كلية الحقوق

دور الافتراض القانونى

فى سد القصور التشريعى

الباحث

أحمد سعد محمد الشافعى

باحث دكتوراه

ضابط شرطة بوزارة الداخلية

Asd96766@gmail.com

مقدمة عامة

١- **ماهية الموضوع:**- من المعلوم فقهاً أن الفكرة القانونية لا يمكن إدراكها بطريقة سليمة إلا بدراسة الجانب التاريخى لها والوقوف على نشأتها؛ ولا شك أن الجديد مصدره القديم وتراثه الخالد؛ فهو الحلقة الرابطة بين الماضي والحاضر وأن كثير من الأنظمة الحاضرة تجد أساسها فى الشرائع القديمة فلولا تاريخ القانون وفلسفته لما تعرفنا على تفاصيل الشعوب السابقة وتأثيرها بالمجتمعات الحاضرة [١]؛ ولا تكون الدراسة وافية إلا إذا تمت دراستها من الجانب العملي والتطبيقي أيضا .

فمنذ أن خلق الله آدم عليه السلام وخلق معه قانونا ينظم سلوكه ويكبح رغباته، ولما لا فقد شرع الله لآدم قانونا يمنع معه الإقتراب من تلك الشجرة التى بقربه منها خرج عن القانون الذى شرعه له الله ووقع عليها الجزاء الذى نزل معه آدم للأرض، فكان بذلك أول قانون شرع فى تاريخ تلك البشرية التى مازلت تخالف القوانين ولا ترتدع بجزاءاتها المقررة والمعروفة سلفا، فلم يقرر الله تعالى جزاء إلا وانزل بسابقه قانونا ويحضرنا فى هذا المقام قوله تعالى (وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا) [٢]

فالقانون نشأ وارتبط ظهوره بظهور الإنسان فما من مرحلة من مراحل التاريخ البشرى إلا وكان لها قانون ينظم علاقات أفرادها ويضبط سلوكهم ويوقع عليهم الجزاءات حين ينحرفوا على الطريق الذى رسمه القانون[٣]، والحياة البشرية متجددة ومتطورة تبعا لتطور الإنسان وتغير حاجاته، ولا شك أن ثبات القانون وجموده وتجدد حاجات الأفراد وتطورها هما أمران لا يتفقان تماما، فلا يمكن أن تستقيم الحياة إلا بتطور القانون ومواكبته تلك التطورات التى تلاحق حياه الأفراد، فالقانون حين يضعه المشرع يكون من العسير عليه التنبؤ بكل ما يحيط به من ظروف، فكان لابد من إيجاد طرق أو وسائل تكفل تطوره وإيجاد حلول لكل ما قد ينشأ عنه من مشكلات قد يصعب على المشرع التنبؤ بها سلفا [٤]؛ ومن هنا جاءت فكرة الحيلة أو الافتراض القانون التى تعنى افتراض أمر غير موجود فى الواقع ولكن إفتراضه من أجل تغيير حكم القانون؛ ففى حالة الجنين على سبيل المثال فلو اقترضنا وفاة الأب والجنين مازال مستكن فى بطن الأم فهنا الواقع قبل الميلاد عدم وجود ولد وبالتالى فليس له من الميراث شيئا وهنا جاءت دور الحيلة

---

(١) د / مصطفى سيد أحمد صقر – فلسفة النظم القانونية والإجتماعية – ١٩٩٥–ص٢٩١

(٢) سورة القصص – آية ٥٩

(٣) د/ فاضلى إدريس – مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون – ديوان المطبوعات الجامعية– ط ٣ – الجزائر – ٢٠٠٧– ص٢١

(٤) د/ أحمد محمد غنيم – تطور الفكر القانونى – دار الفكر العربى – القاهرة – ١٩٧٢– ص٥٦

بإفتراض وضع الأم جنينها واعتبار قد ولد من أجل حجز نصيبه فى الميراث؛ وأيضا حالة المفقود الذى فى حالة وفاة مورثه وهو مازال غائبا فنفترض وجوده حتى يحجز له نصيبا من الميراث وذلك بالطبع أفضل من اعتباره ميتا ويصادر نصيبه ثم يظهر حيا فيما بعد؛ وافتراضات الحيلة كثيرة وبحق لها ما يبررها .

ولقد كانت الإفتراضات قديما أسلوبا شائعاً، للتغلب على شدة النظم وضيق نطاقها، خصوصاً في القانون الروماني القديم وفي قانون الألواح الاثني عشر منه على وجه التحديد؛ فالذي يستعرض ذلك القانون يجد في نصوصه مراسيم شكلية تسقط الحق من صاحبه بأبسط زلّة في أدائها؛كما أن الرومان لم يكونوا ليتصوّروا وقوع معاملات بين الناس بغير البيع، فلم يعرفوا الرهن والهبة والعارية في بادئ الأمر؛ وكانت الطريقة الوحيدة لنقل ملكية الأشياء عندهم هي البيع بالإشهاد؛ولذلك فقد استعملوا نفس طريقة الإشهاد صورياً في غير البيع من المعاملات التي عرفوها فيما بعد .

إذا فاللجوء للافتراضات القانونية أمر لا مفر منه سواء من أجل تطوير النص القانوني أو سد قصوره أو حتى تفسيره .

٢-إشكالية البحث:- تكمن إشكالية البحث في موضوع الإفتراضات القانونية في قلة التركيز على أهمية موضوعها بإعتبارها من الأفكار الهامة لسد القصور التشريعى في بعض المجالات؛ كما يقل التركيز على دورها في تفسير النصوص القانونية؛ وأيضا قلة المراجع المتوفرة بالنسبة لهذا الموضوع في أقسام فلسفة القانون .

٣- أهداف البحث:- هذا الموضوع يثير العديد من الاشكاليات التى سنحاول التصدى لها من خلال هذا البحث والمتمثلة فى الآتي:-

- بحث ماهية الافتراض القانونى سواء من الجانب اللغوي أو الاصطلاحي
- أوجه الشبه والاختلاف بين فكرة الافتراض القانوني وغيرها من الأفكار المشابهة
- دراسة التطور التاريخى لفكرة الافتراض القانونى
- الوقوف على مبررات وأسباب اللجوء إلى فكرة الافتراض القانونى
- دراسة دور الافتراض القانونى في سد القصور التشريعى وتفسير القانونى
- رصد أهم تطبيقات الافتراض القانونى في أغلب فروع القانون .

٤- منهج البحث:- نستخدم فى هذا البحث أكثر من منهج؛ فنتبع المنهج التحليلي لتحقيق الأهداف التى سبق ذكرها فنقوم ببيان ماهية الإفتراضات القانونية ودورها فى خلق وتطور النظم القانونية فى القوانين المختلفة؛ كما نتبع المنهج التاريخى لبيان دور الإفتراضات في النظم القانونية المختلفة وتطورها القانونى وبيان دورها في بعض الشرائع القديمة .

الباب الأول

دور الافتراض القانونى

في تطور القانون

تمهيد وتقسيم:- تعتبر الإفتراضات وسيلة هامة من وسائل تطور القانون؛ فالإفتراضات تقوم بوظيفتين أولهما الوظيفة التاريخية والتى تتمثل فى تعديل بعض النظم القانونية سواء بإستخدام تصرفات قانونية جديدة وإخضاعها للقواعد القانونية الموجودة أم بتعديل نظام التقاضى وتخفيف شدته؛ وثانيها الوظيفة العلمية والتى تتمثل فى تبرير بعض النظم والمبادىء القانونية الإجتماعية[٥]؛ ونقوم بتقسيم هذا الباب إلى ثلاث فصول على النحو التالى:-

الفصل الأول: ماهية وأسباب تطور القوانين

الفصل الثانى: دور الافتراض في تطور النصوص القانونية وأسبابها

الفصل الثالث: النظريات التى قامت على فكرة الافتراض القانونى

---

(٥) د / صوفى أبو طالب – مرجع سابق – ص٢٠٢

الفصل الأول

ماهية وأسباب تطور القوانين

تمهيد وتقسيم:- يعرف القانون بأنه مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع بحيث يرتب على مخالفتها جزاء"، فالحياة في المجتمع تنشأ عنها روابط تجمع بين الأفراد مما يلزم عنه تبيان ما لكل فرد من واجبات وما عليه من حقوق في مواجهة من يحيا معهم من أفراد المجتمع؛ وإذ تنظم هذه القواعد العلاقات بين الأفراد فهي بذلك تمنع التضارب بين المصالح الخاصة وتجبرهم على احترامها حتى إذا ما خالف أحدهم تلك القواعد تعرض للجزاء على قدر فعله، وهذه هي الخاصية التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية (الأخلاقية و المجاملات) [٦]

مما سبق يظهر جليا مدى ارتباط القانون بالمجتمع فهو لصيق به، يقول سافيني فالقانون لم يولد من رأي واحد أو ينتج فى يوم واحد بل هو حاصل التاريخ و تداول الأيام و العصور" [٧] فالقوانين التي نراها في العصر الحالي قد صيغت في مواد و جمعت في مجموعات قانونية مبوبة و منسقة و مرتبة، كل فرع من فروع القانون وضع في مجموعة خاصة، كالقانون المدني الذي ينظم سلوك الفرد في المجتمع وقانون العقوبات الذي يحدد الجرائم ويبين العقوبات والقانون التجاري الذي ينظم المعاملات بين التجار؛ إلى جانب هذه المجموعات القانونية نرى نظاما حكوميا قائما على مبدأ سيادة الأمـة انحصرت سلطات الدولة فيه في ثلاث التشريعية وهي التي تقوم بسن القوانين، والتنفيذية التي تعمل على تنفيذها و تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء، والقضائية التي تفصل في المنازعات بين الأفراد وفقا لما تنص عليه القوانين؛ وبمقتضى النظام الحكومي المعاصر في الدولة الحديثة تسري أحكام القانون على الجميع بلا تفريق بين من يحكم و بين المحكومين، هذا النظام الحكومي هو أخر ما توصل إليه العقل البشري للتعبير عن إرادة الأمـة باعتبارها مصدر السلطات جميعا [٨] .

ولقد كانت الإفتراضات القانونية من الأساليب الشائعة قديماً للتغلب على حدة النظم القانونية وضيق نطاقها، خصوصاً في القانون الروماني القديم – وفي قانون الألواح الاثني عشر منه على وجه التحديد – فالذي يستعرض ذلك القانون يجد في نصوصه مراسيم شكلية تسقط الحق من صاحبه بأبسط زلّة في أدائها [٩]

([٦]) د /صوفى أبوطالب – تاريخ النظم القانونية والإجتماعية – دون دار نشر – دون سنة نشر – ص٩

([٧]) د /فايز محمد حسن – تاريخ القانون – دار المطبوعات الجامعية – ٢٠١٤– ص٨٦

([٨]) د / محمود مغربى – الوجيز فى تواريخ القوانين – بيروت – ١٩٧٩– ص٢٤٧

([٩]) د / توفيق حسن فرج – مرجع سابق –ص٢٠١ .

