T01-00128

ن

جامعة طنطا
كلية الحقوق
قسم الشريعة الاسلامية

رسالة
لنيل درجة الماجستير في الحقوق

مقدمة من الباحث
أحمد حداد علي عافية

في موضوع
نظرية الظروف الاستثنائية
دراسة مقارنة
بين الشريعة الاسلامية والنظم الإدارية

لجنة المناقشة والحكم

أ . د مصطفي محمود عفيفي . أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة طنطا سابقا	مشرفا و رئيسا
أ . د محمد الشحات الجندي . أستاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية - جامعة حلوان	مشرفا وعضوا
أ . د محمد جمال جبريل . أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة المنوفية	عضوا
أ . د زكي زكي زيدان . أستاذ الشريعة الاسلامية المساعد ورئيس القسم - جامعة طنطا	عضوا

٢٠٠١

جامعة طنطا
كلية الحقوق
قسم الشريعة الاسلامية

جامعة طنطا - كلية الحقوق

رسالة
لنيل درجة الماجستير في الحقوق

مقدمة من الباحث
أحمد حداد علي عافية

في موضوع
نظرية الظروف الاستثنائية
دراسة مقارنة
بين الشريعة الاسلامية والنظم الإدارية

لجنة المناقشة والحكم

أ . د مصطفي محمود عفيفي . مشرفا و رئيسا
أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة طنطا سابقا

أ . د محمد الشحات الجندي . مشرفا وعضوا
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية - جامعة حلوان

أ . د محمد جمال جبريل . عضوا
أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة المنوفية

أ . د زكي زكي زيدان . عضوا
أستاذ الشريعة الاسلامية المساعد ورئيس القسم - جامعة طنطا

٢٠٠١

بسم الله الرحمن الرحيم

(قل رب أشرح لي صدري ويسر لي أمري وأحلل عقده من لساني يفقهوا قولي)

وقال تعالى

(رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلي والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين).

صدق الله العظيم

إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علي سيدنا محمد ﷺ .

- أهدي هذا العمل لوجه الله سبحانه وتعالي الذي أعانني حتى يخرج هذا البحث بالصورة التي أتمنى أن ترضي أساتذتي ويستفاد بها طلاب العلم في كل مكان بأذن الله تعالي .

- والي أساتذتي الأفاضل الذين بذلوا معي الجهد بتوجيهي التوجيه الطيب وكان الفضل لهما بعد الله سبحانه وتعالي في هذا العمل .

- والي روح والدي ووالدتي رحمهما الله تعالي فبدعائهما نلت كل نجاح وكل خير وتعلمت منهما الكثير وأعطوني أسمي معاني عرفتها من يوم وجدت في هذه الدنيا .

- إلى زوجتي التي لها دور طيب في حياتي ووقفت بجانبي في كثير من المحن التي مرت بي وتقوم برسالة تعليم أبنائي .

- إلى أبنائي (الشيماء & آية & محمد) أنبتهم الله نباتا حسنا .

- إلى أساتذتي الذين تعلمت منهم منذ صغري علوم الدين والدنيا .

- إلي أخواتي وأقاربي وأهل عائلة عافيه وأهل قريتي الطيبة شنشور أشمون منوفيه وجميع عائلتها .

وأخيرا

فأني أردت بهذا البحث في المقام الأول أن يكون صله تربطني بالعلم وأدعو الله سبحانه وتعالي أن يجعله خالصا لوجه الكريم وأن يجعله في ميزان حسناتنا .

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل .

مقدمة وتقسيم

التعريف الاجمالى بموضوع الرسالة :

الحمد لله رب العالمين الذى علم بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم ، والصلاة والسلام على رسوله وحبيبه محمد ﷺ الذى شرح له بالإسلام صدراً ورفع له فى العالمين ذكراً ، وأنزل عليه كتاباً لا ياتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، تبياناً لكل شئ ، وتفصيلاً لكل أمر ولنا من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ما أن تمسكنا بهما لن نضل أبداً.

