T01-00037

٧٥١
ل

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانـــون

الأدلة المختلف فيهـــا
بين الشريعـــة والقانـــون

قاعة الرسائل

الكتاب السادس
الاستصحاب فى القانـــون

كلية
١١١
٦٧٧
حاسب

اشـــراف
الاستاذ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار

تقديـــم
نعيم عبد السميع شبانـــه

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على رسول الله ..

وبعد فهذا هو الكتاب السادس من "الادلة المختلف فيها" وهي الرسالة المسجلة بكلية الشريعة والقانون سنة ١٩٧٠ جعلت موضوعه

"الاستصحاب فى القانون"

ذكرت فيه مقدمة فى تفسير القانون (المادة الاولية أو جوهر القانون) تعرضت فيه لاتجاهين كبيرين تنوعت اليها المذاهب الفقهية فيما يتعلق ببيان العوامل التى تؤثر فى تكوين الافكار الجوهرية التى يتكون منها القانون أو مادته الأولية والاتجاه الأول منهما ما يؤمن انصاره بوجود ما يسمى "القانون الطبيعى" وهو قانون مثالى ثابت لا يتغير بمرور الزمن ولا يختلف من مكان الى مكان يكشف عنه العقل البشرى ولا يوجده .

والاتجاه الثانى يشمل جملة المذاهب التى يجمعها اتفاق انصارها على انكار ما يسمى القانون الطبيعى وتعرف بالمذاهب الوضعية ثم تكلمت عن "الاستدلال باستصحاب الحال فى فقه تنازع القوانين الدولى" وذلك على نحو الايجاز والاختصار والاخذ فى نفس الوقت بالدراسة المقارنة (العالمية) فعرضنا بطرف الحقيقة المراد بتنازع القوانين ، وكيفية تحقق تنازع القوانين الاقليمية النسبية والامتداد النسبى للقانون ، الاقليمية والامتداد ، العينية والشخصية .

ثم اتجهنا للاشارة بايجاز للتطور التاريخى لتنازع القوانين فعرضنا لنظرية الاحوال وتطورها من القرن الثالث عشر الى القرن الثامن عشر ، فبينا المراد بنظرية الاحوال ، ثم فقه المدرسة الايطالية القديمة أو مدرسة بارتول ثم فقه المدرسة الفرنسية (فقه دارجنتريه) وكذلك فقه المدرسة الهولندية .

وعرضنا لتنازع القوانين فى القرن الثامن عشر (مآل نظرية الاحوال) وانتقال فقه المدرسة الهولندية الى انجلترا ثم المآل فى فرنسا ، والتقنين المدنى

الفرنسى . وعن تنازع القوانين فى القرنين التاسع عشر والعشرين عرضنا لفقه المدرسة الالمانية أو فقه سافينى ثم فقه المدرسة الايطالية الحديثة أو فقه مانشينى ثم عرضنا لفقه بيليه وفكرة الحقوق المكتسبة لديه ثم فقه بارتان ، ونيبوابيه ، ولوريبور بيجونيير .

ثم التفتنا الى الكلام عن قواعد تنازع القوانين فى القانون الوطنى (المصرى) فعقدنا فصلا لذلك قلنا فى مقدمته ان قاعدة تنازع القوانين فى التشريع المصرى قاعدة مزدوجة وان المشرع المصرى افسح المجال لمبدأ امتداد القوانين وانه اعتبر القانون الشخصى هو قانون الجنسية وليس قانون الوطن .

ثم أفسحنا مجال البحث لكيفية اعمال قواعد الاسناد آخذين فيه بالطريقة المقارنة ففى تحديد زمان العلاقة القانونية ، التنازع المتغير والنفاذ الدولى للحقوق عرضنا للمشكلة وآراء الفقهاء ، تنازع القوانين فى مرحلة نفاذ الحق مشكلة قائمة بذاتها ، مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة (نظرية الاستاذ بيليه) — واعمال قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان فى التنازع المتغير .

وعن تحديد طبيعة المسألة أو التكييف عرضنا للمشكلة ، والقانون الذى يخضع له التكييف وآراء مختلف الفقهاء ، وللمشكلة فى مصر ، والنص بالقانون المدنى على اخضاع التكييف لقانون القاضى ، والتكييف وقاعدة الاسناد المتفق عليها فى معاهدة .

وعن تنازع قواعد الاسناد أو الاحالة

عرضنا أيضا للمشكلة وتعريف الاحالة ، ونوعا الاحالة والاحالة عند القضاء والتشريع فى دراسة مقارنة ثم تكلمنا عن الاحالة فى مصر ، ثم عرضنا لبحث مشكلة الاسناد الى قوانين دولة تتعدد فيها الشرائع .