كما أن الرومان لم يكونوا ليتصوّروا وقوع معاملات بين الناس بغير البيع، فلم يعرفوا الرهن والهبة والعارية في بادئ الأمر؛ فكانت الطريقة الوحيدة لنقل ملكية الأشياء عندهم هي البيع بالإشهاد... ولذلك فقد استعملوا نفس طريقة الإشهاد – صورياً – في غير البيع من المعاملات التي عرفوها فيما بعد.

وباستعراضنا لصور الافتراضات القانونية التي كانت متداولة في العصور الماضية نجد أنها كانت تارة أداة قضائية يستعملها القاضي ليتسع النص فيشمل ما لم يكن يشمله سابقاً من حوادث، وأخرى تصرفاً صورياً لا أكثر؛ كما أنها قد تكون تصويراً خيالياً لواقعة لا أساس لها من الصحة ثالثة، ووسيلة اعتبارية لتبرير بعض المبادئ أخيراً [١٠]؛ ونتناول بالتقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث على النحو التالى:-

المبحث الأول: النظريات التى ساهمت في تطور القانون

المبحث الثانى: أسباب تأخر القوانين

المبحث الثالث: أسباب تطور القوانين

(١٠) د / أحمد غانم حافظ – الإمبراطورية من النشأة إلى الانهيار -٢٠٠٧- دار المعرفة الجامعية – الإسكندرية – ص٤٧

المبحث الأول

النظريات التى ساهمت

في تطور القانون

أدركت المجتمعات البشرية منذ بداية ظهورها، وعلى مر العصور المختلفة، أهمية القانون لحياة الإنسان وضرورته لحفظ الأمن والنظام داخل المجتمع الذي يعيش فيه، وفي هذا القول المأثور أن (مجتمع بدون قانون هو غابة بلا ضابط ولا رابط يلتهم فيها كبيرها صغيرها ولا يأمن فيها المرء على نفسه وماله وأهله) [١١] فمنذ أن خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان على وجه الأرض، وضع فيه مجموعة من الغرائز لتشكل في محصلتها النهائية ما يعرف باسم"السلوك الإنسان؛ وهذا السلوك هو عبارة عن غرائز متنوعة تسيطر على الإنسان، فهناك مثلاً غريزة حب البقاء في الحياة، وهناك غريزة حب التملك، وهناك غريزة حب الاجتماع، فضلا عن غريزة حب الذات والميل إلى الأنانية [١٢] .

والعلاقات الإجتماعية إذن هي الوسيلة التي يستطيع من خلالها الأفراد تلبية حاجاتهم المختلفة وإشباع رغباتهم؛ ولكن في إطار هذه العلاقات الإجتماعية توجد مجموعة من الصراعات التي كان لا بد لها من ضابط يحكمها، فعلى الرغم من تسليمنا بأن الإنسان اجتماعي بفطرته وطبيعته، إلا أنه في المقابل لذلك يميل إلى الأنانية وحب الاستئثار بالفوائد والمنافع، حتى ولو كان ذلك على حساب الآخرين [١٣]؛ لذلك، كان من الضروري إيجاد قواعد معينة تحكم هذه الصراعات، أي تحكم سلوك الأفراد داخل المجتمع، ويكون هدفها الأساسي هو التوفيق بين رغبات كل فرد ومصالحة ورغبات الجماعة التي كثيراً ما تتعارض معها ؛ ومن هذا المنطلق ظهرت القواعد القانونية لتنظم العلاقات الاجتماعية وتحكم سلوك الأفراد في المجتمع، ولولا الدور الذي تلعبه القواعد القانونية في هذا الخصوص لعمت الفوضى وساد الاضطراب، ولما أمكن السيطرة على غرائز البشر ورغباتهم، ولما تحقق الإستقرار الذي ينشده كل مجتمع من أجل المزيد من التقدم والرقي [١٤]؛ وكما سبق التساؤل هل التطورات التى تحدث في المجتمع تدفعه إلى الأمام ومن ثم يتقدم فى مختلف ميادين النشاط الإجتماعى ومن بينها القانون ؟ وبمعنى آخر هل التقدم يعتبر حقيقة تاريخية وحتمية أم لا؛ للإجابة على هذا التساؤل وجدت عدة نظريات؛ نعرض لهما في المطالب الآتية:-

---

(١١) د/ د/ محمد على جعفر – مرجع سابق – ص١١٢ وما بعدها

(١٢) د/ محمد على جعفر – نفس المرجع السابق – ص١١٣ و ١١٤

(١٣) د/ عكاشة عبد العال – المنهجية القانونية – منشورات الحلبى – ٢٠٠٥ – ص٨٩

(١٤) د/ سمير عالية – مدخل القانون – المؤسسة الجامعية للنشر – ٢٠٠٢– ص٩٠ وما بعدها

المطلب الأول

نظرية الدورات

كان الرأي السائد حتى منتصف القرن الثامن عشر أن ارتقاء المجتمع وتقدمه ومن ثم القانون قد وصل إلى درجة الكمال منذ العهد المسمى بالذهبي لدى الشعوب القديمة؛ بعد تدوين تقاليدها العرفية أو استقرارها فى الأذهان؛ وكل تطور يحدث بعد ذلك ليس إلا تطورا ظاهريا فهو فى حقيقته عبارة عن عودة إلى الأخذ بنظام من النظم التى كانت معروفة من قبل وهكذا يمر المجتمع؛ ومن ثم يمر القانون بدورات متعددة؛ فيبدأ المجتمع من نقطة معينة هى نقطة البداية أو الطفولة ثم ترتقى نظمه ثم تهزم وتضمحل ثم تنهار وبذلك تنتهى الدورة [١٥] .

ثم يبدأ المجتمع من جديد من نفس نقطة البداية التى بدأ منها فى الدورة الأولى ثم يرتقى ثم يشيخ وتتلاشى نظمه فتنتهى الدورة الثانية؛ ثم تبدأ الدورة الثالثة؛ وهكذا يمكن القول بأن كل تقدم يعقبه انتكاس وكل انتكاس يتبعه تقدم؛ وبذلك تتكرر النظم الاجتماعية والقانونية فى كل دورة من تلك الدورات؛ وعلى ذلك فليس هناك تقدم بالمعنى الحقيقي؛ ومن ثم لا يمكن اعتبار التقدم قانونا حتميا من قوانين الطبيعة [١٦]؛ وقد آمن عدد من المؤرخين والفلاسفة بفكرة الأدوار التاريخية للمجتمع، فالتاريخ الإنساني وفق رؤيتهم يدور مع الدورات الطبيعية ميلاداً وازدهارا واضمحلالا وفناء، وقد آمن بهذا عدد كبير من فلاسفة الإغريق والشرق الأقصى، فمثلاً سفر المهابهاراتا الهندي [١٧] يذكر أن الزمن ومجرياته يؤثر على الإنسان، وكل شيء على الأرض معرض للفناء، أي أن الحياة عليها قد نظمت وفقاً للطبيعة[١٨]

وبهذا فإن التاريخ يسير في دورات متتالية ومتشابهة، بحيث تعود الأحداث السابقة من جديد بأشكال متقاربة، وتترتب عليها النتائج نفسها، وبالتالي فهؤلاء لهم اعتقاد أن للحضارات أدوار مشابهة لدورات الحياة، وهذا ما قاله أفلاطون أيضاً ينسب عدد من المؤرخين ممن كتبوا عن نظرية التعاقب الدوري انتمائها لابن خلدون، متجاهلين أو متناسين أن هناك عدد من

---

(١٥) د/ محمود عبد المجيد المغربى – الوجيز فى تاريخ القوانين – بيروت – ١٩٧٩ – ٢٥٦

(١٦) د/ سامية محمد جابر – علم الإجتماع المعاصر – دار المعرفة الجامعية – الأردن – ١٩٩٠ – ص١٧٦

(١٧) وتعد من أطول الملاحم الإنسانية المكتوبة، حيث تتجاوز ٧٤ ألف بيت شعري ومليون و٨٠٠ كلمة من أصل نص أصغر يصل إلى ٢٤ ألف بيت شعري، حيث تم التعديل في القصيدة على مر العصور، إذ يعود تاريخ نصوصها الأولى إلى المرحلة الفيدية في القرن الثامن قبل الميلاد، فيما أخذت شكلها النهائي في العصر الغوبتي في القرن الرابع الميلادي

(١٨) د/ غانم محمد صالح – الفكر السياسى القديم – جامعة بغداد – كلية القانون والسياسة – ١٩٨٠– ص٦٥

الفلاسفة قد سبقوه إليها [١٩]، مع أن هذا لا ينفي أن ابن خلدون قد تميز وأبدع في وصف نمو الحضارات وازدهارها وانهيارها وصفاً دقيقاً حينما ذكر أن الحضارة تمر بعدة أطوار متمثلة في طور البداوة ثم طور التحضر وتأسيس الدولة الجديدة، ثم طور التدهور والانهيار [٢٠] .

وبهذا تكون رؤية ابن خلدون أن أية حضارة لابد لها من المرور بتلك الأطوار المحكومة بقوانين ثلاث متحكمة في التاريخ وهى قانون العلية، وقانون التشابه، وقانون الاختلاف، هذه القوانين الثلاث التي تعرف بدائرة الجبرية التاريخية تحدث عنها في مقدمته بقوله (إن عوائد كل جيل تابعة لعوائد سلطانه كما يقال في الأمثال الحكيمة الناس على دين الملك) وبالتالي تسير هذه الجبرية بصورة دورية تفضي إلى العلية والتشابه والتباين والذي ينتج حضارة جديدة تسري عليه القوانين نفسها [٢١]

المطلب الثانى

التقدم حقيقة تاريخية

بدأ اتجاه جديد منذ منتصف القرن الثامن عشر يقوم على أساس أن التقدم حقيقة تاريخية سادت جميع الشعوب؛ واعتمدت هذه النظرية على وصف الوقائع فردية أو جماعية وتحليلها وانتهت إلى أن الجنس البشرى يكون وحدة عامة تمر مثلها فى ذلك مثل الأفراد الذين تتكون منهم بدور الطفولة ثم تتقدم وترتقى بحثا عن الكمال [٢٢]

ولذلك يقول أنصار هذه النظرية بأن البشرية فى تقدم مستمر؛ إلا أنهم اختلفوا فى كيفية هذا التقدم؛ فذهب الشيوعين منهم إلى أن الظواهر الإقتصادية توجه التاريخ وجهة حتمية لا دخل لإرادة الإنسان فيها؛ وهو تطور حتمى يمر بمراحل محددة يسير نحو غاية معينة لأن الإنسانية فى تطورها تخضع لقوانين حتمية [٢٣]؛ ولكن الفريق الثانى ينكر وجود قوانين تحكم تطور المجتمع ويرى أن الصدفة والفكر الإنساني يلعبان دورا كبيرا فى ذلك [٢٤]

---

(١٩) د/ ماجد فخرى – تاريخ الفلسفة القانونية – دار العلم – بيروت – ١٩٩١– ص١١٢

(٢٠) د/ عبد المنعم مجاهد – مدخل إلى الفلسفة – دار الثقافة للتشر والتوزيع – القاهرة – ١٩٩٩– ط١– ص٩٨

(٢١) د/ عبد المنعم مجاهد – نفس المرجع السابق– ص٩٨ وما بعدها

(٢٢) د /حسن على – فلسفة القانون – مطبعة العانى – بغداد – ١٩٧٥– ص٢١١

(23)Top. VI.6.145a14–16, Met. VI.1.1025b24, XI.7.1064a16–19, EN VI.2.1139a26–8.

