



مبدأ استقلال الشريعة الإسلامية عن القانون الرومانى «دراسة مقارنة»

رسالة مقدمة من الباحث
أحمد محمد رضوان إبراهيم الحفاوى
للحصول على درجة الدكتوراة فى القانون

لجنة المناقشة والحكم:

الأستاذ الدكتور/ محمود السقا **مشرفا ورئيسا**
رئيس مجلس الشعب سابقاً
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه ، كلية الحقوق
- جامعة القاهرة.

الأستاذ الدكتور/ محمد علي محجوب **عضوا**
وزير الأوقاف سابقاً
أستاذ الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور/ السيد عبد الحميد علي فودة **عضوا**
أستاذ فلسفة القانون وتاريخه - عميد كلية الحقوق، جامعة بنها.

٢٠١٨م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ
وَمُنْذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ
فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِنْ بَعْدِ
مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَاتُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ فَهَدَى اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا
اِخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِهِ وَاللَّهُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ
مُسْتَقِيمٍ

صِدْقَةُ اللَّهِ الْعَظِيمَةِ

سورة البقرة: الآية [٢١٣].

إهداء

إلي أمي وأبي، نور حياتي

إلي زوجتي وأخواتي، رفقاء دربي

إلي روح شهداء الوطن، جيشاً وشعباً

إلي أهل سيناء، فخر الوطن وحماته

أهدي ثمرة جهدي، عرفاناً ووفاءً وتقديراً لهم

شكر وتقدير

أحمد الله تعالى واشكره علي ما أسبغ علي من واسع نعمه ومننه،
التي لا أحصي لها عدداً، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن
محمدًا عبده ورسوله.

ثم اما بعد،

إِعترافاً لأهل الفضل بفضلهم، فإنني أتقدم بخالص شكري وتقديري
للأستاذ الدكتور الجليل/ محمود عز العرب السقا أستاذ ورئيس قسم
فلسفة القانون وتاريخه كلية الحقوق جامعة القاهرة، والذي وجدت من سيادته
حسن توجيه وإرشاد وسعة صدر، فلقد كان نعم المشرف علي هذه الرسالة.

كما أتقدم بجزيل الامتنان والشكر للأستاذ الدكتور/ محمد علي
محبوب، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس،
والأستاذ الدكتور/ السيد عبد الحميد علي فوده، عميد كلية الحقوق
بجامعة بنها؛ لتحملهما قراءة البحث وتقويمه، ولقبولهما الاشتراك في لجنة
المناقشة والحكم علي الرسالة، لهما مني كل معاني الاحترام والتقدير،
وأعانهما الله علي حمل لواء العلم وجعلهما زخراً لطلابه.

ولا يفوتني أن أشكر كل من ساهم في إخراج هذه الرسالة بهذه
الصورة، سواء بالتوجيه، أو تذليل الصعوبات وإعارة الكتب وتقديم النصح
والإرشاد، وعلي رأسهم والدي الذي لولاه لما تشجعت علي إكمال مسيرتي
العلمية. لأولئك جميعاً مني اذكي الشكر والامتنان، ومن الله بآذنه عظيم الأجر
والثواب.

الباحث

المقدمة

تعد الشريعة الإسلامية منهجاً كاملاً لتنظيم حياة البشرية من كافة النواحي، فهي صالحة للتطبيق في جميع الأزمنة، حيث تحتوي علي مبادئ عامة وأصول كلية أضفت عليها طابع الثبات وعدم الحاجة إلي التغيير^(١)، ومعرفتها تستمد من حيث الأصل من الوحي الإلهي المتمثل في القرآن والسنة.

