Ain Shams University Information Network
جامعة عين شمس
شبكة المعلومات الجامعية
@ ASUNET

بسم الله الرحمن الرحيم

شبكة المعلومات الجامعية

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

شبكة المعلومات الجامعية

جامعة عين شمس

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

قسم

نقسم بالله العظيم أن المادة التي تم توثيقها وتسجيلها

علي هذه الأفلام قد أعدت دون أية تغيرات

يجب أن

تحفظ هذه الأفلام بعيدا عن الغبار

في درجة حرارة من ١٥-٢٥ مئوية ورطوبة نسبية من ٢٠-٤٠%

To be Kept away from Dust in Dry Cool place of 15-25- c and relative humidity 20-40%

Ain Shams University Information Network
جامعة عين شمس
شبكة المعلومات الجامعية
@ ASUNET

بعض الوثائق الاصلية تالفة

بالرسالة صفحات لم ترد بالاصل

بسم الله الرحمن الرحيم

كلية الدراسات العربية
قسم الشريعة الإسلامية

نظرية استعمال الحق
في
الفقه الإسلامي و القانون الجنائي

(دراسة مقارنة)

دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة بقسم الشريعة الإسلامية

إعـــداد

حسام ثروت حافظ

إشـــراف

الأستاذ الدكتور/ **محمد شرف الدين**

رئيس قسم الشريعة الإسلامية

وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا

ك ١٩٢
ص

١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

وقل رب زدني علما ۞

سورة طه (١١٤)

المقدمة

مقدمـــة

الحمد لله الهادى إلى الحـق وإلـى طريـق مستقيم، شـرف الإنسـان بـالعقل الهـادى إلـى أدلـة التوحيد، وأهل خاصة العلماء لاستثمار الشريعة فى مداركها، حتى استقرت قاعدة الديـن، وأشـهد ألا إله الا الله وحده لا شريك له، شهادة منجية من صغير الموبقـات وكبيرهـا، واشـهد أن محمـداً عبده ورسوله، الذى أرسله الله بشريعة الإسلام لتحقيق مصالح العباد وإسعادهم، بما امتازت به مـن يسر وسهولة، وبما حققت لهم ما تصبو إليه النفوس من خير وسعادة.. وبعد..

فقد امتازت الشريعة الإسلامية بكونها أوفى الشرائع بتحقيق مصـالح العبـاد وإسـعادهم، وقـد جعلها الله سبحانه خاتمة الشـرائع بمـا اشـتملت عليـه مـن مرونـة ويسـر، وبمـا تضمنـت مـن قواعـد ومبادئ عامة تتفق مع طبائع البشر فى كل بيئـة وعصـر، فقد رفعت الإصـر والأغـلال عـن كـاهل العباد، وحققت لهم فى عصورها الماضية الغاية السامية التى وضعـت لهـا، فخلفت شـعوباً وأجيـالاً، وكونت أمة لها فى سجل التاريخ آيات مشرقات، وصحائف خالدات تنطق بمجدها وعظمتها، وقضت بتعاليمها السامية الخالدة على ما كان يعانيه العالم من ظلـم وإعنـات، وذل وإرهـاق، وأخرجـت النـاس من ظلمات الجهل إلى نور المعرفة وهدتهم إلى الصراط المستقيم، صراط الله الذى له مـا فـى السـماوات والأرض، العليم بطبائع النفوس، الخبير بحاجاتها ومصالحها.

وإن من واجب المسلمين فى عصرنا هذا أن يتجهوا إلى دراسـة ديـن اللـه القويـم ويخرجـوه للناس فى أثوابه الصحيحة السليمة، مع التعرض لآراء العلماء فى العصور المختلفة وموازنتها بآراء المشرعين من علماء القانون ثم يستنبطوا من كل أولئك الأحكام الملائمة لأحداث العصـر وتطوراتـه ليعـود إلـى الديـن بهجتـه وجدتـه، وبـه يهـدون المسترشـدين إلـى مواطـن العظمـة والخلـود فـى هـذه الشريعة، ويظهرون فضل الباحثين فيها وخدامها الأمناء.

وتأتى أهمية دراسة نظرية استعمال الحق فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى كونها نظريـة تقوم أساساً على تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع وتحفظ حقوقهم ومصالحهم الخاصة والعامة، وهـى فى ذلك ترسى قواعدها على مبدأ من العدل والرحمة، وبخاصة فى مجال ممارسـة الإنسـان للحقـوق التى منحها الشارع إياه، فالشريعة قد أقرت حق الفرد حتى أضحى من الدين بالضرورة، كمـا أقـرت حق الجماعة أيضاً، ومن ثم فغاية الشريعة غاية مزدوجة تقوم علـى رعايـة الحقين معـا حـق الفـرد وحق الجماعة، فلم تهدر أحد الحقين على الآخر، فحين ترسى حق الفرد فهـى ترسـى قـاعدة المسئولية الجماعية تجاه ممارسة الفرد لخالص حقوقه، وهذه المسئولية من شـأنها أن تقيد حـق الفـرد حتـى يصـون حق الغير من الاعتداء.