وذلك كله فى محاولة صياغة نظرية متكاملة للاستصحاب فى القانون [1] — يجمعها ما قال به فقهاء نظرية الاحوال فى تاريخها الطويل والممتد (تنازع القوانين) وفيما يعرض عند اعمال قواعد الاسناد من البحث فى كيفية اعمال هذه القواعد وهو ما يعبر عنه بهذه المشكلات الثلاث وذلك فى صورة مسئلة متكاملة مترابطة الاجزاء وان كنا أفردنا مشكلة الاحالة فلضرورات البحث .

ثم رأينا أن نختم موضوعنا بالتعرض للكلام عن تاريخ تنازع القوانين فى الجمهورية . فأشرنا الى مرحلتين مر بهما هذا التاريخ ، المرحلة الاولى من الفتح الاسلامى الى الاصلاح القضائى والمرحلة الثانية من الاصلاح القضائى الى الان .

وبعد فقد كان القصد أن نعرض بعد ذلك لبحث مسئلة التفويض فى فرع آخر من فروع القانون وهو الفقه الدستورى الحديث غير أنا أرجأنا ذلك لمكان آخر نظرا لضيق الوقت وطول البحث حيث عرضنا فيه للقائلين بالجواز ووقوعه والقائلين بايهما دون الاخر ، والقائلين بالتوقف بعد " القول " بجوازه وهو مذهب الشافعى رضى الله عنه ، ويدعونا لذلك ان المسئلة مستوفاه البحث فى الجزء الشرعى من هذه الرسالة ، وان صلة المسئلة بالاجتهاد أقرب منها لمباحث الادلة .

هذا وبالله التوفيق وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم .

---

(١) انظر حقيقة المراد بالاستصحاب عند الاصوليين الكتاب الخامس ص ٤٨٥ .

مقدمة فى تفسير القانـــون

(جوهر القانـون " مادته الاولية ")

الاتجاهات العامة فى التفسير :

ان المذاهب الفقهية ، فيما يتعلق ببيان العوامل التى تؤثر فـــى تكوين الافكار الجوهرية التى يتكون منها القانون أو مادته الاولية متنوعة ومتعـــددة ولكن يمكن بوجه عام أن نلمس اتجاهين كبيرين فى هذا الخصوص الاتجاه الاول يؤمن أنصاره بوجود ما يسمى " القانون الطبيعى " وهو قانون مثالى ثابت لا يتغير بمـرور الزمن ولا يختلف من مكان الى مكان ، يكشف عنه العقل البشرى ولا يوجده • والاتجاه الثانى يشمل جملة المذاهب التى يجمعها اتفاق انصارها على انكار وجود ما يسمى القانون الطبيعى و تعرفه بالمذاهب الوضعية •

وسنعرض لهذين الاتجاهين بايجاز ، فنبدأ بمذهب القانون الطبيعـى ، ثم نعرض لبعض المذاهب الوضعية ، ثم نعود لدراسة مذهب فقيه كبير من الداعين الى القانون الطبيعى فى العصر الحديث وهو " فرانسوا جنى " وبعد هذا نبين بايجاز أثر اختلاف وجهات النظر فيما يجب أن يكون عليه مادة القانون علـــى القوانين الوضعية بوجه عام ، ثم تنتهى على ضوء ذلك الى بيان ما نراه فيما تـــدل عليه المادة الاولى من قانوننا المدنى اذ تنص على ان القاضى يحكم بمقتضـــى " مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة " اذا لم يجد نصا تشريعيا يطبقـــه ولم يجد عرفا ولم يجد حكما فى مبادىء الشريعة الاسلامية •

١ ـ مذهب القانون الطبيعى

فكرة القانون الطبيعى :

