفعة الحيوانات المتأنسة ومنفعة العبيد كأنها شيء واحد، كلاهما يساعدنا في قضاء حاجاتنا المادية، والطبع ذاته يريد ذلك مادام يجعل أجسام الناس الأحرار مغايرة لأجسام العبيد، إذ يعطي العبد الشدة الضرورية في الأعمال الغليظة للمجتمع ويخلق على ضد ذلك أجسام الأحرار، فهي لا تصلح لأن تحني قوامها المستقيم لتلك الأشغال الشاقة، بل تعدهم لوظائف الحياة المدنية فحسب، تلك الحياة التي تتنازعهم فيها مشاغل الحرب ومشاغل السلام[3]".

---

[1]- مونتسكيو - روح الشرائع - ج١ - ص٣٥٢-٣٥٣.

[2]- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٧٥-١٧٦.

[3]- د. المرصفاوي- أصول- ص١٣٨.

ثانياً- النظام القانوني للرقيق:

كان يجوز مالك الرقيق على حق مطلق على عبده فهو شيء من أشيائه، ولكنه شيء ضروري في حياته كمنزله وحقله[1]، ولأن الرقيق من الأموال قامت القوانين القديمة بتنظيم كيفية الاستفادة من ملكيته وكيفية نقل تلك الملكية، فنجد مدونة حمورابي تنظم عقد بيع العبد، إذ تطلب أن يتم ذلك في عقد مكتوب ويضمن البائع للمشتري العيوب الخفية التي تظهر في العبد بعد شرائه، كما أن البائع ملتزم بضمان الاستحقاق، وباعتبار العبد من الأموال لم يكن من الجائز الاعتداء عليه من الآخرين، فنجد نصاً في مدونة حمورابي على أن من يفقأ عين العبد المملوك لغيره يدفع نصف ثمنه لمالكه، والغريب أن هذه العقوبة نجدها بذاتها توقع على من يفقأ عين ثور مملوك للغير[2].

أما العبد في الشرع الروماني القديم فقد كان يعد من الأشياء الثمينة، وكان يخضع لسلطة رب الأسرة كخضوع أفرادها له، ومن حقه أن يبيعه وأن يؤجره وله أن يرهنه ضماناً للدين، وله أن يقتله إذا شاء، وكان من نتائج حرمان الرقيق من الحرية تجريده من شخصيته القانونية[3].

وباعتبار الرقيق من البشر نجد أن بعض القوانين القديمة قد نظرت إليه كذلك وقررت له بعض الحقوق التي ترتبط بالحياة الآدمية، فنجدها قد نظمت طرق عتقه كمدونة حمورابي كما قررت حقه في تكوين أسرة خاصة به، كما كان العبد يتمتع بشخصية قانونية مقيدة، وإذا مات العبد عن أموال فإن نصفها كان يذهب لورثته بينما يذهب نصفها الآخر لمالكه[4].

أما الرقيق عند الرومان فقد كان محروماً من شخصيته الإنسانية لأنه شيء، لذلك لم يكن له حق في الزواج القانوني ومن ثم لا يحق له أن ينشئ أسرة وعلاقته مع رقيقة

1- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٧٦.

2- د. المرصفاوي- أصول- ص١٣٩.

3- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٧٦-١٧٧.

4- د. المرصفاوي- أصول- ص١٤٠.

مثله تقوم على المباشرة لا على الزواج الممنوع عنه، مثله في ذلك مثل البهائم، ولذلك كان لا يربطه بالمرأة التي يعاشرها ولا بالأولاد الذين ينسلون منه نسب أو قرابة، وإذا عاشر رقيق لسيد رقيقة لسيد آخر فيقتسم السيدان أولادهما[1].

ثم بدأت أحوال الرقيق القانونية والاجتماعية بالتحسن في أواخر العهد الجمهوري تحت تأثير الفلسفة الإغريقية وبخاصة الفلسفة الرواقية، فقد نادت بمبدأ الحرية الطبيعية وأن الناس جميعاً ولدوا أحراراً، وأن العبد قبل كل شيء هو إنسان له عقله وتمييزه، وقد تأثر بها كثير من مفكري الرومان كشيشرون ولوكرس، ثم جاءت المسيحية لتؤكد بتعاليمها المساواة بين البشر[2]، ولذلك امتنع على السيد أن يقتل عبده، أو أن يسيء معاملته دون مبرر، أو أن يتخلى عنه إذا اعتل أو كبر في السن، وكذلك امتنع على السيد أن يجبر عبده على منازلة الوحوش في حلقات السيرك، إلا إذا كان ذلك عقوبة لذنب ارتكبه العبد بشرط أن يحصل السيد على إذن من الحاكم، وأضحى من حق العبد أن يشكو أمره للحاكم إذا أساء سيده معاملته فإذا تحقق الحاكم من ذلك أمر ببيع العبد لسيد آخر، ولما كثرت الأعمال التجارية أخذ السيد يعهد لعبده ببعض الأعمال القانونية يمثل فيها سيده وينوب عنه، فكان له في بادئ الأمر أن يجعل من سيده دائناً، ثم أضحى من حقه أن يجعله مديناً ملتزماً بما يبرمه من عقود[3].

المبحث الرابع

إلغاء الرِّق وزواله

بقي نظام الرق في أوربا حتى القرن الخامس عشر ميلادي ولكنه أخذ يتلاشى فيما بعد ذلك، وظل مستمراً في المستعمرات الإفريقية والأسيوية يخضع له الزنوج والملونون

---

[1]- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٧٧.

[2]- د. السقا- فلسفة وتاريخ النظم- ص٢٦٢.

[3]- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٧٧.

وأصبح تجارة رابحة تستثمرها الشركات بحماية الدول المستعمرة، وكان لشركة الهند الغربية دور مهم في الاستثمار والاستعمار[1].

وفي القرن الثامن عشر بدأت حركة فلسفية وأدبية تنادي بإلغاء الرق، كما هو بيّن عند المفكر الفرنسي المعروف مونتسكيو في كتابه "روح القوانين" الذي يهاجم فيه استرقاق الأفارقة.

أولاً: موقف مونتسكيو من نظام الرق:

يرى مونتسكيو أن الرق ليس طيباً بطبيعته، فهو غير مفيد للسيد ولا للعبد، فهو غير مفيد للعبد لأنه لا يستطيع صنع شيء عن فضيلة، وغير مفيد للسيد لأنه يألف مع عبيده كل أنواع العادات السيئة، ولأنه يصبح عاتياً متسرعاً قاسياً غضوباً شهوانياً جائراً[2].

واعتبر مصادر نظام الرق (كاسترقاق أسرى الحروب والدين والولادة) التي أقرها فقهاء الرومان غير موافقة للصواب مطلقاً، ثم انتهى إلى أن "الرق مخالفٌ للحقوق المدنية كمخالفته للحقوق الطبيعية"[3].

وأما رأيه في استرقاق الزنوج فنلخصه فيما يلي: "يرى أن شعوب أوربا التي أبادت شعوب أمريكا قد اضطرت إلى استرقاق شعوب إفريقية استخداماً لها في إحياء كثير من الأراضي، وهؤلاء الزنوج سود من الأرجل حتى الرأس وهم من قصر الأنوف ما يتعذر معه الرثاء لهم تقريباً، ولا يلقى في الذهن كون الله البالغ الحكمة قد وضع روحاً طيبة على الخصوص في جسم تام السواد، ويرى أنه من الطبيعي جداً أن يفكر في كون اللون هو الذي يقوم عليه جوهر الإنسانية، ويرى أن من الأدلة على عطل الزنوج من الرشد العام كونهم يفضلون القلادة الزجاجية على القلادة الذهبية ذات القيمة العظيمة لدى الشعوب المتمدنة، وأنه من المحال أن نفترض هؤلاء الآدميين من الناس، وذلك لأننا

---

[1]- د. الترمانيني- الوسيط- ص١٧٩-١٨٠.

[2]- مونتسكيو- روح الشرائع- جـ١- ص٣٤٩.

[3]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٥٠-٣٥٢.

إذا ما افترضناهم أناساً أخذنا نعتقد أننا غير نصارى، ومن ذوي النفوس الصغيرة من يغرقون في بيان الجَور الذي يُسامُ به الإفريقيون، وذلك لأن الجور إذا كان كما يقولون أفلا يخطر ببال أمراء أوربة أن يضعوا عهداً عاماً في ذلك عن رحمه ورأفة"[1].

ويرى أن مصدر حق الرق الحقيقي والمطابق للعقل هو "الرق القائم على خيار حر صادر عن رجل يجعل له سيداً عن منفعة له وهذا ما يؤلف عهداً متبادلاً بين الفريقين" ثم يوضح وجود مصدر آخر لحق الرق ناتج عن "سبب طبيعي في البلدان الحارة التي لا يقوم الناس فيها بواجب شاق إلا عن خوف من العقاب لأن الحرارة توهن فيها البدن وتضعف الشجاعة كثيراً" ولكنه لما كان الناس جميعاً يولدون متساويين فإن من الواجب أن يقال أن الرِّق مضاد للطبيعة وإن قام في بعض البلدان على سبب طبيعي، ويجب أن يفرَّق بين هذه البلدان، والبلدان التي ترفضه الأسباب الطبيعية فيها كبلاد أوربا التي كان من حسن التوفيق إلغاؤه فيها"[2].

ويرى عدم فائدة الرق بين الأوربيين ويجب قصر الرق الطبيعي على بعض بلدان العالم، ويرى أن الأعمال التي يقتضيها المجتمع في جميع البلدان الأخرى مهما تكن شاقة يمكن للرجل الأحرار أن يقوموا بها[3]. ويتساءل مونتسكيو بعد قوله "ولا أدري هل العقل أو القلب هو الذي يملي علي هذا المقال"[4].

ويربط مونتسكيو بين القوانين السيئة والعبودية بقوله "عند وجود القوانين السيئة يوجد الناس الكسالى ولأن هؤلاء الناس كانوا كسالى فاستعبدوا" ويرى بوضوح وجلاء أن "القائلين بالرق هم أكثر الناس مقتاً له، وكذلك أشد الناس بؤساً هم أكثر الناس كرهاً له، ولذلك يعد الهتاف للرق هتافاً للترف والشهوة لا هتافاً للسعادة العامة"[5].

---

[1]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٥٤-٣٥٥.

[2]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٥٥-٣٥٧.

[3]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٥٧.

[4]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٥٨.

[5]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٥٨.

ويرى أن الرق مهما كانت طبيعته فإنه يجب على القوانين المدنية أن تحاول وقاية من سوء الاستعمال من ناحية ومن الأخطار من ناحية أخرى، فيقضي العقل بألا يمتد سلطان السيد مطلقاً إلى ما وراء الأمور القائمة على خدمته ويجب أن يكون الرق للفائدة لا للشهوة، فقوانين العفاف هي من الحقوق الطبيعية ويجب أن يشعر بها من قبل كل أمم العالم، ويمتدح في هذا الصدد "قانون اللنبار" ويعتبر أن فيه نصاً صالحاً لكل الحكومات ويقضي هذا النص بأن "السيد إذا ما فجر بامرأة عبده أصبح الاثنان حرين"[1]، ويرى الخطر قائماً في كثرة العبيد في حال عصيانهم أو تسليحهم، وأوصى بالرفق بالعبيد فالناس يتعودون كل شيء حتى العبودية على ألا يكون السيد أقسى من العبودية[2]. ويرى أنه يجب على الحاكم أن يسهر على نيل العبد الغذاء واللباس وينظم ذلك بقانون، ويجب على القوانين أن تعنى بأمر العبيد في أمراضهم ومشيبهم[3]، وفي صدد العتق يرى أنه لا ينبغي أن يعتق عدد كبير من العبيد بغتةً وبقانون عام، فيمكن أخذ أساليب أخرى كتسهيل اقتناء العبد للأموال والسماح للعبيد بشراء حرياتهم[4].

ثانياً- الحركة الفكرية المناهضة للرق:

رفض فولتير فكرة الرق في مؤلفه "محادثة بين بدائي ومثقف" و"قصة الساذج" ولم يفت بعض رجال الدين الكاثوليك أن ينقدوا نظام الرق ويطالبوا بإلغائه، وقد ساهم الأدباء الفرنسيون في ذلك الموقف الإنساني.

وقد سار علماء الاقتصاد على هذا الطريق الإنساني نفسه، فقد تحرك مؤسس المذهب الاقتصادي الحر "آدم سميث" في كتابه "ثروة الأمم" وقال: "إن العامل الحر أفضل من العبد في الإنتاج، لأن القهر يحجب نشاط الإنسان وذكاءه وإبداعه" وينتهي إلى أن اللجوء إلى استخدام الرقيق هو سبب ارتفاع أثمان السلع، وقد واصل الاقتصادي

---

[1]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٦٠-٣٦١.

[2]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٦٢-٣٦٤.

[3]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٦٦-٣٦٧.

[4]- مونتسكيو- روح الشرائع - ج١- ص٣٦٩.

الفرنسي "جويو" في كتابه "علم الاقتصاد" في تبني الفكرة نفسها عندما قرر بأن استخدام الرقيق قد أدى إلى تأخير اللجوء إلى استخدام الريح والماء كقوتين محركتين"[1].

ثالثاً- إلغاء الرق:

تحت تأثير الأفكار المتقدمة صار إلغاء نظام الرق ممهداً، وقد بدأ ذلك الإلغاء في فرنسا بقانون صادر من مجلس الثورة الفرنسية عام ١٧٩١ حيث ألغي رق العبيد في كل المستعمرات الفرنسية، وأعلن أن الأفراد المقيمين في تلك المستعمرات على اختلاف ألوانهم هم مواطنون فرنسيون ويتمتعون بكل الحقوق التي يكلفها الدستور الفرنسي، غير أن نابليون أعاد نظام الرق في المستعمرات عام ١٨٠٢، وقمع بشدة الثورات التي قام بها زنوج المستعمرات احتجاجاً على هذا التدبير، وقد أدت تلك الثورات إلى فقدان فرنسا مستعمراتها في "سان دومينجو".

أما في إنجلترا فقد تولى الساسة الإنجليز الدعوة لإلغاء رق الزنوج وألغي في مستعمراتهم عام ١٨٣٣ ثم اقتدت الدول الأخرى بها فألغته فرنسا عام ١٨٤٨ والدانمارك عام ١٨٥٦ وإسبانيا عام ١٨٧٢.

وفي الولايات المتحدة كان الأرقاء الزنوج يستخدمون في استثمار الأراضي الزراعية في الولايات الجنوبية وكانوا يعاملون معاملة قاسية ووحشية، ولذلك نادى الكتاب والمفكرون لإلغاء نظام الرق وكان أبلغ نداء في إثارة الشعور العام ضد رق الزنوج قصة "كوخ العم توم" للكاتبة الأمريكية "هاريت بيتشرستو" عام ١٨٢٥، وفيها صورت ما يلقاه الزنوج من ظلم ومهانة وعذاب وشبهتهم بشهداء المسيحية الأوائل، وكان من أشد المتأثرين بهذه القصة "أبراهام لنكلن"، فلما تولى رئاسة الولايات المتحدة وتغلب على منافسه الجنوبي، ثارت الولايات الجنوبية وطلبت الانفصال، وقامت بينها وبين الولايات الشمالية حرب أهلية استمرت أربع سنوات عرفت "بحرب الانفصال" وانتهت بتغلب جيوش الولايات الشمالية، وانتصرت بانتصارها فكرة إلغاء رق الزنوج

---

[1]- د. المرصفاوي- تاريخ النظم- ص١٤٢.

في عام ١٨٦٥ وبانتصار الشمال وإلغاء الرق "انتهى عصر الإقطاع في الولايات المتحدة" طبقاً لقول الأديب الفرنسي الشهير مورياك.

وانتقلت حركة إلغاء الرق من الصعيد الداخلي إلى الدولي لتشمل إلغاءه في العالم، وتعاقبت المؤتمرات الدولية في أواخر القرن التاسع عشر تبرم الاتفاقات لإلغائه، وفي أعقاب الحرب العالمية الأولى (١٩١٤-١٩١٨) أعلنت عصبة الأمم في المادتين ٢٢و٢٣ من بيانها "قمع التعسف والاستغلال بكل صوره ومن جملته تجارة الرقيق" وتعهدت الدول الأعضاء بإلغاء الرق وتحرير الأرقاء، ثم تأيد هذا المبدأ في المادة الرابعة من البيان الشامل لحقوق الإنسان الذي أعلنته الأمم المتحدة في ١٠ك١ عام ١٩٤٨[1].

---

[1]- د. الترمانيني- الوسيط- ١٧٩-١٨٢، د. المرصفاوي- تاريخ النظم- ص١٤٣-١٤٤.

ملخص الفصل الرابع

الرق سلطة لإنسان على إنسان مثله يقوم على التبعية والخضوع.

لم تعرف العصور الهمجية الرق وإنما عرفته مجتمعات الرعي والزراعة.

نشأ الرق كظاهرة اجتماعية واعتبرت سلامة الرقيق تقدماً ملحوظاً في مسيرة الحياة الاجتماعية لأن العيش في أدنى المراتب أهون من القتل.

مصادر الرق متعددة أهمها: ١- الحروب ٢- الدَّين ٣- عقاب الجرائم ٤- بيع الأولاد ٥- الشراء ٦- الولاء.

كان الرقيق ملكاً لسيده وشيئاً من أشيائه يخدمه في حياته ويدفن معه عند مماته.

كان السيد يحوز على الرقيق حق مطلق فهو شيء من أشيائه ولذلك نظمت القوانين القديمة كيفية الاستفادة من ملكيته وطرق نقل هذه الملكية.

بدأ إلغاء الرق بفكرة فلسفية في القرن الثامن عشر، وتحت تأثيرها ألغي عملياً بعد قيام الثورة الفرنسية ليشمل بقية البلدان الأوربية، وامتد ذلك إلى الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثم انتقلت حركة الإلغاء من الصعيد الداخلي إلى الصعيد الدولي ليظهر تأثير هذا الإلغاء في البيان الشامل لحقوق الإنسان الذي أعلنته الأمم المتحدة عام ١٩٤٨.

أسئلة عن الفصل الرابع

س١- بماذا تعلل عدم معرفة عصور الهمجية لنظام الرق؟

س٢- عدد مصادر الرق، واشرح أحدها فقط.

س٣- تكلم على الوضع الاجتماعي للرقيق.

س٤- ابحث في الوضع القانوني للرقيق.

س٥- تكلم على الوضع القانوني للرقيق عند الرومان.

الإجابة النموذجية للسؤال الأول:

لم تعرف عصور الهمجية الرق لأنه كان يشيع فيها المساواة والتعاون، ولم تعرف من الروابط سوى رابطة القربى ومن السلطة سوى سلطة الزعيم والأب، وكان الغريب عنها يعتبر عدواً يحل قتله.

القسم الثاني

تطور القانون

تمهيد:

بعد أن تكونت فكرة القانون وأخذت قواعدها كياناً محدداً واكتملت صورتها الخارجية بتسجيلها في مجموعات رسمية تقوم سلطة عليا بتنفيذها على الأفراد وتضبط بها سلوكهم ومعاملاتهم، لم تتطور كل الشرائع مع تقدم الزمن، بل اختلف ذلك من شريعة إلى أخرى تبعاً لعوامل معينة.

أولاً- الشرائع المتطورة والشرائع الجامدة:

دلت الأبحاث التاريخية على أن المجتمعات البشرية تنقسم من وجهة التطور القانوني إلى نوعين:

١- **مجتمعات متطورة أو متقدمة:** يتطور القانون فيها تطوراً مستمراً تبعاً لتطور الظروف والأحوال الاجتماعية، فأي تغيير في المجتمع يظهر أثره في القانون الذي يحكمه، وبذلك يصبح القانون مقياساً حقيقياً لمقدار تقدم المجتمع ورقيه[1]، ومن أمثلة هذا النوع القانون الروماني الذي جاءت مدوناته ترجمة صادقة لطبيعة الشعب الروماني ومرجع ذلك صفات الأمة الجوهرية واستعدادها لمواكبة المدنية وتطوير قوانينها وتعديلها وتغييرها تبعاً لتقدمها الاجتماعي وازدهارها الاقتصادي لا على مجرد صياغة القواعد القانونية وتدوينها وجمعها، فالعبرة في جمود القانون وركوده يعود إلى روح الجماعة أكثر منه إلى فكرة التدوين[2].

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٦، د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية- جـ١- ص١٦١.

[2]- د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية- ص٢٣٤.

٢- **مجتمعات جامدة أو راكدة:** لا تتطور نظمها القانونية بعد تكامل صورتها الخارجية وتسجيلها في مجموعات رسمية، بل تظل جامدة على هذه الصورة نهائياً، ينتقل قانونها من جيل إلى جيل بلا إصلاح أو تعديل، على الرغم مما كسبته بعد ذلك من التقدم أو الحضارة المادية، ومن أمثلة هذا النوع الشريعة الهندية التي وقفت عند الحد الذي بلغته قديماً ولم يطرأ عليها تعديل أو إصلاح حتى وقت قريب، فهي لم تتجاوز في تقدمها القانوني الدور الذي لم يتميز فيه القانون عن الدين ولم تظهر فيه القواعد القانونية منفصلة عن الأوامر والتعاليم الدينية[1].

ثانياً- أسباب تطور القوانين وجمودها:

اختلفت آراء الشراح في هذا الصدد وأهم هذه الأسباب:

١- التدوين المبكر:

يرى بعض الباحثين أن عدم تطور قوانين بعض الأمم راجع إلى التأخّر في تدوينها، فالسبب في عدم تطور تقاليد الأمم الراكدة بعد تقنينها أو تركيزها في صورة ثابتة، يرجع إلى كونها لم تبلغ مرحلة التقنين إلا بعد مضي قرون طويلة تركت مجالاً واسعاً لتأثير الخرافات والدين في القواعد القانونية، بحيث أصبحت القوانين عند تسجيلها تغلب فيها القواعد الدينية وتختلط بمبادئها بعض الخرافات التي حالت بعد ذلك دون نموها وتقدمها.

أما الأمم المتطورة فقد انتقلت بسرعة إلى مرحلة التقنين، فسلمت تقاليدها القانونية بهذا التقنين المبكر من الخرافات وتأثير الدين في قواعدها القانونية.

ويدللون على ما تقدم بالقول "إن تاريخ الأجناس البشرية يدل على تناسل كل من الهنود والرومان من جنس واحد وتماثلهم في تقاليدهم الأولى ونجد مع ذلك أن الفقه الهندي يشتمل على مركب ضخم من السخافات القاسية وقد سلم الرومان بفضل مدونتهم التي وضعت قبل أن تفسد تقاليدهم من مثل هذا المصير التعيس".

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٨٢.

ولكن هذا الرأي إن صدق بالنسبة لبعض الشعوب فإنه لا يصدق بالنسبة لبعضها الآخر، فهناك قوانين متطورة كقانون الشعوب الأنجلوسكسونية رغم بقاء الجزء الأكبر منه في صورة تقاليد عرفية حتى يومنا هذا، فتقدم القوانين لا يتوقف إذن على سرعة تدوينها، فهناك عوامل أخرى يتوقف عليها تطور القانون مثل طبيعة الشعب وظروفه الاجتماعية والاقتصادية..إلخ.

ويؤيد هذا النقد أن تدوين بعض القوانين "كقانون الألواح الاثني عشر الروماني" كان عقبة في سبيل سرعة تطورها، وإلا لما لجأ فقهاء الرومان وحكامهم القضائيون إلى تلك الوسائل المصطنعة بقصد تعديل أحكام قانونهم حتى يتلاءم مع تطور المجتمع الروماني[1].

٢- الأصل الديني للقوانين:

ذهب فريق آخر من العلماء إلى القول بأن الجمود الذي أصاب تشريعات بعض الأمم راجع إلى الأصل الديني لقوانينها الذي رسخ في أذهانهم واكتسب قوة في نفوسهم لدرجة صعب معها تغيير تلك القواعد ذات الأصل المقدس، فالنظرة المقدسة إلى نصوص القانون قتلت روح التجديد والتغيير لدى تلك الشعوب ومنعتهم من المساس بتلك النصوص.

أما بعض الشعوب الأخرى فقد غلبت روح التجديد ومجاراة تطور المجتمع على قداسة النصوص فعدلت قوانينها وجعلتها ملائمة لتغير المجتمع.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يعمم الحكم، بينما الواقع أن كل التشريعات نشأت من أصل ديني بما فيها القانون الروماني ومع ذلك استطاع الرومان تطوير قانونهم، وكذلك الحال في الشريعة الإسلامية، فقد تمكن الفقهاء المسلمون من الوصول بها إلى

---

[1]- د.صوفي أبو طالب -تاريخ النظم- ج١ -ص١٦٢-١٦٤، د. عمر مصطفى - أصول تاريخ القانون- ص٨٢

Sumner Maine- Ancient law, pp 15-19.

أعلى درجات التقدم ومسايرة ظروف العصر، أما الذي حال دون استمرار التطور فهو قفل باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري وليس الأصل الديني للشريعة الإسلامية[1].

٣- طبيعة نشأة القواعد القانونية:

نشأت القواعد القانونية في شرائع الأمم المتطورة قليلة العدد ضيقة النطاق لا تشمل أحكامها الصلات الاجتماعية من نواحيها جميعاً، وكانت في بعض الشرائع على ندرتها قاسية ظالمة في بعض نتائجها، تؤدي أحياناً إلى قتل المدين واستعباده بسبب عدم وفاء الدين، وبازدياد الصلات الاجتماعية ونشوء أنواع جديدة من مظاهر الحياة وروابطها وتهذب النفوس والأفكار، شعر الناس بالحاجة إلى تعديل هذه القواعد والنصوص حتى يتسع نطاقها فتشمل الحالات الجديدة حتى تكون أقرب إلى الرحمة والعدالة في نتائجها[2].

٤- تناهي النصوص وعدم تناهي الوقائع:

ينظر العلماء إلى هذا السبب باعتباره أحد الأسباب التي تؤدي إلى تطور الشرائع والقوانين فالقواعد القانونية محصورة العدد، بعكس الوقائع والأحداث التي تحكمها فهي لا تقبل الحصر والعد، وهذه الحقيقة البدهية هي التي عبّر عنها الشهرستاني بقوله "نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعاً ويقيناً أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، عُلم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد".

