جامعة القاهرة
كلية الحقوق

دور العرف كمصدر للقاعدة القانونية
فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية

«دراسة مقارنة»

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

من الباحث

ايهاب عباس عبد الفتاح الفراش

المدرس المساعد بقسم فلسفة القانون وتاريخه
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

إشـــراف

الأستاذ الدكتور/ صوفى حسن أبو طالب

الأستاذ الدكتور/ عادل مصطفى بسيونى

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ صوفى حسن أبو طالب رئيساً ومشرفاً
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة القاهرة ورئيس جامعة القاهرة الأسبق، ورئيس مجلس الشعب الأسبق.

الأستاذ الدكتور/ محمود السقا عضواً
أستاذ فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ محمد نبيل الشاذلى عضواً
أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الحقوق جامعة بنى سويف لشئون التعليم والطلاب.

١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م

إهـــــداء

إلى أبي وأمي وزوجتي وإخوتي

حُبًّا ومودةً وشكرًا واعترافًا بالفضل

فجزاهم الله عني خير الجزاء،

إيهاب

شكر وتقدير

إن أشكر الناس لله أشكرهم لعباده، وإنى أتقدم بين يدى هذا البحث بأسمى آيات العرفان والتقدير لأستاذى الجليل الأستاذ الدكتور/ صوفى أبو طالب الذى أحاط هذا البحث بالعناية، وتعهد صاحبه بالرعاية والنصح والتوجيه، وقد أفدت كثيرًا من علمه الواسع وملاحظاته العلمية القيمة التى كان لها أكبر الأثر فى إثراء البحث، وكم غمرنى بالعطف والتشجيع، فكان مثالاً رائعًا للأستاذ الكريم والأب الرحيم، فالله وحده يجزيه عن ذلك وعن طلابه المدينين له بالفضل خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والعرفان لأستاذى الفاضل الأستاذ الدكتور/ محمود السقا الذى لم يبخل علىَّ بعلمه ونصائحه وتوجيهاته خلال فترة إعداد هذا البحث، فجزاه الله عنى خير الجزاء.

كما أتقدم بوافر الشكر والتقدير لأستاذى الدكتور/ نبيل محمد الشاذلى على تفضله بالموافقة على مناقشة هذا البحث، فجزاه الله خيرًا، ونفع بعلمه، ومتعه بالصحة والعافية.

كما لا أنسى وأنا فى هذا المقام أن أتوجه إلى الله عز وجل بالدعاء لأستاذى الجليل الأستاذ الدكتور/ عادل بسيونى بالرحمة والمغفرة، فقد كان له أثر كبير فى توجيهى وإرشادى بنصائحه وعلمه عندما كان هذا البحث فى مرحلته الأولى.

ثم أتوجه بالشكر إلى الأخ الفاضل والصديق الكريم الدكتور/ محمد على دبور (المدرس بقسم التاريخ الإسلامى والحضارة الإسلامية بكلية دار العلوم – جامعة القاهرة) الذى تحمل عبئًا كبيرًا فى تصحيح هذا البحث على الرغم من التزاماته الكثيرة، بارك الله تعالى فى علمه وحياته.

كما أجد لزامًا علىَّ أن أتقدم بالشكر إلى كل إخوانى وزملائى على معاونتهم الصادقة وودهم الخالص، فاللهم اجز الجميع عنى خير الجزاء.

فهرس المحتويات

	رقم الصفحة
المقدمة: أهمية الموضوع، وسبب اختياره، ومنهج البحث فيه.	٦-١٤
الفصل التمهيدى:	١٥
المبحث الأول: مفهوم العرف وأهميته.	١٨
المبحث الثانى: دور العرف فى بعض المجموعات القانونية القديمة.	٣٧
المطلب الأول: العرف فى القوانين الغربية القديمة.	٣٧
أولاً: قانون دراكون.	٣٧
ثانيا : قانون صولون.	٣٨
ثالثاً: قانون الألواح الإثنى عشر.	٤٠
المطلب الثانى: العرف فى القوانين الشرقية القديمة.	٤١
أولاً: قانون حمورابى.	٤١
ثانيا: القانون الفرعونى.	٤٢
ثالثاً: قانون "مانو" بالهند.	٤٣
رابعاً: قوانين الصين القديمة.	٤٣
خامساً: مجتمع شبه الجزيرة العربية قبل الإسلام.	٤٤
المبحث الثالث: دور العرف فى بعض الأنظمة القانونية المعاصرة.	٤٦
المطلب الأول: القانون الإنجليزى.	٤٧
المطلب الثانى: القانون المصرى.	٥٨
الباب الأول: دور العرف فى القانون الرومانى:	٦٦
تمهيـــــد: نشأة القانون الرومانى وخصائصه ومراحل تطوره.	٦٧
الفصل الأول: تاريخ ظهور العرف كمصدر للقانون الرومانى وشروطه وأنواعه وطرق إثباته عند فقهاء القانون الرومانى.	٧٨

