بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولا عدوان الا على الظالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين ، ومن اتبعهم باحسان الى يوم الدين

اما بعد ، فهذه رسالة فى « الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى دراسةمقارنة » **اما اننى كتبتها فى الشريعة الاسلامية** فذلك ينبع من ايمان صادق وعميق بأن الشريعة الاسلامية شريعة الحق الصالحةلكل زمان ومكان ، وهى الشريعة التى اضاءت حياة المسلمين قرونا عديدة فكان المجتمع الاسلامى الفاضل القائم على العدل والاحسان ، وقد حفظ الله سبحانه وتعالى هذه الشريعة وقيض لها رجالا عملوا فىصدق وجاهدوا بحق وتركوا لنا ثروة فقهية رائعة ، لو وفقنا الله فعرضناها فى لغة عصرنا لكانت مبعث فخرنا واعادة لمجدنا .

ورغم أن الشريعة الاسلامية ابان تطبيقها قد استجابت من خلال مرونة مبادئها العامة لتلبية الحاجات الاجتماعية المتغيرة فى الدول الاسلامية ، فانه تحت تأثير التيارات الاجنبية الوافدة والغزو الفكرى الذى صاحب الاستعمار الاجنبى للعالم الاسلامى خضعت الشعوب الاسلامية لتشريعات أجنبية بعيدة عن روحها واصالتها .

وفى يقينى أن المجتمعات الاسلامية لن تحقق ذاتيتها بغير العودة الى تطبيق شريعتها ، وهو ما ينادى به المخلصون من علمائها ومفكريها تحقيقا لصحوة اسلامية منشودة بدتبوادرها فىالنصوص الدستورية(١) وسيكون لها اثرها ـ بفضل الله ـ فى صدور التشريعات الاسلامية وبذلك يتحقق للدول الاسلامية الاستقلال التشريعى كما تحقق لها الاستقلال السياسى .

واذكاء هذه الصحوة الاسلامية يقتضى من الباحثين ، كل فى مجال تخصصه ، أن يمموا وجوههم شطر النظام الاسلامى يبينون

---

(١) فالدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ ـ المعدل بالاستفتاء يوم ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ينص لاول مرة على اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع اذ نصت المادة الثانية بعد التعديل على ان « الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » .

اسسه وقواعده ومدى اتفاقها أو اختلافها مع النظم المعاصرة وما هو البديل الشرعى للنظم التى لا تتفق أو تتواءم مع المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية ، وبيان هذا البديل هو محور القضية ومرتكزها لأن المعترضين على تطبيق الشريعة الاسلامية لا يكشفون أنفسهم والا سقطوا من عيون شعوبهم وانما يتساءلون فى خبث : وما هو البديل الاسلامى للأنظمة المعاصرة التى لا تتفق مع احكام الشريعة الاسلامية ، وهنا يأتى دور الباحثين المؤمنين بقضية العودة الى الشريعة الغراء ، كما أن بحوث الشريعة الاسلامية ليست كما يرى البعض (١) من قبيل البحوث التاريخية وانما هى الى جانب اهميتها العلمية تكتسب اهمية عملية كبيرة فى المجتمعات الاسلامية التى تسعى حثيثا للعودة الى تطبيق الشريعة الاسلامية باعتبارها مقدمة اساسية لتقنين التشريع الاسلامى.

كما تعتبر الشريعة الاسلامية احد العناصر الرئيسية والاكثر خصوبة للاجتهادات فى التشريع المقارن فقد حكمت فى الماضى جزءا هاما من الانسانية واسهمت اسهاما كبيرا فى حضارة العالم ، وما زالت قادرة على العطاء والمساهمة فى التقدم التشريعى للعالم المعاصر .

ودراسة الشريعة الاسلامية تعتبر أمرا جوهريا فى أوربا بالنسبة للقانون التجارى ، اذ من المؤكد انها احد مصادر القانون التجارى الاوربى (٢) وقد اشادت المؤتمرات الدولية للقانون المقارن وكبار فقهاء الغرب بمبادىء الشريعة .

---

(١) على بدوى فى تقديمه لكتاب « الجنايات المتحدة فى القانون والشريعة » للشيخ رضوان شافعى التمافى ، المطبعة السلفية بمصر ١٩٤٩ هـ — ١٩٣٠ م .

