

دار ئاراس للطباعة والنشر



السلسلة الثقافية

*

صاحب الإمتياز: شوكت شيخ يزدين

رئيس التحرير: بدران أحمد حبيب

العنوان: دار ئاراس للطباعة والنشر - حي خانزاد - اربيل- كُردستان العراق

تأريخ القانون

تأريخ القانون

الدكتور منذر الفضل

اسم الكتاب: تأريخ القانون
تأليف: الدكتور منذر الفضل
من منشورات نآراس رقم: ٣٤٦
الإخراج الفني والغلاف: آراس أكرم
الإشراف على الطبع: عبدالرحمن الحاج محمود
الطبعة الثانية - ٢٠٠٥
رقم الإيداع في مكتبة المديرية العامة للثقافة والفنون في اربيل: ٢٠٠٥/٦٨

الاهداء

* الى الشعب الكوردي الذي نال حرته بعد تضحياته الكبيرة
* الى أطفال كوردستان الذين ينعمون بالامن والحرية والاستقرار بعد سنوات العذاب
* الى ضحايا الكورد في حلبجة والانفال وبالبيسان وكرميان وقلعة دزه وباكيرات ومانكيش
وسواره توكة وبارزان وحرير وكل القرى الكوردستانية المخضبة بدماء الابرياء والبشمركة
الابطال بفعل سياسة النازية العربية وسياساتها العدوانية ضد شعب حر.

اهدي كلماتي هذه... اليكم جميعا تعبيراً عن المحبة والاحترام للامة الكوردية وكوردستان
متمنيا للشعب الكوردي تحقيق طموحاته المشروعة في تكوين دولته الكوردية الديمقراطية
على ارضه.

منذر الفضل

ولاشك ان تاريخ القانون من المواضيع الحيوية والمهمة ضمن مناهج علم القانون اذ لا يمكن فهم اية فكرة بصورة صحيحة دون الرجوع الى تاريخها ومن ذلك مثلاً فكرة القانون ومفهومها وقيمة العرف كقانون غير مكتوب والقوانين المنظمة للحياة في العراق القديم ومصر القديمة وفي الشريعة اليهودية وغيرها فيما يخص الزواج والطلاق والميراث والتصرفات القانونية من بيع وهبة ورهن ووصية وفيما يخص حقوق الرجل والمرأة وقواعد الجريمة والعقاب وقواعد الملكية وغير ذلك.

والغاية من ذلك هي ان يتم التعرف على خلفية التنظيم القانوني لاي موضوع في الحياة وكيف تطورت هذه النظم القانونية فلا حياة بلا قانون ينظمها ولا قانون بلا مجتمع ولا مجتمع بلا قانون يحكم سلوك الاشخاص ويمنع قانون القوة الذي يتعارض مع الحياة الانسانية المستقرة لان قانون القوة هو شريعة الغاب لا شريعة الانسان التي تقوم على قوة القانون والاحترام الطوعي له ووضع الجزاء على من يخالفه لضمان ديمومه الاستقرار والسلم.

أمل ان يكون هذا الكتاب مفيداً للقارئ الكريم واني اعتبره مثل زهرة اعرسها في ارض الكورد التي تخضبت بدماء الابرياء لكي تنمو وتزدهر فقد ولى زمن الحروب الذي غرست فيه ملايين الالغام ضد شعب أمن يعشق الحرية وبدأنا نغرس بذور الحياة على سفوح كوردستان في زمن السلم.

منذر الفضل

كوردستان

كانون الثاني ٢٠٠٥

مقدمة الطبعة الثانية

مضت ١٠ سنوات على صدور الطبعة الاولى من هذا الكتاب في عمان ، حين كانت الفرصة متاحة نسبياً لطباعته مع مؤلفات اخرى في القانون بعد ان ضاقت بنا كل السبل في بلاد الحضارات حيث وضع النازيون العرب امام كل كوردي و عربي شيعي موانع من الكتابة والتأليف وحتى الترقية العلمية واشغال المناصب الاكاديمية بسبب سياسة التمييز القومي والطائفي والمذهبي مما دفع بالعشرات من العقول الراضية لعبادة الصنم الى مغادرة العراق بحثاً عن الحرية في التعبير والتفكير.

وبعد سقوط رمز النازية العربية وتحرير العراق في ٩ نيسان ٢٠٠٣ واندحار السياسة الطائفية ، استبشر العراقيون خيراً في البلاد بعد تحريرها ، غير ان هناك تراكمات واشكاليات ثقيلة ليس من السهل التخلص منها عدا كوردستان التي تحررت من حكم الطغيان منذ اندلاع الانتفاضة الباسلة عام ١٩٩١ وبنيت مؤسسات دستورية مع اقامة تجربة ديمقراطية وهامش كبير من الحرية رغم الظروف القاسية التي مرت بها كوردستان.

وقد وجدت ان المناخ في كوردستان مناسب للتأليف والطباعة والبحث بسبب الاستقرار والامن والحرية المتوفرة مما دفعني الى التفكير بطباعة العديد من مؤلفاتي التي ظلت بعيدة عن كوردستان والعراقيين جميعاً لاسيما واني قد وجدت كل التسهيلات من مطبعة الجامعة وبخاصة من الصديق الدكتور نجات صبري عقرابي والكادر الطباعي في المطبعة ومن الصديق بدران حبيب المسؤول عن مؤسسة تاراس القيمة للطباعة والنشر والتي نجحت نجاحاً باهراً خلال زمن قصير من عمرها. ولقد وجدت ان بعض استحقاقات الوفاء للكورد طباعة هذه المؤلفات لكي يستفيد منها المهتمين في كوردستان وربما تساهم في تطوير الواقع الثقافي والعلمي والقانوني.

وليس هذا الكتاب هو الاول ولن يكون الاخير فقد صدر لي عن دار تاراس في كوردستان عام ٢٠٠٤ كتابين ، الاول، اصول القانون الفرنسي والبريطاني والثاني، دراسات حول القضية الكوردية ومستقبل العراق وقد فزت بجائزة التكريم لعام ٢٠٠٤ عنهما يوم ٢٦ ديسمبر من ذات العام حيث عقد حفل التكريم برعاية السيد رئيس الوزراء نيجرفان البارزاني. كما ستصدر عن ذات الدار مؤلفات اخرى تباعاً.

ستتعرف على الملكية ووظيفتها الاجتماعية وعلى نظرية العقد في الفقه الاسلامي وعلى الجرائم والعقوبات ثم تنظيم الاسرة (الزواج والطلاق بأحكامهما).

والله أسأل ان يكون هذا الكتاب مساهمة علمية متواضعة تفيد طلبية الحقوق في الاردن العزيز.

والله الموفق

الدكتور منذر الفضل

عمان

١٩٩٥

مقدمة الطبعة الاولى

هذا الكتاب مجموعة محاضرات في تاريخ القانون القيت في كلية الحقوق بجامعة الزيتونة الاردنية، وقد جاءت حسب موضوعات مساق المادة المذكورة لكي يسهل على طلبة كلية الحقوق الرجوع الى مفرداته. ولم تصح رغبتني في طبعها ووضعها بين ايدي طلبتنا لولا علمي ان المكتبة القانونية في الاردن بحاجة الى مؤلفات في هذا المجال. وقد لمست قلة الكتب القانونية في تاريخ القانون والقانون الروماني منذ عام ١٩٩٢ ابان تدريس هذا المقرر في كلية الحقوق بجامعة مؤتة، حيث كنت قد شرعت في حينها بكتابة هذه المحاضرات لولا ظروف حالت دون اتمام الفكرة.

تضمن موضوع الكتاب من الباب الاول الذي انصب على دراسة التاريخ العام القانون أي دراسة النشوء التاريخي للمجتمعات البدائية والوضع القانوني الذي كان سائداً آنذاك ثم لمصادر القانون في المجتمعات القديمة والوسائل العامة لتطور القانون. كما تناول الباب الثاني القوانين في وادي الرافدين نظراً لقدم هذه القوانين ودورها في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية حيث ركزنا على دراسة قانون حمورابي باعتباره من اهم هذه القوانين في بلاد ما بين النهرين.

ثم تطرقنا في الباب الثالث لعهد الفراعنة والبطلمة بسبب اهمية القوانين المصرية القديمة، وذلك ان في التعرف عليها فائدة كبيرة لمعرفة احكام القانون العام آنذاك ولنظام الجرائم والعقوبات فالحضارة الفرعونية كانت وما تزال من حضارات وادي النيل التي تركت اثارها الواضحة بين حضارات الامم.

كما خصصنا الباب الرابع لدراسة القانون الروماني الذي ترك بصماته قائمة حتى الان على العديد من القوانين المدنية الاجنبية والعربية، الامر الذي يتطلب معرفة مراحل تطور القانون المذكور ثم مصادر القاعدة القانونية في القانون الروماني وكذلك نظام الاسرة ونظام الملكية في المجتمع الروماني واخيراً الحقوق الشخصية (الالتزامات) عند الرومان.

وفي الباب الخامس تطرقنا لشريعة اليهود من حيث خصائص الشريعة اليهودية ومصادرها ونظام الجرائم والعقوبات فيها. وأخيراً خصصنا الباب السادس للشريعة الاسلامية حيث

ودراسة تاريخ القانون تختلف عن دراسة النظم الاقتصادية والاجتماعية، لان الاول ينصب على التعرض للقواعد القانونية البحتة السارية في مختلف العصور بينما يراد بدراسة تاريخ النظم الاقتصادية والاجتماعية الاطلاع على تطور الانظمة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وهي اعم وأشمل لانها تتضمن العدالة والقانون والدولة وأسلوب الحياة. اما تاريخ القانون فيقصد به دراسة تطور القواعد والافكار القانونية كالحق والعقد والقرض والمسؤولية والملكية والزواج والجرائم والعقوبات وغيرها كما نشير الى ان التاريخ الخاص بقانون دولة من الدول كالاردن مثلاً، من حيث تاريخ القانون المدني وتاريخ قانون العقوبات وتاريخ قانون الاحوال الشخصية، لا يدخل في دراستنا هذه، وان كان لها صلة بهذه الدراسة، ذلك لان ما يدخل في هذا المجال هو تاريخ العام للقانون منذ المراحل الاولى للمجتمع البدائي وكيف كان ينظم علاقات الافراد ثم في المجتمعات اللاحقة ومدى تأثيرها على القوانين المعاصرة.

٣- الغاية من دراسة تاريخ القانون

تظهر الغاية من دراسة تاريخ القانون في فهم الافكار والقواعد القانونية النافذة وأسلوب تطورها فالرجوع للماضي امر مهم في فهم القانون الوضعي. بل إن القانون الوضعي الحالي سيصبح في وقت لاحق تاريخاً لن تفهم قوانين المستقبل بغير الرجوع الى احكامه.

كما ان الاطلاع على تطور الفكر القانوني يكشف لنا عن جانب من جوانب الثقافة والمستوى الحضاري للشعوب، فدراسة القوانين توجب معرفة اصوله التاريخية أي كيف كان تنظيم المجتمع الانساني واسلوب التطور وماذا اصبح عليه لاسيما وان هناك علاقة وطيدة بين الجانب التطبيقي والافكار النظرية.

ثم ان دراسة تاريخ القانون ترتبط بالاكشافات الاثرية التي تظهر الحقائق العلمية عن الشعوب وتبين مدى هذا التطور والتنظيم للمجتمع الانساني وهذا واضح من خلال اكتشاف الشرائع العراقية القديمة في بلاد ما بين النهرين لا سيما الاكتشافات المتعلقة بشريعة حمورابي في جنوب العراق.

كما ان دراسة تاريخ القانون يفيد ميدان القانون المقارن، حيث يمكن الاطلاع على تطور الافكار القانونية في مختلف النظم الاجتماعية والتاريخية والسياسية والمقارنة بينهما وبين القوانين الوضعية في الوقت الحاضر، فالزواج والعقود والملكية والجرائم والعقوبات وغيرها لم تكن على نمط او تنظيم موحد في عصر الفراعنة او في شريعة اليهود او عند اليونان او في القوانين الوضعية وهو امر طبيعي تبعاً لاختلاف الظروف الاجتماعية والاقتصادية ولعوامل اخرى عديدة كما سيتضح لنا، واذا كانت الحضارات الانسانية سلسلة مرتبطة بعضها ببعض فإن دراسة تاريخ القانون يكشف لنا فضل الشعوب القديمة على المجتمع الحديث، حتى ان

١- اهمية دراسة تاريخ القانون.

٢- تحديد المقصود بتاريخ القانون.

٣- الغاية من دراسة تاريخ القانون.

٤- خطة الدراسة.

١- اهمية دراسة تاريخ القانون

لا يمكن ان نتصور القواعد القانونية هي مجرد وقائع نشأت من الصدفة في حياة الشعوب او الامم، فالقانون هو انعكاس لظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية وفكرية معينة في ظل زمان ومكان معينين. ولهذا فإن معرفة أي قانون يتطلب بالضرورة الاطلاع على العوامل التي ساهمت في وجوده وتطوره. ومن هذا تأتي اهمية دراسة تاريخ القواعد القانونية والكشف عن محتوياتها في مختلف المراحل وعند الشعوب المتعددة المتباينة في ظروفها. وبدون الرجوع لتاريخ القوانين لا يمكن فهم القوانين الوضعية النافذة.

٢- تحديد المقصود بتاريخ القانون

يقصد بتاريخ القانون دراسة تطور النظم القانونية عبر مراحل التاريخ المختلفة للحضارات. ذلك ان أي قاعدة قانونية تنظم شؤون الحياة في المجتمع لا بد ان يكون لها جذور وأصول تاريخية ولغرض فهمها بصورة سليمة لا بد من الاطلاع على هذه الاصول التاريخية وتتبع نشأتها وتطورها. ولهذا فان المقصود (بتاريخ القانون) هو دراسة تطور الافكار والمبادئ القانونية لدى الجماعات الانسانية الاولى تكونت فيها النظم القانونية، مثل نظام الزواج ونظام الملكية ونظام الجرائم والعقوبات، والوقوف على مراحل تطورها خلال مختلف المراحل حتى الوقت الحاضر. فالعديد من التقسيمات والافكار للقواعد والنصوص القانونية في التشريعات الوضعية النافذة تجد اصولها في الشرائع القديمة مثل (شريعة حمورابي) و (القانون الروماني) و (القانون الانجليزي Common Law) ^(١) و (الشريعة الاسلامية).

(١) يستعمل هذا المصطلح في اربعة معاني هي:

١- القانون الذي تطور في انجيز بصورة عامة.

٢- الاحكام التي تصدرها والتشريعات التي يسنها البرلمان.

٣- احكام المحاكم البريطانية.

٤- قانون المجالس Chancery Law.

غسان رباح، تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية. ط١، ٩٩٣، ص٣٦٥.

بعضاً من القواعد القانونية التي ابتكرها الفكر القانوني في المجتمعات القديمة ما تزال دون تغيير في الوقت الحاضر ومن ذلك مثلاً، دور القوة القاهرة والمسؤولية الطبية والتزامات الجوار ومسؤولية حارس الحيوان واستحالة تنفيذ الالتزام في انقضاء الالتزام المدني في القوانين المدنية والتي ترجع في اصولها الى قانون حمورابي.

نخلص من ذلك الى ان دراسة تاريخ القانون يعني معرفة حقيقة الظاهرة القانونية وكيفية نشأتها واسلوب تطورها وماذا ستكون عليه وفي ذلك فائدة كبيرة لتكوين العقلية القانونية السليمة. وقبل التعرف على الشرائع العراقية القديمة والقانون الروماني وبعض القواعد الشرعية في القانون الاسلامي لابد من الوقوف على النشوء التاريخي للمجتمعات البدائية والحالة القانونية فيها ومصادر القانون في هذه المجتمعات ثم الوسائل العامة لتطور القوانين.

٤- خطة الدراسة

ان الامام بالجوانب العامة لتاريخ القانون يتطلب دراسة الشرائع الاساسية ومعرفة اسس تنظيم المجتمع في المراحل الاولى من التاريخ ولذلك وزعنا الخطة على النحو الاتي:-

الباب الاول - التاريخ العام للقانون.

الباب الثاني - القوانين في وادي الرافدين (العراق القديم).

الباب الثالث -- القانون في بلاد النيل (مصر القديمة).

الباب الرابع - القانون الروماني.

الباب الخامس - شريعة اليهود (القانون اليهودي).

الباب السادس - الشريعة الاسلامية (القانون الاسلامي).

الباب الاول

الباب الاول

التاريخ العام للقانون

The general history of law

تمهيد

١- ضرورة القانون في المجتمع

تشير الدراسات التاريخية الى ان هناك قوتين اجتماعيتين هيمنتا على تصرفات البشر وظلتا عنصرين متكاملين يلازما الطبيعة البشرية، وهما غريزة حب التملك والمحافظة على كيان الفرد ورفع مستوى معيشته، وغريزة العيش المشترك التي تدفع الانسان الى الاستئناس من افراد جنسه والتواجد مع اقرانه للعيش معاً. ولغرض التوفيق بين هاتين الغريزتين لا بد من وجود ضوابط للسلوك في المجتمع والاسادات الفوضى وانعدام الامن والاستقرار.

فالانسان كائن اجتماعي الطبع ويحتاج الى بني جنسه لكي يشعر بالامن ويوفر حاجته الاساسية بما لا تتعارض مع حاجات وغرائز الاخرين، وحيث ان كل شخص يدخل في علاقات متعددة مع الاخرين فإن المنظم لهذه العلاقات هو القانون. فالقانون هو ضرورة اجتماعية وله وظيفة اجتماعية واقتصادية وسياسية ولا يمكن ان تنصور وجود مجتمع انساني يخلو من التنظيم بالقانون فلا مجتمع بدون قانون ولا قانون دون وجود الدولة باعتبارها السلطة العامة المنظمة لعلاقات الناس في المجتمع. ولهذا فإن الاراء والدعوات التي تربط بين زيادة وعي الناس وتنوع ثقافتهم وتطور المجتمع وبين عدم الحاجة للقانون هي مجرد دعوات خيالية تفتقر للاساس العلمي. فالواقع العلمي والدراسات العلمية اثبتت الحاجة للقانون في المجتمع لضمان الاستقرار وتحقيق الامن والتوفيق بين المصالح. والقواعد العامة الموضوعية التي يستهدي بها الاشخاص في سلوكهم ومعاملاتهم والتي توقع الدولة الجزاء على ان يخالفها هي القانون.

ان غريزة الفرد للعيش في الجماعة موجودة منذ القدم لكي يحافظ على كيانه من الاخطار الخارجية ولكي يشبع غريزته في العيش مع الجماعة التي توفر له حاجاته التي يعجز بجدهه توفيرها الامر الذي يوجب على كل فرد ان يتخلص عن جزء من حريته ورغباته لكي لا تتعارض مع رغباته وحاجات الاخرين. ويهدف تحقيق هذا الانسجام والتنظيم يلزم بالضرورة وجود القانون والا فإن المجتمع تعم فيه الفوضى ويتعمد فيه التنظيم والامن، فإذا خرج بعض الافراد عن قواعد القانون اوقعت السلطة العامة الجزاء على أمن خالفها ولو بالقوة عند الاقتضاء.

فالجرمة بوجه عام ظاهرة اجتماعية مركبة يشترك في حصولها اكثر من عامل وهي تؤثر على ان المجتمع وتزعزع الاستقرار فيه وبدون القانون الذي يوقع الجزاء (العقاب) على الفاعل ويردع الاخرين لا يمكن للمجتمع ان يتطور وينعم بالتنظيم ومن هذا تأتي ضرورة القانون في المجتمع.

والمعاملات المالية بين الاشخاص، كالبيع والايجار والقرض والوكالة والوديعة والمقاولة وغيرها هي تصرفات قانونية لاغني للاشخاص عنها في أي مجتمع وبدون القانون الذي ينظم هذه المعاملات المالية ويقع الجزاء على من يخالف القواعد المنظمة لها لا يستقيم المجتمع ولا معنى لوجود هذه المعاملات المالية دون التنظيم للحقوق والالتزامات.

٢- التعريف بالقانون

يراد بالقانون من الناحية اللغوية القاعدة او المطردة التي يحمل اطرافها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام ولهذا يكثر استعمال هذا المصطلح في مختلف شؤون الحياة وبهذا المعنى يطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية، فيقال مثلاً قانون الجاذبية الارضية او قانون الغليان الذي يخضع له الماء وفي مجال الاقتصاد يطلق مصطلح قانون العرض والطلب وفي التطور الاجتماعي يطلق مصطلح قانون التناقض وهكذا^(١). وجاء في لسان العرب ان كلمة قانون تعني (مقياس كل شيء)^(٢).

ومن الجدير بالذكر ان اصل لفظ قانون قد يكون من اليونان او الرومان ومأخوذ من كلمة (Kanun) ويراد بها العصا المستقيمة ثم انتقلت الى اللغات الاخرى^(٣).

اما ميدان اللغة القانونية فإن المقصود بالقانون اصطلاحاً (مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الاشخاص في المجتمع على وجه الالتزام). فيقال مثلاً القانون الاردني والقانون الفرنسي والقانون العراقي هكذا. وهذا هو المعنى العام للقانون أي يفيد النظام الذي يجب ان تجري علاقات الافراد وسلوكهم على مقتضاه وهذا هو المعنى الذي يعيننا في هذه

(١) انظر في تعريف القانون لغة:-

د. عبدالمنعم الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١١.

د. حسن كبيرة، المدخل الى القانون، ط ٥، بدون سنة نشر، ص ١٠.

د. عباس الصراف و د. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة عمان، ١٩٩٤، ص ٨-٩.

(٢) ابن منظور، مجلد ١٣، ١٩٥٦، ص ٣٤٩.

(٣) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٦٦.

عبدالرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، بغداد، ١٩٥٤.

د. هشام صادق و د. عكاشة محمد عبدالعال، تاريخ التنظيم القانوني والاجتماعي، الدار الجامعية، ١٩٨٧،

ص ١٨.

الدراسة لانه يتخصص بالزمان والمكان ويختلف من دولة الى اخرى وهو يسمى بالقانون الوضعي أي القانون المطبق فعلاً في بلد معين.

الا ان هناك معنى خاص للقانون هو (التشريع) أي ما تصدره السلطة التشريعية المختصة من الاوامر والنواهي لتنظيم موضوع معين. وللتشريع درجات من حيث القوة تبعاً لاهمية المسائل يتناولها فأعلاها (القانون الاساسي) وهو الدستور ثم يليه في القوة التشريع العادي كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الاحوال الشخصية. ويطلق عليه (التشريع الرئيسي) لانه يشمل القوانين العادية ثم يليه في القوة التشريع الفرعي وهو يشمل القرارات الادارية او اللوائح التي تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة^(١).

والتشريع (LA Loi) هو اول واهم المصادر والروابط القانونية المالية، فالنفقة والضريبة والتزامات الجوار وغيرها التزامات يقررها التشريع. ومع ذلك فإن هناك ترادفاً في اللغة بين القانون بالمعنى العام والمعنى الخاص رغم ان المعنى العام للقانون اوسع وأشمل من الثاني، فالعرف يدخل مثلاً ضمن مفهوم المعنى الواسع للقانون لانه قانون غير مكتوب^(٢).

٣-وظيفة القانون FUNCTION OF LAW:-

ترتبط وظيفة القانون بالاهداف او الاغراض التي تسعى القاعدة القانونية الى تحقيقها وهذه القاعدة تستعين بالادوات اللازمة لتحقيق هذه الاهداف التي يمكن تحديدها على الشكل الاتي:-

أ- الغرض الاول:- حماية الحريات للأفراد، كحرية التنقل وحرية الكلام وحرية الرأي وصيانة حقوق الاشخاص ومصالحهم الشخصية كالحق في التملك وفي الاسم وحق الانسان في الحياة وفي السلامة البدنية (مبدأ التكامل الجسدي) والحق في الترشيح وفي النفقة وغيرها.

ب- الغرض الثاني:- حفظ كيان المجتمع وامنه واستقراره وكفالة تقدمه، اذ بدون القانون لا يمكن ان نتصور وجود مجتمع انساني منظم يخلو من شريعة الغاب ولهذا فإن الشعوب المتحضرة تقاس بمدى احترام الاشخاص لهذه الحقوق والحريات ودعم المؤسسات الدستورية الشرعية.

ولا شك ان وظيفة القانون في تحقيق هذين الغرضين في ظل نظام حكم الفرد القائم على الاستبداد والطغيان امر غير ممكن لان طبيعة هذا النظام تتعارض مع الوظيفة المنشودة للقانون، بينما يكون الامر عكس ذلك تماماً في ظل نظام حكم الجماعة القائم على التعددية السياسية والديموقراطية في ادارة الدولة والمجتمع حيث تصان حقوق الافراد وحرياتهم ويسود العدل ويكون للمجتمع كيانه واستقراره وتقدمه. ان القاعدة القانونية تسعى الى ايجاد الضوابط في السلوك والعلاقات والتوفيق بين المصالح المتضاربة للأشخاص في المجتمع والى تحقيق استقرار المعاملات واشاعة الطمأنينة والتعاون بين افراده وفي هذا حفظ لكيان المجتمع وسعي حثيث لتقديمه نحو الافضل والوسيلة التي تستخدم لبلوغ هذه الغايات هو النص القانوني الذي يحدد الحقوق والواجبات لكل شخص دون ان تكون هناك استثناءات في هذه الحقوق والواجبات الا في اضيق الحدود وبما توجيه المصلحة العامة والا فقد القانون غايته وانعدم العدل وساد الشعور بالظلم وتزعزع الاستقرار^(١).

ولهذا فإن غاية القانون نفعية في ممارسة وظيفته أي ان القاعدة القانونية التي تسعى الى

(١) ومن المعروف ان احترام التدرج التشريعي للقواعد القانونية من مظاهر دولة القانون ويمكن الطعن بالقانون او التشريع الذي يخالف هذا التدرج التشريعي امام المحكمة الدستورية العليا او محكمة العدل العليا. ذلك ان هذه المحكمة تؤدي دورها في الرقابة على دستورية القوانين ولا يجوز للتشريع الفرعي ان يخالف التشريع العادي ولا يجوز للوزير ان يمنع المواطنين من الانتقال والسكن داخل حدود الدولة لان ذلك يخالف المبدأ الدستوري في حرية التنقل.

(٢) GEORGE GETZ, BUSINESSLAW, FIFTH, EDITION, U.S.A, 1977, p.3-7.

ويلاحظ ان اهمية التشريع تزداد مع اتساع ظاهرة تدخل الدولة في العديد من المجالات، فهو مصدر مباشر في حالات كثيرة وهو مصدر غير مباشر للروابط القانونية المالية في حالات اخرى. وقد نصت المادة (٣١٢) من القانون المدني الاردني على ما يلي: (الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي انشأها). ولهذا فكل التزام ينشأ عن القانون مباشرة يتكفل النص القانوني الذي اوجده بتعيين مضمونه وتحديد مده.

وهذه الالتزامات القانونية اما ان يكون مصدرها الالتزام بإعطاء شيء او التزاماً بعمل او التزاماً بالامتناع عن القيام بعمل. ومن هذه الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضريبة والالتزام بالنفقة والتزامات الجوار والالتزام بالامتناع عن افشاء السر المهني.

- د. محمد جبر الالفي، الفضالة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٩٨١، ص ٢٩.

- د. حسن الذنون، اصول الالتزام، ١٩٧٠، ص ٣٣٢.

- د. منذر الفضل، مصادر الالتزام، عمان، ٩٩٥، ص ٢٣-٢٧.

(١) نشير الى ان الاحساس بالظلم وانعدام العدالة وعدم الاستقرار وانتشار الفساد هي من المسائل الملازمة لنظام حكم الفرد عبر مختلف مراحل التاريخ حيث تكثر الاستثناءات على النصوص القانونية من الحاكم بما يعزز قوة الطغيان وتنتهك حرمة الدستور وتدرج القواعد القانونية تحت ذريعة المصلحة الوطنية او المصلحة العامة. ولهذا فإن وظيفة القانون في هكذا أنظمة سياسية تكون لمصلحة الاستبداد وتقوية اركانه، وتكشف تجارب التاريخ انتصار الشعوب على أنظمة الدكتاتورية الفردية.

٤- تاريخ القواعد القانونية HISTORY OF LEGAL RULES:-

لغرض دراسة القواعد القانونية المختلفة لا بد من الرجوع الى الوثائق التاريخية المكتوبة في شعوب الشرق مثل بلاد وادي الرافدين ووادي النيل، ومع ذلك فإن هذه المرحلة التاريخية ليست هي نقطة البداية في التاريخ القانوني للجماعات البشرية وإنما هي امتداد لحالة قانونية سابقة عليها وهي (الجماعات البدائية) التي لم يخضع فيها الانسان للتنظيم فما هو النشوء التاريخي للمجتمعات البدائية؟ وما هي الحالة القانونية لهذه المجتمعات؟ وما مصادر القانون في المجتمعات البدائية؟ ثم هي الوسائل العامة لتطور القوانين؟ هذا هو ما سنبينه باختصار في الفصول الآتية:

- الفصل اول: النشوء التاريخي للمجتمعات البدائية.
- الفصل الثاني: الحالة القانونية في المجتمعات البدائية.
- الفصل الثالث: مصادر القانون في المجتمعات البدائية.
- الفصل الرابع: الوسائل العامة لتطور القوانين.

العدل عن طريق اقرار النظام ومنع مخالفة هذه القاعدة ايا كان نوعها وايقاع الجزاء على من يخالفها وهو يختلف من حيث الشدة بحسب نوعها ومدى تأثيرها في المجتمع ووفقاً للمصلحة التي تضررت.

على ان موضوع المصلحة العامة التي يسعى القانون الى حمايتها ودفع الاعتداء عنها فهي فكرة نسبية متطورة مختلفة باختلاف الزمان والمكان وحسب تباين الانظمة الاقتصادية والاجتماعية. كما ان حفظ التوازن بين مصلحة الافراد والمصلحة العامة يختلف تبعاً لتعدد المفاهيم والنظريات، فالمذهب الفردي يقدم حق الفرد على المجتمع لان في تحقيق مصلحة الفرد هو تأكيد للمصلحة العامة فالفرد اولاً لانه هو الاساس أي الغاية، بينما يرى المذهب التدخل (الاجتماعي) تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد.

يتضح مما تقدم او وظيفة القاعدة القانونية في المجتمع كبيرة متعددة وضرورية فللقانون وظيفة اجتماعية واقتصادية وثقافية وسياسية وهي تحدد بحسب فلسفة المشرع التي يعتمدها والتي تنعكس على النصوص المذكورة.

ولما كان الانسان فرداً له كيانه الذاتي وله حاجاته الخاصة ويشعر ان مصالحه وحاجاته تتعارض حتماً مع مصالح الاخرين وحاجاتهم وحقوقهم، فإن وظيفة القانون تحقيق الموازنة بينها بتنظيم سلوك الافراد في المجتمع ووضع الجزاء اللازم على من يخالف القواعد القانونية. فوظيفة القانون الجنائي مثلاً، الذي يحدد الجرائم والعقوبات، معاقبة الجاني على فعله كجزاء عليه وردع لغيره من المجرمين ولترسيخ قواعد الامن والاستقرار. ووظيفة القانون المدني تنظيم المعاملات المالية بين الاشخاص حيث يبين الحقوق والالتزامات والجزاء عند الاعتداء او الاخلال بهذه الواجبات. ووظيفة قانون الاحوال الشخصية تنظيم روابط الاسرة كالزواج والطلاق والحضانة والنفقة وغيرها وهي حقوق والتزامات في نطاق العائلة التي تنعكس على المجتمع واستقراره.

الا ان المقصود بدراستنا هو القانون بمعناه العام الاصطلاحي باعتباره قواعد سلوك تنظم المجتمع الانساني والتي تتولى تنفيذها جبراً السلطة المختصة في الدولة. ولهذا فالقانون بهذا المعنى هو (ظاهرة اجتماعية)، وهو ضرورة اجتماعية ولا يمكن ان نتصور وجود مجتمع انساني دون قانون والقانون اسبق من وجود الدولة وبعد ظهور المجتمع المنظم والدولة ظهر التشريع، ولهذا فإن العرف هو (قانون غير مكتوب) ينظم سلوك الافراد قبل ظهور الدولة وكان هو القانون الذي يخضع له الافراد وما يزال العرف من المصادر الرسمية والاحتياطية للقاعدة القانونية المدنية في العديد من القوانين المدنية الوضعية.

الفصل الاول

النشوء التاريخي للمجتمعات البدائية

تشير الدراسات في علم الاجتماع بأن الانسان كائن اجتماعي لا يمكن ان يعيش بمعزل عن العيش المشترك مع ابناء جنسه، ولا شك ان اساس الاسرة في المجتمع الحديث هو الزواج الا انه لم يكن كذلك في المجتمعات البدائية الاولى حيث ان علماء الاجتماع اختلفوا في اساس الخلية الاجتماعية الاولى في ظل هذه المجتمعات، فهناك من يرى بأن اساس هذه الخلية هي (الاسرة الابوية) ومن قائل ان المجتمعات البدائية كانت تقوم على الاباحية الجنسية ومن قائل بأن اساس الجماعة كان يقوم على (اساس روحي) يقدس افرادها شيء مشترك تعتقد انها نسلت منها يسمى (التوتم) كطير او حيوان او غير ذلك ولهذا لا بد من معرفة اساس الاجتماع لنشوء المجتمعات البدائية بهدف التعرف على الوضع القانوني في هذه المجتمعات.

المبحث الاول

نظرية الاسرة الابوية

يذهب انصار هذه النظرية الى القول بأن اول تنظيم اجتماعي كان هو الاسرة المكونة من ابوين وأولادهم وهي الخلية الاجتماعية الاولى أي الاسرة الابوية. وتقوم هذه الاسرة على اساس رابطة الدم من جهة الذكور حيث يخضع الابناء لسلطة الاب او الجد المشترك الذين يدينون له بالطاعة والولاء^(١) ثم توسع الامر ليشمل بعض الغرباء الذين انضموا الى هذه الاسرة ممن دخل بفعل التبني (Adoption) او الحماية التي يعطيها رب الاسرة للمستجيرين بها من الاجانب او عن طريق اقتناء الرقيق.

وقد كان انضمام الشخص الى الاسرة رهين ارادة رب الاسرة الذي يعترف ببنوة اولاده او ينكرها وهو الذي يوافق على دخول الغرباء او التبني او طرد من يشاء او بيعه فإن السلطة بلغت حداً يتعلق بالحياة او الموت لاي شخص.

وترتب على ذلك ان رب الاسرة كان هو المشرع والقاضي الذي لامعقب على احكامه فإذا مات اصبحت الابن الاكبر خليفة له لانه امتداد لشخصية سلفه ويزداد الاسر تكونت القبيلة. غير ان هذه النظرية لم تسلم من الانتقاد.

(١) د. هشام علي صادق و د. عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٦.

المبحث الثاني

نظرية القبيلة (الاسرة الامية)

يذهب انصار هذه النظرية الى القول بأن نظام الاسرة الامية (نسبة اولاد الى الام) او القبيلة هي الاسبق تاريخياً في الظهور حيث كانت تسود فكرة المشاعية الجنسية وعدم وجود صلة القرابة، اذ احتلت المرأة دوراً كبيراً في ظل تلك المرحلة في المجالين الزراعي والاجتماعي ادى الى استقرار المقام بها على رأس الاسرة واتسبب الطفل الى امه ويرثها. اما الرجل فكانوا يقومون بمهمة الدفاع. وسادت هذه الفترة فكرة (واد البنات) وقتل الاطفال والاكتفاء بالذكر من الفتيان القادرين على كسب القوت^(١).

وبتحسن الظروف الاقتصادية ظهر نظام المشاركة أي اشتراك عدد معين من الرجال في المرأة واحدة ثم تطور الى نظام مشاركة اخوية فيشترك الاخوة في إمارة واحدة وينسب اولادها الى الاخ الاكبر. ولم يظهر نظام الاسرة الابوية الا بظهور فكرة الزواج الفردي. الا ان هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات، اذ ليست كل الشعوب مرت بهذه الالاضاع رغم وجود بعض مظاهر هذا النظام حتى وقت قريب في بعض شعوب افريقيا والاسكيمو وأمريكا.

المبحث الثالث

نظرية العشيرة التوتمية^(٢)

يرى انصار هذه النظرية ان اساس الخلية الاجتماعية الاولى التي عاش فيها الانسان هي جماعة ترتبط خيالي حيث يعتقدون بأنهم جميعاً ينتسبون الى توتم واحد حيوان او نبات او جماد، يعتقد افراد الجماعة انهم تناسلوا منه ولهذا يشتركون في حمل اسمه ويقومون بعبادته وتقديسه ويحرمون صيده وأكله وذبحه. وقد شكلت هذه الجماعة وحدة اجتماعية واقتصادية وسياسية قائمة بذاتها حتى ظهرت الدولة بالمفهوم الحديث.

اساس النظرية يستند الى بعض الاكتشافات الاثرية وفيها رسوم للحيوانات وعبادة حيوان معين، غير ان هذه النظرية لم تسلم من النقد، فهذه النظرية كغيرها من النظريات السابقة تقوم على الافتراض فالبعض من الجماعات البدائية كانت قد جمعتها رابطة الاسرة الابوية والبعض الاخر ظهر فيها دور الام (الاسرة الامية) بينما وجدت لدى جماعات انسانية اخرى الرسوم

(١) د. محمد معروف الدواليبي. المدخل الى التاريخ العام للقانون - ١٩٦٣، ص ٣٥٨ - ٣٥٩.

ويشير الى رأي ماك لينان القائل بأن عادة واد البنات في الازمنة الاولى جعلت المرأة نادرة ودفعت الى الاخذ بشيوعية المرأة واباحتها لجميع الرجال في داخل كل مجموعة اجتماعية.

(٢) د. هشام علي صادق و د. عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦٢.

لحيوان او طائر تقدسه وتعبده (عبادة التوتوم). ويعتقد ان اساس ذلك هو خوف الانسان الاول من الحيوان مما اخطره الى عبادته لاسترضائه.

ويذهب بعض المؤلفين الى القول بأن السلالات التي يتألف منها الشعب المصري كانت بالتوتومية وهو الاعتقاد بأنها تنحدر من حيوان معين كالفييل والذئب والبقرة والارنب والصقر والافعى وقد تطور هذا الاعتقاد فأصبح يقوم على تصور التوتوم المعبود بشراً. فالصقر الذي اتخذته مصر العليا معبوداً لها اضحى بشراً برأس صقر ومن ذلك ايضاً الانسان برأس كلب وامرأة برأس بقرة او افعى^(٢).

الفصل الثاني

الحالة القانونية في المجتمعات البدائية

تشير الدراسات التاريخية الى ان العامل الديني كان بمثابة القانون الضابط لعلاقات الافراد في المجتمع البدائي وان (القوة) هي الحق والقانون في ظل هذه المرحلة وهي المصدر الفعلي للقاعدة القانونية، كما ان الاوامر والنواهي لرئيس القبيلة او العشيرة هي القانون الواجب التنفيذ بين افرادها، أي ان الغلبة للقوة خارج صفوف الجماعة ولاوامر الرئيس داخل صفوف الجماعة. ولغرض معرفة الوضع القانوني بصورة اكثر تفصيلاً لا بد من معرفة وضع السلطة الابوية ودور القوة واسلوب الحكم ونظام الاسرة والملكية ونظام الجرائم والعقوبات على النحو الاتي:

المبحث الاول: نظام السلطة الابوية.

المبحث الثاني: نظام حكم القوة.

المبحث الثالث: نظام الحكم.

المبحث الرابع: نظام الاسرة.

المبحث الخامس: نظام الملكية.

المبحث السادس: نظام الجرائم والعقوبات.

المبحث الاول

نظام السلطة الابوية

على الرغم من ان المجتمع البدائي لم يعرف القانون بمعناه الحديث الا ان هناك ظاهرتين اساسيتين توضحان الحالة القانونية في المجتمعات البدائية، احدهما سلطة رب الاسرة على اسرته مطلقاً لم تكن تحدها الحدود او تنظمها الضوابط. فالافراد الذين ينتسبون لاسرة واحدة يخضعون لرئيسها خضوعاً تاماً وكانت سلطته ممتدة الى ممتلكاتهم وارواحهم وحياتهم مهما كان الحكم الذي يصدره رب الاسرة وكانت هذه الطاعة غير قابلة للنقاش من احد، ولعل هذه الظاهرة كانت واضحة في ظل القانون الروماني.

اما الظاهرة الثانية فتتمثل في وجود القوة في العلاقات بين الافراد في المجتمع وهي امر طبيعي بفعل طبيعة المجتمع والعلاقات التي كانت سائدة انذاك ولعدم وجود السلطة العامة حيث ان مبدأ القوة قد حل محله بعد تطور المجتمع وظهور الدولة - قوة السلطة العامة على نحو ما سنبينه.

(٢) عبدالسلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، ٩٨٢، ص٢٢٦، هامش ١، وهو يشير بذلك الى رأي:-

BLOCH et Meininger: L, orient et le Grece P.71.

ان ادارة الاسرة او القبيلة او العشيرة كانت في ريسها وتناولت تنظيم الاسرة او القبيلة من الداخل وكذلك في صلاتها من الاسر او القبائل الاخرى. ورب الاسرة هو رئيس الديانة العائلية التي اعتمدت على عبادة الاسلاف.

المبحث الرابع

نظام الاسرة

يمكن معرفة نظام الاسرة في المجتمعات البدائية من خلال نظام الزواج الذي كان سائداً آنذاك ونظام الارث ونظام عبادة الاسلاف والتضامن العائلي.

فبالنسبة الى الزواج، فإن المجتمعات عرفت انماطاً متعددة لعلاقة الرجل بالمرأة وقد بقيت هذه التقاليد فترة زمنية وعلى صور مختلفة^(١). فإلى جانب زواج التجربة او زواج المتعة الذي يعد من بقايا الشبوعية الجنسية كان هناك (زواج الاخذان) حيث كان يشترك اكثر من رجل في معايشة امرأة واحدة. ولم يعرف الانسان البدائي نظام الزواج الفردي الا في مراحل متقدمة فاستأثر رجل واحد بامرأة واحدة لتكوين الاسرة. غير ان هذا لا يعني عدم وجود بعض مظاهر تعدد الزوجات الذي اقرته العديد من النظم القانونية في الوقت الماضي ومنعته دول اخرى واعتبرته من الجرائم المعاقب عليها.

ومع ذلك فإن الزواج كان على اشكال متعددة منها زواج الخطف او الاسر الذي لايقوم على التراضي وكذلك (زواج الشغار) الذي يقوم على مبادلة امرأة بأخرى والذي يعرف بـ(زواج كصة بكصة) وقد نهى عنه الاسلام. كما منعت العديد من الاسر الزواج من الغرباء وحصرته في نطاق الاسرة او العشيرة الواحدة^(٢).

ومع استقرار الانسان في فترة الزراعة ساد مبدأ الزواج على اساس التراضي بين الزوجين والاقارب وتبادل الهدايا بين اهل الزواج والزوجة. وحددت العديد من الموانع للزواج واعتبرت الشرائع القديمة هذه الموانع من الجرائم المعاقب عليها. كمنع زواج الاخ من اخته - كما كان سائداً في العهد الفرعوني - ومنع زواج ابن الاخ من عمته ومنع زواج الشخص من خارج قبيلته.

اما عن اثار الزواج فقد اخذت بعض الجماعات بنظام الاسرة الابوية وفي جماعات اخرى

(١) تفصيل ذلك انظر د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٤٥، ص ٣٣١.

وهو يري ان الزواج في بعض مراحل التاريخ ولدى الكثير من الشعوب البدائية هي مجرد صلة طبيعية مثل الطعام والشراب لاتخضع لضابط معين ثم تطور العلاقة فيما بعد وخضعت للتنظيم الاجتماعي.

(٢) هناك دعوات شاذة الانشاء ورابط بين الجنس الواحد في العديد من دول العالم

المبحث الثاني

نظام حكم القوة

يمكن القول ان الضابط في المجتمعات الاولى كانت القوة التي تحدد الحقوق والواجبات بين الافراد وهي التي تنشأ الحقوق وتحميها. ولهذا ليس غريباً ان تسود القوة والغزوات في العلاقة بين الجماعات. كما ان الاجنبي يعد من الاعداء ولا يتمتع بحقوق.

ان اوضح صورة عن نظام حكم القوة في فترة الجماعات الاولى هو سيادة فكرة(الانتقام الفردي) و (الاخذ بالثأر الشخصي) بسبب المعتقدات التي كانت سائدة آنذاك والتنقل والترحال بحثاً عن الرزق والقوت وعدم الاستقرار.

اما بعد استقرار الجماعات في مرحلة الزراعة فإن هذا المبدأ لم يبق على حاله وانما ظهرت فكرة القضاء الخاص للحد من الثأر والانتقام الفردي. ويمكن القول ان بعضاً من مظاهر القضاء الخاص (القضاء العشائري) موجود في العديد من المجتمعات ومنها المجتمع الاردني والمجتمع العراقي وهو قضاء تمارسه العشائر ووجهاء المجتمع لحل المشاكل بين الناس في المجتمع وتسويتها بالتراضي.

وكانت سلطة رب الاسرة باعتباره هو الممثل لاسرته او جماعته، هي التي تنوب عن ابناء الاسرة او الجماعة في الصلات الخارجية او عند حصول نزاع مع اسرة اخرى ويظهر الزراعة تعززت السلطة المذكورة^(١).

المبحث الثالث

نظام الحكم

المقصود بالحكم هي السلطة التي تتولى تنظيم المجتمع، ولما كانت السلطة الابوية واضحة في المجتمع البدائي في كل المجتمعات الانسانية الاولى فإن سلطة رب الاسرة هي التي كانت تتولى عملية التنظيم، كما ان صاحب السلطة في العشيرة هو ريسها الذي يديرها ويصرف شؤونها، ومن الطبيعي ان ريس العشيرة او القبيلة يتميز ببعض الصفات كالذكاء وقوة الشخصية والجدارة البدنية الى جانب قوته الاقتصادية.

وهذه السلطة التي كانت تنظيم وضع الاسرة تمتد على الاشخاص واموالهم وتشمل الزوجات والاولاد والارقاء والممتلكات فلم تكن للفرد في الاسرة حقوقاً خاصة داخل الجماعة وانما سادت(ملكية المراعي والمواشي للمجموع).

(١) انظر: د. هشام على صادق و د. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٧٦.

المبحث الخامس

نظام الملكية

إن استقرار تاريخ البشرية يؤكد لنا وجود قوتين اجتماعيتين هيمنتا على تصرفات الإنسان وظلتا عنصرين متكاملين يلازما طبيعته، وأولهما - غريزة حب التملك^(١). وثانيتها - غريزة الإنسان الاجتماعية التي تدفعه إلى الاستئناس بأفراد جنسه وإلى التواجد مع اقاربه للعيش معاً^(٢). ومهما كان نوع الكائنات الحية على الأرض فإنها جميعاً تمارس بصورة متواصلة بإدراك أو بدونه، أعمال المالك. فهي تمتلك ضروريات الحياة التي تستهلكها لكي تعيش الأمر الذي يوثق الصلة بين الملكية والحياة^(٣).

إن هذا الاتجاه إلى الرغبة في التملك والاحتفاظ بضروريات الحياة الذي نلمس مظهراً في تاريخ المجتمع البشري منذ القدم. هو أساس التنظيم القانوني لحياة الناس^(٤). فقد كانت الملكية في أول مفهومها مجرد واقعة مادية تنظر في استيلاء الإنسان على ما تصل إليه يده من مادة ومتاع وكان اختصاص الفرد بالشيء يتوقف على حيازته له، أما ما لم يقع تحت حيازته فهو مال مشترك يقبل استيلاء كل حائز^(٥).

والى جانب الملكية المادية الملموسة، عرفت بعض المجتمعات البدائية والقبلية الأموال المعنوية أو غير المادية (incorporeal property) وهي الأشياء الغير محسوسة، كالآغاني والصيغ السحرية، فقد عرفت قبيلة (الاندمان Andaman) بالنسبة للآغاني التي تصاغ بمناسبة اجتماع عام^(٦) فالأغلبية التي كانت تلاقي نجاحاً وإن جاز ترديدها في اجتماعات أقل أهمية، إلا أنه لا يجوز لأحد أن يغنيها مهما كانت شعبيتها غير الشخص - الذي صاغها^(٧).

ولقد اختلف الكتاب حيال أصل الملكية ونظامها في المجتمعات وتوزعت آراؤهم على اتجاهات متعددة لعل أهمها هي:

- (١) قسطنطين كاتزاروف، نظرية التأميم، ترجمة وتعليق الدكتور عباس الصراف، بغداد، ١٩٧٢، ص ٣٠.
- (٢) المرجع السابق، ص ٢٩.
- (٣) محمد علي حنبوله، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة مقدمة لجامعة عين شمس لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ط ١، ٩٧٤، ص ١٤-١٥.
- (٤) كاتزاروف، المرجع السابق، ص ٣١ وانظر: د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٣٥١.
- (٥) حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، ج ١ الملكية وأسبابها، بغداد ٩٥٣، ص ٤٦. ومحمد عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، ج ١ مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ط ٢، ٩٥٢، ص ٢٥٥.
- (٦) محمود سلام زناتي، تاريخ النظام الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية القاهرة، ط ١، ٩٧١، ص ٥٥، ص ٢٥٥.
- (٧) المرجع السابق، ص ٢٥٥.

بنظام الاسرة الامية حيث ينسب الشخص لأمه. وعرفت بعض الجماعات (نظام الطلاق) وقصرته على الزواج وحده وفي جماعات أخرى عد حقاً للزوجين معاً.

أما عن نظام الارث فهو يختلف باختلاف الاسرة، ففي الاسرة الامية يرث الابن امه وخاله وخالته وفي الاسرة الابوية يرث الفرع الاب والام، غير ان وراثة الاموال كانت نادرة وهذا يعود لسببين هما:

السبب الاول: عقائد العديد من الجماعات البدائية كانت تتمثل في دفن الاشياء الشخصية مع صاحبها كالمجوهرات والحلي والنقود والاشياء الثمينة كما هو الحال في الاكتشافات الاثرية العديدة اثناء العهد الفرعوني وفي الفترة البابلية حيث ان المدافن كانت تضم الكنوز والمجوهرات والحلي الشخصية مع الميت. وقد تحرق هذه الاشياء مع جثمان الميت ولوجود عقيدة الحياة بعد الموت.

السبب الثاني: ان الكثير من الاموال مملوكة ملكية جماعية اما الاموال المملوكة ملكية خاصة فكانت قليلة.

والاساس الذي عليه مبدأ الارث هو عبادة الاسلاف ففي نظام الارث اقرار للتواصل بين الاصول والفروع، والارث كالعبادة ينتقل من ذكر رغماً عن ارادتهم وليس للشخص ان يرفض الارث.

أما عن فكرة عبادة الاسلاف عند الجماعات البدائية فهي من اثار سيادة رب الاسرة وتقديسه واحترامه وعبادته بعد الوفاة وهي انتشرت بين الكثير من الشعوب وظلت الى عهد قريب لدى العديد من شعوب العالم نظراً لارتباط عبادة الاسلاف بالروح وخلودها بعد الموت للجسد.

أي أن احترام رب الاسرة وتقديسه اثناء الحياة ادت إلى استمرار هذا التقديس حتى بعد الموت لخلود الروح ولهذا ذهبت الكثير من الشعوب إلى إيجاد فكرة المقابر الجماعية. للاسرة وتمييزها بالقباب أو البناء وتزيينها.

ومما يتعلق بنظام الاسرة في المجتمعات البدائية هو وجود فكرة التضامن العائلي وكذلك التضامن القبلي حيث تجد بعض مظاهره أو اثاره حتى الوقت الحاضر. فالاسرة أو العشيرة وحدة في مواجهة الصعاب أو الشدائد وفي الافراح. أي في مجال الحقوق والواجبات وخاصة في الحروب أو عند حصول جريمة على أحد افراد الاسرة أو من أحد افراد الاسرة.

الاتجاه الاول: ويرى انصاره ان نظام الملكية في المجتمع البدائي كانت في الاصل جماعة مشتركة^(١). وأن المجتمعات البدائية لم تعرف بأية صورة للملكية الفردية لان افراد هذه المجتمعات كانوا يمتلكون وسائل الانتاج بصورة مشاعة ويستمدونها لمصلحة الجماعة.

الاتجاه الثاني: وذهب انصاره الى ان نظام الملكية في المجتمعات البدائية كانت فردية وان الانسان عرف اولاً ملكية الخاصة لضروريات الحياة ولادواته الشخصية وملابسه واسلحته ثم ملكيته لزوجته ورقيقه.

والواقع ان نظام الملكية يختلف باختلاف المجتمعات ومع تطور الحضارات الا ان هناك بعضاً من الخصائص المشتركة بين هذه الانظمة على نحو ما سنوضحه في الشرائع العراقية القديمة وفي المجتمع الروماني وفي الشريعة الاسلامية.

المبحث السادس

نظام الجرائم والعقوبات

تشير الدراسات التاريخية ان نظام الجرائم والعقوبات في المجتمع البدائي كان يعتمد على (مبدأ الانتقام الفردي واستخدام القوة). وهذه المجتمعات البدائية ميزت بين الجرائم الواقعة على كيان الجماعة حيث يعاقب فاعلها بعقوبات شديدة، وتلك الواقعة على كيان الافراد او مصالحهم، ويعاقب عليها الجاني بعقوبات اخف، وهذه التفرقة استقرت على العديد من التشريعات العقابية في الوقت الحاضر. ومن نتائج هذه التفرقة امكانية التصالح في النوع الثاني من الجرائم او تخفيف العقوبة وان العقوبة يمكن ان يوقعها المجني عليه او اسرته او قبيلة.

أي ان (مبدأ القصاص) هو السائد النفس بالنفس والعين بالعين وهو مبدأ وجد عند الرومان وعند العرب قبل الاسلام واقتره الشريعة الاسلامية كذلك. ففي القصاص تخفيف من مبدأ الثأر. كما امتد القصاص في المجتمعات البدائية للحيوان ايضاً وهو امر واضح في الشريعة اليهودية التي نصت على رجم الثور الذي يقتل انساناً بينما ذهبت شرائع اخرى الى الحكم بالتعويض من مالك او حارس الحيوان^(٢).

وقد حل في اواخر المرحلة البدائية مبدأ التصالح محل القوة بفعل تدخل رؤساء القبائل او ارباب الاسر ولعل من اهم مظاهره في خلع الجاني وتسليمه والقصاص والدية ومن مظاهرها

في العصر الحديث في بعض المجتمعات الشرقية ما يسمى (العطوة) و (الجلوة) و(التصالح) وهي خطوات عشائرية غايتها حل النزاع سلمياً.

فالمراد بالخلع هو ان تقطع جماعة الفاعل جلستها به وتطرده او تتبرأ منه لفعلة وبالتالي يصبح بدون حماية من الاسرة او القبيلة وهو مهودور الدم ويمنع أي شخص من حمايته او ايوائه. وقد عرفته بعض المجتمعات منها المجتمع العربي قبل الاسلام وكذلك في المجتمعات الاغريقية التي اطلقت عليه تسمية (طريد الهة العدالة). فالخلع هو نظام التخلي دفعاً لما قد يجره فعله من حرب او نزاع مع اسرته او قبيلته^(٢).

كما قد يسلم اهل الجاني مرتكب الجريمة الى اهل المجني عليه ويترك مصيره بين ايديهم احصر الخلاف وتطويقه وقد طبق هذا المبدأ احياناً على الحيوان او الجماد وهو ما كان سائداً ايام الرومان وعلى الرقيق قبل الاسلام.

ولم يظهر نظام الدولة الا بعد الاستقرار في مرحلة الزراعة وظهور الملكية الخاصة للاموال حيث تختلف كمية الاموال ونوعها باختلاف الجريمة، وقد استقر مبدأ الدولة في مجال الجرائم غير العمدية وفي شرائع اخرى شملت الدية في الجرائم العمدية وغير العمدية واذا لم تتوفر الاموال اللازمة لدفعها فقد تقدم اخت الجاني او بنت عمه لتكون زوجة للمعتدي عليه او احد اخوانه وهي عادة موجودة الى وقت قريب عند بعض العشائر في الهلال الخصيب وتسمى المرأة بـ(فصلية).

ولعل الهدف من هذه الفكرة هي جعل صلة النسب والدم بين الطرفين لمنع الثأر والنزاع. وعالياً ما يكون مركز هذه المرأة اقل درجة من باقي النساء لان الزواج لم يقم على اساس التراضي وفقاً للاسلوب الطبيعي.

(١) تفصيل هذا الاتجاه انظر: منذر الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٩٧٦، ص ١.

(٢) انظر تفصيل ذلك: د. هشام علي صادق، و د. عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٧٩ - ٨٠.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٠.

الفصل الثالث

مصادر القانون في المجتمعات القديمة

تنوعت مصادر القانون في المجتمعات القديمة واختلفت من مجتمع الى اخر وتشير الدراسات التاريخية الى ان الاحكام الالهية هي المصدر الاول من الناحية التاريخية ثم ظهرت قواعد وخاصة في المجالين الزراعي والتجاري ثم ظهر التشريع بعد ظهور الدولة ولهذا سنوزع هذا الفصل على ثلاثة مباحث على النحو الاتي.

المبحث الاول

الاحكام الالهية

ساد الاعتقاد لدى المجتمعات البدائية بوجود الروح لكل شيء، والاعتقاد في وجود اله او الهة ليتصل بهذه الالهة شخص هو (الكاهن)^(١). ويمكن القول ان هذه المرحلة هي لاحقة لفترة (عبادة الاسلاف). وسواء اكان الوضع الديني عبادة الاسلاف ام عبادة الالهة فإن (القرابين) والشعائر كانت موجودة في المجتمع البدائي دفعا للشكر وتقريباً للاسلاف او الالهة.

ولان الكاهن هو رجل دين وصلة الوصول بين الالهة والبشر فكانت له تأثيرها على الجوانب المعنوية للحياة الانسانية فضلاً عن تمتعه بالاحترام وربما الرهبة. ولهذا فإن قراراته او احكامه التي يصدرها كانت بمثابة القانون المنظم للمجتمع انذاك.

فالصورة الاولى للقانون يرجع مصدرها لهذه الاحكام الالهية التي يستلمها الكاهن بفعل قدرته على الاتصال بها. غير ان هذه الالهة كانت متعددة منها اله الشمس واله البحر واله الجمال واله العدالة واله السماء واله العواصف وغيرها. ولعل السبب في تعدد الالهة وتعدد الكهنة عو عجز الانسان عن تفسير الظواهر الطبيعية.

فالاحكام الالهية التي تصدرها الالهة ويوصلها الكهنة الى البشر تتميز بأن مصدرها الهى واجبة الطاعة لان مصدرها هو (الدين) ثم اصبحت لهذه الاحكام طابع العمومية وصارت هذه الاحكام متماثلة في الحكم عند حصول قضايا متشابهة أي اصبحت (سوابق قضائية).

فالقانون في هذه المرحلة كان عبارة عن مجموعة من التقاليد الدينية وان الجزاء الذي يقع على من يخالف هذه الاحكام الالهية هو (الجزاء الاخروي) أي الجزاء الديني اولا الذي احتل مع الجزاء القانوني والجزاء الاخلاقي.

والاحتكام الى الالهة من المتقدات السائدة في المجتمعات البدائية أي بالجوء الى المحنة كشرب السم او رمي المتهم في النهر وهي معتقدات ظلت بعض اثارها حتى الان عند بعض الشعوب الهدف منها المحافظة على النظام والاستقرار.

نخلص من ذلك ان قواعد السلوك تطورت من احكام الهية فردية الى سوابق قضائية ثم الى صيغ قانونية عامة مجردة تترد الى روح الالهة من خلال الكهنة الذي استعانوا بالاساطير وتبصر الناس بالمحرمات لكي يحترم الناس هذه الاحكام ويخضعون لها.

المبحث الثاني

التقاليد العرفية

الى جانب الاحكام الالهية ظهرت التقاليد العرفية باعتبارها من المظاهر المختلفة للقانون في المجتمعات البدائية. ففي مرحلة لاحقة ظهرت هذه التقاليد كمصدر اساسي للقاعدة القانونية. والعرف La coutime هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة والعرف هو المصدر التي توجي به الفطرة في المجتمع البدائي ولهذا كان له الشأن الاول حيث تسيطر التقاليد بل ان العديد من القوانين نشأ من القواعد العرفية^(١). ولهذا فالعرف يتكون من عنصرين الاول مادي (خارجي) وهو تكرار السلوك العام في ناحية معينة، والثاني معنوي (داخلي) يتمثل في اعتقاد الناس باحترام السلوك وعدم الخروج عنه. فقد ظهرت التقاليد العرفية ولم تعد بحاجة للدين لتستمد منه قوته الملزمة وانما اصبح احترام الناس لهذه التقاليد راجعاً الى تعارفهم عليها في معاملاتهم^(٢). ذلك لان الاعراف في المجتمعات القديمة كانت تصطبغ بالجانب الديني وكانت القاعدة العرفية مختلطة بالدين والاخلاق. ولم يظهر هذا الفصل الا في مراحل لاحقة. واذا كان العرف من مصادر التنظيم في المجتمع البدائي فإن ظهوره في المجتمع رتب نتائج متعددة منها:

(١) د. عبدالمعزم فرح الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١٤٠-١٤١ د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، دار الثقافية، ط ٣، ١٩٩٤، ص ٤٧.
(٢) د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص ١٩٥.

(١) الدين من الناحية اللغوية هو القهر والغلبة والطاعة، وقد ظهرت العقيدة الدينية في المجتمع البدائي بسبب الجهل والخوف من ظواهر الكون فقام بعبادتها لاسترضائها ومن ذلك عبادة الشمس والنار والنجوم والحيوان ثم ظهرت عبادة الاسلاف التي كانت بمثابة التقرب بين الاله والبشر.
د. هشام علي صادق و د. عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦٧ - ٦٨.

أولاً: تعدد مصادر القاعدة القانونية. فإلى جانب القاعدة الدينية هناك القاعدة العرفية، وتولت القواعد الدينية في تنظيم الأحوال الشخصية كالزواج والأسرة والطلاق وعلاقات الأبناء بالأبناء وغيرها، بينما شملت القواعد العرفية نواحي الحياة الاقتصادية والتجارية والأحوال العامة.

ثانياً: القانون ليس تعبيراً عن إرادة الإلهة فقط، وإنما هو تعبير عن إرادة ومصالح الشعوب غايته تنظيم المجتمع واصبحت القوانين تصدر باسم الشعوب في العديد من المجتمعات.

ثالثاً: إمكانية تعديل القواعد العرفية حسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية وتباين أهمية ودور العرف باختلاف الشعوب أو النظم القانونية. فالقواعد العرفية قابلة للتعديل والتغيير لأنها من صنع العقل البشري.

رابعاً: علانية القاعدة القانونية بظهور العرف أصبحت القواعد القانونية تتميز بالعلانية ولم يعد الكهنة أو رجال الدين يحتفظون بأسرارها وأصبح الجزاء على المخالف لهذه القواعد يخضع لجزاء دنيوي من السلطة المختصة.

خامساً: المساواة بين الناس، إذ يظهر القواعد العرفية واعتبارها مصدراً للقانون أدى إلى تحقيق جانب من المساواة في الخضوع لها فيما عدا الرقيق الذين كانوا في منزلة الحيوانات آنذاك.

سادساً: تقلص سلطة الحاكم حيث أصبح الشعب مصدراً للسلطات فلم يعد الحكم قائماً باسم الإلهة.