(٢٤) د/ عبد المنعم البدراوى – تاريخ القانون الرومانى – الأسكندرية –١٩٤٨– ص٤٥

المطلب الثالث

الشرائع المتطورة والشرائع الجامدة

ظهرت منذ القرن التاسع عشر نظرية آخري تقول بأن تقدم المجتمع وارتقاءه؛ ومن ثم تقدم القانون ليس ظاهرة عامة لدى كل الشعوب؛ فبعض المجتمعات ارتقت وتقدم قانونها؛ بينما البعض الآخر جامد ولم يتطور [٢٥]؛ فالأبحاث التاريخية أثبتت طبقا لهذه النظرية أن النوع الإنساني انقسم من هذه الوجهة إلى قسمين؛ أحدهما نوع متطور ومتقدم لدرجة أن أى تغيير فى المجتمع يظهر آثره فى القانون الذى يحكمه؛ وبذلك يصبح القانون عنده مقياسا حقيقيا لمقدار تقدمه ورقيه؛ وهذا القسم من النوع الإنساني يطلق عليه الأمم المتطورة؛ أما القسم الثانى من الجنس البشرى فيطلق عليه أسم الأمم الجامدة أو الراكدة؛ وهذه التسمية راجعة إلى أن القانون فى هذه الأمم جامد وغير متطور رغم ما حدث فى هذا المجتمع من تطور وحضارة مادية بعكس الحال بالنسبة للنوع الأول من الأمم؛ فبعد أن تكونت الفكرة القانونية واكتملت صورتها الخارجية سواء فى مجموعة مدونات أو فى صورة تقاليد عرفية راسخة فى الأذهان وقف قانونها عند هذا الحد واستقر بصفة نهائية على هذه الصورة؛ وبذلك تخلف قانونها عن ركب الحضارة والمدنية التى كسبتها؛ وانتقل قانونها بالحالة التى هو عليها من جيل لجيل دون أن يتأثر بما أصاب المجتمع من تطورات [٢٦].

المطلب الرابع

الترجيح بين الاتجاهات الثلاث

تعتبر النظريات الثلاث السابقة مكمل لبعضها البعض ولا نستطيع تفضيل إحداهما على الأخرى؛ فنظريات الدورات ليست صحيحة على إطلاقها؛ لأنه تلاحظ أن بعض النظم اندثرت ولم تعود إلى الظهور بنفس حالتها القديمة بل ظهرت فى صورة نظم جديدة؛ وهو ما حدث فى مصر الفرعونية التى شهدت نظام الدورات خلال الثلاثين قرنا التى عاشها قانونها؛ وأيضا نظرية التقدم غالت فى وجهة نظرها فالقول بحتمية التاريخ ومراحل التطور بعيد عن الصواب لأن استقراء حوادث التاريخ ينفى ذلك؛ ويضاف إلى ذلك أن القول بأن الجنس البشرى يكون وحدة متجانسة متطورة قول أيضا جانبه الصواب؛ فالملاحظ أن الجنس البشرى انقسم إلى مجموعات مختلفة بعضها متطور والأخر جامد؛ وحتى بالنسبة للأجناس المتطورة لا نجدها تتطور

---

(٢٥) د/ نورمان كانتور _ التاريخ الوسيط قصة حضارة – البداية والنهاية – ترجمة دكتور قاسم عبده قاسم _ القاهرة ١٩٨١ _ص٥٥

(٢٦) د/ على الغمراوى – مدخل إلى دراسة التاريخ الأوروبي الوسيط – القاهرة – ١٩٧٧– ص٢٧٧

باستمرار؛ بل على العكس تعتريها فترات من الركود والجمود فى بعض الأحيان؛ يضاف إلى ذلك أن بعض الشعوب قد تتقدم فى مجال معين وتتأخر فى المجالات الأخرى . [٢٧]

(٢٧) د / سعيد عاشور – أوروبا العصور الوسطى _التاريخ السياسى –ج١– القاهرة – ١٩٨١–ص٨٧

المبحث الثاني
أسباب تأخر القوانين

لتأخر القوانين في المجتمعات القديمة ومن ثم تخلف المجتمع على كل الأصعدة عدة أسباب نتناولهما من خلال المطالب التالية:-

المطلب الأول
عدم تدوين القوانين

يرى البعض أن عدم تطور قوانين بعض الأمم يرجع إلى التأخير فى تدوينها؛ فهذه الشعوب لم تبلغ مرحلة التدوين القانون أو استقراره إلا بعد مضى زمن طويل جدا؛ فكانت قوانينهم مجرد تجميع للعادات والأعراف الراسخة؛ وترتب على ذلك أن عاشت تلك الأمم قرونا طويلة فى ظل تقاليد دينية وعرفية مما ساعد على انتشار الخرافات واختلاط القواعد القانونية بغيرها لدرجة يتعذر معها فصلها عن بعضها فاستقرت فى أذهان الناس على تلك الصورة؛ وحينما وصلت تلك الأمم إلى مرحلة تدوين قواعدها بعد استقرارها دونتها بالحالة التى وجدت عليها؛ أما الأمم الأخرى فقد خلت قوانينها من السخافات والخرافات بفضل التدوين المبكر للقانون [٢٨] .

ولكن هذا الرأي إن صدق بالنسبة لبعض الشعوب فإنه لا يصدق بالنسبة للبعض الآخر؛ فهناك قوانين متطورة كقانون الشعوب الأنجلوسكسونية رغم بقاء الجزء الأكبر منه فى صورة تقاليد عرفية حتى يومنا هذا؛ فتقدم القانون لا يتوقف على التبكير فى تدوينه؛ فهناك عوامل آخري يتوقف عليها تطور القانون مثل طبيعة الشعب وظروفه الاجتماعية والاقتصادية ... إلخ[٢٩]؛ وأيضا على الرغم من تقدم القانون الفرعوني وبلوغ الحضارة الفرعونية درجة كبيرة من التقدم إلا أن بعض القوانين لم تصل إلينا رغم غزارته وتنوعه وتعدد مصادره إلا أنه يوجد هناك أحد أوجه الحياة الهامة تغيب فيها النصوص ونقل المصادر بشكل يثير الحيرة ألا وهو مجال التشريعات القانونية ورغم أن القانون كان في مصر منظما تنظيما جيدا فان معلوماتنا عن شئون القضاء في مصر قليله فلم تصل إلينا صورة واحدة متكاملة لأي قانون مصري من عصر الدولة القديمة [٣٠]؛ وقد يشير ذلك إلي احد أمرين الأول أن هذه المجموعات القانونية قد كتبت علي أوراق البردي والجلود أما السبب الأخر فهو أن المصري القديم لم تكن لديه مجموعة قانونية

---

(٢٨) د / سعيد عاشور – نفس المرجع – ص ٨٧ وما بعدها .

(٢٩) د / مصطفى سيد أحمد صقر – فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – ١٩٩٥– ص٢٩١ وما بعدها .

(٣٠) د / السيد عبد الحميد فودة – جوهر القانون – دار الفكر الجامعية – ٢٠٠٤– ص٣١

متكاملة وكان البديل لديه قواعد العدالة التي ينظمها الملك الإله [٣١]؛ وربما كان الأمر الأخير يتسق مع المفاهيم الراقية الفكرية للإنسان المصري القديم والذي نظر إلي العدالة ماعت علي أنها توازن العالم كله وتعايش جميع عناصره في سلام وانسجام وعلي تماسك وحدته الذي لا غني عنه للمحافظة علي الأجسام المخلوقة والتنظيم القانوني عمل معقد ولا يستطيع المشرع أن يبتدعه من وحي خيالة لكي يفرضه علي المجتمع بل هو ثمره من ثمرات تطور المجتمع ونتيجة لمجموعة مختلفة من العوامل سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو دينية أو فلسفية وعلي ذلك يمكن القول بان التنظيم القانوني لأي مجتمع من المجتمعات إنما هو وليد ظروف تاريخية فهو ينمو ويزدهر ويتطور داخل المجتمع متلائما مع ظروف هذا المجتمع ومتفاعلا مع باقي الظواهر الاجتماعية الأخرى [٣٢].

المطلب الثانى

الأصل الدينى للقوانين

ذهب فريق آخر من العلماء إلى القول بأن الجمود الذى أصاب تشريعات بعض الأمم مرجعه الأصل الدينى للقوانين؛ فالشعوب قد ردت قوانينها إلى أوامر وتقاليد دينية؛ هذا الأصل الديني رسخ فى أذهانهم واكتسب قوة فى نفوسهم لدرجة صعب معها تعيير تلك القواعد ذات الأصل المقدس؛ فالنظرة المقدسة إلى نصوص القانون قتلت روح التجديد والتعديل لدى الشعوب ومنعتهم من المساس بتلك النصوص . [٣٣]

وتقدم القانون وتطوره لا يكون ممكنا إلا فى تلك الأحوال السعيدة التى تذهب فيها قوة القانون إلى الحد الكافى لإخضاع الأمة كلها دون أن تتمادى إلى الحد الكافى لقتل الميل الطبيعى نحو التطور والتغيير؛ فبعض الشعوب غلبت روح التجديد ومجاراة تطور المجتمع على قدسية النصوص فعدلت قوانينها وجعلتها ملائمة لتغييرات المجتمع؛ وهذه هى الأمم المتطورة على حين تمكنت قدسية النصوص من نفوس البعض الآخر من الشعوب لدرجة قتلت عندها روح التجديد والميل الطبيعي نحو التطور والارتقاء فجمد قانونها وعجز عن مسايرة تطور المجتمع وهذه هى المجتمعات الراكدة [٣٤] .

---

(٣١) د / عباس مبروك الغزيرى – تاريخ القانون المصرى – ١٩٩٧– دون دار نشر – ص١١٥

(٣٢) د / حسن على – مرجع سابق – ص١٨٧

(٣٣) د / فريد صحراوى – الحيل القانونية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة الجزائر – ٢٠١٥– ص٢١

(٣٤) د / فريد صحراوى – نفس المرجع – ص٢١ وما بعدها .

