جامعة عين شمس
كلية الحقوق

حكر ٥
٧٩/٥١
٢٤-٤
٤٠٣
٨٦٦٩ رقم القيد
التوثيق الميكروفيلم
/

الحيل فى القانون المدنى

دراسة مقارنة

بالفقـه الاسلامـى

رسالة

لنيل درجة الدكتوراة فى الحقوق

مقدمة من

محمود عبد الرحيم احمد الديب

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الاستاذ الدكتور / حمدى عبد الرحمن (رئيساً ومشرفاً)

استاذ ورئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

الاستاذ الدكتور / عبد المجيد محمود مطلوب ..... (عضواً ومشرفاً)

استاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

الاستاذ الدكتور / طلبه وهبه خطاب ..... (عضـــواً)

استاذ القانون المدنى بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

الاستاذ الدكتور / محمد نبيل سعد الشاذلى ..... (عضـــواً)

استاذ الشريعه الاسلامية المساعد بكلية الحقوق ـ جامعة القاهرة – فرع بنى سويف

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

" ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لايحتسب ومن يتوكل على الله فهو حسبه "

صدق الله العظيم

(الطلاق : ٢ ، ٣)

اهـــــــــــداء

- الـى والـدى ـ رحمه الله ـ ، ووالدتى ـ حفظها الله
- الى آل بيتى الذين تعبوا كثيرامن أجلـــى
- الى كل من قدم عونا ،أو شارك بجهد، أو أخلص برأى .
- الى اساتذتـــى الاجلاء ـ أطال الله فى أعمارهم ـ الذين وقفـــوا بجانبى وأسدوا لى النصح والتوجيـــه .
- الى كل هؤلاء وغيرهم الذين لم أنس جهدهم معى طوال ســـنوات البحث والدراســة.
- اهدى اليهم هذا العمل المتواضع ،سائلا المولى ـ جل جلاله ـ أن يجعله فى ميزان حسناتى يوم القيامة . وأن يجزى عنـــــى أساتذتى خير الجزاء .

(والله المستعان وهو الموفق للصو ب)

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــــة

موضوع البحث وأهميتـــه :

الحمد لله رب العالمين ، قيوم السموات والأرضين ، مدبر الخلائق أجمعين، سبحانه وتعالى أنزل القرآن ،خلق الانسان وميزه على كثير من خلقه بنعمة العقل والبيـــان، فكان فى أحسن تقويم ، ليهتدى بالعقل الى الطريق المستقيم .

وأشهد أن لا اله الا الله وحده لاشريك له ،يهب الحكمة من يشاء ،فيصيب بهـــا من يشاء ، ويصرفها عمن يشاء ،وهو ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم حيث يجعل رسالته .

وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله ،وحبيبه وخليله ، أفضل المخلوقين، المكـــرّم بالقرآن المعجزة المستمرة على تعاقب السنين،وبالسنن المستنيرة للمسترشدين، المخصوص بجوامع الكلم وسماحة الدين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله واصحابه وأتباعـــه الذين أخلصوا ولم يحتالوا على شرع الله ، فسعدوا وطابت لهم الحياة ، أولئك الذيـــن هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب " (١)

" وبعـــــد "

فقد خلق الله الانسان ،واستخلفه فى الأرض ،وجعله خلقا بين خلقين ،حيث منحـــه العقل وركب فيه الشهوة ،وأمره بعبادته وحده ،وأنشأ له الحياة ،وخلق له الموت والحياة ، " ليبلوكم أيكم أحسن عملا" (٢)، ثم هو بعد ذلك بالخيار بين أن يغلب عقلـــه علـــى شهوته فيصل الى درجة الملائكة ، الذين " لايعصون الله ما أمرهم ويفعلون مايؤمرون" (٣) أو أن تغلب شهوته عقله ،فيكون فى مصاف عديمى التكليف وهم الحيوانات، اذ التكليـف مناط بالعقل والتفكير ،ومدار الحكم فى هذا كله هو ما يقدمه من أعمال فى الدنيا .