فمفهوم الحق واستعماله يشكل ركناً أساسياً فى القوانين التى تضبط سلوك الأفراد، وتنظم العقوبات التى تترتب على إساءة استخدام هذه الحقوق. وقد ظن كثير من المشرعين أن القوانين الحديثة هى التى ابتكرت هذه الضوابط وسنت هذه العقوبات، فى ظل تناسى هؤلاء المشرعين للقوانين الإسلامية فترة من الزمن.

إلا أن المتأمل للشريعة الإسلامية -أصولاً وفروعاً- يشعر بمدى إفادة التشريعات الحديثة من الضوابط العامة، بل ومن كثير من المواد التطبيقية فى هذه الشريعة فى مجال استعمال الحق، ولا يغفل الباحثون دور النظرية الأصولية التى يجتمع شملها تحت اسم (نظرية الإباحة)، وتتحددّ ملامحها من خلال بحث مكوناتها: أصولاً وقواعد، وهى تلك النظرية التى تكونّ حجر الأساس لنظرية استعمال الحق فى القوانين الحديثة.

وإذا كان العالم اليوم فى أمس الحاجة إلى التحاكم لقوانين تجمع بين صرامة العدل، وضوابط المصلحة، لتنظم حقوق الأفراد، وتهيمن على نواحى الحياة التى تعقدت وتعددت مشكلاتها، أقول: إذا كان العالم اليوم فى أمس الحاجة إلى هذه القوانين، فإنه - من باب أولى - فى حاجة أمس إلى قوانين ربانية، شرعت نتيجة علم بالكائن البشرى من حيث قدراته وتوجهاته ومصالحه وحاجاته ورغباته ونزواته، فتكاملت فيها جوانب العدل والرحمة والمصلحة.

وهذه القوانين لا تحدث فجأة، ولا تصاغ اعتباطاً، وإنما تسبقها دراسة واعية لنظرية استعمال الحق فى الشريعة الإسلامية، تحيط بدقائقها، وتفصّل مجملاتها، وتهيئ نصوصها الأولى، من كتاب أو سنة أو نظر فقهى، لكى تصبح واضحة الدلالة على المفردات المعيشية الآن، متوائمة مع الصياغات القانونية التى أصبحت مألوفة فى النص على الضوابط أو الجرائم أو العقوبات. ولعل هذا جميعاً هو ما حدا بالباحث أن يقتنع بأهمية هذه الدراسة التى يتقدم بها، بعنوان (نظرية استعمال الحق فى الفقه الإسلامى و القانون الجنائى. دراسة مقارنة) وهى - من ثم- دراسة تحاول أن تدرس وجهة النظر القانونية لاستعمال الحق، وتتلمس الوجه القانونى للفقه الإسلامى فى هذه القضية، كما تهدف هذه الدراسة إلى مقارنة آراء فقهائنا - رحمهم الله - بما يقابلها من نصوص فى القانون الجنائى الوضعى، قصداً منى إبراز سماحة التشريع الإسلامى وصلاحيته لكل زمان ومكان، مع العلم بأن القانون -فى بعض نصوصه – قد يلتقى مع الشريعة فى المقاصد، وإن كان يختلف عنها فى أساليب وطرق العلاج.

كما أراد الباحث إظهار الجانب الجنائى الإسلامى، ذلك الجانب المظلوم فى الشريعة، حيث اتهمه الكثيرون من فقهاء الغرب بالتخلف والجمود، حتى حكموا عليه بأنه لا يرقى إلى مستوى

القوانين الغربية، فى حين أن الدراسات والبحوث والرسائل تثبت عكس ذلك من خلال التطبيقات العملية.

من هنا تهدف هذه الدراسة فى مجملها إلى تقديم صورة وافية لما يحويه الفقه الإسلامى من ثروة فقهية عامرة تجعلها قادرة على الصمود أمام أى قانون آخر، لأنه يستمد أحكامه وتشريعاته من تشريع سماوى شامل لكل جوانب الحياة، ومن المقرر أن الجانب النظرى من القوانين التى تضبط استعمال الحق -وهو ما يتعلق بماهيته وشروطه المختلفة- قد أفاض فيه القانونيون المحدثون - خصوصاً الغربيين- ومن ثم كانت دراستهم -التى انصبت فى دراسات القانونيين العرب- مصدراً أساسياً فى تعامل البحث مع هذا الجانب، مثل مؤلفات الدكتور محمد سامى مدكور، والدكتور فتحى الدرينى حول نظرية الحق وحدوده. كما أفاد البحث من البحوث المتعددة التى كتبت حول التعسف فى استعمال الحق، مثل كتاب الدكتور محمد شوقى السيد.