المبحث الثالث

أسباب تطور القانون

تعتبر الأمة الرومانية والأمة الإسلامية والأمة الأنجلوسكسونية خير مثال للأمم المتطورة؛ فقد ثبتت أصول قانون كل أمة من هذه الأمم الثلاث فى تربة مخالفة للأخرى؛ وواجهتها ظروف متباينة وصعاب متعددة فى تطورها ولكنها كلها استطاعت أن تواجه تلك الظروف بما يلائمها من حلول؛ وأن تتخطى تلك الصعاب بشتى الطرق وليس معنى ذلك أن تطور القانون كان يسير لدى هذه الأمم على وتيرة واحدة؛ فتطور القانون كان يقف أحيانا لأسباب اختلفت باختلاف الشعوب وكان هذا التوقف يطول أو يقصر تبعا لتلك الأسباب . [٣٥]

وهذه الشرائع الثلاث وخاصة الشريعة الرومانية تعطينا صورة واضحة لكيفية تطور القانون؛ فمن يدرس تاريخ هذه القوانين يستطيع أن يقف على عوامل التطور ووسائله؛ وأن يتبين الصلة الوثيقة بين تطور المجتمع وتطور القانون وأن يتمكن من معرفة الأدوار التى مر بها كل قانون من هذه القوانين وكان كل دور من هذه الأدوار يطول أو يقصر حسب الظروف التى كانت تحيط بكل مجتمع من هذه المجتمعات؛ وتنوعت الأسباب التى أدت إلى تطور القوانين إلى أسباب عامة لكل الأمم وأخرى خاصة بكل أمة [٣٦]؛ نتناولهم من خلال المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول

الأسباب العامة

بلا شك كان هناك أسباب عامة لا تقتصر على مجتمع معين أدت إلى تطور القوانين في كل الأمم نتناولها من خلال الفروع الآتية:-

الفرع الأول

الأسباب الدينية

لم يقف دور الدين عند حد مساهمته فى نشأة القانون بل نجده يقوم بدور هام فى تطور القانون بعد تدوينه أو إثباته فى صورة تقاليد عرفية راسخة فى أذهان الناس؛ فالقانون الذى كان يسود العرب قبل الإسلام تأثر إلى حد كبير جدا بظهور الإسلام؛ والشعب الرومانى عدل بعض

---

(٣٥) د / توفيق حسن فرج – مرجع سابق- ص١٣٣

(٣٦) د / توفيق حسن فرج – مرجع سابق- ص١٣٣ وما بعدها .

نظمه القانونية واستحدث نظما جديدة تحت تأثير الديانة المسيحية؛ ومازالت هاتان الديانتان تلعبان دورا كبيرا وفعالا فى تطور القانون الحديث [٣٧]

فعلى سبيل المثال عدل الدين الإسلامي من نظام الحكم الذى كان يعتمد على العصبية القبلية والاستبداد بالرأي وجعل من الشورى والمساواة أساسا للحكم وهو ما عرف بنظام الخلافة؛ كما عدل الإسلام نظام الطلاق فبعد أن كان لا حد لعدد الطلقات وكان الطلاق بل عدة جعل الطلاق محدد بعدد معين وجعل العدة أثرا للطلاق؛ كما أبطل الإسلام بعض العادات الجاهلية فى الطلاق كالظهار والإيلاء [٣٨]؛ كما حرم الدين الإسلامى نظام التبنى بعد أن كان مباحا؛ وجعل الميراث للأقارب فقط بعد أن كان بنظام الولاء والموالاة [٣٩]؛ كما حرم الإسلام التداين بالربا في قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) [٤٠]؛ وأقر الإسلام مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الناس بسبب الجنس أو اللون أو الأصل بعكس ما كان متبعا قبل الإسلام؛ كما حسن الإسلام من نظام الرق وأوجب معاملتهم بطرق حسنة .

أما المسيحية فلم تتعرض للقانون ولا للأمور الدنيوية؛ واقتصرت على نشر المبادىء الروحية والخلقية وفصلت بين الدين والدولة (ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله)؛ ولعل ذلك يرجع إلى البيئة التى نشأ فيها الدين المسيحى والظروف التى أحاطت بالمجتمعات التى انتشر فيها؛ فهو قد نشأ في الشرق في وسط يهودى تسوده الشريعة الموسوية وهى شريعة منظمة لأمور الدين والدنيا ؛ وحينما انتقل إلى الدولة الرومانية كانت هذه الدولة في أوج مجدها وعصرها الذهبى؛ وكان القانون فيها قد بدأ يصل إلى قمة المجد؛ لذلك لم تكن تلك المجتمعات التى نشأ فيها الدين المسيحى أو انتقل إليها في حاجة إلى تنظيم قانونى ولكنها كانت في حاجة ماسة إلى هداية روحية وخلقية؛ فاقتصر الدين المسيحى على معالجة الناحية الخلقية والروحية؛ ومع ذلك تركت المسيحية أثرا ملموسا في الشرائع القانونية الغربية مثل القانون الروماني والقانون الأنجلوسكسونى بل والقوانين الحديثة في أوروبا [٤١]

فالقانون الرومانى تأثرا بالمسيحية فاستحدث بعض النظم القانونية مثل تحريم الزواج بين المسيحين واليهود؛ وتحريم الزواج بين الفتاة والرجل الذى تولى تعميدها لأنه يعتبر أبا روحيا لها؛ وإعطاء المرأة حق التبنى إن لم يكن لها أبناء؛ كما قرر خضوع المرأة لمدة العدة بعد وفاة

---

(٣٧) د / عادل عامر – الحيل القانونية وأسباب إستعمالها – منتدى العلوم القانونية – ٢٠١١ .

(٣٨) الظهار هو أن يشبه الزوج زوجته بإمرأة محرمة عليه بأن يقول لها أنتى على كظهر أمى – الإيلاء هو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته أربع شهور فصاعدا

(٣٩) الولاء هو عهد بين شخصين لا يرتبطون بصلة قرابة بأن يرثوا بعضهم البعض عند وفاة أحدهم .

(٤٠) سورة البقرة – آية ٢٧٥

(٤١) د / أحمد غانم حافظ – مرجع سابق – ص ٩٩

زوجها[٤٢]؛ وقد عدل القانون الرومانى الكثير من الأحكام المتعلقة بالرق واعتماد سبل جديدة للعتق والرقابة على الرقيق؛ كما ألغى القانون الرومانى القوانين التى سنها أغسطس والتى تتنافى مع مبادىء وفلسفة المسيحية كإلغاء قوانين محاربة العزوبة والإعراض عن الزواج؛ كما ظهر تأثير المسيحية في مجال الالتزامات فقرر قاعدة الثمن العادل وتقرير الغبن وتحديده بالفاحش إذا كان الثمن أقل من نصف القيمة الحقيقية؛ كما ظهر تأثير المسيحية على القانون الجنائى وقررت بعض العقوبات على عدة جرائم والتى تتعارض مع روح المسيحية مثل الإلحاد؛ وقررت عقوبة الإعدام على من يخالف زواج المحارم والسجن المؤبد للزنا وإعدام المرأة التى تعاشر أحدا من العبيد .

الفرع الثانى
الأسباب الإقتصادية

لا ينكر أحد الصلة الوثيقة بين الإقتصاد والقانون؛ فكلاهما فرع من العلوم الإجتماعية يبحث الأول منهما في المشكلات الناشئة عن إشباع الحاجات الإنسانية المتعددة بموارد محدودة؛ ويختص الثانى بوضع القواعد التى تنظم العلاقات بين الناس في المجتمع؛ ولكن ثار خلاف بين الباحثين حول معرفة أى من هذين العلمين يتقدم على الأخر ويؤثر فيه وذلك على النحو التالي:-

- النظرية المادية:- ينكر أنصار النظرية المادية (ماركس) [٤٣] على القانون صفته كحقيقة اجتماعية لها كيانها الخاص بها؛ فهو لا يعدو أن يكون المظهر الخارجي للروابط الناشئة بين قوى الإنتاج المختلفة؛ ومجموعة الروابط الناشئة بين قوى الإنتاج؛ فالاقتصاد والمجتمع يكونان شيئا واحدا؛ وعلى ذلك فكل التغيرات التى تطرأ على المجتمع لا يمكن ردها إلا لأمر واحد وهو الإقتصاد؛ فالنظم القانونية والاجتماعية والتنظيم السياسي للمجتمع وأخلاق الشعوب وحتى ديانتها وأفكارها تخضع كلها للظواهر الإقتصادية؛ فالمجتمع لا يتأثر إلا بعامل واحر وهو الإقتصاد [٤٤]

---

(٤٢) العدة هى فترة تلتزم الزوجة بالبقاء فيها دون زواج من أجل براءة الرحم أو الحداد على الزوج في الوفاة وهى تختلف في مدتها على حسب النوع

(٤٣) يرى ماركس أن لفظ العدالة مجرد قناع للرأسمالية فيقوم فكر ماركس على نظرية العمل فيرى أن وقت العمل الضرورى من الناحية الاجتماعية والذى يتمثل فى متوسط الوقت الذى يؤديه العامل باستهلاك قدر ثابت من الجهد لكى ينتج سلعة هو الذى يحدد قيمة هذه السلعة فى السوق – د/ عبد الهادى النجار – مبادىء علم الاقتصاد – المنصورة – ١٩٨٨– ص١٢١

(٤٤) د/ عزت البرعى – التخلف والتنمية – ٢٠١١– دون دار نشر – ص٦٨

- نظرية القانون الطبيعى:- ويذهب الفريق الثانى من الباحثين إلى نقيض ما ذهب إليه الفريق الأول؛ وهذا الفريق يتكون من أنصار فكرة القانون الطبيعي الذين ينكرون تأثر القانون بالظواهر الإقتصادية؛ فالقانون عندهم كامن في طبيعة الأشياء وثابت بثبات تلك الطبيعة؛ ويقتصر دور الإنسان عن الكشف عنه؛ فالقانون لا يتغير بتغير الزمان والمكان لأنه عبارة عن مجموعة من المثل العليا وهى ثابتة بطبيعتها؛ فالاقتصاد لا يؤثر في القانون [٤٥]

والواقع أن كلا من النظريتين قد غالى فيما ذهب إليه؛ فلا يمكن القول بأن الإقتصاد هو كل شيء في المجتمع بحيث نجعل منه العامل الأوحد في حياة الجماعات البشرية؛ يضاف إلى ذلك أن القانون وإن كان يحتوى على بعض العناصر الإقتصادية في بعض الأحيان (مثل نظام الملكية ونظام المقايضة) إلا أن هناك كثير من النظم القانونية لا تحوى جانبا اقتصاديا مثل الحريات العامة وحق الاقتراع وحرية العقيدة [٤٦]؛ وذلك يؤكد القول بأن القانون منفصل عن الإقتصاد ومستقل عنه وإن كان هناك أثر متبادل بينهم؛ ولا نستطيع من جهة أخري أن ننظر إلى القانون باعتباره مجموعة من المثل العليا الكامنة في طبيعة الأشياء والثابتة رغم تغير الظروف [٤٧]؛ فالقانون وليد المجتمع وما وجد إلا ليحكمه؛ فإن تطور ذلك المجتمع وجب أن يتطور القانون حتى يتلاءم معه؛ والاقتصاد من بين العوامل التى تؤثر في تطور المجتمع فهناك أثر متبادل بين القانون والاقتصاد؛ غاية الأمر أن الوقائع الإقتصادية قد تسبق القانون في تطورها؛ وفى هذه الحالة تعتبر عاملا من عوامل تطوره وقد يسبق القانون في تطوره الوقائع الإقتصادية وبذلك يؤثر فيها ويخضعها لمشيئته [٤٨] .

