جامعة القاهرة

كلية الحقوق

دور الحيلة في تطوير القانون

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

عبد الله بشير مسعود خليفة

إشراف

الأستاذ الدكتور/ محمود السقا

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ محمود السقا — **مشرفاً و رئيساً**

أستاذ فلسفة القانون وتاريخه -كلية الحقوق – جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ أنور دبور — **عضواً**

أستاذ الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ محمد محسوب — **عضواً**

أستاذ فلسفة القانون وتاريخه – كلية الحقوق – جامعة المنوفية

٢٠٠٨م -١٤٢٩هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

صدق الله العظيم

سورة النمل : الآية (١٩)

الإهـــــــــداء

إلى كل من مد لي يد العون في سبيل إنجاز هذا العمل

شكر وتقدير

إني لأتقدم بين يدي هذا البحث بأسمى آيات العرفان والتقدير لأستاذي الجليل الأستاذ الدكتور/ محمود السقا الذي أحاط هذا البحث بالعناية وتعهد صاحبه بالرعاية والتوجيه وقد استفدت كثيراً من توجيهاته وملاحظاته العلمية القيمة والتي كان لها أعظم الأثر في إثراء هذا البحث فجزاه الله عني وعن طلابه المدينين له بالفضل خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر للأستاذ الفاضل الأستاذ الدكتور/ أنور دبور وذلك على تفضله بالموافقة على مناقشتي في هذا البحث فجزاه الله على ذلك خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر للأستاذ الفاضل الأستاذ الدكتور/ محمد محسوب الذي لم يبخل علي بعلمه ونصائحه وتوجيهاته خلال فترة إعداد هذا البحث فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما لا يفوتني وأنا في هذا المقام أن أتوجه إلى الله سبحانه وتعالى بالدعاء والمغفرة لأستاذي الجليل الأستاذ الدكتور/ صوفي أبو طالب وكذلك أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور/ عادل بسيوني فقد كان لهم الأثر الطيب في توجيهي وإرشادي وذلك خلال الفترة التي أوكلت إليهم فيها مهمة الإشراف على هذا البحث.

كما أجد لزاماً علي أن أتقدم بخالص الشكر لكل إخواني وزملائي على ما قدموه لي من معونة صادقة وذلك في سبيل إنجاز هذا البحث فبارك الله فيهم وجزاهم الله عني خير الجزاء.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد :

لقد خلق الله الإنسان لعبادته قال تعالى " وما خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون "[١] ومن لازم ذلك أن تكون هناك شريعة تنظم حياة الإنسان سواءً كان ذلك في علاقته بربه أو علاقته بالآخرين لذلك أرسل الله سبحانه وتعالى الرسل مبشرين ومنذرين لتقوم بهم الحجة على بنى آدم قال تعالى " رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل"[٢] إلا أنه قد يطول بالناس الزمان ما بين نبى وآخر وتمتد يد العبث والتحريف إلى الكتب السماوية وتضيع معالم العقيدة الصحيحة ومن ثم يلجأ الناس إلى عبادة الهة شتى محاولين بذلك النجاة مما يحيط بهم من تقلبات الحياة وأهوالها منظمين لشئون حياتهم وفق اجتهادات وفلسفات تمليها عليهم عقولهم مهتدين في ذلك بقدر من الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها قال تعالى " فطرت الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله "[٣] .

وبناءً على ذلك تعددت الشرائع وتنوعت كما تعددت الحضارات وتنوعت لذلك كانت الشرائع مرآة صادقة تعكس خصائص تلك الحضارات وأهدافها التي تسعى إليها وبما أن موضوع البحث يكمن في دور الحيلة في تطوير القانون "القانون الروماني – القانون الانجليزي – الشريعة الإسلامية – الشريعة اليهودية " ونظراً لاختلاف هذا الدور بالنسبة للشرائع محل البحث وذلك بالنظر إلى اختلاف كل من هذه الشرائع في مصدرها وكذلك المؤثرات التي أحاطت بها .

---

(١) آية ٥٦ سورة الزاريات .
(٢) آية ١٦٥ سورة النساء .
(٣) آية ٣ سورة الروم .

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة ، أهمية الموضوع ، سبب اختياره ، منهج البحث .	٣ ـ ١١
الباب الأول : يتضمن ثلاثة فصول .	١٢
الفصل الأول (فصل تمهيدي) القانون ظاهرة اجتماعية لا بد من تطوره .	١٣
المبحث الأول : مفهوم التطوير .	١٤
المطلب الأول : التطوير كفكرة نظرية .	١٥
المطلب الثاني : التطوير في جانبه التطبيقي .	١٨
المبحث الثاني : القانون .	٢٣
المطلب الأول : الدين .	٢٥
الفرع الأول : تعريف الدين.	٢٦
الفرع الثاني : تطور العقيدة الدينية .	٣٩
الفرع الثالث : الدين كموروث ثقافي والدين كما جاء به الوحي .	٥٦
المطلب الثاني : دور العوامل الإقتصادية والسياسية في تطور القانون .	٦٦
المبحث الثالث : الغاية من التطور .	٧٣
المطلب الأول : مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة باعتبارهما واقع يحدده النظام السياسي في الوسط الذي يعيش فيه الإنسان .	٧٤
المطلب الثاني : النظريات الحديثة وما جاءت به من حلول في هذا الشأن .	٧٧
الفصل الثاني : مفهوم الحيلة ودورها في الاقتصاد القانوني .	٨٧
المبحث الأول : مفهوم الحيلة وأقسامها .	٨٨
المبحث الثاني: الحيلة إحدى وسائل الاقتصاد القانوني .	١٠٣
الفصل الثالث : الفرق بين الحيلة وغيرها من الأفكار المشابهة .	١١١
المبحث الأول : الفرق بين الحيلة والغش .	١١٢
المبحث الثاني : الفرق بين الحيلة والصورية .	١١٦
المبحث الثالث : الفرق بين الحيلة والتدليس .	١٢٠
المبحث الرابع : الفرق بين الحيلة والقرينة .	١٢٦
المبحث الخامس : الفرق بين الحيلة والعدالة.	١٣٥
المبحث السادس : الفرق بين الحيلة والتشريع .	١٦١
الباب الثاني : دور الحيلة في تطوير القوانين .	١٧٦
الفصل الأول : دور الحيلة في تطوير القانون الروماني .	١٧٧
المبحث الأول : نشأة القانون الأولى في الإمبراطورية الرومانية.	١٧٧
المبحث الثاني : بيان دور الحيلة في تطوير هذا القانون .	١٨٧
الفصل الثاني : دور الحيلة في تطوير القانون الإنجليزي .	١٩٦