المبحث الثالث

المدونات القانونية

تدوين القانون وأشهر المدونات القانونية^(١)

من المعروف أن اكتشاف الكتابة كان حدثاً مهماً في حياة الإنسان حيث انتقلت البشرية إلى عهد جديد منها تدوين القواعد القانونية ومختلفة أوجه النشاطات الاقتصادية والاجتماعية في حياة البشرية. وتدوين القواعد القانونية لم يكن محصوراً في شعب دون آخر وإن كانت هذه الظاهرة قد اقترنت بدرجة النمو الحضاري لكل شعب من الشعوب. فإذا كانت بعض الشعوب دونت قوانينها في صورة تشريعات أي (مدونات رسمية) كما هو الحال في روما

(١) انظر المراجع التالية في هذه المرحلة:-

د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٣.

د. غسان رياح، تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، ط ١، ٩٩٣، ص ١٧.

قانون الألواح الاثني عشر) وفي بلاد الاغريق (قانون دراكون وقانون صولون) وفي بابل (قانون حمورابي)، فإن شعوباً أخرى ذهبت إلى تدوين قوانينها في سجلات من وضع الأفراد المهتمين بالقانون أن تكون في صورة (مدونات رسمية) صادرة من السلطة الحاكمة أي في (سجلات عرفية).

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن التدوين للقواعد القانونية وإن ارتبط بالكتابة سواء في بلاد الشرق أم في بلاد الغرب، إلا أنه لا يوجد ارتباط بين التشريع كمصدر للقانون وبين الكتابة حيث إن التشريع يمكن أن يكون موجوداً حتى قبل ظهور الكتابة كالأوامر والنواهي التي صدرت في المجتمعات البدائية من رئيس الجماعة أو العشيرة.

وإذا كانت دراستنا ستنتصب على مرحلة تدوين القواعد القانونية وبعض أهم المدونات القديمة في بلاد الشرق والغرب، إلا أنه لا بد من معرفة أسباب التدوين ثم أهمية المدونات القديمة وخصائصها.

أسباب تدوين القواعد القانونية:

يمكن القول أن هناك أسباباً متعددة لتدوين هذه القواعد منها اتساع الرقعة الجغرافية للدولة وما يقتضي ذلك من اطلاع الناس على هذه القواعد وكذلك ازدياد عدد السكان وضرورة قيام أكثر من شخص بمهام القضاء مما يتطلب التدوين لكي يطبق القضاء القانون واحد على الجميع ولعل قانون حمورابي في بلاد الرافدين خير دليل على ذلك فقد توحدت دويلات ما بين النهرين في دولة واحدة هي الدولة البابلية.

هذا فضلاً عن أن التدوين يحفظ القواعد القانونية من الضياع أو التحريف لأنها قواعد مكتوبة واضحة للجميع. وبالتالي فالتدوين أفضل من أن تكون القاعدة القانونية غير مكتوبة أي (عرف) والعرف كان قانوناً غير مكتوب إلا أنه قد يكون محلاً للجدل حول وجوه أو عند تفسيره، هذا فضلاً عن أن التدوين هو الوسيلة الطبيعية لعلانية القاعدة القانونية.

أهمية المدونات القانونية وخصائصها:

تعتبر المدونات القانونية خير صورة معبرة عن تطور الوضع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي للمجتمع في مرحلة معينة. ويمكن التعرف على مدى التنظيم الذي وصلت إليه العلاقات بين الأشخاص في تلك المرحلة هو أمر واضح في هذه المدونات القانونية سواء كانت في المدونات الشرقية أم في المدونات الغربية. والمدونات القديمة تتميز بخصائص متعددة يمكن إجمالها على النحو الآتي:

أولاً: من حيث الصياغة، فقد بإسلوبها الموجز وتنظيم القضايا الجزئية وكذلك ضرب الامثلة والوقائع دون الاهتمام بالاحوال العامة او العموميات.

ثانياً: من حيث المضمون. اختلفت المدونات القانونية في مضمونها حسب تباين تطور الحياة في الشعوب واذا كانت بعض هذه القواعد جاءت مقتصرة على القواعد القانونية المجردة فإن البعض الاخر جاء متأثراً بقواعد الدين والاخلاق كالمدونات الهندية واليهودية.

ومن جهة اخرى فإن بعضاً من المدونات القانونية القديمة لم تدون جميع القواعد واما اوردت ما غرض منها ولم تدون القواعد القانونية المعروفة او المستقرة والواضحة.

ثالثاً: تميزت القواعد القانونية باكتسابها احترام الناس بسبب اسلوب اصدارها وتدوينها وخوفاً من الجزاء لاسيما القواعد القانونية المختلطة مع القواعد الدينية مثل قانون(مانو) الهندي لاعتقاد الناس انذاك انه صدر عن (الاله) او لان هذه القواعد صدرت عن شخصية قوية ذات نفوذ واحترام مثل حمورابي كما في (قانون حمورابي) في بلاد الرافدين.

ولذلك لا بد من دراسة بعض اهم المدونات القانونية في الشرق مثل قانون مانو وقانون بوخوريس ثم بعض اهم المدونات القانونية القديمة في الغرب مثل قانون (داركون) وقانون (صولون) على النحو الاتي:

المطلب الاول

اهم المدونات القانونية الشرقية

لما كانت القوانين العراقية القديمة من المدونات القانونية القديمة والمهمة التي كان لها تأثيرها الواضح من بين مدونات الشرق وخاصة شريعة حمورابي، فقد وجدنا ان نخصص لهذه القوانين الباب الثاني من الكتاب. ثم نكتفي بالاشارة الى بعض اهم المدونات القانونية في الشرق القديم وهما قانون(مانو) الهندي وقانون(بوخوريس).

أولاً - قانون مانو الهندي

لم يتفق المؤرخون على تاريخ هذه المدونة التي اكتشفت في الهند ولعل من الراجح ان تاريخها يعود الى ٢٠٠٠ عام قبل الميلاد. وهي ليست اول مدونة وجدت في الهند وانما سبقتها مدونات عديدة^(١).

ويعتقد الهنود ان قانون (مانو) اوحى به الاله (برهما) الى اول ملك مؤله من سبعة ملوك مؤلهين حكموا العالم اطلق عليهم تسمية(مانو) وتعود ظروف وضع المدونة الى امتيازات طبقة الكهنة انذاك ورغبتهم في تدوين قواعد السلوك المنسوبة الى (مانو).

لقد ابقى القانون على نظام الطبقات الاجتماعية واحتكار الكهنة البراهمة العلم بالقانون وحدد الغرض من وضع المدونة على تدوين قواعد السلوك التي يسترشد بها الكهنة البراهمة في حياتهم اليومية ومن ثم امتدت هذه القواعد لتشمل جميع الناس.

ان اول ميزة تميزت بها (مدونة مانو) هي كتابتها بإسلوب شعري بلغ مجموع ابيات الشعر ٢٦٨٣ بيتاً وتميزت باختلاط القواعد الدينية مع القواعد الاخلاقية وهي تنظم سلوك الانسان منذ ولادته حتى وفاته. ولهذا تضمنت المدونة الواجبات الدينية كالعبادات والمراسم الاجتماعية في حياة الانسان والمجرائم وعقوباتها في الحياة الدنيا وفي الآخرة^(١).

وتقوم مدونة مانو على اساس تقسيم المجتمع الهندي الى الطبقات الاجتماعية الاتية:

الطبقة الاولى: الكهنة البراهمة ولهم افضل الحقوق منها جواز تعدد الزوجات (اربعة النساء).

الطبقة الثانية: طبقة المحاربين ولهم حقوق اقل من الطبقة الاولى فلهم مثلاً الزواج بثلاثة نساء.

الطبقة الثالثة: طبقة الزراع والتجار ولهم الزواج من امرأتين.

الطبقة الرابعة: طبقة العمال ولا يحث لهم الا الزواج بواحدة.

الطبقة الخامسة: المنبوذون وهم الطبقة الدنيا التي لا تتمتع بالحقوق وتعامل بقسوة.

لقد تميز قانون مانو بالعقوبات القاسية على المجرمين منها صب الرصاص في الفم واحراق الاحياء او رميهم للحيونات المفترسة وتهشيم عظام الايدي وبترا الايدي والاقدام والاذان وفقء العين وان هذا القانون جاء مدوناً باللغة الهندية القديمة(اللغة السنسكريتية) وهي لغة الهنود القدماء.

ثانياً - قانون بوخوريس BOCHORIS

اظهرت الدراسات التاريخية ان هذه المدونة تعود لفترة زمينة تقدر بـ ٧٤٠ قبل الميلاد في مصر حيث صدرت في عهد الملك بوخوريس من الفرعنة. فقد كان من الرجال الاقوياء الذي

(١) انظر: د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص٧٨.

ويلاحظان شريعة مانو كانت تقوم على توحيد أي ان الهاً واحداً ابدياً غير محدود هو اصل العالم وروحه وهو (براهم) او (الروح الاعظم) خلق هذا يكون وهادمه. والبراهمة اسبق بقليل من البوذية. انظر الدكتور زهدي يكن، تاريخ القانون، بيروت - ط٢ - ١٩٦٩، ص١٤٧.

(١) انظر مفصلاً: د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص٧٧-٧٨.

ويتضح من شريعة(مانو) التي تصوره ابناً للاله يتلقى القوانين من برهما نفسه والى ان هذه الشريعة كثيرة المراسم والشكليات.

اعداد للدولة هيبتها وقضى على سلطة رجال الدين فقام بتدوين العادات والتقاليد القانونية التي كانت سائدة انذاك فاصلاً عنها الجانب الديني^(١). ويمكن اجمال بعض اهم خصائص ومضمون المدونة على النحو الاتي:

- ١- الغاء فكرة استرقاق المدين والغاء سلطة الدائن على حياة وجسم المدين.
 - ٢- الغاء فكرة فوائد الديون الباهظة وحددها بنسبة ٣٠٪ بالنسبة للنقود و ٣٣,٥٪ بالنسبة للحاصلات الزراعية.
 - ٣- النص على فكرة الضمان العام للذمة المالية والغاء مبدأ الاكراه البدني.
 - ٤- الاعتراف للأفراد بمبدأ الملكية الفردية وتوضيح العلاقة بين الدائن والمدين حيث اصبحت رابطة الالتزام تنصب على اموال المدين الحاضرة والمستقبلة.
 - ٥- النص على مبدأ مساواة المرأة بالرجل في الحقوق والواجبات، كالاقرار للزوجين الحق في الطلاق بالتساوي.
 - ٦- استقلالية الذمة المالية للزوجة والاعتراف لها بحقوقها في ابرام التصرفات القانونية والمساواة في ميراث وحق المرأة في ان تشتترط بعقد الزواج بعدم الزواج من ثانية.
 - ٧- تقدير مبدأ الرضائية في العقود.
- ومع ذلك فإن المعلومات المتوفرة من التنظيم القانوني في مصر القديمة ما تزال ناقصة لعدم وجود مدونات قانونية كتلك التي كانت موجودة في بلاد وادي الرافدين كما ان قانون (بوخوريس) كان بمثابة القانون المدني في عهد الفرعنة والذي جاء متأثراً بالشرائع العراقية القديمة ومنها شريعة حمورابي.

المطلب الثاني

اهم المدونات القانونية الغربية

لاشك ان بلاد الشرق كانت الحضارات الانسانية، وهذا يعود لعوامل متعددة لعل في مقدمتها العوامل الجغرافية والاقتصادية لبلاد الرافدين وأرض النيل حيث الزراعة والاستقرار

(١) تشير بعض الدراسات الى ان حكم بوخوريس كان حوالي ٧٢٠-٧١٥ ق.م أي اواخر العصر الفرعوني حيث قام هذا الملك بعمل تقنين عرف باسمه وحين انتصر خصوصه عليه اتهم بالكفر بسبب اصلاحاته سالفه الذكر.

د. عبدالمجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - بدون سنة نشر، ص ٢٥٢-٢٥٣
د. احمد ابراهيم حسن و د. عبدالمجيد الحفناوي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - الدار الجامعية، ١٩٩٣، ص ٣٧.

والتنظيم في مختلف مجالات الحياة. وكذلك ظهور الكتابة والمدونات القانونية قبل غيرها من الشعوب في الغرب مثل الاغريق والرومان. وأهم مدونتان للاغريق هما مدونة دراكون ومدونة سولون، اما مدونة الالواح الاثني عشر عند الرومان فقد خصصنا لها المبحث الثالث من الفصل الاول ضمن دراستنا للقانون الروماني في الباب الثالث من الكتاب.

أولاً: قانون دراكون^(١) (عهد الطغاة)

يعود تاريخ هذا القانون الى حوالي ٦٢١ ق.م حيث مصدر في اثينا ببلاد الاغريق خلال عهد الملك دراكون. وكان الهدف من وجود القانون المذكور هو صياغة التقاليد والنظم القانونية في نصوص واضحة للجميع دون احتكار احد، فجمعت المدونة ما في نظام الاقطاع من سيئات قاسية.

ان الهدف الذي دفع الملك دراكون الى اصدار هذا القانون هو تحقيق الاصلاح الاجتماعي كاشراك الشعب في السلطة ومنع استرقاق المدين بسبب الدين ونشر القوانين وعلايتها وتحقيق مبدأ المساواة وغيرها، وقد شكلت هذه الاصلاحات قواعد للديموقراطية اليونانية القديمة لان دراكون كان يمتلك باسم الشعب وليس الالهة وهو دليل على انفصال القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية، الا ان قانون دراكون لم يقلل من استغلال الاقوياء للضعفاء ثم ان هذا لايعني عدم ذكر الالهة فقد جاء في الديباجة تمجيد الالهة واحترامها وتضمنت تدوين العادات والتقاليد اليونانية والتشديد في العقوبات على الجرائم.

وتشير الدراسات الى ان قانون دراكون كان مثلاً للقوانين القاسية حتى قيل انه كتبت حروفه من الدم وصار مضرِباً للامثال فإذا قيل ان هذا قانون دراكوني أي انه قانون وحشي فسيقال عنه (ارسطو) (.. لاليس فيه شيء خاص ولا خالداً الا القوة المتناهية وتغليط العقوبات)^(٢).

ثانياً: قانون سولون

يعود تاريخ هذا القانون الى حوالي ٥٩٤ قبل الميلاد حيث اصدره حاكم اثينا سولون بعد مضي عشرين عاماً تقريباً من صدور قانون دراكون بسبب ضغط الشعب انذاك لتغيير القانون الذي اتسم بالوحشية وبعض العيوب التي تضمنها القانون الدراكوني ولاستكمال الاصلاح الاجتماعي.

(١) د. محمد معروف الدواليبي، المراجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) انظر: د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ١٢١-١٢٣، ص ١٢٩.

الفصل الرابع

الوسائل العامة لتطور القوانين

اتضح لنا تقدم كيف نشأت القاعدة القانونية وقد وجدنا ان القاعدة المذكورة تتأثر الاجتماعية والاقتصادية التي تمر بها الشعوب. وحيث ان القانون غايته تنظيم العلاقات بين الناس وان هذه العلاقات لا بد ان تتطور وتتغير فإن القواعد يجب ان تواكب هذا التطور ولا يتصور ان تكون قوالب جامدة.

ولما كانت النصوص القانونية انذاك تتسم بالاجراءات الشكلية والتعقيد والعقوبات القاسية خاصة تلك القوانين المتأثرة بالطابع الديني فإن موضوع تعديل القاعدة القانونية يختلف صعوبة ويسراً من ظرف الاخر واستعانت المجتمعات بالوسائل الممكنة لتطور القوانين. ولا شك ان القاعدة القانونية غير المدونة(العرف) كان تعديلها اكثر يسراً من تعديل القاعدة القانونية المكتوبة ولهذا لجأت بعض الشعوب الى فكرة التفسير للنص القانوني والبعض الاخر لجأ الى اسلوب الحيلة او قواعد العدالة.

وبينما لجأت الشريعة الاسلامية الى صياغة القواعد الكلية والاصوال العامة، فإن القانون الروماني اهتم بالجزئيات او التفصيلات فكانت الحاجة للتطور لنصوصه اكبر من الشريعة الاسلامية التي تركت باب الاجتهاد مفتوحاً.

والواقع ان الوسائل العامة لتطور القوانين كانت تتمثل في الحيلة والعدالة والتشريع حسب الشرائع القانونية وبدرجات متفاوتة، فإذا كانت وسيلة الحيلة القانونية عند الرومان قد استخدمت بطريقة واسعة للتطوير فإنها لم تكن كذلك في الشريعة الاسلامية، بينما كان للتشريع في القوانين الحديثة دوراً بارزاً لتطوير القوانين.

والمقصود بالحيلة القانونية هي الوسيلة العقلية التي تستخدم لتطوير القانون القائمة على اساس افتراض امر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون التغيير في نصه. بينما يراد بالعدالة قواعد الانصاف التي تملئها هذه قواعد والضمير فيعدل النص القانوني بصورة صريحة ومباشرة من خلال حكم مكمل او معدل للنصوص يرفع فيه الظلم ويفرض الانصاف.

بينما يفرض التشريع من السلطة المختصة لتعديل او الغاء او اصدار قاعدة قانونية جديدة. ولهذا لا بد من تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث على النحو الاتي:

المبحث الاول: الحيلة القانونية.

المبحث الثاني: العدالة (الانصاف).

المبحث الثالث: التشريع (La Loi).

ولقد تميز صولون بتحديد سعر الفائدة في مجال الديون وتحريم الربا الفاحش ومنع استرقاق الدين وحق الابناء في الاستقلال عن السلطة الابوية اذا بلغوا سنناً معينة ومبدأ توزيع التركة بين الابناء الذكور ان كان محصوراً بالابن واجاز القانون الوصية اذا لم يكن له ورثة.

وقد نص القانون على اشتراك الشعب في السلطة وتقرير مبدأ الديمقراطية والمساواة والحد من السلطة الابوية^(٢). الا ان قانون صولون قسم الشعب الى اربع طبقات تبعاً لدخلهم من الثروة، كما اشتهر صولون بالاعتدال والزهد في الحكم واعتبر من الحكماء السبعة عند اليونان.

كما نشير الى اعتزال صولون السياسية وتفرغه للشعر رافضاً اكثر من مرة ان يكون طاغية أي من الحكام الفاسدين والشريين، فقد رفض مصادرة اموال الاثرياء واملاكهم كما هو عادة الظغاة حين يصلون الى الحكم حيث تتركز السلطة بيد الطاغية وتتعطل القوانين الا ما يأمر به^(٣).

(٢) د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٣) الدكتور امام عبدالفتاح امام - الطاغية - عالم المعرفة - الكويت، ١٩٩٤، ص ٤٨ - ٤٩.

المبحث الاول

الحيلة القانونية^(١)

إذا كان المقصود بالحيلة في المجال القانوني هو افتراض امر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون تعديل في النص القانوني، فإن هذه الوسيلة القائمة على الافتراض استعملت في العديد من الانظمة القانونية وبدرجات متفاوتة، والمقصود بالافتراض هنا اخفاء امر واقعي حيث يفترض ان حكم القاعدة القانونية القائمة ينطبق على حالة معينة مع ان الفرض انها لاتشمله وذلك دون تغيير في البناء اللفظي للقاعدة.

فالنص القانوني عند صدوره لايتصور ان يستوعب كل الوقائع في المجتمع وانما لا بد ان يصاحب النص القانوني الجمود بعد فترة من الزمن الامر الذي يستوجب تعديله هذا التطور، ولما كان هذا التعديل ليس سهلاً، فكانت الحيلة هي الوسيلة التي لا بد منها للحكم بالقضية المعروضة فاستعان بها القاضي والفقهاء عند تفسير القواعد القانونية فالحيلة املتتها الضرورة لتطوير القانون. ولغرض دراسة الحيلة في التشريعات المختلفة ودورها في تطور القوانين سنوزع المبحث على النحو الاتي:

المطلب الاول

الحيلة في القانون الروماني

استخدمت الحيلة في ظل القانون الروماني بصورة كبيرة وفي مجالات وتعدده منها لتخفيف اثار بعض النظم القانوني واحياناً لتبرير بعض النظم القانونية وتارة لابتداع نظم قانونية جديدة.

اولاً: استخدام القانونية لتخفيف اثار بعض النظم

لعبت وسيلة الحيلة القانونية دوراً كبيراً لتطوير النصوص الروماني التي اتسمت بالشكليات والجمود، التي نطاق التخفيف من اثار بعض النظم القانونية حيث افلحت الحيلة في مجالات متعددة منها:

(١) يراد بالحيلة في اصل وضعها اللغوي: كلمة تدل على نوع مخصص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال الى حال، ثم غلب استعمالها عرفاً في سلوك الطريق الخفية التي يتوصل بها الرجل الى حصول عرضه بحيث لايتفطن له الا بنوع من الذكاء.

- الاستاذ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية فيه، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص٣١٦.

١- تطبيق قواعد القانون الروماني على غير الرومان:

كان القانون الروماني يطبق على الرومان وحدهم وهو قانون خاص بهم دون الاجانب ولم يكن الاجنبي يتمتع بالحماية القانونية التي يتمتع بها الوطني. وقد تبين ان هذا وضعاً شاذاً وليس سلبياً لان العلاقات الانسانية المتشابكة بين الشعوب تتطلب السفر والتنقل وتبادل الخبرات ووجود الاجنبي مع الرومان وبفعل ازدياد وجود الاجانب في روما كان لا بد من اللجوء الى الحيلة القانونية وبافتراض الاجنبي من الوطنيين اي من الرومان حتى يخضع للحماية القانونية اي من طريق الحيلة اعتبر الرومان الاجنبي على الاراضي الرومانية رومانياً.

٢- حماية المالك من تعسف جاره عند امتناع الجار عن اعمار داره:

حيث انه من خلال اللجوء الى الحيلة امكن افتراض وجود امر من القاضي الروماني (البرتيور) بضرورة اصلاح لداره الايلة للسقوط.

٣- الاستمرار الشخصية القانونية:

الاصل طبقاً للقانون الروماني ان الشخص لا تكون له شخصية قانونية مستقلة الا اذا كان من المواطنين اي من الرومان وان يكون حراً ومستقلاً في كيانه والا فإن الشخص لا تتكون له شخصية قانونية. غير ان هذه القاعدة لم تستمر وتمكن الرومان بفعل الحيلة من افتراض ان من فقد شخصيته القانونية (كالشخص المتبنى والزوجة) يفترض استمرارية تمتعه بالحقوق ولهؤلاء ان يمارسوا حقوقهم.

ثانياً: استخدام الحيلة القانونية كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية:

ومن ذلك مثلاً ما يلي:

١- الافتراض في وراثة الجنين. كما كانت القاعدة العامة ان شخصية الانسان تبدأ بولادته وتنتهي بوفاته فإن الصعوبات القانونية قامت بالنسبة للجنين الذي لم يولد بعد فيكون طبقاً للقانون الروماني في عدم توريثه لانه لم يولد اي ليس له شخصية قانونية وحيث ان في هذه القاعدة اضرار بحقوق الجنين فعمد الرومان للافراض بأن الجنين قد ولد قبل وقاة المورث حياً وله شخصية قانونية وبالتالي فإنه يستحق الميراث.

٢- الافتراض والحيلة في نظام التبني على اساس وجود رابطة الدم بين المتبني والمتبني بافتراض ان هذا الشخص خرج من صلب الاصل لترتيب الحقوق والالتزامات.

٣- الحيلة عند وقوع الروماني في الاسر بافتراض فقدان شخصيته القانونية واعتباره ميتاً لان الروماني لا يصير رقيقاً اذا وقع في الاسر فيفتراض انه اصبح ميتاً من تاريخ لكي يموت

وهو (شخص حر) يتمتع بحقوق الاحرار، ولان الاسر من اسباب الرق عند الرومان وليس للرق حقاً كالاحرار.

ثالثاً: اللجوء الى الحيلة القانونية لابتداع نظم قانونية جديدة:

استخدام الرومان وسيلة الافتراض لابتداع نظم قانونية جديدة لم تكن قائمة وقت وضع القانون منها:

١- انتقال الالتزام (حوالة الدين وحوالة الحق)

القاعدة العامة العامة عند الرومان ان الالتزام بين طرفين يستمر بينهما الى ان ينقضي ولا يمكن تغيير شخص المدين او الشخص الدائن خلال فترة الالتزام غير ان هذا المبدأ الذي اصطلح به عقبات كثيرة دفعت الرومان الى ايجاد الافتراض لابتداع نظم جديدة فلجأ الرومان للحيلة في مجال حوالة الحق بافتراض (تجديد الدين) بتغيير الدائن فيوفى المدين للدائن الجديد.

٢- التوسع في دعوى الصورية.

حيث استخدمت هذه الدعوى كوسيلة لتحقيق التبري ولعتق الرقيق ونقل الملكية، فقد كانت ترفع دعاوي على المتبري للاقرار بحقوق المتبري ومن وكيل الرقيق على السيد للاقرار بحقوق الرقيق في الحرية ومن المشتري على البائع لنقل الملكية اليه، وهي دعاوي تقع في صورة منازعة لكي يحكم القاضي في امر ما لصالح احد الاطراف.

٣- النيابة في التعاقد وافتراض ان اثار التصرف تنصرف للاصيل لا للوكيل.

المطلب الثاني

الحيلة في الشريعة الاسلامية

سبق ان ذكرنا ان الشريعة الاسلامية اوردت القواعد الكلية والاحكام العامة في المعاملات المالية والعبادات وان الفقه الاسلامي اورد حالات جزئية وحلولاً متعددة قائمة على الاجتهاد الذي لا يتعارض مع اصول الشريعة العامة. ولهذا لم يكن للحيلة دور في البناء القانوني الاسلامي لاسباب متعددة منها:

١- ان قواعد الشريعة الاسلامية لم تنزل مرة واحدة وانما جاءت على مراحل وشاملة للوقائع التي حصلت.

٢- ان هذه القواعد كانت عامة وكلية لا ينالها الجمود بعيدة عن التشكيليات ولهذا لم تكن هناك حاجة للجوء الى الافتراض او الحيلة.

٣- وجود المذاهب الفهية الاسلامية المتعددة والاجتهادات والاراء المتعددة وكذلك الحلول المختلفة لقضايا واقعة او ستقع.

٤- وجود ادلة الاحكام الشرعية من القران والسنة النبوية الشريفة الى الاجماع والقياس والاجتهاد والمصالح المرسله التي تعطي المجال الخصب للايجا للحلول للقضايا في مختلف المجالات.

الا ان الحيلة استخدمت في العصر العباسي وصولاً الى اغراض محرمة شرعاً باستعمال الطرق الخفية للوصول الى ما هو محرم بذاته فيأخذ الامر في ظاهره مشروعاً وفي باطنه او حقيقته محرماً ومنها مثلاً الربا في صورة بيع ظاهراً، وهبة الاموال والاولاد قبل مرور الحول تجنباً للزكاة ثم عودة المال ثانية بالهبة قبل مرور فترة الزكاة الى صاحبه.

ولا تكون الحيلة مشروعة الا اذا كانت هذه الوسيلة لا تخالف قواعد الشرع والغاية منها مشروعة وهي قليلة في القانون الاسلامي. ومع ذلك فإن هناك حالات استخدمت فيها الحيلة في الفقه الاسلامي وهي:

١- توريث الجنين (الحمل المستكين) باعتباره شخصاً حياً فإن ولد كذلك استحق نصيبه من الارث وان ولد ميتاً لا يستحق الميراث وانما وزع على المستحقين.

٢- مبدأ لا تركة الا بعد سداد الدين: اذا كانت شخصية الانسان تنتهي بوفاته ولكي لا تظل اموال المورث سائبة بعد الموت فقد لجأ الفقهاء المسلمون الى افتراض استمرارية حياة المورث (وبقاء ذمته المالية قائمة) حيث يتم سداد الدين التي على التركة ولا يحق للورثة التصرف بها الا بعد سداد ما عليها من دين.

٣- اعتبار المفقود والغائب ميت حكماً ما يطلق عليه (بالتميت) او (الموت الحكمي). وهذا الافتراض باعتبار الشخص المفقود او الغائب ميتاً تنبني عليه جملة من النتائج القانونية وقد اخذت به العديد من القوانين المدنية وقوانين الاحوال الشخصية وطلقت عليه بعض القوانين تسمية (الموت المدني).

وقد استخدمت الحيلة في مسائل متعددة في الفقه الاسلامي سواء في قضايا المعاملات المالية كحوالة الحق وبيع الوفاء ام في قضايا الاحوال الشخصية كالاقرار بالنسبة وتصرفات المريض مرض الموت. نخلص مما تقدم الى القول ان الحيل في الاسلام قد تكون (باطلة) اذا هدمت اصلاً شرعياً او ناقضت مصلحة شرعية وما عدا ذلك ففجائز الاتفاق او مختلف عليه^(١). وقد اخذ الامام (ابو حنيفة) بالحيل غير المنافية لمقاصد الشارع^(٢).

١- محمود مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

٢- المرجع السابق، ص ٣٠٩.

وعلى هذا الاساس فإن الحيلة الشرعية عند الفقهاء المسلمين وردت في مجالات متعددة تؤكد الخصوبة في الفكر الشرعي والقانوني للفقهاء المسلمين ومن ذلك مثلاً توريث الجنين في بطن امة على افتراض انه ولد حياً ومبدأ لا تركة الا بعد سداد الديون اي ان الورثة لا يملكون التركة الا بعد تصفية ديون المورث بافتراض ان المتوفي لا يزال حياً لاغراض تسديد الديون من تركته وفي اعتبار الغائب والمفقود ميثاً لاغراض رابطة الزواج وتحديد مصيرها وتصفية الاموال وكذلك في مسألة الاقرار بالنسب حيث لا يثبت الا بالفراش او الاقرار او البينة وغير ذلك.

المطلب الثالث

الحيلة في القانون الانجليزي

لم يغفل القانون الانجليزي الحيلة القانونية لتطوير القانون، فالشعب الانجليزي كالرومان يحافظ على تقاليده ونظمه القديمة، وهم لا يميلون الى التجديد والسرعة في التغيير وانما يلجأون الى الافتراض او الحيلة لمواجهة التطور الجديد والموائمة بين القانون القديم والواقع الجديد.

وهذا التصور لا يقوده المشرع الانجليزي لان البناء القانوني الانجليزي يقوم على مبدأ السوابق القضائية ولهذا يتولاه الفقه والقضاء الامر الذي يوجب عليهما اللجوء الى الحيلة القانونية بافتراض امر ما وشمول الواقعة بالحكم دون تعديل او تغيير في النص.

ولعل اهم الحيل القانونية في النظام القانوني الانجليزي افتراض الرضاة مماثلة للقراءة الحقيقية وتترتب عليها ذات الاثار المترتبة على القرابة الحقيقية.

وهذا الامر لم يكن من ابداعات الفكر الانجليزي وانما ذكرته قواعد الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي.

وكذلك في مصادرة اموال المجرم في جريمة الخيانة العظمى وعدم انتقالها للورثة او اعتبارها جزءاً من التركة وانما توول الى الدولة على افتراض ان هذا الحرمان من التركة سببه ان ارتكاب الجريمة يدل على فساد في الدم العائلي ويوجب ايقاف الميراث^(٣).

وللحيلة القانونية دورها في النظام القضائي ايضاً في مجال توسيع المحاكم الملكية على حساب المحاكم الاقطاعية والكنيسة، حيث ان المحاكم كانت على ثلاثة انواع جرى تركيز الفصل في النزاع في النوع الاول. فقد كان مضمون الحيلة القانونية لخصر هذه الاختصاصات ان المدعى عليه في حراسة امين الملك بحجة ان الجريمة المرتكبة ماسة بأمن الملك ويلزم عليه

(٣) د. هشام علي صادق و د. عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

المشوم امام المحاكم الملكية. وبهذا الافتراض (الحيلة) تم حصر الاختصاصات في المحاكم الملكية بدلاً من المحاكم الاقطاعية والمحاكم الكنيسة^(٤).

او ان تفترض المحاكم الملكية ان المدعي مدين بدفع الضرائب للملك مما يوجب مشوله امام المحاكم الملكية وبهذا وحدت المحاكم الملكية جهة التقاضي وهو امر كان الافراد يؤثرونه على غيره لبطاوة الاجراءات في المحاكم المذكورة وضمان نفاذ احكامها.

ان امتداد ولاية المحاكم الملكية على هذه الصورة احدث تطوراً كبيراً في ميدان تشكيل السوابق القضائية وفي وجود القانون common Law وهو القانون الشامل للبلاد الانجليزي المؤلف من المبادئ التي اصدرتها المحاكم الملكية^(٥).

المطلب الرابع

الحيلة في التشريعات الحديثة

ان طريقة اللجوء الى الحيلة في التشريع الروماني والقانون الانجليزي املتتها الظروف التي كانت سائدة انذاك، فالقانون الروماني كان يتسم بالشكليات المراسم والصعوبات في تعديل التشريع فاضطر للحيلة القانونية، والقانون الانجليزي الذي هو حصيلته تجارب ووقائع عريقة وقديمة لم تتوفر الرغبة لتغييرها وانما اعتمد على حيلة كوسيلة لتغيير الحكم ومواجهة التطورات الجديدة.

ولهذا فإن التشريعات الحديثة لم تكن بحاجة الى هذه الوسيلة كحاجة القوانين المذكورة. فالنصوص القانونية لم تعد ذات طابع مقدس لا يمكن المساس بها وانما هي من صنع بشر قابلة للتعديل والتغيير وفقاً لمستجدات الحياة. واذا كان هناك من يعتقد بعدم وجود الحاجة الى الحيلة في ضوء التشريعات الحديثة، الا ان الضرورات العملية اوجبت عدم اهمال دور الحيلة في مواجهة مستجدات الحياة وفي تطوير القانوني فقد استخدمت الحيلة في مجال القانون العام والقانون الخاص.

ففي تبرير الدولة ذهب البعض الى الحيلة بافتراض ان الدولة نشأت من ان الشعب تعاقد مع احكام لكي يحكموا المجتمع ويسود النظام فإن اخل الحاكم في حكمه كان للشعب ان يفسخوا العقد بالثورة عليه. وفي كلا الحالتين اقام الفقهاء الوضع على الحيلة القانونية اي الافتراض.

ولكن الحيلة لها دورها الواضح في ميدان القانون الخاص بفعل توارث هذه القواعد عن الرومان او الشريعة الاسلامية ولعل اوضح صورة لهذا الافتراض مثلاً، اعتبار الغائب والمفقود

(٤) انظر في القانون الانجليزي مفصلاً: د. غسام رباح، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

(٥)

من الاموات (الموت الحكمي) لانشاء الحكم القانوني على هذا الوضع وكذلك افتراض استمرار شخصية المورث لتصفية التركة وفي احكام توريث الحمل المستكين وفي قواعد النيابة التعاقد والشخصية الاعتبارية وغيرها. ولهذه الحيلة القانونية اثارها في التشريعات الاردنية والمصرية والعراقية والجزائرية وفي العديد من القوانين الوضعية الاخرى.

المبحث الثاني

العدالة (الانصاف)

قبل الدخول في الموضوع لا بد من القول ان العدل يختلف عن العدالة، فالعدل يعني المساواة بين الناس ومنه قوله تعالى (واذا حكمتكم بين الناس ان تحكموا بالعدل). فلا يجوز للقاضي ان يفرق في المعامل فيؤثر القوي على الضعيف او الثري على الفقير او القريب على البعيد والا عد هذا مدعاة للطعن او الشكوى ضده، فالناس سواسية كأسنان المشط من حيث القيمة الانسانية للانسان.

اما العدالة فهي مبادئ الانصاف اي المبادئ التي يملئها الضمير وتشكل المثل العليا والقيم التي لا تتغير وهي قواعد مشتركة بين الامم او الشعوب ترتبط بالقانون الطبيعي وهي ايضاً اجتهاد حسب اسس موضوعية لا المعتقدات الشخصية ولهذا فلكل حالة ظروفها التي تختلف عن الاخرى فيحكم القاضي حسب ما تلمبه قواعد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في زمان ومكان معينين.

ولغرض بيان دور العدالة في تطوير القوانين لا بد من توزيع المبحث على النحو الاتي:

المطلب الاول

العدالة عند اليونان

على الرغم من صعوبة ايجاد التعريف الجامع والمانع لفكرة العدالة لانه ذات مفهوم نسبي متطور ومختلف باختلاف الزمان والمكان وتباين تبعاً لتباين الافكار والقيم السائدة من مجتمع الاخر، الا ان التعريف العام لقواعد العدالة (الانصاف) هي المبادئ التي يكشف عنها العقل السليم ويوحى بها الضمير.

ويرشد اليها النظر الصائب والفضيلة والذوق السليم. ولهذا فان هذه القواعد ليست جديدة في تاريخ ظهورها، وهي ان كانت تشترك مع الحيلة لتطور القانون الا ان العدالة ما تزال حتى الان تلعب دوراً كبيراً في معالجة النقص في التشريع^(٦).

وارتبطت فكرة العدالة بالقانون الطبيعي عند اليونان والذي يقابل قانون الطبيعة هو قانون الشعوب عند الرومان. واذا كانت العدالة تنبع من الضمير الانساني فهي في الاسلام تنبع من العقل وهو من ادلة الاحكام الشرعية عند بعض المذاهب الفقهية الاسلامية حتى الان.

واذا كانت قواعد العدالة عند اليونان يعود مصدرها للقانون الطبيعي Le droit naturel الا ان اساسها يرجع للرومان حيث ان فكرتها تقوم على ان هناك قوة عليا تحكم العالم وتضبط ايقاعه من الجانبين المادي والروحي، فالكون محكوم بقوانين طبيعية ثابتة لا تتغير وان الطبيعية تخضع لقانون خاص بها، والى ان البشر تحكمه مجموعة من الميول والدوافع تحكمها قوة عليا وهي القوة الطبيعية. وهذا القانون الطبيعي ليس من صنع بشر وانما من وحي الطبيعة وثابت ولهذا فإن على الانسان ان يكشف هذه القواعد العليا ليسير عليها في حياته.

غير ان السؤال المطروح هنا هو كيف يمكن الهداية الى القانون الطبيعي؟

وللاجابة على ذلك نقول الفلاسفة في اليونان ذهبوا الى ان اكتشاف هذه القواعد العليا المسيرة للكون والبشر يكون بالرجوع الى (العقل والضمير). اذ بهما يمكن الوقوف على الخير والشر والتمييز بين الظلم والعدل والجيد والسيء وهكذا. لان صوت الضمير هو الذي يدفع الانسان الى فعل هذا وتجنب ذاك ولكي يصل الانسان الى اكتشاف هذه القيم العليا لا بد من التمسك بالفضائل.

المطلب الثاني

العدالة عند الرومان

كان الرومان يخضعون لقانون خاص بهم هو القانون المدني الذي يتضمن تقاليد الرومان ونظمهم الخاصة بالمواطنين(الرومان الاحرار)، والثاني هو قانون الشعوب الذي نشأ على يد البريتور(قاضي الاجانب) المستوحى من مبادئ القانون الروماني المجردة من الشكليات والرسميات وهو قانون كان يطبق على الاجانب او بينهم وبين الرومان^(٧).

لقد اشرنا الى ان الاجنبي هو غير الروماني وكان يعد من الاعداء ويفعل الحيلة القانونية اصبح في حكم الروماني اذا احتسب بروماني او اذا ارتبطت دولته بمعاهدة مع روما، فكان القاضي المختص هو بريطور(بريتور الاجانب).

والسؤال المطروح كيف يقوم بريطور الاجانب من حسم النزاع وليس امامه نصوص قانونية؟ للجواب عن ذلك نقول ان البريتور اتجه الى الاجتهاد والاعتماد على العادات التجارية المتعارف عليها بين الاجانب المقيمين في روما والقواعد العامة التي يقرها العقل السليم لجميع

(٧) مدونة جستنيان، ترجمة عبدالعزيز فهمي، بيروت، بدون سنة نشر، ص٦.

(٦) راجع نص المادة الثانية لفقرة(٣) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

الشعوب المجاورة فجاءت نصوصه بسيطة الاجراءات وخالية من الشكليات وبمذهب القانون الطبيعي عن اليونان فاختلف بقانون الشعوب.

بناء عليه فإن العدالة عن الرومان كانت في بداية تكوينها مقتبسة من قانون الشعوب. ثم اعتبر مصدرها القانون الطبيعي لان كلا منهما يراد بهما (مجموعة المبادئ المطابقة للعقل والمقبولة من جميع الشعوب)^(٨).

فالتأثر بين القانون الطبيعي عند اليونان والرومان كان موجوداً وان المبادئ المقررة عندهما هي كل ما يجيره العقل السليم، ولهذا فالقواعد القانونية تأثرت بالقواعد الاخلاقية فاعتبر البريتور مثلاً ان حسن النية مبدأ اساسي في التعامل ووسيلة لحفظ الحقوق بين الافراد وهو مبدأ يشمل كل الالتزامات مهما كان مصدرها ولا يقصر على العقود.

اثر العدالة على تطور القانون الروماني

١- مبدأ المساواة:

ساد هذا المبدأ في العلاقات عند الرومان واصبح الجميع من الوطنيين والاجانب في منزلة واحدة. كما ان التفرقة التي كانت سائدة بين العبيد والاحرار جرى التحفيف منها بفعل فكرة العدالة، والغيت التفرقة بين الاشراف والعامّة كما منحت الجنسية الرومانية لعدد كبير من الاجانب بموجب مرسوم الامبراطور كراكلا سنة ٢١٢م حتى صدر مرسوم جستنيان عام ٣٥٠ الذي ازال كل تفرقة بين الوطني والاجنبي. اما الرق فلم يبلغ ايام الرومان وظل مستمراً حتى بعد ظهور الاسلام الا ان وضع الرقيق تحسن كثيراً بفعل قواعد العدالة منها الاعتراف له بالشخصية القانونية واصبح له الحق في الارث واصبح طرفاً في الروابط القانونية المالية.

٢- الاعتراف بالحقوق الناشئة عن صلة الدم:

لم تكن حقوق الاسرة قائمة الا على اساس الرابطة الدينية ولم يدوم هذا طويلاً فقد اصبحت حقوق الاسرة تقوم على اساس رابطة الدم ونهضت القرابة المدنية الى جانب القرابة القائمة على صلة الدم واصبحت الحقوق معترف بها لجميع افراد الاسرة بفصل قواعد العدالة.

(٨) داء في مدونة جستنيان في الفقه الروماني institutes de justinen بأن العدل حمل النفس على ايتاء كل ذي حق حقه والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار.

والقانون الطبيعي هو السنن التي الهمتها لجميع الكائنات الحية اذ ليس مقصوراً على الجنس البشري بل هو سار على جميع الاحياء.

- انظر مدونة جستنيان، نقلة الى العربية عبدالعزيز فهمي، بيروت، ص ٤ و ص ٦.

٣- مبدأ الغنم بالغرم:

ومقتضى ذلك ان قواعد العدالة توجب ان ليس من العقل ولا الضمير ان يستفيد الشخص من شيء دون غرم ولهذا صاغ الرومان هذه القاعدة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة ان من يحدث ضرراً بالغير يلزم تعويضه وان ليس لاحد ان يشرى على حساب غيره دون سبب (الاتراء بلا سبب)^(٩).

٤- تقوض الشكليات وظهور مبدأ الوفاء بالتعهدات:

من المعروف ان القانون الروماني كان يتسم بالشكليات في التصرفات القانونية ولاثر لها الا اذا افرغت في هذه الشكليات والرسميات ثم جرى تقويضها والحد منها فأصبحت التصرفات تقوم على (مبدأ حسن النية) و (مبدأ الرضائية).

٥- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني^(١٠)

لم يكن للمعنى دوره في تفسير التصرفات القانونية بفعل اهتمام الرومان بهذه الشكليات والمراسم والالفاظ وبسبب التقييد بها، غير ان قواعد العدالة والعقل السليم اوجبت عدم اهمال المعاني والمقاصد وعدم التقييد بحرفية النصوص واصبح تطبيق القانون بروحه ومضمونه او جوهره.

٦- لا يقر احدكم مال غيره^(١١).

٧- لا ضرر ولا ضرار واتوا كل ذي حق حقه^(١٢).

٨- الغش يفسد كل امر^(١٣).

٩- إن المنكر لا يطلب منه دليل^(١٤).

(٩) ورد في مدونة جستنيان قاعدة الغنم بالغرم ضمن الاصول الفقهية العامة ويراد بها الاجر بالمشقة او النعمة بالنفقة او الخراج بالضمان.

المدونة، المرجع السابق، ص ٣٧٢

(١٠) انظر مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

(١١) مدونة جستنيان، ص ٣٦٦.

(١٢) المرجع السابق، ص ٣٦٦.

(١٣) المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(١٤) المرجع السابق، ص ٣٦٩.

المطلب الثالث

العدالة في الاسلام

ذهب بعض الفقهاء المسلمين الى اعتبار الاجتهاد من ادلة الاحكام الشرعية حيث يعمل بالعقل عند وجود نقص في الحكم او عند وجود حكم شرعي للواقعة الجديدة وبهذا امكن تطوير القانون الاسلامي لمواجهة مستجدات الحياة. على ان هذا الاجتهاد واعمال الرأي بالعقل لا يكون مخالفاً للقران والسنة والنبوية. فأى اجتهاد يخالف ادلة الاحكام الشرعية حرام.

فهناك ترادف في هذا المجال بين الاجتهاد وقواعد العدالة التي لم تكن مصدراً مستقلاً كما كان كذلك عند اليونان والرومان وانما هي تطبيق لقواعد الشرعية الاسلامية ولهذا كانت مبادئ العدالة بمثابة الرأي في الفقه الاسلامي الذي لا يخرج عن قواعده.

اما عن مصدر العدالة في الاسلام فهو العقل السليم بينما كان مصدرها عند الرومان من القانون الطبيعي وتستمد قواعد العدالة عند الانجليز - كما سنرى - من ضمير الملك ولا ادل على ذلك من ان القضاة المسلمين كانوا يجتهدون برأيهم من عدم وجود النص التشريعي فحين سئل القاضي معاذ بن جبل (قاضي اليمن) بم تحكم عند عدم وجود نص تشريعي في القران او السنة النبوية فقال قولته الشهيرة للرسول (ص): (اجتهد برأي ولا الو) اي لا اقصر.

فالرأي عند ابن القيم الجوزية ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب المعرفة وجه الصواب، فالرأي هو الاجتهاد او العدالة كما كانت هناك بعد وفاة الرسول (ص) مدرسة للرأي في الكوفة واخرى للحديث في المدينة، والمدرسة الاولى نادى بها بعض الفقهاء المسلمين لغرض بعث الحياة في قواعد الشريعة الاسلامية ولكي تجد الحلول لمستجدات الحياة.

بل ان الرأي (الاجتهاد) وجد حتى اثناء حياة الرسول (ص) فكان يستشير الصحابة فيما لانص فيه، وكان الوحي يقره على ما اجتهد وهو لم ينطق عن الهوى وانما من وحي يوحى وبعد وفاة الرسول (ص) ازدادت الفتوحات الاسلامية وظهرت حالات جديدة تتطلب حلاً عاجلاً لا سيما وان القران الكريم والسنة النبوية الشريفة اوردتا القواعد العامة ولان نصوص الكتاب والسنة متناهية ووقائع الحياة غير متناهية وما يتناهي لا يضبط ما لا يتناهي الامر الذي يوجب الاستعانة بالادلة العامة الشرعية كالقياس والاستحسان الذي يسمى عند بعض الفقهاء والمسلمين بالمصالح المرسله وبالعقل لمواجهة التطورات الجديدة في المعاملات وقضايا الناس.

والاجتهاد (الرأي) لا يكون الا للمجتهد او صاحب الرأي العالم بالقران الكريم واحكامه والسنة واحكامها وبلااحكام وعللها وعالمها باللغة العربية وغيرها.

ولما كان الامر كذلك فإن الاختلاف في الرأي بين الفقهاء المسلمين وتباين الاحكام مسألة

طبيعية وقد اختلف الفقهاء ايضاً على مرتبة الرأي (الاجتهاد) في ادلة الاحكام الشرعية بعد القران والسنة والاجماع.

فالبعض من الفقهاء المسلمين اطلق على الرأي مصطلح (القياس) وعند بعضهم يراد به (الاستحسان) واطلق عليه بعضهم تسمية (المصالح المرسله) وهي كلها من تطبيقات العدالة. وعند بعض الفقهاء اطلق على الرأي (الاجتهاد) او (دليل العقل) وهو ما ذهب اليه الشيعة الامامية.

والمقصود بالقياس هو الحاق واقعة منصوص عليها بواقعة غير منصوص عليها في الحكم الذي ورد به النص لتساويهما في العلة الذي بني عليه الحكم وهو طريق من طرق استنباط الاحكام عند عدم ورود النص الصريح في الكتاب او السنة النبوية ومن ذلك مثلاً قوله تعالى في سورة المائدة: (انما الخمر والميسر... رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه...) فالخمر حرام لعله في الاسكار ويقاس على ذلك ان كل مسكر حرام ومنها المخدرات بأنواعها لان العلة واحدة وهي انها تذهب بالعقل والصحة البدنية. فالمخدرات وان لم ينص على تحريمها في القران والسنة الا انها تشترك في العلة مع الخمر او المسكرات^(١٥).

اما الاستحسان فهو العدول عن حكم معين لحكم اخر لوجود مبرر اقوى يقتضى هذا العدول بدوافع المصلحة العامة ومن ذلك مثلاً جواز الاستصناع وعقد السلم استثناء من المبدأ القاضي بحرمة بيع المعدوم او النهي عنه.

بينما يراد بالمصالح المرسله تلك المصلحة التي لم يدل نص تشريعي على اعتبارها او الغائها، وحيث ان تشريع الاحكام قصد به مصالح الناس عن طريق جلب المنافع ودفع الضرر وهو من اهم تطبيقات (مبدأ العدالة). ومما قاله المالكية في المصالح المرسله من ان زوجة المفقود التي لا نفقة لها يجوز تزويجها من غيره بعد اجل معين مراعاة لمصلحتها ودفعاً للضرر عن اولادها فمصلحة الزوجة الاولى من مصلحة الزوج المفقود. ومن ذلك جمع المصحف في زمن ابي بكر، وتوحيده في زمن عثمان، وحق لي الامر في فرض ضريبة على الاغنياء اذا اقتضت مصلحة الدولة ذلك^(١٦).

(١٥) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

المطلب الرابع

العدالة في القانون الإنجليزي

La possession

ذكرنا فيما سبق أن المحاكم الملكية قد استأثرت بولاية القضاء وصارت تطبيق القانون العادي ومنها نشأت السوابق القضائية أو الشريعة الإنجليزية المتمثلة بـ القانون العمومي وهو القانون الذي يطبق على جميع الناس من المحاكم العمومية وكانت مصادر القانون العادي من^(١).

١- العادات والتقاليد السائدة في المجتمع الإنجليزي قبل الفتح النورماندي الذي يبدأ عام ١٠٦٦م

٢- القرارات والقوانين التي كانت تصدر عن الملوك لتنظيم بعض المسائل القانونية

٣- المبادئ الفقهية الرومانية التي تأثر بها القضاء الإنجليزي من المجتمع الروماني.

٤- السوابق القضائية (الأحكام التي أقرتها المحاكم). غير أن قواعد القانون العادي لم يعد يساير مستجدات الحياة حيث جمدت قواعده. الأمر الذي دفع إلى اعتماد قانون آخر هو (قانون العدالة).

وحيث أن الملك كان يستعين بمجلس خاص ليستشيره في أمور الدولة وفي القرارات الواجب اتخاذها فقد اعتمد على المستشار المختار من بين رجال الدين أولاً ثم أصبح من بين رجال القانون لإبداء الرأي في القضايا المحالة عليه لإصدار الرأي الذي يحقق العدالة فكانت لقراراته الطابع الإداري لا القضائي وبما يحقق العدل والإنصاف أي بما يمليه العقل والضمير.

ثم ما لبث أن تدخلت مبادئ العدالة في القانون العادي على يد مستشار الملك ثم تشكلت محكمة عرفت بـ (محكمة المستشار) تركز على قواعد العقل والضمير وهي قائمة إلى جانب المحاكم العامة.

ولم تفعل العديد من القوانين الاحتياطية ومن ذلك مثلاً القانون المدني الأردني (المادة ٣/٢) إلى جانب العديد من النصوص القانونية التي ذكرت قواعد العدالة لتطور النص ولكي يصدر الحكم موافقاً للعقل والضمير السليم.

(1) GEORGE GETZ. BUSINESS LAW. OP. CTT. P.4

المبحث الثالث

التشريع Legislation

أصبح التشريع - بعد ظهور الدولة - أهم وأول مصدر من مصادر القاعدة القانونية فأصبحت له الصدارة لأنه المصدر الأصلي العام للقاعدة القانونية فيلجأ إليه القاضي أولاً للفصل في النزاع سواء أكان ذلك في المعاملات المالية أم قضايا الأحوال الشخصية أم في المسائل التجارية أم غيرها وإذا لم يجد الحكم اعتمد مصدراً آخر حسب النص التشريعي فيما عدا قانون العقوبات حيث يقضى مبدأ لاجرمية ولا عقوبة إلا بنص أن يعتبر القاضي الفعل مباحاً عند عدم تجريمه في القانون العقابي فهناك مصادر رسمية أصلية واحتياطية وهناك مصادر تفسيرية كالفقه والقضاء.

ويراد بالتشريع كمصدر رسمي عام هو وضع القواعد القانونية في شكل مكتوب بواسطة السلطة المختصة (السلطة التشريعية) ولهذا يتميز التشريع بكونه يضع قاعدة تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية وأن تكون مكتوبة من سلطة مختصة توقع الجزاء على من يخالف هذه القواعد.

وفي نطاق دور التشريع في تطوير القانون لا بد من قول أن للتشريع مزايا متعددة لا يمكن نكرانها، غير أن للتشريع عيوبه حيث أن الكثير من النصوص القانونية المكتوبة بعد صدورها تعجز عن مواجهة الحالات الجديدة بسبب حالة الجمود في النصوص القانونية التي يصعب معها مسايرة ما يستجد من وقائع جديدة كما أن تعديل التشريع يتطلب إجراءات شكلية لتنظيم الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية الجديدة.

ولاشك أن دستور كل دولة بنص على السلطة المختصة في التشريع ويطلب عليها (السلطة التشريعية) وإذا كان في بعض الدول تتحدد هذه السلطة في شخص واحد فإن هناك العديد من الدول تنيظ مهمة التشريع بهيئات وجهات متعددة. ففي الأردن يتولى التشريع مجلس الأمة (الأعيان والنواب) وبصادق على التشريع الملك طبقاً لسلطاته الدستورية وفي العراق - بعد سقوط نظام الطاغية - تتولى الجمعية الوطنية هذه السلطة.

والتشريع يتدرج في القوة فأعلاها القانون الأساسي (الدستور) ثم يليه (التشريع العادي) أي التشريع الرئيسي والذي يشمل القوانين العادية ثم يلي ذلك التشريع الفرعي كالقرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح التي تصدرها الجهات المختصة. وبما يتعلق بذلك هو ضرورة احترام التدرج التشريعي وعدم مخالفته وهو ما يتحقق عن طريق الرقابة القضائية ومنها مثلاً الرقابة على دستورية القوانين) حيث تمارس هذا الدور الآن (محكمة العدل العليا) في الأردن وقد تم انشاء محكمة عليا في العراق ما بعد سقوط الدكتاتورية.

وفي روما كان للتشريع دوره في الحياة القانونية لاسيما في مرحلة العصر الإمبراطوري سواء في وضع القوانين أم في تطوير التشريعات ولاسيما في عهد (جستنيان) حيث أصبح التشريع هو المصدر الوحيد لتطور القانون.

بينما لم يكن للتشريع في إنجلترا الدور الذي كان يلعبه في كل من اليونان وروما والإسلام لاعتماد النظام الإنجليزي على السوابق والأعراف والتقاليد الذي يحقق حرية أكبر. أما في الإسلام فإن التشريع في العصر الحديث يقترن بقوانين الأحوال الشخصية في العديد من البلدان العربية والإسلامية وفي مجلة الأحكام العدلية التي قننتها الفقه الحنفي عام ١٨٦٩ وفي مجلة الالتزامات التونسية ١٩١٠ الموضوعة عن الفقه المالكي.

فإذا تم سن التشريع دستورياً أو قانوناً أو لائحة فإنه يوجد (قانوناً) يتبعه مرحلة (إصدار التشريع) بتسجيله ووضعه موضع التنفيذ فيصبح من اختصاص السلطة التنفيذية. وتنفيذ التشريع من الأعمال التنفيذية لا الأعمال التشريعية. ثم تلي ذلك (مرحلة النشر) بإعلانه للناس وتحديد موعد العمل به من خلال الجريدة الرسمية في الدولة.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن في الأنظمة الدكتاتورية القائمة على حكم الفرد وعبادته لا تكون للتشريع بمختلف درجاته سالفة الذكر أي احترام ويصبح الأمر مزاجياً وتهدر حقوق الناس بسبب عدم احترام القانونية الذي لم يصدر عن ممثلي الشعب أو عن رغباتهم فتسود شريعة الغاب وينجو القوي من تطبيق القانون ويقع الحساب على الضعيف وبالتالي فالحديث عن أهمية التشريع ودوره في تطوير النصوص القانونية ليس بذي قيمة ولا محل له لأن البناء القانوني المذكور غير سليم ولا يرتكز على أسس علمية وإنما مصيره حتماً إلى الزوال وهو منطوق التاريخ والقوانين المحركة له. وهذا ما كنا نتنبأ به منذ عام ١٩٩٥ إبان صدور الطبعة الأولى للكتاب وقد سقط النظام الفاشي فعلاً في ٩ نيسان ٢٠٠٣.

أما في الدول ذات الأنظمة الديمقراطية التي تعتمد على رغبات الشعوب من خلال ممثليه الشرعيين والتي تركز على نظام المؤسسات وحكم الجماعة لا الفرد فإن التشريع دوره في تنظيم الحياة الكائنة والتي يجب أن تكون. ولهذا فإن التشريع يلعب دوراً مهماً في تطوير الحياة وكسر الجمود في القاعدة القانونية بتطويرها.

ولغرض جعل النصوص القانونية أكثر مرونة ولا ينالها الجمود ولكي تواكب التطورات الجديدة لا بد من إيراد عبارة عامة مرنة مجردة في هذه النصوص القانونية تصلح لكل زمان ومكان ومن ذلك مثلاً عبارات (الوظيفة الاجتماعية) و (الشخص المعتاد) و (مبدأ حسن النية) و (معيار الإرهاق) وغيرها ذلك.

وإذا كانت أهمية التشريع قد ازدادت في الوقت الحاضر إلا أن هذه الأهمية لم تكن كذلك في ظل الفترات التاريخية السابقة. فهو لم يظهر إلا لاحقاً أي بعد معرفة الحيلة وقواعد العدالة في تطوير التشريعات وهذا يعود لتقديس الناس للنصوص تشكل جانباً من التراث والتاريخ.

غير أن ضرورات الحياة أوجبت استخدام هذه الأداة في إصدار القوانين الجديدة وفي تعديل القوانين وتطويرها المزا جهة القضايا الجديدة التي تظهر في الحياة العلمية.

وقد كان التشريع في اليونان دوره في التخفيف من قوة بعض القوانين وتطويرها، فحين صدر قانون صولون خفف كثيراً من قوة العديد من نصوص قانون درا كون وترك للقضاء مهمة التفسير وتكملة النقص.

الباب الثاني

الباب الثاني

القوانين في وادي الرافدين

LAWS OF MESOPOTAMTE

يقصد به (وادي الرافدين) الأراضي الواقعة ما بين نهري دجلة والفرات والتي سميت به العراق. وقد نشأت على هذه الأرض أولى الحضارات في التاريخ فأطلق عليها (مهد الحضارات) لأنها حضارة قديمة تمتد جذورها التاريخية إلى العصر الحجري وكان للظروف الاقتصادية والجغرافية دورا كبيرا في ظهورها حيث المياه الوفيرة والأراضي الخصبة والثروة الحيوانية التي ساعدت على استقرار الإنسان^(١).

ولقد ارتبط سكان ما بين النهرين بالعلاقات التجارية مع الشعوب المجاورة وأن هؤلاء السكان ينتمون أساساً إلى جنسين وهم:

١- السومريون (سكان وسط وجنوب بلاد ما بين النهرين).

٢- الأكديون (سكان شمال العراق).

وقد عرفت كل من أكد وسومر أي بلاد وادي الرافدين باسم بابل أي (باب الإله). ولغرض دراسة القوانين المتعددة في بلاد الرافدين لابد من توزيع البحث على النحو الآتي:

الفصل الأول: الإطار التاريخي لدولة وادي الرافدين.

الفصل الثاني: مصادر البحث عن القانون في وادي الرافدين

الفصل الثالث: المدونات في وادي الرافدين.

(١) انظر: صبيح مسكوني، تاريخ القانون العراقي القيم، ط١، بغداد، مطبعة شقيق، ١٩٧٢، ص٢٠٨.

د. إبراهيم الغازي، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأهرز، بغداد، ١٩٧٣، ص١٤٣.

د. شفيق الجراح، دراسات في تاريخ الحقوق، المؤسسات الحقوقية في بابل، دمشق، ١٩٨١، ص٤٠.

د. هشام علي صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع وما بعدها.

د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص٢٥٣.

د. أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص٨٤.

الفصل الأول

الإطار التاريخي لدولة وادي الرافدين

خضع العراق القديم لنفوذ أقوام متعددة حيث أثبتت الدراسات التاريخية والمكتشفات التاريخية الأثرية تعاقب الشعوب في الحكم والحضارة وارتباط الأقوام في جنوب ووسط وشمال وادي الرافدين مع الأقوام المجاورة بروابط تجارية وزراعية متعددة. ولهذا لابد من التعرف على هذه الأقوام على النحو الآتي:

الإطار التاريخي لدولة وادي الرافدين

خضع العراق القديم لنفوذ أقوام متعددة حيث أثبتت الدراسات التاريخية والمكتشفات التاريخية الثرية تعاقب الشعوب في الحكم والحضارة وارتباط القوام في جنوب ووسط وشمال وادي الرافدين مع الأقوام المجاورة لروابط تجارية وزراعية متعددة ولهذا لابد من التعرف على هذه الأقوام على النحو الآتي:

المبحث الأول

السومريون

تشير المكتشفات الأثرية أن السومرية من أوائل سكان وادي الرافدين في جنوب البلاد وقد نزحوا إليها منذ أقدم الأزمان بفعل توفر المياه والزراعة والثروة السمكية وكونوا حضارة أصلية غير متفرعة عن غيرها وقد سمو به (السومرية أو الشومرية) نسبة إلى (سومر) أو (شومر) وهم ليسوا من أقوام الجزيرة العربية إلا أن من المحتمل أن يكونوا قد نزحوا من الأراضي التي يطلب عليها الآن تسمية (البحرين)^(١). وقد أسسوا الإمبراطورية الأولى واشتهرت أرض سومر بحضارتها وازدهارها على يد ملكها (أوركاجينا) وهو ملك (لارسا) حوالي ٢٩٠٠ ق.م. وقد عثر المؤرخون على ألواح تشير إلى قانون أوركاجيتا في عهد السومريون مكتوبة باللغة السومرية تخص تأجير الأراضي الزراعية وتنظيم العمل وحماية الملكية من الإعتداء والتجاوز على أرض الغير وحقوق الأولاد على أموال رب السرة.

(١) د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص٤٧٨-٤٨٨.

د. هشام علي صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٣٠٦.

د. عبد السلام الترمائيتي، المرجع السابق، ص٢٠٢.

المبحث الثاني

الأكديون والكوتيون

يعود أصل الأكديين إلى شبه جزيرة العرب حيث هاجروا إلى أرض الرافدين واستطاع (سرجون الأكدي) أن يقضى على الدولة السومرية عام حوالي ٢٥٠٠ مع قسم من أسيا الصغرى فكانت حضارة الأكديين مستقلة وأصلية وليست فرعاً عن السومرية ومنهما اشتقت حضارات بابل واشور وعيلام. ولم تتوحد بلاد وادي الرافدين إلا في عهد الأكديين بظهور (سرجون الأكدي) الذي شكل دولة عظمى حيث توحدت بلاد (أكد) وبلاد (سومر) وامتدت إلى إيران وسوريا ومعظم أجزاء الهلال الخصيب حتى جزيرة (كريت) أما الكوتيون فهم من الشعوب التي قدمت من الجبال في الشمال الشرقي لأرض الرافدين وهي لا تملك أصولاً حضارية ولم تلتزم بالنظام والقانون خلال فترة الحكم التي بقوا فيها ثم طردوا على يد الملك (اتوحيكال) أحد ملوك المدن السومرية.