ويكون تقدم المجتمع علة سابقاً لتقدم القانون، لذلك ينبغي أن يواكب القانون في تقدمه المجتمع وتطوره بحيث لا يطول الزمن بين تغير المجتمع وتعديل القانون، والمجتمعات

---

[1]- د.صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - ج١ - ص١٦٤-١٦٥، د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٨٢.

[2]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص٨٢-٨٣.

المتطورة تتميز بقدرتها على تعديل قانونها حتى يجاري تطور المجتمع[1].

ثالثاً- نطاق الدراسة وتقسيمها:

سوف يقتصر بحثنا على القوانين المتطورة، وتعتبر الشريعة اللاتينية أو القانون الروماني، والشريعة الإنجلوسكسونية أو القانون الإنجليزي، والشريعة الإسلامية خير أمثلة للتشريعات المتطورة.

وقد نبتت أصول قانون كل أمة من هذه الأمم في تربة مخالفة للأخرى، وواجهتها ظروف متباينة وصعاب متعددة في تطورها، ولكن هذه الشرائع جميعاً استطاعت أن تواجه تلك الظروف بما يلائمها من حلول، وأن تتخطى تلك الصعاب بشتى الطرق، وليس معنى ذلك أن تطور القانون كان يسير لدى هذه الأمم على وتيرة واحدة، فتطور القانون كان يتوقف أحياناً لأسباب اختلفت باختلاف الشعوب، وكان هذا التوقف يطول أو يقصر تبعاً لتلك الأسباب[2].

وسنحاول في هذا القسم الوقوف على أسباب تطور القانون لدى الأمم المتطورة، ومن أهمها الظروف الاقتصادية والدينية، وسنحاول كذلك استخلاص الوسائل التي اعتمدت عليها هذه الأمم في تعديل قوانينها وتكملتها لمواجهة تطورات المجتمع.

تقسيم: الباب الأول: أسباب تطور القانون.

الباب الثاني: وسائل تطور القانون.

---

[1]- د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ص١٦٥، د. عبدالعزيز شرف- البدر الساطع في أصول النظم والشرائع ١٩٩٠م- مطبوعات جامعة القاهرة- ص٣٤٩-٣٥٠.

[2]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- ج١- ص١٦٥.

Fatma

الباب الأول

أسباب (عوامل) تطور القانون

تمهيد:

لم يقف القانون لدى الأمم المتطورة عند حد تدوينه، أو ثباته في أذهان الناس في صورة تقاليد عرفية، بل تابع تطوره نظراً لما أصاب المجتمع الذي يحكمه من تغيرات، فما هي الأسباب التي عملت على تطور المجتمع ومن ثم أدت إلى تطور القانون؟

مما لا شك فيه أن أسباب تطور القانون تختلف باختلاف الزمان والمكان، ومن ثم فإنه من الصعوبة بمكان أن نجري حصراً شاملاً للأسباب التي دفعت بقوانين الأمم المختلفة إلى عالم التطور والتقدم، خصوصاً إذا كانت الدراسة تتسم بطابع التجريد والعمومية ولا تنصب على قانون أمة معينة بالذات، وبصفة عامة فقد ذهب بعض العلماء إلى تقسيم أسباب تطور القانون إلى أسباب خاصة أي تخص أمة دون أخرى، وأسباب عامة توجد لدى سائر الأمم المتطورة[1].

أولاً- الأسباب الخاصة:

يقصد بالأسباب الخاصة تلك الأسباب التي تؤثر في بعض القوانين دون بعضها الآخر، ولن نستطيع هنا تقصي كل عوامل التطور لدى كل أمة من الأمم لأن ذلك يخص تاريخ القانون الخاص بها، وسنكتفي بذكر أمثلة لتلك العوامل الخاصة التي أثرت في تطور القانون لدى بعض الشعوب.

١- العامل الجغرافي:

توجد عوامل تطور راجعة إلى طبيعة البلد الجغرافية ومناخها، فالدول المجاورة للبحار تعيش في ظل نظم لا توجد عند الشعوب التي لا تتصل أرضها بالبحار، فحرية

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٦٧-، د. مصطفى صقر- تاريخ النظم- ص١٠٩.

الملاحة وتقدم التجارة البحرية يؤثر في قانون الدول الأولى بعكس الحال بالنسبة للنوع الثاني من الدول[1].

٢- العامل الانثروبولوجي:

إن الجنس الذي ينتمي إليه شعب من الشعوب يكون له أثر في تطور قانونه، فهناك شعوب تقوى لديها الملكة القانونية وشعوب تفتقر لتلك الصفة، فالشعب الروماني مثلاً قد خلق -على حد قول إهرنج- ليحمل رسالة القانون للعالم، وحتى إنّ أن أطفال روما كانوا يحفظون قانون الألواح الاثني عشر عن ظهر قلب[2].

٣- العامل التاريخي:

إن تاريخ كل أمة يتحكم إلى حد ما في تطور قانونها فهناك بعض النظم أوجدتها ظروف خاصة بأمة من الأمم كالنظام البرلماني في إنجلترا، فتطور تلك النظم محكوم بالاعتبارات التاريخية التي أوجدتها ويكون من الصعب على تلك الأمة التخلي عن تلك النظم الخاصة بها إلا إذا اضطرتها الظروف إلى ذلك[3].

ثانياً- الأسباب العامة:

يقصد بها الأسباب التي تسهم بنصيب يختلف مداه في تطور القانون لدى كل الأمم مثل العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية، فهذه العوامل تركت بصمات واضحة على معظم الشرائع، وإن كان من الملاحظ أن درجة تأثيرها لم تكن واحدة وأنها كانت تتفاوت من شعب إلى آخر ومن زمن إلى آخر بحسب ما تمليه طبيعة المكان وروح العصر، فقد يكون للدين أثر كبير في تطور قانون بعض الشعوب- كالبلاد الإسلامية- في حين يكون دوره ضئيلاً لدى بعضها الآخر[4].

---

[1]- د. صقر - تاريخ النظم - ص١٠٩، د.صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - جـ١ - ص١٦٧.

[2]- د. أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٦٨، مونتسكيو- روح الشرائع - جـ٢ - ص٣٨٤.

[3]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٦٨.

[4]- د. مصطفى صقر- تاريخ النظم- ص١٠٩-١١٠.

تقسيم: سنخصص فصلاً خاصاً لكل من العامل الديني والعامل الاقتصادي مستعينين بقدر الإمكان بأمثلة من الشرائع الرومانية والإسلامية والأنجلوسكسونية.

الفصل الأول: العامل الديني (الأسباب الدينية).

الفصل الثاني: العامل الاقتصادي (الأسباب الاقتصادية).

المبحث الثاني: أثر المسيحية في الشرائع الغربية.

المطلب الأول: أثر المسيحية في القانون الروماني.

المطلب الثاني: أثر المسيحية في القانون الإنجليزي.

ملخص الفصل الأول.

أسئلة عن الفصل الأول.

الفصل الأول

العامل الديني

(الأسباب الدينية)

لم يقف دور الدين عند حدود مساهمته في نشأة القانون، أي في دوره الإنشائي للقاعدة القانونية، بل نجده يسهم بدور مهم في تطور القانون بعد تدوينه أو ثباته في صورة تقاليد عرفية راسخة في أذهان الناس.

فالقانون الذي كان يسود العرب قبل الإسلام تأثر إلى حدٍ كبير جداً بظهور الإسلام، والشعب الروماني عدّل بعض نظمه القانونية واستحدث نظماً جديدة تحت تأثير الديانة المسيحية، وما زالت هاتان الديانتان تسهمان بدور كبير في تطور القانون في العصر الحديث، وسوف ندرس على التوالي أثر الدين الإسلامي في تطور قانون الأمة العربية، ومدى تأثر كل من القانون الروماني والقانون الإنجليزي بالديانة المسيحية.

المبحث الأول

أثر الدين الإسلامي في تطور

المجتمع والقانون عند العرب

تمهيد: حالة العرب قبل الإسلام وأثره في نظمهم القانونية:

أصاب المجتمع العربي - قبل الإسلام- حظاً من الحضارة والمدنية، حيث وصل إلى مرحلة المجتمع المنظم، ولذلك عرف العرب كثيراً من النظم القانونية والاجتماعية التي كانت تتلاءم مع درجة حضارتهم كالقواعد المتعلقة بنظام الأسرة ونظم المعاملات والجرائم والعقوبات وعاشوا في ظل نظام القبيلة وعرفوا نظام الدولة في بعض المناطق كاليمن.

وكانت أهم مصادر القانون لديهم القواعد العرفية والسوابق القضائية، وقد تأثرت تلك القواعد العرفية بقوانين الأمم المجاورة كالفرس والتشريع اليهودي الذي كان سائداً بين يهود يثرب كما كان لقانون حمورابي أثر واضح في تقاليد الجاهلية[1].

ولم يكن الإسلام ديناً فقط بل كان ديناً ودولة، عقيدة وشريعة، فقد جاء بدين جديد وتنظيم جديد للمجتمع مشتملاً على مبادئ خلقية وقانونية جديدة أحدثت انقلاباً خطيراً في المجتمع العربي من نواحيه كافة، وكان من نتائج ذلك إلغاء التقاليد والعادات التي تتعارض مع مبادئ الدين الجديد مثل بيوع الغرر والربا وبعض صور الزواج، واستبقاء التقاليد التي لا تتنافى مع المبادئ التي جاء بها الإسلام مثل بعض صور البيوع والقصاص والدية، واستحدث قواعد ونظماً جديدة، لم يكن للعرب عهد بها من قبل مثل توريث الإناث ونظام الخلافة كتنظيم سياسي للحكم، ويظهر أثر الإسلام في العديد من النظم التي سنتعرض لأهمها تباعاً.

المطلب الأول

نظام الأسرة

أولاً- الزواج:

عرف العرب قبل الإسلام عدة أنواع من الروابط الزوجية، فإلى جانب الزواج الفردي الذي أبقاه الإسلام، عرفوا زواجاً تتوحد فيه الزوجة ويتعدد الأزواج أي تعدد الأزواج للمرأة الواحدة مثل زواج الأخوة (الذي وجد في جنوب الجزيرة العربية في اليمن) وزواج الأخدان وزواج البغايا وعرفوا نظام الخلافة على النساء وإرثهن ومن صوره زواج العضل وعرفوا زواج المتعة. وقد حرمها الإسلام جميعاً، وعرفوا كذلك زواج الشغار أو البدل أي الشاغر من المهر واعتبره الإسلام زواجاً مقترناً بشرط غير صحيح.

---

[1]- د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - جـ١ - ص١٦٩-١٧٠، د. محمود سلام زناتي- نظم العرب في الجاهلية وصدر الإسلام- ١٩٩٦م-القاهرة- ص٤١-٤٢.

وقد جعل الإسلام الزواج الفردي هو الأصل، وعرف العرب تعدد الزوجات (حتى وصل عددهن في بعض الحالات إلى عشر) وقد أبقى الإسلام هذا النظام ولكنه قيده بقيود معينة.

وأقر الإسلام موانع الزواج بسبب القرابة التي كانت معروفة عند العرب فأبقاها واعتبر في المصاهرة والرضاع مانعاً قانونياً من موانع الزواج في حدود معينة[1].

ثانياً- الطلاق:

كان الطلاق شائعاً عند العرب قبل الإسلام، ولم يكن يخضع الزوج لأية قيود في ممارسته لحق الطلاق ولا حدٌ لعدد الطلقات فيه، وللزوج بعد الطلاق حق إرجاع زوجته أو تركها، وللزوجة المطلقة أن تتزوج دون انتظار لمدة العدة.

فجاء الإسلام وحدد الطلاق بثلاث يسقط بعدها حق الزوج في إرجاع الزوجة، وأوجب العدة منعاً لاختلاط الأنساب.

كما عرف العرب أنواعاً متعددة من الطلاق منها طلاق الظهار ومؤداه أن يشبه الرجل زوجته بشيء محرم عليه كأن يقول لها "أنت علي كظهر أمي أو أختي" وكان هذا الطلاق مؤبداً لا رجعة فيه، فأبطل الإسلام هذا النوع من الطلاق فمن ظاهر زوجته لا يقع ظهاره ولكن تجب عيه الكفارة.

كما عرفوا طلاق الإيلاء وفيه يقسم الرجل على ألا يقرب زوجته مدة معينة من الزمن، فجاء الإسلام وحدد مدة الإيلاء بأربعة أشهر، ويجوز للحالف أن يرجع إلى زوجته خلال تلك المدة ولا إثم عليه في ذلك ويعتبر يمينه لغواً، أما إذا زاد على أربعة أشهر طلقت زوجته منه، ومن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء.

وقد عرف عن العرب قبل الإسلام بأنه لم تكن تساكنهم حائض في بيت ولا تؤاكلهم في إناء كما اجتنبوا مضاجعة الحائض، وكان لا يسمح لها بدخول الكعبة أو

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٧٠-١٧١، د. زناتي - نظم العرب- ص٦٩-٧٩، ٧١، د.بسيوني -تاريخ النظم- ص١٢٨-١٣٩.

الطواف بها أو مس الأصنام لأنها كانت غير طاهرة، وذكر بعض علماء التفسير أن العرب في المدينة قد تأثروا ببني إسرائيل في هذا الصدد[1].

المطلب الثاني

نظام الإرث

نُظم الإرث عند العرب في العصر الجاهلي بطريقة تتفق مع عقيدتهم وتتلاءم مع الأساس الذي كانت تقوم عليه الأسرة، حيث كان أساسه "المناصرة والدفاع عن الأسرة".

أولاً- أسباب الإرث عند عرب الجاهلية:

انحصرت أسباب الإرث عند العرب في الجاهلية فيما يلي:

١- **النسب (القرابة):** لم يكن التوريث بسبب القرابة عاماً، حيث اقتصر على الذكور البالغين وحرمت النساء والأطفال من الإرث نزولاً على أن الإرث أساسه القدرة على حمل السيف ومقارعة الأعداء.

ويتقدم الذكور البالغون في الإرث بحسب قرابتهم من المتوفى، فكانت التركة تذهب للابن، فإن لم يوجد استحقها الأب، فإن لم يوجد أخذها الأخ ثم العم وهكذا..

٢- **التبني:** كان للرجل في الجاهلية أن يتبنى ابن غيره، فينسب هذا الابن إلى المتبنى دون أبيه من النسب ويكون للابن المتبنى ما للأولاد من النسب من الحقوق والالتزامات لذلك كان يستحق الإرث من متبنيه.

٣- **الولاء (الحلف أو العهد):** وهو اتفاق يرتبط به شخصان، يلتزم فيه كل منهما بمناصرة الآخر حال حياته وأن يتوارثا بعد الوفاة فيرث الحي منهما الميت.

٤- **العضل:** كان الابن الأكبر يرث زوجة أبيه إذا توفى باعتبارها جزءاً من التركة، وقد ذهب بعض الباحثين إلى أن العضل هو وراثة لشخص المرأة، بينما ذهب بعضهم

---

[1]- د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - ص١٧١، د. زناتي- نظم العرب- ص١١٧، د. بسيوني- تاريخ النظم- ص١٤٢-١٤٣، د. طه غازي- فلسفة وتاريخ النظم- ص١٦٦-١٦٧.

الآخر إلى أنه لا ينطوي على وراثة شخص المرأة لأن الإنسان الحر لا يعد مالاً ومن ثم لا يورث، وإنما ينطوي على حلول قريب الزوج محله في عقدة النكاح.

ثانياً- أثر الإسلام في نظام الإرث:

وضع الدين الإسلامي أساساً جديداً للتوريث يرتكز على مبادئ خلقية، فحدد أنصبة معلومة لعدد معين من أقارب المتوفى نظراً لرابطة المحبة والعطف التي كانت تربطهم به، وأشرك النساء والأطفال في الإرث تحقيقاً لمبادئه في حماية الضعفاء وأخذاً بعين الاعتبار صلتهم بالميت.

كما حرم الإسلام ميراث العضل لما في ذلك من ظلم وإيذاء للمرأة ونسخ الإرث بالتبني وبالولاء وبيّن موانع الإرث وحصرها في الرق والقتل واختلاف الدين واختلاف الدار وفقاً لبعض المذاهب[1].

المطلب الثالث

نظام الرق

عرف العرب قبل الإسلام الرق شأنهم شأن غيرهم من المجتمعات القديمة، ومن أهم أسباب الرق ١- الأسر في الحروب التي تقع بين القبائل العربية، وبينها وبين الشعوب الأخرى، ٢- الاختطاف الذي يقوم به الأفراد دونما حرب، ٣- الشراء حيث عرف العرب أسواقاً للرق، وكان للرق تجارة رائجة في بلاد العرب ٤- عدم وفاء المدين دينه قد يؤدي إلى استرقاقه من جانب الدائن لأن التنفيذ كان يتم على جسم المدين.

وقد جاء الإسلام ليحقق العدالة والمساواة بين الناس فكان من المنتظر أن يلغي نظام الرق ولكن هناك أسباباً سياسية واقتصادية دعت إلى الإبقاء على الرقيق الموجودين وقت ظهور الإسلام وعلى نظام الرق.

---

[1]- د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - ج ١-ص١٧١-١٧٢، د. بسيوني- تاريخ النظم- ص١٤٥-١٤٩، د. زناتي- نظم العرب - ص١٣٢.

ولكن الإسلام حثّ كثيراً على تحرير الرقاب فجعله أول واجبات الإنسان إذا أراد أن يشكر ربه على ما أصابه من نعمة، أو تكفيراً عن ذنوبه وجرائمه، فضلاً عن أن الإسلام قد أباح الزواج من الإماء وجعل لأولادهن ما للأولاد الحرائر من الحقوق والواجبات كالإرث والحرية، وقضى بتمتع الإماء بالحرية بعد وفاة السيد (الزوج)[1].

المطلب الرابع

نظام الملكية والمعاملات

أولاً- الملكية:

عرف العرب قبل الإسلام نظام الملكية وكان من أهم أسباب اكتساب الملكية: ١- القهر والغلبة أي الاستيلاء لأن حياتهم كانت تقوم على الغزو والحروب ٢- الإرث ٣- الوصية للوارث ولغير الوارث ٤- الهبات.. إلخ.

ثانياً- المعاملات:

عرف العرب كثيراً من ضروب المعاملات، وكانت محصورة في العقود والمداينات.

١- **العقود:** عرف العرب قبل الإسلام عقود البيع والشركة والزراعة والمساقاة والإعارة والسلم والمضاربة، ولكن بعض تلك العقود وخصوصاً بعض صور البيع كان لا يخلو من الغرر والمغامرة كالبيع بالملامسة أو بالمنابذة والبيع بإلقاء الحجر، وقد حرمها الإسلام كما كان يشوب بعضها الآخر الغش والخداع مثل بيع المصراة (أنثى الحيوان بعد حبس لبنها مدة) وبيع النجش (زيادة الشخص في سعر السلعة المعروضة بقصد التغرير بالمشتري).

ومعظم البيوع كانت تتم عند العرب في صورة المقايضة، وفي بعض الأحيان استعملت النقود، ولكن لم يكن لديهم نقود خاصة بهم، بل كانوا يستعملون نقوداً مستعارة من الدول المجاورة كالدنانير الرومية والدراهم الفارسية.

---

[1]- د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - جـ١ - ص١٧٣ -١٧٤، د. بسيوني- تاريخ النظم- ص١٦١-١٦٢، د. زناتي- نظم العرب- ص١٩.

٢- **المداينات:** كان العرب يتداينون بالربا أي الزيادة في مقابل تأجيل الدين، حيث كانوا يتداينون إلى أجل فإذا ما حل الأجل ولم يؤد المدين الدين ضاعف عليه الدائن قيمة الدين في مقابل تأجيل الأداء.

ثالثاً- أثر الإسلام في نظام الملكية والمعاملات:

اعترف الإسلام بنظام الملكية فأرساه على أسس وقواعد واضحة، وبيّن الأسباب التي يمكن بواسطتها اكتساب الملكية كالعقود والإرث والوصية...إلخ، وأباح اكتسابها بسبب مشروع وأنكرها إن كان السبب غير مشروع من وجهة النظر الإسلامية.

وتعرض الإسلام لنظم المعاملات، ولكنه اقتصر في القرآن الكريم على بيان القواعد الكلية والعامة الخاصة بالوفاء بالالتزامات، وقرر الملكية الخاصة ونهى عن أكل أموال الناس بالباطل وحرَّم كثيراً من أنواع البيوع التي تؤدي إلى غرر أو منازعات.

وأوجد الإسلام قواعد خاصة بالإثبات كالكتابة وشهادة الشهود وقواعد خاصة بالتأمينات كالرهن، وأقر كثيراً من أنواع البيوع الموجودة عند العرب كما أباح الشركة والإجارة والسلم والمضاربة لضرورتها في الحياة العملية واتفاقها مع مبادئه[1].

المطلب الخامس

نظام الجرائم والعقوبات

أولاً- نظام الجرائم والعقوبات عند العرب قبل الإسلام[2]:

أ- الجرائم:

كان المفهوم السائد للجريمة عند عرب الجاهلية هو مفهوم الجريمة الخاصة، ومع ذلك فقد عرفوا نوعاً من الجرائم ينظر إليه بوصفه جرائم عامة (كالسحر وإتيان المحارم)، ومن أهم الجرائم التي عرفوها:

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٧٤-١٧٦، د. بسيوني- تاريخ النظم- ص١٤٩-١٦١، د. زناتي- نظم العرب- ص١٤٣-١٦٥.

[2]- د. زناتي- نظم العرب- ص٩٧-٢٤٢، د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١-ص١٧٦-١٧٧.

١- **القتل وجزاؤه:** عرف العرب قبل الإسلام جزاءات معينة للقتل مثل الثأر أو تسليم القاتل أو أحد أفراد قرابته أو الدية، كما عرفوا ظروفاً من شأنها إباحة القتل أو إسقاط الجزاء عنه مثل حالات وأد البنات وتقديم الأب ولده قرباناً، وقتل الأب ولده، وقتل الخليع وإسقاط الجنين والاستثارة الشديدة، كما عرفوا أيضاً ظروفاً من شأنها تخفيف الجزاء أو تشديده كطبيعة القتل ومكانة القتيل الاجتماعية والتمثيل بالقتيل.

٢- **جرائم العرض:** وأهم هذه الجرائم:

الزنا: وجزاء الزاني القتل في حال الجرم المشهود، وقد يستعاض عنه بدفع تعويض لزوج المرأة وكان الغالب عدم قتل الزوجة الزانية وإن كان يستتبع ذلك عقاباً خفيفاً من الزوج.

السفاح: وهو مواقعة أنثى غير متزوجة برضاها، ولم يكن يشكل جرماً لدى بعض القبائل العربية، بينما يعاقب عليه بالقتل لدى قبائل عربية أخرى.

بالإضافة إلى الاغتصاب وعقابه القتل أو المعاملة بالمثل، التعري على مشهد من المرأة وكان عقابه قتل المتعري، وتعرية المرأة وعقابه قتل الجاني، وتقبيل زوجة آخر وكان جزاؤه يتمثل في الثأر من الجاني وذلك بتقبيل المجني عليه زوجة الجاني.

٣- **السرقة:** يتمثل جزاء السرقة في مضاعفة الشيء المسروق أو قيمته، فضلاً عن رد الشي المسروق أو قيمته، ووجدت عقوبة قطع اليد لبعض أنواع السرقات المنطوية على ظرف مشدد كالعود.

ب- العقوبات:

عرف العرب قبل الإسلام صوراً متعددة للعقوبة، كعقوبة الموت والمثلة والضرب والدية والخلع.

١- فعقوبة الموت كانت جزاءً لعدد من الجرائم كالقتل العمد والزنا والاغتصاب ووسيلة التنفيذ الشائعة هي الطعن بالرمح أو الضرب بالسيف، كما عرفوا طريقة الرجم.

٢- عقوبة الخلع: ومفادها طرد العشيرة أحد أفرادها وتبرؤها منه وتخليها عنه، وهو لا يحدث إلا في حالات معينة لأنه كان عقوبة قاسية في المجتمع القبلي وكانت نهايته في الغالب القتل على يد خصم أو غريم.

يمكن القول إن نظام العقوبات عند العرب في الجاهلية قد قام على أساس الانتقام الشخصي والتضامن العائلي، ولذلك اتصفت العقوبات بالشدة والقسوة والتشفي وإن امتدت آثار الجريمة إلى قبيلة الجاني، وكانت العقوبات غير محددة تختلف باختلاف المركز الاجتماعي للمعتدي والمعتدى عليه.

ثانياً- أثر الإسلام في نظام الجرائم والعقوبات:[1]

جاء الإسلام بنظام للجرائم والعقوبات يختلف في كثير من نواحيه عن النظام الذي كان سائداً من قبل عند العرب، ولعل أهم الخطوط العريضة أو المبادئ العامة التي تسيطر على التشريع الجنائي الإسلامي هي:

١- المسؤولية الشخصية: أحل الإسلام مبدأ المسؤولية الشخصية محل مبدأ المسؤولية الجماعية الذي كان متبعاً من قبل.

٢- الشك يفسر لمصلحة المتهم: وذلك ناتج عن وجود قاعدة "درء الحدود بالشبهات" حيث يؤدي تطبيق هذه القاعدة إلى النتائج ذاتها التي يؤدي إليها المبدأ الحديث في العقوبات "الشك يفسر لمصلحة المتهم".

٣- عدم الفصل بين القانون الجنائي والقانون المدني: فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية، يعاقب عليها في الفقه الإسلامي تارة بعقوبات عامة (عقوبات جنائية) وتارة بعقوبات خاصة (التعزير)، وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية.

٤- عاقب الإسلام على بعض الأفعال بوصفها جرائم عامة (كالزنا) وعاقب على بعضها الآخر بوصفها جرائم خاصة (كالسرقة)، وأوجد عقوبات جديدة لم تكن

---

[1]- د. زناتي- نظم العرب- ص٣٧١-٣٩١، د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٧٧-١٨٤.

معروفة، أو لم تكن شائعة من قبل (كالرجم والجلد والقطع).

٥- تنظيم العقاب بواسطة السلطة العامة: ليس لولي الدم أو المجني عليه توقيع جزاء القصاص أو القود بنفسه مباشرة في صورة انتقام أو ثأر من الجاني، وإنما لا بد أن يتم ذلك بناء على إذن من السلطة العامة وبعد تثبتها من ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه.