اذا ذكر لفظ القانون مطلقا أى غير موصولة بوصف معين ، فيقصد بـــه

ثم ان القاعدة المذكورة قد نصت بعض التشريعات على وجوب الاخـــذ بها مما يجعلها قاعدة آمرة هذا وننوه بأن الفقه فى المانيا وايطاليا يعتبر مشكلـــة التكييف اللازم لتحديد قاعدة الاسناد مسألة تعتبر لهذه القاعدة وذلك ان القاعدة التى تهدى الى ماهية الاسناد هى بذاتها التى تهدى الى حقيقة التكييف وعليـه فان الفرض فى مثل هذا الفقه كون المسألة برمتها مسألة اسناد قضائى يدلـــى المشرع فيه بدلوه والقاضى اذ يلجأ فى تفسير قاعدة الاسناد الى قانونـــــه انما يحكم بالاقليمية المطلقة دون نظر الى القوانين الاجنبية و .... (Quadri من هذا الفريق يرى ان لا وجود لتلك المشكلة المسماه بمشكلة التكييف اذ لا وجـود لما هو تنازع فى التكييف ما بين قانون القاضى و القانون الاجنبى و التفسير عنـده بهذا النحو مفترض ان قاعدة الاسناد هى التى تهدى القاضى الى ما يعتـبره من الشكل او الاهلية او من الموضوع او من الاثبات اذ الطائفة
التى تختص بها قاعدة من قواعد الاسناد انما هى بذاتها تضم النظم الـواردة فى قانون القاضى وفى غيره من الواردة فى قانون معين الا ان هذا التوسع فـى تفسير قاعدة الاسناد من شأنه ان يفرض للواقعة القانونية التى تتنازعها الاوصـاف اكثر من حكم مما يخل بالوحدة المفترضه فى القانون الذى يخضع له التكييـف ثم ان قانون القاضى لا ينفرد بتحديد الفكرة الخاصة بقاعدة الاسناد اذ هى عمـل قضائى وفقهى عند أعمال حقيقه الوصف على المسألة القانونية وان كان عمـلا تشريعيا فى مرحلة الاسناد فالنظرية العامة فى تحديد قاعدة الاسناد مردها الـى الغرض من القاعدة والى طبيعة هذه القاعدة فهى اذن مسألة جامعـــة (regle - cadre) تفصح عن قاعدة كلية تضم الكون القائم من النظم الواردة فى قانون القاضى و الواردة فى القوانين الاجنبية حسبما تقضى به قواعد الاسناد .

فالاختلاف فى التفسير الفقهى و القضائى لا يكفى بذاته كون المسألـــه المتنازع عليها مسألة تكييف اوصاف قانونية ما دام ان تلك الاراء لم يفترضها تنـازع

بين التشريعات الا ان كون هذا التحديد ليس من عمل المشرع لا يفترض بذاته امتناع كون التنازع بين قانون القاضى و القانون الاجنبى اذ ان لذلك التنازع برزخان قانونيان يفرضهما كون الوجود القانونى الذى يفرضه خلو المسألة عن الوصف ولعله خلو تكييف والاخر كون القانونيين يفترضان انصراف حكمهما الى المسألة دون ما كون قانونى مثبت لاحدهما وهو بذاته كاف للقول بوجوده تناف ما بين القانون الاجنبى و قانون القاضى و لا شك أن هذا الفقه وهو يلقى بهذه المشكلة فى ميدان التفسير يقفل باب الجدل فى القانون الذى يخضع له التكييف اذ لا يوجد محل للبحث فى امكان خضوع التكييف للقانون الاجنبى المختص بحكم العلاقة مما قالت به القلة من رجال الفقه فى البلاد الاوربية والبلاد الانجلو امريكية وقد أخذ بعض الفقهاء الفرنسيين بهذه الوجهة من النظر للفقهاء الالمان والايطاليين ووجهتهم فى ذلك ان كون القانون الاجنبى مختصا بحكم العلاقة لا يخلو أن يكون قولا بالامتداد حيث لا تسمح القواعد العامة المسلم بها فى اقليمه التنازع وذلك مرجعه الى ان الامتداد انما هو فى صدد التكييف وان كان يؤدى الى جعل القانون الاجنبى مختصا بحكم العلاقة الا انه فى الوقت نفسه ينفى عن هذا القانون امكانية حكم النزاع اذ القاضى وهو يحكم القانون الاجنبى المختص بحكم العلاقة فى مسألة الماهية القانونية لما تصير اليه العلاقة يفترض سلفا خلوها من حكم قانونى لقانون غير قانونه الذى ينظر به فى النزاع فجعل ذلك القانون المفترض وهو القانون المختص بحكم العلاقة حكما فى ما هو بذاته مؤد الى اخضاع حكمه لحكمه نفى لحكم هذا القانون ومؤدى هذا امتناع ثبوت اختصاص ذاتى لهذا القانون مطلقا وهو ما يقضى بابقاء قانون القاضى مختصا بحكم المسألة التى يؤدى نظره بصددها الى عقد الاختصاص الموضوعى للقانون الذى يختص بحكم العلاقة بقواعد اسناد موضوعية يكشف عنها القضاء وفقا لقواعد الاسناد فى القانون المعروض امامه النزاع على ان اخضاع التكييف لقانون القاضى والمفروض انه يضم طوائف من