وبعد أن موضوع هذه الرسالة ، (نظرية الظروف الإستثنائية بين الشريعة والنظم الإدارية) ، موضوع له خطورته فى الفقه الإسلامى والقانون الأدارى وأن هذه النظرية من النظريات الحديثة النشؤ فى القانون وظهرت فى القانون الأدارى قبل ظهورها فى القانون المدنى وقد بحثت فى القانون بشكل نظرية مستوعبة الأطراف بحثاً مستقلاً مثلما بحثت النظريات الأخرى كنظرية تحمل التبعة والمسؤلية العقدية والمسؤلية التقصيرية وغيرها.
وإن هذه النظريات لم تبحث بصورة مستقلة فى الفقه الإسلامى إلا أنها طبقت كحلول لمسائل كثيرة وجزئية منتشرة فى أبواب الفقه المختلفة قبل أن يعرف القانون عنها شئ .

فالشريعة الإسلامية عرفت هذه النظرية ، موضوع البحث ، قبل أن يعرفها القانون بمئات السنين وأن بحثها تحت عناوين بأسماء مختلفة ، وإن بعض كتب الفقه بحثتها تحت عنوان يقرب اسمه من الاصطلاح القانونى وهذا العنوان هو (احكام الطوارئ) .

والقانون مهما تطور فإنه لا يصل إلى عشر معشار ما عرفته الشريعة الإسلامية قبله بقرون ، ذلك لأن القانون من وضع الإنسان المخلوق .

والفقه الإسلامى المستبط من الكتاب والسنة اللذان هما وحى الخالق سبحانه وتعالى :- وأن مقاصد الشريعة الإسلامية تحقيق المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم . ولذا لم تقتصر الشريعة الإسلامية على التشريع للظروف العادية بل راعت أيضا الظروف الإستثنائية ، وقررت صراحة إباحة الخروج على الأحكام التى شرعها الله تعالى إبتداء لتكون قانوناً عاماً ملزماً لكل من المكلفين وفى جميع الأحوال .
وذلك فى حالة توافر ظروف إستثنائية معينة يعتبرها الشارع [1] وآيات القرآن الكريم قاطعة الدلالة على ذلك.

---

(١) راجع: الدكتور عبد الله مرسى ، القضاء الأدارى مبدأ سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية - رسالة دكتوراة الإسكندرية- عام ١٩٧٠ ص ٢٥٢ وما بعدها.

فهرست البحث

م	الموضوع	ص
١	التعريف بموضوع الرسالة	١
	أهمية بحثه في القانون	٣
	أهمية بحث في الشريعة	٤
	النتائج والثمار التي يستهدف تحقيقها من وراء البحث	٧
	تقسيم للبحث	٩
٢	الباب الأول(باب تمهيدي)	١٥
	الفصل الأول (نشأة النظرية وتعريفها)	١٦
	المبحث الأول (التطور التاريخي للنظرية)	١٨
	المطلب الأول (النظرية في العصور القديمة)	١٨
	النظرية في القانون الروماني	٢٠
	النظرية في القانون الكنسي	٢١
	المطلب الثاني (النظرية في العصور الوسطي)	٢١
	النظرية في القانون الفرنسي القديم	٢٢
	النظرية في القانون الايطالي القديم	٢٣
	النظرية في القانون الالماني القديم	٢٤
	المطلب الثالث النظرية في النظم المعاصرة	٢٦
	النظرية في القانون الفرنسي	٢٨
	النظرية في القانون المصري	٣٠
	المطلب الرابع النظرية في القضاءين المصري والفرنسي	٣٠
	النظرية في القضاء الفرنسي	٣٣
	النظرية في القضاء المصري	٣٤
	النظرية في الشريعة الأسلامية	٣٧
	المبحث الثاني(أهميتها والمقصود بها)	٣٧
	المطلب الأول (أهمية دراسة النظرية)	٣٩
	اهمية دراستها في القانون	٤٠
	اهمية دراستها في الشريعة	٤٢