المبحث الأول: تاريخ ظهور العرف كمصدر للقانون الرومانى ٧٩
المبحث الثانى: شروط وأنواع العرف فى القانون الرومانى. ٨٣
المبحث الثالث: أدلة إثبات العرف فى القانون الرومانى. ٨٩
الفصل الثانى: دور العرف كمصدر للقاعدة القانونية فى عصور القانون الرومانى المختلفة ٩٥
المبحث الأول: عصر القانون القديم. ٩٦
المطلب الأول: العرف كمصدر أول للقانون فى عصر القانون القديم. ٩٦
المطلب الثانى: تطبيقات عملية لبعض النظم القانونية المبنية على العرف فى عصر القانون القديم. ١١٥
المبحث الثانى: العصر العلمى (عصر القانون الكلاسيكى). ١٤٥
المبحث الثالث: عصر الإمبراطورية السفلى (عصر القانون البيزنطى). ١٥٣
الفصل الثالث: دور الفقه والبريتور فى الاعتداد بالعرف وتطويره كمصدره للقاعدة القانونية فى القانون الرومانى. ١٦٩
المبحث الأول: دور الفقه فى الاعتداد بالعرف وتطويره. ١٧٠
المبحث الثانى: دور البريتور فى الاعتداد بالعرف وتطويره ١٧٩
الفصل الرابع: أثر الأعراف الرومانية على القانون الفرنسى القديم. ٢٠١

الباب الثانى: دور العرف فى الشريعة الإسلامية : ٢١٣

تمهيـــــد: ٢١٣

الفصل الأول: حجية العرف وشروط اعتباره وأنواعه فى الفقه الإسلامى. ٢١٤

المبحث الأول: حجية العرف (أدلة اعتباره فى التشريع الإسلامى). ٢١٥

المبحث الثانى: أنواع العرف فى الفقه الإسلامى. ٢٢١

المبحث الثالث: شروط اعتبار العرف فى الفقه الإسلامى. ٢٢٤

الفصل الثانى: العرف فى المذاهب الفقهية الأربعة ومدى أثره فى اختلاف الفقهاء وانتقال الإمام الشافعى لمذهبه الجديد. ٢٣٩

المبحث الأول: العرف فى المذاهب الأربعة. ٢٤٠

المطلب الأول: المذهب الحنفى. ٢٤٠

المطلب الثانى: المذهب المالكى. ٢٤٤

المطلب الثالث: المذهب الشافعى. ٢٤٧

المطلب الرابع: المذهب الحنبلى. ٢٥٠

المبحث الثانى: مدى أثر العرف فى اختلاف الفقهاء وانتقال الإمام الشافعى لمذهبه الجديد. ٢٥٣

المطلب الأول: أثر العرف فى اختلاف الفقهاء. ٢٥٣

المطلب الثانى: مدى أثر العرف فى انتقال الإمام الشافعى لمذهبه الجديد. ٢٥٨

الفصل الثالث: قاعدة لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الزمان والمكان، كمثال للقواعد الفقهية المرتبطة بالعرف. ٢٧٨

المبحث الأول: الأحكام التى ينطبق عليها القاعدة وأهمية الاجتهاد. ٢٨١

المبحث الثانى: المقصود بتغير الأزمان ٢٨٩

المبحث الثالث: أراء الفقهاء حول القاعدة ٢٩٣

المبحث الرابع: التطبيقات العملية للقاعدة ٢٩٨

المبحث الخامس: ضوابط أعمال القاعدة ٣٠٣

الفصل الرابع: التطبيقات العملية للمسائل الفقهية المبنية على العرف. ٣٠٦

المبحث الأول: نظم القانون الخاص. ٣٠٧

المطلب الأول: النكاح. ٣٠٧

المطلب الثانى: العقود. ٣١٩

المطلب الثالث: إحياء الأرض الموات. ٣٤٦

المطلب الرابع: الوقف. ٢٤٨

المطلب الخامس: مرض الموت. ٣٥٣

المطلب السادس: الحجر. ٣٥٥

المبحث الثانى: نظم القانون العام. ٣٥٧

المطلب الأول: التعزير. ٣٥٧

المطلب الثانى: الحرز فى السرقة. ٣٦٣

المطلب الثالث: الدية. ٣٦٥

المطلب الرابع: العلاقات الدبلوماسية. ٣٧١

الخاتمة: مقارنة بين موقف القانون الرومانى والشريعة الإسلامية من العرف كمصدر للقاعدة القانونية. ٣٧٦