---

(١) سورة الزمـــر (آية ١٨)
(٢) سورة الملـــك (آية ٢)
(٣) سورة التحريم (آية ٦)

ومن رحمة الله تعالى بعباده ،ولطفه بهم : أنه لم يتركهم وحدهم فى هذه الحياة ، ينحبطون فى دروبها ،تسيطر عليهم الشهوات وتضل بهم الأهواء والصارعات وانما أرسل اليهم الرسل ، مبشرين ومنذرين ، ليرشدوهم الى طريق الخير،ويحذروهم من طريق الشر،ويخرجوهم من الظلمات الى النور،" لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل " (١)

غير أنه مهما ارتقى الانسان،فلن يستطيع أن ينظم حياته بالطريقة التى تحقق له السعادة والاستقرار،لقصور فكره ،وثبوت عجزه ،وعدم احاطته بما فيه مصلحته ومن ثم تكفل وحى السماء برعاية الانسان ،وتنظيم حياته ،حتى لايضل أو يشقى ،ولهذا يعترف الانسان بعجزه ،وبقدرة خالقه ،وهذا يدل على أنه لا وسيلة الى التقرب الى الله أفضل من الاعتراف بالعجز والانكسار ،وبذا ورد القول المأثور " من عرف نفسه فقد عرف ربه " والمعنى من عرف نفسه بالضعف والقصور ،عرف ربه بأنه القادر على كل مقدور، ومن عرف نفسه بالجهل عرف ربه بالفضل والعدل،ومن عرف نفسه باختلال الحال، عرف ربه بالكمال والجلال (٢).

ولهذا فان الانسان اذا ما استعمل عقله فيما أوحى اليه به ،وبلغه عن ربه ، وسار على منهج خالقه ،حظى بالسعادة فى الدنيا والآخرة ،واذا ما استعمله فى غير ذلك ، كان الشقاء حظه ،والوعد والثبور نصيبه .

هذا وقد اختار طائفة من الناس استعمال العقل فى غير ما أعد له ،وكل همهم أن يظهروا أمام الآخرين بمظهر الطائعين المخلصين،ثم هم فى الخفاء يقصدون المخالفة كل المخالفة ،حيث يأتون من الاعمال ما يوحى ظاهرها بالمشروعية ،ويقصدون بها عدم المشروعية فى الحقيقة ،وهؤلاء هم المحتالون ، الذين يظهرون أمرا ويخفون آخر،وهم

---

(١) سورة النساء (آية ١٦٥) .

(٢) انظر فى هذا المعنى: التفسير الكبير للامام فخر الدين الرازى،ج١،وهو بصدد الكلام عن الاستعاذة ، د. نجاشى على ابراهيم، الحيل فى الفقه الاسلامى،رسالة دكتوراه ، ١٩٧٣ ، جامعة الأزهر .

أشد الناس خطورة على أحكام الدين،وما ينظم حياة الناس من قوانين، اذ الغالب الأعم أنهم يحاولون الفرار من الاحكام ونصوص القانون ، بحيلة أرتأوها ،وعملوا جاهدين من أجل اسباغ المشروعية عليها،حتى وصلوا الى غرضهم ،وحققوا أهدافهم،وان كانت الحيلة فى حد ذاتها وسيلة للوصول الى المحمود وغيره،غاية الأمر أن الغالب عليها استعمالها لمخالفة النصوص ،والتهرب من الاحكام ،ولذا قال البعض بشأنها" بأنها ما يتوصل بها الى حالة ما فى خفية ،واكثر استعمالها فيما فى تعاطيه خبث ، وقد تستعمل فيما فيه حكمة " (١).

ومهما يكن من أمر ،فان فقهاء المسلمين تناولوا الحيلة - نظرا لخطورتها - بالتفصيل ، وتحدثوا عنها ،وتتبعوها فى معظم أبواب الفقه،حيث أبطلوا المحرم منها وعملوا على محاربته بكل طريق،وأبقوا على ما رأوه حلالا ،وان اختلفت وجهة نظرهم فى أساس حله.

وتكمن المشكلة الحقيقية فى الحيل ،باعتبارها تعرفا ظاهرا شرعيا،يهدف الى غرض خفى، لا يطلع عليه أحد الا بنوع تدبر وتأمل - غالبا ما يكون غير شرعى،ولهذا فانها تتخذ مظهرا ومخبرا مختلفين ،حيث يحاول المحتال أن يسلك الطريق الذى لاغبار عليه فى نظر الآخرين ،وأمام النصوص القائمة ،لأهداف يبغيها ،وأغراض يبغى الوصول اليها .

ولهذا فان أساس المشكلة فى موضوع الحيلة يتمثل فى تعارض اللفظ مع القصد، وبعبارة أخرى تعارض الارادة الظاهرة ،مع الارادة الباطنة ،فى الوقت الذى أصبح من المسلم به أن الارادة هى قوام التصرف الشرعى أو القانونى ،بل هى ركنه الأساسى وبدونها لا تنشأ هذه التصرفات ولا تنعقد (٢).