م	الموضوع	ص
	المطلب الثاني (مفهوم النظرية)	٤٢
	مفهوم النظرية في القانون	٤٢
	مفهوم النظرية في الشريعة	٤٩
	الفصل الثاني المبحث الأول (النظرية واعمال السيادة)	٦٠
	المطلب الأول (النظرية واعمال السيادة في القانون)	٦١
	المطلب الثاني (النظرية واعمال السيادة في الشريعة)	٦٥
	المبحث الثاني (النظرية والسلطة التقديرية)	٦٧
	المطلب الأول (النظرية والسلطة التقديرية في القانون)	٦٧
	المطلب الثاني النظرية والسلطة التقديرية في الشريعة	٧٢
	المبحث الثالث مقارنة بين النظرية ونظريات آخري	٧٦
	المطلب الأول مقارنة بين النظرية ونظريات آخري	٧٧
	تميزها عن نظرية الاستغلال	٧٧
	النظرية وعقود الأذعان	٧٩
	تميزها عن القوة القاهرة	٨١
	تميزها عن نظرية فعل الأمير	٨٣
	تميزها عن الصعوبات المادية	٨٤
	تميزها عن حالة الضرورة	٨٦
	المطلب الثاني (النظريات الأسلامية التي تبرر الأحكام الاستثنائية)	٩٠
	نظريات سلطات ولي الأمرلمواجهة السعي في الارض بالفساد	٩٠
	نظرية السياسة الشريعة	٩٤
	نظرية المصلحة	٩٦
٣	الفصل الثالث النظرية ومبدأ المشروعية	١٠٠
	المبحث الأول(النظرية ومبدأ المشروعية في القانون)	١٠١
	المبحث الثاني (النظرية ومبدأ المشروعية في الشريعه)	١٠٧
	الباب الثاني (الاساس الدستوري والشريعي للنظرية وشروطها وقيودها)	١١٤
	الفصل الأول (الاساس الدستوري والشرعي للنظرية)	١١٥

فهرست البحث

م	الموضوع	ص
	المبحث الاول (التكيف القانوني والشرعي للنظرية	١١٧
	المطلب الاول - التكييف القانوني للنظرية	١١٧
	المطلب الثاني - التكييف الشرعي للنظرية	١٢١
	المبحث الثاني (الأساس الدستوري للنظرية)	١٢٨
	المطلب الاول (أساسها في الدستور الفرنسي)	١٢٩
	المطلب الثاني (أساسها في الدستور المصري)	١٣٢
	المبحث الثالث (أساس الشرعي للنظرية)	١٣٨
	المطلب الأول (الأساس الشرعي في القرآن والسنة)	١٣٩
	المطلب الثاني (القواعد الكلية المستنبطة من النظرية)	١٤٤
	المطلب الثالث (السوابق التاريخية للنظرية)	١٥٣
	المطلب الرابع (التطبيقات للنظرية في الفقه الأسلامي)	١٦٣
	الفصل الثاني شروط تطبيق النظرية	١٦٨
	المبحث الأول (شروط تطبيقها في القانون)	١٦٩
	المبحث الثاني (شروط تطبيقها في الشريعة)	١٧٦
	الفصل الثالث (ضمانات وقيود النظرية)	١٨٠
	المبحث الأول (ضمانات وقيود تطبيقها في القانون)	١٨١
	المبحث الثاني (ضمانات وقيود تطبيقها في الشريعة)	١٨٨
٤	الباب الثالث (آثار تطبيق النظرية)	١٩٢
	الفصل الأول (آثار تطبيقها في القانون)	١٩٤
	المبحث الأول (آثار تطبيقها في القضاء الأداري)	١٩٥
	النظرية ودعوة الالغاء	١٩٦
	النظرية والاعتداء المادي	١٩٩

م	الموضوع
	النظرية ودعوي المسئولية
	المبحث الثاني (آثارها علي قواعد الشرعية العادية)
	آثارها علي القواعد الدستورية
	آثارها علي القواعد الشريعية العادية
	المبحث الثالث (آثارها علي مبدأ الفصل بين السلطات)
	آثارها علي العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية
	آثارها علي العلاقة بين السلطة التنفيذية والقضائية
	المبحث الرابع (الجزاءات المرتبة علي تطبيقا في القانون)
	الفصل الثاني آثار تطبيق النظرية في الشريعية
	المبحث الأول (آثار تطبيقها وكيفية ومعالجته)
	المبحث الثاني (الاستحالة والاثار المترتبة عليها في الفقه الأسلامي
	المبحث الثالث الجزاءات المترتبة علي تطبيقها في الشريعية
	القضاء الأداري الأسلامي (قضاء المظالم)
٥	خاتمة الرسالة
	المقترحات والتوصيات
٦	أهم المراجع
٧	فهرست البحث