وعلي مدار التاريخ الإسلامي، ظهر الفقه الإسلامي - بحسب الأصل - كوسيلة لفهم وشرح وتفسير ما تحويه الشريعة الإسلامية من أصول ومبادئ عامة، بغية تطبيقها علي المسلمين، إلا أن دور الفقه لم يقتصر علي ذلك طوال التاريخ الإسلامي؛ نتيجة لما أنتجته الدولة الإسلامية من حضارة متنامية، وأثناء اصطدامها بعدة حضارات كبرى، فقد ترتب علي ذلك عدم كفاية الأحكام العامة لتنظيم المشكلات القانونية التي نتجت عن هذا التطور الحضاري، فأصبح دور الفقهاء - بجانب ما ذكر - استنباط الحلول الجزئية لتلك المشكلات من المبادئ العامة المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، الأمر الذي جعل من الفقهاء حينها رجال قانون أكثر مما هم رجال دين.

ونظراً لما تميز به القانون الروماني حينها من النضوج وعالمية التطبيق، وما لعبه الرومان من دور كبير علي مسرح تاريخ القانون، وحيث حكم المسلمون الكثير من الأراضي التي كانت خاضعة لحكم الرومان، وقاموا بتطبيق الشريعة الإسلامية فيها، مستعينين بالفقه الإسلامي في استنباط حلول قانونية لمعالجة ما يواجهونه من مشكلات علي تلك الأراضي، فقد نشبت عند البعض ظاهرة ثقافية أكثر منها قانونية، تمثلت في مشكلة المقارنة بين القانون الروماني الذي كان يطبق علي تلك الأراضي، والشريعة الإسلامية التي تم تطبيقها علي ذات الأراضي، مستخدمة وسيلة الفقه لإرساء مبادئها بما احتواه من حلول. وقد

(١) دكتور/ محمود علي عكام: الشريعة الإسلامية. رسم أبعاد وتبيان مقاصد، الطبعة الأولى، الناشر فصلت للدراسات والترجمة والنشر، سوريا، حلب، ٢٠٠٠، ص ٥١.

الفهرس

المقدمة.....	٥
الباب الأول:نشأة الاستقلالية للشريعة الإسلامية عن القانون الروماني.....	١١
الفصل الأول: مدي تلاقي القانون الإسلامي بالقانون الروماني.....	١٧
المبحث الأول:وجود نظام قانوني للعرب قبل الإسلام.....	٢٠
المطلب الأول:الحالة الاجتماعية للعرب قبل الإسلام.....	٢٢
المطلب الثاني:الحالة القانونية للعرب قبل الإسلام.....	٢٩
أ- نظام الأسرة:.....	٣٠
ب- في المعاملات:.....	٣٠
ج- في القصاص والديات (التشريع الجنائي):.....	٣١
المبحث الثاني:مدي معرفة العرب بالقانون الروماني.....	٣٥
المطلب الأول:الصلة المباشرة بين العرب والرومان قبل الإسلام.....	٣٧
أولاً:الاتصال التجاري.....	٣٧
ثانياً:الاتصال العسكري.....	٤٠
المطلب الثاني:الصلة غير المباشرة بين العرب والرومان قبل الإسلام.....	٤٣
أولاً:ممالك الرومان علي حدود الجزيرة العربية.....	٤٣
الغساسنة:.....	٤٣
ثانياً : تأثير العرب بالثقافة اليهودية.....	٤٦
ثالثاً : تأثير العرب قبل الإسلام بالنصرانية.....	٤٧
المبحث الثالث:دستور كراكلا وأثره علي العرب.....	٥٠
المطلب الأول:دستور كراكلا ومركز الأجانب المستسلمين.....	٥٢
المطلب الثاني:أثر دستور كراكلا علي العرب.....	٥٦
الفصل الثاني:جهل الفقهاء المسلمين بالقانون الروماني.....	٦١
المبحث الأول:عصر البعثة النبوية.....	٦٣
المطلب الأول:نشأة الرسول صلي الله عليه وسلم.....	٦٤
أولاً:نسب الرسول ومولده ونشأته.....	٦٤