(٢) وفى هذا يقول استاذنا الدكتور صوفى حسن ابو طالب :

Le droit musulman n'est pas seulement une matière d'etude historique mais l'un des éléments les plus féconds de la jurisprudence, comparative d'aujourd'hui. Il régit actuellement une fraction trés importante de l'humanité et dont l'apport civilisateur a été si grand dans le monde. Même en Europe l'etude du droit musulman présente un intérêt capital pour de droit commercial. Il est incontestable que le droit musulman a été l'une de sources du droit commercial Européen.

راجع رسالته

Le periculum rei venditae en droit Roman et en droit musulman thése pour le doctorat soutenue à la Faculte de droit de Paris P.I. imp. Université du Caire, 1958.

والمراجع التى اشار اليها .

أ ـ ففى المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى عقد فى المدة من ٢ الى ٦ أغسطس عام ١٩٣٢ فى لاهاى نجد الكثيرين من كبار فقهاء القانون فى الغرب قد أعربوا عن بالغ التقدير لمبادىء الشريعةالاسلامية، فيشهد العميد الايطالى دل فيكو Del Vecchio بمرونة الشريعة ، ويعرب الاستاذ الكبير للقانون الرومانى ايفارستو كاروزى Evaristo carusi عن « تقديره العميق (١) للشريعة الاسلامية ويشاركه فى هذا التقدير العميد الامريكى ويجمور Wigmore وقد أشار الفقيه الفرنسى لامبير Lambert فى التقرير الذى وضعه وتلاه عن أعمال المؤتمر ، الى هذا التقدير الكبير للشريعة الذى بدا يسود بين فقهاء الغرب فى هذا العصر (٢) .

ب ـ جاءت قرارات مؤتمر لاهاى للقانون المقارن عام ١٩٣٧ معترفة بمرونة الفقه الاسلامى وحيويته ، واستجابته لتحقيق المصالح المتجددة ، واستقلال الشريعة الاسلامية عن غيرها من الشرائع وصلاحيتها لأن تكون مصدرا من مصادر التشريع عامة ، ودعامة من دعائم القانون المقارن (٣) .

---

(١) sa profonde estime

(٢) راجع التقرير الذى وضعه الاستاذ لامبير Lambert عن اعمال هذا المؤتمر .ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ عدد نوفمبر ١٩٣٢ ـ القسم الفرنسى ص٢٩٦ ـ ٣١٢ .

(٣) التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ـ رسالة دكتوراه ـ محمد وحيد الدين سوار ـ دار الكتاب العربى ـ ١٩٦٠ ـ ص ب من المقدمة ـ نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامى ـ رسالة دكتوراه ـ أستاذنا الدكتور حسين حامد حسان ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٧١ ـ هامش صفحة ط ، ح .

غير أن أحد كبار أساتذة القانون (الدكتور عبد الحميد متولى فى كتابه الشريعة الاسلامية كمصدر اساسى للدستور ـ الطبعة الاولى ـ منشاة المعارف بالاسكندرية ـ ١٩٧٥ ص ٢٦٥ هامش ٥١ ص ٢٦٦) يلقى ظلالا حول هذه القرارات قائلا « ولكن ذلك لم يثبت لدينا من المصادر الاصلية ، وانما الذى ثبت لدينا أن القرار بصلاحية الشريعة لان تكون دعامة من دعائم القانون المقارن انما صدر عام ١٩٥٠ » . ويقول « المرجع الذى يرجع اليه فى هذا المقام هو رسالة للدكتوراه بعنوان « التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ، للدكتور محمدوحيد الدين سوار (موفد جامعة دمشق ، وحامل الشهادة العالية من كلية الشريعة بالازهر) وقد قدمت الرسالة لكلية حقوق القاهرة عام١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠ م ونجد صاحب هذه الرسالة يشير فى الصفحة ب من « المقدمة » الى هذا القرار لذلك المؤتمر ويذكر كمرجع له كتاب « تاريخ التشريع الاسلامى للاساتذة السايس والسبكى والبربرى ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤ ، ولم نستطع العثور على هذا المرجع الثانى (ويبدو انه طبع بدمشق فيما نرجح) وقد أردنا أن نعرف منه المرجع الاصلى الذى نقل منه قرار ذلك المؤتمر فلم نهتد الى شىء لان كلا من هذين المؤلفين لم يذكرا عن ذلك

شيئا ، فكل منهما لا يصح أن يعد مرجعا أصليا يمكن الاعتماد عليه ، فالمرجع الاصلي انما هو احدى المجلات الدولية للقانون المقارن التى تصدر بالفرنسية (بباريس) وقد رجعنا اليها فلم نجد باحداها ما يؤيد ان ذلك القرار صدر من المؤتمر الدولى الذى عقد عام ١٩٣٧ ويتبين من الرجوع الى أعمال مؤتمر سنة ١٩٥٠ م وعدم اشارته الى قرار سابق بهذا الصدد أن المرة الاولى التى صدر فيهـا قرار باعتبار الشريعة دعامة من دعائم القانون المقارن ، أو عنصرا من عناصره انما كان عام ١٩٥٠م لا عام ١٩٣٧م » .