إلا أن هناك جزئية صاحبت البحث فى هذا الجانب النظرى، وهى فكرة الحق فى الشريعة الإسلامية، وتعريفه، وقد أفاد البحث من الدراسة الرائدة فى هذا المجال للأستاذ السنهورى حول مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، وبعض البحوث ذات الصلة به مثل بحث الشيخ أحمد إبراهيم بك حول الحق ورأى الفقهاء فيه، وكتاب الدكتور عثمان سعيد عثمان (استعمال الحق كسبب للإباحة). إلى جانب الكتب المضطلعة فى الشريعة الإسلامية.

أما الجزء الخاص بنظرية الإباحة فى الشريعة الإسلامية، وهى عماد المناظرة بين الشريعة والقانون فى الجانب النظرى، فكان الاعتماد فيه على كتب أصول الفقه المختلفة، خصوصاً الموافقات للشاطبى -الذى يضفى روحاً عبقرية على أصول الفقه- إلى جوار بعض الدراسات الحديثة مثل مادة إباحة فى موسوعة جمال عبد الناصر الفقهية،

ولما كان الجانب التطبيقى يحتوى على مجالات متعددة كمجالات التأديب والتطبيب والدفاع الشرعى والدفاع عن النفس فى الألعاب الرياضية، فقد كانت الدراسات التى اعتمد الباحث فى توجيه الفكرة متعددة أيضاً، إلا أن القاسم المشترك فيها -وهو القدر البارز من العطاء الفكرى- هو كتب الفقه الإسلامى المعتبرة، ليس فى المذاهب الأربعة فقط، كالمبسوط، وبدائع الصنائع والفتاوى الهندية ورد المحتار على الدر المختار فى الفقه الحنفى، ومواهب الجليل، وحاشية الدسوقى وتبصرة الحكام فى الفقه المالكى، والأم ومغنى المحتاج ونهاية المحتاج والمجموع فى الفقه الشافعى، والمغنى وكشاف القناع وشرح منتهى الإرادات فى الفقه الحنبلى، وإنما تجاوز ذلك إلى المذاهب الأخرى -إذا لزم الأمر- خصوصاً الظاهرية الذين عبر عن موقفهم كتاب المحلى لابن حزم، والشيعة الذين اختار

البحث من كتبهم البحر الزخار وشرائع الإسلام وتحرير الوسيلة ونحوها، وعن الإباضية بعض كتبهم كشرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف اطفيش. هذا إلى جانب الكتب المتعلقة بكل مبحث على جدة، ومعظمها من كتب المتأخرين، بل المعاصرين، وثنايا البحث تدل على ذلك.

وقد كان لتعدد مناحى البحث -نظرياً وتطبيقياً- أثره فى وجود قدر من المصاعب التى تلقاها الباحث فى هذا المجال، مثل تعدد المصادر والمراجع، وتشعب اهتماماتها، كما أن كثيراً من مواطن البحث لم يُدل فيها القانون الجنائى الوضعى بدلوه، ومن ثم اقترح البحث مواد قانونية تغطى هذه المواطن، وكذلك الأمر فى الأبواب الفقهية التى تعالج القضايا المطروحة، هناك بعض الصعوبة فى استخلاص الباب الفقهى الذى يعالج موضوعات التطبيب، فقد يحدد الباحث بعض ذلك تحت أبواب الضمان أو الديات أو فى شروح أحاديث معينة قد لا تكون منتمية - من حيث الخضوع - تحت باب الطب. كما أن التوصيف القانونى لهذه المسائل كان يحتاج إلى قدر من العناية فى المدارسة والاستنباط. إلا أن هذا كله كان مفيداً للباحث أكثر منه مجهدا له، فهو مران فى مجال البحث، واستخلاص القواعد، كما أنه أضاف إلى المحصول العلمى للباحث جديداً لا ينكر.

وكان مسار الدراسة فى مقدمة وأربعة أبواب:-

عالج الباب الأول منها النظرية العامة لاستعمال الحق فى الشريعة والقانون فبحث ماهية استعمال الحق وشروطه، ثم نظرية الإباحة، باعتبارها المقابل التشريعى الإسلامى لاستعمال الحق فى القانون.

وتولت الأبواب الثلاثة الأخرى مهمة الدراسة التطبيقية فى بعض مجالات استعمال الحق:

فعقد الباب الثانى لحق التأديب، وعالج أهم مسائل التأديب وهى:

-حق تأديب الزوج زوجته وهو الفصل الأول.