٦٤	أ- نسب الرسول صلى الله عليه وسلم:
٦٤	ب- مولد الرسول صلى الله عليه وسلم ونشأته:
٦٥	ثانيا: أسفار الرسول صلى الله عليه وسلم خارج مكة:
٦٨	المطلب الثاني: التشريع في عصر النبوة
٦٨	أولا: نشأة التشريع في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم
٧٠	ثانيا: كيفية إصدار التشريع
٧١	ثالثا: مصادر القاعدة القانونية
٧٥	المبحث الثاني: عصر الاجتهاد
٧٧	المطلب الأول: عهد الصحابة
٧٧	الخطة التشريعية :
٧٨	مصادر التشريع
٧٨	القرآن الكريم
٧٩	السنة
٧٩	الإجماع:
٨٠	الاجتهاد:
٨٢	المطلب الثاني: في عهد التابعين
٨٢	الخطة التشريعية:
٨٣	مصادر التشريع:
٨٤	ما خلفه هذا العهد من آثار تشريعية:
٨٥	الخلاصة:
٨٦	الفصل الثالث: مدي نقاء وصفاء القواعد القانونية في روما
٨٨	المبحث الأول: تأثير القانون الروماني في مراحل تكوينه بالقانون المصري.
٩٣	المبحث الثاني: تأثير القانون الروماني بالفكر الفلسفي الإغريقي
٩٣	المبحث الثالث: تأثير القانون الروماني في مرحلة التشريع بالقوانين المحلية.
١٠٠	أولا: أثر القانون المصري الإغريقي علي القانون الروماني المطبق في مصر
١٠٢	

الرق.....	١٠٢
أ- نظام الأسرة:	١٠٢
١- السلطة الأبوية:	١٠٢
٢- الوصاية:	١٠٣
٣- الوصية:	١٠٣
٤- الإرث:	١٠٣
ج - الأموال:	١٠٣
د- في مجال الالتزامات والعقود:	١٠٤
ثانيا: أثر القانون المصري الإغريقي في تكوين القانون البيزنطي	١٠٤
الباب الثاني: مشكلة الأثر بين القانون الروماني والفقه الإسلامي.....	١٠٦
تمهيد وتقسيم:	١٠٦
الفصل الأول:مدي تأثير الفقه الإسلامي بالقانون الروماني.....	١٠٩
المبحث الأول:أدلة الرأي القائل بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني	
.....	١١٠
المطلب الأول:وجود تشابه بين النظم القانونية في الفقه الإسلامي والقانون	
الروماني.....	١١٠
أولا: مقدار التشابه بين نظم الفقه الإسلامي والقانون الروماني.....	١١١
١- تشابه بعض الأحكام:	١١١
٢- تشابه بعض الألفاظ:	١١١
ثانيا: التشابه لا يدل علي التأثير :	١١٣
المطلب الثاني:تقليد الحضارة الأدنى للحضارة الأعلى.....	١١٧
المبحث الثاني:عوامل تأثير الفقه الإسلامي بالقانون الروماني.....	١٢٠
المطلب الأول:العوامل الثقافية.....	١٢١
أولا: الثقافة اليهودية.....	١٢١
أ- علاقة القانون الروماني بالقانون اليهودي:	١٢٣
ب- علاقة الفقهاء المسلمين بالقانون اليهودي.....	١٢٤
ثانيا: الثقافة السريانية.....	١٢٩
ثالثا: الثقافة الإغريقية.....	١٣٤

