

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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 في « الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى دراسة مقارنة » اما اننى كتبها فى الشريعة الاسلامية فذلك ينبع من ايمان صادق وعميق بأن الشريعة الاسلامية شريعة الحق الصالحة لكل 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 وقبض لها رجلا عملوا فى صدق 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 والفزو الفكرى الذى صاحب الاستعمار الاجنبى للعالم الاسلامى خضعت الشعوب الاسلامية لتشريعات اجنبية بعيدة عن روحها واصالتها .

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

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

(١) فالنستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ - المعدل بالاستفتاء يوم ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ينص لأول مرة على اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع اذ نصت المادة الثانية بعد التعديل على أن « الاسلام دين الدولة واللفة العربية لفتها الرسمية ومبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » .

أسسه وقواعده ومدى اتفاقها أو اختلافها مع النظم المعاصرة وما هو البديل الشرعى للنظم التى لا تتفق أو تتواءم مع المبادئ العامة فى الشريعة الإسلامية ، وبيان هذا البديل هو محور القضية ومركزها لأن المعارضين على تطبيق الشريعة الإسلامية لا يكشفون أنفسهم والا سقطوا من عيون شعوبهم وانما يتساءلون فى خبث : وما هو البديل الإسلامى للأنظمة المعاصرة التى لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وهنا يأتى دور الباحثين المؤمنين بقضية العودة الى الشريعة الفراء ، كما أن بحوث الشريعة الإسلامية ليست كما يرى البعض (١) من قبيل البحوث التاريخية وانما هى الى جانب أهميتها العلمية تكتسب أهمية عملية كبيرة فى المجتمعات الإسلامية التى تسعى حثيثا للعودة الى تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها مقدمة أساسية لتقنين التشريع الإسلامى.

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

ودراسة الشريعة الإسلامية تعتبر أمرا جوهريا فى اوربا بالنسبة للقانون التجارى ، اذ من المؤكد انها أحد مصادر القانون التجارى الاوروبى (٢) وقد اشادت المؤتمرات الدولية للقانون المقارن وكبار فقهاء الغرب بمبادئ الشريعة .

(١) على بدوى فى تقديمه لكتاب « الجنایات المتحدة فى القانون والشريعة » للشيخ رضوان شافى التعافى ، الطبعة السلفية بمصر ١٩٤٩ هـ - ١٩٣٠ م .

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

Le droit musulman n'est pas seulement une matière d'étude historique mais l'un des éléments les plus féconds de la jurisprudence, comparative d'aujourd'hui. Il régit actuellement une fraction très importante de l'humanité et dont l'apport civilisateur a été si grand dans le monde. Même en Europe l'étude 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 thèse pour le doctorat soutenue à la Faculte de droit de Paris P.I. imp. Université du Caire, 1958.

والراجع التى اشار اليها .

١ - ففي المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في المدة من ٢ الى ٦ أغسطس عام ١٩٣٢ في لاهاي نجد الكثيرين من كبار فقهاء القانون في الغرب قد أعربوا عن بالغ التقدير لمبادئ الشريعة الإسلامية، فيشهد العميد الإيطالي دل فيكو Del Vecchio بمرونة الشريعة ، ويعرب الاستاذ الكبير للقانون الروماني ايفارستو كاروزي Evaristo carusi عن « تقديره العميق (١) للشريعة الإسلامية ويشاركة في هذا التقدير العميد الأمريكي ويجمور Wigmore وقد أشار الفقيه الفرنسي لامبير Lambert في التقرير الذي وضعه وتلاه عن أعمال المؤتمر ، الى هذا التقدير الكبير للشريعة الذي بدأ يسود بين فقهاء الغرب في هذا العصر (٢) .

ب - جاءت قرارات مؤتمر لاهاي للقانون المقارن عام ١٩٣٧ معترفة بمرونة الفقه الإسلامي وحيويته ، واستجابته لتحقيق المصالح المتجددة ، واستقلال الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع وصلاحتها لأن تكون مصدرا من مصادر التشريع عامة ، ودعامة من دعائم القانون المقارن (٣) .

sa profonde estime

(١)

(٢) راجع التقرير الذي وضعه الاستاذ لامبير Lambert عن أعمال هذا المؤتمر . - مجلة القانون والاقتصاد - عدد نوفمبر ١٩٣٢ - القسم الفرنسي ص ٢٩٦ - ٣١٢ .

(٣) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - محمد وحيد الدين سوار - دار الكتاب العربي - ١٩٦٠ - ص ٦ من المقدمة - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - أستاذنا الدكتور حسين حامد حسان - دار النهضة العربية - ١٩٧١ - هامش صفحة ط ، ح .