المبحث الثالث

الدولة السومرية الثانية (سلالة أور الثالثة)

ظهر الحكم السومري مرة أخرى على يد أحد ملوكها المعروفين هو (أورنمو) والذي أعد شريعة عرفت بأسمه وهي أقدم شريعة عرفت البشرية وقد وجدت في أور جنوب العراق حوالي (٣١١١-٢١٠٣ ق.م) وأبرزت هذه الشريعة الطابع الإلهي الذي يسيطر على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية حيث استفاد أورنمو من الأوضاع الفلقة التي سادت في عهد (الكوتيون) فأقام العدل وحقق الاستقرار وتحدت الحقوق والواجبات. وكان مما نص في شريعة أورنمو تحريم التجاوز على أرض الغير وضرورة عدم ترك الأفراد أراضيهم دون زراعة وعدم جواز غصب أرض الغير وقضى بالتعويض على من يتسبب في إغراق حقل مزروع لرجل آخر عقاباً عليه^(١).

المبحث الرابع

الأموريون (الدولة البابلية الأولى)

يعود أصل الأموريين إلى الجزيرة العربية وقد هاجروا إلى جنوب وادي الرافدين. وبعد سقوط أور عام ١٨٩٨ ق.م بفعل غزو العلاميين ظهرت دويلات متعددة أهمها وأكبرها بابل أي باب الإله وايسن ولارسا واشنونا، حيث استطاع الملك حمورابي توحيد البلاد تحت سيطرته حوالي ١٧٥٠ ق.م وتأسيس الدولة البابلية الأولى وفيها ظهر أهم إنجاز قانوني هو (شريعة حمورابي)^(١).

وقد تواضع العلماء المؤرخون على تقسيم العهد البابلي إلى عهدين فرعيين هما:

١- العهد البابلي القديم (١٩٩٨-١٥٨٠ ق.م) ويشمل سلالة ايسن ولارسا وسلالة بابل الأولى التي كان الملك حمورابي أحد ملوكها الأقوياء ومن المرجح أنهم قدموا من الشام وأصلهم من الجزيرة العربية. وظل الحال هكذا إلى أن غزاهم الحيثيون في أواخر سلالة حمورابي.

٢- العهد البابلي الحديث أو الأخير (٢٢٦-٥٣٨ ق.م) وعرف بأسم الإمبراطورية الكلدانية حيث قام هذا العهد على أثر انهيار حكم الكيشيين ثم حكم الأشوريين الذين سيطروا على بابل بالتعاقب لعدة قرون^(٢).

المبحث الخامس

الحيثيون

تشير الدراسات إلى أن الحيثيين هم شعوب آرية غير عربية ظهروا أولاً في الشمال الغربي من بلاد الشام ثم سيطروا على بعض وادي الرافدين حين أزاحوا الأسرة البابلية الأولى حوالي عام ١٩٢٥ ق.م وقد احترموا الحضارة البابلية واستعاروا منها كثيراً من عقائدهم الدينية وفنونهم وتشريعاتهم وما حضارتهم إلا (حضارة فرعية من حضارة العراق القديمة الأولى)^(٣).

ويذهب معظم الباحثين إلى القول بأن أصل الحيثيين يرجع للأقوام الهندية الأوروبية نزلوا أولاً في أسيا الصغرى وكونوا الدولة الحيثية ثم امتدت دولتهم وسيطرتهم على بابل. وفي

(١) د. محمد معروف الدوايبي، المرجع السابق، ص ٤٨٨-٤٨٩.

(٢) راجع: د. محمد معروف الدوايبي، المرجع السابق، ص ٤٩٠.

(٣) طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، ج ١، ط ٢، بغداد ١٩٥٥، ص ٨١.

(١) فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد، ١٩٧٣، ص ٢٠.

د. أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٨٤-٨٥.

عام ١٢٠٠ ق.م انهارت هذه الدولة كليا وانتقلت فلول الحيشيين إلى شمال سوريا وكونوا دولاً صغيرة كان من أشهرها (طرابلس)^(١).

غير أنه عهدهم هذا صادفه توسع الاشوريين وزمن قوتهم العسكرية في عهد ملكهم سرجون الاشوري حيث غزى أهم مدنها (كركميش أو جرابلس) وانتهى تاريخهم بحوالي ٧١٧ ق.م^(٢). ويلاحظ أن من الصعب تحديد تاريخ تدوين القانون الحيشي^(٣)، وتضمن قوائم أسعار المحاصيل الزراعية وتحديد الأجرة في عقود الاجازة وتحديد المزايا الممنوحة للجنود والموظفين وتنظيم عقد الزواج. ولم يعثر على نصوص خاصة بالسلطة الأبوية والموارث^(٤).

المبحث السادس

الاشوريون (دولة اشور)

الاشوريون نسبة إلى (اشور) كبير الهتهم وقد أطلقت كلمة اشور أيضاً على أقدم المدن في شمال وادي الرافدين التي توجد أثارها منذ الألف الثالث قبل الميلاد وحتى الآن في منطقة (نينوى). وقوة الاشوريين حضارياً وسياسياً جاءت بعد ضعف البابليين في العهد القديم ولذلك فإن الحضارة البابلية والاشورية هما حضارتين (اختين) تحدرتا من أم واحدة هي حضارة (سومر) وأكد) إلا أن لكل منهما صفات متميزة عن الأخرى ولكن الحضارة الاشورية اعتمدت على الحضارة البابلية أنها كانت كعلاقة الثقافة الرومانية بالثقافة اليونانية^(٥).

المبحث السابع

الكلدانيون (الدولة البابلية الجديدة)

وهم قبيلة من الارمنيين استوطنوا جنوب العراق وقد تمكنوا في مطلع القرن السابع ق.م من القضاء على الدولة الاشورية واحتلال عاصمتها نينوى وتأسيس الدولة الكلدانية والتي أطلق عليها يد (الدولة البابلية الجديدة) فقد نهضت بابل من جديد على يد ملكها المعروف (نبوخذ نصر) وامتدت السيطرة على جميع بلاد وادي من اليهود وجلبهم إلى بابل فساهموا في بناء

(١) طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، ج٢، ص٣٥٥.

(٢) د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص٢٢٥.

(٣) د. أحمد إبراهيم حسن ود. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص٩٤.

(٤) لوحظ غالبية مواد القانون الحيشي كانت تتضمن الطابع الجنائي كالجرائم الزراعية والجرائم المخلة بالأمن والنظام كالصيوان وعقوبة الإجهاض والاتصال الجنسي بين الإنسان والحيوان د. أحمد إبراهيم حسن ود.

عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص٩٩.

(٥) طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، ج٢، ص٣٥٥.

الجنائن المعلقة. غير أن بابل تعرضت من جديد لغزو (الميديين) وهم من القبائل الهندوا أوروبية حيث قضوا على دولة بابلية الجديدة ٥٣٨ قزم ثم خضع العراق للحكم الفارسي ثم يوناني ثم الروماني ثم الفارسي حتى ظهور الإسلام حيث أصبح العراق جزءاً من الدولة الإسلامية عام ١٤ هجري (٦٣٥ م).

يتضح مما تقدم أن بلاد وادي الرافدين كانت مهداً للحضارات البشرية وأن السلالة البابلية الأولى أول من اختارت مدينة بابل عاصمة لها وأن الحقوق التي كانت تطبق في عهد ملوك بابل لم تكن تلك الحقوق البدائية وإنما اتضح من التشريعات المتعددة التي وصلت إلينا بأننا أمام تشريع يتلائم وحاجات شعب ذي حضارة رفيعة تميز الملكية الفردية وحرية التعاقد وتعترف للمرأة بالأهلية القانونية الكاملة وأن فقهاء بابل لم يتقيدوا بالتفسير الحرفي للنصوص وإنما تعدوا إلى التمسك بروح القانون وجوهرة أن صياغة النصوص كانت مرنة غير أن ما وصل إلينا لم يكن إلا البعض من التشريعات البابلية القديمة^(١).

(١) د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص٢٠٥.

الفصل الثاني

مصادر البحث عن القانون في وادي الرافدين

يمكن القول أن المصادر البحث عن القانون في وادي الرافدين منذ فجر التاريخ حتى الفتح الإسلامي للعراق تعتمد على الارواح التي كتبت بالخط المسماري ثم بالحروف الابجدية التي وصلت إلينا عبر المكتشفات الاثرية. وهذه النصوص المسمارية هي المرجع في دراسة القانون في بلاد الرافدين ويمكن أن نبين مصادر البحث في القانون آنذاك بالوسائل الاتية.

المبحث الأول

المدونات القديمة

والمقصود بهذه المدونات هي القوانين العراقية القديمة التي اكتشفت في وادي الرافدين وارتبطت بأسماء الملوك أو المدن القديمة ومن ذلك مثلاً:

أولاً: مدونة أورنمو (٢١١١-٢١٠٣ ق.م). والملك أورنمو مؤسس سلالة أور الثالثة التي حكمت مدينة أور جنوب العراق وهو مقنن أقدم شريعة سومرية حتى الآن.

ثانياً: مدونة اشينونا. وتاريخها غير معروف على وجه الدقة إلا أنه يمكن القول أنها سبقت شريعة حمورابي نحو نصف قرن أو أكثر.

ثالثاً: مدونة لبت عشتار (١٩٣٤-١٩٢٤ ق.م). نظمت الشريعة أحكام العمل الزراعي ودونت الشريعة باللغة اسومرية.

رابعاً: مدونة حمورابي. التي اكتشفت عام ١٩٠٢ على أيدي العالم مورغان وهي محفوظة في متحف الوفر في باريس. وهي أهم مدونة قانونية حضارية في تاريخ البشرية التي كشفت دقة التنظيم وسعة المعلومات التي وصلت إلينا كما هو واضح من تنقيبات العالم (شيل) عام ١٨٩٤ في جنوب العراق.

المبحث الثاني

الوثائق الملكية

ويراد بهذه الوثائق تلك المراسيم والرسائل والكتابات الصادرة عن الملك ومنها كذلك المحررات التي حررت مناسبات متعددة ويمكن بيانها على النحو الآتي:

المطلب الأول

المراسيم الملكية

ويراد بها الأوامر التي أصدرها الملوك المعالجة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وبيان الحلول العالجة ولهذا لم تكن هذه الأوامر بمثابة قواعد ثابتة وإنما إجراءات فورية لقضايا تتطلب حلولاً سريعة كاطفاء الديون المتراكمة أو معاقبة أشخاص عجزوا عن الوفاء بواجباتهم أو أبطال أنواع معينة من العقود الواقعة على الأموال.

المطلب الثاني

الرسائل

تعتبر الرسائل الملكية جزءاً من الوثائق الملكية التي كشفت جانباً من التنظيم الإداري في بلاد الرافدين المختلف مراحل التاريخ وهي أوامر وإرشادات كان يرسلها الملوك لحكام المناطق الخاضعين لهم في إدارة الملكية ولعل أهم هذه الرسائل تلك التي أرسلها الحمورابي (شمش خاصر) حاكم مدينة (لارسا) ورسائل الملك الاشورية إلى ابنانه ونوابه في مدينة (ماري) على نهر الفرات.

المطلب الثالث

الكتابات والنقوش

وهي تشمل جميع الكتابات التي أمر الملوك تدوينها على الجدران وكذلك النقوش التي تكشف عن تسجيل أعمالهم سواء أكانت على القصور أم المعابد وهي تكشف هبة الملك للأرض أو القصر أو المعبد مثلاً أو لإظهار الشكر للآلهة وكانت النقوش بمثابة تعبير عن رمز الآلهة التي تحمي العمل المكتوب^(١).

المطلب الرابع

المحررات الدبلوماسية

وهي الكتابات والمراسلات التي تمتد بين الدول في وادي الرافدين وبين هذه الدول ودولة الفراعته في وادي النيل ولا سيما المحررات الدبلوماسية التي تم تبادلها بين المحاكم أو الملوك وغايتها تنظيم العلاقات كتحديد الحدود والتحالف تنفيذاً لرغبة الآلهة هذا فضلاً عن وجود تبادل للسفراء ووجود الكتبة والمترجمين.

(١) شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ١٣٩.

المبحث الثالث

الأحكام القضائية

تشير المكتشفات الأثرية أن الأحكام التي كانت تصدر لحسم المنازعات بين الأفراد كانت تسجل في المحاكم لدى شخص مختص. ولا شك أن لهذه الأحكام المدونة أهميتها في إصدار القوانين وقد اكتشفت العشرات من الألواح في مدينة لكش جنوب العراق شملت أحكاماً قضائية في مسائل متعددة كالأراضي الزراعية والعقارات والعقود وقضايا الأسرة كالزواج والطلاق والتبني والإرث وغيرها.

وفي نطاق الأحكام القضائية عشر على لوح طيني في مدينة (نقر) قرب بابل كان يتضمن أول حكم قضائي يخص جريمة قتل على الزوج وإحجام الزوجة عن الإخبار عن القتل الذي قتلوا الزوج وهو موظف في أحد المعابد عام ١٨٥٠ ق.م وكانت تعلم بالقتل وحين قبضت عليهم السلطات وأحيلت قضيتهم إلى (مجمع المواطنين) صدر الحكم على الزوجة والقتل وعدت الزوجة شريكة لأنها لم تخبر السلطات وتستر على المجرمين حيث اعتبرت شريكة معهم غير أن الدفاع طلب تبرئة الزوجة لأنها لم تشترك في القتل ولأن سكوتها له ما يبرره لأنه كان مقصراً في رعايتها.

وجاء الحكم ميرثاً ساحة الزوجة ومعاقباً المجرمين حيث جاء في قرار الحكم: (أن العقوبة ينبغي ألا تشمل سوى القتل الفاعلين)^(١).

هذه الوثيقة تكشف عن العقاب على الجرائم في بلاد الرافدين وهو عقاب تفرضه السلطة العامة المخولة بذلك لأن فيها الحق العام حيث يتولى المجتمع تحريك الدعوى وإقامة العقاب على القتل حتى ولو كانوا متعددين. ويظهر على الوثيقة وجود نظام المحاماة والادعاء العام وأن للمتهم الحق في الدفاع عن نفسه.

وأن القضاء كان له منزلة رفيعة وأن أحكام المحاكم يجري تدوينها ونسخها بنسخ متعددة لتشكيل ثروة قانونية تسهم في إيجاد السوابق القضائية.

المبحث الرابع

الوثائق المثبتة للمعاملات اليومية بين الافراد

(المحركات المسماة)

من مصادر القانون في أرض الرافدين ما ورد إلينا من الوثائق المكتشفة التي بينت المعاملات اليومية بين الافراد من البيع والشركة والقرض والإجارة وكذلك الزواج والإرث والتبني وغيرها حيث أنها كتبت في ألواح بالخط المساري وذلك لأن طبيعة النظام السائد آنذاك يوجب الكتابة والإشهاد على التصرفات المالية والشرعية والأعمال الأخرى.

وهذه الوثائق التي دونت معاملات الأفراد كانت تستند إلى القانون أو الأعراف السائدة آنذاك وهذا التدوين غايته إثبات التصرفات أو معاملات بين الأفراد. وهذا يعني أن للكتابة دور كبير في وجود هذه التصرفات وهي تقابل في القوانين الحديثة (الشكلية القانون الكتابية).

المبحث الخامس

النصوص المدرسية والمعاجم اللغوية

تعتبر النصوص المدرسية من مصادر القانون في بلاد الرافدين وهو ألواح كتبت للأغراض التعليمية لدراسة القوانين والأحكام القضائية والتعليق عليها لغرض تعميم الفائدة للمتعلمين وسهولة الرجوع إليها عند الحاجة. وقد شكلت هذه النصوص المعاجم اللغوية ومن هذه المجموعات (انا اتيشو). ودلت الدراسات الأثرية أنها كتبت باللغة الاكادية وباللغة السومرية وقد أسهمت في تحليل نصوص قانون حمورابي.

(١) د. فوزي رشيد، المرجع السابق، ص ١٧.

الفصل الثالث

المدوونات في وادي الرافدين

يراد بالمدونات القوانين أو الشرائع التي ظهرت في بلاد الرافدين وهي وإن لم تكن شاملة لكل القواعد القانونية في تلك الفترة إلا أن الشائع في الاصطلاح على هذه القوانين تسمية المدونات وقد تفاوتت هذه المدونات من حيث دقة التنظيم وشموليته ولعل أهمها هي شريعة حمورابي الذي جمع الشرائع السابقة عليه في قانون واحد يطبق على جميع البلاد.

ولاشك أن لهذه المدونات أهمية كبيرة حياة سكان وادي الرافدين لأنها كشفت معالم الحضارة الفكرية والقانونية والاقتصادية والتاريخ البابلي عريق في قدمه ومنظم في مظاهره المختلفة. والجهة التي تملك حق إصدارها القوانين هم الملوك وما يصدر عنهم من الأوامر والنواهي كانت هي القانون الواجب التطبيق. وقد سادت الحكمة التي تقضى بأن الملك الذي لا يعدل بين الناس ولا يطبق العدالة فإن مملكته ستنهار ويشور عليه الناس ولهذا فإن غابة المدونات تحقيق العدالة ولعل أوضح دليل على ذلك ما أشارت إليه مقدمة وخاتمة شريعة حمورابي.

ولم تكن شريعة حمورابي هي الشريعة الوحيدة التي اكتشفت من المؤرخين وعلماء الآثار فقد اكتشفت قبلها مدونات عديدة سبقتها منها شريعة أورمو وليت عشتار وايشنونا ولهذا لا بد من التعرف على هذه المدونات في بلاد الرافدين لمعرفة حقيقة التطور القانوني آنذاك على النحو الآتي:

المبحث الأول

قانون أوركاجينا

تشير دراسات التاريخية والمكتشفات الاثرية أن هذا الملك البابلي قد حكم في فترة من حوالي ٢٣٥٥ ق.م وباسمه ارتبط الإصلاح الاجتماعي والعدالة كما وصف بأنه من الحكام الصالحين الذين يخافون الآلهة فأعطى الحرية للمواطنين وأشاع العدل بين الناس وقام بالعديد من الإصلاحات ولهذا عدت شريعته من الشرائع المتميزة في العهد البابلي القديم التي عشر عليها في مدينة (لكش) جنوب بلاد الرافدين في عام ١٨٧٨م مكتوبة في أربع نسخ وقد ترجمت لأول مرة في العالم الفرنسي (فرانسوتورو-داجان).

على أن هذه النسخ التي تضمنت أوامر الملك اوركاجينا في الإصلاح الاجتماعي ونشر العدالة والمساواة والحرية أتسمت بالطبع الإلهي فقد تبين من الترجمة أن الملك المذكور إنما أراد بذلك تحقيق رغبة الآلهة في المجال المذكور.

ومن الملفت للانتباه أن كلمة (الحرية) وردت لأول مرة في هذه الشريعة أو الوثيقة.

ويلاحظ أن الإجراءات التي قام بها اوركاجينا في أعماله الإصلاحية هي:

١- إجراءات فورية استثنائية كالحلول التي قدمها لمعالجة الوضع الاقتصادي كالتخفيف من مبلغ الضرائب وتحرير الأشخاص المقيدون بفعل تراكم الديون والحد من الاستغلال وحماية الأراامل واليتامى والضعفاء.

٢- إجراءات ذات طابع قانوني تؤكد العمل بالأعراف السائدة. ومن ذلك تحديد عقوبة السارق والمرأة التي تتزوج بأكثر من رجل ويقع الرجم بالحجارة وهو دليل على الاهتمام بالنسب والمحافظة عليه.

المبحث الثاني

قانون اورمو

سبق أن ذكرنا أن الملك اورمو مؤسس سلالة اور الثالثة التي حكمت مدينة أور جنوب بلاد الرافدين دام حكمه للفترة من (٢١١١-٢١٠٣ ق.م). وبرز في شريعته الطابع الإلهي على العلاقات الاجتماعية والقانونية. وتعد شريعة اورمو من أقدم المدونات القانونية في بلاد وادي الرافدين وهي أسبق من قانون حمورابي.

تضمن القانون مقدمة ومواد قانونية متعددة بلغت ٣١ مادة بعضها تمت ترجمته إلى مختلف اللغات والبعض الآخر كان مفقوداً أو تالفاً. وقامت فكرة القانون الساعي إلى تحقيق العدل والعدالة من خلال تنظيم المدونة لمختلف القضايا كالزواج والطلاق والأعمال الزراعية والفائدة والجرائم والعقوبات وأحكام التعويض عن الفعل الضار^(١).

المبحث الثالث

قانون لبت عشتار^(٢)

يُعد الملك (عشتار) خامس ملوك سلالة ايسن (٢٠١٧-١٧٩٤ ق.م) كتبت شريعته باللغة السومرية وقد نظمت شريعته العمل الزراعي في البلاد والجرائم والعقوبات والزواج وحماية الملكية الخاصة للأراضي الزراعية والميراث والإيجار.

لقد سبق هذا القانون شريعة حمورابي ودونت نصوصه على ألواح طينية كتبت باللغة السومرية لأنها كانت بمثابة اللغة الرسمية. وتكونت من مقدمة وخاتمة وعدد من النصوص

(١) د. عبد المجيد الحفناوي. المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٢) راجع: د. محمد معروف الدواليبي. المرجع السابق، ص ٤٨٧.

القانونية بلغت حوالي ٤٠ نصاً. ولعل أهم ما تميزت به هذه الشريعة أن مقدمتها نصت على أن الغاية من وجودها تحقيق الخير والعدالة السومريين والاكديين وأن اللغة ستنزل على من يخالف هذه الشريعة.

المبحث الرابع

قانون ايشنونا^(١)

يمكن قول أن هذه الشريعة سبقت قانون حمورابي بنحو نصف قرن أو أكثر وقد تضمنت نصوصاً متعددة نظمت الزواج والطلاق والعمل الزراعي والخطبة والعمل التجاري وغيرها. ويعود هذا القانون إلى أحد ملوك ايشنونا ويطلق عليه (بلا لاما) وأعلن عن اكتشافه عام ١٩٤٥ وقام بترجمته إلى العربية المرحوم الأستاذ طه باقر حيث كان القانون المذكور مدوناً باللغة البابلية. وقد تضمنت أحكام القانون العديد من العقوبات على الجرائم ومقادير التعويض وكذلك تنظيم أسعار السلع والوديعة والقرض مما يدل على دقة التنظيم في تلك الفترة.

المبحث الخامس

قانون حمورابي^(٢)

تعتبر شريعة حمورابي من أهم المدونات القانونية في بلاد الرافدين ففي عصره الذي دام حوالي ٤٣ عاماً بلغت الحضارة البابلية أوج عظمتها من حيث تنظيم العلاقات بين الأشخاص ونشأت المدارس الفقهية القانونية في عهده وبلغ الاجتهاد مبلغاً كبيراً ومتطوراً وهو يدل على العصر الذهبي الذي شاع فيه العدل والعدالة بين الناس، ويمكن القول أن المواضيع التي تناولتها مجموعة حمورابي القانونية وهي:

١- الجرائم المرتكبة من الأفراد والقضاء (المواد من ١-٥).

٢- السرقات العادية والسرقة المصحوبة بالسرقة وإخفاء الأشياء المسروقة وجرائم السلب والنهب (المواد من ٦-٢٥).

٣- الإقطاعات أو الأراضي المخصصة للعسكرية (المواد من ٢٦-٤١).

٤- عقد المزارعة والقرض مقابل رهن حيازي لشئ منقول (المواد من ٤٢-٥٢).

٥- الأضرار التي تلحق بالحقول بفعل فاعل سواء أكان ذلك نتيجة (العمد) أو (الإهمال) (المواد من ٥٣-٥٩).

٦- استصلاح الأراضي وتحويلها من أرض بور (خالية من الزراعة) إلى أرض صالحة للزراعة وإلى بساتين (المواد من ٦٠-٦٥).

٧- أحكام القرض بفائدة (المواد من ٩٠-٩٧).

٨- الشركة ASSOCIATION EN PARTICIPATION (المواد من ١٠٠-١٠٧).

٩- الجرائم المرتكبة من الناقل وصاحب الفندق (المواد من ١٠٨-١١٢).

١٠- تعسف الدائن في سلطته تجاه المدين (المواد من ١١٢-١١٩).

١١- عقد الوديعة (المواد من ١٢٠-١٢٦).

١٢- النساء الملتحقات بوظيفة دينية والنساء المتزوجات (المواد من ١٢٧-١٦٤) (١٧٨-١٨٤).

١٣- حقوق الأولاد والأرامل في أموال الأب أو الزوج (المواد من ١٦٥-١٧٧) (١٨٣-١٨٤).

١٤- التبني Adaptation (المواد من ١٨٥-١٩٣).

١٥- الجروح والإيذاء وإجهاض (المواد من ١٩٤-٢١٤).

١٦- (العمل الطبي) والأعمال الهندسية وربابنة المراكب.

١٧- إيجار الحيوانات ومسؤولية المستأجر (المواد من ٢١٥-٢٤٠).

١٨- أجور العمال والمزارعين (المواد من ٢٥٧ و ٢٥٨ و ٢٦١ و ٢٧٣ و ٢٧٤).

١٩- مسؤولية المستأجر (المواد من ٢٤١-٢٥٥).

٢٠- سرقة الأدوات الزراعية (المواد من ٢٥٩-٢٦٠).

٢١- مسؤولية حارس الحيوان (المواد من ٢٦٣-٢٦٧).

٢٢- شراء الرقيق (المواد من ١٧٨-٢٨-).

وتشير الدراسات التاريخية أن شريعة حمورابي لم تكن هي الشريعة الوحيدة التي طبقت في عهده وإنما كانت هناك تشريعات متعددة عبارة عن أوامر أو نواهي ملكية سميت بتشريعات الملك^(١). وتعالج بعض الأمور العارضة ولها صفة العموم والشمول كالنظام الدائن بقبول الحنطة بدلاً من مبلغ القرض عندما لا يملك المدين النقود وكذلك حق الولد المتبنى في

(١) تشريعات الملك هي Iois du roi أشارات لها شريعة حمورابي وهي كانت تتصف بالشمول وتعالج

مواضيع في الأحوال الشخصية والمعاملات.

د. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ٥١.

د. عبدالمجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(٣) عثر على هذه الشريعة في منطقة (تل الحرمل) وهي أقدم شريعة اكتشفت في تاريخ البشر.

د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٦٥-٦٦، ص ٤٨٨.

د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٥٤-٢٥٥.

(٢) أنظر: د. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ٤٩.

د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٥٨-٢٥٩.

هو إعلان الزواج وإشهاره. وأن الزواج بإمرأة ثانية لا يجعل منها نفس مرتبة الزوجة الأولى وإنما أقل درجة من الأولى وهو ما كان موجوداً عند الفراعنة أيضاً.

وما يتعلق بذلك أن شريعة حمورابي نظمت الهبة التي تقدم من الزوج لوالد الزوجة وأن هناك عقوبة إذا حصل النكول من أهل الزوج. وحدد القانون واجبات الزوج تجاه الزوجتين عند وجود تعدد الزوجات. وهذا يعني أن للمرأة مكانتها الاجتماعية وشخصيتها القانونية وهو دليل على مدى تطور شريعة حمورابي. كما أن والد الزوجة يقدم من طرفه بعض الأموال هدية للزوج. أي أن المرأة لم تكن محلاً للتعاقد كما كان الأمر عند العديد من الشعوب القديمة وإنما ينعقد الزواج بإيجاب وقبول وشكليات قانونية واجتماعية.

المطلب الثاني

العقود في قانون حمورابي^(١)

إن تنظيم العقود في أية شريعة وبيان حكمها القانوني في التاريخ القديم يدل على درجة الثقافة التي وصلت إليها الشعوب ومن خلال الاطلاع على مختلف العقود المدنية وتجارة في شريعة حمورابي يتضح لنا بصورة لا تقبل الشك أن هذه المدونة هي مرآة عاكسة للحضارة البابلية ومدى التطور الذي وصل إليه شعب بلاد الرافدين آنذاك.

وقبل الإشارة إلى بعض العقود التي شائعة آنذاك وكيفية تنظيمها لا بد من القول بأن المجتمع البابلي عرف الأوزان والقياسات والمقايضة والنقود وتحدد الحد الأدنى للأجور واستخدام الأنهار في التنقل إلى جانب الحيوانات. وقد عرف المجتمع البابلي أسلوب التعاقد بالمراسلة والتعاقد بواسطة النائب الاتفاقي (الوكيل) وهي الأفكار القانونية المتطورة التي لم يتوصل إليها الفكر القانوني في التشريعات المدنية الوضعية إلا في عصور متأخرة.

١- البيع و المقايضة:

ميزت شريعة حمورابي بين عقد البيع وعقد المقايضة، ففي العقد الأول كان العوض (الثلث) من الفضة وفي العقد الثاني يجري التبادل بين الأشياء من ذات النوع الرقيق بالرقيق والعقار بالعقار وبعد من عقد المقايضة أيضاً مبادلة شئ بآخر كمقايضة الحقل بالبيت أو الأرض بالرقيق. وفي عملية البيع كان يجري العمل كمقايضة الحقل بالبيت أو الأرض بالرقيق. وفي عملية البيع كان يجري العمل الرمزي الظاهري (كرمي العصا) للدلالة على إتمام العقد والتخلي عن حيازة الشئ.

(١) راجع: د. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ٦٤-٦٦.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٢٤.

الميراث وحق النساء الكاهنات في التصرف بحرية مطلقة بأموالهن الشخصية، ومسؤولية بائع الرقيق عن العيوب الخفية في الرقيق (كالمرض) وهو عيب موجب للرد. والتزام رب العمل بدفع الأجور للعمال كل ١٥ يوم وغيرها.

والواقع أن مدونة حمورابي كشفت عن العادات والتقاليد التي كانت سائدة آنذاك وتطبيق الحقوق وأساليب المرافعات وتنظيم وتوثيق التصرفات لبيان الحقوق والواجبات لأطراف العلاقة وهو أمر يسهل الإثبات.

ونظراً لأهمية شريعة حمورابي ويهدف الاطلاع على التنظيم القانوني المختلف المواضيع، لا بد من الإشارة إلى بعض مظاهر التنظيم على النحو الآتي:

المطلب الأول: الزواج في قانون حمورابي.

المطلب الثاني: العقود في قانون حمورابي.

المطلب الثالث: التنظيم القضائي.

المطلب الرابع: الملكية في قانون حمورابي.

المطلب الأول

الزواج في قانون حمورابي^(١)

تضمنت شريعة حمورابي العديد من القواعد والنصوص الخاصة بالزواج فاشتترطت المادة ١٢٨ لصحة الزواج أن يكون العقد مكتوباً في سند يتضمن أسم الزوج والزوجة ولا يقع الزواج بين الأحرار والرقيق فالزواج يقع بين الأحرار ويمكن للحر أن يتزوج من أمه ويمكن للمرأة الحرة أن تتزوج من رقيق تابع للقصر الملكي أو من الطبقة الوسطى.

وحالة الرق موجودة في المجتمع البابلي وكان الرقيق يعدون من ضمن الأشياء. لا يشار إلى أصولهم وهم يعتبرون من الأموال باستثناء أرقاء القصر والمعبد حيث كان لهم وضع أفضل من غيرهم من الرقيق بالنسبة للزواج.

ونظمت المواد من ١٤٩-١٥٣ حالة الجرائم المرتكبة من الزوجة تجاه زوجها والجرائم التي تكون ضحيتها امرأة متزوجة حيث تنزل بها أشد العقوبات كما عالج قانون حمورابي الهبات التي تمنح بمناسبة الزواج.

والزواج يحرر باسم الزوج ويجوز للوكيل أن يبرم عقد الزواج نيابة عن الزوجة ويذكر أسماء الشهود وتاريخ انعقاد العقد. كما كان العقد يجري بحضور قاضيين وأحد مساعديهما والغاية

(١) راجع: د. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ٦٤-٦٦.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٢٤-٢٥.

وقد أوقعت شريعة حمورابي العقاب على خائن الأمانة فالمودع لديه الذي يرفض رد الوديعة أو ينكر وجودها يحكم عليه بضعفها. ومثل هذا الحكم موجود في قانون الألواح الإثني عشر في روما وفي القانون المدني الفرنسي (Art, 1949) ⁽¹⁾ الخاصة بالوديعة الاضطرارية.

٤-القرض:

عرفت الشريعة حمورابي عقد القرض ونظمت الأحكامه بصورة دقيقة وكان القرض يقع على النقود والحنطة والصوف. وعرف عقد القرض الاستهلاكي وعقد القرض للاستعمال أو الإعارة ويقتضي العرف البابلي أن يكون عقد القرض مكتوباً تحدد فيه مبلغ القرض أو مقداره والأجل الواقف وأطراف عقد القرض ومحل أداء القرض كما يذكر ما إذا كان القرض مجانياً أم بفائدة وأسماء الشهود.

كما عرف البابليون القرض المجاني من الأشخاص وهو جانب من التعاون بين الأشخاص والقرض من المعبد للمرضى والمحتاجين وتمثل هذه المبالغ أو المنقولات من التبرعات للمعابد أو النذور أو الأموال التي تخصص للمرضى والفقراء. بل أن القرض كان يجري لمن يعمل في الحصاد مجاناً (بدون فائدة) تشجيعاً له إذا كان مخلصاً في عمله. ومع ذلك فإن القرض بفائدة كان موجوداً عند البابليين لا سيما في مجال العمل الإنتاجي الزراعي والنشاط التجاري إلا أن هناك سقفاً أعلى لا يجوز تجاوزه في بيان هذا السعر منعاً للاستغلال.

المطلب الثالث

التنظيم القضائي

تشير الوثائق المكتشفة بأن القضاء كان يجري في المعابد وإلى أن القضاة يعاونهم الكتبة وأن القضاة كانوا على نوعين: قضاة معبد وقضاة مدنيون وذلك حسب نوع الاختصاص لكل وظيفة غير أنه توحد القضاء فيما بعد وتولى القضاة المدنيون ممارسة القضاء في الفصل بين الخصومات ولا سيما في عهد حمورابي.

ويبدو أن حمورابي أنشأ جهازاً قضائياً يفصل في القضايا المستعجلة وتدل الرسائل المكتشفة على اهتمامه بالقضاء وممارسته لهذه المهام بصورة شخصية وكانت غايته في ذلك تحقيق المساواة والانصاف في الأحكام وهي رغبة الإله. فقد وردت عبارة الإنصاف في شريعته للتأكيد على تطبيق روح القانون لا التطبيق الشكلي المجرد.

ولم يقتصر البيع على الشيء فقط يشمل ملحقاته ويرد البيع على الحائض المشترك لينفرد به المالك لوحدته بعد إزالة الشيوخ ويتولى كاتب العدل تدوين الثمن ويتم الدفع بحضور الشهود وقد يكون دفع الثمن مؤجلاً أو معجلاً ولعل من أهم أسباب كسب الملكية في شريعة حمورابي هي البيع والميراث والأصل أن لكل شخص حر أهلية قانونية وعدم الأهلية استثناء. ومن المفيد أن نذكر بعض القيود المهمة التي كانت موجودة في شريعة حمورابي:

١- أن الارملة لا تستطيع التصرف بسبب وفاة الزوج بالأموال التي تلتقتها عن زوجها إلا إذا كان ذلك لمصلحة أولادها.

٢- لا يكون باستطاعة الضباط بيع الحيوانات الممنوحة لهم من الملك.

٣- الأراضي التي منحت للضباط من الملك لا يمكن بيعها.

وقد عرفت شريعة حمورابي حقوق الارتفاق كحق المرور والمجرى والمسيل ووجود (قسم اليمين) في مقدمة عقد البيع ويجري القسم باسم الملك.

٢-الإيجار:

عرف البابليون عقد الإيجار باعتباره عقداً يرد على منقعة الشيء فهناك إيجار الأشياء وإيجار الخدمات. فالأشياء التي يرد عليها الإيجار قد تكون من العقارات كالأراضي أو من المنقولات كالحيوانات والرقائق. فقد نظمت شريعة حمورابي أحكام اجارة الأرض (المزارعة بالأجر) و (المزارعة بالنصيب). كما أن الاجارة قد ترد على حق المرور أو البيوت.

لقد نظمت شريعة حمورابي اجارة الأشخاص (العمال) وكانت الأجرة من الفضة أو الحنطة أو الزيت كما نظمت أحكام دفع الأجور. والجارة تختلف عن عقد المقاوله حيث عرفت شريعة حمورابي تنفيذ الأعمال عن طريق التعهد لقاء أجرة متفق عليها كما في عقد المقاوله لصناعة الحلي أو في اصلاح مركب أو نقل بضاعة أو صناعة شيء.

٣-الوديعة:

نصت شريعة حمورابي في المواد (١٢٢-١٢٥) على أحكام عقد الوديعة إذ تكون الوديعة مقداراً من الحنطة أو النقود أو التمر أو المنقولات الأخرى ويقوم المودع لديه لرد الوديعة عند طلبها من المودع ويكون المحافظة عليها طوال فترة العقد (مجاناً) على أن الوديعة تكون أمام شهود وفقاً للعرف الجاري آنذاك.

ويبدو أن حضور الشهود على قيام الوديعة كان ركناً لقيامها وهي لاتعد موجودة بدون الشهود حيث لايمكن المودع أن يطالب بها إذا لم يشهد عليها.

(1) Le depot necessaite est celui qui a ete foree par quelque accident, tel qu un incendie, une ruine, un naufrage ou autre evenement imprevy).

نشأت الملكية الجماعية والملكية العائلية والملكية الخاصة جنباً إلى جنب وظهر أكثر من نظام معين للملكية في فترة تاريخية معينة^(١).

ولما كانت طبيعة الأراضي في العراق القديم صالحة بوجه عام، فقد اعتبرت الارض أهم الأشياء التي كانت محلاً لتملك الأفراد، وتطلب ذلك وجود العديد من القواعد والأحكام التي تناولت تنظيم أحكام الزراعة فيما يتعلق بشق الترع والقنوات والزرع وتنظيم شؤون الري وتأجير الأراضي الزراعية على نحو يشير إلى وجود تنظيم قانوني للملكية الفردية^(٢)، اقتضته طبيعة الحياة الاجتماعية التي تميزت وقتئذ بالصبغة التجارية والزراعية وكانت الملكية الفردية معروفة في المنقول والعقار إلا أنها لم تكن ذات مضمون مطلق وهو المضمون الذي أقره الرومان في زمن تال^(٣).

وإذا كانت ملكية العقارات والمنقولات معروفة في عهود الملوك قبل حمورابي فإن ملكية الأرض اتصفت بادئ الأمر بطابع ديني وكان لها إله يملكها ويحميها ثم تطورت بعد فترة فأصبحت ملكاً لحاكم المدينة وأفراد عائلته بعد أن كانت ملكاً للإله. وكانت الملكية الفردية مقدمة لا يجوز تقييدها إلا بقيود عدم الإهمال ولا يجوز التعرض لها فكان يحكم بالإعدام على العبد الذي قبض عليه ليلاً في أحد الحقول المملوكة للأفراد.

وفي عهد حمورابي استفحل شأن الملكية الفردية للأموال على حساب الملكية الجماعية والعائلية وإن لم يؤد ذلك إلى اختفاء هاتين الصورتين فكانت الأراضي المملوكة تبدو على أنواع ثلاثة هي:

النوع الأول: الأراضي التي كانت مملوكة للملك وتسمى (اوكالو) أو إقليم الهيكل وتشمل المراعي.

النوع الثاني: الأراضي المخصصة للملكية المواطنين وكانت تمنع للجنود والكهنة وتسمى إقليم (كورد ماتوم).

النوع الثالث: الأراضي التي لا يجوز التصرف فيها وهي المخصصة من المزارعين يعملون فيها تحت الإشراف القائم على إدارتها نيابة عن الملك.

وقد أقرت شريعة حمورابي للفرد حرية التصرف في أمواله المنقولة والعقارية واعترفت له بالحقوق في نطاق التملك والتبادل التجاري، ولكنها فرضت العقوبة على من يهمل زراعة

كما دلت المكتشفات الأثرية على وجود الإجراءات الشكلية للتقاضي ذات الطابع الديني ففي أحد الوثائق المكتشفة عن ابن حمورابي (ساموايلونا) الذي خلف الأب جاء فيها: (لا يعتد قضائياً بأقوال الشهود أمام القاضي، بل لا بد من إعادة هذه الأقوال أمام الإله في المعبد). وهذه الرسمية الدينية هي من ضمن إجراءات التقاضي التي تجري أمام باب المعبد ويبدو أن الحقوقيين في بابل توصلوا إلى أن الدليل الكتابي أفضل من الدليل الشفوي، فالدليل الكتابي أفضل من الشهادة. ويمكن القول أن الفصل بالمنازعات كان يقع من أشخاص لهم صلاحيات حل النزاع وهم.

١- الحاكم (شاكاناكو) وهو الشخص الذي يمارس العمل القضائي رغم أنه حاكم إحدى المقاطعات الإدارية فهو كبير الموظفين في إحدى المدن الكبيرة مثل (مدينة بابل) ومدينة (سيبار) ولهذا الشخص اختصاصات مالية وقضائية. ولعل من أهم اختصاصاته مالية وقضائية. ولعل من أهم اختصاصاته المحافظة على النظام العالم وحل قضايا الأحوال الشخصية والأسرية. ويعقد الحاكم جلساته بحضور مجلس مكون من عدة أشخاص^(١).

٢- رئيس المدينة (عمدة المدينة) ويقابل ما يسمى بـ (المختار) وتقع المسؤولية عليه عند حصول أعمال السلب والصوصية وعليه تقع مسؤولية توقيف المجرمين وهو يساهم في إدارة القضاء المدني أيضاً^(٢).

٣- مجالس القضاء وتتألف عمدة البلدة أو الحاكم من الشيوخ أو الأعيان أو من التجارة مع رئيسهم وكانت هذه المجالس ترتبط بالملك لتقوم ببعض التحقيقات والفصل في قضايا ذات طابع محلي محالة إلى الملك^(٣).

٤- قضاة المنطقة الإدارية ومساعدوهم. حيث تتألف المنطقة من أكثر من قاضي لإدارة الأموال الملكية إلى جانب المساعد (مساعد القاضي) وكذلك (جندي القاضي)^(٤).

المطلب الرابع

الملكية في قانون حمورابي

بعد أن أسس العراقيون القدماء مجتمعاتهم الحضارية الأولى بعد انتقالهم من طور الرعي إلى عهد الزراعة واستغلال الراضي، عرفت في بلاد وادي الرافدين صور متعددة للملكية فقد

(١) د. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ٢٥٩-٢٦٠.

(٢) د. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(٤) المرجع السابق، ص ٢٦٤-٢٦٥.

(١) صبيح مسكوني، تاريخ القانون العراقي القديم، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

د. إبراهيم الغازي، تاريخ القانوني في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر-بغداد ١٩٧٣-١٤٣.

(٢) فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الحيرة للطباعة-بغداد، ١٩٧٣، ص ٢٠، ص ٩٦.

(٣) د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٠٥.

الأرض مما يشير إلى مراعاة الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة وعدم جواز تعطيل الأرض الزراعية.

ومن المظاهر البارزة في شريعة حمورابي الشدة والقسوة في العقوبة التي تصل صرامتها إلى حد ذبح كل من يسرق ماله أو بغضبه أو يؤجر أموال الغير دون موافقة مالكها أو يجوز ماله مفقوداً يعود لشخص آخر ثم يعثر عليه الحائز دون أن يبذل جهداً معقولاً في رده إلى مالكه (المواد ٩، ١٠، ١٩ من شريعة حمورابي)^(١).

المبحث السادس

القانون الحيثي^(٢)

الحيثيون من الشعوب الهند أوروبية القديمة التي استقرت قرب منابع دجلة والفرات شمال وادي الرافدين وقد ورد أسم الحيثيين في التوراة وقد عثر على العديد من الألواح الطينية المكتوبة بالخط المسماري تضمنت القوانين التي نظمت الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية آنذاك وبلغ مجموعها حوالي ٢٠٠ مادة وتدل هذه المكتشفات الأثرية على أن القانون الحيثي لا يتضمن عملاً تشريعياً واحداً وإنما مجموعة من الأعمال المتنوعة وأن أغلب هذه المواد تعالج الجرائم والعقوبات وتضمنت تنظيم أسعار المواد الغذائية وسعر الفائدة وأجور العمال والعمل الزراعي

المبحث السابع

القانون الآشوري

الاشوريون نسبة إلى آشور كبير الآلهة وأطلقت على أقدم المدن في القسم الشمالي من بلاد الرافدين حيث استوطنوا في حوالي الألف الثالث، م وتقع آشور في جنوب مدينة الموصل وفي منطقة (الشرقات). وقد قوي الاشوريون حضارياً وسياسياً بعد ضعف البابليين في العهد القديم ولهذا يمكن القول أن الحضارتين البابلية والآشورية هما حضارتين أختين تحرتا من أم واحدة هي حضارة (سومر وأكد) إلا أن كل منهما شخصيتها المتميزة^(١).

وقد عثر على ألواح متعددة تضمنت مواداً قانونية في عامي ١٩٠٢ و ١٩٠٤ في قلعة الشرفاء قام بترجمتها (اتوشريد) وهي أهم وثيقة قانونية اكتشفت بعد شريعة حمورابي واعتبرها العام الألماني (كوشاكر) بمثابة ملف قانوني وقد تضمنت هذه اللوح تنظيم قضايا الزواج وحق الملكية وعقد الرهن والجرائم والعقوبات وأمور تخ تنظيم المحاكم وأصول المرافعات.

خلاصة عن خصائص القوانين في بلاد ما بين النهرين

يمكن إجمال بعض أهم هذه الخصائص على النحو الآتي

- ١- أن هذه القوانين المكتشفة هي من أقدم القوانين في العالم.
- ٢- أن هذه القوانين جاءت بنصوص متعددة شاملة تكشف عن مدى تطور حضارة وادي الرافدين
- ٣-الأخذ بمبدأ القصاص وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً.
- ٤-الأخذ بمبدأ التعويض بما يتناسب وحجم الضرر وهو ما أخذت به العديد من القوانين المدنية الوضعية.
- ٥- تبني مبدأ القوة القاهرة وعدم جواز التعسف في استعمال الحق.
- ٦-تنظيم الملكية الزراعية والعمل الزراعي ومنع الاستغلال.
- ٧-الحد من استغلال القوي للضعيف في العمل التجاري وخاصة في ميدان عقد القرض.
- ٨-تبني مبدأ الاختصاص في العمل وتنظيم الأعمال وتحديد المسؤوليات هو الحال في العمل الطبي.
- ٩-أن الحكم كان يقوم على أساس النظام الملكي المطلق حيث جمع الملك بين السلطة الدينية

(١) د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٤٩٢.

(١) د. محمود الأمين، قوانين حمورابي، مجلة كلية الآداب، تصدرها كلية الآداب-جامعة بغداد العدد ٣، ١٩٦١، ص ١٩٩.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) الحيثيون شعوب آرية غير عربية ظهروا أولاً في الشمال الغربي من بلاد الشام وهم الذين أزاحوا الأسرة البابلية الأولى حوالي ١٩٢٥ ق.م إلا أنهم حرصوا على احترام هذه الحضارة واستعادوا كثيراً من عقائدهم الدينية وفنونهم وما حضارتهم إلا حضارة فرعية من حضارة العراق القديمة الأولى. أما عاصمتهم القديمة فهي (حاتو شاش) ويعرف الآن موضعها في تركيا باسم (بوغاز كوي). ثم انهضت الدولة الحيثية عام ١٢٠٠ ق.م وانتقلت فلولهم إلى شمالي سوريا وكونوا دولاً صغيرة من أشهرها (مملكة كركميش) نسبة إلى عاصمتهم وهي الآن (جربلس).

د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٦٣، ٥٢٤.

(الحكم الإلهي المطلق) والسلطة الدنيوية. أي أن الملك خليفة الآلهة في الرض وهو الوسيط بينها وبين الناس.

١٠- أن القوانين هي تعبير عن الإرادة الإلهية والملك وحده الذي يقوم بتفسيرها للشعب، وأن مسؤولية الملك أمام الآلهة لا الشعب. فالسلطة السياسية في بلاد ما بين النهرين استندت إلى مصدر إلهي فاجتمعت بيد الملك السلطة الدينية والدنيوية وان الفضيلة الكبرى هي (الطاعة التامة) من الناس بل الاستسلام والخضوع للحاكم الذي لا يرتكب خطأ وان سلامة الملك تقوم عليها سلامة الجماعة، ولهذا برزت مظاهر الطغيان في الحكم.

الباب الثالث

لذلك سنوزع هذا الباب على فصلين على نحو الآتي:
الفصل الأول: القانون المصري في العصر الفرعوني.
الفصل الثاني: القانون المصري في العصر البطلمي (الإغريقي).

الباب الثالث القانون في وادي النيل (مصر القديمة)

التمهيد

يراد بكلمة مصر الحاجز بين الشيبين أي الحد بين الأرضين^(١). وقد عرفت عند الاشوريين بهذا الإسم وعند الاراميين باسم (مصرين) وعند العبرانيين باسم (مصرايم) وهي عند العرب باسم (مصر) أي الحد، كما عرفت عند اليونان بتسمية أخرى^(٢). وتشير الدراسات التاريخية إلى أن القوام التي سكنت وادي النيل منذ ستة آلاف سنة عاشت بوضع وسط بين الزراعة والصيد وإلى أن عبادة التوتوم كانت معروفة في مصر القديمة^(٣)، ويمكن تقسيم عصور التاريخ في وادي النيل إلى أربعة مراحل هي:
المرحلة الأولى: العصر الفرعوني ويبدأ حوالي عام ٣٢٠٠ ق.م وينتهي عام ٣٣٢ ق.م.
المرحلة الثانية: العصر البطلمي (الإغريقي) ويبدأ من عام ٣٣٢ ق.م وينتهي عام ٣١ ق.م.
المرحلة الثالثة: العصر الروماني ويبدأ من عام ٣١ ق.م وينتهي عام ٦٤١ م (٢١ هجري) وهو عام الفتح الإسلامي.
المرحلة الرابعة: العصر الإسلامي ويبدأ من عام ٦٤١ م حيث تعاقب على حكم مصر العصر والمعاليك والأتراك العثمانيون ثم الحكم الأوروبي حتى تاريخ استقلالها عام ١٩٤٥^(٤).
غير أن دراسات ستنصب على المرحلتين الأولى والثانية للتعرف على الوضع القانوني إباد مرحلة العهد الفرعوني والعصر البطلمي (الإغريقي) والوقوف على بعض مظاهر التطور الحضاري والقانوني في بلاد وادي النيل أما القانون الروماني والقانون الإسلامي فقد خصصنا لهما بابين مستقلين سنتعرض لهما في هذه الدراسة.

(١) منجد الطلاب للبستاني، ط٣٦، دار المشرق-لبنان، ١٩٨٦، ص٧٣٣.

(٢) أنظر: د. عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، ١٩٨٢، ص٢٢٥.

(٣) د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص٥٦.

(٤) انظر تفصيلاً المراجع التالية:

د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص٢٤١ وما بعدها.

د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص٢٢٥ وما بعدها.

د. أحمد إبراهيم حسن و د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص٢٤.

الفصل الأول

القانون المصري في العصر الفرعوني

يمكن القول أن فترة عهد الفراعنة استمرت حوالي ثلاثة آلاف عام أي منذ فترة حكم الملك الفرعوني (ميناء) نحو ٣٢٠٠ ق.م حتى الاسكندر الكبير عام ٣٣٤ ق.م وقد قسم العصر الفرعوني إلى فترات، وأن كل فترة اقتصرت باسم أسرة حاكمة لمصر ضمت مجموعة من الملوك حيث بلغت مجموع الأسرة حوالي ٣٠ أسرة^(١).

ولغرض معرفة أنظمة القانون العام والقانون الخاص في مختلف مراحل العهد الفرعوني لا بد من توزيع الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: نظام الجرائم والعقوبات.

المبحث الثاني: نظام المجتمع والأسرة.

المبحث الثالث: نظام الملكية والعقود.

المبحث الأول

نظام الجرائم والعقوبات

قبل بيان وضع القضاء ونظام الجرائم والعقوبات عند الفراعنة لا بد من القول أولاً أن الملك الفرعوني كان يتمتع بصفة الألوهية فهو ابن الإله (رع) إله الشمس والضياء. ولهذا فإن إرادة الملك هي القانون وهو الأمر النهائي له السلطات المطلقة لأن دمه طاهر وساد الاعتقاد بأنه لكي يبقى كذلك لا بد من الزواج من امرأة ذات دم طاهر فشاع الزواج من الأخت^(٢).

ويمكن القول أن الفراعنة فرقوا بين الجرائم تمس المصلحة الخاصة وتلك التي تتعلق بالمجتمع أو تؤذي المصلحة العامة حيث تكون عقوبة الجرائم الأخيرة أشد من العقوبة في النوع الأول.

(١) د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٢٧-٢٢٨. وتشير إلى أن المصريين القدامى عرفوا الكتابة منذ نهاية الألف الرابع قبل الميلاد وهي كتابة اعتمدت على الرسوم وسميت بالكتابة (الهيروغليفية) ثم حلت محلها الكتابة الكهنوتية وبعدها استخدمت اللغة (القبطية).

د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، بدون سنة نشر، ص ٢٤٠-٢٤٢ ويلاحظ أن المقصود بالفراعنة في اللغة الدهاء والمكر والفرعون عات متمرد وفراعنة كان لقباً لكل من ملك مصر. المنجد في اللغة، ص ٥٧٨.

(٢) انظر: د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

وقد حرم الرومان الزواج من بعض النساء ومنهن حرمة الزواج من البنت أو الحفيدة ولا للأب أن يتزوج من ابنتها ولا للجد أن يتزوج من حفيدها، فإن حصل فهو جريمة زنا. انظر مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، علم الكتب، بيروت، ص ٢١.

وأن إثبات الجرائم كان متسماً بالطبع الديني والاحتكام إلى الآلهة.

وقد كانت القوانين تدون من كاتمي الأسرار وتحفظ في سجلات تودع في قاعة (هوروس) وهو إله العدل. وقد أطلق على الملك تسمية (فرعون) نسبة للقصر الملكي ذلك أن هذه الكلمة تفيذ (البيت العظيم) أي القصر الملكي. وإلى جانب القضاء العادي كان هناك نوعاً من القضاء الخاص حيث لجأ الخصوم إلى نوع من أنواع التحكيم الذي إذا صدر من المحاكم أصبح واجب التنفيذ دون حاجة لحكم قضائي. وأصبح استفتاء الإله (أمون) في القضايا الجنائية والمدنية أمراً مألوفاً فكان يؤدي بالمتهم مذنباً أم غير مذنب^(١). وفي النطاق الجرائم والعقوبات في ظل العصر الفرعوني كان للدولة المصرية القديمة دورها في معاقبة المجرمين لم ينتشر مبدأ الثأر والانتقام الفردي على نحو ما عرفته المجتمعات البدائية.

من مظاهر التنظيم القانوني للجرائم والعقوبات آنذاك أن الجرائم الواقعة على الأحرار تختلف عن العقوبات التي تقع على الرقيق، كما أن مبدأ التضامن الأسري في مواجهة الجرائم والعقوبات كتن قائماً وأن العقوبة في الجريمة العمدية أشد من العقوبة في الجريمة غير العمدية. على أن الوثائق والاكتشافات الأثرية لم تظهر أنواع الجرائم التي كانت ترتكب آنذاك والعقوبات الواردة عليها، إلا أنه عشر على مجموعة وضعها الملك (حرم حب Haremhed) وكانت منقوشة على حجر في معبد الكرنك لكنها لم تكن واضحة، كما عشر على آثار تدل على وجود عقوبة الجلد وجدع الأنف ونفي الشخص المذنب وقطع الأذن، فالشخص الذي يؤدي اليمين الكاذبة يعاقب بقطع الأذن وغل العنق. ويلاحظ أن القانون الفرعوني أوجب إغاثة الملهوف وإنقاذ الشخص الذي في حالة خطر وإلا فإن القادر على الإنقاذ الممتنع عن تقديم المساعدة يعاقب بالجلد والصيام^(٢). ويمكن أن نورد بعض الجرائم وعقوباتها آنذاك على النحو الآتي:

أولاً: جريمة الامتناع عن إلقاء القبض على لص هارب يعاقب بقطع اليد أو اليدين

ثانياً: جريمة تزيف العملة أو تزوير الوثائق أو الغش في الميزانية ويعاقب الجرم بقطع اليد أو اليدين.

ذلك لأن مثل هذه الجرائم تمس الهيئة الاجتماعية آنذاك وهي تغضب الآلهة وأن هذه العقوبة تطهير لهذا الإثم أو ردع للجاني من تكرار الفعل والآخرين والحفاظ على المصلحة العامة.

ثالثاً: جريمة قتل الأصول (الأب أو الأم) فيعاقب بتقطيع أوصاله ثم حرقه حياً.

(١) د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

(٢) د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

رابعاً: جريمة قتل الفروع، كقتل الأب لابنه وعقوبتها احتضان الأب لجثة ابنه ثلاثة أيام علناً.
خامساً: أن المرأة التي ترتكب جريمة عقوبتها الموت وكانت حاملاً فلا تعدم إلا بعد وضع المولود. ويمكن إبدال العقوبة بأمر من الملك إلى عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة.
سادساً: جرائم السرقة حيث يعاقب السارق برد مثل المال المسروق وتعويض الضرر الناشئ عن ضياع المال المسروق.

سابعاً: جريمة إفشاء أسرار الدولة وعقوبتها قطع اللسان.
ثامناً: جريمة الزنا وعقوبتها جلع أنف الزانية عقاباً لها^(١). وقد ذهبت شريعة حمورابي إلى النص على إعدام الزوجة الزانية أو جلع أنفها وإحصاء شريكها.

المبحث الثاني

نظام المجتمع والأسرة

تشير الدراسات التاريخية والمكتشفات الأثرية إلى أن بلاد وادي النيل القديمة كانت تقوم على تقسيم المجتمع إلى طبقات متعددة في عهد الفراعنة. وأن الملك هو في أعلى الهرم الاجتماعي وهو رأس الطبقات لأنه كان يتمتع بصفة الألوهية التي يتلقاها من الإله (رع) ويستند في حكمة إلى هذا الحق الإلهي وقديسية الملك من قديسية الآلهة ولذلك فإن الاحتفالات والطقوس والقرابين كانت تقدم له وتسعى الناس إلى طلب رضاه^(٢).

(١) لا بد من الإشارة هنا إلى هذه القواعد القانونية كانت تتسم بالطبع الديني أيضاً لأن الملك يعتمد على الآباء الإيحاء في أوامره التي يصدرها. وأن ما ورد إلينا من مصر القديمة من قواعد قانونية كانت موجودة في المقابر والمعابد وهي ليست تقنياً بالمعنى المعروف كما هو الحال بالنسبة لشريعة حمورابي في بلاد ما بين النهرين، حيث لم يعثر حتى الآن على أثر مباشر في مصر القديمة للمجموعات القانونية التي صدرت في عهد الملوك الفراعنة رغم تدوينها في السابق على أوراق من البردي.

- د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٤٨-٢٥٠.

- د. محمد معروف الدولبي، المرجع السابق، ص ٥٦.

وينشر إلى أن الرومان أطلقوا مصطلح (أولاد الهواء) على الأشخاص الذين يولدون من نكاح ليس صحيحاً. فالزواج الذي يعقد خلافاً لقواعد النكاح الصحيح عدماً ولا يثبت فيه المهر ولا يكون الأولاد تحت ولاية أبيهم وهم جاءوا بطريق المصادفة أي من البذر واللحاق الذي تأتي به الرياح.

- مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) د. عبد السلام الترومانيني، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية والقانون الروماني، الدار الجامعية ١٩٩٣، ص ٣١-٣٢.

وهو يشير إلى وجود طبقة الأشراف وطبقة الصناع والتجار وصفار الموظفين ثم الفلاحين والعاملين في الأرض.

ثم تلي طبقة الأشراف بعد ذلك والتي كانت تتألف من:

١- كبار الكهنة.

٢- الحاشية من العائلة المالكة.

٣- كبار الموظفين.

٤- حكام الأقاليم.

ويلاحظ أن طبقة الأشراف التي كانت تتألف من الأشخاص المذكورين لهم امتيازات عديدة منها عدم خضوعهم للضرائب والسخرة ولهم الحصانة في العديد من الحقوق، كعدم جواز أفراد السلطة العامة أراضي الأشراف^(١). أما الطبقة الاجتماعية العامة فقد كانت مؤلفة من الفلاحين والمستخدمين والعمال وغيرهم ولا يدخل معهم الرقيق لأن هؤلاء ليسوا من البشر وإنما كانوا يعتبرون من الأشياء المملوكة وهم في حكم الحيوانات الأخرى لأن مصدر الرق يرجع إما إلى الحروب حيث يكون الرقيق من أسرى الحرب أو الولادة من الرقيق أو بسبب تراكم الدين، بينما كانت مصادر الرق في بعض الشعوب هي الحرب والولادة من الرقيق ولم تجز تشريعات متعددة استرقاق الدائن لمدينة عند عجزه عن الوفاء بالدين^(٢). كما هو الحال في قانون بوخوريس، الذي صدر عام ٧٤٠ ق.م وهو مؤسس الأسرة الرابعة والعشرون في العهد الفرعوني وارتبطت في عصره الإصلاحات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية^(٣).

كما تشير إلى أن وضع الأسرة في عهد الفراعنة خضعت للعديد من الضوابط، ففي المراحل الأولى لعصر الفراعنة كانت الأسرة تتألف من الأب والأم والأولاد وتقوم القرابة على رابطة الدم حيث ينتسب الأولاد لأقارب الأب والأم معاً بينما انحصرت القرابة في القانون الروماني بالأب وفروعة من الذكور^(٤).

(١) تنص العديد من الدساتير والقوانين في الدول المعاصرة على مثل هذه الامتيازات بالنسبة للملك وبعض رجالات الدولة.

(٢) انظر في مصادر الرق في القانون الروماني مثلاً:

مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي علم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر، ص ١١.

د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية، ١٩٩٣، ص ٢٠-٢١.

(٣) ألفت في هذه الفترة نظام استرقاق المدين وخفضت فوائد الديون وأصبحت علاقة الدائن مع المدين تنصب على الذمة المالية وألغى نظام الإكراه البدني وأقر للأفراد حرية التملك وتقرر مبدأ مساواة المرأة مع الرجل مع الاعتراف لها بالذمة المالية المستقلة.

د. هشام على صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٤) انظر: في ولاية الأب والنكاح الصحيح وفكرة القرابة من جهة الذكور عند الرومان:

مدونة جستنيان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ٢٠-٢٢. وقارن مع نصوص المواد (٣٤-٣٧)

من القانون المدني الأردني.

وإذا كان هناك من الباحثين من يعتقد بمعرفة بلاد النيل لفكرة الأسرة الأمية (القريبة من جهة الأم) فإن هناك من يعترض على هذه الفكرة ويرى عكس ذلك، ويعتقد أن النسب إلى الأم كان لفترة محددة والدوافع الحصول على الحقوق الإقطاعية من طرف الأم^(١).

ثم توسعت دائرة الأسرة لتشمل الأعمال والأحوال وفروعهم وأصبح مفهوم الأسرة في عهد الفراعنة يشمل بذلك جميع من يعيش في كنف رب الأسرة من الأوقارب ولأرقاء والخدم.

