

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد الشريعة

قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية

قسنطينة

# الدفاع الشرعي

(دفع الصائل)

دراسة مقارنة

بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

محمد الأخضر مالكي

إعداد الطالب:

بركاني فرجات

لجنة المناقشة:

- 1 - الأستاذ الدكتور دردوس المكي رئيساً
- 2 - الأستاذ الدكتور مالكي محمد الأخضر مشرفاً ومقرراً
- 3 - الأستاذ الدكتور دداش سعد الدين عضواً مناقشاً
- 4 - الأستاذ الدكتور فكرة سعيد عضواً مناقشاً
- 5 - الأستاذ الدكتور بوضياف عمار عضواً مناقشاً

السنة: 1419 هـ / 1998 م

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه  
وأصلح لي في ذريتي إنني تبت إليك وإني من المسلمين

## الإهداء

إلى روح والدي - رحمه الله -  
وإلى والدتي حفظهما الله  
أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع  
لقاء ما علماني القرآن العظيم  
وأنا لآزلت لم أتم الرابعة بعد من السنين  
فأسأل الله العظيم الكريم أن يجزل  
لهما  
الأجر والمنة على ذلك



## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمين، وعلى آله وأصحابه ومن تبع هداهم إلى يوم الدين، وبعد :

« ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير ربنا لا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم »

أتناول في هذا البحث مسألة من أدق المسائل في فقه الشريعة الفراء، وفي النظم القانونية الوضعية على السواء.

مسألة الدفاع الشرعي، أودع الصائل كما يعبر عنها في كتب الفقه الإسلامي.

وأود أن أنبه إلى أنه عندما أقول: « النظم القانونية الوضعية » أنني أعني القانون والقضاء والفقه المستمدة من التقنيات الوضعية، والمبنية عليها، في مقابل الشريعة الإسلامية بما فيها من تشريع وفقه وسوابق قضائية، وفتاوى العلماء.

وأنه بهذا المنظور جعلت عنوان رسالتي: الدفاع الشرعي (دفع الصائل) بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية.

وإذ قدمت في العنوان الدفاع الشرعي عن دفع الصائل الذي جعلته بين قوسين، فإنني أرى أنه ليس هناك من مانع في أن يعنون هذا الموضوع حتى في الشريعة الفراء بهذا العنوان، وإن درج في كتب فقها تسميته بدفع الصائل، أو بالصيال؛ ولذلك وضعت ما هو دارج فيها بين قوسين في عنوان رسالتي، حتى يعبر العنوان بكل وضوح ودقة عن الموضوع سواء في الشريعة الفراء بمصدرها الأصليين ( القرآن والسنة ) وفقهما بما بني عليه من مناهج وطرق استنباط؛ أو في النظم القانونية الوضعية بتقنياتها وأحكامها القضائية والفقه والشروح المبنية على كل ذلك.

ولا يخفى أن طبيعة الدراسة مقارنة تتم فيها مقارنة النظم القانونية الوضعية المختلفة بالشريعة الفراء في مجموع مذهبها السنية التي ركزت عليها خاصة لما توفر فيها من مصادر، والشيعية والإباضية لما فيها من فقه عظيم في الفروع، عدا ما كان له اتصال بالعقائد والسياسة، إذ لهم في بعض النقاط من هذين الموضوعين رأيهم وليس هذا مجال الحديث فيه.

وطبيعة الدراسة هذه تحتم تنوع الكتب والمصادر، التي سيتم البحث والتنقيب فيها لإعداد هذه الرسالة، من كتب في الشريعة، بداية من مصدرها الأول والأهم القرآن العظيم وتفاسيره، وتثنية بمصدرها المهم والشارح والموضح لسابقه السنة النبوية المطهرة بكتبها وشروحاتها، إلى كتب الفقه أصوله وفروعه على مختلف المذاهب الإسلامية المالكية منها والحنفية والحنبلية والشافعية والظاهرية والشيعة والإباضية.

كما تم الرجوع بشكل مركز إلى مؤلفات حديثة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية.

وقد تعين الرجوع إلى بعض كتب التراث العربي الإسلامي غير كتب الفقه السابقة كالتاريخ والعقائد والمعاجم اللغوية.

وكان لزاما الرجوع بطبيعة الحال إلى المصادر الوضعية، من تقنيات وشروح لها وكتب فقه مبنية عليها وإلى مجموعات أحكام قضائية وضعية، بما تحويه من أحكام وقواعد واجتهادات، ومقارنة كل ذلك بسابقه في الشريعة الفراء في موضوع الدفاع الشرعي.

وكانت كتب النظم القانونية الوضعية المعتمدة في هذا البحث لبلدان مختلفة المذاهب والمشارب، من بلدان توخّت الليبرالية إلى أقصى حد ممكن لها، وأخرى نهجت المنهج الاشتراكي إلى أبعد حد يمكن بلوغه منه، وثالثة اتبعت نظاما بين هذه وتلك، من حيث أخذها بما ترى منها من أحكام وحلول لمشاكل مجتمعاتها.