غير أن أحد كبار أساتذة القانون (الدكتور عبد الحميد متولي في كتابه الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور - الطبعة الاولى - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٧٥ ص ٢٦٥ هامش ٥١ ص ٢٦٦) يلقى ظللا حول هذه القرارات قائلا « ولكن ذلك لم يثبت لدينا من المصادر الأصلية ، وإنما الذي ثبت لدينا أن القرار بصلاحيات الشريعة لأن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن إنما صدر عام ١٩٥٠ » . ويقول « المرجع الذي يرجع اليه في هذا المقام هو رسالة للدكتوراه بعنوان « التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، للدكتور محمد وحيد الدين سوار (موفد جامعة دمشق ، وحامل الشهادة العالية من كلية الشريعة بالأزهر) وقد قدمت الرسالة لكلية حقوق القاهرة عام ١٣٧٩ هـ - ١٩٦٠ م ونجد صاحب هذه الرسالة يشير في الصفحة ب من « المقدمة » الى هذا القرار لذلك المؤتمر ويذكر كمرجع له كتاب « تاريخ التشريع الإسلامي للاستاذة السابسة والسبكي والبربري ص ٣٥٣ - ٣٥٤ ، ولم نستطيع العثور على هذا المرجع الثاني (ويبدو أنه طبع بدمشق فيما نرجح) وقد أردنا أن نعرف منه المرجع الأصلي الذي نقل منه قرار ذلك المؤتمر فلم نهتد الى شيء لأن كلا من هذين المؤلفين لم يذكرنا عن ذلك

شيئا ، فكل منهما لا يصح أن يعد مرجعا أصليا يمكن الاعتماد عليه ، فالمرجع الأصلي إنما هو إحدى المجلات الدولية للقانون المقارن التي تصدر بالفرنسية (باريس) وقدرجعنا إليها فلم نجد بأحدها ما يؤيد أن ذلك القرار صدر من المؤتمر الدولي الذي عقد عام ١٩٣٧ ويتبين عن الرجوع إلى أعمال مؤتمر سنة ١٩٥٠ م وعدم إشارته إلى قرار سابق بهذا الصدد أن المرة الأولى التي صدر فيها قرار باعتبار الشريعة دعامة من دعائم القانون المقارن ، أو عنصرا من عناصره إنما كان عام ١٩٥٠ م لا عام ١٩٣٧ م » .

وأرجع صدور هذا القرار في المؤتمر الدولي للقانون المقارن عام ١٩٣٧ للأسباب الآتية :
(١) أن هذا القرار يعد تأكيدا لما أعلنه الفقيه الفرنسي المصروف لاميير Lambert من تقديره وإعجابه الكبيرين بالفقه الإسلامي في المؤتمر الدولي للقانون المقارن ، الذي انعقد في مدينة لاهاى عام ١٩٣٢ (استاذنا الدكتور حسين حامد حسان - المرجع السابق ص ٢

(٢) قدمت المؤتمر سنة ١٩٣٧ بحوث في الشريعة الإسلامية وعلى رأسها البحث الذي قدمه الدكتور العميد عبد الرزاق السنهورى في موضوع « المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية » .

La Responsabilité Civile et pénale en droit Musulman
(نشر هذا البحث في مجلة القانون والاقتصاد - العدد ١ - ٢ السنة الخامسة عشرة ١٣٦٤ هـ ١٩٤٥ م - القسم الفرنسى من ص ١ - ص ٢٦) .

وقرارات المؤتمر بالتاكيد تناول الموضوعات والبحوث التي قدمت للمؤتمر .
(٣) كان للعرب أثرها في نشر أعمال هذا المؤتمر وهذا ما أكدته مجلة القانون والاقتصاد عندما نشرت بحث الدكتور العميد السنهورى إذ لم تكن أعمال المؤتمر قد نشرت حتى عام ١٩٤٥ رغم انعقادها 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) أنه لا يقلل من صحة الرأى بصور القرار في مؤتمر عام ١٩٣٧ أن القائلين به بعض رجال الشريعة - طبقا لمباراة صاحب الرأى المعارض - لانهم هم الذين اهتموا بالقرار وقت صدوره باعتباره ردا حاسما على رجال القانون في البلاد الإسلامية الذين فتنوا بالتشريعات الأجنبية وانشغلوا بتاصيل التشريعات المستوردة والرجوع الى مصادرها ، ونصبوا أنفسهم دعاة لهذا التشريب التشريعى ، حتى أنهم اعتبروا الفترة التي بدأت تحل فيها التشريعات الأجنبية محل الشريعة الإسلامية في مصر بداية الإصلاح القضائى والتشريعى والمؤسف أن هذا الصدى للفزو الفكرى ما زال مرئيا في مؤلفات أساتذة القانون في كليات الحقوق الذين لم يعطوا للشريعة حقها ولو على سبيل المقارنة كما يقارنون القانون المصرى بالقانون الفرنسى .