وأرجح صدور هذا القرار فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن عام ١٩٣٧ للاسباب الآتية :

(١) ان هذا القرار يعد تاكيدا لما أعلنه الفقيه الفرنسى المعروف لامبير Lambert من تقديره واعجابه الكبيرين بالفقه الاسلامى فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى انعقد فى مدينة لاهاى عام ١٩٣٢ (استاذنا الدكتور حسين حامد حسان - المرجع السابق ص ز

(٢) قدمت لمؤتمر سنة ١٩٣٧ بحوث فى الشريعة الاسلامية وعلى رأسها البحث الذى قدمه الدكتور العميد عبد الرزاق السنهورى فى موضوع « المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الاسلامية » .

La Responsabilité Civile et pénale en droit Musulman

(نشر هذا البحث فى مجلة القانون والاقتصاد - العدد ١ - ٢ السنة الخامسة عشرة ١٣٦٤ هـ ١٩٤٥ م - القسم الفرنسى من ص ١ - ص ٢٦) .

وقرارات المؤتمر بالتاكيد تتناول الموضوعات والبحوث التى قدمت للمؤتمر .

(٣) كان للتعريب أثرها فى نشر أعمال هذا المؤتمر وهذا ما اكدته مجلة القانون والاقتصاد عندما نشرت بحث الدكتور العميد السنهورى اذ لم تكن أعمال المؤتمر قد نشرت حتى عام ١٩٤٥ رغم انعقاده عام ١٩٣٧ بقولها :

cet article reproduit le rapport présenté par : M. Le doyen Abd El Razzak El Sanhoury Bey au 2ème congrés international de droit comparé tenu à la Haye au mois d'a oût. 1937. En attendant la publication de travaux de congrés retardée par suite de la guerre nous avons jugé utile de publier ici ce rapport"

(٤) انه لا يقلل من صحة الرأى بصدور القرار فى مؤتمر عام ١٩٣٧ أن القائلين به بعض رجال الشريعة - طبقا لعبارة صاحب الرأى المعارض - لانهم هم الذين اعتدوا بالقرار وقت صدوره باعتباره ردا حاسما على رجال القانون فى البلاد الاسلامية الذين فتنوا بالتشريعات الاجنبية وانشغلوا بتاصيل التشريعات المستوردة والرجوع الى مصادرها ، ونصبوا انفسهم دعاة لهذا التغريب التشريعى ، حتى أنهم اعتبروا الفترة التى بدات تحل فيها التشريعات الاجنبية محل الشريعة الاسلامية فى مصر بداية الاصلاح القضائى والتشريعى والمؤسف ان هذا الصدى للغزو الفكرى ما زال مرئيا فى مؤلفات أساتذة القانون فى كليات الحقوق الذين لم يعطوا للشريعة حقها ولو على سبيل المقارنة كما يقارنون القانون المصرى بالقانون الفرنسى .

(٥) ان الاشادة بالشريعة الاسلامية فى المؤتمر السابق عام ١٩٣٢م وقرارات المؤتمر اللاحق عام ١٩٥٠ تجعل التشكيك فى صعور القرار عام ١٩٣٧ غير ذى اثر على الاطلاق .

حـ ـ أوصت قرارات مؤتمر المحامين الدولى المنعقد فى لاهاى عام ١٩٤٨ واتحاد المحامين بأن يقوم بدراسة الفقه الاسلامى دراسة مقارنة وطلبت منه العمل على تشجيع هذه الدراسة (١) .

د ـ قرر المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى عقد عام ١٩٥٠ أن تعنى شعبته المختصة بتشريعات الدول الشرقية بدراسة بعض موضوعات التشريع الاسلامى باعتباره عنصرا من عناصر المقارنة مع الانظمة القانونية الاخرى .