٦- منح ولي الأمر سلطة العقاب: أقر الإسلام لولي الأمر بسلطة العقاب على الأفعال الضارة بالمجتمع والتي لم ينص لها على عقاب في الكتاب أو السنة وهو ما يعرف بالتعزير.

المطلب السادس

نظام القضاء

أولاً- نظام القضاء قبل الإسلام:[1]

عرف العرب قبل الإسلام نظامين للفصل في الخصومات: نظام القضاء ونظام التحكيم.

١- **نظام القضاء:** يوجد حيث توجد السلطة المركزية القوية وفي نظام القضاء يكون القاضي موظفاً من موظفي الدولة مهما كان حظه من الاستقلال فهي التي تعينه وتدفع له أجره وتعزله وتحدد له اختصاصه، ويقضي القاضي في الخصومات التي تعرض عليه باسم الدولة، ويكون حكمه واجب النفاذ قهراً بقوة السلطة العامة، وثمة شواهد على وجود هذا النظام في دول المدينة التي ظهرت في جنوب الجزيرة العربية.

٢- **أما نظام التحكيم:** فيوجد في المجتمعات القبلية حيث لا يتمتع شيخ القبيلة عادة بسلطة القهر على أفراد القبيلة، كما يوجد في المجتمعات الحضرية التي لا توجد فيها سلطة مركزية قوية (كما هو الحال في مكة ويثرب)، كذلك يتم اللجوء إليه في حال

---

[1]- د. زنتي- نظم العرب- ص٥٥-٥٦، د. حسين سلوم- تاريخ القوانين في لبنان والبلاد العربية- ط٢- ١٩٩٥م- ص٢٤٠-٢٤٢.

انتماء الخصوم المتنازعين إلى قبائل ومدن مختلفة.

وفي ظل نظام التحكيم لا يكون الحكم موظفاً من موظفي الدولة وإنما هو فرد عادي، يستمد سلطته في الحكم من اختيار الخصمين له وتفويضهما إياه للفصل في الخصومة الناشبة بينهما، وحكم الحكم لا ينفذ قهراً، وإنما ينفذه المحكوم عليه طواعية، فليست للحكم وسيلة لتنفيذ حكمه جبراً على المحكوم عليه، وقد كان للتحكيم عند العرب قبل الإسلام قواعد عرفية تنظمه من جوانبه المختلفة.

ثانياً- أثر الإسلام في نظام القضاء[1]:

نظم الإسلام القضاء سواء من حيث السلطة التي تتولاه أو من حيث إجراءات التقاضي والقواعد الواجبة الاتباع عند الفصل في الخصومات، وأخيراً من حيث تنفيذ الأحكام القضائية.

١- السلطة القضائية:

كان القضاء في عهد الرسول (ص) جزءاً من الولاية العامة، فالحاكم هو الذي يتولى القضاء، وكان الرسول (ص) هو الذي يتولى هذه الولاية، ولذلك اختص وحده بالقضاء بين الناس، ولما ازدادت فتوحات المسلمين واتسعت رقعة البلاد الإسلامية بعث الرسول (ص) ببعض الولاة إلى الأقاليم، وكان الوالي يتولى إلى جانب إدارة الأعمال العامة سلطة القضاء باعتبارها جزءاً من الولاية، وكان هؤلاء الولاة يقضون بين الناس في حياة الرسول (ص)، واستمر الحال كذلك في خلافة أبي بكر.

وفي عهد الخليفة عمر بن الخطاب ازدادت مساحة الأراضي الإسلامية وتعددت الأقاليم، فأصبح من المتعذر على الوالي أن يقوم بالإدارة العامة للإقليم الذي يتولاه والقضاء في المنازعات التي تنشب بين الناس، لذلك فصل عمر القضاء عن الولاية وعهد به إلى أشخاص غير الولاة، وأطلق عليهم للمرة الأولى اسم القضاة، وسار الخلفاء

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٨٥-١٨٧، د. حسين سلوم- تاريخ القوانين- ص٢٤٢-٢٥٢، د. زناتي- نظم العرب- ص٢٩١-٢٩٣.

الراشدون على هذا النهج من بعد عمر وكانوا يتحرون الدقة في اختيار القضاة.

ولم يكن فصل القضاء عن الولاية العامة راجعاً إلى أخذ المسلمين بمبدأ الفصل بين السلطات بل كان راجعاً إلى اعتبارات عملية أملتها الظروف كاتساع رقعة الدولة وتشعب أعمال الولاة لذلك كان تعيين القضاة من حق الخليفة نفسه، لأن القضاء مازال معتبراً من الوجهة القانونية جزءاً من الولاية العامة التي يتولاها الخليفة، فكان من حق الخليفة أو الوالي على إقليم من الأقاليم أن يتولى القضاء بين الناس أو ينيب عنه غيره في ذلك ويحدد له اختصاصه لذلك كانت وظيفة القاضي مقصورة- كمبدأ عام- على الفصل في الخصومات المدنية، أما المسائل الجنائية فكانت متروكة للخلفاء والولاة.

وفي بعض الحالات -وخصوصاً في القرن الرابع الهجري- كان يعهد إلى القاضي علاوة على الفصل في الخصومات المدنية الفصل في المسائل الجنائية ومراقبة أموال اليتامى والإشراف على الأوقاف.

٢- إجراءات التقاضي والقواعد القانونية الواجبة التطبيق:

يمتاز القاضي في العهود الأولى وفي العهد العباسي الأول بكونه من المجتهدين، نظراً لقلة القواعد المدونة، وكان الخلفاء يزودون القضاة عند تعيينهم بكثير من التعليمات والإرشادات ويبينون لهم القواعد العامة الواجبة الاتباع.

ولكن في عصر التقليد كان القضاة يتقيدون بمذهب معين من مذاهب أهل السنة، ولم يجر القضاة في بادئ الأمر على كتابة أحكامهم، ولكنهم بدؤوا يكتبونها منذ العصر الأموي.

٣- تنفيذ الأحكام:

كان القاضي يتولى بنفسه أو عن طريق أعوانه تنفيذ ما يصدره من أحكام، وقلما كان الناس يحتاجون إلى معونة القضاة في تنفيذ الأحكام لأنهم كانوا ينفذونها من تلقاء أنفسهم.

المبحث الثاني

أثر المسيحية في الشرائع الغربية

تمهيد:

ينبغي قبل الخوض في بيان أثر المسيحية في الشرائع الغربية التأكيد على الأمرين الآتيين:

الأول: اقتصرت المسيحية على نشر المبادئ الروحية والخلقية ولم تتعرض للنظم القانونية، ويفسر بعض الباحثين ذلك بأن المسيحية ظهرت في الشرق في وقت كانت هناك الشريعة اليهودية التي كانت تحوي نظماً ومبادئ قانونية، وحين انتقلت هذه الديانة إلى الدولة الرومانية كان هناك القانون الروماني في صورة شبه مكتملة، ومن هنا فإن الوسط الذي ظهرت فيه المسيحية أو انتشرت فيه لم يكن في حاجة إلى نظم قانونية قدر احتياجه إلى الهداية والأخلاق.

الثاني: إن المسيحية وإن كانت قد ظهرت في الشرق إلا أنها انتقلت بعد ذلك وانتشرت في الدولة الرومانية بين الفقراء في بداية الأمر الذين تعرضوا لاضطهاد شديد من جانب الأباطرة الرومان، إلى أن اعتنقها الإمبراطور قسطنطين وحماها بمنشور ميلانو عام ٣١٢م، ثم اعتبرها الإمبراطور تيودوز عام ٣٩١م ديناً رسمياً للدولة الرومانية[1].

وعلى الرغم من اقتصار الدين المسيحي على معالجة الناحية الخلقية والروحية، فإن المسيحية تركت أثراً ملموساً في الشرائع القانونية الغربية مثل القانون الروماني والقانون الانجلوسكسوني والقوانين الحديثة في أوربا[2].

---

[1]- د. بسيوني- تاريخ النظم- ص ٢٠٠-٢٠١.

[2]- فضل بعض الفلاسفة الغربيين عدم تدخل الدين بوضع القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال ذهب "مونتسكيو" إلى أن "القوانين البشرية التي توضع لمخاطبة العقل يجب أن ينعم بقواعد لا بنصائح مطلقاً، وعلى الدين الذي يشترع لمخاطبة العقل أن ينعم بكثير من النصائح وقليل من القواعد، ومتى قدم الدين ←

المطلب الأول

أثر المسيحية في القانون الروماني

يذهب الرأي الغالب بين الباحثين إلى أن المسيحية قد أكملت البناء الذي أرسى قواعده فلاسفة المدرسة الرواقية عند الإغريق، ونستطيع أن نلمس أثر المسيحية فيما يلي:

أولاً: القانون الكنسي:

ظهر القانون الكنسي في البداية لتنظيم العلاقات بين أتباع الكنيسة عندما كانت المسيحية محل اضطهاد من الأباطرة الرومان وكان القانون الكنسي من وضع رجال الدين المسيحي.

وعندما أصبحت الديانة المسيحية ديانة رسمية للإمبراطورية الرومانية منذ أواخر القرن الرابع الميلادي، اعترف الأباطرة بسلطان الكنيسة والقانون الكنسي، وكانت أهم مصادره مبادئ القانون الطبيعي والعدالة فضلاً عن قرارات المجامع الدينية، كما اعترف الأباطرة باختصاص المحاكم الكنسية وأصبح قضاتها من بين رجال الدين منذ عهد

قواعد كان من الملائم أن يكون ذلك نصائح لا قوانين" ولكنه أشار إلى دَين الحضارة الغربية للنصرانية بقوله "إننا مدينون للنصرانية ببعض الحقوق السياسية في الحكومة، وببعض حقوق الأمم في الحرب" (مونتسكيو- روح الشرائع- جـ٢- ص١٨٠-١٨٣) وأشار بعض الباحثين إلى أن المسيحية هي أول ديانة لم تدَّعِ أن القانون تابع لها، فقد عنيت بواجبات الناس ولم تعن بالعلاقات فيما بينهم في المنافع، فلم تنظم حق الملك ولا نظام الوراثة ولا الالتزامات ولا الإجراءات، فقد وضعت نفسها خارج القانون، ولم يتخلص القانون الروماني من الديانة إلا بفضل الاستقلال الذي تركته المسيحية للمشرع" (فوستيل دي كولانج- المدينة العتيقة- دراسة لعبادة الإغريق والرومان وشرعهم وأنظمتهم- ترجمة عباس بيومي- مكتبة النهضة المصرية- ١٩٥٠- ص٥٢٢)، وقد عبَّر قاضي القضاة عبد الجبار بن أحمد الهمداني (٤١٥هـ، ١٠٢٤م) عن التحول الذي طوَّعت به النصرانية للحضارة الأوربية فقال: "إن النصرانية عندما دخلت روما، لم تنتصر روما، ولكن النصرانية هي التي ترومت".

وذهب بعض العلماء إلى أن القوانين الغربية لم تتأثر بالدين المسيحي (ما جاء عن السيد المسيح ونسب إليه) وإنما تأثرت بقانون الكنيسة (مصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين) وقد تأثر الفقه والتشريع فيه بروح الدين المسيحي والقانون الروماني والقانون الطبيعي. (د. عبد الرزاق السنهوري، د. أحمد حشمت أبو ستيت- أصول القانون- القاهرة- مطبعة جامعة القاهرة- ١٩٥٠- ص١٠٢-١٠٣).

الإمبراطور قسطنطين الذي جعل لها اختصاص الفصل في المنازعات الدينية، ثم أضاف إلى اختصاصها الفصل في المنازعات المدنية التي ترفع إليها برضا المتنازعين، وقد كانت المحاكم الكنسية تطبق القانون الكنسي، وكان يعتبر الحكم الصادر من المحاكم الكنسية في المسائل المدنية قرار تحكيم.

وبذلك بدأت المنافسة بين القانونين الروماني والكنسي، وعندما سقطت الإمبراطورية الرومانية الغربية بدأ القانون الكنسي في الازدهار وخصوصاً في العصور الوسطى ولكن عندما استعادت السلطات المدنية قوتها ونفوذها ضاقت دائرة تطبيق ذلك القانون، وقد تسربت بعض مبادئ القانون الكنسي إلى القانون الفرنسي القديم ومنه إلى القوانين الغربية الحديثة كمبدأ سلطان الإرادة، والاهتمام بالقصد الجنائي والمساواة أمام القانون الجنائي[1]..

ثانياً- القانون الجنائي:

تعدلت بعض قواعد القانون الروماني تحت تأثير الديانة المسيحية، ومن أمثلة ذلك تلك العقوبات القاسية التي وضعها المشرع في حالة الزواج بالمحارم كالإعدام، والزنا وعقوبته السجن المؤبد في الدير، والعقوبة التي تلحق المرأة إذا عاشرت أحد عبيدها وهي الإعدام، لأن هذه الأفعال تتعارض مع روح المسيحية التي تقوم على نشر الفضيلة والحث عليها بين الناس.

ويظهر أثر الديانة المسيحية في العقوبات التي وضعت للإلحاد حماية للدين الجديد، وكذلك التعديلات التي أدخلت على قواعد الدفاع الشرعي حيث ألغي الحق في قتل المعتدي دفاعاً عن المال واقتصر حق الدفاع الشرعي على الدفاع عن النفس أو العرض وذلك بشرط ألا توجد لدى المدافع وسيلة أخرى للنجاة.

بالإضافة إلى ذلك فقد تغير الوصف القانوني لبعض الجرائم، فعلى سبيل المثال كان يعد مرتكباً لجرم السرقة في القانون الروماني من يسلب شيئاً من مكان مقدس،

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١ - ص١٨٨ - ١٨٩ ، مونتسكيو - روح الشرائع- جـ٢- ص١٨٥.

بينما أصبح في الحقوق القانونية الكنسية مرتكباً لجرم انتهاك حرمة المعابد[1].

ثالثاً: القانون الخاص:

ظهر أثر الديانة المسيحية في نظام الأسرة والرق والالتزامات على وجه الخصوص.

١- نظام الأسرة:

ظهرت بصمات الديانة المسيحية واضحة فيما يلي:

أ- خففت الديانة المسيحية من سلطة رب الأسرة على أبنائه، ففي العصر البيزنطي اعترف لابن الأسرة بقدر من الشخصية القانونية، كما أصبحت سلطة الأب على أبنائه تقتصر على مجرد التأديب.

ب- ظهرت بعض موانع الزواج تحت تأثير الديانة المسيحية كتحريم الزواج بين المسيحيين والوثنيين أو بين المسيحيين واليهود وتحريم الزواج بين الفتاة والرجل الذي يتولى تعميدها لأنه يعتبر بمثابة أب روحي لها.

ج- ظهر نظام تصحيح النسب للابن غير الشرعي بزواج لاحق أو بمقتضى قرار من الإمبراطور.

د- نظرت المسيحية إلى العزوبة كفضيلة، ومن ثم أخذت بنظام الرهبنة، ولذلك ألغت القوانين التي كانت تعاقب على عدم الزواج بحرمان غير المتزوج من الوصية الصادرة له من غير الأقارب.

هـ- قيد الحق في الطلاق لأن فلسفة المسيحية تقوم على النظر إلى الزواج على أنه رابطة مؤبدة، وأصبح الزوج بموجب الحقوق القانونية (الكنسية) يستطيع أن يطلب الطلاق بسبب خيانة زوجته، وتستطيع الزوجة طلب الحق نفسه بسبب خيانة الزوج وهذه الاستطاعة مخالفة لأحكام قوانين الرومان، فأدخل هذا الحق إلى محاكم الكنيسة ضمن المبادئ الروحية الخالصة[2].

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٩٠، د. طه غازي- تاريخ النظم- ص١٥٩-١٦١ مونتسكيو- روح الشرائع- جـ٢- ص٢٣٤.

[2]- د. بسيوني- تاريخ النظم- ص٢٠١-٢٠٢، د. طه غازي- تاريخ النظم- ص١٥٥-١٥٦ مونتسكيو- روح الشرائع- جـ٢- ص٢٣٤، ١٦٠،١٥٥.

٢- نظام الرق:

كان النظام الاقتصادي وقت ظهور المسيحية قائماً على الاعتماد الكلي على الرقيق، لذلك لم تحاول إلغاءه لكنها توسعت في أسباب العتق وحضت على معاملة الرقيق بالحسنى، فكان أثر الديانة المسيحية ضعيفاً من هذه الناحية، وقد استحدث القانون البيزنطي طريقة جديدة للعتق هي طريقة العتق الدينية المسماة "العتق في الكنيسة".

٣- **الالتزامات:** ظهر أثر المسيحية في دائرة ضعيفة جداً في الالتزامات منها قاعدة الثمن العادل، حيث كان الحق في فسخ العقد بسبب الغبن في عهد جوستنيان مقصوراً على حالة الغبن الفاحش ويكون كذلك إذا كان الثمن أقل من نصف القيمة الحقيقية، وقد أسهمت هذه القاعدة بدور كبير في القانون الكنسي في العصور الوسطى[1].

المطلب الثاني

أثر المسيحية في القانون الانجليزي[2]

أولاً- مدى التأثير:

كان أثر الديانة المسيحية في تطور القانون الانجليزي ضئيلاً إذا ما قورن بأثرها في القانون الروماني ولعل ذلك راجع إلى أن القانون الإنجليزي- بعكس الحال بالنسبة للقانون الروماني الذي تطور وبصفة خاصة في العهد البيزنطي- تحت تأثير بعض المبادئ الخلقية والفلسفية.

ثانياً- الوضع في عصر الاحتلال الروماني والفتح الأنجلوساكسوني:

لم يتأثر القانون الإنجليزي في تطوره بالديانة المسيحية في عصر الاحتلال الروماني (٥٥ق.م-٤٩٩م)، أما في عصر الفتح الانجلوساكسوني (٤٤٩-١٠٦٦م) فقد بدأت المسيحية

---

[1]- د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - جـ٢- ص١٩١، د. بسيوني- تاريخ النظم- ص٢٠٢.

[2]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٩٠-١٩٣، د. السيد العربي حسن- مبادئ النظم الاجتماعية والقانونية- ١٩٩٨م- ص٥٩٤، ٦١٥،٦٣٠، د. أحمد أبو الوفا- تاريخ النظم- الدار الجامعية - بيروت- ١٩٨٠- ص١٢٢، ١٣٥، ١٤٦.

في الانتشار في بريطانيا (منذ عام ٥٩٦م) وطبق القانون الكنسي في المسائل الدينية وعلى الشؤون المتعلقة بالكنيسة ورجالها.

وقد بقيت في هذه الفترة بعض النظم القديمة مطبقة مثل القضاء بطريق "المحنة"، ومنها تجربة الماء المغلي والحديد المحمى في النار وكان يتم هذا القضاء داخل الكنيسة وظل معمولاً به حتى عام ١٢١٥م، واستمر الإنجليز يلجؤون إلى اليمين كوسيلة إثبات في بعض الجرائم وكانت تأدية اليمين تجري في الكنائس.

وارتبط نفوذ القانون الكنسي بالنظام القضائي الإنجليزي ومن ثم تأثر القانون الإنجليزي في تطوره بالمسيحية، ففي هذا العصر لم يكن القضاء المدني منفصلاً عن القضاء الديني، إذ كان الأسقف يجلس في محكمة المقاطعة ويشترك في الفصل في المسائل المدنية علاوة على الاختصاص الذي منح للمجالس الدينية بشأن المنازعات المتعلقة بالأراضي التي تثور بين الكنيسة والأفراد.

ثالثاً- الوضع في العصر النورماندي (١٠٦٦-١٤٨٥م):

تم في هذا العصر فصل القضاء المدني عن القضاء الديني، وتكونت محاكم كنسية خاصة برئاسة الأساقفة تختص بالفصل في القضايا الجنائية والمدنية المتعلقة برجال الدين، وبالأمور المتعلقة بعلاج الروح كالزواج والطلاق والاعتداء على الدين، وكانت هذه المحاكم تطبق القانون الكنسي فيما تختص به من منازعات، وقد توسعت في اختصاصها بسبب مرونة ما يدعى بـ "علاج الروح" فادّعت لنفسها حق الفصل في كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية والقذف والتزوير والغش، وكل نزاع يمس مصالح الكنيسة أو أحد رجالها.

وقد زادت هوة الخلاف بين هذين النوعين من المحاكم (الملكية والكنسية) بسبب الامتيازين الممنوحين للكنيسة:

١- **الامتياز الديني:** الذي نشأ منذ القرن الثاني عشر والذي يقضي بعدم اختصاص المحاكم الملكية في الجرائم الماسة بالأمانة إذا ارتكبت من قبل أحد رجال الدين، وكان

يكفي لاعتبار الشخص من رجل الدين أن يكون قادراً على تلاوة آية من الإنجيل باللاتينية وقد أدى ذلك إلى إفلات كثير من المجرمين من العقوبات القاسية التي كانت تطبقها المحاكم الملكية.

٢- **امتياز الحماية:** وهو أقدم من الامتياز الأول وبمقتضاه يفلت الشخص من العقاب إذا احتمى بأحد الأماكن المقدسة، بل إن قوانين بعض المقاطعات كانت تنص على أن المحكوم عليه بالإعدام يتخلص من تلك العقوبة إذا احتمى بإحدى الكنائس ويستبدل بها دفع تعويض عادل.

ولذلك حاربت المحاكم الملكية - مستعينة في ذلك بالسلطة المدنية- المحاكم الكنسية وانتهى الأمر بانتصار الأولى، فقد فقدت المحاكم الكنسية اختصاصاتها بالتدريج تطبيقاً لقرارات متعاقبة صدرت من البرلمان في سنوات ١٥٣٠، ١٦٢٣، ١٨٥٧م.

وقد ظل للقانون الكنسي بعض الأثر في تطور ما عرف عند الإنجليز باسم قانون العدالة فمبادئ القانون الطبيعي كانت من أهم مصادر قانون العدالة، وكان القانون الطبيعي في ذلك الوقت مختلطاً ببعض مبادئ القانون الكنسي.

الفصل الثاني

العامل الاقتصادي

تمهيد:

من خلال تتبعنا لمراحل نشأة القاعدة القانونية وجدنا مدى تأثير العامل الاقتصادي في تطور النظم القانونية على الوجه الآتي:

١- إن انتقال الجماعات البشرية من مرحلة الاقتصاد المغلق الذي يعتمد على الاكتفاء الذاتي إلى مرحلة الاقتصاد القائم على التخصص وتقسيم العمل، أدى إلى آثار قانونية عديدة من أهمها وجود مبادلات تجارية وظهور العقود من بيع ومقايضة وهبة ووديعة وغيرها كأدوات قانونية لمواجهة هذا التطور الاقتصادي.

٢- كان للاقتصاد دوره الواضح في نظام الأسرة فيما يتعلق بنظام الزواج وما كان يسبقه أو يعاصره أو يتخلف عنه من آثار مثل تقديم المهر أو الدوطة، العلاقة المالية بين الزوجين، النفقة والإرث...إلخ.

٣- أسهم الاقتصاد بدور مهم يتعلق بوجود نظام الملكية وتطوره من ملكية جماعية إلى ملكية الأسرة ثم إلى الملكية الفردية، وخلق القواعد القانونية التي تواكب تلك الصور من الملكية.

٤- كان لتغير الظروف الاقتصادية واتساع التجارة وكثرة المبادلات وزيادة الثروات أثر في ظهور التمايز الطبقي وانقسام المجتمع إلى طبقات وترتب على هذا آثار قانونية خاصة باختلاف المركز القانوني والاجتماعي للأشخاص[1].

وعلى العموم فقد أسهم العامل الاقتصادي دور كبير في تطور القوانين القديمة وسنكتفي باستعراض بعض النظم التي تطورت أو استحدثت بسبب التطورات الاقتصادية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني.

---

[1]- د. طه غازي- فلسفة وتاريخ النظم- [illegible] د. لسفا- فلسفة وتاريخ النظم- ص٣٢-٤٤.

المبحث الأول

الشريعة الإسلامية

تتسم الشريعة الإسلامية بقدر كبير من المرونة، ومرد ذلك أن معظم الأحكام المتعلقة بالمعاملات وردت في صورة قواعد عامة كلية دون الإغراق في الجزئيات، مما أكسبها مرونة أمكنتها من مواجهة التطورات الاجتماعية والاقتصادية، ولذلك فإن الكثير من النظم القانونية الإسلامية التي وضعت لمواجهة ظروف معينة أمكن تعديلها تحت تأثير التطور الاقتصادي الذي أصاب المجتمع الإسلامي، وجاء هذا التعديل ثمرة للوسائل العديدة التي يملكها الفقه الإسلامي مثل الإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان..إلخ، وسوف نقدم فيما يلي بعض الأمثلة التي تدل على مقدار تطور التشريع الإسلامي بسبب تغير الظروف الاقتصادية.

المطلب الأول

القانون الخاص[1]

أولاً- التصرف في المعدوم:

من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية أن يكون محل العقد موجوداً حين التعاقد، ويترتب على ذلك عدم جواز التصرف في المعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه.

ولكن الفقه الإسلامي مسايرة منه للتطور الاقتصادي أجاز كثيراً من العقود التي ترد على شيء غير موجود وقت العقد مثل عقود الإيجار والسلم والاستصناع، فالتطور الاقتصادي هو الذي أدى إلى إباحة مثل هذه العقود استثناءً من الأصل العام.

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص١٩٩-٢٠٠، د. طه غازي- تاريخ النظم- جـ١- ص١٨٦-١٨٧.

ثانياً- بيع الوفاء:

مضمون بيع الوفاء أن يبيع شخص مالاً معنياً لشخص آخر ويشترط عليه رد المبيع إذا رد له الثمن الذي قبضه منه، فهو بيع معلق على شرط فاسخ.

وقد دفع إلى هذا التصرف التخلص من تحريم الربا، فالبائع في حاجة ماسة إلى نقود والمشتري لا يستطيع إقراضه النقود بفائدة لأن ذلك يعتبر ربا، فلذلك تحايلا على هذا الوضع عن طريق بيع الوفاء، فالبائع يحصل على ما يحتاجه من نقود والمشتري يأخذ المبيع ويستثمره حتى يرد البائع له الثمن.

فالتطور الاقتصادي مع تحريم الربا هو الذي أدى إلى ظهور هذا العقد، وقد أباحه معظم الفقهاء لجريان العرف به منذ القرن الخامس الهجري نزولاً عند الضرورات الاقتصادية التي تدفع الناس إليه حتى لا يلجؤون إلى الربا المحرم.