وقد كانت أمامي إشكالية محددة يتعين على الخوض في بحث هذا الموضوع لحلها، أو على الأقل للإسهام في ذلك، وتتمثل هذه الإشكالية في كون تراثنا كله بقي مادة خاما وفيه الكثير مما يستفاد منه استفادة جمة، والفقه الإسلامي المستنبط من القرآن والسنة أساسا فيه فوائد عظيمة وحلول جلييلة لمشاكل عويصة، لكنه في حاجة إلى إعداد ليكون في متناول المطبق للأحكام.

والدفاع الشرعي بالذات أرى أنه نموذج يجسد إلى حد كبير هذا المنظور، إذ أرى أن الأحكام فيه دقيقة جدا يتعين استقصاءها وبحث كل جزئية منها، زيادة على ما يتطلبه الموضوع من مقارنة مع ما عليه الحال في النظم القانونية الوضعية.

ثم أن الموضوع يطرح إشكالية تقليدية لا تزال قائمة، وتتمثل في كون الدفاع الشرعي هو عبارة عن دفع ضرر بضرر، كل هذا يرشح الموضوع للبحث والموازنة فيه بين شريعة الإسلام السمحة والنظم القانونية الوضعية، وتحديد مدى تطبيق القاعدة المعروفة في قواعد الفقه الإسلامي التي تقول: "لا ضرر ولا ضرار" والمبنية على حديث للنبي صلى الله عليه

وسلم في هذا الموضوع، ومدى تطبيق ما يتفرع عن هذه القاعدة من قواعد كقاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "إذا اجتمع ضرران دفع أشدهما بالأخف" وغيرها من القواعد التي تدور حول القاعدة الأصلية "لا ضرر ولا ضرار" في هذا الموضوع أيضا.

وبما أن الدفاع الشرعي استثناء من القاعدة العامة في منع الضرر كله، ووضع تلمية الضرورة، فإن هذه الضرورة يجب أن تقدر بقدرها.

#### - خطة البحث:

ولذا يتعين بحث الموضوع في اطار هذه الموازنات كلها وسأسلك في بحثي . بحول الله .

#### الخطة التالية:

الفصل التمهيدي: بحث سبع مسائل أولية تتعلق بالدفاع الشرعي

المبحث الأول: التعريف بالدفاع الشرعي

المطلب الأول: معنى الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني: معنى الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

المطلب الثالث: التعريف الذي اختاره للدفاع الشرعي

المطلب الرابع: معنى الدفاع الشرعي في نظامين اجتماعيين وقانونيين مختلفين

المبحث الثاني: نطاق الدفاع الشرعي

المطلب الأول: نطاق الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني: نطاق الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

المبحث الثالث: أساس الدفاع الشرعي

المطلب الأول: أساس الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

المبحث الرابع: حكم الدفاع الشرعي

المطلب الأول: حكم الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

المبحث الخامس: مصدر الدفاع الشرعي

المطلب الأول: مصدر الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: مصدر الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

المبحث السادس: علاقة الدفاع الشرعي ببعض النظم المشابهة له

المطلب الأول: علاقة الدفاع الشرعي بموانع المسؤولية

المطلب الثاني: علاقة الدفاع الشرعي بموانع العقاب  
المطلب الثالث: علاقة الدفاع الشرعي بسقوط القصاص  
المطلب الرابع: علاقة الدفاع الشرعي بحالة الضرورة  
المطلب الخامس: علاقة الدفاع الشرعي بالإكراه  
المطلب السادس: علاقة الدفاع الشرعي بالمبارزة  
المطلب السابع: علاقة الدفاع الشرعي الدولي بالمعاملة بالمثل  
المبحث السابع: علاقة الدفاع الشرعي بالمنهي عن المنكر  
المطلب الأول: مصدر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر  
المطلب الثاني: تحليل النهي عن المنكر وإبداء الرأي فيه  
الفصل الأول: أركان الدفاع الشرعي  
المبحث الأول: الركن الأول: الإعتداء  
المطلب الأول: طبيعة الإعتداء وعناصره  
المطلب الثاني: شروط الإعتداء  
المطلب الثالث: موضوع الإعتداء  
المبحث الثاني: الركن الثاني: الدفاع  
المطلب الأول: لزوم الدفاع  
المطلب الثاني: تناسب الدفاع  
الفصل الثاني: إثبات الدفاع الشرعي، وحكمه، وآثاره، وتجاوز حدوده  
المبحث الأول: إثبات الدفاع الشرعي، وحكمه، وآثاره  
المطلب الأول: إثبات الدفاع الشرعي  
المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي  
المطلب الثالث: آثار الدفاع الشرعي  
المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وأثره  
المطلب الأول: مفهوم التجاوز  
المطلب الثاني: آثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي  
وأشير هنا إلى أن جل مطالب فصول البحث الرئيسية الثلاثة مقسمة إلى فروع تقتضيها مقارنة الشريعة الفراء بالنظم القانونية الوضعية، وكثير ما تقسم الفروع إلى نقاط يقتضيها حسن عرض وتصنيف مادة البحث.