وبناء على هذا القرار تعاونت كلية الحقوق بباريس ، ومعهد القانون المقارن بجامعة باريس وشعبة المؤتمر المختصة بتشريعات الدول الشرقية على اقامة « أسبوع الشريعة الاسلامية » ، وعقد بكلية حقوق باريس فى الفترة من ٢ الى ٧ يولية ١٩٥١ لدراسة بعض موضوعات الشريعة (٢) وقد مثل الازهر الشريف الشيخ دراز وقدم فيه بحثا فى موضوع الربا .

وقد علقت هيئة تحرير « المجلة الدولية للقانون المقارن » على ذلك المؤتمر واعماله بقولها « انه ليس بالتقدير الهين أن تتبوأ الشريعة الاسلامية مكانها فى علم القانون المقارن » (٣) .

وورد فى القرار الذى وافق عليه المؤتمر انه قد تبين بجلاء أن مبادىء الشريعة الاسلامية ذات « قيمة لا يمكن أن تكون موضعا للجدال »(٣) وأن اختلاف المذاهب الفقهية داخل « هذا النظام الفقهى العظيم » انما ينطوى على ثروة فقهية وعلى أساليب فنية عظيمتين(٤)

هـ ـ واخيرا كتب الاستاذ دافيد وهو كبير اساتذة القانون المقارن فى فرنسا فى الوقت الحاضر وبعد وفاة الاستاذ لامبير Lambert كتابا عن اهم الانظمة القانونية المعاصرة (٥) خصص فيه مبحثا للشريعة

---

(١) استاذنا الدكتور حسين حامد حسان ـ المرجع السابق ـ صفحة (ل) .

(٢) المجلة الدولية للقانون المقارن عدد يولية ـ سبتمبر ١٩٥١ ـ ص ٤٧٠، ٤٧١
Revue international de droit compare, 1951. P. 470-471.

(٣) ce n'est pas un minee mérite d'avoir assigné au d.oit musulman sa place dans la science du droit comparé. une valeur indiscutable

(٤) ce grande système juridique implique une richesse de notions juridiques et de technique rema:quables.

راجع المجلة الدولية للقانون المقارن عدد اكتوبر ـ ديسمبر ١٩٥١ ص ٦٦١

(٥) Les grands systèmes de droit contemporain — Paris 1966.

الاسلامية ، ومما ورد فيه قوله : « من ضروب الخطأ الاعتقاد ـ كما يظن البعض ان الشريعة الاسلامية فى حالة سبات يذكرنا بسكون المقابر وجمودها ، فالحقيقة هنالك غير ذلك ، فالشريعة الاسلامية لاتزال تعد من الانظمة العظيمة فى العالم للحديث» (١) .

واذا كانت الكثرة من رجال القانون فى الغرب بروح علميةاصيلة اشادت بمبادىء الشريعة الغراء ، فان أمانة العرض العلمى تقتضينا ان نقول ان البعض منهم ذهب الى حد القول بأن الشريعة الاسلاميةليست الا القانون الرومانى فى قالب عربى ، وان كان هذا الراى لايثبت أمام البحث العلمى و التحقيق التاريخى وهما يؤكدان فى وضوح النزعة الاستقلالية للشريعة الاسلامية سواء فى بناء الهيكل القانونى أو فى اختلاف القواعد القانونية فيها عن القانون الرومانى (٢) .

واما انها **دراسة مقارنة** فتعنى تناول الموضوع فى المذاهب الفقهية مع المقارنة بالقانون الوضعى ، وفى عرض المذاهب الفقهية لن نقتصر على الاربعة المشهورةوانما سنعرض ـ كلما كان ذلك متيسرا ـ المذاهب الاخرى كالشيعة والظاهرية لان جميع المذاهب وجهات نظر فى فهم النصوص والاستنباط منها ، كما اننا فى المقارنة لن نقتصر علىالتشريع المصرى وانما سنجعل الدراسة اطلالة على التشريعات العربية ، لنعرضها فى ميزان الاسلام ، لاننا نؤمن بأن تطبيق الشريعة الاسلامية فى البلاد العربية هو الطريق لوحدة تشريعية فى ظلال الاسلام ، مادامت الوحدة السياسية تقف دونها أهواء الحكام .

ولن نحاول ان نجد سندا شرعيا ، للنصوص القائمة ، أوللنظريات الراجحة فى الفقه الاجنبى ، وذلك لان هذه النصوص ، وتلك النظريات لا تعلو على النقد .