المطلب الثاني

القانون العام[1]

أولاً- قسمة الغنائم:

كانت القاعدة التي يسير عليها المسلمون في عهد الرسول (ص) بالنسبة للغنائم التي يغنموها في حروبهم أن خمس الغنائم يخصص للمصلحة العامة (بيت المال) وأربعة أخماسها يقسم بين الغزاة الفاتحين، وقد طبقت هذه القاعدة في عهد الرسول كما حصل لأرض خيبر.

وقد ثار خلاف بين الصحابة حول قسمة الغنائم حينما فتح المسلمون بلاد الشام والعراق عنْوة، فذهب جمهور الصحابة إلى اعتبار تلك الأراضي المفتوحة عنْوة من الغنائم، ولكن الخليفة عمر بن الخطاب رأى أن تترك تلك الأرض لأهلها ويفرض عليها

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٢٠١-٢٠٣، د.طه غازي- تاريخ النظم- جـ١- ص١٨٧- ١٨٨.

خراج حتى يمكن الاستفادة من ذلك الخراج في الإنفاق على المرافق العامة للمسلمين كافة، ووافقه الصحابة على رأيه فأصبح ذلك إجماعاً.

ثانياً- إجازة التسعير:

كانت القاعدة في عهد الرسول (ص) هي ترك تحديد الثمن لقانون العرض والطلب وعدم التدخل في ذلك التحديد. وقد ذهبت غالبية الفقهاء إلى عدم جواز التسعير سواء في حالة الأزمة والرخاء.

ولكن الظروف الاقتصادية قد تؤدي في بعض الحالات- كالحروب والأزمات- إلى ضرورة تدخل ولي الأمر لوضع حد لتحكم التجار والمنتجين في المستهلكين، لذلك أجاز كثير من الفقهاء للإمام أن يتدخل لتحديد الأسعار.

فالظروف الاقتصادية وحاجات الناس هي التي دعت إلى إباحة مثل هذا التدخل رغم مخالفته للمبدأ العام الذي يقضي بعدم تدخل الدولة في تلك المسائل.

المطلب الثالث

القانون الجزائي[1]

أولاً- نظام الدية:

كانت الدية في عهد الرسول (ﷺ) مقدرة بالإبل (١٠٠ من الإبل)، وهناك أحاديث آحاد تدل على أنه قدَّرها بغير الإبل في بعض الأحيان.

ولكن في عهد عمر بن الخطاب تغير ذلك النظام وقدِّرت الدية بالنقود أو ما يحل محلها، فاختلاف الظروف الاقتصادية في الأقطار الإسلامية هو الذي جعل الدية تختلف من بلد إلى آخر سواء من حيث مقدارها أو مما يمكن الوفاء به.

ثانياً- إسقاط الحد عن السارق:

تقضي القاعدة الشرعية بقطع يد السارق، ومن شروطها أن يكون لدى السارق حد الكفاية فإذا سرق شخص بدافع الجوع والحرمان لا تطبق عليه عقوبة السرقة.

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٢٠٣-٢٠٤، د.طه غازي- تاريخ النظم- جـ١- ص١٨٩.

وتطبيقا لذلك لم يقطع [illegible] السارق في عام المجاعة، ولم يقطع أيدي الرقيق الذين سرقوا ناقة مملوكة لغير سيدهم وذبحوها بدافع الجوع بل أمر سيدهم بدفع ضعف قيمتها لصاحبها عقاباً لذلك السيد.

المبحث الثاني

القانون الروماني

المطلب الأول

تطور المجتمع الروماني

يعد القانون الروماني مثالاً واضحاً لمدى تأثر القانون في تطوره بالظروف الاقتصادية، فقد بدأ القانون الروماني بمجموعة قليلة من القواعد القانونية تتمثل في بعض التقاليد العرفية في قانون الألواح الاثني عشر التي وجدت لتحكم مجتمعاً زراعياً قليل السكان صغير المساحة، وبمرور الزمن اتسعت رقعة الدولة الرومانية وتحول المجتمع إلى مجتمع تجاري، وطبق القانون الروماني على كل سكان الإمبراطورية منذ بداية القرن الثالث الميلادي عند منح الجنسية الرومانية لكل سكان الإمبراطورية، مما أدى إلى تغير قواعده تحت تأثير الظروف الاقتصادية التي كانت سائدة في البلاد المفتوحة.

اضطر الرومان لمواجهة هذه التطورات إلى تفسير قواعد قانون الألواح بطريقة تجعلها ملائمة لتلك التطورات، أو استحداث قواعد جديدة لتحكم ما يجد في المجتمع ونسبوا كل تلك الأحكام إلى قانون الألواح تحت ستار التفسير.

وعمل الفقهاء والبريتور على خلق مجموعة من القواعد القانونية متميزة ومستقلة عن القانون المدني الروماني عرفت باسم "القانون البريتوري"، واندمج القانون البريتوري في القانون المدني في عهد الإمبراطور جوستنيان.

وعمل الرومان من جهة أخرى على تنظيم العلاقات التي يكون أحد طرفيها من الأجانب، فظهر قانون خاص بتنظيم هذه العلاقات سمي بـ "قانون الشعوب"، وأحكام

هذا القانون مستمدة من التقاليد والعادات التجارية السائدة بين الشعوب المجاورة للرومان، ومن مبادئ العدالة ومن بعض نظم القانون الروماني نفسه، وبمرور الزمن اندمجت نظم قانون الشعوب في القانون المدني الروماني.

ونقدم فيما يلي نماذج لبعض النظم القانونية الرومانية التي تعدلت تحت تأثير العامل الاقتصادي.

المطلب الثاني

نظام الأسرة

ترتب على انتقال روما من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري أن أصبح أبناء الأسرة يقومون في بعض الحالات بأوجه نشاط اقتصادي مختلف عن نشاط رب الأسرة.

فترتب على هذا التطور الاقتصادي منذ أواخر العصر الجمهوري الاعتراف لابن الأسرة بقدر من الشخصية القانونية بعد أن كان عديمها، فأصبح له أن يتعاقد ويلتزم أي أن يصير دائناً أو مديناً.

وفي العصر الإمبراطوري أخذ الأبناء يقومون بنشاط اقتصادي مستقل عن رب الأسرة مما أدى إلى الاعتراف لهم بتملك بعض الأشياء والأموال، وفي عهد جوستنيان اعترف لابن الأسرة بذمة مالية مستقلة عن ذمة رب الأسرة فأصبح كل ما يكسبه الابن يؤول إليه وحده[1].

المطلب الثالث

نظام الملكية

كانت الملكية الفردية في روما حتى العصر الجمهوري مقصورة على الأموال المنقولة وغير معروفة بالنسبة للعقار، ثم نشأت الملكية الفردية بالنسبة للعقار ودعيت بالملكية الرومانية التي لم تكن جائزة لكل شخص، ولا شاملة لكل شيء بل كانت تحتاج

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٢٠٤-٢٠٥، د.عمر ممدوح مصطفى- القانون الروماني- الجزء الأول- ط٢- ١٩٥٤- مطابع البصير- الاسكندرية- ص١٥٢- ١٥٤.

إلى عدة شروط مثل الجنسية الرومانية وكون المال موجوداً في روما وأن تنقل الملكية بإحدى طرق نقل الملكية المقررة في القانون المدني.

وبمرور الزمن تعددت صور الملكية منذ العصر العلمي، ولذلك وجدت في هذا العصر بجانب الملكية الرومانية صور أخرى للملكية يمكن حصرها في ثلاث: ١- الملكية البريتورية ٢- الملكية الإقليمية ٣- الملكية الأجنبية.

١- الملكية البريتورية:

الملكية البريتورية هي الملكية التي لا تعترف بها نصوص القانون المدني، وإنما يحميها البريتور بدعوى ودفوع استُحدثت خصيصاً لذلك استناداً إلى مبادئ العدالة وقانون الشعوب.

٢- الملكية الاقليمية:

لم يكن من الممكن حتى القرن السادس لروما إنشاء حق ملكية لعقار بإيطاليا أو بإحدى الولايات أو الأقاليم الرومانية ولكن سرعان ما ألحقت العقارات الإيطالية بالعقارات الرومانية في الحكم نتيجة لعوامل اقتصادية أكثر منها قانونية، وخصوصاً نتيجة كثرة منح الأراضي من الدولة إلى الأفراد مع الاعتراف لهم بحق الملكية عليها.

أما الأراضي الاقليمية فهي الأراضي الموجودة في الأقاليم أو المستعمرات الرومانية التي بقيت حتى نهاية العصر العلمي مملوكة للدولة، غير أن هذه الأراضي كانت في الواقع ملكاً للأفراد الحائزين عليها، فلهم الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، فحقهم عليها أشبه بحق الملكية وإن كان لا يسمى بهذا الاسم، ويطلق عليه شراح العصر العلمي "حق الاستعمال" أو "وضع اليد".

٣- الملكية الأجنبية:

يرجع السبب في ظهور هذه الصورة إلى أن الأجنبي لم يكن متمتعاً بحق التعامل في روما، ومن ثم كان محروماً من اكتساب حق الملكية الرومانية، فكل ما يمتلكه لا تحميه قواعد القانون المدني بل تحميه قواعد قانونه الوطني أو قانون الشعوب الذي كان يطبقه بريتور الأجانب في روما.

إلا أن هذه الصورة من الملكية قد اندثرت سريعاً فزالت تقريباً عقب صدور قانون الامبراطور كراكلا عام ٢١٢م الذي منح الجنسية الرومانية لكل سكان الامبراطورية عدا بعض العتقاء.

نظام الملكية في عهد جوستنيان وخصائصها:

أصبحت الملكية في عهد جوستنيان ذات نظام واحد جائزة لكل فرد وشاملة لكل شيء، فقد زالت الملكية البريتورية مع زوال التفرقة القديمة بين الأموال النفيسة وغير النفيسة، كما زالت الملكية الإقليمية بتسوية العقارات الإقليمية بالعقارات الإيطالية، وأخيراً زالت الملكية الأجنبية بمنح الرعوية الرومانية للأجانب في عهد جوستنيان.

وظلت الملكية في عهد جوستنيان حقاً مطلقاً مقصوراً على صاحبه، بمعنى أن للمالك أن يفعل بملكه ما يشاء وأن يمنع الغير منه كلما شاء، وتميزت الملكية بأنها حق مطلق ودائم في الوقت نفسه[1].

المطلب الرابع
نظام الالتزامات

ظهر أثر العامل الاقتصادي في نظام الالتزامات وبصفة خاصة في نظام العقود بعدما تحول المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري، والمعاملات تنفر بطبيعتها من الشكليات والرسميات، لذلك أوجد الرومان كثيراً من العقود غير الرسمية.فنشأت العقود العينية والعقود الرضائية وغيرها من العقود غير الرسمية وأمكن قيام العقد بين غائبين، ودخل مبدأ حسن النية في المعاملات، ولذلك كان على القاضي في عقود حسن النية أن يفسر إرادة المتعاقدين طبقاً لما تقضي به مبادئ حسن النية وما يجري عليه العمل في المعاملات، وكل ذلك كان على خلاف القانون القديم الذي اعتمد على الشكلية.[2]

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى – القانون الروماني – ج١ – ص٢٣٣-٢٤٣، د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدراوي – مبادئ القانون الروماني – تاريخه ونظمه – مطابع دار الكتاب العربي – القاهرة – ١٩٥٦ – ص٣٤٠-٣٥١ .

[2]- د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ج١ – ص٢٠٧-٢٠٨ .

ملخص الفصل الثاني

أثّر العامل الاقتصادي في تطور النظم القانونية باستحداث أو تعديل بعض النظم القانونية القديمة.

أثّر العامل الاقتصادي في إباحة عقودٍ في الفقه الإسلامي استثناءً من الأصل العام الذي يقتضي تحريمها كالتصرف في المعدوم وبيع الوفاء.

كان للعامل الاقتصادي أثر في الشريعة الإسلامية في تحديد مقدار الدية ونوعها، وفي إسقاط الحد عن السارق إن لم تتوفر شروط العقوبة.

طرأ على نظام الأسرة الروماني تعديلات عديدة تحت تأثير العوامل الاقتصادية كالاعتراف لابن الأسرة بالشخصية القانونية تدريجياً.

أدى العامل الاقتصادي إلى نشوء العديد من صور الملكية في روما كالملكية البريتورية والملكية الإقليمية والملكية الأجنبية.

أسئلة عن الفصل الثاني

س١- ما الذي دعا إلى الأخذ ببيع الوفاء في الفقه الإسلامي؟

س٢- ما هي الأسباب الداعية إلى إجازة الفقهاء للتسعير؟

س٣- حدد أثر العامل الاقتصادي في نظامي الدية وإيقاع عقوبة السرقة.

س٤- بين أثر العامل الاقتصادي في نظام الأسرة الروماني.

س٥- ما هي صور الملكية في العصر العلمي الروماني، اشرح إحداها.

الإجابة النموذجية للسؤال الأول:

إن التطور الاقتصادي الذي طرأ على المجتمع الإسلامي مع تحريم الربا هو الذي دعا إلى ظهور هذا العقد، فأباحه معظم الفقهاء لجريان العرف به نزولاً عند الضرورات الاقتصادية التي تدفع الناس إليه حتى لا يلجؤون إلى الربا المحرم.

الباب الثاني

وسائل تطور القانون

تمهيد وتقسيم:

استعان القائمون على القانون بعدة وسائل لتعديله، ومن الملاحظ أن تلك الوسائل اختلفت باختلاف القوانين نتيجة لاختلاف الظروف المحيطة بالشعوب المختلفة، سواء من حيث المصادر ومراتبها أو تدوين القانون من عدمه وأسلوب صياغته، وتعدد القوانين أو وحدتها داخل الشريعة الواحدة.

ورغم اختلاف الشرائع فيما يتعلق بوسائل تطور القانون، فإنه قد أمكن استخلاص وسائل تطور عامة لدى مختلف الشعوب وفي أغلب الشرائع القانونية، وهذه الوسائل العامة يمكن حصرها فيما يأتي: الحيل القانونية، مبادئ العدالة، التشريع، وهي قد ظهرت بالترتيب السابق.

ولم تشترك هذه الأساليب جميعاً في تطور الشرائع القديمة، فالشريعة الإسلامية تكاد تخلو من أثر الحيلة في تطورها، كذلك لم يكن للتشريع أثر واضح في تكوين الشريعة الإنجليزية وفي تطورها، بينما كانت الحيلة ومبادئ العدالة من الوسائل الغالبة في تطوير القانون الروماني والقانون الإنجليزي.

وسنقوم بدراسة هذه الوسائل الثلاث في مختلف التشريعات القديمة وبصفة خاصة في القانون الروماني والقانون الإنجليزي والشريعة الإسلامية، مخصصين فصلاً مستقلاً لكل من الحيل القانونية ومبادئ العدالة والتشريع.

الفصل الأول

الحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية

Fictions Légales

ما هو المقصود بالحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية؟ وكيف يمكن التمييز بينها وبين الأفكار القانونية الأخرى التي تتشابه معها؟ وما هي الأسباب التي دعت إلى استعمالها؟ وما هو الدور الذي قامت به في تطوير الشرائع القانونية؟

المبحث الأول

تعريف الحيلة القانونية وأسباب استعمالها

المطلب الأول

تعريف الحيلة القانونية

الحيلة القانونية هي افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه، أو الاستناد إلى واقعة كاذبة حتى ينطبق حكم القانون على حالة لم يكن يطبق عليها من قبل، كافتراض الجنين شخصاً حياً قبل ولادته متى كانت له مصلحة في ذلك، ليكون له مثلاً نصيب في التركة إذا مات مورثه أثناء الحمل[1].

فالحيلة- كما يقول الفقيه الألماني إيهرنغ- "كذب فني اقتضته الضرورة"، وقد شبهها بالعكازات التي كان لا بد من استعمالها للوصول إلى حلول لا تسمح بها النصوص أو التقاليد، فهي وسيلة لقطع مرحلة تطويرية، كان علم القانون فيها في عهد الطفولة، ولا يستطيع قطع هذه المرحلة من دونها فلما اشتد ساعده رماها واستبدل بها

1- Sumner Maine- Ancient Law- 1920, p 50

مبادئ قانونية كانت الأساس لنهضة الفقه والاجتهاد[1].

ويتبين من التعريف أن الحيلة أو الافتراض القانوني ينطوي دائماً على تجاهل للواقع الملموس أو مخالفة للحقائق الثابتة، بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها، ولكن ما المقصود بالحقيقة التي يخالفها الافتراض القانوني؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال، ويمكن أن نحصر هذه الآراء في اتجاهات ثلاثة على النحو الآتي:

١- الافتراض القانوني يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الحيلة القانونية تقوم على مخالفه الحقائق الطبيعية، أما إذا خالفت الحقائق القانونية، أي الأحكام القانونية الفنية التي صنعها المشرع بنفسه، فإن المخالفة لا تنطوي في هذه الحالة على حيلة، بل إلغاء القاعدة السابقة أو استثناء منها.

والحقائق الطبيعية التي تقوم الحيلة على مخالفتها قد تكون مادية وقد تكون فكرية وهذه الأخيرة قد تكون حقائق تاريخية و حقائق علمية أو حقائق فلسفية.

٢- الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق القانونية:

يقرر أنصار هذا الاتجاه أن الحيلة أو الافتراض القانوني يقوم على مخالفة الحقائق القانونية، فالقاعدة المقررة للأثر الرجعي للقسمة قاعدة مجازية "افتراض" لأنها تتضمن مخالفة حقيقة قانونية وهي أن حقوق الشركاء المفرزة لا تنشأ إلا من القسمة.

٣- التوفيق بين الاتجاهين السابقين:

حاول بعض الباحثين التوفيق بين الرأيين السابقين بقولهم إن "الافتراض القانوني إنما يتحقق عندما تطبق قاعدة قانونية مرتبطة بحالة مادية معينة على حالة أخرى مع تجاهل الخصائص المميزة لهذه الأخيرة.[2]

---

[1]- Ihering- Esprit de droit Romain. IV, p 296

نقلاً عن د. الترمانيني- الوسيط- ص٦٢٤.

[2]- د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص١٦٣- ١٦٦.

المطلب الثاني

التمييز بين الحيلة القانونية وغيرها من الأفكار المشابهة

هناك بعض الأفكار القانونية التي تماثل من بعض جوانبها الحيلة أو الافتراض القانوني، ومن ثم فإنه يتعين علينا أن نميز بين الحيلة وبين هذه الأفكار، حتى يتسنى لنا تحديد معناها على وجه الدقة.

أولاً: التمييز بين الحيلة القانونية والتحايل أو الغش نحو القانون:

يقصد بالغش نحو القانون استخدام الخداع والحيلة من قبل الأفراد بهدف الوصول إلى تطبيق القاعدة القانونية أو إلى استبعاد تطبيقها، وعلى ذلك فإن الغش نحو القانون والحيلة القانونية يتفقان في أن كلاً منهما ينطوي على مخالفة للحقيقة، على أن هذا التشابه يجب ألا يؤدي إلى الخلط بينهما لأن الفارق بينهما جوهري، ويتمثل في أن الذي يخالف الحقيقة في الافتراض أو الحيلة هو واضع القاعدة القانونية أو من يفسرها بحيث تكون المخالفة جزءاً من القاعدة نفسها، أما في نطاق التحايل على القانون فإن المخالفة تقع ممن يوجه إليهم الخطاب في القاعدة، أي من الأفراد الذين تنطبق عليهم القاعدة القانونية.

فالافتراض هو وصف يلحق القاعدة ويتصل ببنائها، أما الغش نحو القانون فإنه لا يتصل بصياغة القاعدة وإنما يتضمن وسائل يتبعها الأفراد لمخالفة الحقيقة.

ثانياً: التمييز بين الحيل القانونية والصورية:

يقصد بالصورية اصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني بغرض إخفاء الحقيقة عن الغير، وقد يتبادر إلى الذهن أن الصورية بهذا المعنى تختلط مع الحيلة القانونية، إذ إن كلتيهما يعمل على تغيير الحقيقة أو تشويهها، إلا أن الفارق بينهما واضح، فالصورية يلجأ إليها المتعاقدان لإخفاء حقيقة التصرف القانوني، أما الافتراض أو الحيلة القانونية فإنها وسيلة معنوية من وسائل الصياغة القانونية، ومن ثم فإن الذي يلجأ إليها هو المشرع نفسه.

ومن ناحية أخرى، فإن الغرض من الصورية هو خديعة الغير، باصطناع مظهر كاذب يخفي وراءه تصرفاً حقيقياً آخر، ومثل ذلك البيع الذي يتخذ صورة الهبة بقصد منع الشفيع من أخذ العقار المبيع بالشفعة، أما الحيلة القانونية فلا يهدف المشرع من ورائها إلى خديعة أحد، وإنما يلجأ إليها بهدف تطوير القانون.[1]

المطلب الثالث

أسباب استعمال الحيل القانونية

يمكن إجمال الأسباب التي دعت إلى استخدام الحيلة في الشرائع القديمة فيما يلي:

أولاً- الأصل الديني للقوانين:

نشأت الشرائع القديمة في أحضان الأديان، فكان للأديان قوة في النفوس وثبات في الأذهان جعلا الناس شديدي التمسك بالتقاليد والنصوص القانونية، كما احترموا هذه الشرائع احتراماً يصل إلى درجة التقديس، وقد ترتب على ذلك أن اتسمت شرائع الأمم القديمة بطابع الجمود وعدم القابلية للتعديل والتغيير، وذلك على الرغم مما قد يظهر من شدة الحاجة إلى إصلاحها أو تعديلها فإذا تغيرت الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالمجتمع، وبات من الضروري تعديل نظمه القانونية حتى تتماشى مع هذا التطور، فإنه لا يلجأ إلى إلغاء القوانين القديمة، بل يبقي عليها ويحاول تفسيرها بحيث يجعلها صالحة لحكم التطورات الجديدة أو يصدر قانوناً يفي بالغرض المطلوب، وعلى سبيل المثال فإن قانون دراكون لم يلغه قانون صولون، وقانون الألواح الاثني عشر لم يلغ القوانين الملكية، ومجموعة قوانين مانو لم تلغ القانون القديم، فكان القانون من حيث المبدأ غير قابل للتعديل وكان من المتيسر سن قوانين جديدة لكن القوانين القديمة كانت تبقى دائماً مهما كان التناقض بين القديمة والجديدة.

---

[1]- د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص١٦٧- ١٧٠ ، أبو زيد عبد الباقي مصطفى – الافتراض ودوره في تطور القانون – ١٩٨٠ – ص٧ وما بعدها.

وقد دفع هذا الوضع المختصين بأمور القانون والقضاء إلى الاحتيال على نصوصه ونظمه ابتغاء تطبيقها دون تغيير في صيغتها على حالات لم تكن تسري عليها، وتحميلها أحكاماً جديدة لم يتسع لها منطوقها، حتى يوفقوا بذلك بين كراهة تغيير النصوص أو التقاليد، وضرورة تعديل نظمها ومبادئها لتتلاءم مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية الجديدة.[1]

ثانياً- التطور البطيء للظروف الاجتماعية والاقتصادية:

إن تطور المجتمع كان يحدث بصورة بطيئة وغير ملموسة، فالعلاقات الاجتماعية حينما تَجِدُ في المجتمع كانت تظهر بالتدريج وفي أجيال متعاقبة، وهذا كان يستتبع التحايل البطيء غير الملموس على القواعد الموجودة، وكان لابد من مرور زمن طويل قبل أن تتبلور العلاقات الاجتماعية الجديدة وتتضح معالم التعديلات القانونية الجديدة التي كانت تحدث في صورة تحايل على القواعد القانونية، وحينما تتضح معالم القواعد الجديدة ويظهر تعارضها مع القواعد القديمة يكون المجتمع قد تعوّد على صور التحايل التي أوجدتها ضرورات الحياة، ولذلك كان لا بد من انقضاء زمن طويل قبل أن ينتبه المشرع إلى ذلك التحايل الذي حدث في نصوص القانون فيعمل على تبني القواعد الجديدة التي أوجدتها الحيلة إن كانت نافعة للمجتمع، أو يعمل على محاربة ذلك التحايل إن وجد فيه ضرراً، من أجل ذلك لم يظهر التشريع - كوسيلة من وسائل تطور القانون - إلا بعد ظهور الحيلة بزمن طويل، وتاريخ التشريع الروماني والأثيني يؤكد أنه إذا كان في استطاعة الإنسان في بعض الأحيان أن يغير أنظمته السياسية فجأة، فإنه لا يستطيع أن يغير من قوانينه وشرعه الخاص إلا ببطء وبالتدريج.[2]

---

[1]- د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص ٢٥٨- ٢٥٩ ، فوستيل دي كولانج – المدينة العتيقة- ص٢٥٨- ٢٥٩ ، ٥٢٢.

[2]- د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ج١ – ص٢١٤، دي كولانج – المدينة العتيقة – ص٤١٩.

أولى

2023

ثالثاً- الطبيعة المحافظة لبعض الشعوب:

تميل بعض الشعوب مثل الشعب الروماني والشعب الإنجليزي بطبيعتها إلى السير على ما هو مألوف، وتنفر من التجديد والتغيير، وقد انعكست هذه الطبيعة المحافظة لتلك الشعوب على نظمها القانونية، فنجدها تقدس شرائعها بالرغم من ظهور شدتها أو قصورها، ولذلك فإن تأثير الحيلة في هذه الشرائع، وبصفة خاصة في القانون الروماني القديم كان أوسع نطاقاً من تأثير الوسائل الأخرى لأنها الأسلوب الوحيد الذي يلائم النفسية الفطرية، ويتفق مع عقلية الإنسان في بدء عهده بالمدنية، ومع شعوره نحو ديانته وتقاليده.[1]

رابعاً- الطبيعة الخاصة لبعض القوانين:

جاءت بعض القوانين القديمة ضيقة النطاق، مقيدة بالإجراءات والرسميات الشديدة، فطرية في مبادئها، فالقانون الروماني مثلاً لم يكن يطبق إلا على الرومان دون الأجانب، وكان التصرف القانوني لا ينتج أثره إلا إذا روعيت بشأنه الإجراءات التي نص عليها القانون دون تعديل أو تحريف، وأية هفوة شكلية تعرض المخطئ لفقد حقه، وكان يعطى للدائن الحق في أن يقتل مدينه إذا لم يسدد دينه، كما أجاز للمجني عليه في بعض الحالات أن يقتص من خصمه بيده.