وعن أثر الإقتصاد في القانون الرومانى فقد أثر الإقتصاد بشكل لا يمكن إنكاره ففى **عام ٤٤٩ قبل الميلاد أصدرت حكومة روما قانون الألواح الاثني عشر لتنظيم الحياة التجارية والإجتماعية والأسرية وكان بعض ما تضمنته تلك الألواح كان منطقيا ومتسقا مع اقتصاد**

---

(٤٥) د / مصطفى صقر – فلسفة القانون – ١٩٩٩– ص٤٩

(٤٦) د/ السيد العربى حسن – العدل والانصاف فى النظريات الفلسفية والواقع القانونى – دار النهضة العربية ؛ ٢٠٠٠ – ص ١٢٠

(٤٧) د/ السيد العربى حسن نفس المرجع السابق – ص ١٢١

(٤٨)إن للاقتصاد دوراً فعالاً في تفادي بعض المشاكل التي قد تأتي بها الأسواق الحرة إلى المجتمعات؛ ويكون ذلك من خلال اقتراح سياسات تتخلص من كافة المشاكل التي تساهم في إخفاق الأسواق؛ ومن أهم هذه السياسات إعانة الخدمات العامة وفرض الضرائب السلبية الخارجية، هذا ويساعد الاقتصاد الحكومات في دراسة حالة المجتمع الاقتصادية فيما إذا كان نحو الأفضل أو الأسوأ؛ الأمر الذي يتيح لها المجال في التدخل المباشر وإحداث تأثير في مدى توفير سلع ما في الأسوأ – د/ عبد الهادى النجار – مرجع سابق – ص٣٨

يحترم العقود والتجارة، ولكن بعضه الآخر تضمن عقوبات تعسفية قاسية، ومنح سلطات وصلاحيات غير مبررة لعدد من الفئات فى تنفيذ تلك العقوبات [٤٩].

وعن أثر الإقتصاد في الشريعة الإسلامية فلا شك أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان لأنها شريعة عامة مرنة ولها مصادر عديدة غير القرآن الكريم والسنة النبوية فهى تحاكى التطورات والمستجدات الجديدة مثل الإجماع والقياس والعرف والمصالح المرسلة والاستحسان؛ وهذه المصادر عدت وسائل لتطوير الفقه الإسلامي وتأكيد على مرونة الفقه الإسلامي والدليل على ذلك الخلاف الفقهي حول شهادات الاستثمار وغيرها من مستحدثات الأمور[٥٠] .

المطلب الثانى

الأسباب الخاصة

لا شك أن القوانين لم تنشأ مصادفة وإنما هى نتاج تفاعل عدة ظروف؛ وكذا هو ناتج عناصر وعوامل كثيرة جغرافية و تاريخية و دينية واقتصادية وسياسية، وهي متشابكة ومتصلة الأطوار ودائبة التدرج، ولذا قال فيلسوف الثورة الفرنسية (مونتسيكو) في كتابه الأهم (روح القوانين) إن القانون يجب أن يكون ملائماً لحاجة الشعب الذي صنع من أجله [٥١]؛ ونتناول فيما يلى الأسباب أو العوامل الخاصة لتطور القوانين وهى تتنوع إلى ثلاث أسباب أو عوامل هما على النحو التالى:-

١-**العامل الجغرافى:**- فهناك تطورات راجعة إلى طبيعة البلد الجغرافية ومناخها؛ فالدول المجاورة للبحار تعيش فى ظل نظم لا توجد عند الشعوب التى لا تتصل أرضها بالبحر؛ فحرية الملاحة وتقدم التجارة البحرية يؤثر فى قانون الدول الأولى بعكس الحال بالنسبة للنوع الثانى من الدول؛ وهناك نظم قانونية توجد فى البلاد الباردة ولا نظير لها فى البلاد الحارة أو العكس؛ وتنظيم بعض العلاقات القانونية يختلف فى البلاد الباردة عنه فى البلاد الحارة وهكذا ومن أمثلة ذلك سن الزواج . [٥٢]

والأسباب التى تؤدى إلى تطور القانون لدى الأمم الزراعية تختلف بطبيعة الحال عن الأسباب التى تعمل على تطور قوانين الأمم التجارية أو الصناعية .

---

(٤٩) د/ أحمد أبو الوفا – تاريخ النظم القانونية وتطورها – الدار الجامعية – الإسكندرية – ١٩٨٤- ص١٠١

(٥٠) د/ أحمد أبو الوفا – المرجع السابق – ص١٠١ و ١٠٢

(٥١) روح القوانين – منتسيكو – ترجمة على أكب مهندى – محمد مديور – مؤسسة هنداوى للنشر والتوزيع – ٢٠١٢- ص١٥

(٥٢) الموسوعة الفقهية – وزارة الأوقاف الكويتية – الكويت – ١٩٩٠ – دون دار نشر – ص٣٢٨

٢-**العامل الأنثروبولوجي** [٥٣]:- إن الجنس الذى ينتمى إليه شعب من الشعوب يكون له أثره فى تطور قانونه؛ فهناك شعوب تقوى لديها الملكة القانونية وشعوب لا تتوافر فيها تلك الصفة؛ فالشعب الرومانى مثلا قد خلق على حد تعبير – أهرنج- ليحمل رسالة القانون للعالم؛ والشعب اليوناني أكثر الشعوب تميزا وإنتاجا في مجال الفلسفة؛ والشعب العربى أكثر الشعوب تميزا وإبداعا في مجال الشعر؛ وهذه الصفة تساعد تلك الشعوب على إيجاد الحلول المناسبة لما يعرض لها من مشاكل اقتصادية واجتماعية [٥٤] .

٣-**العامل التاريخى:**- إن تاريخ كل أمة من الأمم يتحكم إلى حد ما فى تطور قانونها؛ فهناك بعض النظم أوجدتها ظروف خاصة بأمة من الأمم؛ كالنظام البرلمانى فى إنجلترا [٥٥]؛ فتطور تلك النظم محكوم بالاعتبارات التاريخية التى أوجدتها ويكون من الصعب على تلك الأمة التخلى عن النظم الخاصة بها إلا إذا اضطرتها الظروف إلى ذلك؛ كما أن الأمم التى تنقل هذه النظم لا تستطيع تطبيقها بصورة جيدة مثل النظام البرلمانى الذى نقلته دول العالم الثالث عن إنجلترا [٥٦]

٤-**المحاكاة:**- فكانت بعض الشعوب مولعة بحضارة معينة مما جعلها تحاكى هذه الحضارة اعتقادا منها أنها متقدمة بغض النظر عن كون المحاكاة تلائم بيئتها وتناسبها هى أم لا؛ وهناك شعوب غيرت قوانينها لاختلاطها بشعوب آخرى؛ فلا يزال حتى الآن بعضا من الشعوب العربية لديها الانبهار بالثقافة الأمريكية والأوروبية وتحاول بشتى الطرق السير على نهجها في كافة المجالات [٥٧].

---

(٥٣)الأنثروبولوجيا القانونية، والمعروفة أيضًا باسم أنثروبولوجيا القوانين، هي مجال فرعي من الأنثروبولوجيا يُعنى «بدراسة التنظيم الاجتماعي بين الحضارات يسعى علماء الأنثروبولوجيا القانونية إلى الإجابة على العديد من الأسئلة، مثل: كيف يوجد القانون في الحضارات؟ وكيف يتجسد؟ وكيف يمكن لعلماء الأنثروبولوجيا المساهمة في فهم القانون؟ - بحث بعنوان – (الإنسان القانونى) الان سوبيو – ترجمة عادل بن نصر – مركز دراسات الوحدة العربية – ٢٠١٢- ص١٧٣

(٥٤) د/ محمد بن إبراهيم – الحيل وأثرها على المعاملات المالية – دار سحنون للنشر والتوزيع والترجمة – تونس – ٢٠٠٩- ص٥٩

(٥٥) يقوم النظام البرلمانى على مبدأ الفصل المرن بين السلطات فصلا يقوم على التعاون بين السلطات وخاصة السلطة التنفيذية والتشريعية وكذلك الرقابة المتبادلة بينهما و تعتبر انجلترا مهد النظام البرلمانى فكان مرحلة متقدمة من مراحل تطور الحياة السياسية ونظام الحكم فيها ولم ينشا نتيجة صيغة دستورية مختارة وإنما كأثر لتطور سياسى وتقدم حضارى واجتماعى – د / ابراهيم محمد على – النظم السياسية – ٢٠٠٥- دون دار نشر – ص١٩٨

(٥٦) د/ محمد توفيق - دراسة فى التطور التاريخى للقانون الإنجليزى- دار النهضة العربية - القاهرة – ١٩٨٩- ص٦٥

(٥٧) د/ محمد توفيق – المرجع السابق - ص٦٥ وما بعدها

المطلب الثانى

الافتراض القانونى وقرينة البراء

ويقصد بقرينة البراءة أن يعامل المتهم معاملة البرىء حتى تثبت إدانته بحكم جنائى بات؛ وان الهدف من هذه القرينة أو هذا المبدأ هو حماية المتهم سواء أكان ذلك فيما يتعلق بالمعاملة التى يخضع لها أو فيما يتعلق بإثبات إدانته؛ وقد ذهب بعض الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لافتراض البراءة في المتهم إلى مبدأ وهو الأصل في الإنسان البراءة وهى قرينة بسيطة [٥٨]؛ فالمعلوم أن الأصل في الأشياء الإباحة مالم يتقرر بحكم قضائى وبناء على نص قانونى بعد ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم واستحقاق العقاب؛ والمجهول المستنتج من هذا المعلوم هو براءة المتهم حتى تثبت إدانته بحكم قضائى بات؛ وبالتالى تقوم هذه القرينة على فكرة الافتراض القانونى [٥٩].