ملاحق الرسالة ٣٨٠

المصادر والمراجع ٤١٣

* * * * *

المقدمـــة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه ومن تبـــع هداه، وبعد:

فقد خلق الله الإنسان لعبادته وجعله خليفة له في الأرض، يعمرها في ظـــل أحكامه وأوامره تبارك وتعالى، وجعل آدم أول رسول إلى الأرض مبلغاً ومرشـــداً لتعاليمه سبحانه، ثم بعث من بعده رسلاً مبشرين ومنذرين على فترات زمنية حسبما ارتأته حكمته سبحانه، وكان محمد صلى الله عليه وسلم خاتماً لهم-علـــيهم جميعـــاً الصلاة والسلام- يقول الله سبحانه: "قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلـــى إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسى وعيسى وما أوتـــى النبيون من ربهم لا نفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون"(البقرة ١٣٦).

ويقول صلى الله عيه وسلم: "مثلي ومثل الأنبياء من قبلي كمثل رجل بنـــى بنياناً فأحسنه وأجمله إلا موضع لبنه من زاوية من زواياه، فجعل الناس يطفون به ويعجبون له ويقولون: هلا وضعت هذه اللبنه ؟، قال: "فأنـــا اللبنـــه وأنـــا خـــاتم النبيين"[1].

وعرفت البشرية على مر العصور حضارات عديدة منها ما أســـس علـــى شريعة سماوية محكمة ومنهج ربانيٌ كالحضارة الإسلامية، ومنها ما أســـس علـــى اجتهادات وفلسفات بشرية مستهدية بقدر من الفطرة السليمة التي فطـــر الله النـــاس عليها وما بقي لديهم من ميراث الأنبياء، دون الاعتماد على منهج إلهي ثابت واضح المعالم كالحضارة الرومانية، وكان لكل حضارة تشريع أو قانون يعكس خصائص وأهداف هذه الحضارة.

---

[1] حديث صحيح -سنن الترمذي- دار إحياء التراث العربي، ج ٥، ص ٥٨٦.

ولما كان الإسلام ديناًعالمياً، إذ أرسل الله تعالى رسوله محمدًا صلى الله عليه وسلم لهداية الناس قاطبة وجعله خاتم الرسل، إذ يقول سبحانه: "وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون" [سبأ (٢٨)].

من هنا كانت الشريعة الإسلامية عالمية وصالحة لكل زمان ومكان، وتمتعت بسمات تكفل لها ذلك، ومن أهم هذه السمات: شمولية التشريع الإسلامي ومرونته، إذ إن أحكامه تشمل كل نواحى الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، يقول تعالى: "ما فرطنا في الكتاب من شيء"[الأنعام ٣٨٠].

وجاء القرآن الكريم مبيناً مسائل العقيدة والعبادات بياناً تفصيلياً؛ أما مسائل المعاملات والعلاقات القانونية المختلفة فقد فصل بعضها، مثل قواعد الميراث والوصية والزواج والحدود وأجمل الأخرى فرسم لها الحدود والأطر التي تمارس من خلالها وترشد المسلمين في كل زمان ومكان إلى أصدق وأعدل ما يلائم حياتهم من التشريعات الصالحة المتطورة، وأعطى لولاة الأمر من المجتهدين العالمين في كل عصر سعة في أن يفصلوا قوانينهم مراعين ما لحق عصرهم من تطورات في المصالح والحاجات والأعراف دون أن يضيقوا بمصلحة أو يقصروا عن حاجة بما يحقق التيسير للناس ورفع الحرج عنهم، وذلك في حدود أسس القرآن والسنة النبوية الصحيحة في نطاق قواعد الشريعة السمحة.

ومثّل التشريع الإسلامى بهذه الفلسفة إعجازًا يضاف إلى إعجازات الكتاب والسنة هو الإعجاز التشريعى، إذ يستطيع عدد محدود من النصوص أن يحكم الحياة مهما لحقها من تطورات على مر العصور ومع اختلاف الأماكن والأجناس، وأوجدت مما أوجدته مصادر تابعة لهذه النصوص تسير على هديها وتكون نافذة لها على العالم المتغير، ومنها العرف الصحيح، في حين أن التشريعات الوضعية تشريعات مرحلية أى أنها وضعت لمجابهة أوضاع وعلاقات في مرحلة زمنية معينة، ثم تصبح بعد فترة من الزمن عائقًا للتقدم، لتخلف نصوصها وعجزها عن