وسأقدم فهرسا مفصلا في آخر هذه الرسالة للمادة التي تتضمنها  
كما أشير إلى أن المادة المكتوبة في هذه الرسالة مرقمة فقراتها لتسهيل الرجوع إليها  
والإحالة عليها عند الاقتضاء.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير

## الفصل التمهيدي

بحث مسائل أولية تتعلق بالدفاع الشرعي

علاء الدين للعلوم الإسلامية



## بحث سبع مسائل أولية تتعلق بالدفاع الشرعي

(1) تمهيد وتقسيم

لبحث موضوع الدفاع الشرعي لابد من بحث بين يدي هذا الموضوع سبع مسائل أولية، تشكل مقدمات أساسية للموضوع، يتعين بحثها وإجلاء أمرها قبل الخوض في صلب الموضوع.

وسأتناول هذه المسائل أو هذه المقدمات في سبع مباحث، أتناول فيها:

- التعريف بالدفاع الشرعي
  - نطاق الدفاع الشرعي
  - أساس الدفاع الشرعي
  - حكم الدفاع الشرعي
  - مصدر الدفاع الشرعي
  - علاقة الدفاع الشرعي ببعض النظم المشابهة له.
  - الدفاع الشرعي والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- متناولا كل نقطة في مبحث حسب ترتيبها السابق.

## المبحث الأول التعريف بالدفاع الشرعي

(2) تمهيد وتقسيم

لكي ندرس موضوع الدفاع الشرعي لابد من تحديد مفهومه وتبيين معناه والمقصود منه، وهذا يقتضي التحديد اللغوي لمعاني كلماته، كما يقتضي تتبع تعاريف العلماء له. ولما أن البحث مقارن بين الشريعة الإسلامية السمحة وبين النظم القانونية الوضعية فإنه يتعين التعريف بالدفاع الشرعي في كل من الشريعة والنظم القانونية الوضعية، وعليه يتعين تقسيم المبحث إلى مطلبين:

- أولهما: تناول فيه معنى الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.
- وثانيهما: تناول فيه معنى الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية.

### المطلب الأول

(3) معنى الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

عرف هذا الموضوع في فقه الشريعة الغراء باسم « الصيال » وهو إطلاق لاسم العدوان على الموضوع عند بحثه.

كما عرف باسم « دفع الصائل » أي دفع المعتدي.

والمعنى اللغوي لكلمة الصيال من صال الفحل صولا وصيالا، إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها. وصال عليه: إذا استطال، فمن يعدو على الناس ويقتلهم أو يؤذيهم يقال له صائل، ومنه صوالا، ويقال للجمل صنول، ورجل صنول، فرب قول أشد من صول، ومنه صئالة<sup>(1)</sup>.

(1) انظر الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر: أساس البالغة ج 4 ط 2 لسنة 1973، دار الكتب ص 32 و 33. انظر أيضا ابن منظور: لسان العرب المحيط، معجم لغوي علمي، قدم له العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف يوسف خياط، ج 2، ص 495.

انظر أيضا الدكتور فلجمي محمود رواس والدكتور فتحي حامد صادق: معجم لغة الفقهاء ط 1 لسنة 1405 هـ، 1985 م. دار النفائس، ص 440 و 465.

وأما معناها الإصطلاحي فقد اصطلح الفقهاء على إطلاق كلمة الصائل على مسمى من إنسان أو حيوان مصدر للإعتداء على الأنفس أو الأعراض أو الأموال. ومدافعه يسمى مدافع الصائل.

فعرفوه بأنه « استطالة مخصوصة بغير حق ».

وذلك بزيادة كلمتي « بغير حق » على التعريف اللغوي، وذكر بعض الفقهاء أنه كالتعريف اللغوي وأجيب بأن الأول أولى من اتحاد المعنيين<sup>(1)</sup>.

غير أن أغلب الفقهاء القدامى وقفوا عند المعنى اللغوي للصيال فقالوا: «إنه الاستطالة والوثوب على الغير، والصائل هو الظالم» مكتفين بهذا المعنى اللغوي. ويستفاد من التعريف الأول - الذي أرى أنه الأصح - أنه ليست كل استطالة ووثوب في المدلول اللغوي صيالا في مفهوم الشريعة، وإنما يقيد المدلول اللغوي بشروط وأركان وقيود يشترطها الفقهاء في بيان أحكام الصيال<sup>(2)</sup>.

فهو استطالة بشروط خاصة وأوضاع معينة تميزه عن أنواع عديدة من أنواع الإستطالة والإعتداء، فاستطالة حيوان على آخر وإن اعتبرت إستطالة في المفهوم اللغوي للصيال، فإنها ليست كذلك إذا نظرنا إليها من خلال المنظور الفقهي لحقيقة الصيال.