« ولن نحاول ان نصطنع التقريب ما بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى ، على أسس موهومة أو خاطئة فان الفقه الاسلامى نظام قانونى عظيم له صيغة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته

---

(١) العبارة نقلا عن الدكتور عبد الحميد متولى ـ المرجع السابق ص ٢٦٧

(٢) وقد اهتم بالرد عليهم استاذنا الدكتور صوفى حسن أبو طالب ـ راجعرسالته بالفرنسية ـ المرجعالسابق ـ ص ١٢ ـ ص ٤٩ ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى دار نهضة مصر ١٩٥٨ ـ تطبيق الشريعة الاسلامية فى البلاد العربية ـ دار النهضة العربية ١٩٧٩ .

وتقتضى الدقة والامانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه ونحن فى هذا اشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين فيما يؤنس فيهم من ميل الى تقريب الفقه الاسلامى من الفقه الغربى ولا يعنينا أن يكون الفقه الاسلامى قريبا من الفقه الغربى ، فان هذا لا يكسب الفقه الاسلامى قوة بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع وهو جانب للفقه الاسلامى منه حظ عظيم » (١) .

وليس يخفى ما للدراسة المقارنة من فائدة للباحثين فهى تشحذ اذهانهم وتوسع مداركهم ، وتكون ملكة الاستنباط لديهم ، لانها تستلزم عرض الآراء المختلفة وأدلتها والترجيح بينها .

والدراسة المقارنة بالشريعة تكتسب أهمية كبيرة داخليا وخارجيا ففى الداخل تحقق الدراسة دورها فى اقناع الذين اثر فيهم الغزو الفكرى باطلاعهم على كنوز الفقه الاسلامى بأسلوب عصرى يدلل لهم ما قد يجدونه فى مؤلفات القدماء من صعاب ، فيعودوا الى الحق فلا يتسولون على موائد الفكر الاجنبى وهم الاغنياء الكرام ، وفى الخارج هى المنطلق للتعريف بشرائع الاسلام .

كما اننا فى بلد يعتبر أرضا طيبة للدراسة المقارنة ، فموقعنا الجغرافى ، والتقاءحضارة المشرق والمغرب ، من شأنه أن يدفعنا الى الدراسة المقارنة دفعا (٢) .

واما اننى كتبتها فى « الدفاع الشرعى » فيرجع ذلك الى سببين أولهما عام ، والآخر خاص .

اما السبب العام فهو اهتمامى الكبير ، بالجانب الجنائى فى الشريعة الاسلامية ، لانه الجانب المتهم المظلوم ، المتهم من الكثيرين بانه قد تخلف عن ركب الحضارة ولم يعد صالحا للتطبيق اليوم ، وانه لا يصل الى مستوى القوانين والنظريات الوضعية الحديثة ، والمحزن أن هذه الافكار غير الصحيحة تكاد تصل لدى الكثيرين من رجال القانون الجنائى الوضعى من المسلمين الى مستوى العقيدة واليقين ، وفى ذلك ما فيه على ايمانهم ، لاننا لكى نكون مسلمين علينا الالتزام الكامل باتباع أوامر

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى - الدكتور عبد الرزاق السنهورى - معهد الدراسات العربية ١٩٥٤ - ص ٢ طبعة دار المعارف بمصر ١٩٦٧ - ص ٦ .

(٢) اصول القانون المدنى المقارن - أستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدراوى - مكتبة سيد عبد الله وهبة - ١٩٧٠ - ص ٥ .

الله ورسوله « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » (١)

والجانب الجنائى هو الجانب المظلوم ، لانه اذا كانت التشريعات تختال غرورا وتزهو فخرا بما حوته من القواعد والاسس الجنائية ، فان الاسلام منذ اربعة عشر قرنا عرف الكثير من النظريات والمبادىء المثلى، والتى يعتبرها رجال القانون الوضعى الذين غشيهم الغزو الفكرى من مفاخر العصر الحديث ، فمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، مقرر ومعروف فى الشريعة الغراء . قال تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » (٢) ، وهو مبدأ يبدو واضحا جليا فى جرائم الحدود والقصاص وعقوباتها ، فهى جميعا محددة ، واما التعزير فثبت فى كل معصية ، والمعاصى تقررها النصوص ، واذا كان الشارع الاسلامى قد ترك العقوبات التعزيرية من غير تقدير ، وفوض ذلك للقاضى فى اكثر الاحوال، فانه لم يخرج عن مبدأ شرعية العقوبات ، ذلك أن التطور قد وصل فى التشريعات المعاصرة الى انها جعلت للعقوبات حدا أقصى ، ولم تجعل لها حدا ادنى ، واطلقت للقاضى حرية التقدير فى هذا الحد الواسع .