ومما يتعلق بنظام الأسرة في العهد الفرعوني تنظيم أسس الزواج والطلاق، فالزواج كان يقوم على أسس الزوجة الواحدة إذا لم تكن تعدد الزوجات معروفاً في البداية ثم ظهرت فكرة تعدد الزوجات من خلال الكتابات والنقوش الأثرية دون المساس بمركز الزوجة الأولى، كما عرف نظام (التسري) حيث كان الرجل من طبقة الأشراف يتمتع بالسرايا وهن زوجات غير شرعيات وينسب الولد الأمة دون أبيه ولا يجوز للزوجة من رجلين في آن واحد، وهو نظام عرف عند الرومان أيضاً^(٢).

أما الزواج الإلهي فهو زواج الملك من أخته أو أبنته غايته المحافظة على نقاوة الدم، ثم شاعت هذه الطريقة بين عامة الشعب ولم يُحرّم إلا بعد سنوات طويلة من ظهور المسيحية^(٣) وأياً كان نوع الزواج، يجب أن يسجل في سجلات الكهنة في المعابد ويدون في العقد حقوق الوجهة المالية كالنفقة والهدايا وغيرها.

ولم يعط الفراعنة الحق في حل رابطة الزواج بالطلاق إلا للزوج فقط ثم أصبح حقاً للزوجة كذلك، لاسيما إذا اشترطته في عقد الزواج وساد مبدأ الرضائية في عقد الزواج وجواز ذكر الشروط الملزمة في العقد المذكور كالحق في التعويض المالي عند وقوع الطلاق التعسفي من الزوج، أو عدم جواز الزواج من امرأة ثانية^(٤).

ومما يتعلق بنظام الأسرة في العصر الفرعوني هي سلطة الأب آنذاك، فقد كانت مختلفة عن سلطة رب الأسرة الروماني^(٥). فليس لرب الأسرة السلطة المطلقة على حياة الأولاد وليس له سيادة على زوجته وإنما كان للزوجة شخصية قانونية مستقلة. ولم تتقوض حقوق الزوجة إلا بعد شيوع تعدد الزوجات وقد ظهرت بوادر هذه السلطة الأبوية وتقييم الإبن الأكبر عن غيره

(١) انظر هذه الآراء في: د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٥١، هامش رقم ١.

(٢) رجع: مدونة جستنيان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ٢٣. وأن الولد المولود من زواج غير شرعي يسمى بالولد الطبيعي.

(٣) د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٤) د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٥٤. وقارن هذه الأسس مع قواعد النكاح الصحيح عند الرومان في مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٠-٢٣.

(٥) انظر مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٨-٣١.

من الأولاد. وتشير الدراسات إلى خضوع الزوجة في بعض المراحل التاريخية لسلطة زوجها^(١). وفي نطاق الإرث والوصية فإن وفاة الأب والأم يعد سبباً لاكتساب الملكية بين الأولاد بالتساوي بين الذكور والإناث إذا كانوا من الأولاد الشرعيين ثم توسع نظام الإرث ليشمل الإخوة والأخوات والزوجة، أما الأولاد غير الشرعيين والزوجات غير الشرعيات فليس لهم نصيب في الميراث. ولم ينحصر الإرث في الأموال وإنما امتد إلى التوارث في المهن والوظائف والحرف حيث يحل الأبناء محل الآباء في ذلك، كما عرفت الوصية في الأموال وإباح تنفيذها أمراً واجباً وخضوعاً لرغبة الأب لا يسما في فترة انتعاش السلطة الأبوية^(٢).

ولعل لسبب في هذه الوراثة للأموال والوظائف أو المهن هو التأثر بنظام الأسرة الأبوية من ناحية الاجتماعية وشيوع فكرة تقديس الأسلاف من الناحية الدينية فشملت التركة الأموال والسلطات وتقيدت سلطات وصي الأب بما لا يضر حقوق باقي الورثة.

المبحث الثالث

نظام الملكية والعقود

لاشك أن بلاد وادي النيل من المناطق الزراعية التي اشتهرت بخصوصية أراضيها لتوفر المياه والأيدي العاملة، وقد تباين نظام الملكية باختلاف الفترات السياسية. فالي جانب الملكية الفردية للأراضي الزراعية كانت هناك ملكية الجماعة لجانب من الثروات الطبيعية ومنها العديد من الأراضي.

والواقع أن الفقهاء والكتاب المصريين لم يتفقوا على رأي موحد حول أصل نشأة الملكية في مصر القديمة، فقد ذهب فريق إلى القول أن الملكية كانت في الأصل فردية لأن أرض مصر كانت ملكاً لفرعون ممثل الإله وهو الذي يوزعها على الأفراد الأستغلالها والانتفاع بها^(٣).

(١) د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٢) ويلاحظ كذلك أن الأولاد الشرعيين يلزمون بالإنفاق على إخوانهم غير الشرعيين:

د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٣) تفصيل ذلك انظر.

د. عبد السلام الترماني، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ١٩٧٣، ص ٤١١-٤١٢.

نزوية محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، رسالة مقدمة إلى جامعة القاهرة النيل درجة الدكتوراه في الحقوق، دار النهضة العربية - القاهرة، ٩٧١، ص ٥٣٤-٥٣٥.

محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة مقدمة لجامعة عين شمس لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، ط ١، ٩٧٤، ص ٥٠.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ح ٨، حق الملكية، دار النهضة العربية - القاهرة، ٩٦٧، ص ٤٨٥، هامش رقم ٢.

إن هذا التخصيص في الأموال عرف بنظام المؤسسات، وكانت هذه المؤسسات تخضع في الغالب لأشراف أحد الكهنة^(١).

نخلص مما تقدم إلى القول، أنه بالرغم من تعدد أشكال الملكية في مصر القديمة، وبرز الطابع الفردي في الملكية الخاصة، إلا أنها خضعت لتكاليف وقيود عديدة تعلق بالري أو المرور أو غيرها، وأن السلطة العامة اهتمت بضمان القيام بهذه التكاليف ومراعاة القيود حماية لحقوق الجماعة وضماناً لتأدية الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة^(٢). كما أن الملكية كان معترفاً بها الأموال الأخرى المنقولة (كالحيوانات والمواشي والرقيق) والأموال العقارية التي تنتقل جميعها بالإرث إلى الورثة.

أما بالنسبة لنظام العقود فقد شاع استعمالها بين الناس في العصر الفرعوني حيث كانت وسيلة التعبير عن الإرادة الإنشاء العقد هي اللفظ (العقد الشفوي) ولضمان تنفيذه يعزز باليمين أمام الشهود ولهذا اتسمت العقود بالشكلية لأن مطابقة القبول للإيجاب غير كافية لانعقاد العقد مالم يرافقها تأدية اليمين أمام الشهود.

ثم حل العقد الكتابي حيث يدون أمام القاضي في سجلات معدة لذلك واصبح التدوين للعقود يفي بالغرض فحل محل اليمين من الطرفين، كما أن الضرر الذي يلحق أحد الأشخاص بضمنه الفاعل بجبره وأن أموال المدين ضامنة للوفاء بالدين (فكر الضمان العالم) ولعل من أكثر العقود شيوعاً وانتشاراً في ذلك الوقت هو عقد المقايضة وكذلك عقد الإيجار وعقد القرض وعقد البيع وعقد المزارعة.

أما محل العقد فهو الاموال العقارية والاموال المنقولة وكذلك الاشياء المعنوية مثل بيع الوظائف كالتنازل عن بعض الوظائف الكهنوتية^(٣).

وفي نطاق العقود شاع استعمال عقود اجازة الارض الزراعية وعقود اجازة العمل كاستئجار الفلاحين والعمال الزراعيين للزراعة او جني المحاصيل الزراعية، وقد انتشرت فكرة تسجيل العقود امام موظف مختص لغرض اثبات حقوق اطراف العقد.

(١) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٢٠-٤٢٧.

(٢) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤١٧.

منذر الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، قدمت إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٠.

د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٥٧-٢٥٨.

(٣) عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

د. احمد ابراهيم حسن، تاري النظم القانونية والاجتماعية والقانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٣، ص ١٨.

وذهب فريق آخر إلى القول بأن الملكية في مصر القديمة كانت في الأول جماعية، لأن مصر لم تختلف عن بقية مجتمعات العصر القديم التي سادتها الملكية الجماعية^(١). وتردد فريق ثالث في الأولاد برأيه في هذا المجال بسبب غموض النوص التي وصلت إلى علمنا أولاً وتضاربها ثانياً^(٢).

وحين دخلت مصر القديمة عهد الفتوح والغزوات في زمن الفراعنة، ظهر التقسيم الثلاثي للملكية العقارية، وهي أملاك تعود إلى الملك وأخرى تخص طائفة الأشراف (كالكهنة وكبار الموظفين وحكام الأقاليم) وأملاك تعود إلى طائفة المحاربين^(٣). غير أن نظام الملكية ما لبث أن تغير بعد زمن ليحل محل التقسيم الثلاثي للملكية العقارية حيث حل نظام آخر يتمثل في استئثار الإله (أمون) بملكية جميع الأراضي في مصر القديمة وإمكان توزيعها من قبله على الأسرار بدلاً من الأفراد^(٥).

ولعل أهم يلاحظ على نظام الملكية في مصر، أن الملكية الفردية (ملكية المنقول والعقار) الجماعية وجدت في مصر القديمة جنباً إلى جنب مع ملكية الأسرة وفي جميع أدوار التاريخ المصر^(٦). ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن سكان مصر القدماء كانوا من أوائل الشعوب التي عرفت الزراعة، وقد دفعهم العمل الزراعي إلى الاستقرار والتجمع^(٦). مما ساعد في نشوء الملكية الفردية وملكية الأسرة إلى جانب الملكية الجماعية والملكية الإلهية.

ويضيف بعض الكتاب صورة أخرى إلى أشكال الملكية في المجتمع المصري القديم، تتمتع بشخصية قانونية معنوية مستقلة، وتخصص لأغراض النفع العام.

وعدت هذه الصورة بحق، أحد المظاهر الهامة للتطور القانوني في مصر القديمة. ذلك لأن اعتقاد المصريين بوجود حياة أخرى بعد الموت، وما يتطلبه ضمان السعادة فيها من تقديم القرابين في أماكن رفاتهم وإقامة الشعائر الجنائزية بصورة مستمرة دفعهم إلى تخصيص بعض أموالهم لهذا الغرض.

(1) Hussien Hassan, Evolution de la propriete Fonciere en Egypte dans Lantiquite. These montpellier, 1899, p.40.

مشار إليه في هامش رقم ١ ص ٥٣٥ من رسالة نزية محمد.

(٢) نزية محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

(٣) نزية محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٣٩.

(٥) محمد علي جنبولة المرجع السابق، ص ٦٨، ص ٨١.

(٦) عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٨٧.

اما في عقد القرض فلا يجوز تجاوز سعر الفائدة المحدد انذاك رغم ان الوقائع العملية كانت تشير الى وجود الفوائد المركبة وكان حددها الاقصى ٣٠٪ ومنعت فيما بعد الفائدة المركبة لما فيها من استغلال القوي للضعيف^(١).

الفصل الثاني

القانون المصري في العصر البطلمي (الاغريقي)

يعد (بطليموس ptoleme) نائب الاسكندر الاكبر من الملوك الاقوياء في مصر القديمة وقد سميت هذه الفترة باسمه (الفترة من ٣٣٢ ق.م - ٣١ ق.م) فقد اعلن نفسه ملكاً على مصر عام ٣٠٥ ق.م وأنشأ ملكية وراثية واطلق لقب (بطليموس) على الملوك الذين خلفوه في الوراثة ولهذا السبب سميت كذلك هذه الفترة بالعهد البطلمي او البطالسة حتى قدوم الرومان عام ٣١ ق.م^(١). وقد استعملت الكتابة في هذا العصر الروماني بالاسلوب العامي وهي تكتب بخط عادي واكثر بساطة من (الهيروغليفية) وتلتها الكتابة (القبطية) وهي لغة مصرية مكتوبة بحروف الهجاء اليونانية مع بعض الحروف المصرية القديمة^(٢).

ولغرض الاطلاع على الاوضاع القانونية في هذا العصر لا بد من توزيع البحث على النحو الاتي:

المبحث الاول: نظام الحكم والادارة.

المبحث الثاني: النظام القانونية والقضائي.

المبحث الثالث: نظام الاسرة.

المبحث الاول

نظام الحكم والادارة

اقام الملوك البطالمة سلطتهم بعد الفراعنة على اساس الحق الالهي المطلق حيث اعتبروا انفسهم ابناء للاله (رع) واخذوا عن الملوك الفراعنة فكرة زواج الاخ من الاخوت وفكرة وراثة العرض بين اكبر الابناء من الذكور. وكانت اوامرهم هي القانون الذي يدير شؤون الحكم والفصل في المنازعات حيث كان لكل ملك ديوان خاص وعدد من الموظفين لهذا الغرض^(٣).

وقد لوحظ ان الملك في مصر القديمة كان يجمع بين يديه السلطات التشريعية والتنفيذية دون رقابة من احد ولهذا غالباً ما كانت هذه السلطة تقود الى الاستبداد والتسلط، واذا كانت الدولة القوية تحتاج الى حاكم قوي فإن هذه القوة لا بد ان تقتصر بالظلم وهو صفة حكم الفرد. فالاساس الذي قام عليه الحكم في مصر البطلمي هو الحكم الملكي القائم على اساس نظرية

(١) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٦٢-٢٦٣.

(٢) د. عبدالمجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٤١-٢٤٢.

(٣) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٦٣ - ٢٦٤.

(١) قارن الاتجاه مع ما ذهبت اليه العديد من القوانين المدنية العربية حين منعت تقاضي الفائدة على متجمد

الفوائد وعدم مجاوزة الفائدة لاصل رأس المال. ومن ذلك مثلاً:

المادة ٣٢٣ من القانون المدني المصري.

المادة ٢٣٥ من القانون المدني الليبي.

المادة ١٨٤ من القانون المدني العراقي.

ويلاحظ ان العمال كانوا دائماً يعملون بأجور أي علاقة تعاقدية (عقد العمل) فقد وجد على منقبة احد

القضاة الفراعنة ما يشير الى ان العمال الذين عملوا في المقبرة نالوا اجرهم من خبز وجعة وثياب او زيوت

او قمح وهم غير مكرهين على العمل.

- د. احمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٩ - ٢٠.

قضاة مصريين في قضايا المصريين وقضاة من الاغريق في قضايا الاغريق، وتختص المحكمة المختلطة في الفصل بالنزاع عند وجود خصوم من جنسيات متعددة^(٣).

وإذا كان الفرعون هو القاضي الاعلى في البلاد فإن هذا الاختصاص توارثه ايضاً الملوك في العهد البطلمي حيث يلجأ الافراد للملك لرفع الظلم عنهم وتحقيق العدالة منه، ففي شخص الملك تجتمع صفتا اله العدل واله الخير وقد ينيب الملك عنه اشخاصاً للقيام بالقضاء وفض الخصومات او ان يباشر هذه المهام بنفسه حسب ظروف الحال وفي القضايا الخطيرة يقوم القاضي بمهمة القضاء او تشكيل محكمة خاصة للنظر في الموضوع.

وتشير الدراسات التاريخية عن مصر القديمة في العهد الفرعوني والبطلمي الى ان العدالة احتلت موقعاً مهماً في النظام القانوني ففي خطاب العرش الملكي بتعيين الوزير او القضاة يوصى الملك بمراعاة العدالة والعدل والتحلي بالفضائل عند الفصل في النزاع والبحث عن الامور الحميدة ومنع الظلم والاعتداء كالسلب والنهب^(١).

المبحث الثالث

نظام الاسرة

يمكن الوقوف على بعض مظاهر الاسرة في العهد البطلمي الذي اعقب عصر الفراعنة من خلال معرفة موضوع اهلية المرأة والزواج السائد انذاك ثم دور السلطة الابوية على الاسرة.

فالمرأة لها اهلية قانونية كاملة واستقلال مالي وتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنها من وضع الشروط والتصرف في الاموال المملوكة لها وهي ليست خاضعة للوصاية من الزوج او الاب، وان الزواج قائماً على الزوجة الواحدة وزواج الاخت شائعاً، كما ان السلطة الابوية تحددت حسب ضوابط لا تجيز للاب التصرف بأموال اولاده او الاعتداء على حياتهم، وان نظام التبني غير معروف في هذا العصر على نحو ما اقرته العديد من الانظمة القانونية القديمة^(٢).

ولم يقم نظام الزواج على اساس الاكراه، وانما ساد مبدأ التراضي بين الزوجين حيث تتحدد اموال الزوجين وهدايا الزوجة الاولى بمركز افضل من غيرها من الزوجات، هذا عدا عن وجود الزواج غير الشرعي والاولاد غير الشرعيين الذين كانت منزلتهم اقل من منزلة الابن الشرعي الذي يسجل من الزواج الشرعي في سجلات الكهنة في العباد، فالابن الشرعي له الحق في الميراث بعد وفاة الاب او الام بينما ليس للابن غير الشرعي مثل هذا الحق.

(١) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٢) د. احمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٣) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٦٦ - ٢٦٧.

الحق الالهي المطلق فالفرعون اله او ابناء لاله وقد ورث البطالمة هذه الفكرة عن الفراعنة، حيث تجتمع جميع السلطات بيد الملك واختلطت فكرة الدولة به فهو الذي يملك السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية الى جانب الوظيفة الدينية ولهذا سادت (الوهيمة الملك) وهو الذي يملك الحكم والادارة للدولة لانه الحاكم الاعلى والمرجع في كل شيء، وهو الذي يفوض بعض صلاحياته للوزراء الذين يحكمون باسمه وتحت اشرافه^(١).

فالملك هو مصدر جميع السلطات، كما كانت مصر مقسمة الى اقاليم ومناطق أي الى عدد من الوحدات الادارية التي يديرها حاكم وكانوا في البداية من الاغريق قم حل محلهم حكام من مصر^(٢). واساس الحكم في ادارة الاقاليم كان يقوم على مبدأ العدالة الذين جعلوا لها اله سمي (معات Maat) أي العدالة والحقيقة وهي قيد على سلطات الحاكم^(٣).

المبحث الثاني

النظام القانوني والقضائي

اختلف النظام القانوني في العهد البطلمي بتعدد السكان انذاك حيث تعددت القوانين، فالسكان من المصريين كانوا يخضعون لقانون (بوخوريس) سالف الذكر باعتباره قانون البلاد المطبق على السكان الاصليين، وطبقت على الاغريق (قوانين المدن) وخضع اليهود في مصر لشريعتهم وللحكام التي يصدرها رؤساء طوائفهم^(٤).

والقوانين الملكية كانت تحفظ في سجلات العدالة وان الملك وحده هو المختص في تفسير النصوص او القواعد القانونية وهو الذي يملك الغاء القانون او تعديله ولهذا فإن طاعة القانون واجبة لا سيما وانها تمثل الرغبة الالهية وان الخروج على هذه الطاعة يعرض الشخص للعقاب^(٥). وهذا يعني ان السلطة الدينية والديوية بيد الملك فهو المشرع القاضي وهو ابن الالهة او الاله ذاته في بعض مراحل التاريخ المصري القديم.

اما النسبة للنظام القضائي فإن المحاكم تعددت تبعاً لتعدد القوانين فكان الملك ينيب عنه

(١) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٢) د. احمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٧٩.

ونشير الى ان حكام الاقاليم والوحدات الادارية كانوا يقومون بعملية تحصيل الضرائب وتنظيم الاراضي وحدودها وضبط النظام بين الناس.

(٣) د. عبدالمجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٤) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

(٥) د. احمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٦٨ - ٦٩، ص ٧٠ - ٧١.

وقد قام نظام الالتزامات على اساس العلاقة بين الذم ولا يجوز استرقاق المدين بسبب الدين او استخدام الاكراه البدني للحصول على الدين من المدين المعسر، فأموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وهو تطور كبير في الوضع القانوني قياساً الى بعض الانظمة القانونية في شعوب اخرى حيث امتدت الدائن على حياة المدين وحرته عند عجزه عن سداد الدين.

نخلص مما تقدم الى ان الحاكم في مصر القديمة كان يتميز بصفة الالهية والمكانة السامية والسلطات المطلقة والعلم الالهي بكل شيء وان مايقوله الملك هو القانون الذي يجب ان ينفذ لانه مشيئة الله وارادته هي القانون المنظم لعلاقات الناس في المجتمع، وعلى الافراد الخضوع التام لها، ولا يوجد ضابط لسلطات الملك المطلقة، وان القاضي يحكم حسب هذه الاوامر او العادات والتقاليد المحلية، كما ارتبط تالية الحاكم بالشرق فشاع الاستبداد السياسي والطغيان عبر مختلف مراحل تاريخ الشرق.

وللزوجة الحق في اشتراط عدم الزواج من زوجة ثانية في عقد الزواج ولها ان تشتراط عدم تطبيقها من الزواج او ان تذكر في عقد الزواج اية شروط اخرى كحقها في التعويض عن الضرر الذي يصيبها من تعسف الزوج او حقها في الطلاق، ولكن القوانين البطلمية لم تجز زواج الزوجة من رجلين او اكثر، فالتعدد كان قائماً بالنسبة للزواج لرجل واحد^(١).

ولا شك ان الاهتمام بالنسب من القضايا المعروفة عند البابليين، لا سيما شريعة حمورابي، وفي بلاد النيل وعند اليهود وفي القانون الروماني وفي الشريعة الاسلامية^(٢).

المبحث الرابع

نظام الملكية والعقود

سبق ان تعرفنا الى نظام الملكية في العصر الفرعوني، ولم تكن هناك تغيرات جوهرية في نظام الملكية خلال العصر البطلمي الذي اعقب عهد الفراعنة، فأهم انواع الملكية هي ملكية الاراضي والعقارات التي كانت مقسمة حسب الطبقات الاجتماعية ودرجة اهميتها انذاك. ومن اهم هذه الاراضي هي الاراضي الزراعية التي كانت تتميز بها مصر القديمة بسبب خصوبة اراضية وتوفر مصادر المياه ووجود الايدي العاملة.

ولا شك ان الملك كان هو الملاك الاول والذي يقطع الاراضي الى الاسر والكهنة او يخصصها للمعابد او يعطها لقادة الجيش تنتقل بالميراث كما وجدت الملكية الخاضعة للافراد الملكية العامة.

اما في نطاق العقود فإن المبدأ الاساس الذي كان سائداً انذاك في (مبدأ الرضائية في العقود) وحرية الافراد في التقاعد وان العقود على نوعين: عرفية، ورسمية تحتاج، الى شكلية معينة كالتابة والشهور لانشائها. وقد عرفت العديد من العقود منها عقد المقايضة وهو انواع وهو اقدم انواع وعقد العمل وعقد المزارعة وعقد القرض بفائدة وعقد الايجار.

(١) يشير الدكتور محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٣٣١ الى ان فكرة شيوعية المرأة في مناطق افريقية القديمة قد انتهت منذ فترة مبكرة من تاريخ الانسانية بحيث لم يبق من اثاره اليوم الا القليل. فالفوضى الجنسية كانت لدى الشعوب البدائية الاولى وهي لم تبق او تستمر كذلك ثم في ص ٣٣٧ بأن الزواج، وهو اختصاص الرجل بزوجه، كان هو النظام الاول واستمر حتى الان، وان الفوضى الجنسية التي وجدت في بعض مراحل التاريخ لدى بعض الشعوب بنما هي من الامور العارضة.

ولهذا فإن العصر البطلمي ليس من مراحل الشعوب البدائية لان الجنسية لم تكن موجودة فيه على نحو ما كان معروفاً في المجتمعات البدائية الاولى. كما لم يعرف هذا العصر فكرة (واد البنات).

(٢) انظر على سبيل المثال ما ورد في المادة ١٣ من قانون حمورابي التي جاء فيها: (اذا تركت زوجة رجل بيتها وترددت على بيت رجل اخر حيث يقيم، ان هو اضطجع معها مع عمله بأنها زوجة رجل فإنها يقتلان معاً).

الباب الرابع

الفصل الأول

التطور التاريخي للقانون الروماني^(١)

مر القانون الروماني بمراحل مختلفة تميز كل منها بخصائص معينة فالقانون ولد في مجتمع روما الصغير ثم امتد واتسع نطاقه الى ايطاليا ومعظم دول العالم المتمدن في ذلك الحين وكان من نتيجة ذلك ان تغيرت الاوضاع في المجتمع الروماني وتنوعت النشاطات والعلاقات. والفترة التي تشمل القانون الروماني بحدود ٧٥٤ق. م وحتى القرن السادس الميلادي (وفاة الامبراطور جستنيان).

ويذهب البعض الى تقسيم تاريخ تطور القانون الروماني الى:

- ١- العصر الملكي: ويبدأ بانشاء روما وينتهي بقيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ق. م.
- ٢- العصر الجمهوري: ويبدأ عام ٥٠٩ ق. م وينتهي بقيام النظام الامبراطوري عام ٢٧ق. م.
- ٣- عصر الامبراطورية العليا: ويبدأ عام ٢٧ق. م وينتهي عام ٢٨٤م.
- ٤- عصر الامبراطورية السفلى (العهد البيزنطي) ويبدأ من عام ٢٨٤ م وينتهي بوفاة الامبراطور جستنيان عام ٥٦٥م^(٢).

وذهب آخرون الى تقسيم القانون الروماني حسب ما تميز به من خصائص الى ثلاثة اقسام وفقا لتطور العوامل الاقتصادية والاجتماعية وهي:

- ١-مرحلة القانون القديم.
 - ٢-مرحلة القانون العلمي.
 - ٣-مرحلة تجميع القانون الروماني.
- ولغرض دراسة تاريخ تطور القانون الروماني لايد من الاطلاع على النظام السياسي اولا ثم المراحل التي مر بها تطور القانون المذكور وكذلك قانون الالواح الاثني عشر ثم مجموعات جستنيان القانونية المشهورة، ولهذا سنقسم هذا الفصل على النحو الآتي:

الباب الرابع

القانون الروماني

Roman Law

تمهيد

إن اصول البحث العلمي السليمة تقضي التعرف على الجذور التاريخية للعديد من القواعد القانونية. والقانون الروماني يحتل مكانة مهمة في الدراسات القانونية لأنه الاصل التاريخي لكثير من القوانين المدنية ولهذا دابت العديد من الجامعات على دراسة هذا القانون في كليات الحقوق وتوسعت اهمية هذه الفكرة وصار يدرس حتى في الدول التي لا صلة لها مع القانون الروماني كما في روسيا والمجلترا والولايات المتحدة الامريكية.

فالقانون الروماني هو المصدر للعديد من القوانين الوضعية في البلدان ذات النظام اللاتيني وتلك التي اعتمدت على الشريعة الاسلامية سواء اكان هذا المصدر مباشرا ام غير مباشر. وان الفائدة كبيرة من الاطلاع على حضارة الرومان واوضاعهم وتأثيرهم في الشعوب وهي وسيلة جيدة لتكوين العقلية القانونية لدارس القانون ولهذا وزعنا الباب على النحو الآتي.

الفصل الأول: التطور التاريخي للقانون الروماني.

الفصل الثاني: مصادر القاعدة القانونية في القانون الروماني.

الفصل الثالث: نظام الاسرة في المجتمع الروماني.

الفصل الرابع: نظام الملكية.

الفصل الخامس: الحقوق الشخصية (الالتزامات).

(١) للمزيد من التفاصيل عن تاريخ تطور القانون الروماني راجع: الدكتور توفيق حسن فرج، القانون

الروماني، الدار الجامعية- بيروت، ١٩٨٥، ص ١٠٠ د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٣٩ - ٤٢.

(٢) د. غسان رباح، تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، المرجع السابق، ص ٤٢.

المبحث الأول

النظام السياسي

يرتبط النظام القانوني بالنظام السياسي ولغرض معرفة البناء القانوني لآبد من تحديد النظام السياسي عند الرومان ولهذا قسمت مراحلها الى ما يلي:

أولاً: العصر الملكي:

كانت العشيرة هي الوحدة الاجتماعية والسياسية لروما فقد كان الشعب الروماني يتكون من عدة عشائر وكل عشيرة تتكون من عدة أسر ومن مجموع العشائر تكونت الدولة الرومانية في منطقة روما، ويرجع أفراد العشيرة الى اصل مشترك حيث يرتبطون فيما بينهم برابطة القرابة عن طريق الذكور. اما من الناحية السياسية فقد وجدت في العصر الملكي في روما هيئات ثلاث قام عليها نظام الحكم، الحاكم وهو الملك ومجلس لاشيوخ ثم مجلس الشعب^(١).

١- الملك Rex

كان الملك هو الحاكم وصاحب السلطة العامة يتولاها مدى الحياة ولم تكن الملكية وراثية وانما يعين الملك بواسطة سلفه، وللملك ولاية دينية وقضائية وادارية وعسكرية ويدعو مجلس الشعب والاشيوخ الى انعقاد ويقوم بالعبادة العامة حيث يشترك سكان المدينة مع الملك في هذه العبادة وهو وحده الذي يستشير الآلهة والذي يصدر العقاب على المجرمين^(٢).

٢- مجلس الشيوخ Senates

كان المجلس يتألف من رؤساء العشائر آنذاك وان عدد اعضائه يزداد مع ازدياد العشائر وهو عبارة عن مجلس استشاري للملك ويتولى المجلس التصديق على قرارات مجلس الشعب^(٣). لأن تلك القرارات لا تكون ملزمة الا بعد اقرارها من مجلس الشيوخ.

٣- مجلس الشعب

يتألف هذا المجلس من سكان المدينة الاحرار القادرين على حمل السلاح ولم يكن لمجلس الشعب حق التعديل فيما يعرضه عليها الملك كما لم يكن له حق الاقتراح وانما له ابداء الرأي في الموافقة أو الرفض. ولا يستطيع الدخول في هذا المجلس إلا الاشراف وهدم دون العامة.

(١) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٤.

ثانياً: العصر الجمهوري (القنصلي)

وفي ظل هذا العصر ظهرت بعض المناصب العامة يتولاها أشخاص يختارهم مجلس الشعب وهم:

١- الحاكم المحقق للتحقيق في الجرائم الخطيرة كخيانة الدولة وقتل الاب.

٢- حاكم الاحصاء ومهمته تحديد الاشخاص الذين يقع عليهم أداء الخدمة العسكرية ودفع الضرائب.

٣- حكام الاسواق ويتولون فصل النزاع في الاسواق حول بيع الرقيق والحيوانات.

٤- الحاكم القضائي الذي يفصل في منازعات الافراد. وهو (بريتور المدينة).

ثالثاً: العصر الامبراطوري

وفي ظل هذا العصر يتولى النظام السياسي حاكم واحد هو الامبراطور الذي انفرد بالسلطة. وبقي الى جانب الامبراطور مجلس الشيوخ الذي يمارس دور القناص او الحاكم سالف في الذكر وحصرها بيده واصبحت له جميع السلطات السياسية والشعبية والدينية لفرض سلطته على الناس^(١).

وللامبراطور مجلس امبراطور استشاري يستشير به ويتناقش معه في المسائل المعروضة عليه وكان يتألف اولاً من اصدقاء الامبراطور وكبار موظفيه ثم اصبح فيما بعد من كبار الفقهاء ولهم رواتب ثابتة.

ومن ناحية الدينية فقد استحدثت موانع جديدة للزواج وتشديد العقوبات على الزاني والشخص الذي يلحد وتشجيع الاشخاص على الوصية وغيرها. وظلت الطبقات الاجتماعية قائمة حيث احتلت طبقة كبار الملاك المرتبة الاولى.

(١) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٥٦.

المبحث الثاني

المراحل التي مر بها تاريخ تطور القانون الروماني

قسمت هذه المراحل تبعاً لتأثير العوامل الاقتصادية والاجتماعية وهذه المراحل هي:

أولاً: مرحلة القانون القديم

وتشمل هذه المرحلة فترة العصر الملكي والعصر الجمهوري فقد كان القانون ينسب الى الملوك والقانون الذي ولد في تلك الفترة كان بدائياً نظم مجتمعا بدائياً اعتمد على الرعي والزراعة. واتسم بالقوة والشكليات ويعد قانون الاثني عشر من اهم القوانين التي صدرت في هذه الفترة وقد تضمن حوالي ١٠٠ مادة ونستعرض لهذا القانون في المبحث التالي.

ثانياً: مرحلة العصر العلمي (القانون العلمي)

ويعتبر هذا العصر اهم مراحل القانون الروماني اذ انتقل القانون الى مرحلة متقدمة من النضج والرقي والازدهار ومن المرجح ان تكون فترته بحدود (٣٠) ق. م بصدر قانون ايبوتيا وينتهي بحكم الامبراطور (دقلديانوس عام ٢٨٤ م) حيث ادخل نظام الدعوى الكتابية (التي يكتبها البريتور بناء على طلب اطراف النزاع). وكذلك التخلص من الشكليات التي وجدت في قانون الاثني عشر. وقد سمي بمرحلة القانون العلمي نسبة الى العلماء والفقهاء الذين ظهروا في هذه المرحلة. وقد تركت الفلسفة اليونانية اثارها على القانون الروماني من جانبين: الجانب الديني حيث ظهرت المسيحية والجانب القانوني حيث اثر اليونان على تفكير الرومان في تقسيم القوانين وبيان الحلول للمشكلات.

ثالثاً: مرحلة جميع القانون الروماني

وتبدأ هذه المرحلة من عام ٢٨٤ م وحتى عام ٥٦٥ م بوفاة الامبراطور جستنيان حيث تدهور الوضع الثقافي والقانوني لابتعاد رجال القانون عن الاجتهاد وسيادة الروح العسكرية وسيادة مبدأ الدكتاتورية (تركز السلطة) واصبحت ارادة الاباطرة هي القانون. لقد ساد التأخر في هذه الفترة بفعل النمط الدكتاتوري في الحكم ووصفت هذه المرحلة بانها مرحلة انهيار الداخل والتهديد من الخارج ولعل ابرز الاحداث في هذه المرحلة هي تجميع القوانين من الامبراطور جستنيان. لهذا سنبين مجموعات جستنيان القانونية التي كان لها تأثيرا كبيرا على القانون المدني الفرنسي في المبحث الرابع.

المبحث الثالث

قانون الاثني عشر^(٧)

Lio des douze tables

من المعلوم ان العرف هو القانون غير المكتوب، وقد ظهر اولاً في روما لتنظيم الحياة كما اعتبر العصر الملكي هو المصدر الاول للقانون غير ان الظروف اوجبت تدوين هذه القواعد العرفية بسبب اهميتها وحاجة الناس آنذاك للتعرف عليها فدونت على هذه الاالواح التي كانت بمثابة اول قانون مكتوب في روما. وهذه الاالواح المكتوبة كانت حصيلة كفاح شاق وطويل من العامة لأن القواعد العرفية كانت محاطة بكثير من الشك والغموض وكان رجال الدين وهو الاشراف يحتكرون معرفة القانون ويستغلون جهل الناس بالقانون فصاروا يفسرون العرف لصالحهم مما دعا عامة الناس الى المطالبة بتدوين هذه الاعراف في الاالواح المذكورة.

ويرجع تاريخ تدوين هذه القواعد العرفية الى الفترة (٤٥٠-٤٤٩ ق.م) وكانت نصوص هذه الاالواح محفوظة عن ظهر قلب من طلبة المدارس لأنها احكام موجزة كالامثال ولهذا عدت هذه الاالواح من اول القوانين التي وصلت الينا والتي تبين حقيقة الشعب الروماني وتقاليده الاولى. وهذه الاالواح تتعلق بالقانون الخاص مع وجود بعض الاحكام عن الجرائم العامة والاحكام الدينية، والمرافعات وتضمنت ايضا تنظيم الاسرة وما يخص الحقوق المالية وبذلك عد هذا القانون (القانون الوطني المدني الروماني).

وطبقاً لهذه الاالواح فان المدين العاجز عن سداد الدين يسترق او يباع او يقطع جسمه حياً ارباً بين الدائنين مما يدل على ان الاالواح في مجملها بربرية في الموقف وتظهر افضلية شريعة حمورابي التي سبقت قانون الاثني عشر بنحو الفي عام او اكثر التي نظمت الاعمال التجارية والزراعية على نحو افضل من معالجة قانون الاالواح المذكور.

فبالنسبة لنظام الدعاوي في قانون الاثني عشر فقد كما يقوم على الرسمية والشكلية اي التفوه بعبارات خاصة والقيام باجراءات معينة وصولاً الى الحق. وهذه الدعاوي على نوعين وهي:

(٧) تفصيل الموضوع انظر:

د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

د. هشام علي صادق و د. عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

د. عكاشة محمد عبدالعال، القانون الروماني، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص ٤٩.

د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٤.

المبحث الرابع

مجموعات جستنيان القانونية

يرجع الفضل في عملية تجميع الفقه الروماني القديم وتدوينه الى الامبراطور جستنيان^(١). ولا شك ان تجميع القواعد القانونية يحقق الكثير من المزايا منها التيسير على الناس في الاطلاع على هذه القواعد فتضمنت مجموعات جستنيان ما يلي:

- ١- مجموعة القوانين Code وهي تحتوي على القوانين او الدساتير الامبراطورية.
- ٢- الموسوعة Digest التي تحتوي على الفقه وتعد تجميعا للقانون القديم.
- ٣- النظم Les institutes وقد خصص لطلبة القانون اي للاغراض الدراسية.
- ٤- الدساتير الجديدة وهي مجموعة الدساتير الامبراطورية الجديدة التي اصدرها جستنيان بعد نشر مجموعة القوانين.

إن هذه المجموعات التي وضعها جستنيان تسمى في العصر الحديث ب القانون المدني Droit civil وهي آخر الاعمال العلمية في العصر الروماني وفضل الجهود العلمية آنذاك ولذلك سنوضح هذه المجموعات على النحو الآتي:

أولاً: مجموعة القوانين أو الدساتير الامبراطورية

وضعت هذه المجموعات بامر من الامبراطور جستنيان حيث شكل لجنة من كبار اساتذة القانون لوضعها وقد فرقت بين القانون القديم والفقه والدساتير الامبراطورية (التشريعات) او القوانين وقامت هذه اللجنة بتجميع الدساتير الامبراطورية ووضعت في اثني عشر كتابا تخليدا لذكرى قانون الالواح الاثني عشر وتم نشرها عام ٥٢٩ م. ثم جرى تنقيحها من لجنة اخرى وانجزتها عام ٥٣٤ م. فكان كل كتاب مقسم الى ابواب تتضمن اسم الامبراطور حسب الترتيب الزمني والمكان والزمان ومناسبة توجيه الدستور^(٢).

ثانياً: الموسوعة الفقهية Encyclopedia

تضمنت الموسوعة كل ما يخص الفقه الروماني حيث احتوت على آراء مشاهير الفقه الروماني حيث نشرت عام ٥٣٣ م. وهذه الموسوعة بلغت ٥٠ كتابا مقسمة الى الابواب والفقرات مستخلصة من مؤلفات رجال الفقه.

(١) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١١٨، هامش ١. د. شفيق الجراح، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها، مطبعة رياض-دمشق، ١٩٨٢، ص ١١٠. مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ١.
(٢) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٦٩.

١- دعاوي تقريرية: ويراد بها اقرار الخصم للحق والاعتراف به ويقع الاقرار امام الحاكم اولا ثم امام القاضي المختص.

٢- دعاوي تنفيذية: ويقوم برفعها من حصل على حكم ضد خصمه او من حصل على اعتراف بالدين امام الحاكم بهدف التنفيذ بالحق المعترف به.

ويلاحظ بان الهدف من صدور قانون الالواح الاثني عشر في روما هو تحقيق المساواة بين طبقات المجتمع الروماني. وان الاشخاص القائمين بوضع هذه الالواح هي لجنة مكونة من عشرة حكام من الاشراف والعامه وان هذه اللجنة اهدت ايضا بقانون صولون في اليونان. وبعد انجاز هذه الالواح اعلنت في الساحة الشعبية بروما لاطلاع الناس عليها.

ويشير الشراح الى ان قانون الالواح الاثني عشر قد خول رب الاسرة سلطة مطلقة ومنع الزواج بين الاشراف والعامه. كما تضمن حقوق الملكية والارتفاق على الاراضي ونظام الجرائم والعقوبات الا ان هذه الالواح لم تحقق الهدف المنشود وهو تحقيق المساواة بين الطبقتين سالفتي الذكر^(١).

خصائص قانون الالواح الاثني عشر^(٢):

- ١- ان اسلوب صياغة القانون كانت بطريقة الامثال والعبارات المختصرة سهلة الحفظ يغلب عليها الطابع الشعري.
- ٢- ان الجزاء على المدين كان قاسيا الى حد ان سلطة الدائن امتدت الى جسد المدين وروحه عند عجزه عن الوفاء بالدين.
- ٣- ان القانون مصدره العرف الروماني المتطور مع بعض احكام القانون اليوناني (صولون)
- ٤- لم يحقق المساواة الفعلية بين افراد المجتمع الروماني، فالزواج مثلا بين الاشراف والعوام لا يجوز.
- ٥- ان وضع القانون لم يكن بتفويض من الآلهة وانما بوحى من الالهة ورغبة الشعب فهي من صنع البشر.
- ٦- ان القانون المذكور وصل الينا بصورة غير مباشرة عبر دراسات فقهاء الرومان وحفظ الناس له على العكس من بعض القوانين المكتوبة صورة مباشرة مثل شريعة حمورابي.

(١) للمزيد من التفاصيل راجع: د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٦٦-٦٧.

(٢) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٦٧.

وهي عبارة عن كتاب مدرسي مبسط وضع لدارسي القانون الا انه كان يتمتع بقوة التشريع من حيث الزامه وقد قسم الى عدة كتب وابواب واقسام وينود وقد ترجم الى اللغة العربية من الاستاذ المرحوم عبدالعزيز فهمي عام ١٩٤٦ تحت عنوان (مدونة جستنيان).

رابعا: الدساتير الجديدة

اصدر جستنيان دساتير متعددة في الفترة الاخيرة من حكمه والتي انتهت عام ٥٦٥ م بهدف التعديل من احكامها لكنها لم توضع في مجموعات محددة وانما قام باعدادها بعض فقهاء الرومان ولعل من اقدمها مجموعة عرفت باسم (مختصر جوليان) وصدرت عام ٥٥٤ م.

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية في القانون الروماني

ان دراسة تاريخ القانون عند الرومان تشير الى ان القاعدة القانونية لها مصادر متعددة، وان هذه المصادر كانت متعددة رغم تباين المراحل التي مر بها القانون الروماني، ولهذا يمكن حصر مصادر القاعدة القانونية في القانون المذكور لمختلف العصور (العصر الملكي والعصر الجمهوري والعصر الامبراطوري) على النحو الآتي:

المبحث الاول: العرف.

المبحث الثاني: التشريع.

المبحث الثالث: القانون البريتوري (احكام القضاء).

المبحث الرابع: الفقه.

المبحث الاول

العرف^(١)

يعد العرف من اقدم مصادر القاعدة القانونية، فهو القانون غير المكتوب وهو اسبق في وجوده من الدولة والتشريع. وطبقا للقانون الروماني فهو المصدر الاول للقاعدة القانونية في العصر الملكي في روما. وهذه القواعد العرفية نشأت جيلا بعد جيل من سلوك تعارف عليه الناس واصبح مقتننا بجزء اذ لم يحترم الاشخاص هذه العادات. والقواعد العرفية كانت هي المصدر الوحيد للقانون في العصر المذكور ولم يتم التعرض لكيفية نشوء العرف وطريقة اكتساب القوة الملزمة الا ان الظاهر انه نشأ من اعتياد الناس على سلوك معين وتوارث هذا السلوك الذي اقترن بجزء الهي عند مخالفته.

ويبدو ان لرجال الدين دور كبير في نشوء العرف وفي تفسيره وتوجيهه في العصر الملكي وظل العرف هو المصدر الوحيد للقاعدة القانونية حتى صدور قانون الالواح الاثني عشر.

(١) انظر: د. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص ٧٤-٧٦.

د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٧-١٩.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٦٢-٦٥.

يراد بالتشريع ما صدر عن السلطة التشريعية المختصة من نصوص قانونية ومراسيم واوامر ودساتير خلال مراحل تطور القانون الروماني. ويرى البعض بان المراد بالتشريع هي القوانين الملكية التي ربما كانت موجودة الى جانب العرف في العصر الملكي، بينما يذهب البعض الى خلاف ذلك ويرى بعدم وجود مثل هذه القوانين في العصر الملكي^(١).

والقائلين بوجود هذه القوانين في العصر الملكي يرون بانها كانت تحتوي على مراسيم دينية صدرت عن الملوك او الكهنة. الا ان ابرز تشريع صدر هو قانون الالواح الاثني عشر سالف الذكر الذي لم يبلغ دور العرف حيث ظلت القواعد العرفية سارية الى جانب التشريع او القانون الذي اقترن عادة باسم الحاكم الذي اقترحه. ومن هذه القوانين هو (قانون كانوليا) الذي صدر عام ٣٣٥ ق. م وبموجبه حصل عامة الناس حق الزواج من الاشراف بعد ان كان محرما عليهم من قبل^(٢).

والتشريع عادة يبدأ اولا بمرحلة الاقتراح وهو مقصور على الحكام حيث يقوم الحاكم بعرض الاقتراح على مجلس الشيوخ ثم على الشعب ثم يرجع الى المجلس المذكور لاققراره او تعديله او رفضه. ويصير القانون نافذا من يوم اقراره او من تاريخ اخر محدد. والقانون كان يحتوي على ثلاثة اجزاء: المقدمة او الديباجة ثم النص المقدم للتصديق ثم الجزاء.

ولعل من اهم القوانين التي صدرت بعد صدور قانون الالواح الاثني عشر هو قانون كانوليا سالف الذكر و (قانون بابريا) الذي يخص الاراضي الزراعية وحماية الضعفاء حيث رفع عن الدائنين الحق في اللجوء الى الاكراه البدني على المدين دون صدور حكم سابق وهو بداية لعصر جديد من الحرية في العصر الجمهوري^(٣). كما صدر ايضا (قانون بليتيوريا) الذي صدر في العصر الجمهوري وحدد سن الرشد بـ ٢٥ سنة واعتبر من لم يبلغ هذا السن بحاجة الى الحماية لأنه من القاصرين.

كما صدر كذلك قانون يكمل قانون الالواح الاثني عشر منع بموجبه تملك الاشياء المسروقة ومنع تملك العقارات بالتقادم الا اذا كان من وضع يده على العقارات بالقوة^(٤).

المقصود بالبريتور هو القاضي او الحاكم القضائي الذي يفصل في النزاع المدني ولعل اول وظيفة ترجع لعام ٣٦٧ ق. م لحسم المنازعات بين المواطنين الرومان ثم انشأت بعدها وظيفة قاضي الاجانب (بريتور الاجانب). وقد ساهم هؤلاء الحكام في تكوين القواعد القانونية من خلال المنشورات التي كانوا يصدرونها فاعتبرت منشورات البريتور مصدرا جديدا للقانون حيث تكون عنها ما سمي بـ (القانون القضائي)^(١).

ويراد بالمنشور الخطة التي كان يصدرها الحاكم عند توليه الوظيفة يبين فيها القواعد وسلطات اخرى كالتمكين من الحيابة ورد الشيء الى اصله والاوامر.

وعلى البريتور واجب سماع اطراف النزاع وتوجيه الخصومة ومراقبة ادائهما للصيغ القانونية وكان للبريتور بموجب سلطته ان يقدم للافراد ما يحقق مصالحهم عند تعذر تحققها بموجب القانون المدني بسبب النصوص الجامدة. وقد صار اسلوب الترافع امام البريتور بطريقة المرافعات المكتوبة (طبقا لقانون ايبوتيا) بينما كانت الوسيلة القديمة هي المرافعة الشفوية^(٢).

اما عن منشور البريتور الذي يصدره البريتور عند توليه المنصب فكان هناك المنشور الدائم (القانون السنوي) وكذلك المنشور الطارئ لمواجهة الحالات الاستثنائية، وهناك المنشور المتداول الذي اصبح معروفا لدى الناس ويعبر عن الشعور القانوني للناس.

ونشير الى ان القانون البريتوري يختلف عن التشريع لأن الاول متغير بينما يبقى التشريع ثابت لا يتغير، وقد استقل القانون البريتوري عن القانون المدني اي عن (القواعد العرفية والتشريعية والفقهية).

غير ان منشورات البريتور هذه وقفت عن التطور وجرى تجميعها في منشور موحد هو (المنشور الدائم) فتوقف الحكام القضائيون عن ادخال اي تعديل او اضافة فيما عدا حالات النقص حيث كان القاضي يكمل النقص باللجوء الى القانون الدائم والى سلطة الامبراطور.

ففي عصر الامبراطور (هارديان) عهدت الى الفقيه الروماني (جوليان) بان يجمع قواعد المنشور وترتيبها في مجموعة رسمية صدق عليها مجلس الشيوخ فاصبحت ملزمة قانونا لكل حاكم قضائي^(٣). ولهذا فان المنشورات العديدة التي صدرت شكلت مجموعة قانونية تعتبر

(١) انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٥-٢٦. د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٦٥-٦٦.

(٣) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٤٥.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٤) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٤٦.

(١) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٣) د. عكاشة محمد عبدالعال، القانون الروماني، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص ٨٢-٨٣.

بمثابة مصدر مادي لجانب من القانون الروماني فاخذت هذه المنشورات مكانة قانون الالواح الاثني عشر، الا انه ظلت بمثابة جزء من العرف^(١). لأنه كان يستمد من حاجة المجتمع والرأي العام واعتبارات مصلحة الناس.

المبحث الرابع

الفقه

يمكن القول ان الفقه هو من مصادر القاعدة القانونية في القانون الروماني بالتشريع الذي يقوم بتدوين المبادئ القانونية العامة لا يستطيع تدوين كل شيء ولهذا ظهرت الحاجة الى التفسير الذي عد مكملا للتشريع وليس جزءا منه وسميت القواعد الناشئة عن تفسير التشريع به القانون المدني. وتتجلى اهمية التفسير لنصوص التشريع من المكانة الرفيعة التي كان يحتلها القائمين بعملية التفسير في المجتمع الروماني^(٢).

وقد كان للاخبار في اول الامر دورا بارزا في عملية التفسير فتكونت اولا مجموعة القواعد الدينية او (القانون الالهي) اما قواعد الدنيا فاطلقت عليه تسمية (القانون) وحرص الاحبار على الاستمرار في عبادة الاسلاف واحتكار المعرفة بعلم القانون وقواعد التفسير الذي لم يستمر طويلا حيث اصبح من حق العامة تولي منصب رجال الدين ومعرفة العامة لعلم القانون^(٣). وقد حل الفقهاء محل رجال الدين في عملية التفسير كما قام الفقهاء بدور الافتاء والاجابة عن الاستشارات التي يسالون فيها، كما كان لهم دور مشهود في مساعدة الافراد على اعداد صيغ التصرفات القانونية وفي مساعدة الافراد امام القضاء واطلق على القانون الذي نشأ عن تفسير الفقهاء بالقانون المدني وهو ينصرف الى فتاوي الفقهاء.

ولم يقتصر الامر على الفتاوي وانما امتد الى مؤلفات بعض فقهاء الرومان التي اصبح لها قوة الالزام اذا كان مجمعا عليها، ويرجع الفضل في تكون علم القانون الى تأثير الفلسفة اليونانية التي ساعدت الفقهاء على قوة المنطق والاستنتاج والتعليل، وكذلك وجود القانون المدني والقانون القضائي والقانون الامبراطوري مما جعل الفقه المجال الخصب للتوفيق بينها وجعلها وحدة متناسقة.

(١) المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) انظر مفصلا:

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٧٦-٧٨.

والفقه هو (معرفة الامور الالهية والامور البشرية، والعلم بما هو حق شرعا وبما هو غير حق).

- مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٥.

(٣) وردت كلمة الاحبار في العديد من الآيات القرآنية وتعني علماء بني اسرائيل.

اما عن اشهر الفقهاء فهم (لايبو) و (كابيتو) وقد تأسست مدرستين فقهيتين تكونت من كل من الفقهيين وتلاميذهما. ولعل من اشهر فقهاء القانون الذي كان ينتمي الى مدرسة الفقية (كابيتو) هو الفقيه (جايس) الذي انجز مؤلف (النظم) institution الذي يعد من مراجع الفقه الروماني بعد موسوعة جستنيان وقد اكتشف عام ١٨١٦ م وهو موجز في القانون الخاص (القانون المدني والقانون البريتوري)، وقد تضمن على اقسام متعددة:

القسم الاول: مصادر القانون والاشخاص.

القسم الثاني: الاشياء والحقوق العينية والمواريث الايضائية.

القسم الثالث: المواريث والالتزامات (الحقوق الشخصية).

القسم الرابع: الدعاوي.

الا ان علم القانون بلغ العصر الذهبي في العصر العلمي مع كتابات الفقيه (باينيان) ثم جاء الفقيه (اولبيان) ثم (بول) وكذلك (مودستان). وقد اعتبر قانون الاسانيد ان لكتابات هؤلاء الفقهاء قوة القانون فاذا كان الفقهاء (جايس وباينيان واولبيان وبول ومودستان) قد اجمعوا على رأي معين فان القاضي يلتزم به^(١).

(١) انظر: د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٧٩-٨١.

الفصل الثالث

نظام الاسرة في المجتمع الروماني

لدراسة نظام الاسرة في ظل المجتمع الروماني لا بد من التعرف على المركز القانوني للاشخاص والسلطة الابوية ونظام الزواج التبني ثم الموت المدني واخيرا الوصاية والقوامة على النحو الاتي:

المبحث الاول

المركز القانوني للاشخاص

لم يعترف القانون الروماني بالشخصية القانونية لكل انسان، وترتبط كلمة (الشخص) باهلية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وله دوره في الحياة القانونية ولذلك لم تثبت هذه الشخصية الا لعدد قليل من الاشخاص في المجتمع وهو رؤساء الاسر الرومانية. ثم ما لبث ان تطور الامر ومنحت الشخصية القانونية لافراد الاسرة وللنساء والاجانب ومن ثم حتى الارقاء، ثم صار للشركات والجمعيات شخصية قانونية^(١).

عناصر الشخصية القانونية

١- الحرية: اذ اشترط القانون الروماني ان تكون الانسان من الاحرار والشخص الذي لم يكن حرا اي عبدا لا شخصية قانونية له لأنه كان يعد من الاشياء. والانسان الحر هو الشخص الذي يستطيع ان يعمل ما يريد في حدود القانون.

٢- الوطنية: والمقصود بذلك ان الشخص الاجنبي لم يكن يتمتع بالشخصية القانونية.

٣- الحالة العائلية (رب الاسرة) اي ان الشخص المستقل بحقوقه غير الخاضع لغيره هو الذي يتمتع بالشخصية القانونية فيكون اهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

والاصل ان بداية الشخصية القانونية تكون بولادة المولود حيا وتنتهي بالوفاة او الموت المدني، واستثنى من ذلك حالة الجنين الذي يسمى بـ (الحمل المستكن) والذي اجاز القانون الروماني بان تثبت له الحقوق وان شخصية الانسان القانونية قد تستمر حتى بعد وفاته لصالح الورثة وهو امر يتعلق بالحيلة القانونية.

فالشخص الحر هو المواطن الروماني الذي لم يكن مملوكا لغيره وقد يكون الحر في الاصل من الاحرار او كان عبدا ثم اعتق وتحرر من العبودية. وتحرر الرقيق من العبودية كان يتم

(١) د. غسان رياح، المرجع السابق، ص ١٠٣-١٠٥.

مدونة جستنيان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ١١.

بحكم القانون او بارادة سيده، ففي العصر الامبراطوري كان القاضي يقضي بتحرير الرقيق اذا ما اساء اليه سيده وعندها يكتسب بعض الحقوق.

ونشير بان المواطن في روما لا يعتبر من المواطنين الرومان الاحرار الا اذا كان متمتعا بالجنسية الرومانية وقد كان هذا قاصرا على طبقة الاشراف وحدهم ثم تمتع بها بعد ذلك العامة ثم منحت الجنسية الرومانية حتى للاجانب الذين يولدون على الاراضي الرومانية او كمنحة من القانون او بالتجنس^(١).

المبحث الثاني

السلطة الابوية

من خصائص السلطة الابوية في العصر الروماني القديم هي السلطة المطلقة لرب الاسرة من جميع النواحي، فالسلطة الابوية مطلقة في مدتها حتى وفاة رب الاسرة وهي باقية حتى بعد زواج الابناء وهي تشمل الاحفاد ايضا وله على الابناء حق الحياة او الموت وله ان يبيعهم وهو الذي يستحوذ على اموالهم. الا ان هذه السلطة المطلقة جرى تقييدها سواء على الاشخاص حيث لم يعد له ذات السلطة المطلقة على اولاده واحفاده وانحصرت بالحق في التأديب فقط وظهرت للاولاد والاحفاد حقوق كالنفقة على رب الاسرة^(٢).

وتقلصت سلطة رب الاسرة بالنسبة للاموال حيث اصبح للابناء ذمم مالية مستقلة وتقيدي سلطة الاب في التصرف بامواله وبرز هذا التقييد واضحا في عهد جستنيان.

اما عن مصادر السلطة الابوية فهو الزواج الشرعي حيث يخضع الاولاد من هذا الزواج ذكورا واناثا لسلطة رب الاسرة. ولكي يثبت المولود من ابيه يجب اثبات واقعه ميلاد الام

(١) جاء في مدونة جستنيان في الفقه الروماني الى ان الحرية التي يسمى المتصفون بها احرارا هي المكنة الطبيعية التي بها يستطيع الانسان عمل ما يريد ما لم يمنعه مانع من قوة جبرية او من قانون، اما الرق فهو من مولدات قانون الشعوب به يستكره الانسان-خلافا للقانون الطبيعي- على ان يكون محلا للملكية انسان اخر ولفظ الارقاء Serive آت من ان عادة امراء الجيوش جرت بعدم قتل الاسرى بل يبيعهم ابقاء على حياتهم.

انظر: مدونة جستنيان المرجع السابق، ص ١١.

(٢) د. غسان رياح، المرجع السابق، ص ١١٤.

وجاء في مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٠ ما يلي:

(اولادنا المرزوقون لنا من نكاح صحيح يكونون تحت ولايتنا) وان:

(حق الولاية على الاولاد خاص بالوطنيين الرومانيين وحدهم) وان:

(من تلد زوجتك منك فهو في ولايتك).

للولد من ذات الاب والقريبة على ذلك: ان الحمل اقصاه عشرة اشهر واقله ستة فالولادة خلالها يعد المولود ثمرة الزواج^(١).

المبحث الثالث

الزواج

يعتبر الزواج من مصادر السلطة الابوية ويراد به الزواج الشرعي وهو على نوعين، زواج مع السيادة لسلطة الزوج وزواج بدون سيادة للزوج لأن الزوجة تظل خاضعة لسلطة رب اسرتها قبل الزواج (الاب). وايا كان الامر فان الزواج في القانون الروماني كان ارتباطا بين الرجل والمرأة يعيشا معا وفي منزلة اجتماعية واحدة. فما هي شروط صحة الزواج؟
الشرط الاول- التراضي:

توصل الرومان منذ العصر الجمهوري الى ان الزواج لا يقوم الا بناء على رضا الطرفين ولا زواج مع الاكراه. بل صار للابن الحق الكامل في الزواج رغم معارضة الاب او تعذر الحصول على موافقة رب الاسرة بسبب الجنون او الحبس او الاسر. بينما لم تستقل المرأة في قرارها في الزواج وانما وجب الحصول على رضا اب الاسرة لأن بزواجها تنتقل اموالها الى اسرة الزوج^(٢).

الشرط الثاني- الاهلية:

اشتراط القانون الروماني الى جانب التراضي والبلوغ توافر الاهلية وعدم وجود مانع من موانع الزواج كالمحرمات. وجميع الاحرار من المواطنين الرومان لهم الاهلية في الزواج ثم تطور ليشمل الجميع ما عدا الرقيق والبربر.

والزواج بين الاصول والفروع ممنوع عند الرومان بسبب القرابة ومن موانع الزواج المصاهرة فلا يجوز للزوج ان يتزوج من ام زوجته او من ابنتها من شخص اخر ولا يجوز للزوجة ان يتزوج من

(١) يلاحظ ان الاسرة الرومانية- ومنذ تاسيس روما- كان قوامها نظام الابوة القائم على القدرة الابوية حيث ان النسب يكون للاب لا الام وان كان هناك من المؤرخين من يصر على وجود نظام الامومة ايضا القائم على انتساب الولد لاهله.

واذا كانت هذه السلطة مطلقة على الافراد الخاضعين اليها وله حق قتل الاولاد والاحفاد (انتهاء الحق في الحياة) فانها كانت محصورة بالاب اي الاصول من المذكور مهما كبر سنهم. لكنها تقيدت هذه السلطة وتحدت كثيرا في عهد جستنيان. ومصادر هذه السلطة هي: (الزواج الشرعي، التبني، الاستلحاق).

(٢) د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ١١٣-١١٥، ص ١٢٠.

- يعرف الزواج في الفقه الروماني في التقديم بانه اتحاد شرعي بين الرجل والمرأة بقصد انجاب اولاد شرعيين يخلدون الاسرة والدين العائلي. ولهذا لم يكن الزواج بين الجنس الواحد معروفا اذ ان ذلك على نحو ما يعرف الان في بعض دول العالم كالسويد.

اب زوجها، ومنع الرومان الزواج في فترة العدة وهي عشرة اشهر ثم امتدت الى سنة لمنع الانساب^(١).

اما الجزء القانوني الواقع على عدم مراعاة هذه الموانع فهو بطلان الزواج بطلانا مطلقا الى جانب العقوبات الجنائية. غير انه اذا كانت المراه حسنة النية ولا تعلم بالمانع وولدت فان اولادها كالأولاد الشرعيين وهو ما يسمى به (الزواج الظني).

اما عن اثار الزواج بين الزوجين فقد اوجب عقد الزواج على الزوجين الاحترام والاخلاص، وعاقب القانون الروماني الزوجة الزانية واعطى الحق للزوج في قتلها ثم تطور الامر واصبح عقوبة الزانية السجن المؤبد او لمدة سنتين اذا عفى عنها الزوج^(٢).

ويبدو ان هناك تفاوتات في الحماية القانونية بين الزوج والزوجة فالقانون الروماني لم ينص على عقوبة للزوج الزاني، ولذلك تاثرت بعض القوانين بموقف القانون المذكور بينما ذهبت تشريعات اخرى الى ايقاع العقاب في حالة الزنا سواء اكان من الزوج ام الزوجة.

اما بالنسبة للأولاد فانهم يدخلون تحت سلطة الاب وللام حق الارث من اولادها ولها حق الحضانة وحق النفقة. وفيما يخص انحلال رابطة الزواج فانها تنحل بالوفاة او بفقد الحرية او الطلاق، ولم يكن للزوج حقوق على الزوجة اذا رجع من الغياب او الفقدان وللزوجة الحق في الزواج بعد الغيبة او الوقوع في الاسر او الفقدان بعد مرور خمس سنوات كما تنحل رابطة الزوج بالاتفاق وكذلك بادارة احد الطرفين.

وفي عهد جستنيان نظم الطلاق لكي لا يساء استعماله وصارت له الصور الاتية:

١- الطلاق بالاتفاق بين الزوجين وهو ما يقابل في الاسلام به المخالعة، ويطلق عليه (الطلاق بالتراضي).

٢- الطلاق المباح الذي يقع بارادة احد الاطراف لاسباب مشروعة تبرره كالعجز الجنسي او العقم من الزوجة او الجنون. ومن ظهر عليه الجنون مرة اصبح الاصل اعتبار تلك الافة مستمرة به.