- وحق تأديب الوالد ولده وهو الفصل الثانى.

وعقد الباب الثالث لحق الطبيب ممارسة الأعمال الطبية، وقد احتوى على فصلين يضمان المباحث المتعلقة بهذا المجال:

الفصل الأول: أساس مشروعية العمل الطبى وشروطه

المبحث الأوّل: لمحة تاريخية عن مهنة الطب.

المبحث الثانى: مشروعية العمل الطبى.

المبحث الثالث: شروط العمل الطبى ومسئولية الطبيب.

الفصل الثانى: المبادئ الأخلاقية وعلاقتها بالمسئولية الجنائية للطبيب.

المبحث الأول: عناية الشريعة بأخلاقيات المهنة.

المبحث الثانى: تشريح الجسد الإنسانى.

المبحث الثالث: عمليات نقل الأعضاء.

المبحث الرابع: الجراحات التجميلية، ويندرج تحتها مطلبين:

المطلب الأول: رتق غشاء البكارة.

المطلب الثانى: تغيير الجنس البشرى.

المبحث الخامس: سرّ المهنة بين الكتمان والإعلان.

وألقى الباب الرابع الضوء بالدراسة لمسألة حق الدفاع عن النفس وهو حق منصوص عليه فى القانون، وقد سمى فى الشريعة الإسلامية (بدفع الصائل) وقد شكل الفصل الأول من هذا الباب دراسة هذا الموضوع.

أما الفصل الثانى فاهتم بإلقاء الضوء على الدفاع عن النفس فى الألعاب الرياضية، مع دراسته لحق ممارسة الألعاب الرياضية فى ذاتها، لوجود النصوص القانونية التى تؤكد هذا الحق ويندرج تحته المباحث التالية:

المبحث الأول: مشروعية الرياضة وحكمها.

المبحث الثانى: أنواع الألعاب الرياضية.

المبحث الثالث: حق الدفاع عن النفس فى الألعاب الرياضية.

وأخيراً جاءت الخاتمة ملخصة لأهم مقاصد الدراسة، ومحتوية على أهم النتائج والاقتراحات.

ولا يسعنى فى ختام هذه المقدمة إلا أن اسأل الله - سبحانه وتعالى- أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه، إن ربى سميع مجيب.

الباب الأول

النظرية العامة لاستعمال الحق

الفصل الأول:

ماهية استعمال الحق.

الفصل الثانى:

شروط استعمال الحق.

الفصل الثالث:

نظرية الإباحة وموقع استعمال الحق منها.

ينبغى للباحث فى نظرية استعمال الحق أن يتوقف عند جملة من القضايا، التى تعد بمنزلة المفاتيح بالنسبة لبحثه وأن يطرح على عقله مجموعة من التساؤلات يحاول أن ينفذ من خلالها إلى عناصر قد تكون غير حاضرة فى معطيات البحث، أو غير مجتمعة الأدلة، وهى خطوة يحاول هذا الباب من البحث طرحها من منطلق أنه بحث فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية المنظرة والمنظمة فى مسألة استعمال الحق.

فالشريعة الإسلامية فى تكاملها تحتوى على القواعد والشروط التى يقوم على أساسها الحق، فضلاً عن التطبيقات العملية فى هذا الأمر، وإذا كان مسمى الموضوع لم يوجد بعينه فى ثنايا كتب التشريع الإسلامى إلا أن أبواب الإباحة وما دار حولها من بحوث يمكن أن يكون ترجمة سابقة للمصطلح القانونى الحديث.

ومن أجل ذلك أصبح يقود الباحث فى هذه الناحية خيط من الأفكار يبدأ من التعريف بالمصطلح الذى يريد بحثه ثم بحث الشروط المتعلقة بهذا المصطلح فى القوانين المعاصرة باعتبارها المصدر الذى استقى منه المصطلح نفسه ثم الدخول إلى الأصول العامة للشريعة الإسلامية ومحاولة تعقب الأشباه والنظائر التى تتشاكل مع المصطلح المدروس بنية وشروطاً وتطبيقات.

ومن ثم جنح هذا الباب إلى دراسة تعريف استعمال الحق وماهيته ثم شروطه فى القوانين الحديثة ثم أسلمه الخيط الفكرى إلى التوقف عند مرايا الشريعة ليتبين صورة هذا المصطلح فى أصولها وقواعدها العامة، فتحصل للباب ثلاثة فصول:

١- الفصل الأول ماهية استعمال الحق
٢- الفصل الثانى شروط استعمال الحق
٣- الفصل الثالث نظرية الإباحة وموقع استعمال الحق منها