وبناء على ما تقدم فإن المتهم يظل محتفظا بافتراض قانونى على براءاته مهما بلغت جسامة الجريمة المتهم بها ومهما كانت خطورتها وطبيعتها؛ ومهما ثقل وزن الأدلة المتوفرة ضده حيثما كانت جريمته مشهودة ومتلبسا بها لأن ذلك الافتراض الابتدائي لا يهدمه سوى حكم قضائى نهائى؛ ولهذا الافتراض وجه آخر للشرعية الجنائية وركنا من أركانه ونهجا للأنظمة التقدمية الديموقراطية وافتراضا من مفترضات المحاكمة العادلة [٦٠]؛ وبالتالى يتبين لنا أنها قرينة تقوم على افتراض قانونى يتمثل في كون المتهم شخصا بريئا حتى يثبت من الأدلة والمستندات أنه مدان بارتكاب الجريمة؛ وبالتالى فالافتراض هنا على قدر كبير من الأهمية متمثلا في أن الأصل في الإنسان البراءة وهو ما يتفق عليه دوليا ودستوريا

المطلب الثالث

الإفتراض القانونى في قانون العقوبات

بعد أن بحثنا في نطاق الجنائى وعلى الأخص في قانون العقوبات بقسميه العام و الخاص وقانون الإجراءات الجنائية وجدنا تطبيقات لفكرة الإفتراض القانونى في عدة حالات نعرضها فيما يلى:-

---

([٥٨]) د/ أحمد فتحى سرور – الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان – دار النهضة العربية – ١٩٩٦– ص١٨٦

([٥٩]) د/ كمال محمد على الصغير – الحرية الشخصية للمتهم في إطار نظام الشرعية الإجرائية – دراسة تحليلية تأصيلية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ٢٠٠٣– ص٤٥٧

([٦٠]) د/ أحمد إدريس أحمد – افتراض براءة المتهم – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٨٤– ص٦٣

١-**السرقة مع حمل السلاح:-** فتنص م ٣١٦ من قانون العقوبات المصرى على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر و لا تجاوز سبع سنوات على السرقات التى تقع ولو من شخص واحد يحمل سلاحا ظاهرا أو مخبأ) وتستند هذه العلة على عدة مبررات هذه المبررات تتعلق بالجانى فوجود السلاح معه يقويه ويغريه على التمادى فى أفعاله الإجرامية ومبررات تتعلق بالمجنى عليه وهى أن مشاهدته للسلاح أن كان ظاهرا أو مخبأ يوقع فى نفسه الرعب والهلع ولا يقوى على الدفاع عن نفسه ومبررات تتعلق بنتائج الجريمة التى من الممكن أن تتعدى السرقة وتصل إلى الاعتداء على الأشخاص[٦١]

ويرى الباحث أن الإفتراض القانونى هنا تمثل في أن المشرع قد اعتبر أن مجرد حمل الجانى للسلاح حتى لو مع عدم استخدامه فيه تشجيعا له على الإقدام على ارتكاب الجريمة أيضا شل مقاومة المجنى عليه لخوفه من الدفاع عن نفسه ضد الجانى وهو مستعين بتلك الوسيلة .

٢- **السرقة ليلا:-** فتنص المادة رقم ٣١٦ من قانون العقوبات المصرى على أنه (يعاقب بالسجن المشدد على السرقات التي تحصيل ليلاً من شخصين فأكثر يكون أحدهم على الأقل حاملاً سلاحاً ظاهراً أو مخبأ)

ولا شك في أن ارتكاب الجريمة في جنح الليل يمثل خطورة بالغة، حيث يأتي الخطر من حيث يكون الإنسان في حالة استرخاء وسكينة، فيقدم الجاني الذي يتصف في هذه الحالة بالخطورة الإجرامية الظاهرة، بما يظهره من إصرار وتصميم حتي يأوي الناس إلي مساكنهم، وترصد وتعقب إلي أن يأتي الليل ويخيم السكون، حتي يرتكب من الأفعال الخطيرة التي قد تتسبب في إفزاع الضحايا أو إلحاق أضرار جسيمة بخلاف ما يقصده من سرقة [٦٢].

لذلك فمن أهم الأسباب المبررة لتشديد العقاب في الجرائم المرتكبة ليلاً فهي تتمثل كما نوهنا في سهولة ارتكابها في ظلمات الليل؛ فسكون الليل وحلكة الظلام والوحدة والوحشة وخلود

([٦١]) د/ أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية - ٢٠١٣ - ص٣٧٦

([٦٢])لم يضع المشرع المصري تعريفاً لظرف الليل، في حين عرفته بعض التشريعات الأخرى، مثال ذلك التشريع العراقي الذي وضع تعريفاً حدد فيه بدايته ونهايته، واعتبره الفترة بين غروب الشمس وشروقها، والحال كذلك في القانون السوداني، كما عرفه القانون الإنجليزي بأنه الفترة ما بين التاسعة مساءاً والسادسة صباحا؛ كما عرفه القانون البلجيكي بأنه الفترة التي تبدأ بعد غروب الشمس بساعة وتنتهي قبل شروقها بساعة، في حين لم يرد أي تعريف لليل في القانونين المصري والفرنسي وأيضاً القانون السوري وقوانين عربية أخرى، وإزاء ذلك ثار الخلاف بين الفقهاء ومن ورائهم القضاء حول تفسير معنى الليل القانوني، أي الوقت الذي يعُد ليلاً في مفهوم القانون الجنائي

الناس إلى الراحة ومفاجئتهم في هذا الوقت، والرعب أو الفزع الذي يثيره الجناة مما يساعدهم على تنفيذ جريمتهم بسهولة ويسر دون إمكان ضبطهم، وبخاصة عندما تقل أو تضعف وسائل المجني عليه في الحماية والدفاع عن نفسه وماله، وحيث يعجز الغير من نجدته وإغاثته عندما يباغت بالجريمة في جو الظلام [٦٣] .

ويرى الباحث أن الإفتراض القانونى في السرقة ليلا قد تمثل في إفتراض المشرع أن كل جريمة سرقة ترتكب ليلا تستحق التشديد باعتبار أن أغلب الأشخاص يكونوا في حالة سكون سواء خالدين للنوم أو في حالة راحة بعد عناء يوم طويل؛ وهو إفتراض منطقى ترتب عليه أن تغيرت العقوبة لتشدد في تلك الحالة .

٣- عقوبة الإعدام:- نصت المادة ٣٨١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على أنه (لا يجوز لمحكمة الجنايات أن تصدر حكما بالإعدام إلا بإجماع أراء أعضائها ...)؛ فالإعدام هو إزهاق روح إنسان وهو عقوبة استئصالية مقررة للجرائم الخطيرة منذ القدم؛ وقرر المشرع عقوبة الإعدام كجزاء على بعض الجنايات التى تتميز بدرجة من الخطورة تبرر اللجوء إلى تلك العقوبة ومن هذه الجنايات تلك المضرة بأمن الدولة من جهة الخارج والداخل والقتل العمد المقترن بجناية أو جنحة والقتل باستعمال السم والحريق العمد الذى ينشا عنه موت إنسان وشهادة الزور التى تؤدى إلى الإعدام [٦٤]؛ ولحكم الإعدام عدة ضمانات قررها المشرع وهى:-

١- لا يجوز لمحكمة الجنايات أن تصدر حكمها بالإعدام إلا بإجماع أعضائها؛ وعلة هذا الاستثناء هو التيقن من أن الحكم بالإعدام قد صدر طبقا لأحكام القانون ودون أدنى شك قد يقع فى نفس أي من أعضاء المحكمة؛ فإجماع أعضاء المحكمة ينفى بلا شك أدنى إحتمالات للخطأ في إصدار الحكم [٦٥].

٢- وجوب إرسال الأوراق إلى مفتى الجمهورية فإذا لم يصل رأيه إلى المحكمة خلال عشرة أيام التالية لإرسال الأوراق إليه حكمت فى الدعوى وعلة هذا الإجراء أن يدخل فى روع المحكوم

([٦٣]) د / أحمد شوقي عمر أبو خطوة - القسم الخاص في قانون العقوبات - جرائم الإعتداء علي الأشخاص - دار النهضة العربية - ط١- ١٩٩٣ - ص١٩٩

([٦٤]) د/ محمد سامى الشوا - قانون العقوبات (القسم العام) - الجزاء الجنائى - ٢٠١٤- دار النهضة العربية - ص٢١٦

([٦٥]) وفى هذا السياق يقول المستشار سمير أنيس نائب رئيس محكمة النقض أن أحكام الاعدام لا تصدر إلا بعد أن يخلو القاضى إلى نفسه وقلب الأوراق ويفحص الادلة، وذلك لجسامة تلك العقوبة والتى سيقضى بها القاضى على المتهمين سيما وأن الذى يقبض الروح هو الله سبحانه وتعالى وأن القاضى فى هذا الموقف هو ظل الله على الأرض فكيف له أن يتهاون فى تحديد الجرم والعقوبة

عليه بالإعدام اطمئنانا إلى أن الحكم الصادر بإعدامه إنما يجيئ وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية [٦٦]

٣- أوجب القانون على النيابة العامة عند الحكم بالإعدام حضوريا أن تعرض القضية على محكمة النقض للتحقق من صحة تطبيق القانون وذلك خلال أربعين يوم من تاريخ صدور الحكم .

ويرى الباحث أن المشرع وهو يشترط إجماع أراء أعضاء المحكمة لإصدار حكم الإعدام قد افترض مبدأ أو فرض ضمانة إجرائية وهو أن إحتمالات الخطأ تتلاشى مع وجود هذا الإجماع ففى حالة الأغلبية قد يكون احتمال الخطأ وارد؛ ولكنه يقل كثيرا في حالة إجماع الآراء؛ كما توافر الإفتراض في اشتراط أخذ رأى المفتى قبل صدور حكم الإعدام لإضفاء مزيد من الشرعية على ذلك الحكم فعدم اعتراض المفتى وهو يمثل رأى الدين فيه افتراض بشرعية الحكم والإجراءات التى بنى عليها .