---

(١) المفردات فى غريب القرآن،لابن القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهانى، كتاب الحاء، مادة " حول " .

(٢) د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبرعن الارادة ،وأثره فى التصرفات،رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ١٩٩١ م .

وكان لهذا التعارض أثره فى الفقه الاسلامى ،حيث اختلف الفقهاء بين من يأخذ بالعبارة الظاهرة ويعول عليها فى بناء الاحكام لاستقرار المعاملات ولصعوبة اثبات الأمر الباطن ،وهذا هو الغالب من مذهب الحنفية والشافعية ،فى حين ذهب الآخرون الى ضرورة التعويل على الارادة الحقيقية باعتبارها الارادة التى يجب أن تبنى عليها الأحكام. وهذا هو الغالب فى الفقه المالكى والحنبلى ،وليس هذا أصلا ثابتا فى هذه المذاهب، بل ان الفروع الفقهية تدل على أن كلا من الاتجاهين السابقين اختط طريقا ومنهجا غير الطريق الذى رسمه لمذهبه ،وعلى سبيل المثال : يقبل الامام الشافعى اقرار المريض لوارث ، ويقول فى شأنه : أقبل اقراره احسانا للظن بالمقر، وحملا لاقراره على السلامة ولا سيما عند الخاتمة (١).

غير أنه لايقبل اقراره اذا ما ارتأى له أن هذا الاقرار صدر من المريض مرض الموت ، بقصد الاضرار ببعض الورثة ، فاذا ظهر المقصود وكان مناقضا ،كان التصرف الظاهر باطلا حتى عند المتمسكين به ،ولا يخفى على ذى لب ان الاعتداد بالوضع الحقيقى يكون فى الوقت نفسه اعتدادا بالوضع الظاهر المعبر عنه ،اذا ما اتفق معه ،فاذا ما اختلف الاثنان ، كانت الأفضلية لدى المالكية والحنابلة بالوضع الحقيقى ، وضرورة البحث عنه ، ولذلك كانوا أشد الناس معارضة للحيل والمحتالين ،لما فيها من مخالفة واضحة ، تكمن فى تعارض الارادة الظاهرة للارادة الباطنة.

غير أن الفقه القانونى لاتعنيه هذه المشكلة كثيرا ،لأنها مشكلة قديمة ، حدث بشأنها اختلاف فقهى قديم ، وتنازعها نظريتان مشهورتان فى الفقه القانونى ،تسمى احدهما ، بالنظرية الالمانية ،وتعتد أساسا بالوضع الظاهر،وتسمى الأخرى بالنظرية الفرنسية . وتذهب الى وجوب الأخذ بالارادة الباطنة (٢).

---

(١) أعلام الموقعين من كلام رب العالمين لابن قيم الجوزية ،ج ٣،ص ٣٣٤.

(٢) راجع هاتين النظريتين تفصيلا : د. رأفت حماد، الصورية فى القانون المدنى المصرى بين النظرية والتطبيق، ص ١٢ ومابعدها ، د. عبد القادر قحطان،المرجع السابق ، ص ٥٩٨ وما بعدها .

بيد أن الناظر بدقة فى القانون المصرى يجده يأخذ بمزيج من النظريتين معا، فهو يعتد بالوضع الظاهر بالنسبة للغير،كما فى فرض الصورية ،فى حين يعتبد بالوضع الحقيقى فيما بين أطراف الصورية ، ولذلك كانت العبرة بالنسبة للصورية - وهى أحد فروض تعارض الارادة الظاهرة مع الارادة الباطنة - بالعقد الحقيقى ، المبرم بين أطرافه ، وعلى الغير المتضرر منه أن يتمسك بالوضع الظاهر استقرارا للمعاملات ،ومع أن هذا الأصل فى القانون المصرى ،الا أنه فى الوقت ذاته ،جعل الافضلية لمن يتمسك بالوضع الظاهر، اذا ما تعدد الأغيار فى الصورية فتمسك بعضهم بالظاهر،وتمسك الآخرون بالمستتر ،وفى هذا من التردد ما فيه ، مما يجعل من الصورية ،وكيفية تناول القانون المصرى لأحكامها ، مشكلة تحتاج الى اعادة نظر .