(١) جاء في مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢١ ما يلي:

(الاقارب من الحواشي تسري عليهم قاعدة اخرى مشابهة للقاعدة السابقة ولكن اقل منها اطلاقا فالزواج محرم بين الاخ واخته سواء اكانا شقيقين او كانا لاب او لام)،

(٢) جاء في المدونة ما يلي:

(كل زواج يعقد خلاف القواعد المتقدمة يكون عدما. فلا زوج يكون فيه ولا زوجه ولا اعراس ولا زواج ولا مهر. والاولاد الذين ياتون من مثله لا يكونون تحت ولاية ابيهم، بل يلحقون- فيما يختص بالولاية

الابوية- باولاد الكافة. واولاد الكافة هؤلاء لا يعتبر ان لهم ابا ما دام ابوهم مجهولا).

مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٣-٢٤.

٣- الطلاق لسبب مشروع كالطلاق الواقع لخيانة احد الزوجين او هجرها منزل الزوجية.

٤- الطلاق بدون سبب شرعي وحينئذ يتعرض الشخص لعقوبات مالية وبدنية.

المبحث الخامس

الموت المدني

الاصل ان شخصية الانسان تبدأ بالولادة الحية وتنتهي بالوفاة، غير ان هناك بعضا من الحالات التي قد تطرأ في اثناء حياة الشخص يحرم فيها من بعض الحقوق دون ان يفقد اهليته او شخصيته القانونية. وهناك حالات تتغير فيها اهلية الشخص وتظل الشخصية قائمة رغم حرمانه من بعض الحقوق العادية ومن هذه الحالات هي:

الحالة الاولى: عدم الجدارة بالشهادة وسببها نكول الشخص عن الشهادة او قذف الغير بالكتابة.

الحالة الثانية: الحكم بجريمة مخلة بالشرف.

الحالة الثالثة: ضياع السمعة كالاختلاف المهنة مخلة بالشرف ومنها السرقة والغش.

اما عن حالات الموت المدني فانها تتمثل في فقدان الحرية او الوطنية (اي يصير من الاجانب) او يفقد صفقته كرب اسرة وهي حالات تقابل الموت المدني^(١).

وللموت المدني اثار متنوعة باختلاف درجته ففي الدرجة القصوى للموت المدني يصير الشخص عبدا ويحرم من جميع الحقوق لانه فقد حرته وفقد وطنيته اذا توافر احد اسباب الرق. اما اذا صار الشخص اجنبيا بعد ان كان رومانيا فانه يموت مدنيا كما لو حكم عليه بالنفي او اذا اكتسب جنسية اخرى حيث تظل له الحرية الا انه يحرم من كثير من الحقوق. وفي الحالة الثالثة فان الشخص اما ان يبقى مستقلا بحقوقه او تابعا لغيره بدخوله في حماية اسرة اخرى كما في حالة التبني.

ومن الاثار المترتبة على الموت المدني بالنسبة لحقوق الاسرة هي قطع جميع الروابط العائلية وفقد الحقوق المترتبة عليها كحقه في الارث. وعلى صعيد الحقوق المالية فان بعضها يسقط وينتقل البعض الاخر. فالوصية تسقط ولا يعتد بها بسبب الوفاة المدنية بينما تنتقل بعض الحقوق الى مكان سببا في هذا الموت كان تنتقل الى رب الاسرة الذي تبني الشخص^(٢).

(١) يترتب على الموت المدني زوال الحقوق القائمة على القرابة وزوال حق الانتفاع وسقوط الدون المدنية عدا التعويض عن الفعل الضار.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٢) يحصل التبني بطريقتين هما:

اولا: الاستلحاق اي بامر الامبراطور.

ثانيا: حكم البريتور.

-مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٥.

المبحث الرابع

نظام التبني^(١)

من مصادر السلطة الابوية في المجتمع الروماني هو التبني وهي الابوة الصناعية التي يترتب عليها من الاثار ما يترتب على الزواج الشرعي كالتخضوع لسلطة رب الاسرة. الا ان نظام التبني عند الرومان كان على نوعين وهما:

النوع الاول- تبني المستقل بحقوقه

ويراد به دخول الشخص في عائلة رب الاسرة واعتباره ابنا له لينال الحماية ويخضع للسلطة الابوية ويمارس ديانة الاسرة التي دخل فيها. وقد كان هذا التبني يتم امام رجال الدين والشعب لاعلانه امام الجميع. حيث يسأل الشخص الذي يريد التبني وكذلك رب الاسرة للتثبت من التراضي ثم تؤخذ موافقة الجماعة على ذلك.

على ان المتبني يجب ان يكون اهلا لاكتساب السلطة الابوية واكبر سنا من الشخص الذي يراد تبنيه وان الشخص معلولا وليس له اولاد ذكور ويهدف الى حماية الاولاد.

وفي عهد جستنيان كانت فوائد التبني عديدة، منها ان الشخص الذي حرم من اولاد بدخول الشخص الذي يريد التبني في حماية رب الاسرة الذي ليس له اولاد سيكون للاخير الاولاد.

النوع الثاني: تبني الخاضع لسلطة غيره

ويعرف هذا النوع على انه تصرف قانوني ينتقل بمقتضاه شخص خاضع لسلطة غيره من اسرته الاصلية الى اسرة اخرى ايا كان الشخص ذكرا ام انثى^(٢). وهو اقل خطورة من النوع الاول لأن الشخص يظل على ديانته ولا تزول اسرته وبالتالي فلا حاجة لموافقة الشعب او رجال الدين ولهذا كان هذا النوع يقع بموجب سلطة الحاكم القضائي. ومن شروطه حصول الموافقة بين اطرافه وعندها يكون الشخص كما لو ولد من زواج شرعي، كما جرت اصلاحات متعددة في عهد جستنيان على نظام التبني لهذا النوع والنوع الاول. كما يلاحظ ان العاجزين عن التناسل كالشخص المصاب بالعنة يجوز له التبني ولا يجوز للنساء التبني^(٣).

(١) مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٣) مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٥.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ١٣٢ - ١٣٣.

الاصل ان عناصر الشخصية القانونية اذا توافرت في الشخص (الحرية والوطنية والحالة العائلية) كان له اهلية قانونية فيكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات. الا ان الشخص قد لا تكون له الارادة او الادراك اي قد تنعدم الاهلية الفعلية لانعدام الادراك فلا يكون للشخص اهلية للتصرف كالمجنون فتكون تصرفاته باطلة ولا يسأل جنائيا. وقد لا تنعدم الاهلية وانما تكون ناقصة بفعل السن او الجنس (كالمرأة حتى العصر البيزنطي) حيث زالت الوصاية على النساء او عارض طارىء كالسفيه.

الا ان هؤلاء ناقصي الاهلية لهم ان يتصرفوا تصرفات نافعة بحقهم كالهبة او البراء من الديون التي بذمهم وتبطل تصرفاتهم التي تنقص من اموالهم او تزيد في الالتزامات. ولغرض تلافي حالتي انعدام الاهلية او نقصها وجد نظام الوصاية والقوامة لغرض ادارة الاموال متى كان مستقلا بادارتها.

فالوصي قد يعين بنص القانون او يختاره رب الاسرة او يعين من الحاكم القضائي وطبقا للقانون الروماني فان الوصاية اما شرعية تقرر بنص القانون منذ قانون اللوح الاثني عشر للذكور من اعضاء القرابة ثم تطور الامر وصار للاقارب من جهة الاب والام، او وصاية مختارة باختيار رب الاسرة على ابنائه غير البالغين وهذا هو الوصي المختار، او وصاية قضائية حيث يعين القاضي الوصي اذا لم يوجد وصي مختار ولد يحدد القانون الوصي الشرعي. وقد وضعت القيود على سلطات الوصي وحددت واجباته عند ادارة الاموال وتنتهي الوصاية بالبلوغ (١٤ سنة) بالنسبة للذكور واستمرار الوصاية للبنات حتى بعد البلوغ وتنتهي بموت القاصر طبيعيا او مدنيا، او بعزله.

اما القوامة فتكون على المجانين حيث تنعدم اهلية الاداء عندهم وهي موجودة على السفهاء بسبب الحجر على السفهيه وقد استلزم القانون الروماني حماية من لم يبلغ ٢٥ سنة بالقوامة عليه ثم تطور الامر فيما بعد واصبح القيم امرا اختياريا في حق القاصر^(٢). وجاء في المدونة (يجب اقامة رقيب على شخص المجنون وامواله)^(٣).

(١) الوصاية هي قدرة فرضها القانون المدني لحماية الانسان العاجز عن حماية نفسه بسبب صغر سنة ويجوز للاصول تعيين الاوصياء لفروعهم القصر الذين تحت ولايتهم ويجوز ذلك بالنسبة للحمل المستكن.

-مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٣٢-٣٣.

(٢) مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٩٦.

ان الوقوف على نظام الملكية في القانون الروماني يلزم منا معرفة الاشياء وتقسيماتها في ظل القانون المذكور ثم التعرف الى تاريخ الملكية وانواعها وطبيعتها انذاك، ثم التعرف على طرق نقل الملكية في القانون الروماني ووضع اليد (الحيازة القانونية) ثم بيان نظام التقادم. ولا شك ان نظام الملكية عند الرومان ترك اثاره على العديد من القوانين المدنية الوضعية ومنها القانون المدني المصري والقانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي وغيرها من القوانين. ولذلك قسمنا الفصل على النحو الاتي لبيان وضع الاموال عند الرومان:

المبحث الاول: تقسيمات الاشياء.

المطلب الاول: اشياء خارجة عن دائرة التعامل.

المطلب الثاني: اشياء داخلية في نطاق التعامل.

المبحث الثاني: تاريخ الملكية وانواعها وطبيعتها.

المطلب الاول: صور الملكية في المجتمع الروماني القديم والعصر العلمي.

المطلب الثاني: توحيد صور الملكية في عهد جستنيان.

المبحث الثالث: طرق اكتساب الملكية في القانون الروماني

المطلب الاول: الطرق المنشئة للملكية.

المطلب الثاني: الطرق الناقلة للملكي.

المبحث الرابع: وضع اليد (الحيازة).

المبحث الخامس: نظام التقادم.

المبحث السادس: حقوق الارتفاق.

المبحث الاول

تقسيمات الاشياء

Les classifications des biens

اطلق الرومان على الاشياء تسمية (res) وهي الاشياء التي يمكن ان تكون ذات منفعة للانسان كالرقيق والحيوانات وادوات الحراثة وكل ما هو مادي او معنوي (كالحقوق والديون). والاشياء على نوعين اساسيين: اشياء خارجة عن نطاق تعامل الاشخاص واخرى تدخل في نطاق التعامل بينهم^(١). لذلك سنبين كلا منهما على النحو الاتي:

المطلب الاول

الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل

ويراد بهذه الاشياء تلك التي لا تكون محلا لتملك الاشخاص ولا تدخل في الذمة المالية لفرد من الافراد لان جميع الناس ينتفعون بها بصورة مشتركة، وهذا يعود اما لاسباب دينية حيث تخص حقوق الالهة او حقوق جميع الناس.

فالاشياء الخارجة عن التعامل بين الافراد لتعلقها بحقوق الالهة اما ان تكون من الاشياء المقدسة كالمعابد والهيكل والمنقولات الموجودة في المعابد وقد امتد هذا الحال حتى في عصر المسيحية عند الرومان حيث ان الكنائس وما يوجد فيها لاغراض العبادة هي من الاشياء المقدسة التي لا تدخل في ذمة احد فلا يجوز بيعها او رهنها او تاجيرها ما لم تنتهي صفتها لاسباب معينة.

وقد تكون هذه الاشياء دينية كالاشياء الخاصة بالاجداد والاسلاف ومنها مقابر العائلة والاجداد اذ تتمتع بالحرمة وحين انتهت عبادة الاسلاف ظلت حرمة القبور وجثث الموتى محل احترام ويعاقب الشخص الذي ينتهك هذه الحرمة. كما قد تكون هذه الاشياء مخصصة للنفع العام كالابواب للمدن واسوارها المحيطة بها والاراضي المخصصة للمعابد او الالهة حين تخصص لها.

اما الاشياء الخارجة عن نطاق التعامل بين الافراد لتعلقها بحقوق العباد فهي على انواع متعددة ويمكن اجمالها على النحو الاتي:

اولا: الاشياء الشائعة. وهي الاشياء التي لا تكون مملوكة لاحد بسبب طبيعتها كالبهار والهواء والانهار. فالجميع ينتفعون بها بصورة شائعة وليس لحد ان يستأثر بها^(١).

ثانيا: الاشياء العامة. ويراد بها تلك الاشياء المملوكة للدولة الرومانية او الشعب الروماني حيث يكون لكل عضو في الدولة حق فيها وتشمل اراضي الدولة الرومانية والطرق العامة والاثار ويمكن للافراد ان ينتفعوا بها كزراعة الارض لقاء مقابل.

ثالثا: الاشياء المملوكة للجماعات او الاشخاص العامة. كالاموال المملوكة للمدينة او الاقاليم كالمسارح الموجودة في المدن والملاعب وهي تمثل الاشياء المملوكة ملكية عامة حيث تخرج عن نطاق التعامل بين الافراد ويحق لهم الانتفاع بها لقاء مقابل.

ويلاحظ ان الكثير من القوانين المدنية الوضعية اخذت بهذا التقسيم للاشياء ومن ذلك مثلا القانون المدني الجزائري والقانون المدني والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني العراقي.

المطلب الثاني

الاشياء الداخلة في نطاق التعامل

ويقصد بها تلك الاشياء التي تدخل في الذمة المالية للاشخاص لانها قابلة للتملك وتقدير قيمتها بالمال. واذا كانت الذمة المالية تقتصر على حق الشخص فقط فان هذه الفكرة لم تبق كذلك في مرحلة العصر العلمي عند الرومان اذ اصبحت تشمل ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات اي العناصر الايجابية والعناصر السلبية (الديون). ومن طريق الحيلة القانونية، اعترف الرومان للميت والجنين بالذمة المالية.

ونشير الى ان الرومان توصلوا الى فكرة ضمان الحقوق للديون المترتبة بالذمة المالية، وهي فكرة ظهرت بفعل الاصلاحات التي وجدت في القانون البريتوري وتركت اثارها على العديد من القوانين المدنية الوضعية، كالقانون المدني الفرنسي (Code civil N. 1804) والاردني والمصري والعراقي والجزائري والكويتي وغيرها.

على ان الاموال الداخلة في نطاق التعامل على انواع متعددة، نذكر منها ما يلي:

اولا: اشياء نفيسة واشياء غير نفيسة.

ويراد بالاموال النفيسة الاشياء التي لها قيمة مالية كبيرة لا تنتقل الا بالاشهاد وهي

(١) انظر ما نصت عليه المادة (٥٥) من القانون المدني الاردني التي جاء فيها ما يلي: (الاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية).

(١) راجع: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٦.
د. غسان رياح، المرجع السابق، ص ١٤٠-١٤١.
وانظر ما جاء في مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٥٥-٥٦.

ليست كثيرة العدد، عددها الفقيه الروماني (جاوس) حيث كانت تشمل: الاراضي الرومانية، حقوق الارتفاق الزراعية مثل حق المرور وحق المسيل وحق الشرب وحق المجرى، والرقيق والحيوانات. بينما يراد بالاموال غير النفسانية الاشياء التي لم يرد ذكرها ضمن الاموال النفسانية وتشمل الغلال والمنقولات والحيوانات والطيور الصغيرة. ولم يستمر هذا التقسيم طويلا فقد تلاشى في عهد الامبراطور جستنيان. والاموال النفسانية هي الاشياء القيمة نظرا لاهميتها من الناحية الاقتصادية ولذلك كانت تنتقل حسب تشكيلات معينة امام الناس ولم يجز للمرأة المستقلة بحقوقها ان تتصرف بها لوحدها^(١). بينما لم يشترط القانون الروماني تشكيلات معينة لانتقال ملكية الاموال غير النفسانية وانما كانت تنتقل ملكيتها بين الاشخاص بمجرد التسليم. كما لم تاخذ القوانين المدنية الوضعية بمثل هذا التقسيم بين الاموال بسبب تخلي الرومان عنه في عهد الامبراطور جستنيان ولوجود تقسيم اخر حل محله.

ثانيا: الاموال المثلية والاموال القيمة

اساس هذا التقسيم بين الاشياء هو طبيعتها فالنوع الاول يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء لان هناك ما يماثلها في الاسواق ولهذا لا تعين بذاتها. واما الشيء القيمي فهي محددة متميزة في قيمتها ولا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالاراضي والابقار^(٢).

وعلى هذا التقسيم في الاشياء سارت العديد من القوانين المدنية الوضعية، فقد جاء مثلا في القانون المدني الاردني (المادة ٥٦) ما يلي:

« ١- الاشياء المثلية هي ما تماثلت احادها او اجزاؤها او تقاربت بحيث يمكن ان تقوم بعضها مقام بعض عرفا بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالاعداد او القياس او الكيل او الوزن. ٢- والقيمة ما تتفاوت افرادها في الصفات او القيمة فتفاوتا يعتد به او يندر وجود افراده في التداول».

ولا شك ان هناك نتائج متعددة تبني على مثل هذا التمييز بين الاشياء منها ان تبعة الهلاك في المال المثلي يمكن ان يعوض مثلها من السوق لوجود مثيل المادة التي هلكت فتبعا ذمة المدين اذا ادى بدلا منها ما هو مثيل لها في السوق كالحنطة والرز والعددييات. بينما يلزم

(١) انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٤٢. د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ١٤٢ مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٥٧-٥٨.

(٢) اذا كان التمييز بين الشيء والمال ولم يكن موجودا عند الرومان الا ان التمييز قام بينهما في القوانين المدنية الوضعية وعلى هذا التمييز مثلا نص المشروع الاردني بين المال والشيء في المواد (٥٣) و (٥٤) و (٥٥) وانظر المذكرات الايضاحية للقانون المذكور، ج١، ص ٧١، وليست كل الاشياء من الاموال والشيء الذي يكون محلا للحق يسمى مالا.

التعويض عند هلاك الشيء القيمي بما يعادل قيمته كالبناء (العقار) والحصان والرقيق.

والاصل ان المال المثلي يستهلك باستعماله، بينما لا يستهلك المال القيمي من اول استعمال له، فيرد حق الانتفاع على النوع الثاني دون الاول كما في الاعارة والاجازة حيث ترد الملكية على المنفعة وغير ممكنة في النوع الاول، الا اذا حصل الاتفاق على ان يرد المنتفع ما يماثل الشيء المستهلك المثلي وهو ما عرف به (شبه حق الانتفاع)^(١).

ونشير بان المادة (٥٧) من القانون المدني الاردني على ما يلي:

« ١- اشياء الاستهلاكية هي ما لا يتحقق الانتفاع بخصائصها الا باستهلاكها.

٢- أما الاستعمالية فهي ما يتحقق الانتفاع بها باسعمالها مرارا مع بقاء عينها».

وقد جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ما يلي:

(ويلاحظ وجوب عدم الخلط بين الاشياء المثلية والاشياء القابلة للاستهلاك فليس كل مثلي قابل للاستهلاك وليس كل قيمي غير قابل للاستهلاك فالنقود المعدة للعرض مثلية ولكنها غير قابلة للاستهلاك، والتحف الفنية الاصلية قيومية ولكنها تعتبر قابلة للاستهلاك اذا اعدت للبيع)^(٢). ونجد ذات الاحكام في القانون المدني العراقي لانها مقتبسة من مجلة الاحكام العدلية والتي تعود في اصلها من الفقه الحنفي.

ثالثا: الاموال المادية والاموال غير المادية (المعنوية)^(٣)

es corporales et res incorporales

سبق ان اوضحنا بان الرومان عرفوا اولاً الاموال المادية ثم عرفوا في اوقات لاحقة الاموال المعنوية وهي الاشياء غير المحسوسة او التي لا يمكن لمسها او تحسسها وهي تدخل ضمن الذمة

(١) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٢) ج ١، ص ٧٥.

(٣) نصت المادة ٦٧ من القانون المدني الاردني على ما يلي: (يكون الحق شخصيا او عينيا او معنويا).

كما جاء في الامذكرات الايضاحية للقانون المذكور، ج ١، ص ٧١ على ان من الاشياء المعنوية التي تعارف الناس عليها الاحمان والاسماء التجارية والعلامات التجارية وهي من الاموال التي يمكن التصرف بها. وتقع حيازة الشيء المادي بالحيازة المادية اما الشيء المعنوي فيمكن حيازته حيازة معنوية اي بصورها عن صاحبها ونسبتها اليه ومن ذلك الاعمال الادبية والعلامات التجارية الفارقة وهي اشياء معنوية. فالاسطوانة او الكتاب هي حيازة مادية او الفكرة او اللحن او كتاب العلامة هي اشياء معنوية.

وقد ورد في نص المادة ٧١ من القانون المدني الاردني على ما يلي:

« ١- الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي.

٢- ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الاخرى احكام القوانين الخاصة».

وجاء في المادة ٧٠/ ١ بان الحقوق العينية الاصلية هي الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال والسكن والسطحية (القرار) والحقوق المجردة والوقف والحكر والاجارتين وخلق الانتفاع. اما الحقوق العينية التبعية فهي التوثيق الثابتة بالرهن التاميني او الحيازي او بنص القانون (المادة ٧٠/ ٢ من القانون المدني الاردني). وذات القواعد منصوص عليها كذلك في القانون المدني العراقي.

سادسا: العقارات والمنقولات:

يراد بالعقار الشيء الثابت والمستقر الذي لا يمكن نقله من مكان لآخر او يمكن نقله الا انه يصاب بالتلف. ومن الاموال العقارية الاراضي والمنازل والدور والاشجار المغروسة في الارض. اما المنقول فهو الشيء الذي يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف يصيبه كالرقيق والحيوان والاشياء المثلية من حنطة ورز وغير ذلك. كما ان هناك بعضا من الاموال المنقولة لكنها تأخذ حكم العقار لانها ترصد لخدمته وتسمى بالعقار بالتخصيص الذي عرفه الرومان. وقد بنى الرومان نتائج كثيرة على هذا التمييز سواء من حيث اكتساب الملكية بالتقادم او بالنسبة للشكليات المطلوبة عند التصرف بهذه الاموال.

وقد اخذت العديد من القوانين المدنية الوضعية بهذا التقسيم ومنها القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والعراقي والسوري والكويتي وكذلك القانون المدني الاردني حيث جاء في المادة ٥٨ ما يلي:

«كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ر يمكن نقله منه دون تلف او تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول». وهو نفس حكم القانون اتملديني العراقي.

وجاء في المادة ٥٩ من القانون المذكور ما يلي:

«يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رسدا على خدمته واستغلاله. ، ويكون ثابتا في الارض». ولا شك ان القوانين المدنية الوضعية التي اخذت بهذا التقسيم للاموال وضعت نتائج قانونية عديدة على هذه التفرقة^(١).

(١) نظم الرومان الاشياء وتقسيماتها واحكام هذه الاصناف بصورة مفصلة ومن ذلك مثلا:

أ- اشياء داخلية في ماليتنا واخرى خارجة عنها.

ب- كرائم الاموال كالعقارات الواقعة في ايطاليا وحقوق الارتفاق الزراعية الخاصة بالاراضي الايطالية والعبيد ثم حيوانات الحمل والجر، وما عدا ذلك فهي ليست من كرائم الاموال.

وهناك من الاموال ما هي مشتركة بحسب القانون الطبيعي وهناك من الاشياء المقدسة والدينية والاشياء الحرام لا يملكها احد فالقاعدة تقضي: (ما كان لله لا يملكه انسان).

راجع مدونة جستنيان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ٥٥ - ٥٩.

المالية للشخص. واذا كان الرومان لم يميزوا بين الشيء والمال، فان النظم القانونية اللاحقة عرفت هذا التمييز، اذ ان هناك فرقا بين الشيء وبين المال، فالاموال هي محل الحقوق وهناك من الاشياء لا تعد مالا يدخل في الذمة.

ومن الطبيعي ان الاموال المادية في القانون الروماني مكن حيازتها ماديا بالسيطرة عليها كوضع اليد عليه، بينما لا تحاز الاموال المعنوية بنفس الاسلوب فحقوق الارتفاق وحق الانتفاع تقع حيازتها معنويا اي بحيازة سندها الذي يثبت الحق، غير انه وفي عصر الامبراطورية السفلى امكن حيازة هذه الحقوق المعنوية بوضع اليد حيث سمي بـ (شبه التسليم) وكذلك (شبه وضع اليد) تمييزا لها عن التسليم المادي (الفعلي) ووضع اليد الحقيقي على المال المادي.

رابعا: الاشياء البسيطة والاشياء المركبة

عرف الرومان تقسيما اخر للاشياء وهي الاشياء البسيطة التي تكون متجانسة كالخصان والرقيق، والاشياء غير المتجانسة هي المركبة وتكون محلا للحق بالمنزل الذي يتكون من الخشب والحجارة والحديد.

ومما يتعلق بذلك ان الاشياء البسيطة قد تكون في مجاميع كالبقر الذي يشكل قطيعا واحدا او قطيع الخراف الذي بوجوده يظل الخروف محتفظا بذاتيته فلو تسرب خروف او بقرة الى قطيع اخر امكن لمالكة اخراجه من القطيع واسترداده. على العكس من الشيء المركب الذي يصعب فصله كالخشب الذي يدخل في البناء وكذلك الحديد لانه يندمج مع البناء^(١). وهذا التقسيم لم تأخذ به العديد من القوانين المدنية.

خامسا: الاشياء الاصلية والاشياء التبعية (الملحقات)

فالاشياء الاصلية هو القائم بذاته الذي لا يتبع شيئا اخر كحق الملكية للارض او المنزل، اما الشيء التبعية فهو لا يقوم بذاته وانما يتبع الاصل ويخصص لخدمته ومن التوابع هي الثمار الطبيعية التي تنتج بصورة دورية منتظمة التي تختلف عن الثمار المدنية كالاجرة.

وفي هذا السياق نشير الى التقسيم الوارد في القانون المدني الاردني بالنسبة للحق حيث جاء في الامادة ٦٩ ما يلي:

«١- الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين.

٢- ويكون الحق العيني اصليا او تبعيا».

(١) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ١٤٠ - ١٤٢.

مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٥٨ - ٥٩.

المبحث الثاني

تاريخ الملكية وانواعها وطبيعتها

(الفترة من ٧٥٤ ق.م - ٥٦٥ م)

تأثر المجتمع الروماني القديم بمفاهيم الملكية وصورها في المجتمع الاغريقي القديم، فقد كانت المنقولات، سواء اكانت من الاشياء النفيسة كالرقيق او غير النفيسة، هي المحل الوحيد للملكية الفردية في بداية عهد الرومان^(١). اما الاراضي فقد كانت مملوكة ملكية مشتركة. ومما يؤيد ذلك ما جاء في القاعدة رقم (٢) من مدونة جستنيان: (منشأ الملكية غريزة الحياة بالفطرة)^(٢) وما نصت عليه القاعدة (٣) من المدونة: (ما ليس مملوكا لاحد فالفطرة السليمة تقضي به لاول مستول عليه). والى جانب الملكية الفردية الاموال المنقولة، وجدت الملكية الجماعية للاراضي والمراعي، ثم ظهرت فيما بعد ملكية العائلة للمنزل والارض المحيطة به. فاجيز للعائلة استعمالها والانتفاع بها الا انه ليس لرب الاسرة حق التنازل عنها لتعلق حق الورثة بها^(٣). ولذلك سنوزع المبحث على مطلبين على النحو الاتي:

المطلب الاول: مصور الملكية في المجتمع الروماني القديم والعصر العلمي.

المطلب الثاني: توحيد صور الملكية في عهد جستنيان.

المطلب الاول

صور الملكية في المجتمع الروماني القديم

والعصر العلمي

عرف الرومان تصنيف الاشياء الى منقولات وعقارات على نحو ما بيناه، وهو تصنيف كان ولا يزال مستقرا في معظم الانظمة القانونية^(٤). ولما كانت الاموال العقارية قديما من اهم الاشياء، فقد وجدت عدة صور لها في العهد الروماني يمكن تحديدها على النحو الاتي:

(١) الدكتور محمد عبدالمعتم بدر والدكتور عبدالمعتم البدر، مبادئ القانون الروماني، مطابع دار الكتاب العربي - مصر، ١٩٥٤، ص ٤٣١.

عبدالسلام الترماني، محاضرات في القانون الروماني، ١٩٦٥، ص ٧٦ - ٧٧.

(٢) - عبدالعزيز فهمي، مدونة جستنيان في الفقه الروماني، دار الكتاب المصري - القاهرة، ط ١، ١٩٦٤، ص ١٨٠.

عبدالعزيم فهمي، قواعد واثار فقهية رومانية، مطبعة جامعة فؤاد الاول - القاهرة، ١٩٤٧، ص ٥٩.

(٣) صبيح مسكوني، القانون الاورماني، مطبعة شفيق - بغداد، ط ٢، ١٩٧١، ص ١٢٨ - ١٢٩.

(٤) مدونة جستنيان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ٥٦، ٥٧.

الصورة الاولى: الملكية الرومانية

لم يعترف القانون الروماني في بداية الامر بالملكية الفردية في المنقول والعقار لاي شخص الا اذا توافرت شروط ثلاثة:

١- ان يكون المالك وطنيا رومانيا حيث يتمتع بالشخصية القانونية وهو من الاحرار.

٢- ان يتم استيفاء الشكليات القانونية المطلوبة لتملكه.

٣- فاذا جرى تملك الشيء من غير هذا الطريق او بدون توافر هذه الشروط فان المشتري لا يعد مالكا للشيء وانما يكون منتفعا به. وقد بقيت هذه الصورة مقصورة على الرومان الوطنيين وحدهم حتى العصر العلمي (١٣٠ ق.م - ٢٨٤ م)^(١).

الصورة الثانية: الملكية البريتورية

دفعت التطورات الاجتماعية والاقتصادية في العصر العلمي الى تلطيف المفاهيم الرومانية القديمة والى التخلص من بعض شكليات القانون الروماني ففي نطاق بعض العقود ومنها عقد البيع. فقد اجاز البريتور (القاضي) نقل ملكية الاموال النفيسة، كالعقارات الايطالية والمنازل والرقيق وحيوانات الجر والركوب كالخيل، بالتسليم، دونما حاجة الى استيفاء شكل معين او اجراءات شكلية محددة مثل تلك التي كانت واجبة في العهد الروماني القديم، بشرط ان يكون ذلك مقرونا بحسن النية وان تمضي على صاحب السلطة الفعلية فترة من الزمن، قد اقتترن اسم البريتور بالملكية التي تكتسب عن هذا الطريق ولذلك سميت بـ (الملكية البريتورية)^(٢).

(١) راجع: صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣٠ - ١٣١.

عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف بمصر، ط ٤، ١٩٦١، ص ٢٨٦ - ٢٨٧. ميشيل فيليه، القانون الروماني، ترجمة وتعليق الدكتور هاشم الحافظ، مطبعة العاني - بغداد، ط ٢، ١٩٦٩، ص ٩٦ - ٩٩.

محمد عبدالمعتم بدر وعبدالمعتم البدر، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٧٥ - ٧٦.

مدونة جستنيان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ٥٦ - ٥٨.

(٢) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٨٨ - ٢٨٩.

محمد عبدالمعتم بدر والبدر، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

ميشيل فيليه، القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٩٨ - ١٠١.

صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣١.

عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٧٢، ٧٩.

الصورة الثالثة: الملكية الاقليمية

وهي الملكية التي انصبت على الاراضي الواقعة خارج ايطاليا والمملوكة للدولة حتى نهاية العصر العلمي، والتي منح البريتور الافراد حق حيازتها والانتفاع بها اذا قاموا باستثمارها تشجيعاً لهم على ذلك، الامر الذي انشأ لهم حقاً مساوياً لحق الملكية. وقد اطلق شراح القانون المدني الروماني في اواخر العهود الرومانية هذه التسمية^(١).

الصورة الرابعة: الملكية الفردية للاجنبي

وجدت هذه الصورة حينما كان التمييز قائماً بين الوطني الروماني الذي يخضع لقواعد القانون المدني الروماني وبين الاجنبي الذي يخضع لقانونه الوطني او قانون الشعوب. فقد كان الاجنبي لا يتمتع بحق التعامل في روما، وبالتالي لا يحق له اكتساب الملكية الرومانية. الا ان هذا التمييز زال فيما بعد بمنح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية باستثناء بعض العتقاء، عام ٢١٢م بموجب الدستور الذي (كلا راكلا)^(٢).

المطلب الثاني

توحيد صور الملكية في عهد جستينان^(٣)

لم يبق هذا التعدد او التنوع في صور الملكية بعد حكم الامبراطور جستينان فقد زالت الملكية البريتورية والملكية الاقليمية بزوال التفرقة بين الاموال النفيسة والاموال غير النفيسة وبالتسوية في الحكم بين العقارات الرومانية وبين العقارات الايطالية، وكذلك بزوال التمييز بين الوطني والاجنبي بمنح الجنسية الرومانية للاجانب وهي جزء من اصلاحات الامبراطور

(١) محمد عبدالمنعم بدر والبدرابي، المرجع السابق، ص ٣٤٦ - ٣٤٧.

صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣٢ - ١٣٣.

عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٠ - ٢٩١.

عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٨٣ - ٨٤.

(٢) انظر: عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٨٤.

محمد عبدالمنعم بدر والبدرابي، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣٢.

عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩١ - ٢٩٢.

(٣) حكم جستينان الامبراطورية الشرقية التي اتخذت من القسطنطينية عاصمة لها سنة ٥٢٧م ولبت في الحكم زهاء ٣٨ عاماً وتوفي سنة ٥٦٥م وفي عهده كانت مصر وبلاد الاناضول الى اخر حدود ارمينية وبلاد سوريا ولبنان وفلسطين تحت حكم الرومان.

عبدالعزيز فهمي، مدونة جستينان في الفقه الروماني، المرجع السابق، صفحة ل، م.

جستينان^(١). وبذلك فقد حق الملكية طابعه القومي الخاص بالوطنيين الرومان واتصف بالشمول واصبح من حق الرومان والاجانب معا^(٢).

غير ان مما يجدر ذكره، ان الملكية الفردية (للمنقول والعقار) تميزت في عهد جستينان بانها حق مطلق للمالك ان يتصرف بالملك تصرفات مطلقة في التصرف والاستعمال والاستغلال، والمالك الارض مثلاً حق ملكية للارض وما فوقها وما تحتها، وحق دائم ما دامت العين باقية ومقصود على المالك وحده لانه يملك عناصر الملكية^(٣). وقد اكدت ذلك قواعد المدونة الخاصة بالاموال والملكية منها: (من الظلم ان لا يكون للاحرار التصرف المطلق في اموالهم) و (كل امرء فيما ملك سيد متحكماً)^(٤). وجاء ايضاً: (مالك الارض يملك ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً)^(٥).

ومع ذلك فان هذه الملكية لم تكن مطلقة في جميع مراحل القانون الروماني دون قيود على الملاك، ففي ظل قانون الالواح الاثني عشر اعترف بصورة ضمنية بالوظيفة الاجتماعية للملكية وذلك عن طريق توجيه النظر الذي كان يقوم به حاكم الاحصاء كل خمس سنوات للملاك المهملين وكان لهذا الحاكم ان يتخذ الاجراءات اللازمة ضد هذا الاهمال الذي يرتكبه المالك كالغرامة كجزءاً على هذا الاهمال او التعطيل لوظيفة الارض.

كما ان هذه الاموال المنقولة والعقارية لم يسلم لها ان تكن ذات صبغة مطلقة دون قيود تحد من استعمال المالك لها سواء اكانت هذه القيود للمصلحة العامة ام للمصلحة الخاصة نذكر منها ما يلي:

اولاً: القيود التي وردت على المنقولات.

ومن القيود التي وردت على سلطات المالك على امواله المنقولة هي منع الشخص من

(١) عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٨٤ - ٨٥.

محمد عبدالمنعم بدر والبدرابي، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

(2) Cross ley-op. eit P. 16

(٣) عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٨٥.

صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣٤ - ١٣٥.

محمد عبدالمنعم بدر والبدرابي، المرجع السابق، ص ٣٤٨ - ٣٤٩.

عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٤) عبدالعزيز فهمي، مدونة جستينان في القانون الروماني، قاعدة رقم ٢٢ و ٢٣، ص ٣٨٠.

(٥) عبدالعزيز فهمي، قواعد واثار فقهية رومانية، المرجع السابق، ص ٧٣، وقارن ذلك مع نص المادة ١٠١٩ من القانون المدني الاردني.

استعمال القسوة في معاملة الحيوان او الرقيق وتقررت الجزاءات من يستعمل حقه بصورة مؤذية^(١).

ثانيا: القيود التي وردت على العقارات.

وهذه القيود على انواع، منها ما تقرر لصالح الزراعة ومنها ما كان سببه علاقة الجوار ومنها ما فرضته المصلحة العامة. ولعل من اهم هذه القيود هي:

١- تقرر في العصر العلمي حرمان صاحب الارض من ملكيته للارض الزراعية اذا ترك استغلالها او اذا لم يهتم بزراعتها، كما اجيز للافراد الاستيلاء عليها واستغلالها، واعترف للمسؤولين على الاراضي المهجورة بحق ملكيتها اذا قام باستثمارها تشجيعا له على جهوده^(٢).

٢- ومن القيود التي تقرر لمصلحة الجوار، منع المالك من استعمال حقه بصورة تلحق ضررا غير مألوف بالآخرين^(٣).

فجاء في القاعدة (٢٤) من المدونة ما يلي: (لكل ان ينتفع بملكه بما يشاء بشرط عدم الاضرار بجاره)^(٤). ونصت القاعدة رقم (٣٥) على ما يلي: (من المصلحة العامة ان لا يسيء احد استعمال ما يملك)^(٥).

٣- ومن القيود التي تقررت لاغراض النفع العام، جواز نزع ملكية الاراضي من الافراد لتوسيع او فتح طريق عام او قناطر للمياه لان المصلحة العليا اولى بالاعتبار^(٦).

يضاف الى ما تقدم ذكره من القيود، انه من المبادئ الهامة التي تقرر في العصر

العلمي، والتي تسلم بها معظم الانظمة القانونية والاجتماعية الوضعية المعاصرة، بان المغالاة في استعمال الحق منتهي الظلم، وهو مبدأ يعتبر اساسا لنظرية التعسف في استعمال الحق^(١).

والخلاصة، فانه على الرغم من صفة الاطلاق والتفديس التي اتصفت بها الملكية الفردية في العصر الروماني، على الرغم من تعدد صور الملكية، الا ان هذا الحق خضع للقيود التي تقتضيها المصلحة العامة، وان هذه القيود التي فرضت في بعض العهود الرومانية لم تقتصر على العقارات وانما امتدت الى المنقول، وان الملكية اذا اعتبرت حقا فطريا فان الحق الاجتماعي يرد عليها ويلزم المالك بتأدية وظيفتها الاجتماعية لتحقيق المنفعة العامة.

كما نشير ان الرومان اخرجوا من دائرة التعامل الاشياء العامة المملوكة للدولة كالاراضي التابعة لها وكالارقاء الذين يقومون بخدمات عامة وكالاشياء المشتركة كالهواء والبحر والطرق وقناطر المياه، كما اخرجوا من دائرة الملكية الخاصة الاشياء التي تملكها الالهة^(٢).

المبحث الثالث

طرق اكتساب الملكية في القانون الروماني

تعددت طرق اكتساب الملكية في ظل القانون الروماني، فهناك من الطرق تكسب الملكية بموجبها على مال مباح غير مملوك لاحد اي ان الملكية تكسب ابتداء على هذا الشيء وتسمى بالطرق المنشئة او الاصلية، وهناك طرق اخرى تكسب الملكية بموجبها من مالك سابق بنقل ملكيتها الى مالك جديد اما اختيارا اي بفعل الارادة او جبرا على المالك. كما ان طرق اكتساب الملكية قد تقع بين الاحياء او بسبب الوفاة (كال ميراث والوصية). ولذلك سنوزع المبحث على النحو الاتي:

المطلب الاول: الطرق المنشئة للملكية.

المطلب الثاني: الطرق الناقلة للملكية.

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣٧.

عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٢) صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣٨.

عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٨٨.

عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

(٣) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٩٧١، ص ٣٥.

(٤) عبدالعزيز فهمي، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

(٥) عبدالعزيز فهمي، قواعد واثار فقهية رومانية، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٦) نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٣٣-٣٤.

عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

(٢) عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٦٩-٧١.

مدونة جستينان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ٥٥-٥٧.

المطلب الاول

الطرق المنشئة للملكية

يمكن القول ان الاستيلاء على المال المباح غير المملوك لاحد هو من اول واقدم الطرق لكسب ملكية الاشياء وهو الطريق المنشئي للملك. ذلك ان وضع اليد على المال المذكور بقصد تملكه يعطي الحق للشخص بان يكون مالكا له. اي عند توافر العنصر المادي (وضع اليد) مع العنصر المعنوي (نية التملك) يصير الشخص مالكا له، لا سيما وان هذا المال ليس مملوكا لاحد سواء اكانت من المنقولات ام العقارات^(١).

ومن الاشياء التي يمكن تملكها بالاستيلاء عليها عند الرومان هي الجزر التي تنشأ بفعل الطبيعة في الانهار والبحيرات والحيوانات الطليقة اذا لم تكن مملوكة

المبحث الرابع

وضع اليد (الحيازة القانونية)^(٢)

La Possession

يراد بوضع اليد السلطة المادية لشخص على شيء معين وهذه الحيازة اما ان تكون لسبب قانوني كالمالك او بدون سبب مشروع ولذلك فان عناصر وضع اليد هي:

١- العنصر المادي: ويتحقق بالحيازة المادية للشيء ولهذا فان المال المنقول يحاز بالسيطرة عليه والاختصاص به والقاعدة تقضي ان الحيازة هي المنقول سند الملكية. ثم تطور الامر واصبح مجرد حيازة رمز الشيء اصبح حائزاً له كحيازة السند او المفتاح (شبه وضع اليد).
٢- العنصر المعنوي: او النية، أي نية الظهور بمظهر المالك. فاذا وجدت الحيازة المجردة دون الحيازة المقترنة بالنية كوضع اليد على الشيء لحساب الغير ومثالها الوديعة والاجارة والاعارة. فيد المستعير والمستأجر والمودع لديه هي يد عارضة وطارئة.

ولا شك ان اكتساب وضع اليد اما ان يكون من الشخص ذاته وحينئذ وجب توافر عنصري الحيازة (المادية والمعنوية)، او ان وضع اليد يكون بواسطة شخص آخر كالنائب وعندها يشترط توافر النية عند الاصيل مع حيازة النائب المادية لاكتساب الملكية ما لم يكن الاصيل فاقد الاهلية بفعل السن او العوارض في الاهلية كالجنون والعتسه وعندها تكفي نية النائب وحيازته.

(١) قارن ما نص عليه القانون المدني الاردني في المادة ١٠٧٦ حيث جاء فيها ما يلي: (من احرز منقولا مباحا لا.

(٢) لاحظ مدونة جنسيتان في الفقه الروماني، المرجع السابق، ص ٥٩.

فاذا فقد عنصري الحيازة (العنصر المادي والعنصر المعنوي) فقدت الحيازة كما في الاشياء المتروكة. فاذا تخلى شخص عن الحيازة المادية المعنوية بقي مالكا للشيء كما في الاجار او الاعارة او الوديعة.

اما عن حماية وضع اليد فانها تكون من خلال اوامر البريتور اما باستيقاء الحيازة او لاسترداد الحيازة. ففي استيقاء الحيازة يأمر القاضي ببقاء الحيازة لو اضع اليد ومنع الاخرين من التعرض له سواء في المنقولات ام في العقارات. وفي حالة استرداد الحيازة فان امر القاضي يكون برد الحيازة لمن اغتصبت منه.

ويمكن القول ان دعاوى استرداد الحيازة في القانون الروماني والتي عرفت في عهد جنسيتان انتقلت الى القانون الفرنسي (قانون نابليون ٤-١٨٠٠) ومن ثم الى القوانين المدنية العربية.

المبحث الخامس

نظام التقادم

عرف الرومان التقادم حيث تكتسب الملكية بمضي المدة أي بوضع اليد الذي يستمر مدة معينة عند توافر الشروط اللازمة لذلك فيعترف القانون لو اضع اليد بالحقوق على المال المذكور. واذا كان للتقادم اثر مكسب فان له اثر مسقط ايضاً ولهذا فان التقادم اما مسقط او مكسب. وهذا التقادم على انواع متعددة ولذلك لا بد من توزيع الخطة على النحو الآتي:

المطلب الاول: التقادم القصير.

المطلب الثاني: التقادم الطويل (متوسط المدة).

المطلب الثالث: التقادم الطويل جداً.

المطلب الرابع: التقادم في عهد جنسيتان ومدى تأثر القوانين الموضوعية بهذه القواعد.

المطلب الاول

التقادم القصير

قبل بيان التقادم القصير يلزم القول اولاً ان الرومان حين قرروا هذا الجزاء على صاحب الحق المهمل لحقه ليس بدافع حماية الغصب او يد الغاصب انما غاية القانون الروماني هي استقرار المعاملات وحماية الوضع الظاهر. كما ان في تقرير مبدأ التقادم يسقط الحق ولا يكون للغير الذي سقط حقه بمضي المدة ان يرفع الدعوى للمطالبة به. بينما لم يذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى ذلك وانما قرروا بأن الدعوى لا تسمع لمضي المدة وعدم المطالبة صاحب الحق بحقه اما الحق فتظل ذمة الشخص مشغولة به على نحو ما سئى عند دراستنا للشريعة الاسلامية.

وللتقادم اسس يقوم عليها يمكن اجمالها على النحو الاتي:

أولاً: ان واضع اليد على الشيء غالباً ما يكون صاحب حق فيباشر السلطات على الشيء كأنه مالكا له خلال فترة زمنية معينة دون اعتراض من احد فيجعل القانون من وضع اليد أمراً مشروعاً وبذلك يحقق القانون الاستقرار بإسقاط الحماية عن المالك السابق وإسباغ الحماية لواضع اليد.

ثانياً: ان وضع اليد على الشيء له أثره في ازالة اثر العيب الشكلي بوضع اليد خلال مدة معينة، أي اذا وجد عيب في الاجراءات الشكلية التي تمنع نقل الحق فانه بوضع اليد خلال فترة زمنية كافياً لإزالته ويدعم التقادم ما اتفق عليه طرفا العقد.

ثالثاً: ان وضع اليد على الشيء وحيازته كان من اهم طرق كسب الملكية واقدمها وبهذه الوسيلة تنتقل الملكية من مواطن لآخر.

وطبقاً للقانون الرومان القديم فان المدة كانت سنتان في العقارات وسنة في المنقولات لاكتساب الملكية ما لم يكن الشيء مسروقاً حيث ان الوضع غير الشرعي لا يتمتع بالحماية ولذلك فان قانون الالواح الاثني عشر منع تملك الاشياء المسروقة بالتقادم، ولا تكسب ملكية العقار بالغصب.

اما في العصر العلمي فقد اشترط الرومان شروطاً متعددة لكسب ملكية المال بالتقادم وهي:

أولاً: ان يكون المال قابلاً للتملك بالتقادم

الى جانب الشرط الذي يوجبه نظام التقادم من ان يكون واضع اليد رومانياً، يلزم ان يكون المال محل التقادم من الاموال الرومانية.

ومن الطبيعي ان نظام التقادم لايرد على الاموال الخارجة عن دائرة التعامل لأنها تتمتع بالحماية وتخص مصلحة المجتمع. وانما يرد التقادم على الاموال الداخلة في نطاق التعامل بين الرومان سواء أكانت نفيسة ام غير نفيسة من الاموال المثلية ام القيمية ام غيرها. يتضح من ذلك ان هناك شروطاً متعددة لكسب ملكية المال بالتقادم في القانون الروماني يمكن اجمالها على النحو الآتي:

الشرط الاول: ان يكون المال من الاموال الرومانية.

الشرط الثاني: ان يكون المال من الاموال الداخلة في دائرة التعامل بين الافراد، ولهذا لا يجوز كسب ملكية الاموال العامة واموال المعابد بالتقادم.

الشرط الثالث: ان يكون المال من الاموال القابلة للتصرف فيها أي ليس مسروقاً ولا مغصوباً.

الشرط الرابع: ان يكون المواطن من الرومان.

ثانياً: استمرار وضع اليد للمدة القانونية اللازمة.

وعلى ان تتوافر الشروط اللازمة لذلك وهي:

الشرط الاول: المدة وهي سنتان في العقارات وسنة في المنقولات.

الشرط الثاني: وضع اليد على المال بقصد التملك طوال المدة المذكورة.

الشرط الثالث: ان يكون وضع اليد خالياً من العيوب أي لا يكون وضع اليد (الحيازة) مقترنة بالقوة او بالخفاء وان لا تكون اليد عارضة كيد المستأجر او المودع لديه.^(١)

على ان هذه المدة التي حددها القانون الروماني قد لا تكون مستمرة وانما تنقطع لاسباب عديدة ما يلزم قيام مدة جديدة. فانقطاع التقادم قد يكون برفع اليد عن المال او بزوال الحيازة او بفقدتها قاهرة او بفعل الغير.

اما عن (وقف التقادم) فيراد به ان يقف سريان التقادم بسبب مانع معين كما لو كان صاحب المال عديم الاهلية حيث يتعذر عليه المطالبة بحقه فاذا اصبح كامل الاهلية بدأ التقادم لزوال المانع.

الا ان القانون الروماني لم يعرف وقف التقادم بالنسبة للتقادم القصير وانما عرف الرومان وقف التقادم في مجال التقادم الطويل على نحو ما سيتضح لنا.

ويلاحظ ان واضع اليد قد يتغير اما بسبب الوفاة ويحل محله خلفه او بسبب انتقال ملكية المال بالتصرف به (الى الخلف الخاص). فهل يستفيد الخلف العام او الخلف الخاص ويستكمل المدة؟

للجابة على ذلك نقول ان القانون القديم كما يقضي بانقطاع التقادم ولايستفيد الخلف العام مثلاً من مدة سلفه ولا تضم اليها. الا ان الفقه المدني الروماني يقضي بأن للخلف العام ان يستفيد من مدة سلفه بينما لا يستفيد من ذلك الخلف الخاص (كالمشتري والموهوب له).

(١) قارن مع ما نصت عليه المادة ١١٧٣ / ٣ من القانون المدني الاردني اذ جاء فيها ما يلي: (ولا يجوز للمستأجر والمنتفع والمودع لديه والمستعير او ورثتهم بمرور الزمان). وانظر المواد ٤٥٠ وما بعدها في القانون المدني الاردني.

ثالثاً: السبب الصحيح^(١)

أي ان يكون واضح اليد مستنداً في حيازته للمال الى الواقعة القانونية او العمل القانوني (التصرف القانوني) كالاستيلاء او الوصية او الهبة. اما غصب المال او سرقة فلا يكون سبباً صحيحاً لكسب الملكية بالتقادم.

ذلك ان التسليم لوحده لا يكفي لنقل الملكية بالتصرف القانوني وانما لابد من وجود سبب صحيح في نقل الملكية. ومن ذلك مثلاً بيع ملك الغير، فاذا سلم المتصرف ملك غيره لايعني انتقال الملكية لان السبب غير صحيح في نقل الملكية ولهذا فلو حصل مثل هذا التصرف ومرت المدة اللازمة لذلك (سنتان في العقارات او سنة في المنقول) فان المتصرف اليه كسب المال بالتقادم القصير.

اما اذا حصل التسليم من المتصرف المالك للشيء فلا مشكلة تثور في مجال التقادم القصير مادامت شروط التصرف متوافرة.

رابعاً حسن النية^(٢). (La bonne foi)

والمقصود بذلك ان واضح اليد يجب ان يكون حائزاً للمال وهو يجهل انه يعتدي على حق غيره. أي ان من تصرف له هو مالك واهل للتصرف اما اصالة او نيابة وهذا (الاعتقاد) من واضح اليد هو المقصود بحسن النية. والمهم ان يتوافر حسن النية عند بدء وضع اليد على المال، وبالتالي فلا يهم اذا علم بعد ذلك بان المتصرف مثلاً تصرف بالمال وهو قاصر ولم يحصر مسبقاً على الاجازة، او ان المتصرف بالمال ليس مالكا للمال المتصرف به.

ولاشك ان الاصل هو افتراض حسن النية في واضح اليد وعلى من يدعي العكس ان يثبت سوء النية بينما يقع على واضح اليد اثبات السبب الصحيح.

(١) لاحظ ما نص عليه القانون المدني الاردني في المادة ١١٨٢ / ٢ حيث جاء فيها ما يلي:

٢. والسبب الصحيح هو سنداً وحاداً يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية:

أ- الاستيلاء على الاراضي الموات.

ب- انتقال الملك بإرث او الوصية.

ج- الهبة بين الاحياء بعوض او بغير عوض.

د- الفراغ او البيع الرسمي او العادي.

(٢) لاحظ نص المادة ١١٧٦ من القانون المدني الاردني التي نصت على ما يلي: (بعد حسن النية من يحوز الشيء، وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير. ويفترض حسن النية، ما لم يقدّم الدليل على غيره). اما سوء النية من اغتصبت بالاكراهة الحيازة من غيره او سرق المال.

المطلب الثاني

التقادم الطويل (متوسط المدة)

اذا كان نظام التقادم القصير سالف الذكر اقتصر تطبيقه على الاموال الرومانية وبين الرومان فقط فأظهر قصوره بعد توسع الامبراطورية الرومانية حيث لم يستفد منه غير الرومان ولم يشمل الملكية الاقليمية، فان الرومان عرفوا نظاماً آخر متوسط المدة والذي عرف بنظام التقادم الطويل الذي كان معروفاً عند الاغريق.

والملكية في هذا النوع من انواع التقادم لا تكسب بفعل مرور الزمان وانما كان لواضع اليد ان يدفع عنه أي تعرض على اساس انه مالكا للمال، وبعبارة اخرى ان هذا التقادم لم يكن من وسائل اكتساب الملكية في البداية (خلال العصر العلمي) وانما صار كذلك في عصر الامبراطورية السفلى.

ومن آثاره في ظل الصورة الاولى (في العصر العلمي) حين لم يكن وسيلة لاكتساب الملكية ما يلي:

١- ان لواضع اليد مجرد دفع التعرض عنه ولا يكسب ملكية الشيء تحت يده. فاذا فقدت منه الحيازة لا يستردها لان حق الاسترداد يكون للمالك فقط.

٢- ان دعوى المالك الحقيقي لا تسقط وله ان يسترد المال تحت أي يد كانت.

اما عن مدة التقادم التي ذكرها الرومان فهي (١٠ سنوات) اذا كان المالك وواضع اليد في مدينة واحدة. فان كانا غير مقيمين في مدينة واحدة (٢٠ سنة) وهي مدد يجب ان تكون مستمرة الا انها قد تنقطع وقد تتوقف.

فالتقادم قد تنقطع مدته بصورة طبيعية كرفع اليد عن المال او بزوال الحيازة او لفقدتها بسبب القوة القاهرة. وقد تنقطع انقطاعاً مدنياً أي برفع دعوى الاسترداد من جانب المالك. ولهذا فالمطالبة القضائية هي السبب المباشر في القوانين الحديثة لانقطاع التقادم.

اما وقف التقادم فان البريتور تدخل لمصلحة القاصرين ومنع التقادم بشأن حقوقهم، ثم شمل ايضاً عديمي الاهلية وناقصيها ثم شمل الجنود. ويظل هذا التقادم كذلك حتى يزول المانع ببلوغ القاصر او عودة الجندي او تسريحه من الخدمة^(١).

(١) نصت المادة ١١٨٦ من القانون المدني الاردني على ما يلي: (لا يسري مرور الزمان المانع من سماع دعوى الملك كلما حال بين صاحب الحق والمطالبة بحقه عذر شرعي).

المطلب الثالث

التقادم الطويل جداً

إذا كان التقادم سالف الذكر يستلزم حسن النية والسبب الصحيح لكسب الملكية فان تخلف احد الشروط لا يستفيد واضع اليد من احكام التقادم ولا يكسب الملكية بمرور الزمان ولا يستطيع ان يدفع دعوى المالك.

الا انه تبين ان هذه النتيجة مبالغ فيها فتقرر في عهد الامبراطورية ان تتقادم دعوى الاسترداد أي يسقط حق المالك في رفعها اذا مضت مدة معينة لم يستعمل المالك الدعوى خلالها. وقد حددت المدة اولاً بـ ٤٠ سنة ثم انقصت فيما بعد الى ٣٠ سنة فان رفع المالك دعوى الاسترداد بعدها كان لوضع اليد ان يتمسك بالتقادم الطويل جداً.

ولعل اهم ما يتميز به هذا النظام هو ان واضع اليد يستطيع ان يتمسك بوضع يده قبل المالك الحقيقي اذا مضت المدة الطويلة ٣٠ سنة حتى ولو كان واضع اليد سيء النية أي يعلم ان المالك لا يعود له بل حتى ولو لم يكن مستنداً الى سبب صحيح كما لو كان غاضباً للمالك او سارقاً له. وبهذا فان الدعوى التي للمالك تسقط في مواجهة واضع اليد.

المطلب الرابع

التقادم في عهد جستنيان ومدى تأثير القوانين الوضعية بهذه القواعد

لقد ادخل الامبراطور جستنيان تعديلات عديدة على نظام التقادم يمكن اجمالها على النحو الآتي:

١- اخذ بنظام التقادم الطويل جداً باعتباره تقادماً مسقطاً وحددت مدته بـ ٣٠ سنة اذا كان واضع اليد سيء النية وليس له سبب صحيح.

٢- اعتبر ان العقارات تكتسب ملكيتها بالتقادم الطويل جداً ٣٠ سنة (اذا) كان الحائز لها حسن النية ودون اشتراط السبب الصحيح وهو حكم جديد وضعه الامبراطور جستنيان.

٣- ادمج نظامي التقادم القصير والتقادم الطويل في نظام واحد مع استلزام توافر السبب الصحيح وحسن النية الا انه فرق بين وضع اليد على المنقول ووضعه على العقار.

ففي المنقولات تكتسب الملكية بمرور ٣ سنوات اذا توافر السبب الصحيح وحسن النية^(١)،

(١) لاحظ ما نصت عليه المادة ١/١١٩٠ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها ما يلي:

(استثناء من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد فقده او سرق منه او غصب ان يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده او سرقة او غصبه وتسري على الرد احكام المنقول المغصوب).

وفي العقارات تكسب الملكية بمضي ١٠ سنوات او ٢٠ سنة بحسب الاحوال.

ويلاحظ ان العديد من القوانين المدنية الوضعية تأثرت بما قرره القانون الروماني بالنسبة للتقادم، فقد تأثر القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني بما ورد في القانون الروماني مع بعض الاختلافات.

فالقاعدة في القانون المدني الاردني مثلاً في نطاق حيازة المنقول ان الدعوى عن المالك لا تسمع على من حاز منقولاً او حقاً عينياً على المنقول او سنداً لحامله وكانت حيازته تستند الى سبب صحيح وحسن نية وان الحيازة بذاتها تقوم قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك.^(١)

فاذا لم يتوافر في الحائز الشروط السابقة فانه لا يمتلك الا بالتقادم الطويل وهو ١٥ سنة حيث جاء في المادة ١١٨١ من القانون المدني الاردني ما يلي: (من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له او حاز حقاً عينياً على منقول، او حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد بذوي عذر شرعي).

فاذا كان الحائز حسن النية ووضع يده بسبب صحيح فانه يكتسب الملكية او الحق العيني العقاري بمضي ٧ سنوات فقط،^(٢) حيث جاء في المادة ١/١١٨٢ من القانون المدني الاردني ما يلي:

١- اذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقتترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته بسبب صحيح فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات.

يتضح من ذلك ان القانون المدني الاردني جعل مدة التقادم ١٥ سنة في المنقول والعقار دون استلزام سبب صحيح وحسن النية كانت المدة ٧ سنوات في العقار (المادة ١/١١٨٢) ويكتسب الحق فوراً في المنقول (المادة ١١٨٩).

المبحث السادس

حقوق الارتفاق

المقصود بحقوق الارتفاق هي الحقوق التي تقرر لشخص على مال غيره حيث ترتفق الارض او العقار على ارض او عقار اخر وهي من اقدم الحقوق العينية التي تتقرر على مال الغير وتمثل في حق المرور وحق المسيل وحق المجرى وحق الشرب وحق الشفة ولهذا فهي قيود على

(١) قارن مع ما ذهب اليه القانون المدني المصري في المادتين ٩٧٦ و ٩٧٧.

(٢) لاحظ نص المادة ٩٦٩ من القانون المدني المصري التي نصت على مدة (٥ سنوات)

حق الملكية لمصلحة صاحب الارض المحبوسة عن الطريق العام او الارض التي يلزم مرور المياه اليها او اخراج المياه الزائدة منها.

وإذا كان صاحب حق الارتفاق كان يعد بمثابة المالك للطريق في حق المرور والمالك لمجرى الماء في حق المجرى وهكذا الا ان هذه النظرة تغيرت فيما بعد من فكرة مادية الى (فكرة معنوية) لأن الحق هو امر معنوي وان محله هو شيء مادي.

وعلى هذا الاساس اصبح تعريف حقوق الارتفاق بأنها:

(الحقوق العينية التي تقرر على مال الغير لصالح عقار او شخص). وهي تعد من القيود على حق الملكية مرجعها في السابق ارادات الافراد ولم تصبح من القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة الا في مراحل لاحقة وهذه الحقوق لا ترد الا العقارات فقط.

ومن حقوق الارتفاق الشخصية هي (حق الانتفاع) الذي يتقرر لشخص مدى حياته للانتفاع بشيء معين وينتهي بوفاته ومن ثم تعود ملكية الشيء لصاحبها الاصلي وهي قد ترد على العقارات او المنقولات.

أولاً: حقوق الارتفاق العينية

ويقصد بها القيود التي تتقرر لمصلحة عقار على عقار اخر مملوك لشخص آخر، ولذلك لا يرد حق الارتفاق العيني على مال منقول وحين يتقرر هذا الحق على ارض او عقار ما فإن قيمته تنقص بسبب مشاركة الغير لحقه على الملك. ولهذا فان هذه الحقوق لا تباع استقلالاً وإنما تدون في سند الملكية وتنتقل مع انتقال ملكية العقار فاذا توحد المالك بأن اصبح مالاً للعقارين معاً انقضى حق ارتفاق بوحدة المالك. كما ان حق الارتفاق من الحقوق غير القابلة للانقسام ولا تتجزأ لأن طبيعة حق الارتفاق لا تقبل التجزئة.

ولعل من اهم حقوق الارتفاق الزراعية هو حق المرور الذي يتقرر لصالح الارض المحبوسة عن الطريق العام على الارض القريبة من الطريق، وحق المجرى الذي يتقرر للارض الزراعية لسقي المحاصيل والاشجار والمزروعات، وحق المسيل لاجراج المياه الزائدة عن الارض الزراعية وكذلك حق السقي للدواب والحيوانات.

ثانياً: حقوق الارتفاق الشخصية

وهي الحقوق العينية المقررة لمصلحة شخص معين ولا تتقرر لمصلحة عقار على نحو ما تقدم ومن هذه الحقوق حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق استخدام العبد او الحيوان. وتعود هذه التسمية الى مدونة جنسيتان الذي ميز بين حقوق الارتفاق العينية وحقوق الارتفاق الشخصية.

اما القوانين المدنية الوضعية فقد اطلقت على حق الانتفاع وحق السكن وحق الاستعمال مصطلح الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.^(١)

١- حق الانتفاع: وهو حق عيني،^(٢) لمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها مادامت قائمة على حالها وان لم تكن رقبته مملوكة للمنتفع. ومن هذا يتضح ان صاحب الحق يتقرر حقه في الانتفاع فقط دون التصرف بالشيء فله حق استعماله واستغلاله بما يتفق وطبيعته دون التصرف به كبيعه او هبته او الوصية به.