رأي الأستاذ شاخت	١٣٦
المطلب الثاني:العوامل القانونية.....	١٤١
أولاً: النظام القضائي في سوريا	١٤١
فيقول في مقدمة كتابه :	١٤١
نظام البرنامج:.....	١٤٢
المدارس الفقهية في سوريا:.....	١٤٤
اختلاف وظيفة المفتي عن وظيفة البريتور :	١٤٤
ثانياً: مدارس القانون الروماني	١٤٦
هذا القول يحتاج إلى التفصيل والإيضاح :	١٤٦
١ - مدرسة القسطنطينية	١٤٧
٢-مدرسة بيروت	١٤٨
ويلاحظ مما سبق :	١٤٩
١ -مكتبة الاسكندرية	١٥٠
ثالثاً: التأهيل الفقهي لفقهاء المسلمين	١٥٣
الإمام الاوزاعي:	١٥٥
من خلال سرد ما سبق نستخلص عدة نتائج أهمها:.....	١٥٥
الإمام الشافعي:	١٥٦
المبحث الثالث:النظم القانونية المتشابهة بين الفقه الإسلامي	١٥٩
والقانون الروماني.....	١٥٩
المطلب الأول:نظام الوقف.....	١٥٩
الوقف في الفقه الإسلامي:	١٦٠
المطلب الثاني:نظام الشفعة.....	١٦٤
نظام الاسترداد الضريبي:.....	١٦٥
نظام الشفعة:.....	١٦٦
الفصل الثاني:مدي استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني	١٦٩
المبحث الأول:عوامل استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني ..	١٧٠
المطلب الأول:اختلاف مصادر القاعدة القانونية بين القانون الروماني والفقه الإسلامي	١٧٠

أ - مصادر القانون الروماني:	١٧١
ب - مصادر الفقه الإسلامي :	١٧٢
ثانيا: اختلاف مناهج البحث وطرق استنباط الأحكام:	١٧٦
اختلاف مناهج البحث: ^(١)	١٧٦
أ - طرق استنباط الأحكام :	١٧٧
ثالثا: خصائص القاعدة القانونية بين القانون الروماني والفقه الإسلامي:	
	١٧٩
أ - في القانون الروماني	١٧٩
ب- في الفقه الإسلامي:	١٨٢
الخلاصة:	١٨٤
المبحث الثاني: أدلة استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني	١٨٥
المطلب الأول: اختلاف قواعد النظم القانونية المشتركة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني	١٨٦
أولا: نظام الزواج:	١٨٦
أ - في القانون الروماني:	١٨٦
ب - في الفقه الإسلامي:	١٨٨
ثانيا: نظام الطلاق	١٩٠
أ - في القانون الروماني:	١٩٠
ب - في الفقه الإسلامي:	١٩٢
ثالثا: الشخصية القانونية ^(٢)	١٩٤
في القانون الروماني:	١٩٤
أ - في الفقه الإسلامي:	١٩٥
رابعا : الأهلية.	١٩٦
أ - في القانون الروماني:	١٩٦
ب - في الفقه الإسلامي:	١٩٧
خامسا: قانون الإرث	١٩٨
أ - في القانون الروماني:	١٩٨
أ - الفقه الإسلامي:	٢٠١

سادسا: القانون الجنائي.....	٢٠٣
ففي القانون الروماني:.....	٢٠٣
أما في الفقه الإسلامي:.....	٢٠٤
أولا: عقوبة القطع:.....	٢٠٥
ثانيا: جريمة السرقة :.....	٢٠٦
المطلب الثاني: وجود نظم في القانون الروماني لا أثر لها في الفقه الإسلامي.....	٢٠٧
أولا : السلطة الأبوية.....	٢٠٧
أ - في القانون الروماني:.....	٢٠٧
ب- في الفقه الإسلامي:.....	٢٠٨
ثانيا: الوصاية الدائمة علي المرأة:.....	٢١٠
أ - في القانون الروماني:.....	٢١٠
ب - في الفقه الإسلامي:.....	٢١١
ثالثا: نظام التبني:.....	٢١٢
أ - في القانون الروماني:.....	٢١٢
ب - في الفقه الإسلامي:.....	٢١٢
المطلب الثالث:وجود نظم في الفقه الإسلامي لا أصل لها في القانون الروماني.....	٢١٣
١ - نظام الشفعة:.....	٢١٣
٢- نظام الوقف:.....	٢١٣
٣- نظام الحسبة:.....	٢١٤
١-موانع الزواج من الرضاع:.....	٢١٥
٢- نظام التعزير في العقوبات:.....	٢١٥
المطلب الرابع:اختلاف بعض المبادئ القانونية بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني.....	٢١٦
أولا: مبدأ سلطان الإرادة.....	٢١٦
أ - في القانون الروماني:.....	٢١٦
في الفقه الإسلامي:.....	٢١٨