ثم يؤكد القانون المصرى - مرة أخرى - التردد والتخبط بالنسبة لهذه المشكلة ويبدو ذلك واضحا بالنسبة لابطاله بيع الوفاء، وتشجيعه للأفراد على عقد الهبة تحت ستار عقد آخر. ففى الوقت الذى بدا فيه للمشرع المصرى أن البيع الوفائى يستر رهنا ،قام على الفور بابطاله وتقرير النصوص التى تلغيه فى ظل القانون المدنى الجديد، بعد أن كان معمولا به - بنصوص خاصة- فى القانون المدنى الملغى،ثم هو بعدذلك يتيح للافراد التهرب من الشكلية التى يتطلبها القانون لعقد الهبة بالنسبة للعقار، وذلك عندما نص على انه " تكون الهبة بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ،ما لم تتم تحت ستار عقد آخر" (م ٤٨٨ /١) ومعنى هذا أنها لو أبرمت فى صورة عقد آخر غير الهبة ،كالبيع مثلا ، لصح أن تكون بورقة غير رسمية ،وهذا يمثل قمة التناقض فى النصوص القانونية القائمة ، فأين العمل على ابطال بيع الوفاء- لكونه يستر رهنا - من العمل على عقد الهبة فى صورة أخرى غيرها ؟ !!

يضاف الى ذلك أن القانون المدنى المصرى تناول الحيلة فى صورتها الظاهرة ، التى قال بها فقهاء المسلمين،عندما تحدث عن عيوب الرضا، واعتبر التدليس عيبا من عيوب الرضا - بالرغم من أن البعض ذهب الى جواز الاستغناء عنه بنظرية

الغلط الحديثة التى تتسع لتشمل الغلط التلقائى ،والغلط المستشار،على نحو ما سيبين فى موضعه من هذه الرسالة - وتكلم فقهاء القانون عن الحيلة باعتبارها جوهر التدليس، غير أن المشكلة فى هذه الحالة تتمثل فى ماهية الأعمال التى تكوّن حيلة ،وجهة صدورها ،اذ يختلف الأمر بالنسبة لصدورها من المتعاقد أو غيرالمتعاقد، وان كانت النتيجة واحدة فى الحالتين ، اذ يجوز للمدلس عليه ان يطلب بطلان العقد للتدليس الواقع عليه- سواء من المتعاقد معه أو الغير- فضلا عن التعويض ان كان له مقتضى، كما تحدث فقهاء القانون - كما فعل فقهاء المسلمين - عن التدليس الذى يحفظ للمرء حقه ، بعد أن كان مجحودا أو قريب الجحود، ولذا كان الفصل بين الحيل التدليسية المشروعة وغير المشروعة من مقومات هذا البحث ،وهو أمر دقيق يحتاج الى بحث كل من الوسيلة المستخدمة ، والغاية المرجوة .

هذا وقد تناول الفقه القانونى ايضا الحيلة ،وقصدبها الوسيلة التى ترقى بالقانون الى مصاف التطبيق العملى المتجدد والمتغير، وكان تناول الفقه القانونى لها بصدد الحديث عن صياغة القاعدة القانونية ،وهى الحيلة التى ذكرها الفقهاء بأنها حيلة قانونية أو افتراض فكلاهما بمعنى واحد،وتتمثل المشكلة فى هذا النوع من الحيل فى أصله ، و من أول من قال به ؟ ومدى الحاجة اليه فى عالمنا المعاصر، خاصة بعد التقدم الفكرى والقانونى ؟

وأخيرا فانه يمكن القول بأن الحيل فى الفقه الاسلامى ،تناولها الفقهاء بالتفصيل، وتتبعوها فى معظم فروع الفقه الاسلامى ، مما يوحى بوجود نظرية عامة للحيل فى الفقه الاسلامى ، تحتاج الى تقسيم وتبويب ،وترتيب للآثار . فى حين نجد الفقه القانونى - كما سبق - يتحدث عن الحيلة ، مرة باعتبارها وسيلة تطوير للقانون ،وذلك اذا ما كانت كاسلوب صياغة ومرة أخرى باعتبارها وسيلة خداع، اذا ماكانت تدليسية ، وثالثة باعتبارها وسيلة خفاء اذا ماكانت صورية ، هكذا يتحدثون عن الحيل فى نصوص متفرقة ، ومواقع مشتتة ، وأحكام متنوعة ، قد تعدم الفائدة المرجوة منها ،