وهذا هو مسلك الشارع الاسلامى الذى سبق به القانون الوضعى بأكثر من أربعة عشر قرنا ، فالتعزير عند الامام احمد لا يبلغ به حد العقوبة فى جنسه ، فالسرقة حدها قطع اليد ، ولا تبلغ اى عقوبة تعزيرية خاصة بالمال ذلك الحد ، والقذف حده ثمانون جلدة ولا تبلغ جريمة السب ثمانون جلدة ، والزنا حده بالجلد مائة ولا تبلغ اى عقوبة لغيره من جنسه ذلك الحد وهكذا ، وعند الشافعى لا تبلغ العقوبة لغير الحد أدنى الحد ، فالعقوبات المقدرة — عند الفقهاء — تعتبر حدا أقصى ويستندون فى ذلك الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » (٣) .

ويذهب البعض بحق الى أن اغلب التعازير متروك تحديده للسلطة العامة (يقصد ولى الامر) مما يقتضى النص عليها فيما تصدره من تشريعات (٤) .

---

(١) سورة النساء الآية : ٦٥

(٢) سورة الاسراء الآية : ١٥

(٣) الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى — الجريمة — استاذنا الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة — دار الفكر العربى — ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٤) نظام التجريم والعقاب فى الاسلام مقارنا بالقوانين الوضعية « الحدود — الدية » المستشار على على منصور — مؤسسة الزهراء للايمان والنشر بالمدينة المنورة — الطبعة الاولى ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ م — ص ٦٨ .

ومبدأ شخصية العقوبة مقرر بالنصوص القرآنية ، ولنقرأ فى ذلك قوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر خرى » (١) وقوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » (٢) ومع المآثر الكبرى للشريعة الاسلامية تقرير مبدأ المساواة فى العقاب ، وقصة المخزومية معروفة حيث طلب بعض الصحابة الذين اهتموا بأمرها من الرسول صلى الله عليه وسلم العفو عنها فى حد من حدود الله فغضب صلى الله عليه وسلم وقل : « انما هلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها » (٣) وقد اقام الخليفة عمر بن الخطاب الحد على ابنه عندما علم أنه شرب الخمر .

وتعرف الشريعة الاسلامية كافة النظريات التى يحسب رجال القانون الوضعى أنهم مبتدعوها ومثال ذلك نظريات الشروع والاشتراك، والقصد الجنائى والمسئولية الجنائية والاكراه والضرورة وتعدد الجرائم والعود (٤) .

وأما السبب الخاص وهو اختيار موضوع الدفاع الشرعى من بين موضوعات القسم الجنائى فمرده الى الاهمية العملية للموضوع ، الامر الذى يبدو واضحا فى اثارته كثيرا فى القضايا أمام المحاكم الذى يصل بعضها الى محكمة النقض وهو ما نراه اذا رجعنا للمبادىء القانونية التى قررتها بصورة تكاد تغطى كافة عناصر النظرية .

وأما من الناحية العلمية فان الدفاع الشرعى يحتل أهمية كبيرة بين موضوعات القسم العام من قانون العقوبات حيث تختلف الآراء وتتصارع الافكار حول طبيعته كما تختلف التشريعات فى ادخاله ضمن الاسباب العامة أو الخاصة من التقسيمات الموضوعية لاسباب الاباحة ، ومن الاهمية أن نعرض الخلاف فى الراى والصراعات فى الفكر ، كما انه من المفيد أن نجمع فى صعيد واحد أسس النظرية وآثارها فى التشريع الجنائى الاسلامى والتشريعات العقابية الوضعية .

---

(١) سورة فاطر — الآية : ١٨

(٢) سورة المدثر — الآية : ٣٨

(٣) رواه ابو داود والنسائى — نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار — محمد بن على بن محمد الشوكانى — الجزء السابع — مطبعة البابى الحلبى واولاده بمصر ١٣٩١ هـ — ١٩٧١ م — ص ١٤٨ .