لأن الصيال عند الفقهاء يقصرونه على الإعتداء على الأنفس أو الأعراض أو الأموال ولا يستخدمون هذا المصطلح « دفع الصائل » حتى لبيان دفع صيال دولة غير إسلامية على دولة إسلامية، بل يستعملون مصطلحا آخر هو الجهاد.

---

- وانظر أيضا الدكتور الزحيلي وجمه، نظرية الضرورة الشرعية ط 2 لسنة 1399 هـ، 1979، مؤسسة الرسالة هاشم مس 134، وانظر الدكتور مذكور محمد سلام: الحكم التخيري، أو نظريته الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ط 2 لسنة 1965 دار النهضة العربية هاشم ص 52.

(1) الأنصاري زكرياء بن محمد بن زكرياء: أسنى المطالب في شرح روض الطالب ج 4 المطبعة الميمنية بمصر، ص 166 وانظر الشربيني محمد بن أحمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ج 4 مطبعة الحلبي بمصر سنة 1352 هـ 1933 م، ص 194.

وانظر أيضا الشرقاوي: الحاشية على شرح التحرير ج 2، المطبعة الميمنية بمصر ص 443.

(2) انظر الفلبوبي أبو العباس أحمد بن أحمد بن سلامة شهاب الدين: حاشيته على شرح منهاج الطالبين ج 4 ط 3 مطبعة الحلبي سنة 1375 هـ 1956 م، ص 206.

- وانظر عبد التواب محمد سيد: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ط 1 سبتمبر 1983، الناشر: عالم الكتب ص 60.

- انظر البيهقوري الشيخ إبراهيم حاشيته على شرح العلامة بن قاسم الغربي على متن الشيخ أبي شجاع ج 2، دار الفكر، ص 256، عرف الصيال بقوله: «الاستطالة والوثوب على الغير بغير حق».

ويلاحظ أن هذا التعريف هو تعريف للصائل وليس تعريفا لدفع الصائل، إذ الفقهاء عندما تعرضوا لبحث الموضوع لم يتناولوا كلمة « دفع » مكتفين بوضوح المعنى اللغوي للكلمة<sup>(1)</sup>.

وقد تمت محاولات من بعض الكاتبيين في العصر الحديث تهدف إلى وضع تعاريف للدفاع الشرعي « دفع الصائل » متوخية استعمال التعبير الحديث بدلا من استعمال الإصطلاح القديم.

فعرّف بعضهم<sup>(2)</sup> بقوله: « الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل إعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الإعتداء ».

وقد انتقد البعض هذا التعريف بأنه ينطوي على ثلاث عيوب، أولها: الإطناب، وثانيا: أنه غير جامع بحيث أشار فقط إلى الدفاع عن النفس والمال ولم يشر إلى الدفاع عن العرض، وهو أولى بالنص عليه من المال، وثالثها: اشتماله على الحكم بقوله: « هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره... » فقد أبان التعريف أن الدفاع عن النفس واجب، وأن الدفاع عن المال حق، وبيان الحكم غير مطلوب في التعريف، إذ المقصود من التعريف بيان ماهية لا الحكم لأن الحكم خارج عن الماهية وطارئ عليها، وقد يختلف باختلاف الظروف والأحوال، وقد يكون الحكم الوارد في التعريف ليس محل اتفاق بين الفقهاء<sup>(3)</sup>.

ويرد على نقد التعريف بكونه غير جامع لعدم إشارته إلى الدفاع عن العرض بكونه شراح القانون الوضعي درجوا على التوسع في مضمون جرائم النفس معتبرين إياها شاملة لكل ما يهدد من الجرائم الإنسان في عرضه أو يمس في شرفه واعتباره<sup>(4)</sup>.

وأسجل هنا تحفظا على هذا الرد إذ أرى أن الشريعة الإسلامية من بين خصوصياتها في إطار التسامح بأخلاق الأفراد والمجتمعات حرصها الشديد على صيانة الأعراض وما

(1) انظر الدكتور عبد التواب محمد سيد: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 60.

(2) انظر عودة عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي ج 2 ط 5 سنة 1404 هـ، 1984 م، مؤسسة الرسالة ص 473.

(1) و (2) انظر عبد التواب محمد سيد: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 61.

ينبني على ذلك من أنساب وشرف واعتبار، وهذه ميزة لشريعة الإسلام بارزة في فقه فقهاؤها، وإذا كان الفكر الإنساني يكمل بعضه بعضاً فحري بالمسلمين اتباع غيرهم في أحسن ما وصل إليه دون تركهم أحسن ما كانوا عليه.

وعرفه البعض<sup>(1)</sup> بأنه « حالة أو موقف يقوم فيه شخص برد إعتداء على نفسه أو عرضه أو ماله، أو على نفس أو عرض أو مال غيره، من شخص أو أشخاص آخرين ».

وهذا التعريف ينطوي على عييين، أولهما: الإطئاب، حيث كرر موضوع الحق المعتدى عليه، في حين أن من سمات التعريف الإيجاز. وثانيهما: استعماله كلمات غامضة لبيان طبيعة الدفاع الشرعي - فكلمة حاله أو موقف تحتاج إلى بيان - في حين أن من خصائص التعريف أن يكون واضحاً في الدلالة على المعرف.