وعندما تطورت المجتمعات وأخذت بأسباب المدنية أصبحت مثل هذه القوانين والقواعد عاجزة عن متابعة ذلك التطور مما دفع القائمين على تطبيقها وتفسيرها إلى التحايل على نصوصها لكي تلائم الحياة الاجتماعية الجديدة.[2]

---

[1]- د. صقر – تاريخ النظم – ص١٧٤-١٧٥، علي بدوي – أبحاث التاريخ العام للقانون – ١٩٤٣ – ص٤٧.

[2]- د. صقر – تاريخ النظم – ص١٧٥، دي كولانج – المدينة العتيقة – ص٢٦١ .

المبحث الثاني

دور الحيلة الشرعية في القانون الروماني

المطلب الأول

أهمية الحيلة الشرعية في القانون الروماني

كان تأثير الحيلة في القانون الروماني القديم أوسع نطاقاً من تأثير الوسائل الأخرى، كما أنه أوضح وأعمق منه في أية شريعة أخرى، ذلك لأن الأحكام القانونية التي وضعت لأمة جافية الطبع وما زالت في طور التوحش، ما كان يمكن أن يلائم حال روما التي تحضرت وانصقلت شمائلها، ومن أجل هذا أصبح تخفيفها أمراً لازماً، على أن التعديل لم يحصل بتنقيح كلي لقانون الألواح الاثني عشر بل إن هذا القانون الذي كان الناس يحيطونه باحترام يكاد يبلغ درجة العبادة، استمر يمثل – من الوجهة النظرية على الأقل – الأساس الأصيل للقانون المدني، ولكن في العمل كانت أحكامه تهمل وتستبعد بوسائل التأويل التي كان الفقهاء يذهبون فيه أحياناً إلى أغوار من العقليات بعيدة، وكان الحكام الشرعيون (البريتور) هم أكثر من استعمل الحيل الشرعية لبلوغ هذه الغاية وذلك بما لهم من سلطة في تطبيق القانون وتفسيره، وكان يطلق على الحيل التي أوجدها هؤلاء الحكام "الحيل البريتورية" كما أطلق على الحيل التي استعملها الفقهاء الرومان "الحيل الشرعية" بل إن المشرع الروماني نفسه قد لجأ إلى الحيلة لتبرير بعض النظم القانونية التي تقوم على تصور ذهني مخالف للواقع.[1]

ويمكن تحديد دور الحيلة في تطوير نظم القانون الروماني في أنها قد استعملت كأداة لاستحداث نظم قانونية جديدة، واستعملت كوسيلة لتبرير بعض النظم القائمة، وتخفيف حدة بعض النظم الأخرى أو الحد من آثارها المفرطة في القسوة والشدة.

---

[1]- د. صفر – تاريخ النظم – ص١٧٦-١٧٧ ، علي بدوي –التاريخ العام للقانون- ص٤٨ .

المطلب الثاني

دور الحيلة في استحداث نظم قانونية جديدة[1]

تمكن الرومان عن طريق استعمال الحيلة من استحداث بعض النظم القانونية الجديدة التي دعت إليها حاجة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي طرأت على المجتمع الروماني ومن أمثلة هذه النظم:

أولاً- الملكية البريتورية:

حدد القانون الروماني القديم شروطاً خاصة لاكتساب الملكية الرومانية، وإجراءات وطرقاً خاصة لانتقالها هي: الإشهاد والدعوى الصورية والتسليم، ووضع وسائل خاصة لحمايتها، ومخالفة هذه الشروط يجردها من حماية القانون المدني فلا تنتقل الملكية إلى المشتري، وحينما تحولت روما إلى مجتمع تجاري ورغب الناس عن استعمال الإجراءات الشكلية المعقدة اللازمة لانتقال ملكية الأموال أصبحوا يكتفون بتسليمها، ولكن طبقاً لأحكام القانون الروماني كانت ملكية تلك الأموال لا تنتقل إلى المتملك لأنه لم يتبع في انتقالها الطرق التي حددها القانون ويظل مجرد واضع يد لا يكتسب الملكية إلا بمضي مدة التقادم ولذلك تدخل البريتور لحمايته، فنشأت الملكية البريتورية، وتقوم على أساس افتراض أن مدة التقادم قد تمت خلافاً للحقيقة.

ثانياً- النيابة في التعاقد:

كان المبدأ المقرر في القانون الروماني أن آثار التصرف القانوني لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين المشتركين فيه بأنفسهما لأنه لا يعترف بالنيابة، ولكن حينما تحول المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري وتغيرت ظروفه الاقتصادية، أصبح من المتعذر على الشخص،

---

[1]- د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ج١ – ص٢١٦-٢١٩، د. صقر – تاريخ النظم – ص١٧٧-١٨٥، دي كولانج – المدينة العتيقة – ص٤٢١-٤٢٢، د. الترمانيني – الوسيط في تاريخ القانون – ص٦٢٧-٦٢٨، د. محمود عبد المجيد المغربي – تاريخ القوانين – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان – ط٢ – ١٩٩٣ – ص٢٣٥-٢٤٠ .

في كثير من الحالات، أن يقوم بإجراء التصرف القانوني بنفسه مما كان يضطره إلى إنابة شخص آخر ليقوم مقامه في إجراء التصرف القانوني، وحينئذٍ استخدم البريتور بعض القواعد القانونية المطبقة وتحايل عليها وضمها إلى بعضها بعض حتى توصل إلى تقرير آثار النيابة في بعض الحالات فتنصرف آثار التصرف لذمة الأصيل.

ثالثاً- التوسع في استعمال الإشهاد: "mancipatio"

كان الإشهاد في بادئ الأمر عبارة عن وسيلة لتملك مال نفيس مملوك للغير مقابل دفع الثمن ، أي كان بيعاً حقيقياً، وقد ورد النص عليه في قانون الألواح الاثني عشر، ولكن مع الزمن ومنذ القرن الثالث قبل الميلاد، أصبح دفع الثمن صورياً وبذلك تحول الإشهاد إلى بيع صوري، وأصبح يقوم بوظيفة نقل ملكية الأموال النفيسة أياً كان سبب انتقالها، وبذلك تحول الإشهاد إلى عمل مجرد عن سببه، ومن ثم استخدم في أغراض عديدة غير الأغراض التي أنشئ من أجلها، فاستعمله الرومان لنقل ملكية المال بدون مقابل كالهبة أو لتنفيذ وصية، أو لتقرير ضمان عيني كالرهن الحيازي، أو لإنشاء عقود جديدة كالوديعة والعارية..إلخ.

ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل أمكن عن طريق تغيير عبارات الإشهاد استعماله في نقل السلطة التي يعترف بها القانون لشخص على آخر إلى شخص ثالث، لذلك استخدم لتحقيق الزواج بالسيادة واستخدم في التبني وفي تحرير الابن من السلطة الأبوية..إلخ.

رابعاً- التوسع في الدعوى الصورية: "in jure cessio":

الدعوى الصورية هي إجراء الغرض منه تصوير أمر من الأمور باتفاق الطرفين، في صورة نزاع- خلافاً للواقع- وطرحه أمام البريتور ليحكم لصالح أحدهما، وهذا التحايل يقع بمعرفة السلطة القضائية التي لا تملك سوى الإذعان له وعدم مناقشته، وقد استعملت الدعوى الصورية كوسيلة لنقل الملكية، ولتحقيق التبني ولعتق الرقيق..إلخ.

المطلب الثالث

دور الحيلة في تخفيف آثار بعض النظم القانونية [1]

كان من نتيجة التطورات التي طرأت على المجتمع الروماني أن أصبحت بعض النظم القانونية غير ملائمة لحالة المجتمع، ومن ثم كان يجب إلغاؤها أو تعديلها، ولكن لما كان الشعب الروماني من أكثر الشعوب محافظة على تقاليده وللاتصال الشديد ما بين القانون والديانة، فقد لجأ إلى الحيلة بغية تخفيف آثار هذه النظم والحد من شدتها أو قصورها، وجعلها ملائمة للتطورات التي أصابت المجتمع ومن أمثلة هذه النظم:

أولاً- تطبيق القانون الروماني على الأجانب:

كانت القاعدة في القانون الروماني القديم أن الشخصية القانونية يتمتع بها الوطنيون دون الأجانب، وقد نتج عن ذلك أن كان الأجنبي في روما لا يتمتع بأية حماية قانونية بل يعتبر مالاً مباحاً يحق لأي وطني أن يستولي عليه ويعتبره من الأعداء، وفضلاً عن ذلك ليس له حق الزواج أو التعامل مع الرومان طبقاً لأحكام القانون الروماني، لأن هذا القانون كان يعتبر امتيازاً يتمتع به الوطنيون الرومانيون دون سواهم ولعدم اشتراك الأجنبي في الديانة الرومانية.

وعندما اتسعت روما وتحولت من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري، تكثر فيه المعاملات والمبادلات التجارية، بات من الضروري توفير حماية خاصة للأجانب في روما، وهنا تدخل البريتور للتحايل على القواعد السابقة، فكان يفترض في البرنامج الكتابي الذي يحيل به القضية إلى الحكم للفصل فيها أن المدعي الأجنبي روماني الجنسية حتى يمكنه المطالبة بحقه في نزاع مدني أو في دعوى جزائية.

ثانياً- الموت المدني:

القاعدة العامة في القانون الروماني أن الإنسان لا يكتسب الشخصية القانونية إلا إذا توفرت له عناصرها الثلاثة، وهي أن يكون حراً ورومانياً ومستقلاً بحقوقه، فإذا

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٢١٥-٢١٦، د. صقر- تاريخ النظم- ص١٨٦-١٨٩، د. عمر ممدوح مصطفى- تاريخ القانون- ص٨٩، د. المغربي- تاريخ القوانين- ص٢٢٩-٢٣٢.

فقد عنصراً من هذه العناصر الثلاثة فقد شخصيته القانونية كلها أو بعضها، ويعبر عن فقدان الشخصية في هذه الحالة بالموت المدني.

ويترتب على الموت المدني انتقال الحقوق إلى من كان سبباً فيه، وسقوط الالتزامات التعاقدية بزوال الشخصية القانونية، وكان في هذا الوضع ضرر بالغ بالدائنين، فتحايلوا على ذلك بافتراض أن المدين مازال متمتعاً بالشخصية القانونية.

ثالثاً- إساءة استعمال الحق:

أحاط القانون الروماني الملكية بكثير من الضمانات، ومن بينها حماية المالك من الأضرار التي قد تصيبه من جاره، وظهرت أهم تلك الضمانات وهي الاشتراطات البريتورية في القانون البريتوري، فإن رفض الجار التعهد – عن طريق اشتراط بريتوري – تعويض جاره عما يصيبه من ضرر من منزل الجار الآيل للسقوط، افترض البريتور أن هذا التعهد قد تم ليرتب عليه الآثار القانونية الضرورية لحماية المالك.

المطلب الرابع

دور الحيلة في تبرير بعض النظم القانونية[1]

استعمل الرومان الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية التي يصعب فهمها أو تفسيرها إلا على أنها مجرد تصور ذهني مخالف للواقع، ومن الأمثلة على ذلك:

أولاً- الأشخاص المعنوية:

الأصل أن كلمة "شخص" لا تطلق إلا على أفراد النوع الإنساني الذين لهم أهلية اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وهم كائنات عاقلة لها حياة مادية ووجود مجسم، إلا أن القانون الروماني أوجد إلى جانب هؤلاء أشخاصاً آخرين لا وجود لهم إلا في الذهن، بأن جعل لهم كياناً قانونياً، واعتبرهم كالإنسان أهلاً لاكتساب الحق والالتزام بالواجب، ولذلك سميت بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية أو القانونية.

---

[1]- د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص١٨٩-١٩١، د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم ج١ – ص٢١٩-٢٢١، د. المغربي – تاريخ القوانين – ص٢٤٣-٢٤٥ .

ثانياً- افتراض ولادة الجنين قبل وفاة مورثه:

الأصل أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الشخص وتنتهي بوفاته، ومقتضى ذلك أن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية، ومن ثم لا يكون له الحق في الميراث إذا مات مورثه قبل ولادته حياً، ولكن الرومان خرجوا على هذه القاعدة وقرروا أن الشخصية القانونية يمكن أن تبدأ استثناءً قبل الولادة، فيعتبر الحمل كالمولود متى اقتضت مصلحته ذلك، وقد استندوا على هذا الافتراض المخالف للحقيقة والواقع، للقول بأن الجنين يعتبر وارثاً إذا مات مورثه وقت الحمل ولكن بشرط أن يولد حياً.

ثالثاً- الأثر الرجعي لقبول التركة الشاغرة:

كان الوارث في القانون الروماني بالخيار بين قبول التركة أو رفضها، وكانت التركة في الفترة ما بين وفاة المورث وقبول الوارث لها تسمى بالتركة الشاغرة، لأنه لا مالك لها، وكان ينشأ عن مثل هذا الوضع صعوبات كثيرة من الناحية العملية، ولكن الرومان عملوا على تفادي هذه الصعوبات وذلك بافتراض أن الوارث الذي قبل التركة يعتبر مالكاً لها من تاريخ وفاة المورث، ثم لجأ الفقيه "جوليانوس" إلى افتراض آخر، مؤداه أن المورث قد ظل على قيد الحياة حتى قبول الوارث للتركة، ولا يخفى ما في هذا الافتراض الأخير من مخالفة للحقيقة التي تقتضي بانتهاء الشخصية القانونية للشخص بمجرد وفاته.

رابعاً- وقوع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء:

كان الأسر سبباً من أسباب الرق في الشرائع القديمة ومنها القانون الروماني، وقد ترتب على تطبيق هذه القاعدة صعوبات عملية كثيرة، لأن العمل بمقتضاها يعني زوال الشخصية القانونية للروماني الذي يقع أسيراً في يد الأعداء، ومن ثم عدم انتقال تركته إلى ورثته، وبطلان وصيته التي أوصى بها قبل أسره.

وقد لجأ الرومان - تفادياً لمثل هذه الصعوبات - إلى نظرية "ما وراء الحدود" وهي نظرية تقوم على افتراض مؤداه أن الروماني إذا وقع في الأسر ثم عاد بعد ذلك إلى

بلله، اعتبرت شخصيته كأنها لم تزل ويتمتع بحقوقه كاملة، كما لو كان لم يقع في الأسر مطلقاً.

وإذا لم يعد الأسير الروماني ومات في الأسر، اعتبر أنه مات موتاً طبيعياً في اليوم ذاته الذي أُسر فيه أي مات حراً، وبذلك تنتقل تركته إلى ورثته، ولا تبطل وصيته السابقة على أسره، وقد وضع هذه الحيلة قانون "كورنيليا" الصادر في عهد الديكتاتور "سيلا" (٨٢ - ٧٩ق.م).

المبحث الثالث

دور الحيلة الشرعية في الشريعة الإسلامية[1]

هل استعان الفقهاء المسلمين بالحيلة الشرعية؟ ما هو تعريف الحيلة وأنواعها؟ وما هو دور أو أثر الحيلة في الفقه الإسلامي؟

المطلب الأول

مدى استعانة الفقهاء المسلمين بالحيلة

لم يظهر للحيلة أثر يذكر في الفقه الإسلامي قبل قفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجري ذلك أن الشريعة الإسلامية توخت الإقلال من التقنين، ولأن أكثر أحكامها صدرت في صورة مبادئ عامة بعيدة عن الشكليات والإجراءات الرسمية.

وقد تغير الوضع منذ عصر التقليد الذي يبدأ بقفل باب الاجتهاد إذ التزم الفقه والقضاء بما ورد في كتب مذاهب السنة الأربعة، وقد تصطدم بعض القواعد الجزئية بما يَجِد في المجتمع من تطور، فبدأت الحيلة تظهر عند أصحاب مدرسة الرأي في الكوفة

---

[1]- د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص١٩٢-٢٠٢، د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ج١ – ص٢٢٤-٢٢٩، د. الترمانيني – الوسيط في تاريخ القانون – ص٦٣٥-٦٣٧، د. المغربي – تاريخ القوانين – ص٣٨٧-٣٩٢.

كوسيلة للتوفيق بين المثل الأعلى والحقيقة الواقعة وكوسيلة للتيسير في الأحكام الشرعية، وبمضي الوقت أخذ بعض الناس يلجأ إليها للتخلص من واجباتهم أو إسقاط حقوق الغير قبلهم، مما دفع الفقهاء إلى وضع عدد كبير من المؤلفات الخاصة بالحيل والمخارج لبيان ما يجوز استعماله منها ولا يجوز.

المطلب الثاني

تعريف الحيلة الشرعية وبيان أقسامها

الحيلة الشرعية هي "سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة".

وقد قسم الفقهاء الحيلة إلى عدة أقسام تختلف بحسب صورتها، والغاية التي ترمي إليها، وحكمها من الناحية الشرعية.

فهي تنقسم من حيث صورتها إلى حيلة قولية أو لفظية، وحيلة عملية.

وتنقسم من حيث الغاية التي تهدف إليها إلى حيلة مشروعة، وحيلة محظورة.

ومن الجلي أن أهم هذه التقسيمات هو الذي ينظر إلى الحيلة من ناحية الغرض الذي ترمي إليه، ولذلك نتوقف عنده قليلاً لبيان المقصود منه.

أولاً- الحيل المشروعة:

وهي الحيل التي ترمي إلى غاية مشروعة وتنقسم إلى نوعين:

١- **النوع الأول**: تكون الوسيلة فيه مشروعة ، وما يترتب عليها مشروع، إلا أن هذه الوسيلة قد وضعت لتحقيق غرض آخر غير الذي استعملت من أجله، ومثل ذلك أن يتزوج الرجل من المرأة ليعتز بأهلها، أو ليستعين بمالها فيما لا يغضب الله، فمثل هذا النوع من الحيل صحيح وجائز شرعاً لأنه وإن كانت الغاية الأساسية من الزواج هي النسل والعفة عما حرم الله، فإن الزواج من المرأة لمالها، أو للاستنصار بأهلها، لا يتعارض وهذه الغاية الأساسية.

٢- **النوع الثاني:** وتكون فيه الوسيلة غير مشروعة، ولكن الغاية التي تترتب عليها مشروعة، ومثل ذلك استعانة الدائن بشهود زور لكي يثبت حقه الذي ينكره المدين كذباً، وقد اختلف الفقهاء في شأن مثل هذا النوع من الحيل، فمنهم من يحرمه، ومنهم من يرى أنه صحيح، ولكن الإنسان يأثم على الوسيلة وحدها.

ثانياً: الحيل المحظورة:

وهي الحيل التي تكون الغاية منها غير مشروعة، وتنقسم هذه الحيل بدورها إلى نوعين:

١- **النوع الأول:** تكون الوسيلة فيه مشروعة، ولكن قصد بها الوصول إلى محرم، ومثل ذلك البيع للحصول على الربا، وهبة المال قبل تمام الحول ثم استعادته ثانية بقصد التخلص من أداء الزكاة، فمثل هذا التحايل محرم بلا خلاف، فإذا كانت الوسيلة مشروعة في الصورتين السابقتين (البيع والهبة)، فإنها قد استعملت بقصد الوصول إلى غرض محرم، كالربا والتخلص من أداء الزكاة.

٢- **النوع الثاني:** تكون الوسيلة فيه غير مشروعة، وتفضي إلى غاية غير مشروعة، ومثل ذلك من يتناول المسكر ليسقط عنه فرض الصلاة، والتحايل على حرمان الوارث من الميراث بالردة وهذا النوع من الحيل واضح الحظر والتحريم.

والواقع أن الفقهاء في المذاهب الإسلامية قد استعانوا بالحيل المشروعة، على الرغم من أن الإمامين مالكاً وأحمد بن حنبل كانا يحرمان الأخذ بها بإطلاق.

المطلب الثالث

أثر الحيلة في الفقه الإسلامي

لم يكن للحيلة – كما أسلفنا – دور بارز في تطوير أحكام الشريعة الإسلامية، لأن الفقهاء لم يلجأ إليها إلا في حالات قليلة ومحدودة، إما بقصد استحداث بعض النظم التي دعت إليها ضرورة التطور في المجتمع الإسلامي، وإما بقصد تبرير بعض النظم القائمة فعلاً، أو تخفيف آثار بعض النظم.

ونستعرض فيما يلي بعض صور الحيل الشرعية في الفقه الإسلامي:

أولاً- دور الحيلة في استحداث نظم قانونية جديدة:

استعملت الحيلة من جانب بعض الفقهاء كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة منها على سبيل المثال:

١- بيع الوفاء:

من الثابت أن التعامل بالربا محرم في الشريعة الإسلامية، ولكن الحاجة الاقتصادية قد تدفع بعض الناس إلى الاقتراض، فلا يجد من يقرضه، لأنه لن تكون هناك فائدة مادية تعود على المقرض، ولذلك فقد تحايل بعض الناس على تحريم الربا بما أسموه "بيع الوفاء"، وهو عبارة عن عقد بيع يتم بين المقرض والمقترض، بحيث يكون المقترض في مركز البائع والمقرض في مركز المشتري، وبمقتضاه تنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المقرض في مقابل الثمن الذي يدفعه إلى المقترض، ويقرن هذا البيع بشرط فاسخ مقتضاه أن يرد المشتري (المقرض) الشيء المبيع إلى البائع (المقترض) إذا ردَّ إليه الثمن خلال مدة معينة، وبهذه الحيلة يتمكن البائع من الحصول على ما يحتاج إليه من مال، ويحصل المقرض على فائدة تتمثل في الانتفاع بالشيء المبيع حتى يرد إليه البائع الثمن، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول صحة هذا العقد.

٢- بيع العينة:

ومن صوره أن يشتري إنسان شيئاً بثمن مؤجل ثم يبيعه ثانياً إلى بائعه بثمن أقل من الثمن الذي اشتراه به، وهذا البيع تحايل به الناس على القاعدة التي تحرم التعامل بالربا، ولذلك نجده محل خلاف بين الفقهاء، فبعضهم يجيزه (الشافعي وأبو يوسف ومحمد) وبعضهم الآخر يعتبره باطلاً (مالك وأحمد).

ثانياً: دور الحيلة في تبرير بعض النظم القانونية:

استعمل الفقهاء الحيلة الشرعية كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية التي لا يمكن فهمها إلا على أساس أنها تقوم على تصور ذهني تحكمي مخالف للحقيقة والواقع

ومن أمثلة ذلك:

١- ملكية التركة:

من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن لا تركة إلا بعد سداد الديون، وتطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى أن ملكية التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون، وبذلك يمتنع على الورثة التصرف في أموال التركة حتى سداد الديون، ونجد في الوقت نفسه أن ملكية المالك لأموال التركة قد زالت بوفاته، فلمن تكون ملكية التركة في الفترة ما بين موت المورث وتسديد الديون؟

ليس لدينا مالك للتركة في تلك الفترة ويترتب على ذلك أنها تكون شاغرة، ولتفادي تلك النتيجة لجأ الفقهاء إلى الحيلة الآتية: يفترض أن المورث حي حتى تسديد ديونه، ويترتب على ذلك أنه يظل مالكاً حكماً لأموال التركة حتى تسدد ديونها، ومن ثم لا تكون التركة شاغرة وفي الوقت نفسه لا يستطيع الورثة التصرف في أموال التركة قبل الوفاء بديونها لأنها لم تصبح بعد مملوكة لهم.

٢- توريث الحمل:

تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الروماني والقوانين الحديثة في أن الشخصية القانونية للإنسان لا تبدأ إلا منذ ولادته وتنتهي بوفاته، على أن تطبيق هذه القاعدة من شأنه الإضرار بمصالح الجنين الذي لم يكن قد ولد قبل وفاة مورثه. ولتفادي مثل هذه النتيجة لجأ الفقهاء إلى الحيلة، وافترضوا أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية قبل ولادته، وبذلك يكون له نصيب في تركة مورثه إذا ولد حياً.

ثالثاً- دور الحيلة في تخفيف آثار بعض النظم القانونية:

لجأ فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الحيل الشرعية لتخفيف الآثار المترتبة على بعض النظم القانونية ومن الأمثلة على ذلك نذكر تصرفات المريض مرض الموت، فمن المقرر في الفقه الإسلامي أن تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية أي لا تنفذ إلا في حدود الثلث، فإن كانت لأحد الورثة لا تنفذ في حق بقية الورثة إلا بإجازتهم طبقاً لرأي بعض المذاهب.

ولكن قد يحدث عملاً أن تكون ذمة المريض مشغولة حقيقة بدين لأحد الورثة، ولذلك اضطر الفقهاء في هذه الحالة إلى إيجاد حيلة يترتب عليها ثبوت الحق للوارث مع عدم تعطيل الحكم الذي يقضي بعدم نفاذ إقرار المريض مرض الموت لأحد الورثة إلا بإجازة بقية الورثة.

وهذه الحيلة تتلخص فيما يلي: يقر المريض بذلك الدين لشخص أجنبي يثق فيه ويأمره أن يقبض ذلك من ماله على أن يدفعه بعد ذلك إلى وارثه صاحب الدين.

المبحث الرابع

دور الحيلة الشرعية في القانون الإنجليزي[1]

كانت الحيلة وسيلة فعالة في تطور النظم القانونية والقضائية في القانون الإنجليزي القديم على نحو ما كانت عليه في القانون الروماني القديم، غير أن أثر الحيلة في القانون الإنجليزي كان أظهر وأعمق في النواحي الشكلية منه في المبادئ الموضوعية.

وقد ساعد على ذلك طبيعة الشعب الإنجليزي المحافظة من جهة، وطبيعة القانون الإنجليزي باعتباره قانوناً غير مكتوب يعتمد بصفة أساسية على السوابق القضائية من جهة أخرى.

المطلب الأول

دور الحيلة في تطور القواعد الشكلية (توحيد السلطة القضائية)

كانت ولاية القضاء منذ الفتح النورماندي (١٠٦٦م) موزعة على هيئات ثلاث:

---

[1]- د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ج١ – ص٢٢١-٢٢٤، د. مصطفى صقر– تاريخ النظم – ص٢٠٢-٢٠٧، د. الترمانيني – الوسيط – ص٦٣٣-٦٣٥، د. عمر ممدوح مصطفى – أصول تاريخ القانون – ص٨٩-٩٠، ٩٥، ١٠٠، د. علي بدوي – أبحاث في التاريخ العام للقانون – ص٥٠-٦٠، د. عباس العبودي – تاريخ القانون – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – ط١ – ١٩٩٨، ص٧٦-٧٨ .