(٥) أن الإشادة بالشريعة الإسلامية في المؤتمر السابق عام ١٩٣٢ م وقرارات المؤتمر اللاحق عام ١٩٥٠ تجعل التشكيك في صدور القرار عام ١٩٣٧ غير ذى اثر على الإطلاق .

ح - أوصت قرارات مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي عام ١٩٤٨ واتحاد المحامين بأن يقوم بدراسة الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ومطلبت منه العمل على تشجيع هذه الدراسة (١) .

د - قرر المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد عام ١٩٥٠ أن تعنى شعبته المختصة بتشريعات الدول الشرقية بدراسة بعض موضوعات التشريع الاسلامي 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 « اسبوع الشريعة الاسلامية » ، وعقد بكلية حقوق باريس في الفترة من ٢ الى ٧ يولية ١٩٥١ لدراسة بعض موضوعات الشريعة (٢) وقد مثل الازهر الشريف الشيخ دراز وقدم فيه بحثا في موضوع الربا .

وقد علقت هيئة تحرير « المجلة الدولية للقانون المقارن » على ذلك المؤتمر وأعماله بقولها « انه ليس بالتقدير اليمين أن تتبوا الشريعة الاسلامية مكانها في علم القانون المقارن » (٣) .

وورد في القرار الذي وافق عليه المؤتمر انه قد تبين بجلاء أن مبادئ الشريعة الاسلامية ذات « قيمة لا يمكن أن تكون موضعاً للجدال » (٤) وأن اختلاف المذاهب الفقهية داخل « هذا النظام الفقهي العظيم » إنما ينطوي على ثروة فقهية وعلى أساليب فنية عظيمة (٥)

هـ - وأخيرا كتب الاستاذ دافيد وهو كبير اساتذة القانون المقارن في فرنسا في الوقت الحاضر وبعد وفاة الاستاذ لامبير Lambert كتابا عن أهم الانظمة القانونية المعاصرة (د) خصص فيه مبحثا للشريعة

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

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

ce n'est pas un mince mérite d'avoir assigné au

droit musulman sa place dans la science du droit comparé.

une valeur indiscutable

(٣)

ce grand système juridique

(٤)

implique une richesse de notions juridiques et de technique remarquables.

راجع المجلة الدولية للقانون المقارن عدد اكتوبر - ديسمبر ١٩٥١ ص ٦٦١
Les grands systèmes de droit contemporain — (٥)
Paris 1966.

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

وإذا كانت الكثرة من رجال القانون في الغرب بروح علمية أصيلة اشادت بمبادئ الشريعة الغراء ، فإن أمانة العرض العلمي تقتضينا أن نقول أن البعض منهم ذهب الى حد القول بأن الشريعة الإسلامية ليست إلا القانون الروماني في قالب عربي ، وأن كان هذا الرأي لا يثبت أمام البحث العلمي و التحقيق التاريخي وهما يؤكدان في وضوح النزعة الاستقلالية للشريعة الإسلامية سواء في بناء الهيكل القانوني أو في اختلاف القواعد القانونية فيها عن القانون الروماني (٢) .

وأما أنها دراسة مقارنة فتعنى تناول الموضوع في المذاهب الفقهية مع المقارنة بالقانون الوضعي ، وفي عرض المذاهب الفقهية لن تقتصر على الأربعة المشهورة وإنما سنعرض - كلما كان ذلك متيسراً - المذاهب الأخرى كالشيعة والظاهرية لأن جميع المذاهب وجهات نظر في فهم النصوص والاستنباط منها ، كما أننا في المقارنة لن تقتصر على التشريع المصري وإنما سنجعل الدراسة اطلالة على التشريعات العربية ، لنعرضها في ميزان الإسلام ، لأننا نؤمن بأن تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية هو الطريق لوحدة تشريعية في ظلال الإسلام ، مادامت الوحدة السياسية تقف دونها أهواء الحكام .

ولن نحاول أن نجد سناداً شرعياً ، للنصوص القائمة ، وللنظريات الراجعة في الفقه الاجنبي ، وذلك لأن هذه النصوص ، وتلك النظريات لا تعلو على النقد .

« ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، على أسس موهومة أو خاطئة فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صيغة مستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته

(١) العبارة نقلاً عن الدكتور عبد الحميد متولى - المرجع السابق ص ٢٦٧

(٢) وقد اهتم بالرد عليهم استاذنا الدكتور صوفي حسن أبو طالب - راجع رسائله بالفرنسية - المرجع السابق - ص ١٢ - ص ٤٩ ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني دار النهضة مصر ١٩٥٨ - تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية - دار النهضة العربية ١٩٧٩ .

وتقتضى الدقة والامانة العلمية علينا ان نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقاماته وظابعه ونحن في هذا اشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين فيما يؤنس فيهم من ميل الى تقريب الفقه الاسلامى من الفقه الغربى ولا يعنينا ان يكون الفقه الاسلامى قريبا من الفقه الغربى ، فان هذا لا يكسب الفقه الاسلامى قوة بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتعاث وهو جانب للفقه الاسلامى منه حظ عظيم « (١) .

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

والدراسة المقارنة بالشريعة تكتسب أهمية كبيرة داخليا وخارجيا ففي الداخل تحقق الدراسة دورها في اقناع الدين اثر فيهم الضرو الفكرى باطلاعهم على كنوز الفقه الاسلامى بأسلوب عصري يذل لهم ما قد يجدونه في مؤلفات القدماء من صعب ، فيعودوا الى الحق فلا يتسولون على موائد الفكر الاجنبى وهم الاغنياء الكرام ، وفي الخارج هى المنطلق للتعريف بشرائع الاسلام .

كما أننا في بلد يعتبر أرضا طيبة للدراسة المقارنة ، فموقعنا الجغرافى ، والتقاء حضارة المشرق والمغرب ، من شأنه ان يدفعنا الى الدراسة المقارنة دفعا (٢) .

واما اننى كتبتها فى « الدفاع الشرعى » فيرجع ذلك الى مسبين اولهما عام ، والاخر 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 ، وأنه لا يصل الى مستوى القوانين والنظريات الوضعية الحديثة ، والمحزن ان هذه الافكار غير الصحيحة تكاد تصل لدى الكثيرين من رجال القانون الجنائى الوضعى من المسلمين الى مستوى العقيدة واليقين ، وفي ذلك ما فيه على ايمانهم ، لاننا لى نكون مسلمين علينا الالتزام الكامل باتباع اوامر

(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 الجنى القانون - استاذيا الدكتور عبد المنعم البدر اوى - مكتبة سيد عبد الله وهبة - ١٩٧٠ - ص ٥ .

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

والجانب الجنائي 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 والمبادئ المثلى، والتي يعتبرها رجال القانون الوضعي الذين غشيهم الغزو الفكري من مفاخر العصر الحديث ، فمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، مقرر ومعروف في الشريعة الفراء . قال تعالى : « وما كنا معذبين حتى ننبعث رسولا » (٢) ، وهو مبدأ يبدو واضحا جليا في جرائم الحدود والقصاص وعقوباتها ، فهي جميعا محددة ، واما التعزير فثبت في كل معصية ، والمعاصي تقررها النصوص ، واذا كان الشارع الاسلامي قد ترك العقوبات التعزيرية من غير تقدير ، وفوض ذلك للقاضي في اكثر الاحوال، فانه لم يخرج عن مبدأ شرعية العقوبات ، ذلك أن التطور قد وصل في التشريعات المعاصرة الى انها جعلت للعقوبات حدا أقصى ، ولم تجعل لها حدا أدنى ، واطلقت للقاضي حرية التقدير في هذا الحد الواسع .

وهذا هو مسلك الشارع الاسلامي الذي سبق به القانون الوضعي أكثر من اربعة عشر قرنا ، فالتعزير عند الامام احمد لا يبلغ به حد العقوبة في 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 الشافعي لا تبلغ العقوبة لغير الحد أدنى الحد ، فالعقوبات المقدرة - عند الفقهاء - تعتبر حدا أقصى ويستندون في ذلك الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » (٣) .

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

(١) سورة النساء الآية : ٦٥

(٢) سورة الاسراء الآية : ٤٥

(٣) الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - الجريمة - استاذنا الشيخ

محمد ابو زهرة - دار الفكر العربي - ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٤) نظام التجريم والعقاب في الاسلام مقارنا بالقوانين الوضعية « الحدود -

الدبة » المستشار على على منصور - مؤسسة الزهراء للايمان والخير بالدينة النورة -

الطبعة الاولى ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ م - ص ٦٨ .