المطلب الثانى

الافتراض القانوني بمثابة تشريعات ضمنية

إن القاعدة القانونية تتضمن تنظيما معينا لشأن من شؤون الحياة، وهي تتضمن كذلك عنصر الإجبار الذي يجعل لها قوة ملزمة، ولذا فإن لكل قاعدة من القواعد القانونية مصدر مادي تستمد منه مادتها، ومصدر رسمي تستمد منه قوتها في الإلزام [٦٧]؛ والمصادر المادية متعددة فقد يقصد بها العوامل المختلفة التي اقتضت وضع القاعدة القانونية، سواء كانت هذه العوامل طبيعية، أو سياسية أو اجتماعية، أو دينية أو ما مرت به الجماعة من ظروف مختلفة وقد يقصد بالمصادر المادية كذلك الأصل التاريخي الذي استمد منه القانون؛ أما المصادر

([٦٦]) والرأي الذي يبديه المفتي تجاه قرار المحكمة بشأن المتهمين ليس ملزما لها؛ حيث إن المادة ٣٨١ قد أوجبت أخذ رأي المفتي قبل الحكم بالإعدام على المتهمين، بحيث إن تخطى مراعاة هذا الإجراء يترتب عليه بطلان الحكم، إلا أن رأي المفتي ليس ملزما لها. وأكدت أنه إذا جاء رأي المفتي رافضا لتوقيع عقوبة الإعدام فليس ذلك ملزما للمحكمة، إذ لها أن تقضي بالإعدام رغم رفض المفتي ذلك، لأن المحكمة رأت أن ما لديها من أدلة كاف للنطق بالحكم

([٦٧]) د/ محمد حسين منصور- المدخل إلى القانون القاعدة القانونية- منشورات الحلمي الحقوقية - الطبعة الأولى ٢٠١٠- ص٢٥

الرسمية فهي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة، وتصبح به واجبه التطبيق؛ لذا فهي الطريق التي تنفذ منه القاعدة إلى دائرة القانون المطبق، وتكتسب منه صفة الإلزام [٦٨]

والمصادر الرسمية للقانون متعددة ومتنوعة وتختلف باختلاف المجتمعات والعصور، ولكن هناك من بين تلك المصادر ما هو عام ومشترك بين جميع الشرائع ووجد في معظم العصور وهو –العرف والتشريع– أما بالنسبة للمصادر الأخرى غير المصدرين السابقين كالدين والفقه والقضاء، فإنها كمصادر رسمية تختلف باختلاف البلاد والعصور؛ ومن الدول ما يجعل التشريع –كمصدر من مصادر القانون– في المرتبة الأولى كحال الغالبية الكبرى من الدول في الوقت الحاضر. ومنها ما يجعل السوابق القضائية في المقام الأول عوضا عن التشريع كحال الدول الأنجلوسكسونية[٦٩]

والتشريع كمصدر من مصادر القانون هو وضع قاعدة قانونية في نصوص تنظيم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة؛ وهذا يعني أن التشريع يضع قاعدة قانونية مجردة تحكم سلوك الأفراد، ولهذا فإنه يلزم أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانوني[٧٠]

والتشريع بذاته فن يحتاج إلى عقل يحتمل السفسطة أو مارسها بشكل ما أو حتى يفهمها كنوع من الفلسفة التقليدية ؛ فالتشريع بما أنه قيد على سلوكيات الإنسان وحد من حدود حريته سيحاول من يريد الإفلات منه بصورة ما أن يتحايل بشكل عقلى على النص التشريعى لتفادى الإلتزام به وتفادى الوقوع في جزاء المخالفة؛ هنا الإنسان وليس كل شخص قادر على أن يتيقن هذا الدور وبالصورة التى تنجيه ولابد أن يكون قادرا على افتراض الفرض وعكسه؛ ليس فقط الافتراض بل والقبول به منطقيا وعقليا؛ وبالتالى فلكى ينجح المخالف لابد أن يكون على درجة من المران السفسطائي كى ينجح ولسد الطريق على هذه المحاولة كان على المشرع أن يحسب لهذا الأمر أكثر من حساب؛ ولا يوجد من يجيد هذه التدابير غير الفيلسوف أو من هو قادر على إدراك ذلك [٧١]

([٦٨]) د/ توفيق حسن فرج– المدخل للعلوم القانونية – موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق– مؤسسة الثقافة الجامعية – ٢٠١٠– ص٨٧

([٦٩]) د/ محمد حسين منصور – المرجع السابق – ص ٢٦ وما بعدها

([٧٠]) د/ على أحمد عباس – مرجع سابق – ص٢٣

([٧١]) السفسطة أو السفسطائية هي مذهب فكري فلسفي نشأ في اليونان إبان نهاية القرن السادس وبداية القرن الخامس ق.م في بلاد الإغريق، بعد انحسار حكم الأقلية الأوليغارشية وظهور طبقة حاكمة جديدة ديموقراطية تمثل الشعب، وقد ظهر السفسطائيون كممثلين للشعب وحاملين لفكره وحرية منطقه ومذهبه العقلي والتوجه المذكور هذا هو الذي كلفهم كل ما تعرضوا له من هجوم حتى ليصدق القول بأن

وتعد التشريعات والأنظمة واللوائح الأداة الفاعلة في اتخاذ القرارات وتحقيق المصلحة العامة؛ لذا كان من الواجب أن تحقق تلك التشريعات الغايات والمقاصد ولن يتحقق ذلك إذا كانت النصوص عامة ولا تشمل تفاصيل معينة يحتاجها المجتمع؛ فإذا افترضنا أن المشرع قد نظم أحكام الميراث إلا أنه بدون الافتراض القانونى لبقت أحكام المفقود والجنين بدون غطاء قانونى يكفل لهم حقوقهم في الميراث [٧٢].

وتعد عملية الإصلاح والتطور التشريعي إحدى الموضوعات الهامة لما لها من أثر في إرساء البناء المؤسسي للدولة وتنظيم مؤسساتها وخدمة مواطنيها؛ وبالتالى وبمفهوم المخالفة يعتبر القصور التشريعي أمر يعيق بناء مؤسسات الدولة [٧٣]؛ فالتشريع الناجح والقادر على ترتيب العلاقات البينية داخل المجتمع يجب أن يكون قانونا واقعيا؛ بمعنى أنه يفهم الواقع بكل تفاصيله ويقف على نقاط القوة والضعف فيه؛ فهو من سيتعامل مع هذا الواقع وموجه له؛ إذا فالتشريع الناجح يتمثل في وضع قواعد تشريعية وأفكار محددة في نطاق موحد مبنى على رؤية مسبقة تتجه في إدارة التشريع نحو أمرين أساسين [٧٤]:-

- أن يكون التشريع مؤديا لتيسير الحركة داخل النظام الاجتماعي ذاته وأن يفكك من قواعد التعطيل والمعرقلات اللامجدية لحركة الفرد والمجتمع معا .
- أن يكون للتشريع قوة ربط اجتماعي وليس قوة إنتقام وجزاء فقط

وقد ابتكر القضاء عبر التاريخ حلولاً متنوعة لمعالجة القصور التشريعي منها اللجوء إلى الحيلة القانونية أو اللجوء إلى قواعد القانون الطبيعي أو قواعد العدالة؛ ويتدخل القضاء لمعالجة القصور في التشريع تحت ستار الاجتهاد في التفسير؛ والاجتهاد هو بذل الجهد لإدراك أمر شاق؛ أو هو بذل الجهد لإدراك حكم شرعي؛ واجتهاد الرأي يكون على الأغلب في حالتين الأولى: عدم وجود نص يحكم حالة أو واقعة معينة لأنه لا حاجة للاجتهاد في حالة وجود النص؛ والثانية هي حالة وجود النص ولكنه نص غامض تتسع عباراته لمعاني ودلالات

السفسطائيين كانوا من أوائل المذاهب الفكرية التي تعرضت للتنكيل والنفي والقتل لمجرد كونها تخدم مصلحة الضعفاء والمساكين

([٧٢]) د/ ضياء عبد الله عبود الأسدى – فلسفة التشريع أداة فاعلة في مواجهة التحديات الراهنة – كلية القانون – جامعة بابل – العراق – ٢٠١٦– ص٢٩

([٧٣]) د/ ضياء عبد الله عبود الأسدى – نفس المرجع السابق – ص٣١ وما بعدها

([٧٤]) د/ حسن عبد الرحمن قدوس – الأصول الفلسفية للوضعية القانونية – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – ١٩٩٧ – ص٧٦

مختلفة[٧٥]؛ ويختلف الفقهاء في تفسيره كلّ حسب اجتهاده وتتبع في مثل هذه الحالة قواعد التفسير؛ ومثال هذه الحالة الاختلاف في تفسير قوله تعالى (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَلاَ يَحِلّ لَهُنّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِيَ أَرْحَامِهِنّ) [٧٦]؛ فرغم وجود النص فقد اختلف الفقهاء في المقصود من القرء وهل هو الحيض أم الطهر؛ فقد يرى القاضي وهو ينظر في نزاع عرض عليه أن النصوص القانونية القائمة لا تتلاءم مع الظروف الاجتماعية السائدة [٧٧]؛ وفي مثل هذه الأحوال يمكن للقاضي أن يلجأ إلى حلول متنوعة، بأن يتوسع مثلا في مدلول معيار الغاية بان يعطي للنص تفسيراً متطورا من خلال التوسع في المعنى الجوهري للنص القانوني القائم فإذا تعذر إدراك قصد المشرع بصورة ظاهرة أمكن البحث عنه في المبدأ العام للقانون وروح الشريعة التي استمد منها القانون عموم أحكامه أو بالاستعانة بأحد المبادئ التي استقرت في الضمير القانوني الإنساني بصورة عامة أو ما استقر عليه الفقه من آراء بالتأمل في روح النظام الاجتماعي [٧٨]، وإذا تعذر رغم ما تقدم من وسائل إيجاد حل للحالة، فان القاضي يستطيع الاستناد إلى وجهات نظر لا تزال غير محدودة وغير ملزمة بصورة عامة إلا أنها اعتبرت خلال فترة من الزمن أسانيد قانونية انسلخت على الأغلب من الأفكار النامية للمبادئ القانونية أو من طبيعة الأمور ذلك أن القاضي ملزم بإيجاد حكم لكل حالة معروضة عليه وبخلافه يعتبر منكراً للعدالة؛ وفي كل هذه الأحوال ينبغي على القاضي أن يبقى في نطاق المبادئ والغايات التي يقوم عليها النظام القانوني عند تقدير ملائمة الحلول للحالة المعروضة عليه؛ فلا يأتي بحلول شاذة أو غريبة عن مجتمعه ومعياره في ذلك هو معيار النظام العام والآداب السائد في مجتمعه مستلهماً روح النظام القانوني والغايات الاجتماعية النبيلة،دون أن يستند إلى أفكاره ومعتقداته الشخصية ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل الجماعة [٧٩]، وكما يوضح الأستاذ السنهوري رحمه الله، أن القانون هو نبت البيئة وغرس الأجيال المتعاقبة يتطور من

([75])Glaser: op. cit., p. 54, Lembois C: droit penal international, Dalloz, paris, 1979

([٧٦]) سورة البقرة – آية ٢٢٨

([٧٧]) د/ صبحى رجب محمصانى – فلسفة التشريع في الإسلام – دار الكشاف – بيروت – ١٩٤٦– ص٦٥

([٧٨]) د/ حسن أحمد البغدادى – النقص النظرى في أحكام التشريع – مجلة القضاء – العراق – ١٩٦٦ – ص١٢

([٧٩]) د/ صبحى رجب محمصانى – مرجع سابق – ص٦٦ وما بعدها

مرحلة إلى أخرى ويتخطى أعناق القرون يسلمه الآباء للأبناء والأبناء للأحفاد وهو في كل مرحلة يصطبغ بصبغتها وينضح بلونها [٨٠] .