المبحث الأول : نشأة هذا القانون والتي تبين الطابع الخاص له . ١٩٦
المبحث الثاني : بيان دور الحيلة في تطوير القانون الإنجليزي . ٢٠٠
الفصل الثالث : دور الحيلة في تطوير الشريعة الإسلامية . ٢٠٦
المبحث الأول : تعريف الحيلة في الشريعة الإسلامية. ٢٠٧
المبحث الثاني : نشأة الحيلة في الشريعة الإسلامية. ٢١٦
ضوابط العمل بالحيلة في الشريعة الإسلامية. ٢٢٢
أحكام الحيلة بحسب ما تفضي إليه. ٢٣٣
أحكام الحيلة بحسب أخذ العلماء بها من عدمه. ٢٣٦
المبحث الثالث : الدور الذي ساهمت به الحيلة في تطوير أحكام الشريعة الإسلامية. ٢٦٠
الفصل الرابع : دور الحيلة في تطوير أحكام الشريعة اليهودية. ٢٨١
المبحث الأول : مسميات بني إسرائيل . ٢٨٤
المبحث الثاني : الحيلة في الشريعة اليهودية. ٣٠١
المطلب الأول : مدخل عام . ٣٠٥
المطلب الثاني : استخدام الحيل عند اليهود وأسباب ذلك. ٣١٠
المبحث الثالث : الدعوى إلى العنصرية إلى جانب بعض النصوص التي تزعم أن الله وأنبياءه كلفوا محتالين . ٣٣٣
المطلب الأول : الدعوى إلى العنصرية. ٣٣٤
المطلب الثاني : ذكر بعض النصوص التي تتهم الله سبحانه وتعالى وأنبياءه بالاحتيال. ٣٥٠
أوجه الاتفاق والاختلاف بين كل من الشريعة الإسلامية والشريعة اليهودية فيما يتعلق باستخدام الحيل . ٣٥٦
الباب الثالث : دور الحيلة في تطوير القانون في العصر الحديث. ٣٦١
الفصل الأول : بعض التطبيقات في مجال القانون العام . ٣٦٢
المبحث الأول : العقد الاجتماعي . ٣٦٢
الفصل الثاني : بعض التطبيقات في مجال القانون الخاص. ٣٦٨
المبحث الأول : العقار بالتخصيص . ٣٦٩
المبحث الثاني : النيابة في التعاقد . ٣٧٥
المبحث الثالث : الأثر الرجعي للقسمة. ٣٨٢
المبحث الرابع : المسئولية المفترضة عن الأشياء المادية تجاه من تتبعه. ٣٨٥
الخاتمة . ٣٨٨
قائمة المراجع . ٣٩٣

مستخلص الرسالة

لقد كان للحيلة الدور العظيم في تطوير الشرائع محل البحث (القانون الروماني – القانون الإنجليزي – الشريعة الإسلامية – الشريعة اليهودية) ولقد اختلف هذا الدور من شريعة إلى أخرى فإذا كان دور الحيلة أعظم أثراً في القانون الروماني فلقد جاء هذا الدور في المرتبة الثانية بالنسبة للقانون الإنجليزي إلا أن دورها بالنسبة لتطوير أحكام الشريعة الإسلامية كان محدوداً للغاية بسبب عمومية قواعدها إلى جانب أن هذا الدور جاء في مرحلة متأخرة جداً بعد انقطاع الوحي واتساع رقعة الدولة الإسلامية بحيث أصبح التوفيق بين المثل العليا التي دعى إليها الإسلام وواقع الحياة العملية أمراً بعيد المنال فجاءت الحيلة لتؤدي هذا الدور أما بالنسبة لدورها في تطوير أحكام الشريعة اليهودية فإن هذا الدور لا يختلف كثيراً عن دورها في مجال تطوير أحكام الشريعة الإسلامية وذلك نظراً لأن كلا الشريعتين تتفقان في المصدر (الوحي الإلهي) إلى جانب الاتفاق على مبدأ رفع الحرج والذي يعتبر من المبادئ المتفق عليها بين كافة الشرائع السماوية . وإذا كانت الأسباب التي أدت بالحيلة إلى مثل هذا الدور وذلك فيما يتعلق بتطوير أحكام تلك الشرائع قد انعدم الكثير منها في الوقت الحاضر إلا أنه ما زال يوجد بعض التطبيقات للحيلة في العصر الحديث سواءً كان ذلك بالنسبة للقانون العام أو القانون الخاص وإن كان ذلك بدرجة تقل عن ذي قبل مما يمكن معه القول بإبقاء الباب مفتوحاً تجاه جميع وسائل تطوير القانون ليأخذ منها رجل القانون ما يراه مناسباً لظروف عصره إذا كان من المعروف أن الأيام دول وما يصلح لزمان قد لا يناسب آخر .

الدكتور محمد ...

٢٠٠٨

١١

٦