ومبدأ شخصية العقوبة مقرر بالنصوص القرآنية ، ولنقرأ في ذلك قوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » (١) وقوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » (٢) ومع الآثار الكبرى للشريعة الإسلامية تقرير مبدأ المساواة في العقاب ، وقصة المخزومية معروفة حيث طلب بعض الصحابة الذين اهتموا بأمرها من الرسول صلى الله عليه وسلم العفو عنها في حد من حدود الله ففضب صلى الله عليه وسلم وقل : « انما هلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي 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 الإسلامية كافة النظريات التي يحسب رجال القانون الوضعي أنهم مبتدعوها ومثال ذلك نظريات الشروع والاشتراك ، والقصد الجنائي والمسئولية الجنائية والاكراه والضرورة وتعدد الجرائم والعود (٤) .

وأما السبب الخاص وهو اختيار موضوع الدفاع الشرعى من بين موضوعات القسم الجنائي فمرده الى الاهمية العملية للموضوع ، الامر الذى يبدو واضحاً في آثاره كثيراً في القضايا امام المحاكم الذى يصل بعضها الى محكمة النقض وهو ما نراه اذا رجعنا للمبادئ القانونية التى قررتها بصورة تكاد تغطى كافة عناصر النظرية .

وأما من الناحية العلمية فان للدفاع 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 الإباحة ، ومن الأهمية أن نعرض الخلاف فى الراى والصراعات فى الفكر ، كما انه من المفيد أن نجتمع فى صعيد واحد أسس النظرية وآثارها فى التشريع الجنائى الإسلامى والتشريعات العقابية الوضعية .

(١) سورة فاطر - الآية : ١٨

(٢) سورة المدثر - الآية : ٢٨

(٣) رواه أبو داود والنسائى - نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخبار - محمد بن على بن محمد الشوكانى - الجزء السابع - مطبعة البابى الطبلى واولاده بمصر ١٢٩١ هـ - ١٩٧١ م - ص ١٤٨ .

(٤) راجع فى عرض حديث هذه النظريات مؤلف الرحوم الشهيد - عبد القاسم عودة : التشريع الجنائى الإسلامى مقلنا بالقانون الوضعى - القسم العام - الطبعة الثالثة - مكتبة دار العروبة بالقاهرة ١٩٦٢ - الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى لاسكاذنا المفطور له الشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر العربى ١٩٧٤ .

ولم تقف الشريعة الفراء عند معرفة الدفاع الشرعى الخاص أو ما يطلق عليه فيها « دفع الصائل » وإنما عرفت نوعا آخر من الدفاع الشرعى هو الدفاع الشرعى العام أو ما يسمى « بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر » ، وهو ما لم تعرفه القوانين الوضعية إلا حديثا ممثلا في حق النقد ، وحق الافراد في القبض على المجرم عند توافر حالات التلبس والمصادرة كتدبير وقائي والاجراءات المانعة للجرائم ، وقد كان لمعرفة الشريعة لهذا النوع من الدفاع الشرعى اثره في التعاون والتناصح بين الافراد ، وخلق المجتمع الفاضل المتكافل ، وله اثره في تقويم الحكام واصلاح عوَجهم ، نقد تصرفاتهم ، وتوجيههم توجيها اساسه الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

كما عرفت الشريعة الفراء الدفاع الشرعى الذى تقوم به الدولة الاسلامية ضد العدوان عليها من دولة أخرى ، وعالجها الفقهاء في تأصيل رائع عند تناولهم لآبواب الجهاد والسير والمغازى ، وهو ما سوف نتناوله بالدراسة لانه رغم ما يحتاجه من جهد نراه لازما لتقديم نظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى متكاملة سواء فى جانبها الجنائى الداخلى ، أو فى جانبها الجنائى الدولى ، وذلك فيما نعتقد اثراء جديد للنظرية بعرضها متكاملة فى كل زواياها .

خطة البحث :

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

الباب التمهيدي : أسباب الإباحة والدفاع الشرعى -
وينقسم الى ثلاثة فصول .

الفصل الاول : الإباحة فى الشريعة والقانون

الفصل الثانى : تعريف الدفاع الشرعى وأقسامه

الفصل الثالث : مصدر الدفاع الشرعى وأساسه

ثم تنقسم الرسالة الى قسمين :

القسم الاول : الدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل »

وينقسم الى بابين :

الباب الاول : أركان الدفاع الشرعى

ونتناولها فى فصلين :-

الفصل الاول : الاعتداء

الفصل الثانى : الدفاع

الباب الثاني : 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 : -

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 ، أن اتوجه بالشكر والتقدير لكل

من كانت كلماته تشجيعا على البحث ودافعا له ، وحشا عليه .

والله ولى التوفيق ..

محمد سيد عبد التواب