على ان حق المنتفع هو حق عيني بينما حق المستأجر ليس حقاً عينياً وإنما هو حق شخصي ينشأ رابطة بين المؤجر والمستأجر. وان حق الانتفاع هو حق مؤقت يتقرر طوال حياة المنتفع وله الحق في ثمار العقار وله نتاج الحيوان وله النزول عنها لغيره. والمنتفع مستقل في حقه عن مالك الرقبة الا ان ذلك لا يعني اهمال العين المنتفع بها.

٢- حق الاستعمال: Lussage^(٣)

وهذا الحق من الحقوق الارتفاق الشخصية أي تتقرر لمصلحة شخص على مال يعود للغير ويكون لصاحب الحق استعمال الشيء بحسب طبيعته ووفقاً لما أعد له وحسب شروط الاستعمال ويخول الاستعمال فقط اما ثمار الشيء فتعود لصاحب الحق. وليس لصاحب الحق النزول عنه الى الغير لأنه مقصور على صاحب الحق.^(٤)

وحيث ان هذا الحق يتقرر عادة في عقد او وصية فقد توسع مجال الاستعمال واصبح فيما بعد بإمكان الشخص واسرته حق الاستعمال للشيء وان له ان يؤجر قسماً من حقه.

٣- حق السكن Habitation: يشبه هذا الحق حق الاستعمال من حيث الطابع الشخصي لهذا الحق حيث يتقرر بموجب العقد او الوصية ويتحدد هذا الحق في السكن فقط وهو لصيق بشخص صاحبه ولا يسقط بعدم استعماله له او لفقد اهليته او لغيابه.

(١) لاحظ نص المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الاردني بشأن حق الانتفاع وكذلك نص المادة (١٢٢٠) بخصوص حق الاستعمال وحق السكن وقارن ذلك مع حق المساطحة (١٢٢٥ مدني). وانظر نص المادة (٧٠ مدني).

(٢) نصت المادة ٦٩ من القانون المدني الاردني على ما يلي:

١- الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين.

٢- ويكون الحق العيني اصلياً او تباعياً.

(٣) نصت المادة ١٢٢٠ من القانون المدني الاردني على ما يلي: (يصح ان يقع الانتفاع على حق الاستعمال او حق السكن او عليهما معاً). ويتحدد مدى حق الاستعمال وحق السكن بحاجة صاحب الحق واسرته لأنفسهم فحسب وذلك مع مراعاة احكام السند المنئيء للحق (١٢٢١ مدني).

(٤) اجازت المادة ١٢٢٣ مدني اردني النزول عن حق الاستعمال او حق السكن عند وجود شرط صريح في سند انشاء الحق.

انشاء حقوق الارتفاق

تشير الدراسات التاريخية الى ان اول الطريق المنشئة لحقوق الارتفاق هما: (الاشهاد والتقاد). والى ان اقدم هذه الحقوق هي حقوق ارتفاق العينية مثل المرور وحق المجري وحق المسيل وحق الشرب. ويلاحظ ان انشاء هذه الحقوق كان يتم بطريق مباشر هو (البيع).

فالشخص الذي يبيع حق المرور لجاره الذي ارضه محبوسة ينتقل هذا الحق الى المشتري (صاحب الارض المخدومة). وكذلك في الوصية حين يوصي شخص بحق الانتفا مثلاً او حق الاستعمال او حق السكن على مال من امواله لشخص آخر هو (المنتفع او المستفيد).

وفي عهد الامبراطور جستينيان اصبح من الجائز ان تنشأ حقوق الارتفاق نتيجة (شبه التسليم) حيث تم التصرف بالعقار مع الاحتفاظ بحق الارتفاق. واصبح فيما بعد ان ينشأ حق ارتفاق بمجرد التعهد الشفوي الذي يقرر الحق لصاحب الحق في الانتفاع من الطريق او المجرى او المال المنتفع به. وصار اكتساب حقوق الارتفاق بصورة واضحة من طريق (التقاد).

انقضاء حقوق الارتفاق عند اتحاد المالك لكل من العقارين (العقار الخادم والعقار المخدوم). وكذلك اذا خرج المال عن دائرة التعامل او اذا تنازل صاحب الحق عن حقه بارادته. وفي نطاق حقوق الارتفاق العينية الزراعية (مثل حق المرور والمجري والمسيل) يزول الحق بعدم استعماله مدة من الزمن فيسقط بعدم الاستعمال.

وبالنسبة لحق الانتفاع ينتهي اذا تملك المنتفع الارض او العقار بأن صار هو المالك للشيء الذي كان له عليه هذا الحق. وطبقاً للقانون الروماني فان حق الانتفاع ينتهي بعدم الاستعمال وكذلك ينتهي (حق الاستعمال) بعدم استعماله مدة ١٠ او ٢٠ سنة.

ثالثاً: الحقوق الاخرى المقررة على مال الغير

١- حق القرار (المساحة)^(١)

وهو من الحقوق العينية المقررة على عقار مملوك للغير بالاتفاق بين المالك وصاحب الحق الذي يتقرر له البناء عليه. وقد عرف به حق القرار في العهد الامبراطوري وفي مدونة جستينيان.

وطبقاً لهذا الحق فان البناء والغراس بعد نهاية المدة يعتبر ملكاً لصاحب الارض ولم يكن لصاحب هذا الحق الا حقاً شخصياً ينشأ من عقد الابجار وانتهى فيما بعد الى اعتباره صاحب حق عيني تحمي حقه دعاوى الحق العيني.

(١) خصص القانون المدني لحق القرار المواد من (١٢٢٥-١٢٣٢) وعرف هذا الحق بأنه: (حق عيني يعطي صاحبه الحق في اقامة بناء او غراس على ارض الغير) وهو يكسب بالاتفاق او مرور الزمان وينتقل بالميراث او الوصية (١٢٢٦).

على ان هذا الانتفاع بالارض على هذه الصورة كان يتم لقاء اجر سنوي ويستطيع صاحب الحق القرار بيع حقه او هبته او الوصية به وفي نهاية المدة يلتزم برد الارض مع البناء والغراس الذي أنشأ عليها.

٢- الاجارة الطويلة

عرف الرومان نظام الاجارة الطويلة والذي يقوم على اجارة المنتفع لشيء فترة اطول من فترة الاجارة العادية واصبح يتمتع بحقوق عينية تختلف عن حقوق المستأجر العادي لقاء مقابل او مبلغ من المال الذي يدفع للمالك وخاصة في مجال الاراضي الزراعية.

وقد حمى البريتور هذا النوع من التصرفات ومنح صاحب الاجارة الطويلة (دعوى عينية) لرد حقه عند تعرضه للاعتداء وينتقل هذا الحق للورثة وغالباً ما كان يرد هذا الحق على اراض الدولة.

٣- الحكر^(١)

اصل هذا النظام يعود الى اليونان. ويقع الحكر بالنسبة للاراضي الموات بقصد احيائها وغرسها في مقابل بدل معين يدفعه المحتكر الى صاحب الارض ومصدره الاتفاق. والهدف منه هو استثمار الارض لفترة طويلة لقاء مقابل معين يتقرر دفعه ويسقط هذا الحق اذا لم يسلم المقابل مدة ثلاث سنوات. وقد نصت المادة ١٢٤٩ من القانون المدني الاردني تعريفاً للحكر على انه: (الحكر عقد يكسب المحتكر بمقتضاه حقاً عينياً يخوله الانتفاع بأرض موقوفة، باقامة مبان عليها او استعمالها للغراس او لأي غرض آخر لا يضر بالوقف، لقاء اجر محدد).

(١) قارن مع ما نص عليه القانون الاردني في المواد (١٢٤٩-١٢٧٠).

الفصل الخامس

الحقوق الشخصية (الالتزامات في القانون الروماني)

LES OBLIGATIONS EN DROIT ROMAN

يعتبر موضوع الحقوق الشخصية (الالتزامات) في القانون الروماني من المواضيع المهمة التي تركت آثارها الواضحة على القوانين المدنية الوضعية بصورة متفاوتة سواء من حيث تحديد المقصود بالالتزام وبيان أركانه ام في تعداد مصادر الالتزام وترتيبها^(١). ولهذا لا بد من توزيع المبحث على النحو الآتي:

المبحث الاول: تعريف الالتزام وأركانه.

المبحث الثاني: تقسيمات الالتزام.

المبحث الثالث: مصادر الالتزام.

المبحث الاول

تعريف الالتزام وأركانه

المقصود بالالتزام في القانون الروماني (رابطة قانونية تكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بأمر ما طبقاً للقانون).^(٢) وجاء تعريف آخر للالتزام عن الفقيه الروماني (بول) بأنه: (يكون هناك التزام إذا كان الغير يستطيع ان يجبرنا على ان نعطي شيئاً، او نقوم بعمل ام نمتنع عن عمل).^(٣)

ويجمع الفقيه الروماني (بوتيه) بين التعريفين المتقدمين فيعرف الالتزام بأنه:

(١) الاستاذ الدكتور السنهوري، نظرية العقد، ص ٢٩.

محمد طه البشير وهاشم الحافظ، القانون الروماني، بون سنة نشر، ص ١٣٠.

HENRI ET LEON MAZEAUD - LECONS DE DROIT CIVIL PARIS, 1966, PP. 5-6.

الدكتور عبدالحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ٣-٤.

فريد فتیان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني - بغداد، ٩٥٦، ص ٢٢.

(٢) محمد طه البشير وهاشم الحافظ، المرجع السابق، ص ١٣٠.

HENRI ET LEON MAZEAUD OP. CIT P.5.

وانظر مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

(٣) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، ص ١٢.

الدكتور محمد مختار القاضي، اصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، ١٩٥١، ص ٩.

(رابطة قانونية تجبرنا نحو شخص آخر على ان نعطي شيئاً او ان نقوم بعمل او ان نمتنع عن عمل).^(١)

وبهذا التعريف أخذ المشرع الفرنسي في المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:

Le contrat est convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, a donner, a faire ou a ne pas faire quelque chose.^(٤)

وترجمتها: (العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او اكثر نحو شخص آخر او اكثر بإعطاء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل).

يتضح من ذلك ان للالتزام اركان متعددة وهي:

الركن الاول: اشخاص الالتزام: ذلك ان الالتزام هو رابطة بين الاشخاص سواء أكان من الافراد ام من الاشخاص المعنوية وبهذا التطور في الفكر القانوني اصبحت العلاقات بين الذمم ولا تمتد سلطة الدائن على جسد المدين او حياته. وهذه الرابطة تقوم بين (الدائن) و (المدين) ولا يمنع ذلك من تعدد كل طرف في هذه الرابطة.

الركن الثاني: موضوع الالتزام: أي مضمون الالتزام او محله وهو اما ان يكون قيام بعمل او امتناع عن القيام بعمل او تسليم شيء. على ان هذه الاداء من المدين يكون قابلاً للتقويم بالتقود.

الركن الثالث: الجزاء La sanction أي ان للدائن الحق في اجبار المدين على تأدية ما التزم به ايأ كان مصدر او سبب الالتزام. الا ان هذا الاجبار لا يكون فردياً وانما بالجوء الى السلطة العامة واقامة الدعوى على المدين وهي: (الدعوى الشخصية) للمطالبة بالحق الشخصي.

ولهذا يطلق على الالتزام الحقيقي عند الرومان بـ Obligatio أي الرابطة المحمية بدعوى. والدعاوي الشخصية التي تحمي الحقوق او الالتزامات عديدة حيث قسمها الفقه الروماني المعروف (جايوس) الى نوعين هما: التزامات متولدة عن الاعمال القانونية المشروعة واخرى متولدة عن الاعمال غير المشروعة.

ولا بد ان نشير الى ان نظرية الالتزام في القانون الروماني مرت بمراحل متعددة قبل ان تصل الى مرحلتها الاخيرة. ففي المراحل الاولى من العصر الروماني وجدت التزامات دينية في علاقات الاشخاص كما كان هناك اشخاص يلتزمون بأجسادهم مثل المحكوم عليهم والاشخاص الذين ارتكبوا جريمة السرقة او الاعتداء والمقترضون والكفلاء.^(٣)

(١) الاستاذ السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢.

(2) CODE CIVIL- Paris 1995 P. 554

(٣) انظر توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٨٠-٣٨١.

ثم توحدت فكرة الالتزام في العصر العلمي ووضحت صورة الحقوق الشخصية (الالتزامات) والحقوق العينية وعرفت فكرة الأشياء وتقسيماتها المادية والمعنوية.

على ان الالتزامات اما ان تكون كتابية او شفوية وقامت هذه الحقوق الشخصية على مبدأ (حسن النية) ويراد به تعاون اطراف رابطة الالتزام بثقة وبصورة اختيارية لتنفيذ الالتزام. وقد انتهى الامر في عهد الامبراطور جستنيان بأن اتسع نطاق الالتزامات واصبحت لها تقسيمات متعددة ولهذا لا بد من التعرف على هذه التقسيمات ثم بيان مصادر الالتزام.

المبحث الثاني

تقسيمات الالتزام

تنقسم الالتزامات في القانون الروماني بحسب مصادرها او اطرافها او موضوعها او الآثار الناجمة عنها. وقد جاء في المدونة على ان الالتزامات على قسمين هما: التزامات مدنية اقرها القانون المدني والتزامات حاكمة (شرفية) التي رتبها الحاكم في حدود سلطته التشريعية.^(١) أولاً: الالتزامات بحسب مصادرها: اذ تنقسم الالتزامات من حيث المصدر الى التزامات ناشئة عن العقد واخرى ناشئة عن الجريمة وهذا هو التقسيم الاساسي للالتزامات الذي ورد في كتاب النظم لـ (جايبوس) ثم اضاف له مصدر اخر هو (المصادر المختلفة) اذا كان الالتزام لا يرد الى العقد او الجريمة.^(٢)

اما في مدونة جستنيان فقد جاء ما يلي: (والالتزامات من جهة اخرى اربعة انواع هي:

أولاً: الالتزامات التي تنشأ من القيود.

ثانياً: الالتزامات التي تنشأ من شبه العقود.

ثالثاً: الالتزامات التي تنشأ من الجرائم.^(٣)

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ من شبه الجرائم.

وبهذا التقسيم اخذ القانون المدني الفرنسي واطراف له القانون وكذلك القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥. وقد اغفل جستنيان مصدر القانون في مدونته.

(١) مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٠٣.

الاستاذ السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٢٩.

الدكتور عبدالحى حجازي، مصادر الالتزام، ج٢، المرجع السابق، ص ٣-٤.

MAZEAUD- OP.CIT.PP.40-41.

(٣) مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

ثانياً: الالتزامات بحسب اطرافها. من المعلوم ان الالتزام يقسم عادة بين طرفين هما الدائن والمدين فهما اطراف رابطة الالتزام. الا ان هذا لا يمنع من تعدد المدين في جانب الدائن. فاذا تعدد الاطراف قد يكون الالتزام مشتركاً او تضامنياً.

والاول هو الدين المشترك ينقسم بين المدينين ويكون لكل دائن ان يطالب كل مدين بقدر حصته، والالتزام الثاني يتضامن المينون بسداد الدين او الوفاء بالالتزام وكان لكل دائن ان يطالب كل مدين بكل الدين.

ثالثاً: الالتزامات بحسب موضوعاتها. فالالتزامات قد تكون معينة او غير معينة والتزامات تخيرية والتزامات بدلية والتزامات قابلة للانقسام واخرى لا تقبل التجزئة.

فالالتزام المعين يكون محله معيناً كالتزام باعطاء شيء او تسليم مبلغ المال او تسليم شيء معين محدد ففي عقد القرض يكون المحل معيناً وفي عقد الوديعة يكون محل الالتزام معيناً.

والالتزام غير المعين كالتزام بالامتناع عن القيام بعمل او الالتزام بالقيام بعمل دون تحديد صفته كصنع الموبليات حيث لا بد من تحديد نوع العمل والجشبات والابعاد والا فهو التزام غير معين.

والالتزام التخييري يكون محل الالتزام متعدد تبرأ ذمة المدين اذا ادى واحداً منها بينما في الالتزام البدلي تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلاً من المحل الاصلي شيئاً آخر كما في العربون اذا حصل الاتفاق على انه بدل في التزام بدلي وجزاء للعدول.

وفي الالتزام الذي لا يقبل التجزئة يكون محله لا يقبل الانقسام كتسليم حيوان او الاقرار بحق الارتفاق، وقد يكون المحل قابلاً للتجزئة اذا امكن انقسام المحل كما اذا كان المحل من النقود.^(١)

رابعاً: الالتزامات بحسب اثارها. وهي اما التزامات من جانب واحد اذا كان احد الاطراف دائناً غير مدين كما في الوعد بالتعاقد من طرف البائع او المشتري في عقد البيع.

وقد يكون الالتزام من طرفين فيكون كل طرف من اطراف رابطة الالتزام (دائن) و (مدين) سواء في البيع او الاجازة او الاعارة او الوديعة.

خامساً: الالتزامات بحسب الجزاء. تقسم الالتزامات عند الرومان بحسب الجزاء أي التزامات

(١) انظر مؤلفنا في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، احكام الالتزام، عمان، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٤٠.

مدنية وتحميها الدعوى المدنية أي القانون المدني حيث يستطيع الدائن اجبار المدين على الوفاء بالتزامه.^(١)

اما الالتزامات البريتورية فهي يحميها البريتور بدعوى انشأها القاضي بحسب سلطته القضائية. وهناك أيضاً التزامات طبيعية وهي التزامات لا يجبر المدين على تنفيذها حيث لا توجد لها دعوى تحميها، الا انه يجوز الوفاء بالالتزام اذا أقر به المدين باختياره، فان كان التزاماً طبيعياً لا يوجد جزاء على المدين وان صار التزاماً مدنياً امكن ايقاع الجزاء اذا اخل المدين بالتزامه. اما الالتزامات الاخلاقية فهي تدخل في نطاق الضمير وتتضمن واجباً اخلاقياً او ادبياً.

المبحث الثالث

مصادر الالتزام^(١)

LES SOURCES DE LOBLIGATION EN DROIT ROMAIN

سبق ان ذكرنا ان مصادر الالتزام في القانون الروماني هما: الجريمة والعقد وما عداهما يرد الى مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول الرومان ترتيبها تحت اسم معين وانما اطلق عليها (الاسباب المختلفة). ولعل اول المصادر المولدة للالتزام تاريخياً هي الجريمة بأشكالها الواقعة على النفس او المال او الشرف او الاعتبار لاسيما في القانون الروماني الذي تعرف في عهد جستنيان تقسيماً رباعياً لمصادر الالتزام وهي:

المصدر الاول: الجريمة Maleficia, Delicata.

المصدر الثاني: العقد Contract.

المصدر الثالث: شبه الجريمة.

المصدر الرابع: شبه العقد.

(١) المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) تفصيل ذلك راجع:

مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

د. توفيق حسن فرج، القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

الاستاذ الدكتور السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٩.

محمد طه البشير وهاشم الحافظ، المرجع السابق، ص ٢٩.

الدكتور عبدالحى حجازي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

MAZEAUD -LESONS DE DROIT CIVIL - OP. Cit.P. 40.

مولفنا في النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، ط٣، عمان، ٩٩٥، ص ١١.

الا ان الفقيه الروماني (بوتيه) اوضح بأن مصادر الالتزام هي خمسة فأضاف لها (القانون) وبهذا التقسيم الخماسي اخذ القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون لعام ١٨٠٤). ولهذا لا بد من بيان مصادر الالتزام كما وردت في مدونة جستنيان وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول

الالتزامات الناشئة عن العقد

وردت في مدونة جستنيان أولاً الالتزامات الناشئة عن العقد وصنفها الى اربعة: عقود كيانها يقوم على شيء او فعل، وعقود تقوم على صيغ كلامية مخصوصة، وعقود تقوم على محررات كتابية، وعقود تقوم على مجرد التراضي والارتفا. ويطلق على هذه الاصناف من العقود مايلي: (وليدة الشيء، القولية، الخطية، الرضائية).^(١) والقاعدة ان مجرد الاتفاق لا ينشأ عنه العقد ولهذا فرق الرومان بين الاتفاق المجرد والعقد وان الفارق بينهما ان أي اتفاق اذا افرغ في عقد حسب القانون والاجراءات الرسمية نشأت عنه الاثار واصبح من العقود. ثم تبين ان هناك من العقود يكفي لانعقادها التراضي فقط دون تشكيلات معينة كالبيع والايجار. وهذا الاختلاف انعكس على الفقه المدني الفرنسي بخصوص تفسير نص المادة ١١٠١.^(٢)

وإذا كانت هناك البعض من العقود التي عرفت باسمها كالبيع والايجار والشركة والقرض والوديعة وكالفالة ونظمت تحت هذا الاسم في عصر الامبراطور جستنيان، فان هناك عقوداً لم يخصص لها اسم معين الا ان القانون المدني كان يحميها واطلق عليها تسمية (العقود غير المسماة) مثل عقد الصلح وعقد المقايضة فتطور الامر فيما بعد واصبحت الكثير من العقود غير المسماة عند فقهاء الرومان من العقود المسماة في القوانين المدنية.

والعقود في القانون الروماني على انواع حيث سبق ان ذكرنا تقسيم جستنيان لهذه العقود وقد جمع الفقه هذه الطوائف الاربعة تحت طائفتين حسب معيار وجود او عدم وجود الشكلية وهي:

الطائفة الاولى: العقود الشفوية والعقود الكتابية.

الطائفة الثانية: العقود العينية والعقود الرضائية.

فالعقد الشفوي ينعقد بالفاظ رسمية محددة مثل عقد الاشتراط. كما يراد بالعقد الكتابي (ثبت المطلوبات).^(٣) ويراد بالعقود العينية تلك القائمة على التسليم للمعقود عليه وبدونه

(١) مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٠٣ (الكتاب ٣، الباب ١٣، بند ٢).

(2) CODE CIVIL- PARIS, 1995, ART 1101.-

(٣) راجع تفصيل ذلك في مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٢٣-٢٢٤.

المطلب الثاني

الالتزامات الناشئة عن شبه العقد

الى جانب الحقوق الشخصية التي مصدرها التراضي، هناك من الالتزامات لا تنشأ عن التراضي الا انها تنشأ على نحو يشبه تلك الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد وتحميها دعاوى كما هو الحال في التزامات العقديّة. ويمكن ردها الى:

أولاً: الالتزامات الناشئة عن الوصاية والقوامة، والالتزامات التي ترد الى حالة الملاك على الشيوع والفضالة.^(١)

ثانياً: الالتزامات الناشئة عن الوارث قبل الموصى له والاثرا بلا سبب.

فالرومان لا يقرون الاثراء على حساب الغير استناداً لقواعد العدالة. ولمن افتقرت ذمته الحق في اقامة دعوى شخصية على من اثرى طبقاً للمبدأ القاضي: (في العدل طبقاً للقانون الطبيعي ألا يثري احد دون سبب على حساب الغير). ومن تطبيقات ذلك المبدأ هو دفع غير المستحق كوفاء دين انقضى ووجه الاثراء بلا سبب هنا هو وجود مقبوض دون حق وكذلك حالي استرداد ما دفع بناء على سبب مخالف للأداب.

المطلب الثالث

الالتزامات الناشئة عن الجريمة

يراد بالجريمة هي الفعل غير المشروع الذي يقوم به شخص اضراراً بحق الغير وعلى المرتكب لهذا الفعل ان يعرض المتضرر وهو التزام يفرضه القانون الروماني واساس هذا المصدر هو الجريمة وقد جاء في المدونة ان جميع اللاتزامات وليدة الشيء أي متولدة عن ذات جريمة من الجرائم كالسرقة والغصب بالقوة والاتلاف والايذاء.^(٢)

وأياً كان نوع الجريمة فإنها تعد مصدراً من مصادر الالتزام وقد يجتمع في الفعل الواحد بيد المغدور (دعوى جنائية) واخرى (دعوى مدنية). وعند الرومان الجرائم اما خاصة لأنها تصيب مصلحة خاصة او جرائم عامة تلحق الاذي بالمصلحة العامة. والالتزام الناشيء عن الجريمة لا

(١) مدونة جستنيان، المرجع السابق، الباب ٢٧.

الاستاذ السنهوري، الوسيط ج١، ص ١١٠٣.

د. محمد جبر الالفي، الفضالة، الجزائر، ١٩٨١، ص ١٩.

د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج٢، الالتزامات، بدون سنة نشر، ص ٤٧٦.

وانظر نص المادة ٣١٠ من القانون المدني الاردني.

(٢) مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

لا ينعقد العقد كالقرض وعارية الاستعمال والوديعة والرهن لأنها توجب الالتزام بالرد، اما العقود الرضائية فهي تنعقد بمجرد التراضي ولا حاجة للكتابة كما في الالتزامات الكتابية ولا الى حضور الطرفين كما في الالتزامات القولية ولا الى التسليم. والعقود الرضائية تنعقد بين حاضرين ويمكن انعقادها بين غائبين، وهذه العقود هي شائعة الاستعمال، كالبيع والايجار والشركة والوكالة.

ولقد تعرض الرومان للقواعد العامة في العقود، كالتراضي وهو ركن في انعقاد العقد، أياً كان نوعه، بأن تكون الارادة عند الموجب والقابل متوفرة وجادة لاحداث الاثر القانوني، كما يجوز للشخص بارادته المنفردة ان ينشيء التصرف القانوني كالنذور وتقديم القرابين، ويمكن ان يوجد الرضا بين طرفين حاضرين او غائبين كالتعاقد بالمراسلة او بواسطة رسول. الا ان الرضا يجب ان يكون خالياً من العيوب كالغلط والتدليس والاكراه.

ومن القواعد العامة في العقود، الاهلية، والاصل ان الشخص الحر البالغ العاقل كامل الاهلية الا ان هناك من الاشخاص لا تكون لهم اهلية كاملة بسبب وجود الوصاية او القوامة كالشخص الحر المجنون وقد تنوعت التصرفات المالية حسب الاهلية، وبعبارة اخرى ان ما يؤثر في اهلية الشخص هو السن والعوارض كالجنون والعتة والسفه. اما الرقيق فهم من الاشياء وليس لهم اهلية.

اما محل الالتزام العقدي فهو موضوع العقد الذي قد تكون قيام بعمل امتناع عن القيام بعمل او اعطاء شيء او نقل حق عيني واشتراط الرومان في محل العقد ان يكون صحيحاً أي مشروعاً ويمكن تقويمه بالنقود وان يكون للدائن مصلحة في اتمامه وان يكون امراً يقوم به المدين نفسه.

اما نظرية السبب Lacausa فلها معان مختلفة عند الرومان، فالسبب اذا اريد به المصدر الذي ينشئ الالتزام لوجود له في العقود الرضائية لأنه يكفي لانعقادها التراضي والمحل والاهلية، والسبب بهذا المعنى ضروري في العقود الشكلية والعقود العينية. وقد دارت نقاشات فقهية كبيرة بين فقهاء القانون الروماني حول السبب وانعكس هذا على فقهاء القانون المدني الفرنسي وهو اختلاف عد من المصادر الخصب لاثراء الكتابات حول السبب في الفقه القديم والحديث.^(١)

(١) نشير الى ان الفقهاء المسلمين كتبوا عن السبب ودوره في التصرفات المالية وتوزعت آراؤهم الى اتجاهات متعددة لعل اهم اتجاهين ما قال به الحنفية والشافعية وعندهم السبب يدخل في صيغة العقد وما قال به الحنابلة والمالكية وبعض المذاهب الاخرى وعندهم ان السبب يعني الباعث الدافع.

يعتبر التزاماً ارادياً كالعقد او الوصية.

وقد اوضح الرومان بأن هناك عدداً من الجرائم اطلق عليها تسمية (جرائم القانون المدني) ويراد بها:

١- جريمة الاعتداء وتقع على الاشخاص، وينشأ عنها الضرر المادي والادبي.^(١)

٢- جرائم السرقة. وهي اخذ مال منقول مملوك للغير دون رضاه.^(٢)

٣- جرائم الاضرار بما لا الغير (الاعتداء على اموال الغير) أي الاضرار بما لا الغير. كالاتلاف الواقع على الاموال.

كما عرفت انواعاً اخرى من الجرائم سميت بـ (جرائم القانون البريتوري) مثل جريمة غصب الاموال وتحصل بسرقة الاموال باكرهه وادخل البريتور هذه الجريمة لأنها تختلف عن السرقة. ومن هذه الجرائم (جريمة التديليس). ويراد بهذه الجريمة ما يقع من طرق اخطائية من شأنها اثاره الغلط في النفس (توهم غير الواقع) تدفع الى ابرام التصرف وقد اعطى البريتور للمدلس عليه الحق في رفع الدعوى للحصول على التعويض. كما عدت (جريمة الاكراه) من الجرائم الواقعة على الشخص لما تحدثه الرهبة في نفسه من تأثير يدفعه الى التعاقد وهناك دعوى غش الدائنين والدعوى البولصية (عدم نفاذ التصرف).^(٣)

المطلب الرابع

الالتزامات الناشئة عن شبه الجريمة

وردت هذه الالتزامات في الباب الخامس من الكتاب الرابع من مدونة جستنيان^(٤)، فعلى القاضي الذي ينظر الدعوى ان يجعل القضية قضيتها فاذا حصل القاء شيء صلب او سائل من احد البيوت فتسبب من ذلك ضرر لأحد فإن الساكن يترتب عليه التزام منشؤه شبه الجريمة.

(١) عرف الرومان الضرر المباشر والضرر المرتد، فالاعتداء قد يكون غير مमित وقد يكون مميتاً. راجع المدونة (الكتاب الرابع، الباب الرابع، بند ٢).

(٢) مدونة جستنيان، المرجع السابق، الكتاب الرابع، الباب الاول، بند رقم ١.

(٣) يطلق على هذه الدعوى تسمية:

LI ACTION PAULIENNE - ACTION REVOCATOIRE.

وقد نصت عليها المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي واخذت بها العديد من القوانين المدنية العربية. وللمزيد من التفاصيل عن هذه الدعوى انظر:

MAZEAUD- op.cit. P.852.

JEAN CARBONNIER -LES OBLIGATIONS- PARIS, 1982, P. 89.

مؤلفنا في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٤) انظر ص ٢٦٤-٢٦٥ من المدونة.

وهذا الفعل ليس جريمة لأنه يخلو من العهد وهو عمل غير مشروع.

وكذلك الحال اذا كان ابن العائلة الذي يسكن في غير مسكن ابيه اذا القى شيئاً من بيته فأصاب الناس بضرر فلا تقام الدعوى على ابيه وانما تقوم الدعوى على الفاعل وفقاً لرأي الفقيه الروماني (جولييان) واساس المسؤولية هنا شبه الجريمة.

والدعوى المقامة على الفاعل اساسها شبه الجريمة وتسمى (دعوى الفعل المجرد) وهي تنتقل الى وارث المصاب الا انها لا تتعدى الى وارث المسؤول عن شبه الجريمة. وهذا المصدر هو السبب في نشوء الحقوق الشخصية بالنسبة للضرر الحاصل من الاشياء التي تحت حراسة شخص ومن الاشخاص الذي يتبعون شخصاً آخر وهو ما يطلق عليه الان في العديد من القوانين المدنية الحديثة المسؤولية عن الاشياء والمسؤولية عن فعل الغير.

الباب الخامس

الباب الخامس

شريعة اليهود

العبرانيون واليهود وبنو اسرائيل في مسميات ذات معنى واحد، ففي اللغة يراد بالعبري والعبراني، اليهودي وهي لغة اليهود فالعبرانية تعني اليهودية.^(١)

واليهود هم قبائل متفرقة اقاموا دولتهم في بلاد كنعان (فلسطين) وعاشوا فيها كبداو رحل وقد خلت الاثار الفرعونية من ذكرهم الا انهم عاشوا في بلاد الرافدين نتيجة الاسر البابلي حيث قام الملك (نبوخذ نصر) بأسرهم وتشغيلهم في البناء والاعمار في بابل لقاء الابقاء على حياتهم (عام ٥٩٧ ق.م).

وتنطق كلمة اسرائيل باللغة العبرية (برايل) وتعني جند الله او جاهد مع الله، واريده بكلمة اليهود نسبة الى يهوذا الابن الرابع ليعقوب، بينما يراد بكلمة (عبري) من العبور حيث اطلقت على سيدنا ابراهيم لأنه عبر النهر، نهر الفرات او نهر الاردن هو واتباعه قادمون من مدينة (اور) جنوب العراق.

ويميز البعض بين ثلاثة مراحل تاريخية في حياة بني اسرائيل وهي:

١- مرحلة التنقل والترحال بين كنعان ومصر.

٢- مرحلة الاستقرار وتكوين الدولة.

٣- مرحلة الانقسام والتشرد. اتخذ اليهود اولاً من العجل الهاً لهم لعبادته، ثم عبدوا الكيش والحمل ولم يستطع موسى منعهم من عبادة العجل الذهبي وهو واضح من اسفار اليهود.^(٢)

وفي تاريخ اليهود ادله على بقايا العشيرة التوقية فقد عبدوا الافعى واعتبرواها من الاشياء المقدسة باعتبارها من رموز الذكورة المخصبة وتمثل الحكمة والدهاء والخلود ولأنها

تستطيع ان تجعل طرفيها يلتقيان.^(١) ولم يتبع اليهود التوراة (الارشاد والهدى) الا بعد فترة من عودتهم من بلاد بابل.

ويمكن القول ان ما بقي من شريعة موسى (ع) هي الوصايا العشر فقد تضمنت الوصية الاولى بيان اساس المجتمع الديني أي المجتمع الذي يقوم على شريعة الله لا شريعة البشر، والوصية الثانية هي فكرة الله الذي لا صورة له والوصية الثالثة تحريم النطق بالباطل باسمه والوصية الرابعة تحديد يوم السبت كيوم راحة والوصية الخامسة تقديس الاسرة وانضمام الزوج الى دار اهل زوجته، ثم الوصية السادسة التي وصفت عادة الاخذ بالثأر والوصية السابعة والثامنة تعتبر الزواج اساس الخلية الاجتماعية وللزوج ان يتزوج بأكثر من واحدة عند وجود السبب كما لو كانت عاقراً والوصية التاسعة ان يكون اليهود شرفاء وامناء واخيراً احترام الملكية الفردية والدين والاسرة باعتبارها ركائز المجتمع العبري.

يتضح من ذلك ان الوصايا العشر كانت بمثابة قانوناً ينظم المجتمع وقامت الشريعة الموسوية على الوحدانية أي وجود اله واحد واسمه في التوراة (يهوا) وقد توصل اليهود الى تدوين القانون في فترات متعاقبة وهي:

١- التوراة وهي الاحكام التي اوحى بها الى سيدنا موسى (ع).

٢- التلمود وقد قام عدد من الاحبار (رجال الدين اليهود) بوضعه ويضم:

(كتاب الميشنا) و(كتاب الجيمارة) وتحتوي تعاليم موسى (ع).

٣- الشروح الفقهية... ولهذا فالشريعة الموسوية خليط بين الدين والقانون.^(٢)

ولغرض الاطلاع على شريعة اليهود سنوزع الباب على ثلاثة فصول على النحو الآتي:

الفصل الاول: احكام القانون العام.

الفصل الثاني: احكام القانون الخاص.

الفصل الثالث: نظام الملكية.

(١) المنجد، ص ٤٥٨.

د. احمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص ٩٥.

د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

زهدي يكن، المرجع السابق، ص ١٦٧.

د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٢) سفر الخروج والاصحاح ٣٢ وسفر الحريات ٢٥-٢٨ وسفر الملوك الاول في الاصحاح الثاني عشر مشار

اليها في مؤلف زهدي يكن، المرجع السابق، ص ١٦٨-١٦٩.

Reinach -History of religions, 1980, P. 176.

تشير نصوص التوراة على ان اليهود بدأوا حياتهم في شكل قبائل متنقلة رعوية تقوم على اساس العشيرة ورابطة الدم حيث كانت العشيرة متكونة من اسر متعددة وعدت كل اسرة وحدة سياسية واقتصادية ودينية مستقلة.^(١)

وبعد استقرار اليهود في بلاد كنعان ظهر النظام الملكي الذي اتسم بالصبغة الدينية الواضحة وكان الملك بمثابة رسول الله الى بني اسرائيل يستمد سلطته من (يهوه) وليس من الشعب وتحددت وظيفة الملك في اقامة العدل بين الرعية والاحسان اليها والدفاع عنها.^(٢) وعلى الصعيد الفصل في المنازعات كان رئيس العشيرة هو الحاكم الذي يفصل في النزاع الى جانب مبدأ الانتقام الفردي والثأر ولم تمارس الدولة سلطتها في فض الخصومات الا في العهد الملكي بعد ظهور الدولة القوية وكان للسوابق القضائية دورها في حل الخصومات.^(٣)

اما الاثبات فكان يقوم على الشهادة فيما عدا جرائم الزنا فقد جاء في الاصحاح (١١-٢٨) ان الزوجة الزانية تحضر امام الكاهن ليسقيها ماءً مقدساً لاثبات الادعاء، فان حملت فهي زانية والا فهي بريئة من التهمة. اما في نطاق الجرائم والعقوبات فقد تضمنت شريعة اليهود بعض اثار الانتقام الفردي في حالات القتل والسرقة والقصاص، فالقاتل يقتل سواء أكان انساناً ام حيواناً، وان كان القتل ليس عمداً فعلى القاتل ان يرحل من مكان الجريمة دفعاً للانتقام.^(٤) ولعل من اهم الجرائم واخطرها والتي يعاقب عليها بالموت هي (جريمة الكفر بالله) وجريمة (ضرب الابوين او شتمهما) و(جريمة التلبس بالسرقة) و(جريمة التلبس بالزنا) وكذلك (زنا المحارم) و(زنا المرأة المخطوبة) و(زنا المرأة المتزوجة) واغتصاب المرأة غير المتزوجة الا اذا تزوجها الغاصب، ويكون القتل في جرائم الزنا بالرجم بالحجارة.^(٥)

ومن الانظمة المعروفة في ميدان الجرائم والعقوبات في شريعة اليهود هي المسؤولية الجماعية في حالة القتل الذي يسمى عند العرب بـ (القسمامة او قتيل الفلاة) واقرت شريعة اليهود عقوبة الجلد وكذلك مبدأ التعويض عند اتلاف مال الغير.

(١) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٢٩.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٣٠.

(٤) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٤٣١. ويقابل هذا في القضاء العشائري بالجلوة.

(٥) المرجع السابق، ص ٤٣٢.

ولاحظ ان عقوبة الرجم بالحجارة وجدت في شريعة اوركاجينا قبل شريعة حمورابي واقترتها العديد من الشرائع السماوية والوضعية، وهي عقوبة ماتزال تطبق في بعض البلدان الاسلامية في الوقت الحاضر.

اساس المجتمع اليهودي تألف من ثلاث طبقات هم الاحرار والاجانب والارقاء، فالطبقة الاولى هم الذين يعتنقون اليهودية وينحدرون الى بني اسرائيل ولهم وحدهم الشخصية القانونية ولا يكون الشخص حراً الا اذا ولد من ابوين اسرائيليين، كما ان رجال الدين والشيوخ يتمتعون بامتيازات كثيرة.^(١)

اما الاجنبي فهو الشخص الذي ليس يهودياً لأنه ليس من شعب الله المختار وهو من الاعداء فلا يجوز التعامل معهم او الزواج منهم ولم يجز التعامل معهم الا في فترات لاحقة، والفائدة جائزة بين اليهودي والاجنبي وغير جائزة بين اليهودي واليهودي ولا يجوز للاجنبي تملك العقار.^(٢) ويأتي في أدنى المراتب الاجتماعية الرقيق الذين وجدوا في اسرائيل بسبب الحروب والدين والولادة والسرقة التي كانت مصدراً للوقوع في الرق، وينتهي حالة الرق بالعتق.^(٣)

ونظام الزواج عند اليهود كان يقوم على اساس تعدد الزوجات الى جانب الحضايا (الخليلات) ثم تحدد الزواج بواحدة الا اذا كانت الزوجة مصابة بمرض كما الزمت الشريعة اليهودية ان يتزوج الاخ زوجة أخيه اذا مات عقيماً وينسب الولد الى الاخ الذي توفي. وقد روت التوراة معاشره الاب لابنته لانجاب ولد ذكر كما فعلن بنات لوط بأبيهن حين سقوه خمراً وتضاجعن معه وحملن منه ولدين.^(٤)

والنكاح الصحيح لا يقع الا مع النساء اللواتي يجوز نكاحهن فالمحرمات من النساء هن الام والبنات وزوجة الاب والاخت وبنات الابن وبنات البنات وبنات الزوجات والعمامة والخاله وزوجة الابن، ولا يجوز الجمع بين الام وابنتها ويجوز الجمع بين الاختين ثم حرم هذا الجمع فيما بعد.^(٥)

والاصل في الزواج ان يقع بين الطرفين بالتراضي ويلزم موافقة الاب على الزواج الى جانب استشارة البنت ان كانت بالغة وسن الزواج للمرأة ١٢ سنة وللرجل ١٨ سنة. وتنحل رابطة الزواج بالوفاة والطلاق الذي هو حق للزوج دون الزوجة.^(٦)

(١) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٣٧.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٣٨.

(٤) سفر التكوين، الاصحاح ١٩، فقرة ٣٠-٣٧، مشار اليه في المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(٥) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٤٤٠.

(٦) المرجع السابق، ص ٤٤١.

الفصل الثالث

نظام الملكية

سبق ان ذكرنا ان مرحلة الرعي هي بداية التاريخ الاسرائيلي (عهد التوراة) الذي يمتد الى حوالي ٢٠٠٠ ق.م وعند استقرارهم في ارض كنعان عملوا في الزراعة. وقد عرفوا نوعين من انواع الملكية^(١)

النوع الاول: الملكية الفردية للادوات الشخصية والملابس والنقود والحلي والطعام.
النوع الثاني: الملكية الجماعية وهي ملكية الارض، الا ان هذا النوع صار ضمن الملكية الخاصة للقبائل.^(٢) ويلاحظ ان ملكية الانعام كانت قبل دخول اليهود ارض كنعان ملكية جماعية اسرية تختص كل اسرة بانعامها، الا انها تحولت فيما بعد الى ملكية فردية يملك كل شخص بمقتضاها انعامه الخاصة.^(٣) ان ملكية الارض ما لبثت ان تضخمت بيد الملاك فيما بعد، فنشأت الملكية الاقطاعية وبرزت ظاهرة التفاوت في الملكيات وانعكس على وجود الطبقات الاجتماعية في اسرائيل.^(٤)

ولم يقتصر اهتمام بني اسرائيل القدامى على ملكية الاموال غير المنقولة، بل اهتموا كذلك بملكية المنقولات والنقود.^(٥) وحرصوا على امتناز الذهب والفضة وتعاملوا بالربا الفاحش. كما يلاحظ ان الملكية بأنواعها نزلت منزلة التقديس عند بني اسرائيل ووضعت الجزاءات الرادعة لحمايتها من الاعتداء الا انها لم تصطبغ بالصبغة المطلقة.
والاصل في الشريعة اليهودية عدم جواز بيع الارض لأن الارض ملك الاله فقد جاء في سفر اللاويين (والارض لاتباع البتة، لأن لي الارض وانتم غرباء ونزلاء عندي)^(٦). الا انه اجيز فيما بعد بيع الارض لأسباب محددة.

(١) د. ثروت أنيس الاسيوطي، نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين، القاهرة، دار النهضة العربية، ٩٦٦، ص ١٣٦.

(٢) الاسيوطي، المرجع السابق، ص ١٦٧.

علي الخفيف، الملكية الفردية وتحديداتها في الاسلام، بحث نشر في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية، ١٩٦٤، ص ١٠٢.

(٣) علي الخفيف، البحث السابق، ص ١٠٣.

(٤) الاسيوطي، المرجع السابق، ص ١٦٨-١٦٩.

(٥) الخفيف، البحث السابق، ص ١٠٣.

د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

(٦) انظر تفصيل ذلك:

الترماني، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

اما الارث فهو محصور في الابناء الذكور من زواج شرعي وينال الابن الاكبر حصة مضاعفة ولكن للاب ان يخصص لابنته حصة اثناء حياته بدلاً من حصتها الارثية وعند اختلاف الدين يرث اليهودي غير اليهودي ولا يرث غير اليهودي اليهودي ولهذا فالدين اذا كان مختلفاً يكون مانعاً من موانع الارث.^(١)

ولم تخصص شريعة اليهود نصوصاً للتعاقد الا انه وجدت الا انه وجدت نصوص متعددة حول القرض وتحريم الغش والرهن والعمل والتعويض عن العمل الضار.

(٤) المرجع السابق، ص ٤٤٢.

ويلاحظ ان العبد من القوانين المدنية العربية نصت على مبدأ منع التوراة بسبب اختلاف الدين.

الباب السادس

الباب السادس

الشريعة الاسلامية

(القانون الاسلامي ISLAMIC LAW)

تمهيد

١- العرب قبل الاسلام (الحالة الاجتماعية والوضع القانوني)

٢- الشريعة الاسلامية والفقهاء الاسلامي.

٣- المذاهب الفقهية الاسلامية.

٤- مصادر التشريع الاسلامي.

٥- خطة البحث.

١- العرب قبل الاسلام:

وهم جيل من الناس بلادهم شبه جزيرة شرقي البحر الاحمر، خلاف العجم وهم من ليس عرباً كالفرس والترك والافرنج وغيرهم والعربي الذي له نسب صحيح في العرب وانه كان ساكناً في الامصار والعربية ما نطق به العرب.^(١) فالجزيرة العربية هي موطن العرب الاصلي فسكن بعضهم فيها واستوطن كثيراً منهم خارج الجزيرة كبلاد الرافدين وبلاد الشام. واذا كانت البداوة هي الغالبة على سكان الجزيرة العربية حيث ترتحل القبائل من مكان لآخر بحثاً عن الماء والكلاء والارض الزراعية، فان سكان الرافدين ووادي النيل كانوا اكثر تحضراً بسبب الظروف والعوامل الجغرافية والطبيعية.

وقد غلبت على بني قحطان (القحطانيون) في جنوب جزيرة العرب (بلاد اليمن) حياة الاستقرار، لتوفر مصادر المياه وخصوبة الارض الزراعية، بينما غلبت على عرب شمال جزيرة العرب (اهل الحجاز) البداوة أي الترحال بحثاً عن الماء والزرع، وسميت الفترة التي سبقت ظهور الرسالة الاسلامية بالعصر الجاهلي واطلق على العرب بـ (عرب الجاهلية).^(٢)

وتشير الوقائع التاريخية ان حياة العرب قبل الاسلام كانت قائمة على النهب والسلب، أي الغزو كوسيلة للعيش على الغنائم، فقد عزف البدو عن الزراعة والصناعة والتجارة لأنها من

(١) منجد الطلاب، ص ٤٦٦ - ٤٦٧.

(٢) استاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ط ١١، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٥-

المهن التي تتطلب الاستقرار، وهو غير متوفر، ولأنها من المهن الحسيسة عندهم، كما سادت الفكرة العصبية القبلية كجزء من نظامهم الاجتماعي الى جانب الفخر بالانساب والنصرة بينهم على الحق والباطل والثأر من الجاني وقبيلته، ومما يعد جزءاً من نظامهم الاجتماعي شيوع ظاهرة التبني.

ويفعل الجهل ودوافع العصبية القبلية كان القتال يشور بين القبائل لأتفه الاسباب ومن علامات الشجاعة والاقدام، وهي خصال حميدة، القيام بالسلب والنهب هو يعود لانعدام السلطة العليا ولقساوة العيش وحياة الترحال وعدم الاستقرار، ويفعل كثرة الحروب انحسر دور المرأة وشاعت عادة (وأد البنات) وتمييز الذكر من الابناء عن البنات لأن الاول سيدود عن اهله ويشارك في المعارك ويحمل نسب آبائه واجداده.

الا أنه بظهور الاسلام وانتشار الرسالة الاسلامية حصلت تغيرات كبيرة في حياة العرب وعاداتهم الاجتماعية منها دعوات الاسلام الى نبذ عادات الجاهلية كالعصبية القبلية واسلوب الغزو والتقليل من التفاخر بالانساب والتأكيد على العمل الصالح وتحريم التعاون على الباطل والظلم والتعاون على البر والخير وتحريم السلب والنهب وعادة وأد البنات ورفع مكانة المرأة الاجتماعية حيث وردت نصوص قرآنية كثيرة واحاديث نبوية شريفة في هذا الخصوص.

اما عن الوضع القانوني للعرب قبل الاسلام فان القانون الجاهلي هو الذي كان سائداً حيث ان لرئيس القبيلة او العشيرة درواً كبيراً في اصدار الاوامر والنواهي وتنظيم المجتمع وفي حل المشاكل طبقاً للاعراف والتقاليد التي كانت سائدة آنذاك. وذا كانت هناك بعض هذه الاعراف ما تتساير والشريعة الاسلامية فأقرها الاسلام، فان هناك ما لم يقرها الاسلام فمنعها او عدلها.

ففي نطاق الزواج واحكامه عرف العرب قبل الاسلام انواعاً من الزواج منها: (نكاح الشغار) او ما يسمى بالزواج كصه بكصه دون صداق حيث يزوج الرجل ابنته على ان يزوجه الاخر ابنته وتعتبر كل واحدة مهراً للآخرى وقد نهى الاسلام عنه اكراماً لمكانة المرأة وحفاظاً على حقوقها.

كما شاع عندهم المقت وهو زواج الابن امرأة أبيه بعد وفاته ان لم تكن أمه فقد نهى عنه الاسلام بقوله تعالى: (ولانكحوا ما نكح أبؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً).^(١) كما عرف الزواج المتعدد أي تعدد الزوجات وهو نظام كان معروفاً في الكثير من الشعوب القديمة - كما مر بنا - وكذلك الجمع بين الاختين فهنئ الاسلام عن ذلك صراحة بقوله تعالى: (وأن تجمعوا بين الاختين). غير ان الاسلام حصر التعدد ونظمه لقوله

(١) سورة النساء، آية رقم ٢٢.

تعالى في سورة النساء: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وباع فان خفتن ألا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى ألا تعدلوا).^(١)

ولاشك ان الاسلام حدد المحرمات من النساء، شأنه في ذلك شأن العديد من الشرائع التي سبقته، حيث حددت الشريعة اليهودية والمسيحية والقانون الرومان (مدنة جستنيان) المحرمات من النساء، وجاءت الشريعة الاسلامية بتنظيم دقيق للاسرة فذكر القرآن الكريم موانع الزواج بسبب القرابة والمصاهرة والتبني حيث قال جلّ وعلى: (وما جعل ادعياءكم ابناؤكم) وفي مجال الحرمة قال تعالى: (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم ربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف...)^(٢)

ولم يكن الطلاق عند العرب الجاهلية منظماً رغم معرفتهم له، فالرجل كان يراجع زوجته في العدة ويمنعها من الزواج، فنهى الاسلام عن ذلك ونظم حل الرابطة الزوجية بصورة دقيقة بما يحفظ للزوجة حقوقها من دون اضرار ولا ضرر وللزوج حقوقه حيث وردت آيات قرآنية عديدة في الطلاق. كما عرف المخالعة وهي دفع مبلغ من المال للزوج لتطليقها، والخلع فرقه للنكاح بين الزوجين وقد نظمت احكامه وبينت الشريعة الاسلامية والفقهاء شروطه. كما عرف الايلاء والظهار فأبطلت الشريعة الظار واوجبت الكفارة.^(٣)

وفي نطاق الوصايا والموارث فقد عرف العرب قبل الاسلام الوصية دون تحديد لمقدارها او حدودها، والميراث عندهم اما للنسب او للسبب، فالميراث للنسب يشمل الذكور القادرين على حمل السلاح والدفاع على نحو ما عرفته بعض النظم القانونية التي سبقت الاسلام، فالنساء والصغار لا ميراث لهما، واما التوارث بالسبب فهو انتقال الملكية بسبب الوفاة للمتبنى والمحالف والمعاهد، وهي اسس لم يرضى بها الاسلام لأنها تخالف العدل والعدالة.

اما في المعاملات المالية فان العرب قبل الاسلام عرفوا انواعاً عديدة من العقود كالقرض والمقايضة والشركة والرهن والبيع والاجارة وعقد المضاربة وعقد السلم، وهي معاملات مالية كانت تقوم على الربا وبعضها على التدليس والغش والغبن، ولهذا بظهور الاسلام نهى الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم وفي احاديث الرسول (ص) عن الكثير من هذه البيوع واجيز البعض الاخر على ان تخلو من الاضرار بالمعاهد الاخر، فلم تجز الشريعة الاسلامية الاستغلال

والغبن والخداع واستغلال الجهل او الربا بأنواعه وجعلت العلاقة بين الدائن والمدين قائمة ما بين الذم بعد ان كانت سلطة للدائن على المدين.

وفي نطاق اثبات الحقوق وردت قواعد كلية عديدة عند العرب في اثبات الحق كقاعدة (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) وهي قاعدة كانت معروفة عند الرومان ايضاً ووردت في مدونة جستنيان في النظم.

كما عرف في الجاهلية نظاماً للجرائم والعقوبات، والمبدأ السائد هو القصاص من الجاني وافراد قبيلته، وهي عادة لا تزال قائمة عند الكثير من القبائل في بلاد الشرق رغم ظهور الاسلام وتحريم القصاص من غير الجاني لقوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وهو مبدأ عرف عند البابليين والفراعنة واليهود والرومان. وكان نظام الدية عن القتل الخطأ موجوداً وهو ما يزال معمولاً به حتى الان عند كثير من البلدان العربية.

٢- الشريعة الاسلامية والفقهاء الاسلامي:

الشريعة في اللغة، السنة، ما شرع الله لعباده من السنن والاحكام وجمعها شرائع.^(١) كما تعني المذهب والطريقة المستقيمة وهي اصطلاحاً ما شرع الله لعباده من الدين أي الاحكام المختلفة.^(٢) فالشريعة الاسلامية هي المذهب الاسلامي او الدين الاسلامي التي شرعها الله تعالى وتشمل الاحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة من افعال واقرار وتقرير والتي اوحى بها الهه تعالى الى النبي (ص) لكي يبلغها الى الناس ويسيروا عليها في حياتهم.

خصائص الشريعة الاسلامية^(٣)

١- الشريعة الاسلامية من عند الله. وهذا هو مصدرها أي انها الهية مزلت على الرسول (ص) من خلال الوحي الذي ابغاه بها ليأمر الناس بها لفظاً ومعناً في القرآن الكريم او بالمعنى دون اللفظ في السنة النبوية. ولهذا جاءت مبادئ الشريعة واحكامها خالية من الظلم والنقص والهوى لأن مصدرها الله وله الكمال بينما الشرائع الوضعية ليس لها هذه الصفات. كما ان للشريعة الاسلامية صفة الدين أي ان الناس يخضعون لها وينقادون اليها بدوافع الايمان والهيبة الربانية.

٢-الجزء في الشريعة الاسلامية دنيوي وأخروي: من المعروف ان القاعدة القانونية

(١) منجد الطلاب، ص ٣٦٥.

(٢) منجد الطلاب، ص ٣٦٤.

(٣) د. عبدالكريم زيان، المرجع السابق، ص ٣٥-٣٦.

محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص ٣٨.

(١) آية رقم ٣.

(٢) سورة النساء، آية ٢٣.

(٣) تفصيل ذلك د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٢٧.

محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩.

لها جزء، أي تقتزن بخصيصة الجزاء (العقاب) على من يخالف هذه القاعدة لضمان حسن تطبيقها منتفيذا وتنظيم الحياة الاجتماعية وبدون الجزاء لا تعد القاعدة المذكورة قاعدة قانونية، وهذا الجزاء تفرضه السلطة العامة المختصة. وهذا الجزاء اما جنائي وهو العقوبة في ميدان القانون الجنائي او (مدني) وهو التعويض عن الاذى الذي اصاب المتضرر او اداري يتمثل في العقوبة الادارية الانضباطية او التأديبية، كقطع الراتب والانداز والفصل.

اما الجزاء في الشريعة الاسلامية فهو دينوي وأخروي، وقد وردت آيات قرآنية وأحاديث نبوية في هذين الجزاءين وفي الترغيب والترهيب، ولكن الفصل في الجزاء اخروي. وهو يقوم على كل مخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية كشراب الخمر واخذ الربا والقتل والسرقه والغدر والخيانة والظلم.

٣- عمومية الشريعة الاسلامية: فالشريعة الاسلامية ليست محصورة بالعرب وانما هي عامة لجميع البشر وصالحة لكل زمان ومكان لقوله تعالى في سورة سبأ (وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً) وغير قابلة للنسخ الا من الخالق سبحانه وتعالى وهي خاتمة الشرائع السماوية ولهذا جاءت بقواعد كلية واصول عامة تحقق مصالح الناس في كل زمان ومكان.

فالشريعة الاسلامية قامت على جلب المصالح ودرء المفاسد وحفظ الضروريات الخمس (النسل والدين والعقل والمال). وان الشريعة تضمنت احكاماً تفصيلية (كالاحكام المتعلقة بالعقيدة والعبادات والاخلاق) واخرى عامة كمبدأ الشورى في الحكم ومبدأ المساواة حوقواعد العدالة وقاعدة لا ضرر ولا ضرار. كما ان مصادر الاحكام للشريعة الاسلامية هما الكتاب والسنة باعتبارهما مصدران اصليان، اما الاجماع والاجتهاد بأنواعه كالقياس والاستحسان والاستصلاح فهي مصادر مرنة دلت عليها الشريعة وشهدت لها بالاعتبار وهي تمد الناس بالاحكام اللازمة لمواجهة الوقائع التي لم يأت بها نص صريح^(١).

٤- شمولية الشريعة الاسلامية: لم تقتصر احكام الشريعة الاسلامية على مجال معين وانما جاءت شاملة لمختلف شؤون الحياة وبينت الاحكام منذ الحمل والولادة حتى ما يعد الوفاة في ميدان علاقة الفرد بخالقه (العبادات) وعلاقات الافرد فيما بينهم (المعاملات). فالعبادات تشمل الصلاة والصيام والحج وكل ما يتعلق في العلاقة بين الخالق والخلق. بينما تضم طائفة المعاملات ما يلي:

أ- قواعد الاحوال الشخصية كالزواج والطلاق وآثارهما.

ب- قواعد المعاملات المالية كالبيع والقرض والوديعة والايجار والملكية وتسمى بـ (القانون المدني) في التشريعات الوضعية.

(١) د. عبدالكريم زيان، المرجع السابق، ص ٤٨-٤٩.

ج- قواعد التقاضي كالدعوى والشهادة واليمين والتي يطبق عليها اليوم اصول المحاكمات المدنية.

د- احكام معاملة الاجانب غير المسلمين (المستأمنين) في الدولة الاسلامية والتي يطلق عليها اليوم بقواعد القانون الدولي الخاص.

هـ- القواعد المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الاسلامية مع غيرها والتي تسمى اليوم بقواعد القانون الدولي.

و- الاحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده والتي تسمى اليوم بقواعد القانون الدستوري.

ز- الاحكام المتعلقة بموارد الدولة المالية وتسمى اليوم بالقانون المالي.

ح- القواعد المتعلقة بالجرائم والعقوبات وتسمى اليوم بالقانون الجنائي او قانون العقوبات.^(١)

الفقه الاسلامي

الفقه هو العلم بالشيء والفهم به، أي العلم بالاحكام الشرعية العلمية من ادلتها التفصيلية^(٢)، وهو ادراك غرض المتكلم من كلامه ومنه قوله تعالى (قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً مما تقول).^(٣) ومن الناحية الاصطلاحية يراد بالفقه الاحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية اياً كان المحال التي وردت عليه، سواء في امور العقيدة ام الاخلاق او العبادات ام المعاملات.^(٤)

وقد اريد به ايضاً فهم مراد المتكلم من كلامه والفهم العميق للاحكام الشرعية وعرف الامام (ابو حنيفة) بانه معرفة النفس ما لها ما عليها.^(٥) ويعد شيوخ التقليد بين الفقهاء توسعت دائرة الفقه واصبح يطلق على الاحكام التي نزل بها الوحي واستنباطها المجتهدون وما خرجه المقلدون على قواعد أئمتهم واصولهم. وقد مرّ الفقه الاسلامي بأدوار مختلفة ولهذا لا بد من بيانها قبل التعرض بايجاز للمذاهب الاسلامية ولصادر التشريع الاسلامي.

(١) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٥١.

محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، دار النهضة العربية- بيروت، ١٩٨٥، ص ٣٦-٣٧.

(٢) منجد الطلاب، ص ٥٥٩.

(٣) سورة هود، آية رقم ٩١.

(٤) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٥٤.

محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية- بيروت، ١٩٨٥، ص ٣١.

(٥) المرجع السابق، ص ٣٢.

أدوار الفقه الاسلامي^(١)

١- دور التأسيس.

٢- دور البناء والكمال.

٣- دور التقليد.

٤- دور النهضة.

١- يقصد بدور التأسيس الفترة التي نزل فيها الوحي على الرسول (ص) لاصلاح العقيدة وتطهير النفوس من عبادة الاوثان والعادات السيئة وتنبهه الناس الى وجود العقل ودوره في الحياة والايمان بالرسول السابقين وضرب الامثال للموعظة وهي ما قبل الهجرة النبوية الى المدينة.

اما بعد هجرة الرسول (ص) الى المدينة فقد بدأت تتكون نواة الدولة الاسلامية فشرعت الاحكام العملية التي تنظم شؤون الحياة حيث شرعت الحدود ونظم الزواج والطلاق والعبادات والقضاء والمواريث والغيث او حرمت بعض التصرفات القانونية كما حرم (وأد البنات) ونظم تعدد الزوجات والطلاق. وقد جاءت الاحكام الشرعية متدرجة حسب الزمان والقضايا التي يسأل عنها الرسول (ص).

ومصادر التشريع في هذا الدور هو الوحي، وكان بيان النبي (ص) اما بالفعل او القول او التقرير دون اغفال لدور الاجتهاد من الرسول (ص) وصحبه. وكان الرسول (ص) هو المرجع في القضاة والاستفتاء وان دور الفقه كان واقعياً وعملياً.

٢- وتبدأ مرحلته من عام ١١ هـ وقد اتسم بطابع الاجتهاد أي استنباط الحكم الشرعي من ادلته التفصيلية، وقد انقسم هذا الدور الى المراحل الآتية:

المرحلة الاولى: عصر الخلفاء الراشدين. وقد بدأ بعد وفاة الرسول (ص) وكان للاجتهاد دور كبير في مواجهة الحالات الجديدة اذا لم يجدوا لها حكماً في الكتاب او السنة، على ان الاجتهاد كان مكن اجماع فقهاء الامة، والرأي اما اجماعي واما فردي. ولاشك ان الاختلاف في الاجتهاد امر طبيعي.

المرحلة الثانية: عصر صفار الصحابة والتابعين (فترة الامويين). وفيها حدثت احداث سياسية اثرت في الفقه فظهر الخوارج ضد سياسة عثمان وعلي حيث تولي معاوية السلطة بالقوة، كما ظهر الشيعة ممن تشيع لعلي وذريته وجمهور آخر معتدل وهم اهل السنة. وهذا الانقسام في الامة اثر على الفقه لا سيما وان الامويين انصرفوا الى العمل السياسي دون العمل العلمي وهجرة العلماء خارج المدينة فتعددت الاراء والاجتهادات.

المرحلة الثالثة: وقد بدأت أواخر العصر الاموي حتى منتصف القرن الرابع الهجري حين توزعت الدولة العباسية الى دويلات صغيرة حيث نشط دور الفقهاء وعد هذا العصر ذهباً لازدهار الفقه الاسلامي لعناية العباسيين بالفقه والفقهاء وشيوع روح المناقشات والجدل الفقهي وانحسار التسلط الفكري والارهاب واحترام العلم والعلماء وترجمة العلوم الاجنبية وتدوين العلوم. وقد دوت السنة النبوية الشريفة ووضع علم اصول الفقه ودونت اراء الفقهاء ام من تلاميذهم كما في مذهب الامام ابي حنيفة، وقد تكونت المذاهب الفقهية المعروفة.