نظرا لابتعادها وتفرقها، وغنى عن البيان أن جمعها فى بوتقة واحدة يحتاج لجهد كبير، وبحث عميق، ليكتمل للبحث عوده، وتتحقق الفائدة المرجوة من لم شمله، وجمع متفرقه، اذ الفائدة فى هذه الحالة تكون اكبر، والنفع أعم، وهو ما قصدت اليه بداية عندما وقع اختيارى على هذا الموضوع، فان الباحث ليقرأ الموضوع الواحد كاملا أنفع له وأنجع من قراءته فى مواضع متفرقة، ونصوص مبعثرة، ولعل هذا الوضع بالنسبة للفقه الاسلامى والقانون المدنى، يكون مفيدا لكل من يطرق البحث فى هذا الموضوع، خاصة وأننى قد تناولت الموضوع فى الفقه القانونى، واتبعته بالفقه الاسلامى ثم عقدت مقارنة بينهما، كلما كانت المقارنة لازمة.

هذا وقد قصدت من الدراسة المقارنة فى هذا الموضوع، التقريب بين النظم المختلفة، لاستخلاص المجال المشترك الذى تتفق فيه هذه النظم، بحيث تكون النتيجة، ثروة عامة من المبادىء القانونية والشرعية، التى تعين الباحثين فى هذا المجال.

وأرجو أن يكون لدراسة موضوع " الحيل فى القانون المدنى والفقه الاسلامى" الأثر الواضح فى بيان واظهار هذا الموضوع، ولم شتاته وجمع متفرقه، واظهار روح الاسلام وتعاليمه، فى السمو بالافكار القانونية المعاصرة، باعتباره دين حضارة وفقه واقع، لا كما يدعى البعض من أنه لايستطيع - بما فيه من نصوص - أن يوفق بين الالتزام بالنصوص وتطور المجتمع، بل هو فقه واقعى مثالى كما أطلقها البعض، على نحو ما سيبين فى موضعه من هذه الرسالة.

هذا وقد تناولت موضوع " الحيل فى القانون المدنى، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامى" فى تمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة، جاءت خطة البحث فيه على النحو التالى :-

تمهيد : وقد تناولت فيه الأصل التاريخى للحيل.

الباب الاول : ذكرت فيه تعريف الحيلة وتمييزها عما يشتبه بها فى القانون المدنى والفقه الاسلامى، وقد تناولته فى فصلين مستقلين.

الفصل الأول : فى تعريف الحيلة وتمييزها عمايشتبه بها فى القانون المدنى، ويقع فى مبحثين :-

المبحث الأول : تعريف الحيلة فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : تمييز الحيلة عمايشتبه بها.

الفصل الثانى : فى تعريف الحيلة فى الفقه الاسلامى وتمييزها عما يشتبه بها ويقع فى مبحثين :-

المبحث الأول : تعريف الحيلة فى الفقه الاسلامى.

المحث الثانى : تمييز الحيلة عما يشتبه بها.

وفى ختام هذا الباب عقدت مقارنة بين تعريف الحيلة فى القانون المدنى وتعريفها فى الفقه الاسلامى .

الباب الثانى : وقد تناولت فيه أنواع الحيل ومدى مشروعيتها فى القانون المدنى والفقه الاسلامى . وقد قسمته الى فصلين :-

الفصل الاول : فى انواع الحيل فى القانون المدنى والفقه الاسلامى ويقع فى مبحثين :-

المبحث الاول : انواع الحيل فى القانون المدنى.

المبحث الثانى : انواع الحيل فى الفقه الاسلامى

وختمت هذا الفصل بمقارنة بين الانواع التى عرفها القانون المدنى بتلك التى تحدث عنها فقهاء المسلمين ، ذاكرا أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

الفصل الثانى: تناولت فيه مدى مشروعية هذه الانواع فى القانون المدنى والفقه الاسلامى وقد قسمته الى مبحثين :-

المبحث الاول : مدى مشروعية الحيل فى القانون المدنى.

المبحث الثانى : مدى مشروعية الحيل فى الفقه الاسلامى .

ثم عقدت مقارنة بين القانون المدنى والفقه الاسلامى فى هذا الشأن ، موضحا اوجه الاتفاق والاختلاف بينهما .

الباب الثالث : وقد ذكرت فيه الآثار المترتبة على الحيل فى القانون المدنى والفقه الاسلامى ، وقد قسمته الى فصلين :-

الفصل الاول : آثار الحيل فى القانون المدنى.

الفصل الثانى : آثارالحيل فى الفقه الاسلامى.

خاتما هذا الباب بعقد مقارنة بين هذه الآثار فى القانون المدنى والفقه الاسلامى .