(٤) راجع فى عرض حديث هذه النظريات مؤلف المرحوم الشهيد — عبد القادر عودة : التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى — القسم العام — الطبعة الثالثة — مكتبة دار العروبة بالقاهرة ١٩٦٣ — الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى لاستاذنا المغفور له الشيخ محمد ابو زهرة — دار الفكر العربى ١٩٧٤ .

ولم تقف الشريعة الغراء عنـد معرفة الدفاع الشرعى الخاص أو ما يطلق عليه فيها « دفع الصائل » وانما عرفت نوعا آخر من الدفـاع الشرعى هو الدفاع الشرعى العام او ما يسمى « بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر » ، وهو ما لم تعرفه القوانين الوضعية الا حديثا ممثلا فى حق النقد ، وحق الافراد فى القبض على المجرم عنـد توافر حالات التلبس والمصادرة كتدبير وقائى والاجراءات المانعة للجرائم ، وقد كان لمعرفة الشريعة لهذا النوع من الدفاع الشرعى أثره فى التعاون والتناصح بين الافراد ، وخلق المجتمع الفاضل المتكافل ، وله اثره فى تقويم الحـكام واصلاح عوجهم ، نقـد تصرفاتهم ، وتوجيههم توجيها أساسـه الامر بالمعروف والنهى عن المنكر .

كما عرفت الشريعة الغـراء الدفاع الشرعى الذى تقوم به الدولة الاسلامية ضد العدوان عليهـا من دولة اخرى ، وعالجـه الفقهـاء فى تأصيل رائع عند تناولهم لابواب الجهاد والسير والمغازى ، وهوماسوف نتناوله بالدراسة لأنه رغم ما يحتاجه من جهد نراه لازما لتقديم نظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى متكاملة سواء فى جانبهـا الجنـائى الداخلى ، او فى جانبها الجنائى الدولى ، وذلك فيما نعتقد اثراء جديد النظرية بعرضها متكاملة فى كل زواياها .

خطة البحث :

سنجرى فى دراستنا ـ ان شاء الله تعالى ـ وفق الترتيب الآتى :

الباب التمهيدى : أسـباب الاباحة والدفاع الشرعى ـ وينقسم الى ثلاثة فصول .

الفصل الاول : الاباحة فى الشريعة والقانون
الفصل الثانى : تعريف الدفاع الشرعى واقسامه
الفصل الثالث : مصدر الدفاع الشرعى واساسه

ثم تنقسم الرسالة الى قسمين :
القسم الاول : الدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل »
وينقسم الى بابين :

الباب الاول : أركان الدفاع الشرعى
ونتناولها فى فصلين :ـ
الفصل الاول : الاعتداء
الفصل الثانى : الدفاع

الباب الثانى : ثبوت الدفاع الشرعى واحكام تجاوزه

وينقسم الى فصلين :

الفصل الاول : ثبوت الدفاع الشرعى واثره
الفصل الثانى : تجاوز حدود الدفاع الشرعى

القسم الثانى : الدفاع الشرعى العام والدولى « الامر بالمعروف والنهى عن المنكر والجهاد » .

وينقسم الى ابواب ثلاثة : ـ

الباب الاول : الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ماهيته وتكييفه .

وينقسم الى فصلين :
الفصل الاول : ماهية الامر بالمعروف والنهى عن المنكر واساسه.
الفصل الثانى : التكييف الشرعى للامر بالمعروف والنهى عن المنكر .

الباب الثانى : شروط الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ووسائله .

وينقسم الى اربعة فصول :
الفصل الاول : شروط الامر بالمعروف والنهى عن المنكر
الفصل الثانى : وسائل الامر بالمعروف والنهى عن المنكر
الفصل الثالث : **الولاية** الاسلامية للامر بالمعروف والنهى عن المنكر
الفصل الرابع : التطبيقات المعاصرة للامر بالمعروف والنهى عن المنكر .

الباب الثالث : الدفاع الشرعى الدولى .
وينقسم الى فصلين :
الفصل الاول : اساس العلاقة بين الدولة الاسلامية وغيرها
الفصل الثانى : احكام الدفاع الشرعى عن الدولة الاسلامية

خاتمة :

ويسرنى فى ختام هذه المقدمة ، ان اتوجه بالشكر والتقدير لكل من كانت كلماته تشجيعا على البحث ودافعا له ، وحثا عليه .
والله ولى التوفيق ..

محمد سيد عبد التواب