١- المحاكم الإقطاعية: كانت تختص بالفصل في المنازعات التي تثور بين التابعين للنبيل صاحب الإقطاعية.

٢- المحاكم الكنسية: كانت تختص بالمنازعات التي يكون أحد الخصوم فيها من رجل الدين وبالأمور المتعلقة بما يسمى "علاج الروح" بين الأفراد مثل الزواج والطلاق والاعتداء على المعابد .. إلخ.

٣- المحاكم الملكية: كانت تختص بالفصل في المنازعات التي تثور بين النبلاء، وبمحاكمة من يخل بما يسمى "أمان الملك" وكان هذا التعبير يعني في بادئ الأمر، الاعتداء الواقع على أحد أفراد البيت المالك أو أحد أعضاء حاشية الملك، وكانت تختص بهذه الجرائم محكمة ملكية تسمى محكمة "منصة الملك"، وكانت هناك محكمة ملكية أخرى مختصة بالضرائب تسمى "المحكمة المالية"، وهناك محكمة ملكية ثالثة تختص بما يعرض عليها من منازعات مدنية تسمى "محكمة الدعاوى المدنية".

وقد استعملت المحاكم الملكية الحيلة بغية توسيع اختصاصاتها على حساب المحاكم الأخرى (المحاكم الإقطاعية والمحاكم الكنسية) حتى انتهى بها الأمر إلى الاستيلاء على اختصاصاتها وتوحيد جهة التقاضي.

ومن أمثلة الحيلة أو الافتراض القانوني الذي كانت تلجأ إليه المحاكم الملكية بهدف سحب القضية من اختصاص المحاكم الأخرى نذكر:

١- كانت المحاكم الملكية عندما تريد النظر في قضية مدنية تدخل في اختصاص المحاكم الإقطاعية أو الكنسية تفترض في إعلان الدعوى الصادر منها أن المدعى عليه في حراسة "أمين الملك" لارتكابه جريمة تمس "أمان الملك" وهي من الجرائم التي تختص بها المحاكم الملكية، ومتى اعتبر كذلك، وجب عليه الحضور إلى المحكمة لأنه في حكم المقبوض عليه وحينئذ تصح مطالبته بحق مدني أمامها.

٢- كذلك كانت المحاكم المختصة بالنظر في منازعات الضرائب تلجأ إلى افتراض آخر، إذا أرادت أن تنظر دعوى المطالبة بالدين بين شخصين، فكانت تفترض أن المدعي

مدين بالضرائب للملك، ولم يتمكن من سداد المقرر عليه لمماطلة المدعى عليه في دفع دينه، وبهذا يصبح المدعى عليه وكأنه مدين للملك، ويلزم بالحضور في محكمته.

المطلب الثاني

دور الحيلة في تطور القواعد الموضوعية

لم يقتصر أثر الحيلة في القانون الإنجليزي على توحيد جهة القضاء، بل تعداه إلى تعديل النظم القانونية ذاتها، فقد استعملت الحيلة كتصوير خيالي لإنشاء بعض النظم القانونية أو لتبريرها حتى يسهل إدراكها وفهمها ومن أمثلة ذلك:

١- الشركة:

يعتبر العقد هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقة بين الشركاء في الشركة في القوانين الحديثة، ولكن العلاقة بين الشركاء في القوانين القديمة كانت تعتمد على أساس افتراض رابطة القرابة بينهم، لذلك كانت التقاليد الإيرلندية تطلق اسماً واحداً على الورثة في التركة وعلى الشركاء في الشركة، على اعتبار أن رابطة القرابة هي أساس العلاقة بين الورثة وبين الشركاء، وقد ترك هذا النظام آثاراً واضحة في الشركات التجارية الإنجليزية ذات الأصل القديم حيث نجد في اسم الشركة العبارة التالية "المتضامنون في الطعام والعبادة والمال".

٢- الرضاع الأدبي:

يقصد به تلك الصلة الروحية التي تربط بين المعلم وتلميذه، ويقوم هذا النظام على افتراض مؤداه أن الصلة بين المعلم وتلاميذه في مرتبة الصلة بين الأب وأبنائه، فالمعلم يتولى حضانة الطلبة في بيته، وتثقيفهم الثقافة القانونية والأدبية العليا، وفي مقابل ذلك تكون له عليهم السلطة الأبوية التي جعلت للأب على ولده، كما قرر له القانون حق الانتفاع مدى حياته بجزء معين مما قد يؤول من الأموال لابنه من الرضاع، وهو بمثابة حق النفقة المقرر على الابن لأبيه، وعلى ذلك فإن الصلة بين المعلم وتلاميذه لم تكن صلة فكرية فحسب، وإنما كانت تعتبر كذلك صلة دموية كالتي تربط أعضاء الأسرة

الحقيقية، وقد وجد هذا النظام كذلك لدى قدامى الايرلنديين والهنود.

٢- مصادرة أموال المجرم:

كان القانون الإنجليزي يقضي بمصادرة أموال المجرم في بعض الحالات - كما في جريمة الخيانة العظمى -، وعلى ذلك لا تنتقل أموال هذا المجرم بعد إعدامه إلى ورثته بل تذهب إلى الدولة، وقد علل الفقهاء الإنجليز حرمان الابن البريء من أموال مورثه بأن ارتكاب الجريمة يدل على "فساد في دمه العائلي يترتب عليه إيقاف سير الإرث الشرعي".

الفصل الثاني

مبادئ العدالة

تعتبر العدالة من وسائل تطوير القانون، وسنبدأ بإيضاح مفهوم العدالة ومبرراته، ثم نبحث تطبيقاته لدى اليونان والرومان وفي الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي.

المبحث الأول

مفهوم العدالة ومبرراته

العدالة هي "شعور كامن في النفس يوحي به الضمير الإنساني المستنير، ويكشف عنه العقل السليم والنظر الصائب، ويهدف إلى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة، مع مراعاة ظروفها وملابساتها".

والعدالة بهذا المعنى تختلف عن العدل الذي يتمثل في "حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار".

والأصل في القواعد القانونية أن تكون مطابقة للعدالة، ومع ذلك نجد كثيراً من القواعد القانونية لا تعبر عن العدالة ويحدث هذا بسبب عوامل كثيرة، فقد تضع القانون طائفة لها مصالح معينة، فيظهر القانون مرجحاً لهذه المصالح ومجحفاً بمصالح الطوائف الأخرى، وقد يوضع القانون في ظروف معينة، ثم تتغير هذه الظروف بحيث يكون اتباع القانون في هذه الحالة غير عادل، وقد تكون صياغة القانون ذاتها بعمومها وتجريدها هي سبب ابتعاد القاعدة القانونية عن العدالة مثل قاعدة "عدم جواز الاحتجاج بعدم العلم بالقانون" ، فالعدالة تقضي بعدم تطبيق القاعدة القانونية على من يجهل وجودها، ولكن القانون يأمر بتطبيقها رغم جهل الشخص بها حتى يتلافى الصعوبات والمناقشات التي تثور حول العلم به.[1]

---

[1]- د. مصطفى صقر – تاريخ القانون – ص٢١٣-٢١٤، د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ج١ – ص٢٣٤.

وتعتبر مبادئ العدالة وسيلة من وسائل تعديل القوانين وتطويرها كالحيلة والتشريع عمت الشعوب التي تطورت شرائعها في العصور القديمة، لكنها تختلف عن الحيلة بأنها تدخل في تطبيق القانون بصورة مباشرة وتعدل في أحكامه صراحة، بينما الحيلة تستند إلى ظاهر النص وتصل بصورة مستورة غير مباشرة إلى تغيير القانون في أحكامه مع احترام ظاهر نصوصه.

كما تختلف مبادئ العدالة عن الحيلة بأنها ظهرت في دور لاحق للدور الذي نشأت فيه فكرة الحيلة، وهو الدور الذي فتر فيه الإيمان بالأديان واجترأ فيه الناس على التقاليد والنصوص بعد أن كانوا يقدسونها، وعمدوا إلى مخالفتها صراحة.

والعدالة كالتشريع وسيلة مباشرة من وسائل تعديل القانون، ولكنها تتميز عنه بأن قوتها لا تستند إلى هيئة حاكمة أو سلطة تشريعية، وإنما تستند إلى طبيعة مبادئها وسلامتها من حيث اتفاقها مع العقل والعدل والأخلاق.[1]

وقد تطورت شرائع الأمم القديمة بتأثير العدالة التي استقت مبادئها من مصدر واحد هو العقل وشعور العدالة في النفس، غير أن العقل البشري متنوع في شكله متغير في صوره، ولهذا اتخذ هذا المصدر صوراً مختلفة تبعاً لاختلاف الشعوب، فقد كان مصدر العدالة عند اليونان "قانون الطبيعة"، وكان مصدرها عند الرومان في أول عهدها "قانون الشعوب" ثم أصبح "القانون الطبيعي" صورة لمصدر العدالة عند الرومان في أواسط العصر العلمي، وكان مصدر العدالة عند الإنجليز "ضمير الملك"، أما مصدرها في الشريعة الإسلامية فهو العقل وحكمة التشريع.[2]

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى –أصول تاريخ القانون – ص١٠٥ – دي كولانج–المدينة العتيقة – ص٢٦٢.

[2]- د. الترمانيني – الوسيط – ص٦٤٤، د. عمر ممدوح مصطفى – أصول تاريخ القانون – ص١٠٥-١٠٦ .

المبحث الثاني

العدالة عند اليونان[1]

ساد في اليونان مذهبان، أحدهما يذهب إلى أن العدالة تتمثل في تغليب الأخلاق على القانون الوضعي، وهو مذهب الأخلاقيين وعلى رأسهم أرسطو ومدرسته، والثاني يذهب إلى أن العدالة تكون في تغليب قانون الطبيعة على القانون الوضعي وهو مذهب الرواقيين.

المطلب الأول

مذهب الأخلاقيين

يرى أنصار هذا المذهب أن تطبيق القانون قد يبدو في بعض الحالات مضراً أو مرهقاً فهل نقول إن المشرع قد أخطأ ونترك للقاضي أمر تعديله؟

كان أول من طرح هذا الموضوع فلاسفة الإغريق، حيث نظر إليه بعضهم من الناحية الأخلاقية وقالوا: إذا تعارض تطبيق القانون مع الأخلاق، فإن العدالة تقتضي تغليب الأخلاق على القانون وهنا تبرز "العدالة" كمبدأ يلجأ إليه القاضي لتلطيف حكم القانون، وقد علل ذلك أرسطو بقوله "العدالة مع كونها عدلاً، تختلف عن العدل الذي هو تطبيق القانون، وهي أكثر ما تكون وسيلة لتلطيف عدله، ذلك أن حكم القانون شامل، وفي نطاق هذا الشمول لا يمكن في بعض الحالات أن نحصل من تطبيقه على حكم سليم، فالقانون يأخذ بعين الاعتبار ما يحدث في الحالات الغالبة، وفيها يكون تطبيقه صالحاً ولا يكون كذلك في الحالات الأخرى، والخطأ هنا ليس في القانون أو فيمن صنعه، وإنما في طبيعة الحالة التي تواجهنا، فالأفعال الأخلاقية تستعصي على تشريع عام ولا يمكن إخضاعها لمبدأ الشمول والثبات، فيكون من المشروع إذن، حين يؤدي تطبيق

---

[1]- د. الترمانيني – الوسيط – ص٦٤٤-٦٤٧، د. عمر ممدوح مصطفى – أصول تاريخ القانون – ص١٠٦- ١٠٨، د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص٢١٧-٢٥٥ .

القانون الشامل إلى جور أن نلطفه وأن نقوم نحن بهذه المهمة وكأن المشرع هو الذي يملي ما نمليه لو كان موجوداً، أو ما كان يجب أن يمليه حين وضعه القانون، لو علم بالحالة التي تدعو إلى ذلك".

المطلب الثاني

مذهب الرواقيين

يفرق فلاسفة اليونان بين نوعين من القوانين: القانون الوضعي، وهو القانون الذي تضعه كل مدينة أو جماعة لنفسها، وبين القانون الطبيعي الذي أوحت به إرادة الآلهة إلى الإنسانية، وهو يمتاز عن كل قانون وضعي بأنه أقدم عهداً وأسمى منزلة، وبأنه عام يشمل أفراد النوع الإنساني وخالدٌ على مر الزمن، وقد ترتب على ذلك التفريق بين نوعين من العدل، العدل الطبيعي، وهو العدل المطلق وقد أعدته الطبيعة الناس جميعاً، والعدل التشريعي أو العرفي وهو عدل القوانين أو الأعراف التي تضعها كل أمة لنفسها.

وقد تناولت فكرة القانون الطبيعي بعد ذلك طائفة من الفلاسفة أطلق عليها اسم "الرواقيين" فصاغوا هذه الفكرة في قالب صوفي، يقوم على أن الإنسان لا يستطيع أن يهتدي إلى مبادئ القانون الطبيعي ويرتفع إلى مستواه إلا إذا عاش طبقاً للطبيعة في بساطة الحياة، مترفعاً عن التقاليد الشكلية، مراعياً التقشف والزهد، وصابراً على المكاره والشدائد، وهذا الأمر لا ينال إلا بضبط النفس وإنكار الذات والتحلي بفضائل أربع هي: الحكمة والاعتدال والشجاعة والعدل، ثم هم ينادون بعد ذلك بوجوب تحرير الفرد من القوانين الاجتماعية وذلك بإلغاء كل نظمها الوضعية، بحيث لا يصبح الفرد تابعاً لمدينة أو دولة معينة، بل مواطناً في "جمهورية عالمية" تشمل سكان الأرض كافة.

المبحث الثالث

العدالة عند الرومان

كان للثقافة الإغريقية، وعلى الأخص مبادئ الفلسفة الرواقية، صدى كبير في نفوس المتعلمين والفقهاء والرومان، غير أن مبادئ العدالة عند الرومان كانت مقتبسة في أول عهدها من قانون الشعوب jus gentium، ثم اعتبر مصدرها القانون الطبيعي jus naturale وذلك منذ أواسط العصر العلمي، وقد عرف الفقهاء الرومان العدالة بأنها "إرادة دائمة دائبة لإيتاء كل ذي حق حقه" "أولبيانوس" أو أنها "عادة إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصالح العام" "شيشرون".

المطلب الأول

مصادر العدالة في القانون الروماني[1]

كان للعدالة عند الرومان مصدران: قانون الشعوب، والقانون الطبيعي.

أولاً- قانون الشعوب:

خضع الرومان في علاقاتهم ومعاملاتهم لنوعين من القوانين، القانون المدني jus civile الخاص بالمواطنين الرومان أو قانون المدينة الذي تكون من تقاليدهم ونظمهم، والذي كان محصوراً في قواعد الألواح الاثني عشر والنصوص المكملة لها التي صدرت بعد ذلك، وقانون الشعوب jus gentium الذي أنشأه "بريتور الأجانب" من مبادئ القانون الروماني المجردة من الشكليات، ومن المبادئ العامة المتبعة لدى مختلف الأمم، والذي وضع في الأصل ليسري على الأجانب وفي ما بينهم وبين الرومان".

وقد ورد ذكر هذا التقسيم الثنائي للقوانين في كل من كتابي النظم لجايوس وجوستنيان، حيث جاء "أن كل الشعوب التي تخضع للتشريع والعرف إنما تخضع في جزء

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص١٠٩-١١٢، د. الترمانيني- الوسيط- ٦٤٧-٦٥٠، د. مصطفى صفر- تاريخ النظم- ص٢٤٥-٢٥٥.

من أحوالها للقوانين الخاصة بكل شعب، وتخضع في جزء آخر لتلك القوانين العامة على النوع الإنساني، فالقانون الذي يضعه كل شعب لنفسه يسمى "قانونه المدني"، والذي يبينه العقل الطبيعي للإنسانية كلها يسمى "قانون الشعوب" لأن الشعوب جميعاً تعمل به".

وترجع ظروف نشأة قانون الشعوب إلى العهد الذي لم يكن فيه للأجانب في روما رغم استقرارهم فيها وتبادلهم وأهلها المصالح، حق الاحتماء بقانون المدينة والاشتراك في نظمه وإجراءاته.

ففي القانون القديم لم يكن للأجانب في روما حقوق، بل كانوا يعتبرون في عداد الأعداء الذين يحل قتلهم أو الاستيلاء عليهم واسترقاقهم، ولما خفت حدة هذا المبدأ فيما بعد، بسبب تطور الأفكار وضرورة تبادل المنافع، أصبح للأجنبي الذي يجيء إلى روما حماية قانونية خاصة إذا احتمى مؤقتاً بأحد الرومان أو إذا خضع للروماني بصفة دائمة باعتباره نزيلاً من النزلاء clientes، وإلى جانب هؤلاء وجدت أيضاً طائفة أخرى من الأجانب اعترفت لهم روما ببعض الحقوق بموجب معاهدات عقدتها مع دولهم.

ولكن لما اتسعت فتوحات الرومان، دخلت في الدولة الرومانية طوائف عديدة من الأجانب دون أن يكون لهم معاهدات تخولهم تلك الحقوق، وكثرت الصلات التجارية في روما بين الرومان وهؤلاء الأجانب، فأصبح من الضروري صوناً لمصالح الرومان والأجانب على السواء، أن تنظم العلاقات والروابط بين سكان المدينة من رومان وأجانب على اختلاف أجناسهم، ومن أجل هذا استُحدثت وظيفة بريتور الأجانب عام ٢٤٢ق.م ليتولى القضاء في روما بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان.

وقد اضطر بريتور الأجانب، وليس أمامه نصوص قانونية يهتدي بها، أن ينشئ أحكاماً ومبادئ ليطبقها فيما يعرض عليه من منازعات، فأخذ في اقتباس العادات التجارية المتبعة بين الأجانب المقيمين في روما، والقواعد العامة العادلة التي تقرها الشعوب المجاورة، واستجمع مع الزمن طائفة من المبادئ العملية الخالية من الصبغة الشكلية

الملائمة لأفهام الناس ولو اختلفت صفاتهم القومية لخلوها من الرسميات والإجراءات الخاصة بكل شعب، فتكون بذلك قانون الشعوب، ومن هذا اتخذ اسمه الذي عرف به.

ثانياً- القانون الطبيعي:

لما تكامل قانون الشعوب وأصبح أهلاً لضبط كل المعاملات والروابط القانونية، وتفوق على القانون المدني بعدالة مبادئه وبساطة إجراءاته وخلوه من الشكليات، لم يجد البريتور المدني بداً من أن يستعير بعض مبادئه ويدمجها في منشوره ليطبقها على الرومان أنفسهم في تصرفاتهم ودعاويهم.

ثم ظهرت لدى الفقهاء بتأثير تعاليم الفلسفة اليونانية فكرة سامية تنادي بوجود قانون ثابت لا يتغير، قائم على مبادئ لم تؤخذ من تقاليد متواضع عليها ولا من قواعد مدونة في كتاب بل مصدره الطبيعة، ويكشفه العقل من روح المساواة والعدل الكامنة في النفس، فظهرت بذلك فكرة القانون الطبيعي، وأول من نادى بها الخطيب المشهور "شيشرون" القائل بأن في العالم "قانوناً صحيحاً مطابقاً للطبيعة سارياً على الناس ثابتاً أبدياً يتولى الله حمايته وعقاب من يخالفه".

ويكاد الإجماع ينعقد بين الباحثين على أن الفضل الأكبر في ترجمة مفهوم "العدالة" في صوغها القانوني في روما يرجع إلى "شيشرون" فقد تمكن بحكم عمله كمحام شهير في روما، من مزج فلسفة أساتذته الإغريق بالواقع العملي، عندما استخدم فكرة العدالة في كثير من مرافعاته، وتمسك بسمو القانون الأخلاقي على القانون الوضعي لتحقيق مصلحة من يتولى الدفاع عنهم.

ولكن "شيشرون" أسند قانون الشعوب إلى القانون الطبيعي، وسوى بعض الفقهاء من بعده تجاوزاً بينه وبين قانون الشعوب، بوصفه مجموعة القواعد المطابقة للعقل والمقبولة لدى كل الأمم على الرغم مما يؤيده قانون الشعوب من النظم التي يأباها العقل وتنبذها العدالة الطبيعية كالرق والأسر.

وفي أواسط العصر العلمي بدأ الفقهاء يميزون بين قانون الشعوب والقانون الطبيعي ويسندون كل مبتكر جديد إلى مبادئ العدالة وقانون الطبيعة، فقد كان "أولبيان" يرى أن القانون الطبيعي هو "القانون الذي تمليه الطبيعة على المخلوقات حتى على الطيور في الهواء وعلى الأسماك في الماء".

كما يستفاد من كثير من النصوص الفقهية أن الرأي الغالب لدى الفقهاء في العصر العلمي، يعتبر أن قانون الطبيعة هو المثل الأعلى الذي يجب أن تنسج على منواله القوانين الوضعية، وبما أن القانون المدني خاص بالرومان دون غيرهم، وأن قانون الشعوب شامل للأحرار من مواطنين وأجانب، فإن قانون الطبيعة عام على الناس كلهم من أحرار وأرقاء.

ويتفق هذا المعنى مع مذهب الزهد الذي نشأت عنه فكرة القانون الطبيعي عند الرومان والذي كان له أثر عميق في نفوس الطبقة المفكرة من الرومان بعد فتور الإيمان بالأديان القديمة والشعور بالحاجة إلى بديل منها في حكمة اليونان.

المطلب الثاني

أثر العدالة في تطور القانون الروماني[1]

كانت العدالة مصدراً خصباً من مصادر القانون الروماني منذ القرن الثالث قبل الميلاد، فعلى أساسها اعتمد بريتور الأجانب في خلق قواعد قانون الشعوب، وهي التي حدت بالبريتور المدني إلى استعارة نظم هذا القانون وتطبيقها على الرومان، وحينما اتخذت العدالة صورة خلقية بعد ظهور فكرة القانون الطبيعي، اهتدى بها الفقهاء في تفسيرهم وتطبيقهم للقواعد القانونية واعتبروها أساساً بنوا عليه كثيراً من الأفكار والمبادئ القانونية التي لا سند لها من النصوص القانونية واعتمدوا عليها في تبرير بعض

---

[1]- د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٢٣٧-٢٤٠، د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص١١٢-١١٤، د. مصطفى صفر- تاريخ النظم- ص٢٥٥-٢٦٠، د. عبي حافظ- أساس العدالة في القانون الروماني- لجنة البيان العربي- القاهرة ١٩٥٠- ص١١٠-١١١.

النظم القانونية التي أوجدها البريتور وتكون منها القانون البريتوري، وأصبحت نبراساً يهتدي به المشرع فيما يسنه من تشريعات، بل أصبح من حق القاضي في عهد الإمبراطورية السفلى أن يعتمد عليها فيما يصدره من أحكام إذا التبس عليه الأمر وعجز عن الاهتداء إلى نص قانوني يلائم الحالة المعروضة عليه وهذا الاتجاه صدر به مرسوم من الإمبراطور- قسطنطين - أباح فيه صراحة للقاضي الالتجاء إلى مبادئ العدالة.

ولا نستطيع هنا حصر التعديلات التي حدثت في القانون الروماني تحت تأثير العدالة، ولكننا سنكتفي بذكر أمثلة لتطبيقات فكرة العدالة وما أحدثته من تطور في النظم القانونية، وهذه التطبيقات يمكن ردها إلى تحقيق المساواة بين الناس، وتخفيف حدة النظم القانونية واستحداث مبادئ قانونية جديدة.

أولاً- تحقيق المساواة بين الناس:

ساد في القانون الروماني القديم مبدأ التفرقة بين الرومان والأجانب، فلا يتمتع الأجنبي بأية حماية قانونية في روما، بل كانت التفرقة قائمة بين طبقات المجتمع الروماني نفسه فهناك أحرار وعبيد، وأشراف وعامة، ورب أسرة وأبناء أسرة...إلخ.

وتتعارض هذه التفرقة مع قواعد العدالة التي تسوي بين الناس وتبسط راية القانون فوق الجميع، لذلك حاول الرومان تحقيق المساواة بين الناس في الحقوق والواجبات، وبدأ ذلك الاتجاه بإلغاء التفرقة بين الأشراف والعامة سواء في الحقوق السياسية والحقوق الداخلة في نطاق القانون الخاص.

وبدأ الاتجاه نفسه بالنسبة للأجانب على يد بريتور الأجانب، فاعترف لهم بحق التعامل وحق التملك وحق التقاضي وبعض الحقوق المتعلقة بنظام الأسرة وتماشياً مع هذا التطور صدر مرسوم الإمبراطور- كراكلا - عام ٢١٢م الذي منح الجنسية الرومانية لمعظم الأجانب، وتوج هذا التطور بمرسوم صدر من الإمبراطور جوستنيان عام ٥٣٠م أزال بموجبه كل أثر للتفرقة بين الأجانب والرومان، وهكذا أصبح لكل إنسان يعيش داخل حدود الإمبراطورية الرومانية حق الاحتماء بالقانون الروماني.

ثانياً- استحداث مبادئ وأفكار قانونية جديدة:

اعتمد الرومان على فكرة العدالة في استحداث كثير من الأفكار والمبادئ القانونية التي ليس لها سند من نصوص القانون، فقد لاحظ الفقهاء أن أي مجتمع إنساني لا يستقيم أمره إذا أبيح لأي شخص فيه أن يستأثر بالغنم دون أن يتحمل الغرم، وقد طبق الرومان هذه الفكرة في شأن الشخص الذي يتسبب في إحداث ضرر بالغير حيث يلتزم بتعويض ذلك الشخص عما أصابه من ضرر، وقرروا أنه لا يجوز لشخص أن يثرى على حساب غيره دون وجه حق ومن ثم يلزم المثري بتعويض المفتقر بقدر إثرائه.

ومن أمثلة ذلك أيضاً النظريات القانونية التي أقامها الفقهاء على أساس فكرة العدالة مثل: نظرية الأعذار، نظرية الخطأ التعاقدي، تقسيم المصروفات إلى مصروفات ضرورية ونافعة وكمالية.. إلخ.