٣- وفي هذه المرحلة جرى الناس على التقليد، أي وجد لكل مذهب اتباع يقلدونه فوقف الفقه عن التقدم واتسعت الامصار وتوزع الفقهاء فيها وسقطت بغداد (عاصمة العباسيين) على ايدي التتر بقيادة هولاء وسادت فترة الظلام على العلم والعلماء.

وقد اصبح الفقهاء على مراتب متعددة، اولها هو المجتهد في الشرع كالامام الشافعي وابن حنبل ومالك وابو حنيفة ثم طبقة المجتهدين في المذهب مثل محمد ابن الحسين وابو يوسف وزفر بن الهذيل في المذهب الحنفي ثم طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها كالسرخسي والطحاوي، ثم طبقة اصحاب التخرير من المقلدين كالجصاص والرازي حيث اعتبروا المفسرين للنصوص، والطبقة الخامسة هم اصحاب الترجيح من المقلدين والطبقة السادسة هم المقلدين القادرين على التمييز بين الاقوى والضعيف من الروايات واخيراً طبقة المقلدين الذين لا يستطيعون شيئاً مما سبق.^(١)

ومع ذلك فقد ظهر فقهاء آخرون كتبوا في مختلف العلوم الشرعية منهم ابن تيمية وابن القيم الجوزية، فالاول كتابه في السياسة الشرعية والثاني في اعلام الموقعين والطرق الحكمية وهما من المجددين في الفقه الاسلامي. ولا يزال بعض الكتب من المراجع في الفقه كالفتاوى الهندية والخانية والزازية وغيرها. وتعد هذه المرحلة فترة تنظيم الثروة الفقهية التي تركها اصحاب المذاهب وتكميلها باستنباط قواعد ليسهل الترخير عليها.^(٢)

٤- لم يدم الوضع السابق على حاله من حيث التعصب المذهبي وجمود حركة التأليف، فقد صارت المذاهب الفقهية تدرس على السواء واصبحت مادة الفقه المقارن من المواد الدراسية المهمة في كليات الشريعة او العلوم الاسلامية والحقوق ولم يلزم القاضي بمذهب فقهي دون غيره سواء في قضايا الاحوال الشخصية ام في المعاملات المالية.

وفي نطاق القانون المدني مثلاً، وخصوصاً في العراق والاردن ودولة الامارات العربية والكويت، فان المشرع لم يعتمد على مذهب دون غيره فتارة يأخذ برأي جمهور الفقه الاسلامي وفي قضايا اخرى يعتمد على الحنفية تاو الشافعية والمالكية.

(١) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ١٤٦.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥٤.

(١) تفصيل ذلك انظر: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

وقد اعد قانون المعاملات المالية في مجلس وزراء العدل العرب التابع لجامعة الدول العربية من الفقه الحنفي اعتماداً على القانون المدني الاردني لسنة ٩٧٦ وقد تضمن حلولاً من آراء الجمهور في نصوص عدة رغم ان القانون المدني الاردني اقتبست معظم احكامه من مجلة الاحكام العدلية التي استمدت من الفقه الحنفي والذي ابتدأ العمل بها في تركيا والعراق والاردني في ٢٦ شعبان ١٢٩٣ هـ. كما ان العديد من قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية اعتمدت على المذهب الحنفي في اسسه العامة.

٢- المذاهب الفقهية الاسلامية^(١)

- ١- المذهب الحنفي.
- ٢- المذهب المالكي.
- ٣- المذهب الشافعي.
- ٤- المذهب الحنبلي.
- ٥- مذاهب الشيعة.
- ٦- المذاهب المندرسة.

المقصود بالمذاهب الفقهية الاسلامية التي نشرت في الدور الرابع من ادوار الفقه هي المناهج في فهم الشريعة واساليب تفسير النصوص منها ماهي باقية حتى الان ومنها اندرست، فهي ليست تجزئة للاسلام ولا احداث شرع جديد وانما هي مدراس فقهية في فهم وتفسير وتحليل النصوص اقترنت بأسماء مؤسسيها، ولذلك سنذكر بايجاز هذه المذاهب على النحو الاتي:

١- المذهب الحنفي:

وينسب الى الامام (أبو حنيفة) وهو النعمان بن ثابت ولد عام ٨٠ هـ في الكوفة وتوفي في بغداد سنة ١٥٠ هـ. وهو من فقهاء اهل الرأي (الاجتهاد) وهو من تلاميذ زيد بن علي وجعفر الصادق.

استند مذهبه على الشورى وتبادل الاراء والحلول وعرضها اولاً ثم تدوينها وذكر الاراء المخالفة وعنده ان مصادر الاحكام الشرعية هي الكتاب والسنة واقوال الصحابة ثم الاجتهاد (القياس والاستحسان). ومن تلاميذه (أبو يوسف) ومحمد بن الحسن وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد، واطلق لقب الشيخين على أبي حنيفة وابي يوسف ولقب الصحابين على ابي يوسف ومحمد، وهذا المذهب منتشر في العراق والاردن والباكستان ومصر واقطار

(٢) انظر: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ١٦٢ وما بعدها.

د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

عديدة اخرى. وقيل عن ابي حنيفة ما يؤكد منهجه في الشورى وعرض الاراء: ((علمنا هذا رأي فمن جانا بأحسن منه قبلنا)). للدلالة على عدم التعصب لرأيه.

وتشير الوقائع التاريخية ان أبا حنيفة كان ورعاً زاهداً في الدنيا أياً، وصفاته تلك عرضته للضرب والاهانة والحبس والاضطهاد وهو شأن كل عفيف يحترم ذاته وموقفه في الحياة، فللشجاعة ثمن، في الموقف والكلمة، وللجبن ثمن وما اكثر الجبناء وقلة الشجعان في الزمن الرديء. فالمنصور قام بتعذيب (أبو حنيفة) وحبسه وجلده ودس السم له في النهاية لأنه رفض ولاية القضاء!! (وما اشبه اليوم بالبارحة).

٢- المذهب المالكي:

وينسب الى مالك بن انس الاصبحي نشأ في بيت علم ولد عام ٩٣ هـ وتوفي عام ١٧٩ هـ اتصف بالامانة والعلم والصدق طلبة هارون الرشيد لتدريس ولديه الامين والمأمون فقال: (أعز الله أمير المؤمنين ان هذا العلم منكم خرج، فان انتم اعزتموه يعز، وان أذلتتموه ذل، والعلم يؤتى ولا يأتي..). وقد تعرض للاضطهاد والضرب لمواقفه الصلبة، وألف الموطأ الذي أقام في تأليفه نحو أربعين سنة. ومن اصول مذهبه الكتاب والسنة ثم الاجماع والقياس وهو من مدرسة اهل الرأي المعتدلين. وقد جلد الامام مالك وهو عاري الجسد من المنصور (الطاغية) لأنه ذكر حديثاً عن الرسول (ص) لم يعجب المنصور!!

٣- المذهب الشافعي:

وينسب للامام محمد بن ادريس الشافعي عاش يتيماً محباً للعلم تعلم في العراق واليمن ومكة ومصر وتتلذذ على يد مالك بن أنس ومحمد بن الحسن، وعنده ان الكتاب اولاً والسنة ثانياً والاجماع وقول الصحابة والقياس كما لم يهمل العرف والاستصحاب، وترك من آثاره العلمية (كتاب الحجّة) وكتاب (الأم). ومن تلاميذه المزني والمرادي والبويطي. وقد انتشر مذهبه في مصر وفلسطين والعراق واليمن واندونيسيا وبلاد اخرى.

٤- المذهب الحنبلي:

وصاحبه عبدالله احمد بن حنبل الشيباني ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ عاش يتيماً محباً للعلم وتتلذذ على يد الشافعي وقد دون مذهبه من تلاميذه، تعرض للاضطهاد ايام خلافة المأمون العباسي عام ٢١٨ هـ فضرب وعذب وسجن وسيق مكبلاً بالحديد الى حيث يقيم المأمون خارج بغداد وقبل ان يصله مات المأمون فسجنه المعتصم وضرب بالسياط للتأثير عليه لكي يغير عقيدته حتى استرد حريته وتوفي عام ٢٤١ هـ.

ويعتبر ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية من المجدين في المذهب الحنبلي وفي القرن

الثاني عشر الهجري قام محمد بن عبدالوهاب بحركته التجديدية متبعاً طريقة ابن تيمية في عقيدته وفقه الحنبلي.^(١)

٥- مذاهب الشيعة:^(٢)

يراد بالشيعة من تشيع للامام علي وعندهم ان الامانة ركناً في الدين وقد تفرقوا الى فرق عديدة لاختلافهم في الخلافة ولم يبق من فرق الشيعة الا الزيدية نسبة الى زيد بن علي والامامية الاثني عشرية او الجعفرية والاسماعيلية.

فالامام زيد بن علي نشأ في العراق واخذ عنه الامام ابي حنيفة وانه معتدل آرائه وفقهه، والمذهب الامام زيد اتباع في اليمن تشعب منها القاسمية والناصرية والهادوية^(٣). اما الامامية فهم فرقة من الشيعة تقول بأن الائمة اثنا عشر اماماً تبدأ بالامام علي بن أبي طالب.^(٤) واذا كان هناك من غلاة الشيعة الامامية فان من الشيعة الامامية في العراق اكثر اعتدالاً في المذهب والممارسة ومن كتبهم شرائع الاسلام للحلي وتذكرة الفقهاء لمحمد الحلي وكتاب مفتاح الكرامة للعالملي، والموطن الاصلي لهذا المذهب ايران وجنوب ووسط العراق وسوريا ولبنان والهند والباكستان، ونشير الى ان من الخطأ ان ينسب للشيعة العرب ما ليس فيهم من البدع الفارسية، فالرسول (ص) قال ان اختلاف امتي رحمة، ولاشك ان الفرق كبير بين اختلاف العلماء واختلاف الجهلاء في الرأي.

اما الاسماعيلية فهي فرقة من الامامية ظهرت في العصر العباسي تنسب الى اسماعيل بن جعفر الصادق وهم من غلاة الشيعة وهم موجودون في الهند وباكستان وفي بلاد العرب الجنوبية وزعيمهم أغان خان.^(٥)

٦- المذاهب المندرسة:^(٦)

- مذهب الازواعي- وصاحبه ابو عمرو عبدالرحمن بن محمد الازواعي ولد في الشام عام ٨٨ هـ لا يميل الى الرأي والقياس ودعى الى التمسك بالسنة النبوية والوقوف عندها ولذلك عد من فقهاء مدرسة اهل الحديث، فانتشر مذهبه في الشام والاندلس ولم يبق من مذهبه الا آرائه التي تذكر عند المقارنة مع الآراء الاخرى.

ب- مذهب سفيان الثوري- وقد عرف بمذهب الثوري وهو ابو عبدالله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي ولد في الكوفة عام ٩٧ هـ وكان من فقهاء مذهب الحديث.

ج- الليث بن سعد -وهو من فقهاء مصر ولد فيها وتوفي عام ١٧٥ هـ ولم يستمر مذهبه طويلاً فاندس بوفاته.^(١) وذلك لقلّة اتباعه ولأن مذهبه لم يدون فلم يصمد امام مالك والشافعي.

د- داود الظاهري- ولد عام ٢٠٠ وتوفي سنة ٢٧٠ هـ واصول مذهبه كانت تقوم على الكتاب والسنة والاجماع وقد اندس مذهبه بوفاته. الا ان ظهور الفقيه ابن حزم الاندلسي عام ٤٥٦ هـ يعدّ باعثاً جديداً لهذا المذهب حين الف كتاب (المحلى) وقد اجاز ابن حزم تولية المرأة للقضاء.^(٢)

هـ- ابن جرير الطبري -وله تفسيره المعروف باسمه وكتاب (تاريخ الطبري) وقد اسس له مذهباً مستقلاً عن فقه الشافعي والمالكي وفقه اهل العراق الا انه اندس بوفاته عام ٣١٠ هـ.

٤-مصادر التشريع الاسلامي^(٣)

أ- المصادر الاصلية.

ب- المصادر التبعية.

أ- المصادر الاصلية:

يراد بالمصادر الاصلية للتشريع الاسلامي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. فالقرآن، هو الكتاب المنزل من الله سبحانه وتعالى على رسوله (ص) المكتوب في المصاحف والمنقول البينا نقلاً متواتراً، فهو المصدر الاول للتشريع الاسلامي وهو المنهل الذي منه تستقى اولاً الاحكام الشرعية. واعجاز القرآن خير دليل على انه من الخالق جلّ وعلى.

واول خصائص كتاب الله لفظ القرآن ومعناه الذي بلغه الرسول (ص) ولفظه بلسان عربي لقله تعالى: (إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا)^(٤) ولهذا لاتعد احاديث الرسول (ص) من القرآن لأن الفاظها ليست من الله وانما معانيها موحاة من الخالق ولهذا فان الترجمة الى غير العربية لاتعد قرآناً لأن اللفظ وسحره واعجازه يختلف في حالة الترجمة.

ونزل القرآن كاملاً وهو معجزة محمد (ص) حيث لا يمكن للبشر الاتيان بمثله والايات

(١) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٢) الملل والنحل للشهرستاني، تحقيق عبدالعزيز الوكيل، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص ١٤٦.

(٣) فالملل والنحل للشهرستاني، المرجع السابق، ص ١٤٧، ص ١٥٤.

(٤) الملل والنحل للشهرستاني، المرجع السابق، ص ١٦٢-١٦٣.

(٥) الملل والنحل للشهرستاني، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٦) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(١) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٢) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٣) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٤) سورة الزخرف آية رقم ٣.

القرآنية كثيرة في هذا المجال فقد جاء في سورة البقرة : (وان كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله ان كنتم صادقين فان لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين).^(١)

واحكام القرآن عديدة منها ما يتعلق بالعقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر واخرى تتعلق بتزكية النفوس وتهذيبها واحكام تتعلق بأقوال وافعال المكلفين وهي اما عبادات او معاملات. وفي القرآن مبادئ عامة واخرى مجملة وثالثة تفصيلية.

ويراد بالاستحسان استثناء مسألة جزئية من كلي او قاعدة كلية او ترجيح قياس خفي على قياس جلي: ففي الاول الذي تقتضيه المصلحة العامة او العرف، مثاله بيع السلم وهو استثناء من قاعدة بطلان بيع المعدوم، وفي الثاني مثلاً ان يبيع الارض الزراعية دون ذكر حقوق الارتفاق لا يدخلها مع المبيع ويقاس على ذلك وقف الارض الزراعية، وقد انكر الامام الشافعي الاستحسان لأنه تشريع لحكم دون دليل.

كما يراد بالمصلحة المرسله هي مصالح الناس التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها او الغائها حيث لم يشرع الشارع حكماً خلتحقيقها ولم تلغ منه، ولهذا فان كل مصلحة ليس فيها نص تشريعي في القرآن او السنة ولم يجمع عليها الفقهاء وفيها مصلحة للناس يجوز تشريع الحكم في هذه المصلحة للناس مثل جمع القرآن في مصحف واحد وتضمين الصناع ما يهلك بفعلهم من اموال الناس وفرض الضرائب على الناس.^(٢) ولعل من الصالح المرسله الان في القوانين الوضعية تسجيل السيارات في دوائر الترخيص والاراضي والشقق في دائرة تسجيل الاراضي والمساحة.

والى جانب ذلك هناك العرف، وهو ما تعارفه جمهور الناس وساروا عليه سواء أكن قولاً او فعلاً او تركاً،^(٣) والدليل على اعتبار العرف في التشريع ما ثبت من ان الرسول (ص) اقر بعض ما تعارفه العرب اذا كان فيه مصلحة راجحة ولكي يعتبر العرف لا بد من توافر الشروط، بأن يكون مطرداً في التعامل وموجوداً عند انشاء التصرف وألا يعارضة تصريح يخالفه ولا يكون معطلاً لنص او مناقضاً لأصل شرعي قطعي.

اما في المذهب الشيعي (الجعفرية والزيدية) فقد ذكروا دليل العقل باعتباره دليلاً مستقلاً من أدلة الاحكام الشرعية والمقصود به هو الاجتهاد وعرف بأنه: (كل حكم للعقل يوجب

القطع بالحكم الشرعي. ويراد بهذا الدليل بيان الادراك الذي يشير الى ان المدركات العقلية هي:

١- مدركات مستقلة. أي ما استقل العقل بادراكه لها دون توسط بيان شرعي كإدراك الحسن والقيح.

٢- مدركات غير مستقلة. وفيها يعتمد الادراك على بيان المشرع كإدراك نهى المشرع عن الضد العام بعد اطلاعه على ايجاب ضده.

ولغرض دراسة القانون الاسلامي لا بد من توزيع الباب على النحو الآتي:

الفصل الاول: الملكية ووظيفتها الاجتماعية في الشريعة الاسلامية.

الفصل الثاني: نظرية العقد في الفقه الاسلامي.

الفصل الثالث: الجرائم والعقوبات.

الفصل الرابع: تنظيم الاسرة (الزواج والطلاق واحكامهما).

(١) آية رقم ٢٣ و ٢٤.

(٢) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٢٦٣-٢٦٤.

(٣) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٦٠-٢٦٢.

د. غسان رباح، المرجع السابق، ص ٢٦٣-٢٦٤.

الفصل الأول

الملكية ووظيفتها الاجتماعية في الشريعة الإسلامية

مقدمة:

يعد حق الملكية في القانون المدني، في ككثير من البلدان، من اوسع الحقوق العينية نطاقاً، بل هو جماع هذه الحقوق العينية، وعنه تتفرع جميعاً فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله (Jus utendi) وحق استغلاله (Jus fruendi) وحق التصرف فيه (Jus abutendi) وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء، فاذا اقتصر حق الشخص على استعمال الشيء واستغلاله، كان هذا حق انتفاع متفرعاً عن حق الملكية.

كما يعتبر موضوع الملكية بوجه عام في الشريعة الإسلامية من المواضيع المهمة والحيوية التي نصت عليها ادلة الاحكام الشرعية. وتبدو خطورته ايضاً في انها تتعلق بمصلحة كل الفرد والمجتمع معاً حتى ان كثيراً من الحروب والنزاعات بين الافراد او المجتمعات يعود سببها الى موضوع الملك او التملك.

والملك على قسمين في الاسلام، تام وناقص، والمملك التام ملك ذات الشيء، أي ملكية الرقبة والمنفعة معاً، والمملك الناقص ينصب على ملك المنفعة وحدها حيث تكون العين ملك غيره، او ملك العين لا المنفعة، كما ان النوع الثاني من الملك على انواع متعددة.

كما تدق التفرقة بين المال والمملك، حيث يقصد بالمال من الناحية اللغوية كل ما ملكته.

في أرض ما بأنها تكون ملكاً لصاحب الأرض على رأي الامام أبي حنيفة وصاحبيه ولا يثبت حق لبيت المالك عليها، لأن حكم المعدن السائل شبيه بحكم الماء المستخرج من الأرض الذي لا يجب فيه شيء^(١). وأضاف بعض الفقهاء، ان المعادن إذا وجدت في الأرض موقوفة، وهي ليست مملوكة ملكية خاصة ولا مباحة، فإن أربعة أخماس المعدن الذي يعثر عليه فيها يصرف في مصالح الوقف الذي يوجد فيها ولا يعطى شيء منه إلى المستحقين فيها لأنه لا يعد من ثمار الوقف ولا من غلاله^(٢).

والحقيقة ان المعادن بأنواعها، الصلبة والسائلة، تعد جزءاً من الثروات الطبيعية المملوكة للمجتمع والتي ينبغي استغلالها بما يحق المصلحة العامة، ولهذا كان رأي الفقهاء الذين ذهبوا

(١) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

أحمد ابراهيم بك، المرجع السابق، ص ٤٢-٤٤.

(٢) أحمد ابراهيم بك، المرجع السابق، ص ٤٢.

إلى اعتبارها ملكاً للجماعة لتستغل لصالح كل الناس^(١)، أقرب إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان العدالة الاجتماعية، خاصة وأن المعادن لا تعد جزءاً من الأرض ولا من منافعها المقصودة^(٢)، وكذلك شأن الوقف الذي يخرج من دائرة الملكية الفردية، لأن الملك فيع لله تعالى ولا ملك فيه لأحد في رأي أكثر الفقهاء، شأن، ما يملكه بين المال الذي يعد مملوكاً لجميع المسلمين. ومع ذلك رأى بعض الفقهاء جواز تملك الوقف وبعض ما يملكه بيت المال إذا وجد مسوغ شرعي.

المبحث الثاني

الملكية الخاصة (الفردية)

تخضع بعض الأموال المتقومة، وهي الأموال التي تقر الشريعة لها بالقيمة والاعتبار^(٣)، لتملك الأفراد سداً لحاجاتهم الضرورية في المأكل والمشرب والملبس والمسكن وأدواته المنزلية وغيرها. وهذه الأموال هي ما تسمى ملكيتها الآن بالملكية الشخصية أو الضرورية لأهميتها في حياة كل فرد، ولهذا سميت بالحاجات الأساسية، والوظيفة الاجتماعية لهذه الأموال لا تبدو الا في الحدود التي تستقيم بها حياة الانسان باعتباره عضواً في جماعة، فلا بد له من استملاكها أو استعمالها شخصياً لضرورة ذلك في حياته.

وإلى جانب هذه الأموال، هناك من الأموال ما يخضع لتملك الأفراد، وتسمى بالأموال الإنتاجية) التي تهتم مصلحة الجماعة كالأرض والنقود وغيرها. وفيها تظهر الطبيعة المزدوجة (الحق الذاتي والحق الاجتماعي) للملكية الخاصة فتتدخل الشريعة الإسلامية لتلزم المال بتأدية وظيفتها الاجتماعية، بل تجيز لولي الأمر التدخل لضمان استمرار أداء الوظيفة الاجتماعية لهذه الأموال دفعاً للضرر العام^(٤)، إذا لم يتقيد المالك بمبادئ الشريعة في هذا الشأن.

لذلك يطلق البعض على الحق الذاتي والحق الاجتماعي للملكية الفردية بد(اشتراكية الحق

(١) محمد أنيس ابراهيم، البحث السابق، ص ٢٤٢.

فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٢) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٣) حول تقسيم الأموال في الإسلام إلى متقومة وغير متقومة ونظير ذلك في القانون الوضعي راجع: الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٥٦-٥٩.

(٤) تفصيل ذلك أنظر: علي الخفيف، البحث السابق، ص ١١٥-١١٦.

محمد عبدالله العربي، الملكية الخاصة وحدودها في الإسلام، المؤتمر الأول لمبحث البحوث الإسلامية، القاهرة، جامعة الأزهر، ١٩٦٤، ص ١٧٤.

الخاص) على أساس ان صاحب الملك لا يختص به اختصاصاً كاملاً وليست له حرية مطلقة في التمتع به كما قد يتبادر ذلك من وصفه بـ(الخاص) بل الواقع ان للجماعة فيه حقاً عاماً مشتركاً بينهم^(١).

تحريم اكتناز الأموال

وزماناً لانتفاع الجماعة بهذه الوظيفة، ألزم الشارع المالك بالتصرف في الأموال على الوجه المشروع لها، فحضر اكتنازها بقوله تعالى: (...والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فيشرهم بعذاب أليم)^(٢). لأن اكتناز الأموال دون انفاقها في سبيلها المشروعة يعني تخلف المالك عن القيام بأهم تكليف يلتزم بأدائه وهو ضرورة اتباع أنجع السبل في استمرار استثمار الأموال^(٣). لما في هذا الاستثمار من مرضاة للشارع بتنفيذ أوامره. لأن حبس المال عن التداول يؤدي إلى شل وتعطيل وظيفته الاجتماعية التي توجد من أجل تحقيقها وهو التداول ويسر التعامل.

تحريم التبذير في الأموال

ومن التكاليف الإيجابية والسلبية على حرية المالك في التصرف بأمواله، تحريم التبذير والإسراف لمناقضتها قصد الشارع. وفي ذلك قوله سبحانه وتعالى: (ان المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان الشيطان لربه كفوراً)^(٤). إذ أن تعاليم الإسلام أوجبت الإنفاق في الوجوه المشروعة بصورة تتوازن مع دخل الفرد، يؤكد ذلك قوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله...)^(٥). وقوله سبحانه وتعالى: (وأنفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة...)^(٦). وقوله عز وجل: (ومثل الذين ينفقون أموالهم ابتغاء مرضاة الله وتثبيتاً من أنفسهم كمثل جنة بربوة أصابه وابل فاتت أكلها ضعفين)^(٧).

ان تعطيل الوظيفة الاجتماعية أو الإضرار بها ثابت في الدليل الشرعي الأول من أدلة الأحكام وهو (القرآن الكريم) وهو ثابت كذلك في الدليل الثاني (السنة النبوية الشريفة) فقد جاء عن رسول الله (ص) قوله: (إذا أتاك الله مالاً فليبرّ لأثر نعمته عليك وكرامته)^(١)، وورد عن (ص) في مجال تضييع المال توصياته للمسلمين من أن صرف المال في غير وجوهه الشرعية أو تعرضه للتلف هو إفساد والله لا يحب المفسدين، فقد روى المغيرة بن شعبه عن رسول الله (ص) نهييه عن ثلاث: (قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال)^(٢).

وإذا كانت الوظيفة الاجتماعية للأموال تتأثر بالشح، فقد حذر الرسول الكريم (ص) الناس منه لما فيه من منع للمنافع بقوله الشريف: (إياكم والشح، فإنما هلك من كان قبلكم بالشح: أمرهم بالبخل فبخلوا، وأمرهم بالقطيعة فقتلوا، وأمرهم بالفجور ففجروا)^(٣)، وقوله (ص): (أعط ولا تحصى فيحصى عليك)^(٤).

تحريم أكل أموال الناس بالباطل

إن أهم التكاليف السلبية التي فرضتها الشريعة الإسلامية على الأفراد، الامتناع عن أكل أموال الناس بالباطل، ومنها أموال اليتيم، تنظيمياً للحقوق في المجتمع، لذلك جاءت الآيات الكريمة والأحاديث النبوية تنهى عن ذلك، فقال تعالى:

(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون)^(٥). والخطاب هنا موجه إلى المسلمين كافة، ومفادها ما ينطوي عليه ذلك من جنابة على نفس الأكل وعلى المجتمع معاً، ولهذا اختار سبحانه وتعالى لفظ (أموالكم) للإشعار بالوحدة والتكافل الاجتماعي مما يفرض على الجميع واجب صيانة المال والمحافظة عليه وفقاً لقصد الشارع^(٦). وجاء النهي القاطع عن أكل أموال اليتامى في قول سبحانه: (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون

(١) د. أحمد فهمي أبو سنة، البحث السابق، ص ٢٠٨.

(٢) سورة التوبة، آية رقم ٣٤.

(٣) علي الحفيف، البحث السابق، ص ١٢٠.

محمد عبدالله العربي، البحث السابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(٤) سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة، ٩٧٤-٩٧٥، ص ٥٤٨.

(٥) سورة الإسراء، آية رقم ٢٧.

(٦) سورة الطلاق، آية رقم ٧.

(٧) سورة البقرة، آية رقم ٢٦٥.

(١) أحمد زكي يماني، عدالتنا الاجتماعية، مجلة (المسلمون)، سويسرا، العدد ٩، مجلد ٩، بدون سنة نشر، ص ١٥، هامش رقم ٦.

(٢) سعيد الزهاوي، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

(٣) سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحق الأزدي السجستاني، تعليق أحمد سعيد علي، ج ١، طوبر، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٢، ص ٣٩٤.

(٤) المرجع السابق، ص ٣٩٣.

(٥) سورة البقرة، آية رقم ١٨٨.

(٦) عفيف عبدالفتاح طيارة، روح الدين الإسلامي، ط ٩، بيروت، دار العلم للملايين، ١٩٧٢، ص ٣٢٤.

سعيراً^(١)، و(ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده...) ^(٢).

إن هذه الآيات القرآنية الكريمة بعض من الوصايا التي تنزلت لتوجب ممارسة الملكية الفردية ووظيفتها الاجتماعية المناطة بها على النحو المشروع ولتجنبها الانحراف عن الطريق الذي رسمه الشرع لها، وقد أكد الرسول (ص) ذلك في كثير من الأحاديث الشريفة، منها قوله (ص): (غل اليد ما أخذت حتى ترد)^(٣)، منعاً للاعتداء على أموال الآخرين وأخذها ظلماً وعدواناً بالغصب^(٤).

ومن الأعباء والتكاليف الاجتماعية التي توضح الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي وتحفظ وظيفة المال الاجتماعية قوله (ص): (من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاً منعه الله فضله يوم القيامة)^(٥)، وكذلك قوله (ص): (من كان عنده فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان عنده فضل زاد فليعد به على من لا زاد له)^(٦)، ثم قوله الشريف: (لا تمنعوا كلاً ولا ماءً ولا ناراً، فإنه متاع للمقوين، وقوة للمستضعفين)^(٧).

إن تقرير الوظيفة الاجتماعية للملكية في الإسلام من الأسس التي ارتكزت عليها الحقوق في الشريعة الإسلامية، سواء من خلال إسناد ملكية الأموال إلى الله تعالى وإثبات خلقها لمنفعة الناس جميعاً واستخلاف الإنسان فيها أم في بيان طبيعة الخلافة الإنسانية في هذه الأموال التي تقيده الملكية الخاصة للمالك والملكية العامة للمجتمع^(٨).

المبحث الثالث

أحياء الأرض الموات

الأحياء في اللغة، جعل الشيء حياً، والحي من الأشياء نقيض الميت، والجمع أحياء^(١)، والمقصود بالأراضي الموات عند جمهور الفقهاء هي الأراضي التي لا مالك لها والبعيدة عن العمران والتي لا ينتفع بها أحد^(٢)، وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٧٠)^(٣). ومن المسائل التي ترتبط بالعمل، أحياء الأرض الموات، حيث يتضح من ذلك مدى حرص الشريعة الإسلامية على ضمان استمرار الوظيفة الاجتماعية للأموال وتحصيل النفع العام عن طريق الحث على العلم والتشجيع عليه بشق دروبه واستخدام الأيدي العاملة، حيث تبدو الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية بأجلى صورها، والتي تعد من طرق اكتساب الملكية الفردية في الإسلام.

إن أحياء الأرض الموات يتم بمباشرة المحيي إزالة المانع في الانتفاع بالأرض، كأن يقوم بزراعتها أو بعمارها، وحكمة ملكية المحيي لها أحياء، أعمالاً لقول رسول الله (ص): (من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين) وفي رواية أخرى (من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق)^(٤).

وحكم الأحياء عند الحنابلة، أن الأحياء لا يكون إلا بالإحاطة إن كانت أرضاً وبالحفرة إن كانت بئراً، وإلى أن المحيي يملك ما أحيأ، وأنه مخير بين الانتفاع بما أحيأ وبيت تركه مستدلين على ذلك بقول الرسول (ص): (العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، ومن أحيأ أرضاً ميتة فهي له)^(٥). بينما فرق الإمام موالك بين الأراضي المجاورة للعمران وبين الأراضي

(١) موسوعة جمال عبدالناصر في الفقه الإسلامي، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ج٤، القاهرة، مؤسسة دار التحرير للطبع والنشر، ١٣٨٩ هـ، ص٣٣.

(٢) المرجع السابق، ص٣٣.

محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص١٢٣ وما بعدها.

(٣) تفصيل هذه المادة راجع: دور الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، ج٣، بغداد، منشورات مكتبة النهضة، بدون سنة نشر، ص٢٩٣.

(٤) الأموال لأبي عبيد، المرجع السابق، ص٢٨٥.

الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، (للشهيدي الثاني)، زيدالدين الجبعي العاملي، ج٣، مطبعة الآداب، النجف، ١٩٦٧، ص١٣٥.

لسان العرب لابن منظور، مجلد ١٤، ١٩٥٦، ص٢١٤.

(٥) الأحكام السلطانية، لأبي يعلى بن الحسن الغراء الحنبلي، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، ط١، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٣٨، ص١٩٤، ١٥٦-١٥٧.

(١) سورة النساء، آية رقم ١٠.

(٢) سورة الأنعام، آية رقم ١٥٢.

(٣) محمد علي السائس، البحث السابق، ص٢٠٦-٢٠٧.

(٤) البحث السابق، ص٢١١.

(٥) الأموال لأبي عبيد، المرجع السابق، ص٢٩٦.

(٦) سنن أبي داود، المرجع السابق، ص٣٨٧.

(٧) الخرج لأبي يوسف، المرجع السابق، ص٩٧.

(٨) عبدالمقصود شلتوت، نظرية التعسف في استعمال الحق، بحث مقدم إلى المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق بمناسبة أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، القاهرة، ١٩٦٣، ص١٥٠.

الساقطة البيعيدة عنه، ورأى أن الأراضي من النوع الأول مستثناة من هذا الحكم، وأما الأراضي من النوع الثاني فلا يشترط في ملكيتها منحة الإمام أو إعطائه، وإنما تصيح ملكاً للفرد بمجرد إحيائه لها^(١).

أما الحنفية فقد توزعوا على اتجاهين في هذا الشأن، أولهما، ويمثله الإمام (أبو حنيفة) الذي لم ير في الأحياء سبباً كافياً للملك، واشترط إذن الإمام منعاً للمنازعات مستنداً على ذلك بقول الرسول (ص): (ليس لأحد إلا ما طابت به نفس امامه)^(٢). وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٧٢)^(٣). والاتجاه الثاني تزعمه الصحابان، أبو يوسف ومحمد بن الحسن، للذان ذهباً إلى أن الأحياء بذاته يكون سبباً للملك ولا حاجة إلى إذن الإمام، فقد قال الإمام أبو يوسف تفسيراً لأحاديث الرسول (ص) في الأحياء أن (معنى هذا الحديث عندنا على الأرض الموات التي لا حق لأحد فيها ولا ملك، فمن أحيائها وهي كذلك فهي له، يزرعها ويزارعها ويؤجرها ويكري منها الأنهار ويعمرها بما فيه مصلحتها، فإن كانت في الأرض العشر أدى عنها العشر، وإن كانت في أرض الخراج أدنى عنها الخراج، وإن احتفر لها بئراً أو استنبط لها قناة كانت أرض عشر)^(٤).

وذهب الإمام الشافعي إلى أن الموات من الأرض يعني (كل ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامراً وإن كان متصلاً بعامر)^(٥)، وحكم التعطيل عند الشافعية بوجه عام يرتبط بالأعدار والظروف التي أدت إليه، فلم يربطوا التعطيل بزمان مؤقت، وإنما قالوا أن الأعدار الظاهرة إذا توافرت وتعطلت زرع الأرض أكثر من ثلاث سنوات فإن الشخص يمهل حتى يزول العذر، وإلى الحكم نفسه ذهب الحنابلة^(٦).

يتضح من ذلك أن الشريعة الإسلامية أولت الأرض اهتماماً كبيراً، باعتبارها من الأموال

الإنتاجية التي تهم مصلحة الجماعة إلى جانب المصلحة الذاتية، سواء كانت صالحة للاستثمار أو كانت متروكة أو مغمورة بالمياه، أي مواتاً، فقد حرم الإسلام إهمال الأرض وتركها دون نفع، وحث على إعمار الأرض البور تنمية لمورد المجتمع.

وتحريم الإهمال في استعمال الملك ثابت في الإسلام بأدلة الأحكام الشرعية، كما أقرتها كثير من التشريعات الوضعية، ومنها التشريعات في العراق خاصة في ميدان الأرض الزراعية، فعلى سبيل المثال أصدر مجلس قيادة الثورة قراره المرقم ٨٥٤ في ١٩٧٨/٦/٢٦ الذي أجاز بموجبه المشروع مصادرة الأرض الزراعية إذا تركت زراعتها دون عذر مشروع مدة سنتين متتاليتين مهما كانت شكل الأرض، خاصة أم موقوفة، وأصدر قراره رقم ٦٣٤ في ١٩٨١/٥/١٣ الذي بموجبه تصدر البستان المهملة وتكون ملكاً للدولة إذا أهملت العناية بها مدة سنتين متتاليتين دون عذر مشروع. والسبب الأساس في ذلك هو تحقيق الوظيفة الاجتماعية للأموال ولما في هذا التعطيل من إضرار بمصلحة المجتمع.

المبحث الرابع

الملكية المعنوية (حقوق الإبداع والابتكار)

من المعلوم أن التقسيم بين الحقوق المادية وغير المادية لا أساس له، لأن الحق يكون دائماً غير مادي والمادي هو الشيء محل الحق، أما الحق فهو غير معنوي، أي يقوم في الفكر مجرداً غير محسوس، إذ أن كل الحقوق غير مادية، سواء وقعت على شيء مادي أو على شيء غير مادي، وأكثر الأشياء غير المادية هي نتاج الذهن، ولذلك أمكن تسميتها بالأشياء الذهنية Choses intellectuelles وأمكن أن تسمى الحقوق التي ترد عليها بالحقوق الذهنية Droits intellectuelles.^(١)

وفقد امتياز فقهاء المسلمين وعلمائهم بالمواهب والإبداع في مختلف ضروب المعرفة، وكان ما وصل إلينا من بنات أفكارهم ومؤلفاتهم مظهراً من مظاهر التقدم العلمي والفني والأدبي، وفي هذا الخصوص فإن فقهاء الشريعة الإسلامية وضعوا الأسس الخلقية الصائبة في الموازنة بين الحقوق، فأعطوا للحق الاجتماعي الأولوية على الحق الفردي، لما هو مستقر في الإسلام، من تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما، لأن الشارع هدف في أحكامه إلى مراعاة مصالح العباد وإعلاء شأن مصلحة الجماعة على مصالحهم فرادى. فقد

(١) الدكتور السنهوري، ج٨، المرجع السابق، ص ٢٧٤-٢٧٥.

جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٢٠٢، فقرة ٦٤.

(١) الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بـ القرافي، ج٤، ط١، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٣٤٦هـ، ص ١٨ وما بعدها، ص ٤٢ وما بعدها.

(٢) الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص ١٩٣، هامش رقم ١.

الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، ط١، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٦٠، ص ١٧٧.

الهداية شرح بداية المبتدئ، لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل المرغيباني، ج٤، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٣٦، ص ٧٣.

(٣) أنظر شرح هذه المادة، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٤) الخراج لأبي يوسف، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٥) الأحكام السلطانية للماوردي، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٦) المرجع السابق، ص ١٩١.

جاء في منهاج السنة النبوية للإمام ابن تيمية أن: (من كان عنده علم فليظهره فإن كاتم العلم يومئذ ككاتم ما أنزل الله على محمد)^(١)، كما جاء في مقدمة ابن رشد الحفيد أن: (وكما يجب على المتعلم التعلم فكذلك يجب على العام التعليم)^(٢).

يستشف من ذلك أن الشريعة الإسلامية جعلت العلم للجميع لأنه هبة من الخالق إلى بعض عباده، ولا يجوز أن يستأثر بهذه الهبة فرد من الأفراد ويحبس المعرفة عن الجماعة لما في هذا المنع من إضرار بالمصلحة العامة، وتلك قاعدة عامة أقرتها الشريعة الإسلامية^(٣).

ولعل السبب الذي حدا بفقهاء المسلمين إلى تقييد حقوق المؤلف الأدبية ووضع التكاليف الإيجابية والسلبية عليها، يعود إلى المضمون الاجتماعي لمفهوم الحق، لاسيما أن آراء المؤلف أو ابتكارات المبدع ليست إلى سلسلة من حلقة تتصل بما سبقها من إبداع وابتكار، فالمالك مدين للجماعة بما يملك والمؤلف مدين الآخرين بما ألف وأبدع أو ابتكر، فيكون من الطبيعي مراعاة الجانب الاجتماعي في ملكية الأشياء غير المحسوسة وتقديمها على المصلحة الفردية.

وفي هذا المجال يرى البعض أن الحقوق الفكرية أو الذهنية هي من الحقوق المجردة لأنها لا تقوم بمحل معين ولم يتقرر في ذات، ولذلك فهي كحق الشفاعة، فحق التأليف والصناعة هي حقوق غير قائمة بمحل وهذا الإنتاج الفكري، مهما كان شكله أو صورة التعبير عنه بالكتابة كالكتب أم بالرسم كالصور المحركة أم غيرها، فهي ذات قيمة مالية^(٤).

ولكن ينبغي أن تكون هذه الحقوق ذات صيغة جديدة ومبتكرة في الفكرة أو العرض أو في الترجمة بحيث تتميز كل فكرة عن غيرها ولا تكون تكريراً لعمل الغير كمن ينسب إلى نفسه كتاباً لغيره أو يقوم بعمل من إنتاج غيره لا يدل على مجهود جديد كالذي يجمع القصائد أو الخطب أو القوانين^(٥).

نخلص مما تقدم، أن الشريعة الإسلامية وفقت في أحكامها بين الرغبات الفردية والحاجات الاجتماعية، هادفة إلى توثيق الصلة بين الفرد والمجتمع ابتغاء إقامة العدل وضمان التكافل الاجتماعي. فقد اعترفت بالوظيفة الاجتماعية للملكية وأوجبت ممارستها على النحو الذي يحقق مقاصد الشارع في شرعه، لتكون الملكية في الإسلام أداة خير للمالك والمجتمع معاً،

(١) منهاج السنة النبوية للإمام ابن تيمية بن العباس، تحقيق الدكتور محمد رشاد سالم، ج١، بدون سنة نشر، ص ١٠.

(٢) مقدمة ابن راشد، ج١-٢، بغداد، مكتبة المثنى، بدون سنة نشر، ص ٢٦.

(٣) راجع سهيل حسن الفتلاوي، حقوق المؤلف الأدبية ووسائل حمايتها، رسالة مقدمة عمادة كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون، ١٩٧٦، ص ٤-٥، ١٣٠.

(٤) د. أحمد فهمي أبو سنة، نظرية الحق، البحث السابق، ص ١٨٢-١٨٣.

(٥) البحث السابق، ص ١٨٤.

وهذا الموقف يؤكد الطبيعة الجماعية للملكية الفردية في الإسلام. ثم أن حق الملكية سواء أكان ملكية رعية أم كانت ملكية منفعة أم حق انتفاع، مقيد بعدم الضرر، فإنها ككل الحقوق مقيدة بهذا القيد فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فالحقوق المطلقة لا يمكن أن تثبت في شريعة تستمد أحكامها من السماء^(١). ولهذا فإن الشريعة الإسلامية، من حيث تكوينها كشرعية، لا يمكن أن تكون فردية كما يصورها البعض من المستشرقين^(٢).

(١) الإمام محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، بحث مقدم إلى المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق بمناسبة أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٢٥.

(٢) جوزيف شاخ، الشريعة الإسلامية، بحث منشور في (تراث الإسلام)، القسم الثالث، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، ١٩٧٨، ص ٢٤.

الفصل الثاني

نظرية العقد في الفقه الإسلامي

قبل بيان بعض أحكام نظرية العقد في الفقه الإسلامي، لا بد أولاً من التعريف بمصادر الالتزام في الفقه الإسلامي، فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول بأن مصادر الروابط القانونية المالية بين الأشخاص هي التصرفات الشرعية، والتصرف الشرعي في اصطلاحهم هي الأعمال التي تنتج آثاراً شرعية معتبرة ويراد بها الأعمال التي ينشأ عنها الالتزام أو تنقل الرابطة من شخص إلى آخر أو تعدل الالتزام أو تقضي الالتزام.

والتصرفات الشرعية بهذا المعنى على نوعين وهما:

النوع الأول: التصرفات الشرعية القولية كالعقود وما يشابهها كالوقف والذور وعمل الفضولي يعد الإجازة.

النوع الثاني: التصرفات الفعلية وهي الأفعال التي تكون سبباً للضمان كإزهاق الروح والإيذاء وإتلاف المال المملوك للغير أو غصبه^(١).

كما يتضمن النوع الأول الإنشاءات والإسقاطات، فالإنشاءات من التصرفات المذكورة قد تم من جانب واحد كالوقف والوصية والمجاعة وتسمى إيقاعات أو أن تتم من طرفين وهذه هي (العقود). بينما يراد بالإسقاطات التصرفات الشرعية القولية التي تؤدي إلى إنهاء حالة قانونية قائمة كالإبراء من الدين وعتق الرقيق^(٢).

فالعقد لغةً الربط والشد والتوثيق والقوة ونقيضه الحل، وهو من الناحية المعنوية يدل على الربط بين كلاً من أو متعاهدين، ويراد به اصطلاحاً، الربط لأحد الطرفين أو لكليهما، وهناك من الفقهاء المسلمين من يجعل كل ما عزم المرء على فعله عقداً سواء أكان ذلك بإرادته المنفردة كالوصية والإبراء من الدين أو بتطابق الإرادتين كالبيع والإيجار والقرض والشركة والرهن ونحوهما، وهؤلاء يرون أن كل هذه التصرفات ونحوها هي من العقود لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها بل أن عزم المرء على فعل كل تقوية لإرادته التي ربما كانت مترددة فيقدم على فعله، يعتبر عقداً أيضاً. وإلى هذا اتجه المالكية والشافعية والحنابلة،

(١) د. صبيح محمدي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، ط ٢، ٩٧٢، ص ٣٣.

د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ٩٥٤، ص ٦٥.

(٢) د. صبيح محمدي، المرجع السابق، ص ٣٣-٣٤.

د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٥.

مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٣، دمشق، ١٩٦٤، ص ٦٢-٦٥.

وهو تعميم لا يقره الحنفية الذي يرون أن العقد بالمعنى الخاص هو التصرف الذي بين طرفين تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما ولذلك يُعرف العقد عندهم بأنه: (ربط بين كلاً من أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي)^(١).

والفقه الإسلامي يفتقر لنظرية عامة في العقد لأن فقهاء الشريعة الإسلامية عاجلوا العقود بصورة متفرقة تحت نطاق كتاب البيع وكتاب الشركة وكتاب الإجازة وكتاب القرض وغيرها، إلا أن آرائهم جاءت مشبعة بالنزعة الموضوعية أو المادية في تعريف العقد تلك النزعة التي تهتم بالنتيجة الأخيرة لإنشاء العقد وظهور الأثر القانوني في محل التعاقد وقد تركت آثارها على كثير من القوانين المدنية العربية، بينما تأثر البعض الآخر بالنزعة الذاتية التي تسود الفقه الغربي. وإلى هذا جنح مرشد الحيران حين عرّف العقد في المادة (٢٦٢) على أنه: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر).

وقد تأثرت العديد من القوانين المدنية العربية بهذا النص منها القانون المدني العراقي (المادة ٧٣) والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المالية في دولة الإمارات العربية المتحدة ومشروع قانون المعاملات المالية لجامعة الدول العربية^(٢).

وتقسم العقود في الفقه الإسلامي على النحو الآتي:

القسم الأول: عقود المعاوضات وتشمل البيع والإجازة والصلح والشركة والضاربة والمزارعة والمساقاة. وسميت كذلك لما فيها من العوض وهو البذل.

القسم الثاني: العقود التي بلا مقابل كالقرض والعارية والوديعة والرهن والوكالة والكفالة والحوالة.

القسم الثالث: العقود التبرعية كالهبة والوصية^(٣).

(١) تفصيل ذلك:

الدكتور عبدالرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٠-١٣.

محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ١٩٩-٢٠٠.

د. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، ط ٣، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨، ص ٣٢٠-٣٢٢.

(٢) لقد كان لنا شرف المساهمة في إعداد الملاحظات والتصويبات على مشروع القانون المذكور التي قُدمت باسم الوفد العراقي إلى مجلس وزراء العدل العرب.

(٣) أنظر: د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج ١، مطبعة الاعتماد، بدون سنة نشر، ص ١٣٤-١٣٥.

ومن العقود عن الفقهاء المسلمين تستلزم القبض وتسمى (بالعقود العينية) ولا يكفي فيها تبادل الألفاض (بعتك واشتريت..) وإنما لا بد من وجود الربط الاعتباري والربط الحقيقي ولا يكون الأمر كذلك إلا بالقبض ومن هذه العقود: عقد القرض وعقد الإعارة وعقد الوديعة وعقد الرهن وعقد الهبة، غير أن قبض المعقود عليه ليس ركناً في تكوين العقد وإنما هو شرط لصحة العقد، فالعقد ينعقد بدونه إلا أنه معدوم الأثر باستثناء عقدي السلم والاستصناع^(١).

ومن العقود في الفقه الإسلامي ما تسمى بعقود الغرر لأن كل طرف من أطراف العقد لا يستطيع تحديد ما يحصل عليه عند إبرام العقد وإنما يتحدد هذا لاحقاً وتبعاً لحصول أمر غير محقق إلا أن وقت وقوعه غير معروف. وتسمى العقود الاحتمالية على أساس من الاحتمال في الكسب أو الخسارة وأحياناً على عنصر المضاربة ولهذا ذهب الفقهاء إلى اعتبار عقود المقامرة والرهان بأصنافها من العقود المحرمة لمخالفتها أدلة الأحكام الشرعية واختلفوا بشأن عقد التأمين^(٢).

فهناك من يرى أن عقد التأمين الذي أطلق عليه تسمية (السوكرة) من التصرفات المحرمة لأنه يقوم على المضاربة ولأن محل العقد غير موجود عند الانعقاد فالتأمين على الأموال يعد كالقمار أو الرهان المحرم وأن التأمين على الحياة يعتبر اجتراراً على قضاء الله ولا تدري نفس بأي أرض تموت، وقال عنه المتأخرون من الحنفية (ابن عابدين) أنه حرام لأنه لا يشبه عقداً من العقود الفقه الإسلامي.

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى غير ذلك ولكن يتحفظ وهم مترددون بين الإجازة والمنع وبعضهم إلى المنع أقرب ومنهم الشيخ محمد أبو زهرة الذي استثنى التأمين من حوادث السيارات واعتبره حلالاً وحرم التأمين على الحياة ضد خطر الموت.

(١) الأستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٣، ٩٥٤، ص٣٦-٣٧.

د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص٤٣٧.

(٢) الأستاذ المرحوم السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الثاني، عقود الغرر، دار إحياء التراث العربي، ١٩٦٤، ص٩٨٥.

مصطفى الزرقا، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث منشور في أسبوع الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٦٤، ص٣٩٦.

عبدالله القليلي، عقد التأمين، أسبوع الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٦٣، ص٤١٧.

الصادق محمد الأمين، حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية، أسبوع الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٦٣، ص٤٣٣.

عبدالرحمن عيسى، عقد التأمين، أسبوع الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٦٣، ص٤٦٥.

عبدالوهاب التونجي، عودة إلى موضوع عقد التأمين، مجلة العدالة، دولة الإمارات، ١٩٨٢، ص٧.

كما يرى آخرون أن عقد التأمين جائزاً بكل أنواعه إذا خلا من الربا باعتباره يقوم على التعاون وهو من العقود المهمة في الحياة الاقتصادية. وأطلق بعض المتأخرين من فقهاء الشريعة الإسلامية على عقد التأمين تسمية (الهيئة المعوضة).

ومن الجدير بالإشارة أن مؤتمر علماء المسلمين الثاني في القاهرة ١٩٦٥ ومؤتمر علماء المسلمين السابع ١٩٧٢، أجاز كلاً من التأمين الاجتماعي ضد الطوارئ كالعجز والشيوخ والمرضى والبطالة لخلوه من الربا وكذلك التأمين التعاوني والتأمين الإلزامي المفروض على السيارات وإلى هذا اتجه مجمع الفقه الإسلامي في مكة المكرمة عام ١٩٧٨ أما التأمين التجاري أو التأمين ذو القسط الثابت فهو غير جائز شرعاً لوجود الغرر والربا^(١).

ونشير أيضاً في ميدان العقود عند الفقهاء المسلمين إلى أن هناك فرقاً بين الركن والشرط فالركن للشيء ما لا يوجد إلا به لأنه جزء منه، فالرضا بين الطرفين ركن في العقد، والشرط ما يتوقف وجوده عليه دون أن يكون جزءاً منه، كالشهود في عقد الزواج عند بعض الفقهاء المسلمين^(٢).

ولانعقاد العقد لا بد من وجود أركانه، وبعبارة أخرى لا بد من توافر أركان الانعقاد وشروط الصحة، ولا يوجد الرضا عند المتعاقدين إلا إذا حصل التعبير عن الإرادة بصورة صحيحة، ومن القواعد العامة المعروفة في الفقه الإسلامي عدم الشكلية سواء في إنشاء التصرفات القانونية أم في التعبير عن الإرادة، إلا أن طرق التعبير عن الإرادة لإنشاء أو نقل أو وصف أو إنهاء التصرفات القانونية تختلف من حيث الأهمية عند الفقهاء المسلمين.

ولقد كثرت عنايتهم في بيان (صيغة العقد) وهذه الصيغة تظهر في الإعلان عن إرادة المتعاقدين أولاً باللفظ قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل الفعل (البيع بالمعطاة) فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معاً في صيغة العقد وأن اللفظ أول أداة يعول عليها في هذه الصيغة^(٣).

وقد أوجب جمهور الفقهاء (الحنابلة والمالكية والشافعية) لانعقاد عقد الزواج أن تكون صيغة العقد مشتقة من مادتي نكح وزوج إن كان المتعاقدان يفهما العربية، وأجازوا انعقاده بعبارتين إحداهما متمخضة للمستقبل والثانية لماضي فيصح أن يقول أحد زوجني ابنتك فيقول الآخر قبلت^(٤). فلا ينعقد عقد الزواج بلفظ الهبة والعطية.

(١) أنظر البحوث والدراسات المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي عام ١٩٨٦ حول التأمين وإعادة التأمين (التأمين المركب) وموقف الفقه الإسلامي وتوصيات الأساتذة الأفاضل الدكتور وهبة الزحيلي والشيخ رجب التميمي والشيخ عبدالله بن زايد آل محمود والشيخ مصطفى أحمد الزرقاء (غير منشورة).

(٢) د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص٣٢٣، هامش ١.

(٣) الأستاذ السنهوري، مصادر الحق، ج١، المرجع السابق، ص٨٤.

(٤) د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص٣٣٠.

كما يمكن تلخيص طرق التعبير عن الإرادة في إنشاء التصرف الشرعي عند الفقهاء المسلمين بما يلي^(١):

- ١- الأقوال لمن هو قادر على القول كالشافعية والظاهرية والحنفية الذين شددوا على الصيغة اللفظية. ولا تجوز الإشارة إلا من الأخرس.
- ٢- بالأفعال الدالة على المقصود وهو رأي بعض الحنفية والحنابلة.
- ٣- ان التصرف الشرعي ينعقد بكل ما يدل على مقصوده من قول أو فعل أو إشارة، فكل ما عده الناس دالاً على البيع ينعقد البيع به، كاللفظ أو الفعل والإشارة والكتابة وهو القول الغالب على أصول مالك وابن حنبل.

صيغة العقد في الفقه الإسلامي

سبق أن ذكرنا أنه يراد بالصيغة ما يدل على رضا الطرفين وهي على نوعين:
الأول: القول وما يقوم مقامه من رسول أو كتاب.
الثاني: الفعل كالبيع بالمعطاة^(٢).

ولم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على صيغة العقد وطرق التعبير عنها سواء في الإيجاب أم في القبول، كما أن للصيغة التي بها ينشأ العقد ثلاثة أحوال، عقد منجز كالبيع الذي تفيد صيغته في الحال، وعقد مضاف إلى المستقبل وهو ما كانت صيغته دالة على وجوده في الحال إلا أن أحكامه تتأخر للمستقبل كعقد الإجارة التي تبدأ بعد شهر مثلاً، وعقد معلق وهو ما كانت صيغته تفيد وجود العقد على أمر يوجد في المستقبل^(٣).

(١) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ٢٣٤، هامش رقم ١، ص ٢٣٥.

(٢) عبدالرحمن الجزيري، الفقه في المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، ج ٢، ص ٥٦، المكتبة التجارية بمصر، بدون سنة نشر، ص ١٥٥-١٥٦.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، ج ٣، بدون سنة نشر، كتاب البيع.

الإقناع لشرف الدين المقدسي، ج ٢، المطبعة المصرية بالأزهر، بدون سنة نشر، ص ٥٦.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، ج ٥، ط ١، بدون سنة نشر، كتاب البيع، ص ٢٧٦-٢٧٧.

يقصد بالبيع التعاطي (بيع المعطاة) هو العقد الذي لا يتكون بلفظ أو إشارة أو بكتابة وإنما بفعل يصدر من المتعاقدين دال على التراضي وغالباً ما يكون في البيع ويمكن أن يكون في الإجارة وغيرهما من شروط التراضي في النفيس والخسيس من الأشياء، ولم يتفق الفقهاء المسلمين على جوازها فهناك من جرمها وهناك من أجازها وآخرون وقفوا موقفاً وسطاً.

أنظر: الدكتور محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، ط ٣، المرجع السابق، ص ٣٣٣-٣٣٤.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، صيغة العقد، ص ١٠٨-١١٠.

(٣) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٢٨٤-٢٨٥.

إن الفقه الإسلامي يتسم بالنزعة الموضوعية. كما تقدم، وأول مظاهرها هو اللفظ أولاً قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي تستخلص منه الإرادة، فاللفظية والإرادة الظاهرة تترجان معاً في صيغة العقد، واللفظ له دوره في إثبات التصرفات^(١).

وتشير إلى أن الفقه الإسلامي يؤثر صيغة اللفظ بالماضي لانعقاد العقد لأنها هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، ولأن إرادة العاقد تكون قد تجاوزت مرحلة التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى مرحلة الجزم والبيت والحسم^(٢). سواءً أكان هذا التعبير حصل من الموجب هو الفعل الأول أم في الفعل الثاني وهو القبول.

إن العقد ينعقد عن الفقهاء المسلمين إذا توافرت أركانه^(٣). ولصيغة العقد والألفاظ المستخدمة في إنشائه عناية كبيرة عندهم، فعقد الزواج لا ينعقد إلا بلفظين مشتقين من الزواج إن كانا يفهمان العربية (كزوجتك وأنكحتك) لإفهام الطرفين على حقيقة المقصود من العقد ولقدسيته الواضحة في القرآن الكريم. وهو العقد الوحيد الذي أجاز إنشاءه بصيغة الحال والاستقبال.

والسؤال المطروح هنا هل أن السكوت المجرد يصلح كصيغة للعقد؟ وهل يمكن أن يعد تعبيراً

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط ١، ص ٨٤-٨٥.

(٢) الإقناع لشرف الدين المقدسي، ج ٢، ص ٥٦.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج ٥، ص ٢٨٣-٢٨٤.

عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، ص ١٥٦.

الدكتور السنهوري، مصادر الحق، ج ١، ص ٨٥.

محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ٢٣٤-٢٣٥.

الدكتور محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، ص ٣٢٩-٣٣١.

(٣) ينعقد العقد بركن واحد عند الحنفية وهي (صيغة العقد) وقال بعضهم للعقد ركنان (الإيجاب والقبول) وعند الشافعية ينعقد العقد بالصيغة الكلامية أو ما يقوم مقامها وأن للإيجاب والقبول شروطهما كطابقة القبول للإيجاب واتحاد مجلس العقد. بينما ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن أركان العقد ستة صيغة (إيجاب وقبول) وعان أن (طرفا العقد) ومعقود عليه (كالثمن والمثمن).

وفي عقد الحوالة ركن واحد وأربعة شروط لصحة عقد الحوالة عند الحنفية وعند الشافعية ستة وتنعقد الحوالة عند المالكية بأربعة أركان وستة شروط وقال الحنابلة أن لها أركان وشروطها الخمسة.

أنظر: دكتور عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، ص ١٥٥ وما بعدها.

عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٣، ط ١، ص ١٩٣٥، ص ٢٧٨.

نهاية المحتاج للرملي، ج ٢، كتاب البيع.

الإقناع للمقدسي، ج ٢، ص ٥٦.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، ج ٥، كتاب البيع.

عن الإرادة في الفقه الإسلامي؟ للإجابة على ذلك، نقول أولاً أن السكوت اليسير الخالي من أوضاع ملائمة له، لا يمكن أن يعد صيغة للعقد دالاً على وجود التراضي بين الطرفين في الفقه الإسلامي لا في الإيجاب ولا في القبول وهذا هو المبدأ العام.

إلا أن صيغة القبول في السكوت المجرد، أي وجود التراضي وصحته عند القابل، تختلف عن وضع الإيجاب. فسكوت القابل البسيط إنما هو محض وضع سلبي لا يعبر الساكت فيه عن شيء ولا يمكن أن ننسب لمن هو ساكت ما لم يقله أو يفعله وإلا كانت المشقة واضحة على الناس في معاملاتهم وقد عبر عن ذلك الإمام الشافعي بقوله (لا ينسب إلى الساكت قول)^(١).

وهذا المبدأ العام الذي يمنع تفسير السكوت المجرد على أنه (تعبير عن الإرادة بوجود الرضاء الصحيح عند القابل) أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (٦٧) في الشطر الأول منها الذي أوضحه شراح المجلة بأنه: (يعني أن لا يقال عن الساكت أنه قال كذا. فلو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت لا يعد سكوته إجازة أو توكيلاً ولو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشترى فسكت لا يكون سكوته إذناً في التجارة ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن لا يكون سكوته إجازة ولا يبطل الرهن ولو رأى غيسره يتلف ماله لا يكون إذناً بإتلافه)^(٢).

أما الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة، فهو أن السكوت المجرد يصلح في صيغة القبول للدلالة على وجود التراضي ويمكن أن يقترب بالإيجاب وبطابقه مطابقة تامة فيكون صحيحاً، إذا صاحبه ظروف ملائمة تخرج حالة السكوت المجرد عن تجرده إلى حيز آخر يطلق عليه (السكوت الملائم) حينما يلزم فيه التكلم من إقرار وبيان ولهذا جاء الشق الثاني من القاعدة التي جاء فيها: (ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان).

ويعود أصل هذا الاستثناء إلى علم أصول الفقه، فالسكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان والأمثلة كثيرة عليها. فلو قبض المشتري المبيع بحضور البائع الذي له حق حبس المبيع وسكت ولم يمنعه بعد ذلك منه إجازة له بالقبض ولا يحق للبائع بعد قبض المشتري المبيع عملاً بالمادة (٢٨١) مجلة استعادة المبيع وحبسه، وكذلك إذا أراد شخص شراء مال وفيما هو يتسلمه من

(١) الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي، مطبعة مصطفى محمد، ١٩٣٦، ص ٩٧-٩٨.

(٢) سليم رستم باز، شرح المجلة، ط ٣، بيروت ١٩٢٣، ص ٤٧.

راجع موقف الفقه الحنفي، ابن عابدين، الدرر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٤، بدون سنة نشر، ص ٨-٩، ١٣، ٩.

وفي الفقه الشافعي، الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي، قاعدة ١٨، وأنظر تفصيل ذلك أيضاً في: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الأول، البيوع، بدون سنة نشر، ص ٥٩.

صاحبه أخبره رجل بأن في المال عيباً فسكت فسكوته يعد رضاء منه بالعيب فإذا اشتراه بعد ذلك فليس له أن يرده بخيار العيب^(١).

وتأسيساً على ذلك، فإن سكوت المقر له يعد تعبيراً عن الإرادة بوجود الرضاء أي أن السكوت يكون صيغة للقبول من المقر له حين يقر شخص بمال لآخر ويسكت المقر له وهذا السكوت هو تصديق وقبول بالإقرار وإذا عرض القاضي اليمين على من توجهت عليه في الدعوى بالمعاملات ونكل عنها صراحة بقوله لا أحلف، أو دلالة كسكوته بلا عذر حكم القاضي بنكوله المادة (١٧٥١) من المجلة أما لو سكت لعذر كالخرس أو للطرش فلا يحكم عليه ولا يكون سكوته صيغة للقبول^(٢).