الخاتمة : وقد ذكرت فيها خلاصة موجزة وسريعة لما ورد فى البحث ، وما حواه من تفصيلات ونتائج ، وذلك بأسلوب يغلب عليه طابع الاستنتاج اكثر من طابع السرد لما ورد فى البحث ،

(هذا والله ولى التوفيق والسداد) .

تمهيـــــد

الأصـــل التـاريخي للحيـــل

أهمية دراسة تاريخ القانون :

من المعروف أن أية فكرة لايمكن فهمها ،فهما صحيحا الا بدراسة ماضيها ،والوقوف على نشأتها ، ولا خلاف أن كثيرا من الأنظمة الحاضرة تجد أساسها ومنبعها فى الشرائع القديمة .

والقانون لم يكن يوما من الايام حدثا عارضا من الاحداث ،التى تمر بها الشعوب ولم يكن وليد المصادفات، انما هو وليد عدة عوامل وظروف ، بعضها اقتصادية وسياسية ، وأخرى فكرية ودينية .

ولهذا فان الفهم الصحيح لحقيقة ما ،فى مجتمع معين، لن يتأتى الا بالاحاطة الشاملة للعوامل التى ساعدت على نشأتها ووجودها ،وهى عوامل متطورة ومتصلة الحلقات ، رغم تطور الشعوب وتقدمها .

ومن هنا كانت أهمية الدراسات التاريخية للأنظمة القانونية ،فهى دراسات لايستقيم بدونها الوقوف على حقيقة القاعدة القانونية ، والكشف عن مضمونها الحالى الذى أملاه تطور تاريخى ، ترتد أصوله الى ماض سحيق .

وتأسيسا على ذلك ،فان أية فكرة يتضمنها القانون الحالى ،لايتأتى تفسيرها بغير الرجوع الى الماضى، بل ان هذا القانون القائم سيصبح فى يوم من الايام تاريخا ، لن تفهم قوانين المستقبل بغير الرجوع الى أحكامه [1].

وهكذا تتضح لنا أهمية الدراسات التاريخية للأنظمة القانونية وهى أهمية تبدو بصفة خاصة بالنسبة للناشئين من رجال القانون ، حيث تمكنهم من وضع القوانين

---

(١) د. محمود السقا، فلسفة تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربى ، فقرة (١) ، ص ٦ .

التى تلائم روح العصر ،وسد ثغرات المستقبل [١].

ولهذا فان البعض يؤكد على ضرورة العناية بالدراسات التاريخية ،حتى يتحرر الناشئون من رجال القانون " من تلك الصبغة الوضعية التى تقصر عملهم على تفسير نصوص زائلة كالمشرع الفانى الذى وضعها " [٢]

فضلا عن ذلك فان المنهج العلمى فى البحث القانونى ،يقتضى من الباحث مد بساط البحث طولا وعرضا، بحيث يقوم الباحث بالربط بين الافكار القانونية من جهة ،والظروف الاجتماعية من جهة أخرى . متتبعا فى ذلك الجذور التاريخية للنظم المعاصرة . وكما يقول البعض" ان أية فكرة لايمكن فهمها الا من خلال تاريخها"[٣]

فيجب على الباحث أن يقوم بمعالجة شاملة للظواهر ،حتى يحيط الكافة بنواحى الموضوع محل البحث ، علاوة على ضرورة الاهتمام بنشأة الظواهر ،وتطورها. وبذا يمكن فهم الظواهر القانونية بالرجوع الى اصولها التاريخية.

القانون الرومانى أصل القوانين تاريخيا :

وبنظرة متأنية فى الشرائع القديمة على وجه العموم، نجدأن القانون الرومانى قد تبوأ مكان القمة بين كافة الشرائع القديمة، بل ان القانون الرومانى يمثل ذروة الاهمية من حيث دراسته، والبحث فيه ، خاصة اذا علمنا بأن القانون

---

(١) د. عمر ممدوح،أصول تاريخ القانون ، دار المعارف ١٩٦٣،ص ٨ ، د. هشام صادق، ، د. عكاشة عبد العال ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الدار الجامعية ١٩٨٧ ، ص ٧ .

(٢) د. محمد عبدالهادى الشقنقيرى،مذكرات فى تاريخ القانون العربى ،دار الفكر العربى ، ط ١٩٧٧ ص ٢١ .

(٣) د. ماجد عمار ، الموجز فى القانون الدولى الخاص مذكرات ملقاة على طلبة الليسانس بكلية الشريعة والقانون بدمنهور ، ١٩٨٩، ص ١٤ وما بعدها.