وعرفه البعض<sup>(2)</sup> بأنه « موقف يقوم فيه شخص برد اعتداء غير مشروع سيقع على نفسه أو ماله أو عرضه من شخص آخر، أو سيقع على نفس أو عرض أو مال غيره ».

وينطوي هذا التعريف على عييين هما الإطئاب والغموض. وذلك بتكراره موضوع الحق المعتدى عليه، وعدم وضوح كلمة موقف الواردة في التعريف.

وعرفه البعض<sup>(3)</sup> بأنه « الحق الذي يقرره القانون لمن يهدده خطر اعتداء في أن يصده بالقوة اللازمة ».

وهذا التعريف ينطوي على عييين، أولهما اشتماله على التكييف الشرعي للدفاع فبين أنه حق رغم عدم اتفاق الفقهاء على هذا التكييف، وثانيهما تضمنه لشرط لزوم الدفاع وعدم تضمنه لشرط تناسب الدفاع مع الإعتداء.

وعرفه الدكتور يوسف قاسم<sup>(4)</sup> بأنه « رد اعتداء غير مشروع لحماية للنفس أو العرض أو المال ».

(1) انظر الدكتور المحذوب أحمد علي: الدفاع الشرعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - مجلة الوعي الإسلامي الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، العدد 96 ذي الحجة 1392 هـ، 1973 م، ص 72.

(2) المستشار طنطاوي علي عبد الإله: حالات الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مجلة منبر الإسلام - السنة 36، العدد 1، سنة 1398 هـ، ص 69.

(3) د/ مذكور محمد سلام: الحكم التخييري - مرجع سابق - ص 426.

(4) د/ عبد التواب محمد سيد: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 62.

وهذا التعريف المتميز بالإيجاز والشمول نوعا ما قصر شموله على ركن الإعتداء، ولم يتعرض لكون الإعتداء حالا أو على وشك الوقوع، فليس كل اعتداء غير مشروع يبيح الدفاع الشرعي، فقد يكون الإعتداء غير مشروع ولكنه غير حال ولا وشيك الوقوع، أو يمكن تداركه بالالتجاء للسلطات العامة.

كما يعيب هذا التعريف أنه لا يتعرض لشروط الدفاع من حيث لزومه لرد الإعتداء وتناسبه معه، لأنه لا يكون الدفاع مباحا إلا إذا توفر فيه هذان الشرطان، مما يجعل هذا التعريف أيضا دون بيان ذاتية المعرف وماهيته.

وعرفه الدكتور عبد الفتاح خضر<sup>(1)</sup> بقوله: «الدفاع الشرعي حالة يخول فيها شخص يسمى المدافع استخدام القوة اللازمة لرد اعتداء حال أو وشيك الوقوع على نفسه أو ماله أو عرضه، أو على نفس أو مال أو عرض غيره، من شخص آخر يسمى المعتدي».

ويعاب على هذا التعريف إطنابه، وعدم إشارته إلى تناسب الدفاع مع الإعتداء من حيث أفعال كل منهما، كما أن كلمة «... يخول...» تشمل معنى الجواز أي الرخصة ومعنى الحق، ويبقى معنى الوجوب خارجا عنها، مع أن الدفاع عن العرض حكمه في الشريعة الإسلامية الوجوب (كما سنرى عند بحث حكم الدفاع عن العرض في الشريعة الإسلامية). هذا رغم أن الحكم ليس مطلوبا في التعريف إذ المقصود بالتعريف تحديد الماهية لا تبيين الحكم.

وعرفه الدكتور محمد سلام مذكور بأنه<sup>(2)</sup> «الحق الذي يقره القانون لمن يهدده خطر إعتداء في أن يصده بالقوة اللازمة».

ويعاب على هذا التعريف قصوره الشديد، إذ لم يشر إلى تناسب أفعال الدفاع مع فعل الإعتداء، ثم أنه على الرغم من أن تبيين الحكم غير مطلوب في التعريف، فقد بينه وقصره على الحق فقط في حين أن حكمه يتدرج من الرخصة إلى الوجوب (كما سنرى عند بحث حكم الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية). كما أن التعريف لم يشر إلى موضوع الحماية بالتفصيل ويفهم منه أن موضوعها نفس المدافع فقط، والواقع أن موضوع الحماية في الشريعة الإسلامية هو نفس وعرض ومال المدافع والغير لا فرق.

(1) انظر الدكتور عبد الفتاح خضر: النظام الجنائي، أسسه العامة في الانجازات المعاصرة والفقہ الإسلامي ج 1، ط سنة 1409 هـ، 1982 م، ص 259 و 260.

(2) انظر الدكتور محمد سلام مذكور: الحكم التخيري - مرجع سابق - ص 475.