ثالثاً- تخفيف حدة بعض النظم القانونية:

استعان الرومان بمبادئ العدالة لتخفيف حدة الرسميات والشكليات التي كانت تسود القانون الروماني، ففي القديم كان لا بدّ لكي تترتب على التصرفات القانونية آثار من إفراغ التصرف القانوني في قالب شكلي معين، ولكن مبدأ حسن النية وهو من أهم تطبيقات فكرة العدالة يقضي على الشخص بالوفاء بتعهده حتى لو لم يكن قد أفرغ في صورة شكلية، وترتب على ذلك إلغاء بعض التصرفات القانونية ذات الطابع الشكلي مثل عقد القرض الرسمي المسمى nexum، والتجاوز عن بعض الشروط الشكلية في بعض العقود، مثل التجاوز عن شرط استعمال اللغة اللاتينية في النص بعبارات عقد الاشتراط الشفوي، ثم وصل الأمر بهم إلى حد تغليب المعنى على اللفظ في عقد الاشتراط منذ صدور مرسوم الإمبراطور "ليون" عام ٤٨٢م الخاص بذلك وترتب على ذلك أيضاً أن نشأت عقود يكتفى بها بالرضا دون حاجة لإفراغ الرضا في قالب شكلي معين، وهي عبارة عن العقود الرضائية المعروفة في القانون الروماني (البيع، الإيجار، الشركة، الوكالة).

رابعاً- تفسير النصوص:

ظهر أثر فكرة العدالة في تفسير نصوص القانون والتصرفات القانونية، فالمبدأ القديم كان يقضي بالتمسك بحرفية النصوص، وقد كان هذا التطبيق الحرفي لنصوص القانون يؤدي في بعض الحالات إلى نوعٍ من الظلم، وقد عبر الفلاسفة والفقهاء عن ذلك بقولهم "المغالاة في الحق منتهى الظلم"، ولذلك ظهر اتجاه جديد يقضي بعدم التمسك بحرفية النصوص والانسياق وراء تطبيقها المنطقي البحت، ويوجب مراعاة العدالة والمصلحة العامة في تفسير النصوص، وقد اعتبر شيشرون أن التمسك بحرفية النصوص والتصرفات وسيلة قديمة في تفسير القوانين أصابها الموت، ونصر مبدأ العدالة وبرأ من الذين يتمسكون بالألفاظ العتيقة الموروثة.

وقد طبقوا هذا الاتجاه الجديد في التفسير على الشروط التي يضعها الأفراد في عقودهم، فأصبحوا يطالبون بضرورة البحث عن إرادة الطرفين الحقيقية وتغليبها على الألفاظ التي يستعملونها، بحيث أصبحت العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني حتى ولو كان العقد من العقود الشكلية، وتربت على ذلك أن اتسعت سلطة القاضي في تفسير الاتفاقات، وقد استقر هذا المبدأ الجديد في التفسير نهائياً منذ القرن الثالث الميلادي.

المبحث الرابع

العدالة في القانون الإنجليزي[1]

لم يكن أثر العدالة في القانون الإنجليزي القديم أقل من أثرها في القانون الروماني، وحتى نتمكن من الوقوف على طبيعة الدور الذي لعبته العدالة في تطوير

---

[1] د. مصطفى صقر- تاريخ النظم- ص٢٨٧- ٢٩٧، د. صوفي أبو طالب- تاريخ النظم- جـ١- ص٢٤١-٢٤٨، د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص١١٤-١١٧، د. الترمانيني- الوسيط- ص٦٥٥-٦٥٧، د. السيد العربي حسن- مبادئ النظم الاجتماعية والقانونية- ص٦٣٧-٦٤٦، د. السنهوري- أصول القانون- ص١٣٤-١٣٦.

مبادئ ونظم القانون الإنجليزي، فإن الأمر يتطلب أن نلم بمراحل التطور التي مر بها هذا القانون.

المطلب الأول
مراحل تطور القانون الإنجليزي

مرَّ القانون الإنجليزي بمراحل أربع نشير إليها بإيجاز فيما يلي:

١- المرحلة الصلتية:

هي تلك المرحلة التي سادت فيها العادات والتقاليد التي أدخلتها القبائل الصلتية، عندما استوطنت في الجزيرة البريطانية في عصورها التاريخية الأولى، ولم يبق لهذه التقاليد القانونية أي أثرٍ في القانون الإنجليزي في عصوره اللاحقة.

٢- المرحلة الرومانية:

تبدأ هذه المرحلة باحتلال الرومان لبريطانيا عام ٥٥ق.م وتنتهي عام ٤٤٩م، وفيها أحل الرومان قانونهم ومدنيتهم ودينهم محل التقاليد والديانة الصلتية، ولم يكن لهذه المرحلة أثر ملحوظ في القانون الانجليزي لأنها زالت بزوال الفتح الروماني وحلول الفتح الأنجلوسكسوني محله.

٣- المرحلة الأنجلوسكسونية:

تبدأ هذه المرحلة بفتح القبائل الأنجلوسكسونية لإنجلترا عام ٤٤٩م وتنتهي عام ١٠٦٦م، وفيها قضي على كل أثر للنظم الرومانية من دين ولغة وقانون، ودخلت محلها تقاليد الفاتحين ولغتهم وديانتهم وقد غلب على القانون في تلك المرحلة الطابع الجرماني.

ومن الجدير بالذكر أن المسيحية بدأت في الانتشار في إنجلترا منذ القرن السادس، وتبع ذلك تطبيق القانون الكنسي خلال تلك المرحلة على المسائل الدينية والشؤون المتعلقة بالكنيسة ورجالها.

٤- المرحلة النورماندية:

تبدأ هذه المرحلة عام ١٠٦٦م بدخول النورمان إنجلترا، والتاريخ الحقيقي الثابت للقانون الانجليزي يبدأ من هذا التاريخ، فقد أدخلت نظم ثابتة أساسية في القانون الانجليزي بنيت عليها تطورات العصور اللاحقة واكتملت مصادره من تشريع وقضاء وفقه.

المطلب الثاني

الوضع القانوني في انجلترا قبل ظهور قانون العدالة

أولاً- توحيد القانون وجهة التقاضي منذ القرن الثالث عشر:

تميز العهد النورماندي بتعدد جهات القضاء وتعدد القانون الواجب التطبيق، وكان من خصائص القرن الثالث عشر تنازع الاختصاص القضائي بين المحاكم الملكية وما عداها من المحاكم الأخرى، وانتهى الأمر باستئثار المحاكم الملكية بولاية القضاء دون المحاكم الأخرى.

وترتب على توحيد جهة القضاء وحصرها في المحاكم الملكية أن توحد القانون الواجب التطبيق، وقد سمي هذا القانون باسم "common law" أي القانون العام[1] الواجب التطبيق على كل السكان تمييزاً له عن القانون الكنسي الذي كانت تطبقه المحاكم الكنسية في القضايا المختصة بنظرها، وأصبحت المحاكم الملكية تسمى باسم محاكم القانون العام نسبة إلى الـcommon law الذي تطبقه، لأن اختصاصها أصبح عاماً ويخضع له كل السكان، مثل القانون الذي تطبقه.

---

[1]- يرى بعض الشراح أن مصطلح 'common law' أي القانون العام المطبق على كل البلاد، مستعار من الاسم الذي كان يطلق على القانون الكنسي الذي كان عام التطبيق على جميع الكنائس jus commune في مواجهة القانون الخاص بكنيسة كل بلد أو دولة (علي بدوي - أبحاث في تاريخ التشريع- ص٢٠٨ هامش ٢).

ثانياً- مصادر القانون العام "common law":

تنحصر مصادر القانون العام فيما يلي:

١- بعض التقاليد والعادات العرفية السارية على كل أنحاء البلاد التي كانت سائدة قبل الفتح النورماندي، بعد أن تهذبت واستقرت في صورة واضحة المعالم.

٢- القرارات والقوانين التي كان يصدرها الملوك من وقت إلى آخر ينظمون بها بعض النظم القانونية التي اختلفت فيها وجهة النظر بين الملك وطبقات شعبه.

٣- بعض المبادئ والقواعد الفقهية التي وضعها كبار القضاة ممن شغلوا مناصب قضائية كبرى، وكانت لهم معرفة واسعة بمبادئ القانون الروماني، مما أدى إلى استعارة بعض مبادئه دون الإفصاح عن مصدرها، لأن القانون الروماني لم يكن معترفاً به بصفة رسمية، فضلاً عن تحريم تدريسه في كثير من معاهد القانون في لندن[1].

٤- التقاليد القانونية التي أقرتها المحاكم الملكية: وتعتبر أهم مصدر من مصادر القانون العام وتتضمن التقاليد والمبادئ القانونية التي كانت قد أقرتها المحاكم الملكية، وقد اعتبرت هذه المبادئ مصدراً قانونياً- بالمعنى الدقيق- لأن القضاء الانجليزي كان – ومايزال- يقيّد نفسه فيما يصدره من أحكام بمبدأ السوابق القضائية rule of precedent، ومعنى ذلك أن المحكمة إذا ثبت لديها وجود مبدأ قانوني حينما تتعرض لنظر نزاع معين وطبقته على النزاع المعروض عليها، فهذا الحكم يعتبر سابقة قضائية، يلتزم بها القضاء في المستقبل بشروط معينة، وقد أسهمت هذه السوابق القضائية بدور كبير في تطور القانون الانجليزي لدرجة أمكن معها القول بأن القانون العام common law تكون بصفة عامة من مجموعة القواعد والمبادئ القانونية التي أقرتها المحاكم الملكية منذ القرن الثالث عشر، ويمكن القول بأن نظام

---

[1]- كان الإقبال على تلقي الفقه الروماني شديداً من جانب الإنجليز ، إلى درجة أغضبت الكنيسة البابوية وأقلقت الملك هنري الثالث، فأصدر أمراً في سنة ١٢٣٤ بحظر تدريسه في مدارس لندن (علي بدوي- المرجع السابق- ص١٧٧-١٧٨).

القانون العرفي البريطاني تطور كتقليد مهني في أروقة المحاكم، حيث كان القضاة الملكيون يعتبرون ينبوع المبدأ القانوني، وكانت القرارات القضائية تتمتع بهيبة ترقى إلى درجة القداسة[1].

المطلب الثالث

ظهور قانون العدالة

أولاً- ظروف نشأة قانون العدالة ودواعيه:

بعد أن استقر الأمر للمحاكم الملكية بتوحيد جهات القضاء والقانون الواجب التطبيق، أصيب القانون العام بنوعٍ من الجمود والعقم بحيث أصبح عاجزاً عن متابعة التطور الذي حدث في المجتمع، لأن الشريعة العامة الإنجليزية Common law تبلورت في القرون الوسطى من خلال المجتمع الإقطاعي، فلما تحولت إنجلترا ابتداءً من القرن السادس عشر إلى مجتمع رأسمالي لم تعد القواعد السابقة تفي بالاحتياجات الجديدة[2]، ويرجع جمود القانون العام الإنجليزي إلى عدة أسباب من أهمها:

١- تقديس مبدأ السوابق القضائية:

انطلقت المحاكم الملكية في تطبيقها للقانون من فكرة ثابتة، وهي أن "القانون العام" قانون قديم ثابت، فيه حلٌ لكل المشكلات، بحيث لا يصح أن تتغير قواعده بعمل إنساني، ولو كان البرلمان ذاته وكان من نتيجة هذه الفكرة أن كان القضاة يحترمون السوابق القضائية احترامهم لقانون مقدس، فإن طرأت حالة جديدة أمامهم فصلوا فيها في ضوء المبادئ القضائية والتقاليد السابقة حتى ولو كان في ذلك خروج على مقتضيات العدالة، وقد عبَّر عن هذا الوضع القاضي الإنجليزي هولز بقوله "إنه لمما تشمئز منه النفس أنه لا يوجد سبب أفضل لوجود القاعدة من كونها وضعت في عهد تودر الرابع"[3].

---

[1] نيبس لويد- فكرة القانون- ص٣٢٤.

[2] د. ثروت أنيس الأسيوطي – المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية – ص٧١٥.

[3] نيبس لويد – فكرة القانون – المرجع السابق – ص٣٠٠ .

٢- ندرة تدخل المشرع:

ساعد على جمود القانون العام أن البرلمان الإنجليزي لم يكن في مركز يسمح له بالتدخل لإصلاح القانون العام عن طريق قرارات يصدرها، ولذلك كانت قرارات البرلمان قليلة العدد ولم يكثر صدورها إلا خلال القرنين السابع عشر والتاسع عشر.[1]

٣- انعدام صلة القانون العام بالقانون الكنسي وبالقانون الروماني:

ساعد على جمود القانون العام أن محاكم القانون العام لم تحاول الاستعانة منذ القرن الرابع عشر بأحكام القانون الكنسي، كما انقطعت صلة القضاة الإنجليز بالقانون الروماني، لانقطاع تعيين رجل الدين – وهم من المثقفين بالقانون الروماني – قضاة بالمحاكم الملكية، وحلَّ محلهم قضاة مدنيون لم يتفقهوا في أصول القانون الروماني، وقد نتج عن ذلك حرمان القانون الإنجليزي من مصدرين مهمين للقانون، فأصبح القانون الإنجليزي شديداً في إجراءاته، ضيقاً في أحكامه، مما دفع الناس إلى الانصراف عنه، والبحث عن العدالة في مصدر آخر، فظهر تدريجياً ما بين القرنين السادس عشر والثامن عشر مجموعة أخرى من القواعد باسم "العدالة" Equity اتسمت بالمرونة واستلهمت الأخلاق لتهذيب الجمود في القانون العام.[2]

ثانياً- كيفية نشأة قانون العدالة:

كان يوجد بجانب الملك مجلس خاص يستشيره في أمور الدولة، وعلى رأسه مستشار كان يختاره الملك في العصور الأولى من بين كبار رجال الدين، ثم أصبح يختاره من بين كبار رجال القانون.

---

[1]- بُذلت جهود متفرقة في بريطانيا لتدوين بعض المواضيع المحددة ، ولكن هذه الجهود اقتصرت على بعض فروع القانون التجاري، واشتد هذا الجهد في مطلع القرن الماضي، ويهاجم محامو القانون العام كل محاولة للتدوين بحجة أن الوقت لم يحن بعد لذلك، أو أن هذه الطريقة سوف تعيق التطور التجريبي الذي هو جزء من روح القانون العام الإنجليزي (لويد – فكرة القانون – ص٣٣٣).

[2]- د. الأسيوطي – المنهج القانوني – المرجع السابق – ص٧١٥.

ولم يكن لمستشار الملك في البداية سلطة قضائية، لأن ولاية القضاء كانت من اختصاص محاكم القانون العام، ولكن منذ القرن الثالث عشر بدأ الملك يجيل إليه المظالم والشكاوى التي يرفعها الأفراد إليه، وقد تزايدت تلك الشكاوى بسبب ما لمسه الأفراد من قصور القانون العام وجموده وبعده عن العدالة أحياناً، هذا بالإضافة إلى عجز محاكم القانون في بعض الحالات عن استدعاء بعض الأشخاص ذوي السلطة والنفوذ أمامها، أو عجزها عن تنفيذ الحكم إذا صدر ضدهم، وكانت قرارات المستشار التي يفصل بها في تظلمات الأفراد ذات صفة إدارية أكثر منها قضائية.

ولم يكن المستشار فيما يصدره من قرارات مقيداً بقانون معين، بل كان يفصل في تظلمات الأفراد وشكاويهم بما يقتضيه العقل والعدل وطهارة الضمير، وذلك استناداً على ما للملك من حق الرقابة على توزيع العدل بين الناس.

وقد انتهى هذا التطور بأن تشكلت في القرن الرابع عشر محكمة خاصة برئاسة المستشار، أطلق عليها في بادئ الأمر اسم "محكمة الضمير" (court of conscience) إضافة إلى ضمير الملك، لأن مبادئ العدالة في القانون الإنجليزي لم تؤسس على مبادئ القانون الطبيعي، بل على أساس نظري آخر يستند على ما للملك من الحق الأعلى في الرقابة على إقامة العدل بين الناس، ومن سلطة القضاء بمشورة مستشاره أو بواسطته، وكانوا يعبرون عن ذلك بقولهم "إن العدالة تسيل من ضمير الملك" ولذلك كانوا يطلقون على مستشار الملك اسم "حافظ ضمير الملك".

كما انتهى الأمر أيضاً بأن توصل مستشار الملك بالتدريج إلى تكوين مجموعة كبيرة من القواعد والأحكام التي استخلصها من مبادئ العدالة المجردة من أي نص قانوني أو حكم قضائي أو تقليد من التقاليد القديمة، وأخذ يتقيد بها في أحكامه، فظهر بذلك بجانب القانون الضيق الذي كانت تطبقه محاكم القانون العام، قانون آخر مصدره محكمة المستشار سمي بـ "قانون العدالة" (Equity law).

وعلى الرغم من أن المستشار كان ينسب أحكام العدالة إلى ضمير الملك، فإن ذلك لا ينفي أنه كان يستقيها – في حقيقة الأمر – من مبادئ القانون الطبيعي وبعض مبادئ القانون الروماني، وكلاهما كان مختلطاً بالقانون الكنسي في العصور الوسطى، وسبب هذا الإخفاء هو روح الكراهية التي كانت سائدة – آنذاك – نحو القانون الروماني والقانون الكنسي بسبب المنافسة التي كانت قائمة بين المحاكم الكنسية والمحاكم الملكية وبسبب خوفهم من تدخل رجال الدين الأجانب.

ثالثاً- التنافس بين قانون العدالة والقانون العام:

كان من نتيجة مرونة قانون العدالة وسمو مبادئه، أن بدأ التنافس بين محاكم القانون العام ومحكمة المستشار، وأخذ كل منهما يسعى إلى نشر نفوذه على حساب الآخر، وقد استمر الوضع كذلك من القرن الخامس عشر إلى القرن السابع عشر، حيث انتهى هذا الصراع بتغلب قانون العدالة، واكتسبت محكمة المستشار بأمر ملكي الحق في إصدار أمر بإيقاف تنفيذ حكم ظالم صادر من المحاكم العادية.

وفي عام ١٨٧٣ صدر في إنجلترا "قانون القضاء" الذي قضى بتنظيم المحاكم من عادية واستشارية على أساس واحد، وجعل لها إجراءات واحدة لمنع تنازع الاختصاص بينها، وقرر هذا القانون أنه في الحالات التي تختلف فيها مبادئ القانون العام عن قاعدة العدالة يجب على المحاكم أن تطبق قانون العدالة دون القانون العام، وبذلك تغلبت مبادئ العدالة على مبادئ القانون العام.

المطلب الرابع

أثر العدالة في تطور القانون الإنجليزي

ظهر أثر العدالة في تكوين كثير من النظريات والمبادئ القانونية التي تختلف عن مثيلاتها في القانون العام، وكانت مجموعة تلك المبادئ تكون ما يسمى بقانون العدالة، وكان الإنجليز يقابلون بينه وبين القانون العادي (العام) الذي كان يسمى القانون الضيق (Strict Law) نظراً لشدته وقصوره، وظهر الاختلاف بين القانونين في إجراءات التقاضي وفي كثير من المبادئ القانونية.

أولاً- إجراءات التقاضي:

كانت إجراءات التقاضي المدنية، وخصوصاً طرق التنفيذ أيسر وأسرع في قانون العدالة منها في القانون العادي.

فمحكمة المستشار كانت تستطيع إلزام الخصم بالمثول أمام المحكمة، فإن تخلف عن الحضور اعتبر مرتكباً لجريمة تسمى "الازدراء بالمحكمة" عقوبتها غرامة مقدارها مئة جنيه، وكانت المحكمة تبيح للدائن الذي حصل على حكم منها أن يحجز على أموال مدينه لاستيفاء حقه منه إذا رفض تنفيذ الحكم.

أما أمام المحكمة العادية فكان لابد لإجبار الخصم على الحضور أو لحمله على تنفيذ حكم أصدرته من اتباع إجراءات طويلة وشاقة، يضاف إلى ذلك أن محكمة المستشار كانت تستطيع دائماً إلزام المدين بالتنفيذ العيني قسراً، بينما كانت المحاكم العادية عاجزة عن ذلك ما دام قد أظهر استعداده لدفع قيمة الشيء.

ثانياً- المبادئ القانونية:

أوجدت محكمة العدالة (محكمة المستشار) كثيراً من المبادئ القانونية لتخفيف حدة مبادئ القانون العام أو لمواجهة قصوره.

ومن أمثلة ذلك، كانت المحاكم العادية تسير على مبدأ أن الالتزام ملزم للمدين ما دامت قد توفرت كل شروطه الرسمية بغض النظر عن تخلف سبب الالتزام، أو كون إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب كالتدليس مثلاً، فالمتعهد بمبلغ من المال على سبيل القرض يلتزم برده حتى لو لم يكن قد قبضه فعلاً من الدائن، ولكن محكمة العدالة لا تعترف بوجود هذا الالتزام.

وقد أوجدت محكمة العدالة مبدأ يقضي باستقلال الزوجة بإدارة أموالها وحرية التصرف بها، خلافاً للقانون العادي الذي يجعل الإدارة والتصرف في أموال الزوجة من حق الزوج، وظهر في قانون العدالة نوع من الملكية شبيه بالملكية التي أوجدها البريتور بجانب الملكية الرومانية.

المبحث الخامس

العدالة في الشريعة الإسلامية[1]

المطلب الأول

مصدر العدالة في الشريعة الإسلامية

تختلف الشريعة الإسلامية عن الشريعة اللاتينية والشريعة الإنجليزية وغيرهما من الشرائع بأنها شريعة منزَّلة مصدرها القرآن والسنة واجتهاد الفقهاء، ولذلك نجد أنه بينما ظهرت فكرة العدالة في كل من الشريعتين اللاتينية والإنجليزية كمصدر مستقل عن القانون الروماني والقانون الإنجليزي، فإنها في الشريعة الإسلامية لم تخرج عن كونها تطبيقاً مستخرجاً من قواعد الشريعة الإسلامية نفسها، لا نظرية مستقلة كالتي استمدها الرومان من مبادئ الفلسفة اليونانية أو التي ابتدعها الإنجليز لتأسيس مبادئهم القضائية.

وقد ظهرت فكرة العدالة في الشريعة الإسلامية بعد اتساع رقعة الدولة وتغير الأحوال الاجتماعية وظهور حالات جديدة لم يرِد فيها نص في الكتاب أو السنة، وتمكن المجتهدون والفقهاء في خلال عصور الشريعة الإسلامية بفضل نشاطهم الفقهي، من مواجهة الحالات الجديدة التي نشأت عن تنوع المعاملات والعلاقات بين الأفراد، إذ أفضى هذا النشاط إلى تعديل القواعد الشرعية بتوسيع نطاقها أو بتخصيص حكمها أو بإضافة مبادئ جديدة إليها تبعاً لتطور المجتمع ولشعور العدالة في النفس، وكان الفقهاء يسترشدون في ذلك بروح التشريع الإسلامي والمبادئ الإسلامية المقررة في الكتاب والسنة، وقد أطلق على هذا الأسلوب في الشريعة الإسلامية "اسم الرأي".

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى – أصول تاريخ القانون – ص١١٧-١٢٢، د. صوفي حسن أبو طالب – تاريخ النظم – ص٢٤٩-٢٥٤، د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص٢٦٠-٢٨٦، د. الترمانيني – الوسيط – ص٦٥٧-٦٦٥.

وبدأ العمل به في عهد الخلفاء الراشدين، فقد كان عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وهو أكثرهم عملاً بالرأي، يوصي من كان يوليهم القضاء باتباع كتاب الله وسنة رسوله وبالاجتهاد والرأي فيما لم يرد فيه نص من الكتاب أو من السنة، وقد أصبح الرأي مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية واتسعت دائرته في العصور اللاحقة.

المطلب الثاني

صور الرأي في الشريعة الإسلامية

كانت الأحكام الشرعية التي استنبطها الفقهاء بالرأي كثيرة، فمنها ما يرجع إلى القياس ومنها ما يعود إلى العرف، ومنها ما يرد إلى الاجتهاد المطلق أي إلى فكرة العدالة وحدها.

أولاً: القياس هو تطبيق حكم حالة منصوص عليها على حالة غير منصوص عليها نظراً لاتحاد الحالتين في العلة، وهذا مبني على العقل وعلى الحكمة الباعثة على تشريع الحكم المنصوص، وهي مصلحة يراد به تحققها أو مفسدة يراد اتقاؤها دون التقيد بعبارات النص الحرفية.

ومن ذلك تطبيق حكم القرآن القاضي بتحريم شرب الخمر على شرب النبيذ المستخرج من غير العنب، لاشتراكه مع الخمر في الحكمة الباعثة على تحريمه وهي اتقاء الإسكار.

ثانياً: أما بالنسبة للعرف فإن كثيراً من الأصول والأحكام الشرعية أصبحت مقيدة بالعرف الاجتماعي السائد في بلدٍ من بلاد الإسلام أو في كل البلاد الإسلامية مراعاة لمصالح الناس العامة.

ومثال ذلك أن الأصل عدم جواز وقف المنقول إلا ما كان متعارفاً عليه من الأموال المنقولة كالكتب مثلاً.

فالقواعد الشرعية قد تتعدل تبعاً للعرف العام في البلاد الإسلامية أو للعرف الخاص في بلدٍ منها، وقد أجاز الفقهاء ذلك نزولاً على الضرورات الاجتماعية ومنعاً

لإرهاق الناس في معاملاتهم التي تعارفوا عليها وتيسيراً للعلاقات بينهم، حتى تكون الأحكام الشرعية متلائمة مع حالة المجتمع فلا يشعر الناس بضيق أو حرج.

ولهذا فقد أقر فقهاء المذهب الحنفي – وهو أكثر المذاهب عملاً بالرأي – العرف مصدراً من مصادر التشريع وعاملاً في تعديل أحكامه ما لم يصطدم بنصٍ قطعي، كما أخذت به المذاهب الأخرى حفظاً لصالح المجتمع في الأحوال التي لم يرد فيها نصٌ صريح في الكتاب أو السنة.

ثالثاً: أما بالنسبة للاجتهاد المطلق فقد أقر الفقهاء من مختلف المذاهب طائفة من القواعد والنظم الشرعية لا ترجع إلى القياس والعرف، إنما تستند إلى فكرة العدالة المستمدة من العقل والصالح الاجتماعي.