٢١٩	ثانيا: مبدأ النيابة في العقود:
٢١٩	أ - القانون الروماني:
٢٢١	ب - الفقه الإسلامي:
٢٢٣	ثالثا: مبدأ حقوق الارتفاق
٢٢٣	أ - القانون الروماني:
٢٢٥	ب - في الفقه الإسلامي:
٢٢٧	رابعا: التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية:
٢٢٧	أ - القانون الروماني:
٢٢٨	ب - في الفقه الإسلامي:
٢٣٠	المبحث الثالث: الاعتراف بالفقه الإسلامي كمصدر مستقل من مصادر ...
٢٣٠	القانون الدولي المقارن
٢٣٠	المطلب الأول: اعتراف بعض المستشرقين باستقلال الفقه الإسلامي عن
٢٣٠	القانون الروماني
٢٣٣	المطلب الثاني: اعتراف المؤتمرات الدولية بأن الفقه الإسلامي مصدر
٢٣٣	مستقل من مصادر القانون الدولي
٢٣٤	أولا: مؤتمر القانون الدولي المقارن الأول بلاهاي ١٩٣٢:
٢٣٤	ثانيا: مؤتمر القانون الدولي المقارن الثاني بلاهاي ١٩٣٧
٢٣٥	ثالثا: مؤتمر المحامين الدولي بلاهاي
٢٣٥	رابعا: جمعية القانون الدولي العام
٢٣٥	خامسا: أسبوع الفقه الإسلامي في باريس ١٩٥١
٢٣٧	الخاتمة:
٢٣٩	التوصيات:
٢٤٠	تمهيد لقائمة لقائمة المراجع:
٢٤١	قائمة المراجع:
٢٧٧	الفهرس:

المستخلص

تهدف هذه الدراسة الي ارساء مبدأ هام من مبادئ القانون الدولي المقارن، هو استقلال الشريعة الإسلامية عن القانون الروماني؛ عن طريق إجراء دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، منذ النشأة حتي النضوج والاكتمال، مع التعرض لأوجه التشابه والاختلاف بين كلا النظامين، والنتائج المترتبة علي ذلك، من خلال معالجة مشكلة الأثر بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني.

عالجها الباحث بتقسيمها الي بابين؛ تناول الأول النشأة الاستقلالية للشريعة الإسلامية عن القانون الروماني، فيما تناول الباب الثاني مشكلة الأثر بين القانون الروماني والفقہ الإسلامي.

من خلال إجراء المقارنة التاريخية، تمكن الباحث من الوصول الي نتيجة هامة، هي استقلال الشريعة الإسلامية عن القانون الروماني. وخرج الباحث بعدد من التوصيات تمحورت حول إعداد موسوعة فقهية شاملة للمسائل المستجدة والأصولية؛ من اجل تطبيقها في الدول الإسلامية.

الكلمات الدالة :

الشريعة - الفقہ - قانون - روماني - تأثر - استقلال - دولي - مقارن

Abstract

This study aims to establish the principle of the independence of Islamic law from Roman law, Through a comparative historical study, between Islamic law and Roman law From its inception to maturity and completion With exposure to similarities and differences between the two systems And the consequences.

Divide into two parts, part One talks about The independent emergence of Islamic law from Roman law, and The second part dealt with the problem of the impact between Roman law and feqh.

Through a historical comparison, The researcher was able to reach an important result, Is the independence of Islamic law from Roman law.

The researcher went out with a number of recommendations focused on the preparation of a comprehensive Feqh Encyclopedia of emerging and fundamental issues, emphasizing the importance of feqh and its application in Islamic countries.

Key words:

Sharia – feqh – law – roman – Affected – independence – international – comparative.