وعرفه الدكتور بهنسي بأنه<sup>(1)</sup> « حق طبيعي للإنسان »، وذكر أنه تقرر مشروعيته جميع التشريعات منذ القدم.

وإن صح أن يسمى هذا تعريفا فإنه يعود بنا إلى عهد اليونان، وعهد سيسرون (Ciceron) خطيب روما الشهير. والشريعة الغراء لا تنكر قوانين الطبيعة وإنما تقيم الضوابط وتحدد الحدود لها.

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه نظرية الضرورة الشرعية<sup>(2)</sup> بأنه « إذا اعتدى إنسان على غيره في نفس أو مال أو عرض، أوصالت عليه بهيمة، فللمعتدى عليه أولغيره أن يرد العدوان بالقدر اللازم لدفع الإعتداء حسب تقديره في غالب ظنه، مبتدئا بالأخف فالأخف إن أمكن ».

هذا التعريف عبادة عن وصف مطب للدفاع الشرعي يعكس إلى حد ما موقف الشريعة الإسلامية من الدفاع الشرعي كما سنرى خلال دراستنا هذه، ويعاب عليه اعتباره الإعتداء الحال واغفاله الإعتداء الوشيك الوقوع، كما قد يفهم من عبارته « إذا اعتدى » أن الدفاع جائز حتى إذا انتهى المعتدي من عدوانه، وهذا ما لا يقول به أحد، فهو غير مانع. هذا الذي أحصيت من تعريفات قال بها فقهاء قدامى ومحدثين، كل منها لا يفي بالغرض المطلوب، ويمكن أن يوجه إليه أكثر من نقد، والحاجة لا تزال قائمة إلى تعريف يمكن وصفه بالجامع المانع، وهذا ما سأقدمه - بحول الله - بعد تبيان معنى الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية، لتوحيد التعريف بينها وبين الشريعة الغراء إذ المعرف واحد - كما سنرى من خلال كامل الدراسة - وفيما يلي نتناول معنى الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية في مطلب ثان.

(1) انظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، ط 3، سنة 1404 هـ - 1984م - دار الشروق ص 193.

(2) انظر الدكتور وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية - مرجع سابق - ص 134.

## المطلب الثاني

### (4) معنى الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

يختلف معنى ومفهوم الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية من نظام إلى آخر تبعاً لاتساع وضيق نطاق الدفاع الشرعي، لذا نجد تعريفات مختلفة له عند مختلف الفقهاء. كما يختلف تعريفه تبعاً لحكمه كسبب من أسباب الإباحة، أحق هو أم واجب أم رخصة؟

ولتوضيح معنى الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية لابد من إيراد بعض تعاريف فقهاء القانون الوضعي له يتوفر فيها التباين تبعاً لتباين النصوص القانونية التي يستخلص منها كل فقيه ما توصل إليه من تعريف، أوتبعاً لموقفه من الدفاع الشرعي وحكمه، ثم بعد ذلك نوضح مفهوم الدفاع الشرعي في نظم قانونية مختلفة من حيث النظام الاجتماعي والسياسي الذي يشكل البيئة لنشأة النصوص القانونية ولتطبيقها. وفيما يلي تعاريف تعكس هذا التباين في النصوص والمواقف.

### (5) تعاريف مختلفة للدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية:

تناول شراح وفقهاء القانون الوضعي الدفاع الشرعي - باعتباره أهم أسباب الإباحة - بالشرح والتوضيح، وقد تعددت تعريفاتهم له، وفيما يلي عرض أهم ما وصلت إليه من هذه التعريفات، متناولاً إياها بالتحليل والنقد - على غرار ما سبق في المطلب الأول من هذا الفصل - محاولاً معرفة أيها أكثر جمعا ومنعاً لنخلص في النهاية إلى وضع تعريف هذا شأنه - بحول الله - .

ففي فرنسا عرفه<sup>(1)</sup> جارو R. Garraud بأنه: « إستعمال القوة من أجل حماية مصلحة قانونية يريد المعتدي إهدارها أو النيل منها » وهذا التعريف منتقد لأنه لا يوضح لنا عناصر الإعتداء وعناصر الدفاع، وإنما جاء مقتصرًا على بيان الغرض الذي يستهدفه الدفاع الشرعي، وهو حماية المصلحة القانونية التي يريد المعتدي المساس بها.

1) Garraud Renée : Traité théorique et pratique de Droit Pénal Français, Paris, T 2ème 1914. P. 9.



وعرفه لارجير<sup>(1)</sup> Languier بقوله: « الدفاع الشرعي واقعه مباحة بنص القانون ». وهو تعريف يقتصر على بيان أثر الدفاع الشرعي المتمثل في الإباحة، دون أن يتناول عناصر كل من الإعتداء والدفاع، بحيث يوضح ماهية المراد تعريفه.