وهناك أمثلة كثيرة نذكر منها مثلاً، إذا ترك شخص مالاً عند آخر قائلاً أن هذا المال وديعة وسكت المستودع تنعقد الوديعة لأنه لم يرد على ذلك صراحة ويفسر سكوته صيغة للقبول، ولو كان قد صرح فحينئذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح^(٣).

ومن الأمثلة أيضاً، ما إذا باع شخص مال زوجته أو أحد أقاربه من آخر بحضورها على أنه له وسكتت فليس للزوجة أو للقريب بعد ذلك الادعاء بملكية ذلك المال لأن السكوت في هذا الحال ليس مجرداً وإنما ملائماً وعدم الاعتراض على البيع إقرار بعدم ملكيتها ذلك المال، وكذلك إذا باع الراهن المال المرهون بحضور المرتهن وسكت فيكون الدائن قد أجاز البيع وأصبح الرهن باطلاً^(٤).

نخلص من ذلك، أن الفقه الإسلامي لا يعتبر السكوت دالاً على صيغة الإيجاب وهو بذلك يكون قد سبق الفقه والقوانين المدنية الوضعية حين عبر عن هذا الموقف لدواعي المصلحة وجلب

(١) علي حيدر، درر الحكام، ص ٥٩.

سليم رستم باز، شرح المجلة، ص ٤٧-٤٨.

وأنظر بالنسبة للسكوت في حالة الزواج (باب نكاح البكر) بأن سكوتها بعد تكرار الإيجاب إليها يعد قبولاً، حيث قال الرسول (ص): (الأيمن أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتها).

الأم الشافعي، ج ٦، بدون سنة نشر، ص ٥١٦.

(٢) علي حيدر، درر الحكام شرح المجلة، ص ٦٠.

سليم رستم باز، شرح المجلة، ص ٦-١١.

الأم للشافعي، ج ٦، بدون سنة نشر، ص ٢٥٨-٢٥٩.

(٣) علي حيدر، دور الحكام، ص ٦٠.

(٤) الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي، ص ٩٧-٩٨، قاعدة ١٨.

سليم رستم باز، شرح المجلة، ص ٤٧.

علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ص ٦٠.

أما السبب في الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي فيمكن حصر مواقف المسلمين من سبب العقد على النحو الآتي:

١- نظرية السبب عند الحنفية والشافعية:

وعندهم أن السبب يجب أن يكون داخلياً في صيغة العقد يتضمن التعبير عن الإرادة فلا يعتد بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة، فالوقوف على نظرية السبب يكون من خلال الإرادة الظاهرة وما تضمنته من دوافع وبواعث دون النوايا الخفية لذلك يعتد بسبب الباعث الدافع على التعاقد إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة ولا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة العقد^(١).

٢- نظرية سبب العقد في الفقه المالكي والحنبلي:

وعندهم أن السبب في الالتزام العقدي هو الباعث الدافع على التعاقد إذ يعتد بالمقاصد والنيّات ولو لم تذكر في العقد مادام يكون معلوماً من الطرف الآخر فإن كان الباعث مشروعاً كان العقد صحيحاً وإن كان غير مشروع فلا يصح العقد حتى ولو كانت صيغة العقد والإرادة الظاهرة سليمة. والتعاقد على الكلب باطل لأنه ليس مالاً متقوماً إلا إذا كان الباعث الدافع على التعاقد حراسة الدار بواسطة الكلب لأن الفائدة منه مشروعة، أو للصيد أو للحراثة^(٢).

التييسير. وأن صيغة القبول بالسكوت المجرد من حيث الأصل لا تعد تعبيراً عن الإرادة بوجود الرضاء عند القابل وهو ما عبر من الفقه بالشق الأول من القاعدة الفقهية (لا ينسب إلى ساكت قول) فلا يقال للساكت أصلاً أنه قال كذا أو أنه رضي لأن الأصل في الرضاء أن يكون بالتعبير الإيجابي كقوله قبلت أو اشتريت أو بغيرها من الطرق على نحو ما تقدم. غير التعبير السلبي قد يكون صيغة للقبول استثناء وهو ما جرى التعبير عنه بالشق الثاني من القاعدة (لكن السكوت في معرض الحاجة بيان).

إلا أن هذا الاستثناء لا يقاس عليه، الحالات التي يصلح فيها السكوت كتعبير عن الإرادة بوجود الرضاء عند القابل للإيجاب الموجه إليه حتى يقتصرن به وينعقد العقد فينتج أثره القانوني، وأن كانت كثيرة ومتعددة إلا أنها في الغالب تصاحبها ملاسبات وظروف تدل على الرضاء، وقد ذكرنا بعضها مما يتضح منها إما لوجود تعامل بين العاقدين أو لوجود الثقة في التعامل أو لأن طبيعة المعاملة قائمة على الثقة في التعامل أو لأن طبيعة المعاملة قائمة على الثقة وحسن النية ويكون للعرف في ذلك الدور الكبير في الكشف عن صيغة القبول بالسكوت.

ونشير إلى أن الفقه الإسلامي عرّف التعاقد بالعربون إلا أن الفقهاء لم يتفقوا على جوازه، فأكثر المذاهب الفقهية الإسلامية تفصيلاً في العربون هو (المذهب المالكي) حيث اتجه فقهاء المذهب المذكور إلى بيان صورة واحدة له وهو كونه جزءاً من ثمن المبيع فإن لم يتم البيع لا بد من رده إلى المشتري^(١).

ولقيام العقد في الفقه الإسلامي شروط في المحل، إذ يشترط وجوده أو إمكان وجوده وإلا فالعقد باطل وإن كان محتمل الوجود بل حتى ولو كان محقق الوجود في المستقبل والسبب في التشرد بوجود العقد فعلاً وقت العقد هو خشية الغرر^(٢).

كما جاء في الإقناع للمقدسي أن الحنابلة يشترطون في البيع سبعة شروط وهي التراضي وأن يكون العاقد جائز التصرف وهو البالغ الرشيد وأن يكون المبيع مالاً وأن يكون مملوكاً للبايع ملكاً تاماً ومقدوراً على تسليمه ومعلوماً لهما برؤية تحصل بها معرفته مقارن له وقت العقد أو بعضه إن دلت على بقيته وأن يكون الثمن معلوماً حال العقد^(٣).

(١) الأستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) الأستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٣، ص ١٣.

(٣) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، للمقدسي، ج ٢، المطبعة المصرية، ص ٥٧، وأنظر أركان وشروط العقد عند الشافعية:

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للملي، بدون سنة نشر، كتاب البيع.

(١) مؤلفنا في مصادر الالتزام، ط ٣، الأردن، ١٩٩٥، ص ٢١٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٢١٥.

الفصل الثالث

الجرائم والعقوبات^(١)

من المعلوم أن القانون الجنائي يبين الجرائم والعقوبات في دولة ما وهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأفعال المنهية عنها والتي إذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجاً عن المجتمع ويستحق العقاب. ولاشك أن هذا القانون من فروع القانون العام. وفي الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي أحكام خاصة بذلك يمكن أن نطلق عليها تسمية (القانون الجنائي الإسلامي).

والجريمة في الإسلام هي: (محظورات شريعة زجر الله عنها بحد أو تعزير). والمحظورات هي الأمور الممنوعة ويشترط بها أن تكون ممنوعة من قبل الشريعة الإسلامية، فإن لم تكن محظورة من الشارع الإسلامي لا تشكل جرائم ولا عقاب عليها. ولهذا فالجريمة هي فعل أو ترك نصت الشريعة الإسلامية على تحريمه والعقاب عليها.

ولاشك أن أساس اعتبار الفعل جريمة هو أن هذا الفعل أو الترك يلحق ضرراً بالمجتمع وضرراً بالأفراد حيث تتأثر مصالحهم وضرورياتهم كحفظ النفس والدين والعقل والنسل والعرض والمال. وأساس تشريع العقاب على الجرائم حمل الناس على طاعة أوامرهم ونواهيهم طاعة اختيارية، والعقوبة تمنع من ارتكاب الجريمة وتزجر الآخرين وتحفظ مصالح المجتمع وإصلاح المجرم، وقد حصرت المسؤولية الجنائية بالجاني وحده دون غيره لقوله تعالى: (ولا تزرُ وازرة وزر أخرى).

أما الجرائم فهي على أنواع متعددة، إلا أنها يجمعها جامع واحد هي كونها من المحظورات الشرعية وأنواعها مقسمة حسب العقوبة المقررة لها وسنوزعها على النحو الآتي:

المبحث الأول: جرائم الحدود.

المبحث الثاني: جرائم القصاص والديات.

المبحث الثالث: جرائم التعزير.

المبحث الأول

جرائم الحدود

وهي تشمل جريمة الزنا والقتل وشرب الخمر والسرقعة والحربة (قطع الطريق) والردة. والحد المنع، ولهذا هي جرائم المنع وشرعاً يراد بها عقوبات مقدرة وجبت حقاً لله تعالى حيث قدرها الله ولم يترك ذلك لغيره غاية ذلك تحقيق مصالح الناس. ولهذا القصاص لا يعتبر من الحدود لأنه حق العبد وليس حقاً للخالق ولا تسمى العقوبات التعزيرية من الحدود لأن الله لم يقدرها ابتداءً.

ففي جريمة الزنا اعتداء على العرض وتحريمها صريح في كتاب الله لقوله تعالى: (ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً)^(١). ويطلق الفقهاء على جريمة الزنا تسمية (الجنائية على الفروج) أو (الجنائية على النسب).

والزنا عند الحنفية وطء الرجل المرأة في القبل وعند المالكية إبلاج مسلم مكلف حشفه في فرج آدمي مطيق عمداً بلا شبهة وأن دبراً أو ميتاً غير متزوج أو مستأجرة لوطء أو مملوكة تعتق عليه أو مرهونة، والزنا عند الشافعية أن تغيب حشفة ذكره في أحد الفرجين^(٢)، وقد ذكرت المذاهب الفقهية الإسلامية وجوب الإبلاج سواء أكان بالتراضي أم بالإكراه.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف جريمة الزنا إلا أنهم متفقون على أنه (وطء محرّم متعمد) ولهذا فإن أركانها هي:

الأول: الركن الشرعي أي الصفة غير المشروعة للفعل لوجود النص بالتحريم وعدم وجود سبب من الأسباب الإباحة للفعل.

الثاني: الركن المادي وهو فعل الوطء.

الثالث: الركن المعنوي (القصد الجنائي) وهو تعمد الوطء.

عقوبة جريمة الزنا

ذكر الله جلت قدرته في سورة النور: (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة...)^(٣). وعقوبة الزاني والزانية تختلف ما إذا كان الشخص محصناً أم غير محصن،

(١) سورة الإسراء، آية ٣٢.

(٢) د. محمد أبو حسان، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٣) آية رقم ٢.

وقال تعالى: (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن أو يجعل الله لهن سبيلاً). سورة النساء، آية ١٥.

(١) أنظر د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

د. محمد أبو حسان، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، مكتبة المنار، عمان، ط ١، ١٩٨٧، ص ١٥٩.

فالأول عقوبته الرجم حتى الموت وهي ثابتة بالسنة النبوية، ولا خلاف على عقوبة الزاني غير المحصن. وقسوة العقوبة في الزنا غايته حفظ النسل من التلوث ومنع الاعتداء على الأعراس.

ولا يقام الحد إلا إذا توافرت الشروط، كالحرية والعقل والبلوغ والإسلام والاختيار والأهلية. كما يجب إثبات الزنا إما بالشهادة أو الإقرار أو القرائن كظهور الحمل على امرأة غير متزوجة.

أما القذف، فهو الرمي بالزنا وهو حرام في أدلة الشريعة الإسلامية الأصلية (القرآن والسنة) ويوجب الحد وهو ثمانون جلدة عند توافر شروط الجريمة لقوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم الشهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون)^(١).

وشرب الخمر هي جريمة من جرائم الحدود لأنها تفسد العقل وتضيّع المال ولقوله تعالى في سورة المائدة: (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون). وعقوبة شارب الخمر أربعين جلدة وتجاوز زيادتها إلى ثمانين.

كما أن جزاء سرقة المال قطع يد السارق لقوله تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم)^(٢).

كما أن جريمة قطع الطريق أوضحها الله في الكتاب الكريم بقوله: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم من الآخرة عذاب عظيم)^(٣).

ويُعاقب المرتد الراجع عن دين الإسلام القتل إذا أصر على الردة لقوله (ص): (من بدل دينه فاقتلوه). لأن الردة هدم للأسرة واستهتار بالدين وأركانها هي النص الشرعي والرجوع عن الإسلام ثم القصد الجنائي. ووسائل إثبات هذه الجريمة هي الشهادة والإقرار. غير أن هذه القواعد تتناقض مع الاعلان العالمي لحقوق الانسان.

المبحث الثاني

جرائم القصاص والديّات^(١)

(الاعتداء على الأشخاص)

ويراد بها جرائم الاعتداء على النفس بإزهاقها (جرائم القتل) أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الأطراف، وعقوبتها إما القصاص أو الدية. ففي القصاص قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كُتِبَ عليكم القصاص في القتلى...)^(٢). ويجب القصاص على ما دون النفس أيضاً إذا كانت الجرائم عمدية ويمكن إجراء القصاص. أما الدية فهي التعويض المالي في الجرائم غير العمدية يدفع لأهل المقتول، والتعويض الذي يدفع على ما دون النفس يسمى بالارش) كما قد يطلق اسم الدية على الارش.

والجرائم الواقعة على الأشخاص ثابتة في القرآن والسنة، فقد جاء في الكتاب الكريم قوله تعالى: (من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض، فكأنما قتل الناس جميعاً، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً)^(٣). وجاء في سورة النساء قوله تعالى: (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله بكم رحيماً)^(٤). وقوله تعالى: (ولكم القصاص حياة). وقوله تعالى في سورة المائدة (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين...)^(٥). كما جاء في سورة النساء قوله تعالى: (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله)^(٦).

المبحث الثالث

جرائم التعزير^(٧) (التأديب)

وهي الجرائم التي لم تضع الشريعة الإسلامية عقوبات محددة لها وهي أفعال محظورة شرعاً كاخلوة بامرأة أجنبية وأكل الربا والقذف بغير الزنا والشتم والسب والتلاعب في الميزان في المعاملات المالية.

(١) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٣٤١-٣٤٢.

(٢) سورة البقرة، آية ١٧٨.

(٣) سورة المائدة، آية رقم ٣٢.

(٤) آية رقم ٢٩.

(٥) آية رقم ٤٥.

(٦) آية رقم ٩٢.

(٧) د. عبدالرحمن زيدان، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

د. محمد أبو حسان، المرجع السابق، ص ٥٤١.

(١) سورة النور، آية رقم ٤.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣٨.

(٣) سورة المائدة، الآيتان، ٣٣ و٣٤.

والإمام هو الذي يتولى تقدير العقوبة المناسبة مع الجريمة وحسب ظروف الواقعة، من حيث جسامته الفعل ومقدار الضرر.

فالتعزير في الجرائم هو التأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة وهو مشروع في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة ولهذا فإن نظام التعزير يشمل معظم الجرائم التي تخالف أحكام الشريعة سواء أكانت من الأفعال أم الأقوال.

الفصل الرابع

تنظيم الأسرة

(الزواج والطلاق وأحكامهما)

يُعرف الزواج بأنه: (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين الأسرة وإيجاد نسل بينهما)^(١). وحكمته واضحة في الإسلام فهو عماد الأسرة الثابتة ودعا الرسول (ص) إليه بقوله: (يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، ومن لم يستطع فعليه بالصوم...). وعادة يسبق الزواج الخطبة وهي طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج بها ولا ينعقد الزواج بها ولا بالوعد أو قراءة الفاتحة ولكل منهما العدول عن الخطبة^(٢).

ولا ينعقد الزواج إلا بإيجاب وقبول في مجلس العقد وأن يكون طرفا العقد غير فاقدين للأهلية وأن يطابق القبول بالإيجاب وينعقد بألفاظ دالة عليه مشتقة من نكح وزواج، وبعض الفقهاء أجازوه بلفظ البيع كالحنفية ويجوز عقده بالإشارة المفهومة ممن هو غير قادر على الكلام. ويجوز تولي عاقد واحد صيغة الزواج من الطرفين بأن يكون وكيلاً عنهما^(٣).

وتنقسم شروط الزواج إلى ثلاثة أقسام وهي:

١- شروط صحة العقد وهما حضور الشاهدين وأن تكون المرأة محلاً للعقد.

٢- شروط نفاذ. بأن يكون لمن يتولى إنشاء الزواج الولاية عن إنشائه وإلا فهو غير نافذ (موقوف) يحتاج للإجازة.

شروط لزوم. فالزواج لا يفسخ من أحد بنقضه من أصله دون سبب واضح جائز، والطلاق ليس نقضاً للعقد بل إنهاؤه لأحكامه.

أما المحرمات من النساء فهن على نوعين: حرمة مؤبدة كالبهنة والأخوة والعمومة، وحرمة مؤقتة كما لو كانت المرأة متزوجة أو مشرقة أو الزوج غير سليم، وقد أوضحت الشريعة ذلك مفصلاً وعلى سبيل المثال أن المحرمات على التأييد إما بسبب القرابة أو بسبب المصاهرة أو بسبب الرضاة.

فإذا عقد الزواج وكان صحيحاً رتب الشارع الإسلامي حقوقاً للزوجين مشتركة وحقوقاً للزوج على زوجته وحقوق الزوجة على زوجها. فالحقوق المشتركة مثل حق المشاركة للطرفين

(١) المادة ٢ من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦، وأنظر الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ١٩٥٧، ص ١٨.

(٢) المادتان ٣ و٤ من القانون سالف الذكر.

(٣) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٥٥.

والتوارث بين الزوجين. وأما حقوق الزوج على زوجته فهي حق الطاعة وحق التأديب حسب قواعد الشرع وضوابطه وكذلك حق القرار في بيت الزوجية وحق ثبوت النسب على أولاده ورعايتهم. وللزوجة على زوجها العدل والمهر والنفقة.

وينتهي عقد الزواج بالطلاق أو الفسخ، والطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل^(١)، والزوج هو الذي يملك الطلاق بينما تستطيع المرأة طلب التفريق في حدود معينة. ولا يقع طلاق الهازل لقوله (ص): (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، الزواج والطلاق والعتاق).

كما نظم الإسلام طلاق المريض مرض الموت وبين فقهاء الشريعة أحكامه مفصلاً وإن تباينت آراؤهم في أحكامه. وللزوج أن ينيب عنه الوكيل لإيقاع الطلاق، وأجاز الإسلام المخالعة فتقدم الزوجة المال لزوجها وتفتدي به بنفسها وهو طلاق نظير المال يقدم للزوج وهو عقد ينعقد بإيجاب وقبول.

وقد يقع الطلاق بحكم القاضي كالطلاق لعدم الإنفاق والتفريق للعييب كالعنة أو العيوب التناسلية عند الطرفين، وأما التفريق للضرر والشقاق كالعائب والمفقود والمحبوس والمسجون وفي إساءة المعاملة من الزوج.

ولا حاجة لحضور الشهود في الطلاق، لأن الشهود ليس من شروط إنهاء الزواج، فإن وقع وجبت العدة وهو أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار الزواج كاستبراء الرحم وهي على أنواع^(٢). ولم يغفل الإسلام بيان حقوق الأولاد كثبوت النسب وبيان أحكام اللقيط والرضاعة والحضانة.

والخلاصة فإن الإسلام نظم أوضاع الأسرة، وأجاز تعدد الزوجات ضمن ضوابط وشروط، كما بين قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ أحكام الزواج والخطبة وولاية الزواج وانعقاد عقد الزواج متأثراً بأحكام الشريعة الإسلامية، كما بين شروط الكفاءة والمحرمات من النساء وأنواع الزواج وهو (زواج صحيح، وزواج باطل، وزواج فاسد) المواد ٢٣ و٣٣ و٣٤)) كما عالج المهر ونفقة الزوجة وحل الرابطة الزوجية والعدة والنسب والرضاع والحضانة ثم نفقة الأقارب. غير أن تعدد الزوجات يعد من الجرائم في القانون التونسي والقانون التركي وفي قوانين كل الدول غير الإسلامية مثل أوربا والولايات المتحدة الأمريكية.

انتهى بعونه تعالى

(١) تفصيل ذلك: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٢٧.

مراجع الكتاب

أولاً: باللغة العربية:

- ١- د. غسان رباح، تأريخ القوانين والنظم الاجتماعية، ط١، ١٩٩٣.
- ٢- عبدالمعتمد الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- ٣- د. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، ط٥، بدون سنة نشر.
- ٤- د. عباس الصراف و د. جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمّان، ١٩٩٤.
- ٥- ابن منظور الأفرقي، لسان العرب، مجلد ١٣، ١٩٥٦.
- ٦- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٧- عبدالرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، بغداد، ١٩٥٤.
- ٨- د. هشام صادق و د. عكاشة محمد عبدالعال، تأريخ التنظيم القانوني والاجتماعي، دار الجامعة، ١٩٨٧.
- ٩- د. محمد جبر الألفي، الفضالة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨١.
- ١٠- د. حسن الذنون، أصول الالتزام، بغداد، ١٩٧٠.
- ١١- د. منذر الفضل، مصادر الالتزام، ط٣، عمّان، ١٩٩٥.
- ١٢- د. محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى التأريخ العام للقانون، ١٩٦٣.
- ١٣- د. عبدالسلام الترومانيني، الوسيط في تأريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، ١٩٨٢.
- ١٤- قسطنطين كاتزاروف، نظرية التأميم، ترجمة وتعليق د. عباس الصراف، بغداد، ١٩٧٢.
- ١٥- محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة مقدمة لجامعة عين شمس لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، ط١، ١٩٧٤.
- ١٦- حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، ج١، الملكية وأسبابها، بغداد، ١٩٥٣.
- ١٧- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، ج١، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ط٢، ١٩٥٢.
- ١٨- محمود سلام زناتي، تأريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٧١.
- ١٩- د. منذر الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بغداد، ١٩٧٦.
- ٢٠- زهدي يكن، تأريخ القانون، ط٢، بيروت، ١٩٦٩.
- ٢١- د. عبدالمجيد الحفناوي، تأريخ النظم الاجتماعية والقانونية، بدون سنة نشر.
- ٢٢- د. أحمد ابراهيم حسن و د. عبدالمجيد الحفناوي، تأريخ النظم القانونية والاجتماعية والقانون الروماني، الدار الجامعية، ١٩٩٣.
- ٢٣- د. إمام عبدالفتاح إمام، الطاغية، عالم المعرفة، الكويت، ١٩٩٤.
- ٢٤- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية فيه، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.
- ٢٥- مدونة جستنبيان في الفقه الروماني، ترجمة عبدالعزيز فهمي، بيروت، بدون سنة نشر.
- ٢٦- صبيح مسكوني، تأريخ القانون العراقي القديم، ط١، بغداد، مطبعة شفيق، ١٩٧٢.
- ٢٧- د. إبراهيم الغازي، تأريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧٣.
- ٢٨- د. شفيق الجراح، دراسات في تأريخ الحقوق، المؤسسات الحقوقية في بابل، دمشق، ١٩٨١.
- ٢٩- د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد، ١٩٧٣.
- ٣٠- طه باقر، مقدمة في تأريخ الحضارات القديمة، ج١، ط٢، بغداد، ١٩٥٥.
- ٣١- د. منذر الفضل، المدخل لدراسة القانون الأردني، ط١، عمان، ١٩٩٢.
- ٣٢- د. محمود الأمين، قوانين حمورابي، مجلة كلية الآداب، تصدرها كلية الآداب، جامعة بغداد، العدد ٣، ١٩٦١.
- ٣٣- نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، رسالة مقدمة إلى جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ٣٤- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
- ٣٥- د. توفيق حسن فرج، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥.
- ٣٦- د. عكاشة محمد عبدالعال، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧.
- ٣٧- د. شفيق الجراح، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨٢.
- ٣٨- د. محمد عبدالمنعم بدر و د. عبدالمنعم بدر، مبادئ القانون الروماني، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٤.
- ٣٩- د. عبدالعزيز فهمي، قواعد وآثار فقهية رومانية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٧.
- ٤٠- د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، ط٢، ١٩٧١.
- ٤١- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف بمصر، ط٤، ١٩٦١.
- ٤٢- ميشيل فيلية، القانون الروماني، ترجمة وتعليق د. هاشم الحافظ، مطبعة العاني، بغداد، ط٢، ١٩٦٩.
- ٤٣- د. عبدالرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، ١٩٣٤.
- ٤٤- د. عبدالحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤.
- ٤٥- د. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، ١٩٥٦.
- ٤٦- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، أحكام الالتزام، ط٢، دار الثقافة، عمّان، ١٩٩٥.
- ٤٧- الشيخ علي الخفيف، الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام، بحث نشر في المؤتمر الأول لمجمع

- ٦٩- سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة، (١٩٧٤-١٩٧٥).
- ٧٠- سنن أبي داود، تعليق أحمد سعيد حلي، ج١، ط١، القاهرة، ١٩٥٢.
- ٧١- عفيف عبدالفتاح طيارة، روح الدين الإسلامي، ط٩، بيروت، ١٩٧٢.
- ٧٢- عبدالمقصود شلتوت، نظرية التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٦٣.
- ٧٣- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، ج٣، بغداد، بدون سنة نشر.
- ٧٤- موسوعة جمال عبدالناصر، عيد في الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ج٤، القاهرة، ١٣٨٩هـ.
- ٧٥- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، (الشهيد الثاني)، للعاملي، ج٣، النجف، ١٩٦٧.
- ٧٦- الأحكام السلطانية، لأبي يعلى، ط١، القاهرة، ١٩٣٨.
- ٧٧- الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي، ط١، القاهرة، ١٩٦٠.
- ٧٨- الهداية شرح بداية المبتدئ، لبرهان الدين المرغيناني، ج٤، القاهرة، ١٩٣٦.
- ٧٩- د. جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- ٨٠- منهاج السنة النبوية للإمام ابن تيمية بن العباس، تحقيق د. محمد سالم رشاد، ج١، بدون سنة نشر.
- ٨١- مقدمة ابن رشد، (ج١، ٢)، بغداد، مكتبة المثنى، بدون سنة نشر.
- ٨٢- محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، بحث مقدم إلى المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق، القاهرة، ١٩٦٣.
- ٨٣- الدكتور صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، ط٢، ١٩٧٢.
- ٨٤- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج٣، دمشق، ١٩٦٤.
- ٨٥- د. عبدالرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٨٦- د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج١، مطبعة الاعتماد، بدون سنة نشر.
- ٨٧- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، عقود الغرر، دار إحياء التراث العربي، ١٩٦٤.
- ٨٨- مصطفى الزرقا، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث منشور في أسبوع الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٦٤.
- ٨٩- عبدالله القليلقي، عقد التأمين، أسبوع الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٦٣.
- ٩٠- الصديق محمد الأمين، حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية، أسبوع الفقه الإسلامي،

- البحوث الإسلامية، ١٩٦٤.
- ٤٨- د. ثروت أنيس الأسيوطي، نظام الأسرة بين الاقتصاد والدين، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.
- ٤٩- د. عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط١١، بيروت، ١٩٨٩.
- ٥٠- الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق عبدالعزيز الوكيل، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- ٥١- د. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه، ط٣، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨.
- ٥٢- د. أحمد فهمي أبو سنة، نظرية الحق، منشور في (الفقه الإسلامي أساس التشريع)، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر، ١٩٧١.
- ٥٣- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٥٤- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٦٩.
- ٥٥- محمد علي السائس، ملكية الأفراد للأرض ومنافعها في الإسلام، بحث منشور في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، ١٩٦٤.
- ٥٦- الحلبي، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، مجلد ٢/، بيروت، بدون سنة نشر.
- ٥٧- الشوكاني، نيل الأوطال، ج٥، ط٢، ١٩٥٢.
- ٥٨- أبو عبيد القاسم بن سلام، الأموال، مطبعة حجازي، ١٣٥٣هـ.
- ٥٩- أبو عبيد الله محمد الغزويني، سنن المحافظ بن ماجه، ج٢، القاهرة، مطبعة البايي الحلبي، ١٩٥٣.
- ٦٠- محمد شوقي الفنجرى، خصائص الاشتراكية في الإسلام، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد ١، السنة ١٢، ١٩٦٨.
- ٦١- محمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي في الاقتصاد الإسلامي، ط١، بيروت، دار الفكر، ١٩٧٠.
- ٦٢- أبو يوسف، الخراج، ط٣، القاهرة، المطبعة السلفية، ١٣٨٢هـ.
- ٦٣- علي الخفيف، الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية، القاهرة، جامعة الأزهر، ١٩٦٤.
- ٦٤- حاشية ابن عابدين، القاهرة، المطبعة الميمنية، ج٥، ١٣٠٧هـ.
- ٦٥- الكرامة في شرح قواعد العلامة، للعاملي، القاهرة، مطبعة الشورى، ج٧، ١٣٣٧هـ.
- ٦٦- أحمد إبراهيم بك، كتاب المعاملات الشرعية المالية، القاهرة، مطبعة النصر، ١٩٣٦.
- ٦٧- د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، ط١، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٧.
- ٦٨- محمد عبدالله العربي، الملكية الخاصة وحدودها في الإسلام، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية، القاهرة، جامعة الأزهر، ١٩٦٤.

فهرس المحتويات

7 مقدمة الطبعة الثانية
9 مقدمة الطبعة الأولى
11 تمهيد
11 - أهمية دراسة تأريخ القانون
11 - تحديد المقصود بتأريخ القانون
12 - الغاية من دراسة تأريخ القانون
13 - خطة الدراسة
15 الباب الأول
17 التأريخ العام للقانون
17 تمهيد
17 ١- ضرورة القانون في المجتمع
18 ٢- التعريف بالقانون
20 ٣- وظيفة القانون
22 ٤- تأريخ القواعد القانونية
23 الفصل الأول: النشوء التاريخي للمجتمعات البدائية
23 المبحث الأول: نظرية الأسرة الأبوية
24 المبحث الثاني: نظرية القبيلة (الأسرة الأمية)
24 المبحث الثالث: نظرية العشيرة التوقية
26 الفصل الثاني: الحالة القانونية في المجتمعات البدائية
26 المبحث الأول: نظام السلطة الأبوية
27 المبحث الثاني: نظام حكم القوة
27 المبحث الثالث: نظام الحكم
28 المبحث الرابع: نظام الأسرة
30 المبحث الخامس: نظام الملكية
31 المبحث السادس: نظام الجرائم والعقوبات
33 الفصل الثالث: مصادر القانون في المجتمعات القديمة
33 المبحث الأول: الأحكام الإلهية
34 المبحث الثاني: التقاليد المعروفة
35 المبحث الثالث: المدونات القانونية
37 المطلب الأول: أهم المدونات القانونية الشرقية
37 أولاً: قانون مانو الهندي

دمشق، ١٩٦٣.

- ٩١- عبدالرحمن عيسى، عقد التأمين، أسبوع الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٦٣.
- ٩٢- عبدالوهاب التونجي، عودة إلى موضوع عقد التأمين، مجلة العدالة، دولة الإمارات، ١٩٨٢.
- ٩٣- عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، ج٢، ط٥، المكتبة التجارية بمصر، بدون سنة نشر.
- ٩٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرمللي، ج٣، بدون سنة نشر.
- ٩٥- للإقناع لشرف الدين المقدسي، ج٢، المطبعة المصرية بالأزهر، بدون سنة نشر.
- ٩٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج٥، ط١، بدون سنة نشر.
- ٩٧- الاشتباه والنظائر في الفروع للسيوطي، مطبعة مصطفى محمد، ١٩٣٦.
- ٩٨- الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٤، بدون سنة نشر.
- ٩٩- سليم رستم باز، شرح المجلة، بدون سنة نشر.
- ١٠٠- الأم للشافعي، ج٦، بدون سنة نشر.
- ١٠١- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، للمقدسي، ج٢، المطبعة المصرية، بدون سنة نشر.
- ١٠٢- د. محمد أبو حسان، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، مكتبة المنار، عمان، ط١، ١٩٨٧.
- ١٠٣- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- ١٠٤- القانون المدني المصري.
- ١٠٥- القانون المدني العراقي.
- ١٠٦- القانون المدني الليبي.
- ١٠٧- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني.
- ١٠٨- قانون التصرف بالأراضي والأموال غير المنقولة رقم ٤٩ لسنة ١٩٥٣.
- ١٠٩- قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٧٦.

ثانياً: باللغتين الإنجليزية والفرنسية:

- 110- CODE Civil, Paris, 1995.
111. George Getz, Business Law, Fifth Edition, USA, 1977.
112. G.C.C. CHIESHIRE AND FIFOOT, The Law of Contract, Sixth Edition, London, 1946.
113. Crossly Vaines, personal property, Butterworths, third edition, London, 1962.
114. Hemri Et Leon Mazeaud, Lesons De Droit Civil, Paris, 1966.
115. Jean Carbonnier, Les Obligations, Paris, 1982.

71	الفصل الثالث: المدونات في وادي الرافدين
71	المبحث الأول: قانون أوركاجينا
72	المبحث الثاني: قانون أورنمو
72	المبحث الثالث: قانون لبت عشتار
73	المبحث الرابع: قانون ايشنونا
73	المبحث الخامس: قانون حمورابي
75	المطلب الأول: الزواج في قانون حمورابي
76	المطلب الثاني: العقود في قانون حمورابي
78	المطلب الثالث: التنظيم القضائي
79	المطلب الرابع: الملكية في قانون حمورابي
81	المبحث السادس: القانون الحيثي
82	المبحث السابع: القانون الآشوري
85	الباب الثالث
87	القانون في وادي النيل (مصر القديمة)
87	تمهيد
89	الفصل الأول: القانون المصري في العصر الفرعوني
89	المبحث الأول: نظام الجرائم والعقوبات
91	المبحث الثاني: نظام المجتمع والأسرة
94	المبحث الثالث: نظام الملكية والعقود
98	الفصل الثاني: القانون المصري في العصر البطلمي (الإغريقي)
98	المبحث الأول: نظام الحكم والإدارة
99	المبحث الثاني: النظام القانوني والقضائي
100	المبحث الثالث: نظام الأسرة
101	المبحث الرابع: نظام الملكية والعقود
103	الباب الرابع
105	القانون الروماني
105	تمهيد
106	الفصل الأول: التطور التاريخي للقانون الروماني
107	المبحث الأول: نظام السياسي
109	المبحث الثاني: المراحل التي مر بها تاريخ تطور القانون الروماني
110	المبحث الثالث: قانون الألواح الإثني عشر
112	المبحث الرابع: مجموعات جستنيان القانونية

38	ثانياً: قانون بوخوريس
39	المطلب الثاني: أهم المدونات القانونية الغربية
40	أولاً: قانون دراكون
40	ثانياً: قانون صولون
42	الفصل الرابع: الوسائل العامة لتطور القوانين
43	المبحث الأول: الحيلة القانونية
43	المطلب الأول: الحيلة في القانون الروماني
45	المطلب الثاني: الحيلة في الشريعة الإسلامية
47	المطلب الثالث: الحيلة في القانون الإنجليزي
48	المطلب الرابع: الحيلة في التشريعات الحديثة
49	المبحث الثاني: العدالة
49	المطلب الأول: العدالة عند اليونان
50	المطلب الثاني: العدالة عند الرومان
53	المطلب الثالث: العدالة في الإسلام
55	المطلب الرابع: العدالة في القانون الإنجليزي
56	المبحث الثالث: التشريع
59	الباب الثاني
61	القوانين في وادي الرافدين
62	الفصل الأول: الإطار التاريخي لدولة وادي الرافدين
62	المبحث الأول: السومريون
63	المبحث الثاني: الأكديون والكويتيون
63	المبحث الثالث: الدولة السومرية الثانية
64	المبحث الرابع: الأموريون
64	المبحث الخامس: الحيثيون
65	المبحث السادس: الآشوريون (دولة آشور)
65	المبحث السابع: الكلدانيون (الدولة البابلية الجديدة)
67	الفصل الثاني: مصادر البحث عن القانون في وادي الرافدين
67	المبحث الأول: المدونات القديمة
67	المبحث الثاني: الوثائق الملكية
69	المبحث الثالث: الأحكام القضائية
70	المبحث الرابع: الوثائق المثبتة للمعاملات اليومية بين الأفراد
70	المبحث الخامس: النصوص المدرسية والمعاجم اللغوية

156	المطلب الأول: الالتزامات الناشئة عن العقد
158	المطلب الثاني: الالتزامات الناشئة عن شبه العقد
158	المطلب الثالث: الالتزامات الناشئة عن الجريمة
159	المطلب الرابع: الالتزامات الناشئة عن شبه الجريمة
161	الباب الخامس
163	شريعة اليهود
165	الفصل الأول: أحكام القانون العام
166	الفصل الثاني: أحكام القانون الخاص
168	الفصل الثالث: نظام الملكية
169	الباب السادس
171	السريعة الإسلامية (القانون الإسلامي)
171	تمهيد
171	١- العرب قبل الإسلام
174	٢- الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي
179	٣- المذاهب الفقهية الإسلامية
182	٤- مصادر التشريع الإسلامي
185	الفصل الأول: الملكية ووظيفتها الاجتماعية
185	المبحث الأول: الملكية الجماعية للأموال
186	المبحث الثاني: الملكية الخاصة (الفردية)
190	المبحث الثالث: إحياء الأرض الموات
192	المبحث الرابع: الملكية المعنوية (حقوق الإبداء والابتكار)
195	الفصل الثاني: نظرية العقد في الفقه الإسلامي
205	الفصل الثالث: الجرائم والعقوبات
206	المبحث الأول: جرائم الحدود
208	المبحث الثاني: جرائم القصاص والديات
208	المبحث الثالث: جرائم التعزيز
210	الفصل الرابع: تنظيم الأسرة (الزواج والطلاق وأحكامهما)
213	مراجع الكتاب

114	الفصل الثاني: مصادر القاعدة القانونية في القانون الروماني
114	المبحث الأول: العرف
115	المبحث الثاني: التشريع
116	المبحث الثالث: القانون البريتوري (أحكام القضاء)
117	المبحث الرابع: الفقه
119	الفصل الثالث: نظام الأسرة في المجتمع الروماني
119	المبحث الأول: المركز القانوني للأشخاص
120	المبحث الثاني: السلطة الأبوية
121	المبحث الثالث: الزواج
123	المبحث الرابع: نظام التبني
124	المبحث الخامس: الموت المدني
125	المبحث السادس: الوصاية والقوامة
126	الفصل الرابع: نظام الملكية
127	المبحث الأول: تقسيمات الأشياء
127	المطلب الأول: الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل
128	المطلب الثاني: الأشياء الداخلة في نطاق التعامل
133	المبحث الثاني: تاريخ الملكية وأنواعها وطبيعتها
133	المطلب الأول: صور الملكية في المجتمع الروماني القديم والعصر العلمي
135	المطلب الثاني: توحيد صور الملكية في عهد جستنيان
138	المبحث الثالث: طرق اكتساب الملكية في القانون الروماني
139	المطلب الأول: الطرق المنشئة للملكية
139	المبحث الرابع: وضد اليد (الحيازة القانونية)
140	المبحث الخامس: نظام التقادم
140	المطلب الأول: التقادم القصير
144	المطلب الثاني: التقادم الطويل
145	المطلب الثالث: التقادم الطويل جداً
145	المطلب الرابع: التقادم في عهد جستنيان ودمدى تأثر القوانين الوضعية بهذه القواعد
146	المبحث السادس: حقوق الارتفاق
151	الفصل الخامس: الحقوق الشخصية (الالتزامات في القانون الروماني)
151	المبحث الأول: تعريف الالتزام وأركانه
153	المبحث الثاني: تقسيمات الالتزام
155	المبحث الثالث: مصادر الالتزام

المؤلف في سطور

- أستاذ مشارك في القانون المدني منذ عام ١٩٨٧
محاضر على طلبة الماجستير والدكتوراه (جامعة بغداد)
محاضر في المعهد القضائي - بغداد
مساعد عميد كلية الحقوق - جامعة عمان الأهلية - الأردن
رئيس قسمي القانون العام والخاص - جامعة الزيتونة الأردنية
رئيس قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الزيتونة الأردنية
(سابقا)
محاضر في كلية القانون والفقهاء المقارن - لندن
محاضر على طلبة الدكتوراه في القانون - جامعة صلاح الدين - كردستان
مستشار لرئيس مجلس وزراء حكومة إقليم كردستان
دكتوراه في القانون الخاص بدرجة جيد جدا - جامعة بغداد ١٩٧٩
ماجستير في القانون الخاص بدرجة جيد جدا - جامعة بغداد ١٩٧٦
بكالوريوس في القانون - جامعة بغداد - كلية الحقوق ١٩٧٢
اللقب العلمي - أستاذ مشارك في القانون المدني منذ ١١-٥-١٩٨٧ (جامعة بغداد - كلية القانون)
الدرجة العلمية - دكتوراه في القانون الخاص منذ ٢-٥-١٩٧٩
الاختصاص الدقيق - القانون المدني Civil law
اللغات الأجنبية - الإنجليزية , السويدية , والكرديّة وقليل من الفرنسية
الجنسية : سويدية.
خبرات التدريس في الجامعات العربية والمعهد القضائي
١- مدرس القانون المدني في كلية الحقوق - جامعة بغداد - ميس - من عام ١٩٧٩.
٢- محاضرات في القانون المدني (المسؤولية المدنية) على طلبة قسم القضاة في المدرسة الوطنية للإدارة E. N. A في العاصمة نواكشوط - موريتانيا. للفترة من ١٠-٣-١٩٨١ وحتى تاريخ انتهائها الإيفاد من جامعة بغداد في ٢٧-٥-١٩٨١.
٣- معار لتدريس القانون المدني على طلبة الدراسات العليا والليسانس في كلية الحقوق للفترة ١٩٨٢ و حتى ١٩٨٥ بجامعة عنابة في جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية.
٤- محاضرات في القانون المدني - كلية القانون بجامعة الموصل لعام دراسي واحد من ١٩٨٥-١٩٨٦.

- ٥- مدرس القانون المدني منذ عام ١٩٨٦ وحتى عام ١٩٩١ في كلية الحقوق بجامعة بغداد ثم أستاذا مشاركا في تدريس المواد التالية :
- النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام و أحكام الالتزام)
- تاريخ القانون و القانون الروماني
- الحقوق العينية الأصلية و الحقوق العينية التبعية.
-الأحكام القانونية للأعمال الطبية - محاضرات على طلبة الدراسات العليا - الماجستير في القانون الخاص.
٦- أستاذ محاضر في القانون المدني في المعهد القضائي - وزارة العدل العراقية للفترة من ١٩٩٠-١٩٩١ في المسؤولية المدنية و نظرية العقد.
٧- أستاذ القانون المدني المشارك في كلية الحقوق - جامعة مؤتة - الأردن من ٢-٩-١٩٩١ وحتى تاريخ ١٣-٨-١٩٩٢.
٨- أستاذ القانون المدني المشارك و (مساعد عميد كلية الحقوق) في جامعة عمان الأهلية - الأردن من ١-٩-١٩٩٢ وحتى تاريخ ٣١-٨-١٩٩٣.
٩- محاضر في المسؤولية المدنية الطبية على طلبة (قسم الدكتوراه - القانون الخاص) لفترة فصل دراسي واحد من ١-٩-١٩٩٣ وحتى تاريخ ديسمبر من عام ١٩٩٣.
١٠- أستاذ القانون المدني المشارك - قسم القانون - جامعة الزيتونة الأردنية منذ ٩-٢-١٩٩٤ وحتى تاريخ الاستقالة من العمل في ١٩-١١-١٩٩٧ للالتحاق مع عائلتي المقيمة في السويد. وقد شغلت خلالها منصب رئيس قسمي القانون العام والخاص في كلية الحقوق للفترة من ٧-١٠-١٩٩٥ وحتى ٢١-٩-١٩٩٦ ثم رئيسا لقسم القانون الخاص للفترة من ١-٩-١٩٩٦ وحتى ١٧-٤-١٩٩٧ وعضو مجلس كلية الحقوق وعضو لجنة التعيين والترقية العلمية في الجامعة.
١١- من ٢٠-١١-١٩٩٧ وحتى ٢٠٠٠ دراسة اللغة السويدية وقواعدها اللغوية و القانون السويدي و أسس الانترنت Internet
١٢- ٢٠٠١-٢٠٠٤ محاضر في كلية القانون والفقهاء المقارن- الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية في بريطانيا - لندن
<http://www.kolieh.com/ICIS/arabic.htm>
١٣- محاضر على طلبة الدكتوراه في كلية القانون
جامعة صلاح الدين ٢٠٠٤-٢٠٠٥
اطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير.
أولا- الأشراف على اطروحات الدكتوراه
أشرفت على العديد من اطروحات الدكتوراه في القانون المدني و الفقه الإسلامي في كليات الحقوق و العلوم الإسلامية في جامعة بغداد و الجامعة الأردنية (كلية الشريعة) وفي كلية القانون والفقه

المقارن في لندن :

- ٥- حرب الخليج الثانية وأثارها في القانون الدولي - قدمت إلى كلية القانون والفقهاء المقارن - الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية - لندن ٢٥ مايس ٢٠٠١
- ٦- رئيس لجنة مناقشة رسالة ماجستير في القانون المدني الموسومة ((التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية))- كلية الحقوق - جامعة بغداد - ١٩٩٠.
- ٧- حقوق المرأة في القانون المقارن - - كلية القانون والفقهاء المقارن - لندن - كانون الثاني ٢٠٠٥
- ٨- المسؤولية القانونية لقوات الاحتلال في العراق-كلية القانون والفقهاء المقارن -لندن- لم تناقش بعد
- ٩-التقادم المسقط المانع من سماع الدعوى في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي- كلية القانون والفقهاء المقارن - لندن - لم تناقش بعد

ثالثا - بحوث طلبية المعهد القضائي في العراق و الأردن - وزارة العدل -

- أشرفت على البحث الموسوم (الاشتراط لمصلحة الغير) - المعهد القضائي في العراق - ١٩٩٠.
- أشرفت على البحث الموسوم (اثر الخطأ على درجة المسؤولية المدنية) - المعهد القضائي في العراق ١٩٩٠.
- ملكية الأسرة في القانون الأردني تموز ١٩٩٧ المعهد القضائي الأردني.

الخبرات العملية والاستشارات القانونية

- مارست مهنة المحاماة بعد التخرج من كلية الحقوق بجامعة بغداد عام ١٩٧٢ وحتى عام ١٩٧٤ ثم تفرغت للدراسة كليا في الدراسات العليا. وقد قدمت آراء و استشارات قانونية في القانون المدني والقانون الدولي الخاص والمسؤولية الطبية وقانون اللاجئين وحقوق الإنسان لمحامين ووزارات ومنظمات متعددة في العراق والأردن وفرنسا وكندا ولاهاي وهولندا وفي السويد منظمة الصليب الأحمر الدولي) ولندن خلال الفترة من ١٩٨٧ وحتى ٢٠٠٢
 - محام في العراق - عضو نقابة المحامين العراقية (بغداد وفي كردستان).
 - ٧ - المستشار الاول والمشرف العام لوزارة العدل العراقية - للفترة من ١٧ مارس ٢٠٠٣ ولغاية ٤ ايلول ٢٠٠٣
 - ٧ مستشار رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان ٢٠٠٤
- المؤتمرات العلمية والندوات القانونية والمحاضرات العامة
- ١- شاركت في الندوة العلمية للاستخدام السلمي للطاقة النووية التي عقدت في بغداد برعاية اتحاد الحقوقيين العرب - عام ١٩٨١.
 - ٢- شاركت في الندوة القانونية المتعددة بين الحقوقيين العراقيين و الحقوقيين اليوغسلاف التي عقدت في بغداد -اتحاد الحقوقيين العراقيين عام ١٩٨٢.
 - ٣- شاركت ببحث في الندوة القانونية عن زراعة الأعضاء البشرية قدم إلى جمعية القانون المقارن العراقية - ١٩٨١.

١- أطروحة دكتوراه في كلية العلوم الإسلامية بجامعة بغداد بعنوان:

- (مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية - دراسة مقارنة -1990) - نوقشت
- ٢- عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - لندن ٢٠٠١ - نوقشت في شهر اب ٢٠٠٣

مناقشات اطروحات الدكتوراه في العراق والأردن ولندن فهي:

- ١- نظرية ملك المنفعة وتطبيقاتها في عقد الإعارة - نوقشت في كلية الشريعة- جامعة بغداد في ٢٥ كانون الثاني ١٩٨٩.
- ٢- نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي- نوقشت في كلية الشريعة بجامعة بغداد في ١٩-٥٠٥ .١٩٩٠.
- ٣- تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية- نوقشت في كلية الحقوق بجامعة بغداد في ٢٧-٢-١٩٩٠.
- ٤- مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية - نوقشت في كلية الحقوق بجامعة بغداد في ٣-٠٧-١٩٩١.
- ٥- بيع الوفاء في الفقه الإسلامي- نوقشت في كلية الشريعة -الجامعة الأردنية يوم ٢٠-٧-١٩٩٧ للطالب سعيد العبري من سلطنة عمان.
- ٦- عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - نوقشت في كلية القانون والفقهاء المقارن - لندن (تموز ٢٠٠١)
- ٧- شرعية الانتفاضة في القانون الدولي - كانون الثاني ٢٠٠٤ - نوقشت في لندن

ثانيا - الأشراف العلمي ومناقشة رسائل الماجستير

- ناقشت العديد من رسائل الماجستير في القانون المدني في كلية الحقوق بجامعة بغداد والاردن وفي لندن وقد أشرفت على الرسائل الجامعية التالية :
- ١- الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية - دراسة مقارنة ١٩٨٩ - كلية الحقوق - جامعة بغداد.
 - ٢- الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية -دراسة مقارنة ١٩٨٩- كلية الحقوق -جامعة بغداد.
 - ٣- المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر - دراسة مقارنة ١٩٩٠ - كلية القانون - جامعة بغداد.
 - ٤- العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار -1990 معهد الدراسات والبحوث العربية العالية - جامعة الدول العربية.

- ١٨- اعادة الجنس البشري في كردستان وجنوب العراق - بحث قدم الى جامعة لندن (SOAS) قدم يوم ٢٦ تموز ٢٠٠٢
- ١٩- الاوضاع القانونية لحقوق الانسان واللاجئين العراقيين طبقا لقواعد القانون الدولي - بحث نشر في العهد العراقي في واشنطن - ايار ٢٠٠٢
- ٢٠- محاضرة بعنوان (الجرائم الدولية ضد الشعب الكوردي في العراق) قدمت في المؤتمر الدولي النعقد في جامعة بوزنان - بولندا يوم ٢٠ اكتوبر ٢٠٠٣
- ٢١- محاضرة بعنوان (توقعات تطبيق الديمقراطية في العراق- الجامعة الامريكية في الشارقة - نيسان ٢٠٠٤
- ٢٢- محاضرات في براغ - جيكوسلافيا - المركز الاوربي والشرق الاوسط لدور القانون بالتعاون مع نقابة المحامين الامريكية للفترة من ٦ - ٢٠ مارس ٢٠٠٤ حول التقاضي في المجتمع الديمقراطي.

<http://www.abanet.org/ceeli/home.html>

النشاطات العلمية و المسؤوليات الأكاديمية

- ١- عضو ومقرر في لجنة إعداد قانون الأراضي الزراعية للعراق وقد أنجز القانون في عام ١٩٨٢ - وزارة العدل العراقية.
- ٢- عضو لجنة مراجعة مشروع القانون المدني لجامعة الدول العربية (قانون المعاملات المالية) - ١٩٩٠ وبتكليف من وزارة العدل العراقية.
- ٣- عضو ورئيس اللجان الامتحانية لطلبة الدراسات العليا (الماجستير و طلبة الدكتوراه) في القانون المدني والقانون الدولي الخاص للفترة من ١٩٨٧ وحتى تاريخ ١٩٩١ في كلية القانون - جامعة بغداد.
- ٤- عضو اللجان الامتحانية لطلبة المعهد القضائي - وزارة العدل العراقية لسنوات متعددة.
- ٥- رئيس قسمي القانون العام و الخاص في كلية الحقوق بجامعة الزيتونة الأردنية من ٧-١٠-١٩٩٥ وحتى تاريخ ٢١-٩-١٩٩٦.
- ٦- رئيس قسم القانون الخاص في كلية الحقوق بجامعة الزيتونة الأردنية منذ ٢١-٩-١٩٩٦ وحتى تاريخ ١٧-٤-١٩٩٧.
- ٧- عضو لجنة التعيين و الترقية العلمية في رئاسة مجلس جامعة الزيتونة الأردنية للفترة من ١٩٩٥-١٩٩٦.
- ٨- عضو مجلس كلية الحقوق بجامعة الزيتونة الأردنية من ١-٩-١٩٩٦ وحتى تاريخ ١٧-٤-١٩٩٧.
- ٩- خبير في لجنة الديمقراطية المشكلة من وزارة الخارجية الامريكية للتخطيط لمستقبل العراق ٢٠٠٢
- ١٠- عضو الجمعية الوطنية - بغداد ٢٠٠٥.

- ٤- شاركت في ندوة عقد المقابلة التي عقدت في كلية القانون - جامعة بغداد ١٩٨٩.
- ٥- شاركت في ندوة القانون المدني العراقي (التناسق الداخلي و التوافق الخارجي)- كلية الحقوق - جامعة بغداد ١٩٨٨.
- ٦- شاركت في ندوة القانون المدني الأردني (التناسق الداخلي و التوافق الخارجي) في جامعة مؤتة - الأردن 13-٢-١٩٩٢.
- ٧- شاركت في ندوة المسؤولية الطبية-كلية الحقوق- جامعة عمان الأهلية-الأردن في ١٤-٤-١٩٩٣.
- ٨- شاركت في المؤتمر الأول للمستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية ببحث هو (الحكم الشرعي و القانوني للشرط الجزائي) - الجامعة الأردنية-عمان للفترة من ٢-٥-١٩٩٤ إلى ٤-٥-١٩٩٤.
- ٩- ندوات قانونية و محاضرات متعددة في الأردن في نقابة المقاولين عن عقد المقابلة و عن عقد الفيديك FIDIC عام ١٩٩٧ ,وفي المسؤولية الطبية في نقابة الأطباء الأردنيين عام ١٩٩٧ وفي المركز الدولي للتنظيم و العلوم الإدارية للفترة من ١٩٩٦ و ١٩٩٧ -عمان -الأردن.
- ١٠- محاضرة عن حقوق الإنسان و الجرائم الدولية -ألقيت في المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في لاهاي - هولندا من ١٠-٩-١٩٩٨ إلى ١٤-٩-١٩٩٨.
- ١١- محاضرة عن حقوق الإنسان في الصليب الأحمر الدولي في - استوكهولم - السويد يوم ٤-١١-١٩٩٨ مناسبة صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (الذكرى الخمسين).
- ١٢- محاضرة في الصليب الأحمر الدولي عن الجرائم الدولية ضد حقوق الإنسان مناسبة مرور ٥٠ عاما على صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان - أقيمت في ٥ ديسمبر ١٩٩٨.
- ١٣- محاضرة في الندوة القانونية المنعقدة في لندن عن إصلاح النظام القانوني في العراق -التناسق الداخلي و التوافق الخارجي للقوانين في دولة المؤسسات الدستورية - الندوة الفكرية حول مستقبل العراق للعقدين القادمين - مركز الدراسات الاستراتيجية للفترة من ١٠-١٢-١٩٩٩.
- ١٤- هجرة العقول من العراق - بحث قدم إلى مركز الدراسات الإستراتيجية في لندن - تموز ١٩٩٩ وقد نشر في صحيفة الحياة - لندن يوم ١٧ أكتوبر ٩٩.
- ١٥- صيغة الفيدرالية للحكم ضمان لوحدة الدولة العراقية - بحث نشر في صحيفة الحياة يوم ٢٢-١٠-٩٩.
- 16- Seminar on: Transitional Justice and the Practical Application of Human Rights -Advocacy in Iraq- London dated on 22-23 mars 2001
- ١٧- إهدار الحقوق الأكاديمية و هجرة العقول العراقية - محاضرة أقيمت في لندن بدعوة من جمعية الحقوقيين العراقيين يوم ٢٨ مايس ٢٠٠١
- ١٨- حقوق الإنسان والتنوع الاثني لسكان كركوك - محاضره وبحث قدم للمؤتمر العلمي المنعقد في لندن للفترة من ٢٢-٢٣ تموز ٢٠٠١ بدعوة من مركز كريليا للبحوث والدراسات في بريطانيا-لندن

- ١- الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة - رسالة ماجستير في القانون الخاص (في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي) أجزيت بدرجة جيد جدا في ٣-٦-١٩٧٦ وطبعت على نفقة وزارة الأعلام - بغداد سلسلة منشورات ١١٤ عام ١٩٧٧.
- ٢- الملكية العامة في القانون العراقي - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص أجزيت بدرجة جيد جدا ونوقشت في كلية الحقوق بجامعة بغداد في ٢-٥-١٩٧٩ وطبعت في بيروت عام ١٩٨٠. وهي دراسة مقارنة بين القوانين المدنية و الفقه الإسلامي.
- ٣- المدخل للعلوم القانونية ((نظرية القانون ونظرية الحق))- كتاب منهجي - تأليف مشترك - جامعة الموصل - ١٩٨٧.
- ٤- التصرف القانوني في الأعضاء البشرية -بغداد - منشورات وزارة الأعلام -1990 وقد أعيد طبعة لمرات متعددة في الأردن.
- ٥- شرح القانون المدني الأردني -العقود المسماة - ((البيع والإيجار))-عمان -الطبعة الأولى ١٩٩٣ -تأليف مشترك وقد أعيد طبعة لمرات متعددة.
- ٦- مبادئ القانون وحقوق الإنسان -عمان -جامعة القدس المفتوحة -تأليف مشترك ١٩٩٣.
- ٧- الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية - بغداد منشورات وزارة الأعلام الطبعة الأولى ١٩٩٠.
- ٨- النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - ((مصادر الالتزام)) الطبعة الأولى في بغداد ١٩٩١ ثم أعيد طبعة لمرات متعددة في الأردن.
- ٩- النظرية العامة للالتزامات - الجزء الثاني - ((أحكام الالتزام)) الطبعة الأولى في الأردن ١٩٩٢ وقد أعيد طبعة لمرات متعددة.
- ١٠- المدخل لدراسة القانون الأردني - الطبعة الأولى - عمان ١٩٩٢.
- ١١- المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية - الطبعة الأولى - عمان ١٩٩٢ وقد أعيد طبعة لمرات متعددة.
- ١٢- المدخل إلى علم القانون-تأليف مشترك -عمان -الأردن - الطبعة الأولى ١٩٩٥ وقد أعيد طبعة لمرات متعددة في الأردن.
- ١٣- تاريخ القانون (History of law) الطبعة الأولى ١٩٩٥ -عمان - الأردن وقد أعيد طبعة لمرات متعددة في الأردن.
- ١٤- اصول القانون الفرنسي والبريطاني / دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي (نشر في السويد ٢٠٠٣

١٥- دراسات حول القضية الكوردية ومستقبل العراق - نشر في السويد ٢٠٠٣

- ١٣- التعهد في نقل ملكية العقار في العراق (بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري) منشور في مجلة الحقوقي - بغداد ١٩٨٣.
- ١٤- أحكام المفقود في الحرب - منشور في مجلة الحقوقي - بغداد ١٩٨٧.
- ١٥- صيغة العقد و السكوت المجرى (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) منشور في مجلة العدالة - أبو ظبي - دولة الإمارات العربية -١٩٨٩
- ١٦- المشروع الفردي (شركة الشخص الواحد) مجلة كلية الحقوق - دولة الكويت -١٩٨٨.
- ١٧- التجربة الطبية على الجسم البشري - مجلة العلوم القانونية - بغداد ١٩٨٩ كلية الحقوق - جامعة بغداد.
- ١٨- التعاقد بطريق الكمبيوتر و المشاكل القانونية الناتجة عنه - بحث مشترك -مجلة القانون -الأردن ١٩٩٤.
- ١٩- المسؤولية الطبية - نشر في مجلة العدالة -أبو ظبي دولة الإمارات العربية -العدد ٧٥ السنة ٢٠٠١-١٩٩٣.
- ٢٠- تنظيم الأسرة في القانون السويدي - بحث نشر في مجلة كلية الحقوق - جامعة الكويت -العدد الأول ٢٠٠١ السنة ٢٥
- ٢١-التطرف السياسي والديني (إرهاب الدولة وإرهاب الأفراد) - بحث نشر في مجلة الزمان الجديد - London - العدد الرابع - شباط ٢٠٠٠.
- ٢٢ - مبدأ استقلال القضاء و إهدار حق التقاضي في العراق - بحث نشر في مجلة الحقوقي - العدد الثاني ٢٠٠١ - تصدر في لندن
- ٢٣ - توعية العراقيين بحقوقهم الإنسانية طبقا للقانون الدولي - بحث قدم إلى المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في لندن ٢٣-٢٤ نيسان ٢٠٠١
- ٢٤- الكورد الفيليون وحقوقهم في مستقبل العراق -٢٠٠٣
- ٢٥- رؤية عربية من حركة الاستفتاء الكوردستاني - ٢٠٠٤
- ٢٦- الوضع القانوني لمدينة كركوك في ظل العراق الفيدرالية -٢٠٠٤

History of Law
Summary of the book (History of Law)
First Edition, 1996

Second Edition 2005

This book was reprinted in Amman in the year 1998. The number of pages is 372,

and the total references of the book, in Arabic, English and French languages are 115. It is an academic textbook being taught in most law colleges in Jordan, and it was among the books submitted for promotion to the rank of (Full professor) in 1996, and was sent to the University of Cairo for evaluation.

The research plan of the book included an introduction in which I addressed the importance of studying the History of Law, and the history of law and the purpose of the study mean determining what.

Then in Chapter One I addressed "The General History of Law", which covered the historical evolution in primitive societies, and the legal status in such societies in terms of the paternal authority system, the power regime, the kind of regime, the family system, the monarchy regime, and the criminal and penal law.

Also included in Chapter One were the sources of law in ancient societies, namely divine judgments, conventional traditions and legal codes, as well as the general means for the development of laws, including the (legal trick), (justice) and (legislation).

In Chapter Two of the book, I elaborately explained the laws of Mesopotamia in terms of the historical framework of the state of Mesopotamia, and the sources of search for Mesopotamian laws (ancient codes, royal documents, judicial judgments, scholastic texts, ...etc.).

As for the codes of Mesopotamia, they are (Orkajina) Law, (Orgo) Law, (Libt Ishtar) Law, (Ichnona) Law, and then (Hammurabi) Law, noting that I explained the family code in Hammurabi Law, the regulation of contracts and judicial regulation.

I also explained the law of the Nile Valley (Ancient Egypt), that is, the Egyptian Law in the Pharaonic Age in respect of crimes and punishments, and also the society, family, ownership and contracts systems, as well as the Egyptian Law in the Greek Age.

Probably the most important of the laws, which was discussed in detail in

the book, is the Roman Law, which is considered as an important source of the Latin laws and the laws of the Arab states.

I explained the historical development of the Roman Law and the sources of the legal rule in Roman Law, as well as the family system in the Roman Law in respect of marriage, divorce, adoption system, custody, ...etc. I also explained the system of acquisition, possession and personal rights, that is, obligations in the Roman Law.

Finally, I explained the (Law of Jews), and then the Islamic Sharia in respect of family planning, acquisition and possession system, financial obligations and contracts.

Munther Al Fadhal
www.alfadhal.net
alfadhal@hotmail.com
Kurdistan 2005