ومن ذلك ما اتفق عليه العلماء من أن للحاكم أو القاضي سلطة "التعزير" على المجرمين إذا ارتكبوا جرائم لم ينص لها في القرآن أو السنة على حد شرعي، وترك تحديد العقوبة الواجبة إلى اجتهاد الحاكم ونظره طبقاً لما تقضي به العدالة وظروف كل جريمة.

رابعاً: ومن ذلك أخيراً الأحكام الشرعية المبينة على نظرية "المصالح المرسلة" التي وضعها الإمام مالك وهي المصالح التي لم يرد عنها نص يجيزها أو يحرمها، فيفصل فيها بما يلائم مقاصد الشرع ويتفق مع العقل، مثل زوجة المفقود التي انتظرت سنين وتضررت بغياب زوجها، يجوز تزويجها من غيره بعد أجلٍ معين مراعاة لمصلحتها ودفعاً للضرر عنها، لأن مصلحة الزوجة أولى بالرعاية من مصلحة الزوج الغائب.

وتبين من هذا العرض الوجيز لصور الرأي في أحكام الشريعة الإسلامية أن للرأي أثراً في تطور الشريعة بمثل ما كان من أثر لمبادئ العدالة في تطور الشريعتين الرومانية والإنجليزية، غير أن مبادئ العدالة في الشريعة الإسلامية لم تنشأ منفصلة عن أحكامها الشرعية، كما كان الحال عند الرومان والإنجليز، وإنما كانت منذ بداية الأمر مندمجة في أصول الشريعة وأحكامها.

ملخص الفصل الثاني

العدالة هي "شعور كامن في النفس يوحي به الضمير الإنساني المستنير، ويكشف عنه العقل السليم والنظر الصائب ويهدف إلى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة مع مراعاة ظروفها وملابساتها".

ساد في اليونان مذهبان، أحدهما يذهب إلى أن العدالة تتمثل في تغليب الأخلاق على القانون الوضعي وهو مذهب الأخلاقيين، والثاني يذهب إلى أن العدالة تكون في تغليب قانون الطبيعة على القانون الوضعي وهو مذهب الرواقيين.

كان للعدالة عند الرومان مصدران: قانون الشعوب والقانون الطبيعي.

كان للعدالة عند الرومان تأثير كبير في تطور القانون الروماني، فمن خلال هذه الفكرة تم تحقيق المساواة بين الناس وخففت حدة بعض النظم القانونية، وتم استحداث نظم قانونية جديدة.

يعتبر جمود القانون العام الإنجليزي من أهم أسباب ظهور قانون العدالة، ومن أهم أسباب جمود القانون العام الإنجليزي تقديس مبدأ السوابق القضائية، وندرة تدخل المشرع وانعدام صلة القانون العام بالقانون الكنسي وبالقانون الروماني.

ساعد "مستشار الملك" على نشأة قانون العدالة، وكان من نتيجة التنافس بين قانون العدالة والقانون العام تغلب مبادئ العدالة المتسمة بالمرونة وسمو المبادئ على جمود القانون العام الجامدة.

ظهر أثر العدالة في تكوين كثير من النظريات والمبادئ القانونية التي تختلف عن نظيرتها في القانون العام وقد ظهر الاختلاف بين القانونين في إجراءات التقاضي وفي كثير من المبادئ القانونية.

إن فكرة العدالة في الشريعة الإسلامية لم تعدُ كونها تطبيقاً مستخرجاً من قواعد الشريعة الإسلامية نفسها، وأفضى نشاط الفقهاء إلى تعديل بعض القواعد الشرعية تبعاً لحاجة المجتمع ولشعور العدالة في النفس.

الفصل الثالث

التشريع

المبحث الأول

ماهية التشريع ومميزاته[1]

قد يطلق التشريع بمعنى عام على "وضع القواعد القانونية أو استنباطها بصرف النظر عن نوع مصدرها، سواء أكان هذا المصدر ديناً أم عرفاً أم قضاءً أم فقهاً أم سلطة أياً سلطة الدولة".

أما التشريع بالمعنى الخاص فهو "سن القوانين بواسطة السلطة صاحبة الحق في التشريع في البلاد" سواء أكانت هذه السلطة حاكماً مستبداً أم أقلية تنفرد بالأمر أم هيئة نيابية ديمقراطية يقف إلى جانبها رئيس الدولة.

والذي يهمنا في دراستنا الحالية بحث التشريع بمعناه الخاص، كوسيلة لتعديل النصوص والقواعد القانونية، لإمكان مقارنته في أثره بالوسائل الأخرى التي تقدم ذكرها. والتشريع بهذا المعنى هو أهم مصدر للقانون في العصر الحديث، أما في العصور السابقة فكان وسيلة من وسائل إصلاح القوانين، وهي آخر وسائل الإصلاح، فقد جاءت الشرائع القديمة في عهد لاحق لوسيلتي الحيلة والعدالة، وهو العهد الذي بلغت فيه القيود على النصوص والنظم حداً أجاز تعديلها أو إلغاءها بنصوص جديدة.

ويختلف التشريع عن الحيل القانونية بأنه تغير صريح في حكم القانون ونصه، ويختلف عن العدالة بأن قوته الملزمة مستمدة من الهيئة الحاكمة التي أصدرته، لا من سمو المبادئ التي يحتوي عليها.

---

[1] سليمان مصطفى – أصول تاريخ القانون – ص ١٢٣-١٢٤ ، لويد – فكرة القانون – ص٢٩٦.

ويمتاز التشريع عن الحيلة والعدالة، بإيجاز الصيغة ووضوح العبارة وثبات النص، ثم هو في المرحلة النهائية التي يتم بها مسايرة القانون لتطور المجتمع، لأنه يأتي في الغالب بتسجيل رسمي للمبادئ التي وصل إليها القضاء والفقه عن طريق العدالة أو الحيلة.

وعلى الرغم من بطء العرف وغيره من المصادر في تطوره، وسهولة التشريع بالنسبة إلى هذه المصادر، حيث يستطيع المشرع دون مشقة أن يسنّ تشريعاً صالحاً وأن ينسخ تشريعاً فاسداً، فلم يكن استعمال هذه الوسيلة شائعاً لإصلاح القوانين في الشرائع القديمة، وإنما اقتصرت الاستعانة بها على حالاتٍ نادرة، لأن الناس في القديم كانوا يمعنون في تقديس نصوصهم وتقاليدهم نظراً لما كان يحاط بها من صبغة دينية، فكل مجتمع ينظر إلى قانونه بالطريقة التي ينظر بها إلى معبوده، وعندما يتغير المجتمع تتغير الصورة التي خلقها لإطاره القانوني وتعاد صياغتها ورسمها وإن كان هذا يتم ببطء ففكر القانون فكرة محافظة جداً، وكان الناس لا يبتغون سوى تطبيق النصوص دون تعقيد أو تحيز، ولهذا لم يلجؤوا إلى التشريع إلا لمعالجة حالة سيئة ظاهرة، أو للقضاء على التنازع بين الطبقات والتسوية بينها في الحقوق العامة والخاصة، وليس أدل على ذلك من تاريخ التشريع القديم في اليونان وروما والبلاد الإنجليزية.

المبحث الثاني

التشريع عند الرومان[1]

كان القانون في العهد الملكي عند الرومان غير مكتوب، أي قانوناً عرفياً ولم يكن للتشريع أي دور في تطور القانون في هذا العهد.

وقد مر التشريع في روما بعدة مراحل تبعاً للسلطة التي كانت تصدره، فكان صادراً من مجالس الشعب في عهد الجمهورية، ومن مجلس الشيوخ والإمبراطور في عهد الإمبراطورية العليا، ثم من الإمبراطور وحده في عهد الإمبراطورية السفلى.

---

[1]- د. مصطفى صقر – تاريخ النظم – ص٣١٤-٣٣٢، د. صوفي أبو طالب – تاريخ النظم – ص٢٦٢، د. عمر ممدوح مصطفى – أصول تاريخ القانون – ص١٢٥.

المطلب الأول

ما هو المصدر

التشريع في العهد الجمهوري ؟

(٥٠٩ ق.م – ٢٧ق.م)

الرأي السائد بين العلماء أن عدد التشريعات التي صدرت في العهد الجمهوري لا يتعدى ثمانية تشريع، لا يتعلق منها بنظم القانون الخاص سوى ستة وعشرين تشريعاً فقط، وأن معظم هذه التشريعات كان يقتصر على التعديل والتحوير في جزئيات القانون الروماني القديم، فلم تضع مجالس الشعب والعامة بعد وضع قانون الألواح الاثني عشر إلا النادر من القوانين التي أدخلت تعديلات على نظم القانون الخاص وقد كان ذلك في الغالب للقضاء على النزاع بين طبقتي العامة والأشراف أو بين الشعب الروماني وباقي الشعوب اللاتينية ولمحاولة التسوية بين الفريقين في الحقوق.

وأهم ما صدر منها قانون "كانوليا" الذي أباح الزواج بين الأشراف والعامة، وقانون "بوتليابابريا" الذي قيد التنفيذ على جسم المدين، وقانون "أكويليا" الذي وضع نظاماً شاملاً لجرائم الإضرار بمال الغير، وقانون "ايبوتيا" الذي أدخل نظام المرافعات الكتابية، وقانون "جوليا" الذي سوى في الحقوق بين المواطنين الرومان وسكان المستعمرات اللاتينية.

على أن أهم القوانين قاطبة التي صدرت لتحقيق أغراض اجتماعية وسياسية خلال العهد الجمهوري كان قانون الألواح الاثني عشر والذي سبق لنا أن تحدثنا عنه بالتفصيل.

وعلى الرغم من وجود هذه التشريعات، فإن دور التشريع في تطور القانون إبان العهد الجمهوري كان دوراً ثانوياً، فهو لم يحتل بعد المكانة الأولى بين مصادر القانون الروماني، بل بقي العرف هو المصدر الأساسي الذي يمكنه خلق قواعد قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء قواعد قانونية قائمة وموجودة حتى لو كانت هذه القواعد من صنع القانون الوضعي أي قواعد تشريعية أوجدها المشرع الروماني.

المطلب الثاني

التشريع في عصر الأمبراطورية العليا

(٢٧ ق.م - ٢٨٤ م)

كان عصر الإمبراطورية العليا عصراً مجيداً، إذ بلغت روما خلاله أوج عظمتها، وبلغ القانون الروماني قمة الكمال.

فقد صدرت في مطلع هذا العصر بعض التشريعات التي أوصى بها الإمبراطور "أغسطس" إلى القناصل للتقدم بمشروعاتهم إلى المجالس الشعبية، بل إن أغسطس نفسه قد تقدم ببعض مشروعات القوانين إلى مجالس العامة، وذلك بما له من سلطة حكام العامة.

وبعد عهد أغسطس قلّت القوانين الصادرة عن المجالس الشعبية ومجالس العامة، ثم اختفت بعد ذلك نهائياً، ونضب هذا المعين تماماً بعد أن انتقلت سلطة التشريع إلى مجلس الشيوخ، باعتباره الوارث الشرعي الذي خلف المجالس الشعبية في سلطاتها التشريعية، ومنذ بداية القرن الثاني الميلادي أصبحت قرارات مجلس الشيوخ المصدر الوحيد للتشريع.

على أن هذه السلطة التشريعية لمجلس الشيوخ لم تدم طويلاً لأن حق اقتراح القوانين كان من اختصاص الإمبراطور وحده، وفي بداية الأمر كان للمجلس سلطة مناقشة هذه الاقتراحات، ولكن مع نهاية القرن الثاني الميلادي أصبحت توصيات مجلس الشيوخ تقتصر على الموافقة على ما يعرضه عليها الإمبراطور دون تغيير أو تعديل، وبذلك تحولت موافقة مجلس الشيوخ على مشروعات القوانين الإمبراطورية إلى مجرد موافقة شكلية، مما أدى من الناحية الفعلية إلى انتقال سلطة التشريع من المجلس إلى الإمبراطور، وأصبح هذا الأخير هو المصدر الفعلي للقوانين، الأمر الذي مهد له الطريق فيما بعد لكي يصدر قرارات لها قوة التشريع دون حاجة إلى اللجوء إلى مجلس الشيوخ أو

تستر وراء توصياته، ولذلك لا نجد قرارات تشريعية لمجلس الشيوخ منذ بداية القرن الثالث الميلادي.

ولم ينته القرن الثاني للميلاد حتى أصبح الإمبراطور هو أهم مصدر للتشريع في البلاد وكان يطلق على القوانين التي يصدرها الأباطرة تعبير "الدساتير الإمبراطورية"، وكانت الدساتير الإمبراطورية تتخذ أربع صور وهي: المنشورات والأحكام والفتاوى والتعليمات.

المطلب الثالث

التشريع في عصر الإمبراطورية السفلى

(٢٨٤-٥٦٥م)

أصبح الإمبراطور في هذا العصر مصدر السلطات جميعها فهو وحده مصدر التشريع بمعنى أنه هو الذي يضع القوانين، وهو وحده الذي يملك الحق في تفسيرها.

وترتب على ذلك أن أصبحت الدساتير الإمبراطورية هي المصدر الوحيد للتشريع في عصر الإمبراطورية السفلى ويلاحظ أنه لم يعد هناك سوى صورة وحيدة للدساتير الإمبراطورية وهي "المنشورات".

وقد ازداد النشاط التشريعي بصورة ملحوظة في هذا العهد وربما كان السبب في ذلك هو تدخل الدولة في الشؤون الخاصة والعامة وازدياد سلطاتها، وكانت الدساتير الإمبراطورية التي صدرت في هذا العهد هي السبب في تغيير القانون الروماني عما كان عليه في السابق واتخاذه الشكل الذي نجده في مجموعات جوستنيان.

على أن هذه الدساتير لم تغير إلا جزءاً بسيطاً من الأحكام القانونية، أما أساس القانون الخاص فمازال قائماً على القديم الذي تكون من العرف القديم والتشريعات التي أصدرتها المجالس الشعبية ومنشورات الحكام وقرارات مجلس الشيوخ.

وعندما كثر عدد التشريعات الإمبراطورية وأصبح من العسير الرجوع إليها أو الاستدلال بأحكامها، عمد بعض رجل القانون إلى تجميعها في كتاب واحد بعد تصنيفها والتنسيق بينها كالمجموعة "الجريجورية" و"الهرموجينية" ومما هو جدير بالذكر أن هاتين المجموعتين لم تكن لهما صفة رسمية.

وفي عام (٤٣٨م) قام الإمبراطور "تيودوز" بوضع أول مجموعة رسمية للدساتير الإمبراطورية عرفت باسم "مجموعة تيودوز".

وعندما تولى الإمبراطور "جوستنيان" الحكم (٥٢٧-٥٦٥م) عمد إلى وضع الدساتير الإمبراطورية في مجاميع محددة رسمية، فأصدر مجموعة التشريعات في سنة ٥٢٩م، ولكنه رأى إعادة تجميع هذه التشريعات بعد إضافة ما كان قد استحدث منها، فصدر التجميع الثاني في سنة ٥٣٤م وأطلق عليه "مجموعة التشريعات الجوستنيانية"، وقام أيضاً بتجميع آراء الفقهاء في موسوعة ثانية تسمى دائرة المعارف، ووضع آراء الفقهاء كذلك في موجزة تسمى بالنظم، ثم وضع قراراته التشريعية الجديدة في مجموعة رابعة عرفت باسم "مجموعة المراسيم المستحدثة".

ولم تنقطع الصلة بين القانون الروماني والقوانين الحديثة، فعندما وضع قانون نابليون في سنة ١٨٠٤ كان مبنياً على قانون جوستنيان، وأخذت حركة التشريع بعد ذلك تنتشر في الدول الأوربية اقتداءً بفرنسا، فأصبح قانون نابليون مصدر التشريع في معظم البلاد الأخرى وأداة الوصل بين القانون الروماني والقانون الحديث.

المبحث الثالث

لماذا كانت صلاحية التشريع

التشريع عند الإنجليز[1]

أسهم التشريع بدور ضئيل جداً في تطور القانون الإنجليزي، ذلك أن القانون الإنجليزي كان، ومايزال، يعتمد بصفة رئيسة على السوابق القضائية لدرجة أن بعض

---

[1]- د. عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون- ص١٢٦-١٢٧، د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم - جـ١-ص٢٦٣، د. مصطفى صقر- تاريخ النظم- ص٣٦٥-٣٦٧.

الفقهاء الإنجليز قل عن أثر التشريع في تطور القانون الإنجليزي بأنه يقوم ببعض الإضافات أو تصحيح بعض الأخطاء في القانون العام common law يضاف إلى ذلك عدم ثقة الإنجليز في الإصلاحات التي تظهر في القانون عن طريق التشريع لأنه في نظرهم بمثابة أداة عسف واستبداد السلطة الحاكمة، فعن طريق التشريع يستطيع الحاكم طبقاً لهواه التحكم في الشعب، أو كما يقول المثل اللاتيني "التشريع أداة طيعة في يد الحاكم يستطيع بمقتضاها فرض ما يشاء".

ولذلك كان استعمال التشريع كوسيلة لإصلاح القانون نادراً في العهد القديم من القانون الإنجليزي ولم يصدر ملوك الإنجليز من القوانين إلا بعض الدساتير أو الوثائق لمحاربة سلطان الكنيسة في إنجلترا بتقييد اختصاص محاكمها وتوسيع اختصاص المحاكم الملكية، أو لمعالجة ثورة الناس على سلطة الملك ورجال الإدارة في حبس الأفراد بلا تحقيق أو محاكمة.

ومن ذلك "دستور كلارندون" الصادر عام (١١٦٦) الذي نص على منع المحاكم الكنسية من الفصل في دعاوى الأراضي والديون ولو كان أحد الخصمين فيها من رجال الدين، ومن استئناف أحكامها أمام محكمة البابا في روما.

ومن ذلك أيضاً "العهد الأعظم أو الوثيقة العظمى" (Magna, Charta) التي أصدرها الملك (جون) عام ١٢١٥ عقب ثورة النبلاء والشعب والتي تعهد فيها أولاً: بتقييد اختصاص محاكمة المتنقلة، وثانياً: بنزع كل اختصاص جنائي من يد الحكام الإداريين المعينين من قبله في البلاد، وثالثاً: بعدم القبض على شخص أو سجنه أو نفيه أو إعدامه أو مصادرة أمواله إلا بعد محاكمته بواسطة أنداده His peers وطبقاً لقوانين البلاد.

وهذا العهد الأعظم يعتبر أساساً لنظامين تقررا في إنجلترا نتيجة له:

النظام الأول: نظام المحلفين Jury وهو هيئة مختارة من أفراد الشعب تشترك مع القاضي في محكمة الجرم وتبدي رأيها بصفة قاطعة في إدانته أو براءته، وهو نظام معمول به إلى الآن في معظم البلاد الأوربية والأمريكية.

أما النظام الثاني فهو نظام إحضار جسم السجين (أي إحضار جسم السجين مع القبض عليه) وهو يجعل لكل شخص حُبس من غير تحقيق أو محاكمة حق رفع أمره إلى القضاء للنظر في حبسه، وعند ذلك تأمر المحكمة مدير السجن بإحضار السجين مع سبب القبض عليه، وتنظر بأمر حبسه، ثم تتولى فحص هذا السبب فإن كان شرعياً أعادته إلى سجنه، وإلا أخلت سبيله، وهذا النظام يعتبر منذ صدور الوثيقة العظمى دستور الحرية الفردية في بريطانيا، وانتقل منها في العصر الحديث إلى معظم البلاد المتمدنة في أوربا وأمريكا.

وعلى الرغم مما تقدم فقد أصدر ملوك إنجلترا من التشريعات خلال القرنين الثالث عشر والرابع عشر ما يساوي أو يزيد على عدد التشريعات التي أصدرها ملوك فرنسا، واستمر النشاط التشريعي في التزايد منذ القرن الثالث عشر حتى القرن العشرين، وقد أصدر الملك "هنري الثامن" وحده من التشريعات خلال القرن السادس عشر أكثر مما أصدره أسلافه خلال القرون الثلاثة السابقة.

وفي القرنين التاسع عشر والعشرين تزايدت أهمية التشريع في إنجلترا بصورة ملحوظة، ومن أمثلة التشريعات التي صدرت في القرن التاسع عشر نذكر تلك التشريعات التي صدرت في الفترة من ١٨٣٢-١٨٣٣، والفترة من ١٨٧٣-١٨٧٥م، والتي كان الغرض منها إدخال إصلاحات جوهرية على النظام القضائي الإنجليزي عن طريق تنظيم اختصاص المحاكم، وإصلاح نظام الإجراءات القضائية، وتنظيم التنازع بين القانون العام وقانون العدالة.

كما صدرت في القرن العشرين الكثير من التشريعات نذكر منها القوانين الاشتراكية والاقتصادية الجديدة التي صدرت بعد عام ١٩٤٥.

ومع ذلك يؤكد أحد علماء القانون الإنجليز "دينيس لويد" أن "تاريخ إصلاح القانون الإنجليزي لا يدل على أن وجود الإصلاح وتوفره عن طريق تشريع برلماني هو دائماً بديل فعال، فلقد احتاج البرلمان عملياً إلى قرن كامل لإدخال تغييرات بسيطة جداً استلزمها إلغاء مبدأين معيبين جداً وهما المساهمة في الإهمال والاستخدام المشترك"[1].

---

[1]- دينيس لويد- فكرة القانون- المرجع السابق- ص٣٣٢.

المبحث الرابع

دور التشريع في تطور أحكام الشريعة الإسلامية[1]

لم يكن التشريع بالمعنى المصطلح عليه في العصر الحديث مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية، لا في عهد تكوينها ولا في مراحل تطورها في العصر القديم، لأنها شريعة منزلة شرعها الله عز وجل على لسان نبيه محمد "عليه الصلاة والسلام"، ولهذا لم تكن هذه الوسيلة عاملاً من عوامل تطور الشريعة الإسلامية بجانب آراء الفقهاء والأئمة أصحاب المذاهب بعد اكتمال تشريع القرآن والسنة النبوية.

وقد ظهرت في عصر ظهور المذاهب الفقهية بعض الآراء التي تنادي بضرورة تدوين الشريعة الإسلامية في قانون واحد وإلزام المسلمين جميعهم بما جاء فيه، على أن هذه المحاولات لم تر النور، فقد أشار عبد الله بن المقفع على أبي جعفر المنصور أن يوحد ما يقضى به بين الناس في قانون يدونه، ويختاره من أقوال المجتهدين بعد تمحيص، ولقد هم أبو جعفر المنصور أن يختار آراء الإمام مالك بن أنس قانوناً لدولته، ولكن مالكاً (رضي الله عنه) نهاه عن ذلك قائلاً: "يا أمير المؤمنين لا تفعل، قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث ورووا روايات، وأخذ كل قومٍ بما سبق إليهم، فدع الناس، وما اختار أهل كل بلدٍ لأنفسهم".

وجاء الرشيد بعد المنصور، فحاول أن يحمل الناس على ما جاء في موطأ الإمام مالك وشاوره في أن يعلقه في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه، فاعترض الإمام مالك أيضاً وقال "لا تفعل فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع، وتفرقوا في البلدان، وكل مصيب"، وعندئذٍ ماتت الفكرة أو أخمدت، ولم يذكر التاريخ شيئاً في مدى هذا الدور في أدوار الاجتهاد.

---

[1] د. عمر ممدوح مصطفى – أصول تاريخ القانون – ص١٢٧-١٢٨، د. صفر – تاريخ النظم – ص٢٥٧-٢٥٨، د. المنهوري، د. أبو ستيت – أصول القانون – ص١٣٠.

على أننا نجد مع ذلك أثراً للتشريع في تطور الشريعة الإسلامية في العصر الحديث، فقد تميز العصر الحديث عن العصور القديمة بحركة تشريعية من جانب الخلفاء والولاة في البلاد الإسلامية، تدخلوا بها في الأحكام الشرعية، وفي تحديد القواعد التي يجب العمل بها دون غيرها، سواء أكان ذلك بتقرير الأخذ بمذهب معين من المذاهب، أم باختيار القواعد الملائمة من أقوال المذاهب المختلفة راجحة أو مرجوحة، أم بإدخال قواعد جديدة تتفق وحالة العصر.

فمن ذلك "مجلة الأحكام العدلية" التي صدرت في عهد الدولة العثمانية عام ١٨٦٩ لتسري على رعايا الدولة العثمانية في معاملاتهم والتي ظلت نافذة إلى عهد قريب في بعض البلاد الإسلامية التي انسلخت عن الدولة العثمانية، وعلى سبيل المثال ظلت نافذة في سوريا حتى صدور القانون المدني السوري عام ١٩٤٩، وكانت تشتمل على قواعد شرعية مستمدة في معظمها من المذهب الحنفي، ومن ذلك أيضاً "مجلة الالتزامات التونسية" وهي منقولة عن أحكام المذهب المالكي.

ملخص الفصل الثالث

التشريع -بالمعنى الخاص- هو "سن القوانين بواسطة السلطة صاحبة الحق في التشريع في البلاد" وقد كان في العصور القديمة وسيلة من وسائل إصلاح القوانين.

كان دور التشريع في تطور القانون الروماني في العصر الجمهوري ثانوياً، فقد ظل العرف هو المصدر الأساسي لخلق القواعد القانونية.

نشط دور التشريع في عصر الإمبراطورية العليا وكان المهيمن على إصدار التشريعات مجلس الشيوخ ثم أصبح الإمبراطور في نهاية القرن الثاني الميلادي أهم مصدر للتشريع في الإمبراطورية.

أصبح الإمبراطور في عصر الإمبراطورية السفلى المصدر الوحيد للتشريع، فهو الذي يضع القوانين ويفسرها وأصبحت الدساتير الإمبراطورية "المنشورات" هي المصدر الوحيد للتشريع في هذا العصر.

أسهم التشريع بدور ضئيل في تطور القانون الإنجليزي، لأن هذا القانون يعتمد بصورة أساسية على السوابق القضائية، ومع ذلك فقد صدرت العديد من التشريعات المتفرقة رغم عدم قناعة علماء القانون الإنجليز بنجاعة دور التشريع البرلماني في تحقيق التقدم القانوني المنشود.

لم يكن التشريع مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية ولا عاملاً من عوامل تطورها لكونها شريعة منزلة ومع ذلك فإننا نجد دوراً للتشريع في تطور أحكام الشريعة الإسلامية في العصر الحديث عن طريق تحديد القواعد التي يجب العمل بها دون غيرها، الأخذ بمذهب معين أو بإدخال قواعد جديدة، تتفق وحالة العصر.