وعرفه بوزات<sup>(2)</sup> Bouzat بقوله: « من الحقوق استعمال القوة لمقاومة اعتداء حال غير مشروع »، وهذا التعريف أيضا معيب، إذ يتناول صورا لاستعمال القوة في غير الدفاع الشرعي فقد يستعمل رجل الأمن القوة أداء للواجب، وليس للدفاع الشرعي، ومن ثم يفقد هذا التعريف خاصية هامة من خصائص التعاريف وهي كونه غير مانع لدخول صور أخرى لاستعمال القوة.

وكشأن هذه التعاريف في فرنسا - من حيث قصورها عن أداء المطلوب بما يتطلبه من جمع ومنع - التعاريف فيما عرف بالإتحاد السوفياتي<sup>(3)</sup>.

وفي البلاد العربية تصدى كثير من الشراح لتعريف الدفاع الشرعي. فعرفه الدكتور مصطفى القللي بأنه<sup>(4)</sup> « إباحة درء الجريمة بالجريمة ». ويعيب هذا التعريف أنه غير مانع من دخول بعض صور القوة التي ليست من قبيل الدفاع الشرعي، كما لو كانت هذه القوة تواجه قوة مستعملة في نطاقها المشروع، إذ لا يجوز للزاني غير المحصن أن يدفع جلاده، ولا لأي أحد يقام عليه تعزيز بالضرب كما لا تجوز مقاومة رجل القوة العمومية وهو يفرق مشاغبين، فكل هذا لا تجوز مقاومته، كما أنه لا يصح إطلاق وصف الجريمة على فعل الدفاع إذا ما توافرت شروطه وإن اعتبر كذلك بحسب الأصل. كما أن التعريف خال كليا من بيان أركان الدفاع الشرعي وشروطه.

كما عرفه الدكتور القللي بأنه<sup>(5)</sup> « دفع القوة بالقوة »، وهذا التعريف أيضا يعاب عليه ما يعاب على سابقه.

1) Languier J. : Droit Pénal général et procédure pénale, Paris, 1972, P. 26.

2) Bouzat Pierre et Pental Jean : Traité de Droit Pénal et de Criminologie (thèse), Paris, 1931.

(3) انظر عبد التواب محمد سيد الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 64 و65

(4) انظر الدكتور القللي محمد مصطفى: في المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد الأول سنة 1948هـ ص 312.

(5) نفس المرجع ص 303.

ويعرفه الدكتور رمسيس بهنام بالصورة التالية<sup>(1)</sup> «الدفاع الشرعي معناه أن يحرس الإنسان نفسه أو غيره حين لا تتأني حراسة البوليس» ويعاب على هذا التعريف أنه غير جامع، إذ يقصر الدفاع على النفس دون العرض والمال وحتى لو أدخل العرض في عموم النفس يبقى المال لا يتناوله التعريف. كما أن التعريف يستفاد منه كون الدفاع الشرعي مجرد رخصة أكثر مما هو حق، إذ الحق يفترض فيه أن يكون في مواجهة شخص معين، ولا يمكن معرفة المعتدي مسبقاً زيادة على كون التعريف خال من بيان أركان وشروط الدفاع. وعرفه الدكتور سعدي بسيسو بأنه<sup>(2)</sup> «دفع الإنسان الأذى عن نفسه أو ماله بأذى يقابله، أو قل أنه دفع الشر بالشر».

ويعاب على هذا التعريف أنه قصر على نفس المدافع وماله دون أن يضع الغير في الحسبان، ولم يبين شروط وأركان الدفاع.

وعرفه الدكتور محمود زكي أبو عامر<sup>(3)</sup> بأنه «حالة واقعية يجد الإنسان فيها نفسه أو غيره معرض لخطر حال غير محق ولا مثار على النفس أو المال، ولا يجد لنفسه سبيلاً سوى الجريمة، هذه الحالة الواقعية تنشئ سبباً قانونياً لتبرير الجريمة وإباحتها».

وعلق على تعريفه هذا بأن سبب التبرير المقرر بقاعدة الدفاع الشرعي يعطي الفرد الحق في أن يقتل أو يضرب إذا كان القتل أو الضرب لازمين وإلا كان هو المقتول أو المضروب. وهو تعريف شمل النفس والغير، وإذا اعتبرنا النفس بمتعلقاتها من عرض ومال، وراعينا تحديد التعريف لأركان الدفاع الشرعي يمكن القول أنه أكثر ضبطاً للقاعدة وتحديداً لها من غيره، وقد حدد حكم الدفاع بالقول في التعليق على التعريف بأنه حق.

ومع ذلك يعاب على هذا التعريف الإطناب، كما أنه عبر عن فعل الدفاع بالجريمة في حين أن هذا الفعل لا يجرمه القانون، وتعبيره هذا - في التعريف - بالذات غير مستساغ وإن كان عمل الدفاع في غير حالة الدفاع جريمة. وحكم الدفاع مختلف فيه.

(1) انظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، ط 3 سنة 1971، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص 278.

(2) انظر الدكتور سعدي بسيسو: مبادئ قانون العقوبات، الكتاب الأول ط 1 سنة 1964. مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ص 278.