ومن الأساليب التى يستعين بها القاضى لتطوير وتفسير القانون كما أسلفنا هى طريقة الإفتراضات القانونية؛ صحيح أن أغلب فقهاء ورجال القانون في العصر الحديث اللجوء إلى هذه الوسيلة الغير مباشرة لتطوير القانون؛ فقد انتقد العلامة (meen) هذه الوسيلة لأنه يرى أنه لا يجوز للأمم الحديثة أن تلجأ إلى أسلوب فطرى لتبرير أو تخفيف بعض النظم القانونية؛ ولكن نرى أن تلك الطريقة من الطرق الضمنية للتشريع ولا يلجأ إليها المشرع إلا في حالة عجز وقصور التشريع ولا يتم اللجوء إليها بطريقة أصلية أو مباشرة [٨١].

إذا فالافتراضات القانونية ليست تشريعات صريحة يصدرها المشرع بالإجراءات المعتادة لصدور القوانين ولكنها بحق هى تشريعات ضمنية مستوحاة من روح القانون وفكرة العدالة والقانون الطبيعى؛ فإذا افترضنا أن الضرورة أجبرت شخصا على الدخول على علاقة تعاقدية وهو غير متواجد في مكان المتعاقد الآخر؛ فهنا تقوم الافتراضات القانونية بحل ذلك الإشكال وأقرت فكرة النيابة في التعاقد بأن سمحت للمتعاقد الغائب أن يحل شخص آخر مكانه لإتمام عملية التعاقد؛ فهنا أتصف الأمر بالعدالة ومواكبة الظروف التى يعيشها أحد المتعاقدين وصولا إلى الغرض من القانون .

([٨٠]) د/ محمد حسن قاسم – المدخل لدراسة القانون – القاعدة القانونية – ج١- منشورات الحلبى الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٩ – ص٣٩٤

([٨١]) د/ مصطفى أبوزيد عبد الباقى – مرجع سابق – ص٧٤ وما بعدها .

الخاتمة

من خلال بحثنا في موضوع الافتراض القانونى ودوره الهام في تطور وتفسير القانون وجدنا أن ثمة قواعد قانونية تقوم في مضمونها على مخالفة الواقع وهى بذلك تنطوي على الافتراض من ناحية الموضوع والشكل على حد سواء؛ فوجدنا عدة تطبيقات لفكرة الافتراض القانونى في أغلب فروع القانون؛ فقد بحثنا عن هذه الفكرة في قانون المرافعات والقانون الدولى الخاص والقانون الجنائى؛ ووجدنا أن ذلك الافتراض يقوم بدور كبير فاختفاء الافتراض يترتب عليه اختفاء القاعدة القانونية ذاتها؛ فكثير من الأفكار التى نعرض لها ونحن بصدد دراسة فكرة أو موضوع قانونى معين لا تتفق مع الحقيقة سواء أكانت الحقيقة القضائية أم الحقيقة الواقعية لا سيما الأخيرة دون الأولى؛ وبالتالى فيعد هذا من قبيا الافتراض القانونى؛ وبعد البحث والدراسة تبين لنا أن الافتراضات لم يقتصر دورها على تطور القانون فحسب بل وتفسيره وصياغته أيضا؛ فالافتراض يعد وسيلة من وسائل الصياغة التشريعية ولا يزال يؤخذ به من القائمين على تفسير القانون وتطبيقه فهو متجسد في كثير من المسائل الواردة في القانون المدنى وغيره من فروع القانون الخاص؛ وبالتالى فالافتراض القانونى إن صح قيامه في بعض الأحيان على فكرة الكذب فإنه في أحيان آخري يقوم على فكرة المجاز وذلك نظرا لوجود العلاقة ما بين المفترض والواقع؛ بمعنى أنه يخالف الحقيقة الطبيعية أما على أساس المجاز أو الكذب .

نتائج البحث

بعد أن اختتمنا بحثنا عن موضوع الافتراضات القانونية ودورها في سد القصور التشريعي وتفسيره وأن تلك الافتراضات هى بمثابة تشريعات ضمنية؛ تبين لنا عدة نتائج:-

١- أن للافتراض القانوني دور كبير في أغلب النظم القانونية القديمة بل في أغلب الشرائع السماوية .

٢- أن الافتراض القانوني تعد بمثابة تشريعات مكملة أو ضمنية تهدف إلى سد القصور والفراغ القانونى .

٣- أنه لولا القصور والإغفال التشريعى لما أمكننا من اللجوء إلى الإفتراضات القانونية؛ فهى الوسيلة التى يستعين بها الفقه والقضاء لسد القصور والإغفال التشريعى .

٤- أن المشرع المصرى قد انتهج نهج القانون الرومانى في الاستعانة بالافتراضات القانونية.

٥- أن الافتراض القانونى يقوم على مخالفة الحقيقة لكنه ضروريا لحسن تطبيق القانون فهى الوسيلة التاريخية المثلى لسد القصور التشريعى .

٦- أن الإفتراضات القانونية من الوسائل الهامة لتطور القواعد القانونية وصياغتها ولولاها لأصبحت الكثير من الموضوعات تعانى من الفراغ القانونى .

٧- أن للإفتراض القانونى دورا كبيرا فى العصر الحديث يكاد يفوق ما قدمته تلك النظرية فى العصور القديمة .

٨- أن الإفتراض القانونى ظهر لدى فقهاء المسلمين بعد قفل باب الإجتهاد فى القرن الرابع الهجرى .

٩- أن للإفتراض القانوني تطبيقات عديدة فى مختلف القوانين القديمة بسبب ظروف المجتمع آنذاك ولا سيما القانون الرومانى فقد كانت روما أرضا خصبة لنمو القانون وازدهاره حيث لم يعثر القائمون على تفسير القانون الرومانى أفضل من وسيلة الإفتراض لتطبيق القانون بشكل يتواكب مع الظروف المختلفة .

١٠-أن الافتراض القانوني يهدف إلى تطوير القانون وسد احتياجات المواطنين.

١١-أن هناك العديد من القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية فى القانون المصرى تقوم على فكرة الإفتراضات القانونية وقد تحقق ذلك في فروع كثيرة للقانون .

١٢-الإفتراض القانوني هو بمثابة رخصة من المشرع تم منحها للقضاء لإيجاد حلول مناسبة في القضايا المعروضة عليه .

قائمة المراجع

المراجع العربية:-

١- أبو حاتم على – الحيل والمخارج – كلية الشريعة والعلوم – الجزائر – ١٩٢٤ .

٢- أحمد محمد غنيم – تطور الفكر القانونى – دار الفكر العربى – القاهرة – ١٩٧٢ .

٣- أحمد إبراهيم حسن – تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – منشورات الحلبى الحقوقية – الإسكندرية – ١٩٩٨ .

٤- أحمد سوسة – حضارة وادى الرافدين– سلسلة دراسات ٢١٤ – منشورات وزارة الثقافة والإعلام – ١٩٨٠ .

٥- أحمد غانم حافظ – الإمبراطورية من النشأة إلى الانهيار –٢٠٠٧– دار المعرفة الجامعية – الإسكندرية .

٦- أحمد سعيد – صور التحايل على الربا وحكمها فى الشريعة الإسلامية – دار إبن حزم للطباعة والنشر والتوزيع – لبنان ٢٠٠٧ .

٧- أحمد شوقي عمر أبو خطوة – القسم الخاص في قانون العقوبات – جرائم الاعتداء علي الأشخاص – دار النهضة العربية – ط١– ١٩٩٣ .

٨- أحمد فتحى سرور – الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان – دار النهضة العربية – ١٩٩٦ .

٩- أحمد فتحى سرور – الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية – دار النهضة العربية – ١٩٨٩ .

١٠- أحمد إدريس أحمد – افتراض براءة المتهم – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٨٤ .

١١- أحمد محمد محرز – الوسيط في الشركات التجارية – الطبعة الثالثة – منشاة المعارف الإسكندرية – ٢٠٠٤ .

١٢- أحمد محيو – محاضرات فى المؤسسات الإدارية – ديوان المطبوعات الجزائرية – ٢٠٠٦ .

١٣- أحمد هندي – قانون المرافعات المدنية والتجارية– دار الجامعة الجديدة للنشر – الجزء الثاني – ١٩٩٥ .

١٤- أحمد مسلم – أصول المرافعات (التقاضى) – دار الفكر العربى للنشر – القاهرة – ١٩٧٧ .

١٥- أنور سلطان – المبادىء القانونية العامة – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٥ .

١٦- السيد العربى حسن – العدل والانصاف فى النظريات الفلسفية والواقع القانونى– دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ .
١٧- السيد عبد الحميد فودة – جوهر القانون – دار الفكر الجامعي– الإسكندرية – ٢٠٠٤
١٨- السيد عبد الحميد فودة – القانون بين المثالية والواقعية – دار الفكر الجامعى – الإسكندرية – ٢٠٠٥ .
١٩- أبو الفضل شهاب الدين البغدادى – روح المعانى فى تفسير القران العظيم والسبع المثانى – بدون سنة ولا مكان طبع .
٢٠- أبو الفضل أحمد بن على العسقلانى – تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل – مكتبة ابن تيمية – القاهرة – ٨٥٨ هجريا .
٢١- أبو إسحق الشاطبى – الموافقات في أصول الشريعة – المكتبة التجارية الكبرى – ج٢– دون سنة نشر .

المراجع الأجنبية المترجمة:-

١– ادجار يودنهيمر – علم القانون – فلسفة القانون ومنهجه – ترجمة د/ محمود سلام زناتى – منشور بمجلة العلوم القانونية (حقوق أسيوط) العدد ١١ السنة ١٠ لسنة ١٩٨٨
٢– نورمان كانتور _ التاريخ الوسيط قصة حضارة – البداية والنهاية – ترجمة دكتور قاسم عبده قاسم _ القاهرة ١٩٨١ .
٣– اندرو ملر – مختصر تاريخ الكنيسة – ترجمة ناشد ساويرس – ٢٠٠٣ .
٤– روح القوانين – منتسيكو – ترجمة على أكب مهندى – محمد مديور – ٢٠١٢ .
٥– جان توشار – تاريخ الأفكار السياسية من عصر النهضة إلى عصر الأنوار – ترجمة ناجى الدراوشة – ط١– سوريا – دار التكوين للتأليف والنشر والترجمة – ج٢– ٢٠١٠
٦– جورج سباين – تطور الفكر السياسى – ترجمة راشد ابراوى – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ٢٠٠٩ .

المراجع الأجنبية:-

1-ü Pierre MAYER:"Droite International Privé", 5éme Edition, Delta,1996,

2- ü Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE:"Droit international privé", Septième édition. Tom 1,Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981 .

3- pirenne: histoir des institution et du droit prive de l,ancienne egypt broxelle 1932 t .

4- Bentam: Theory of Legislation .

5- Bentam: Theory of Legislation .

6- Peters, Dr. Edward,، JD, JCD, Ref. Sig. Ap. Canonlaw.info"Home Page". CannonLaw.info .

1,paris.1929 .، scince et technique en droit prive positif،7-franois geny