(3) انظر الدكتور محمود زكي أبو عامر: قانون العقوبات اللبناني القسم العام، ط سنة 1981، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص 242.

وعرفه الدكتور رضا فرج بأنه<sup>(1)</sup> « استعمال القوة اللازمة لصد خطر إعتداء حال غير مشروع ».

ويعاب على هذا التعريف أنه غير جامع، فهو لا يشمل الإعتداء، الوشيك الوقوع الذي أجمع فقهاء القانون الوضعي على أنه يبيح الدفاع الشرعي، كما أن التعريف أغفل شروط تناسب الدفاع مع الاعتداء إذ لا تغني عنها شروط اللزوم.

وعرفه الدكتور يسر أنور علي بأنه<sup>(2)</sup> « حق دفع إعتداء حال وغير مشروع ». ويعاب على هذا التعريف - زيادة على ما في سابقه من عيب - أنه غير مانع، بحيث يغفل شروط الدفاع من حيث كونه لازماً لرد الإعتداء، فيمكن والحالة هذه أن يدخل في معنى الدفاع الشرعي الأفعال التي يأتيها المعتدى عليه رغم إمكانه اللجوء في الوقت المناسب إلى رجال الأمن.

وعرفه الدكتور الألفي بأنه<sup>(3)</sup> « تخويل المدافع استعمال القوة اللازمة لدرء إعتداء غير مشروع يوشك أن يقع أو الحيلولة دون استمراره ». ويعاب على هذا التعريف عدم ذكره صراحة اللزوم، كما أن كلمة التخويل عامة تشمل الحق والرخصة، وعرفنا سابقاً أنها لا تشمل الوجوب. وتعرفه الدكتورة فوزية عبد الستار بأنه<sup>(4)</sup> « رد فعل من شخص غير مذنب لدفع خطر يحرمه القانون ».

ويعاب هذا التعريف بعيبي، أولهما إغفاله شرط حلول خطر الإعتداء، فقد يوجد الخطر ويكون غير حال ويمكن تداركه باللجوء لرجال الأمن في الوقت المناسب، وثانيهما كون التعريف غير مانع من دخول صور من رد العدوان لا يمكن التسليم بمشروعيتها لاغفاله شرطي اللزوم والتناسب.

(1) انظر الدكتور رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، سنة الطبع غير مذكورة ص 150.

(2) انظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي، دراسة لمبدأ المشروعية، المجلة الجنائية القومية، المجلد 13، سنة 1970م، ص 229.

(3) انظر الدكتور الألفي أحمد عبد العزيز: شرح قانون العقوبات الليبي، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، سنة 1969م، ص 264.

(4) انظر الدكتورة فوزية عبد الستار: خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي - دراسة مقارنة - مجلة القانون والاقتصاد، السنة 42 سبتمبر - ديسمبر 1972م ص 161.

ويعرفه الدكتور أحمد صفوت<sup>(1)</sup> بأنه « حالة منع وقوع تعدد حال غير مشروع بالقوة ». ويعاب على هذا التعريف إغفاله شرطي اللزوم والتناسب في الدفاع، الأمر الذي يجعله غير مانع من دخول صور من رد العدوان لا يمكن تبريرها إستنادا للدفاع الشرعي. وعرف الدفاع الشرعي بأنه<sup>(2)</sup> « استعمال الشخص القوة اللازمة لمقاومة خطر حال أو وشيك غير مشروع يهدد بالإعتداء حقا يحميه القانون ». ويعاب على هذا التعريف أنه أغفل شرط التناسب.

وعرفه الدكتور محمد سيد عبد التواب<sup>(3)</sup> بأنه « رد بقوة لازمة ومناسبة لإعتداء غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع ».

وأرى أن هذا التعريف فعلا أقرب ما يكون إلى الكمال لولا أنه أغفل كلية موضوع الحماية بالدفاع.

وأرى خاصة بعد أن نبهني أستاذي أبو المعاطي - رحمة الله عليه - أن هذه التعريفات المختلفة للدفاع الشرعي عند شراح القوانين الوضعية، مرد الإختلاف فيها بينهم إلى أنهم ينطلقون من النصوص القانونية التي يشرحونها في صياغتها. وبرهاني على ذلك تعريف الدكتور محمود نجيب حسني له، في كل من شرحه لقانوني العقوبات المصري والليبناني.

ففي شرحه لقانون العقوبات المصري عرفه بأنه<sup>(4)</sup> : « استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون ».

بينما في شرحه لقانون العقوبات الليبناني يعرفه بأنه<sup>(5)</sup> : « استعمال القوة اللازمة لصد تعرض غير محق ولا مثار يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون ». فقد أدخل في التعريف الثاني عبارة «... ولا مثار...» تماشيا مع نص قانون العقوبات الليبناني وأخذا منه وقد تميز

(1) انظر الدكتور أحمد صفوت: شرح القانون الحساني، القسم العام، مطبوعه الاعتماد بمصر، ط سنة 1928م، ص 212.

(2) انظر الدكتور محمد سيد عبد القواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 67.

(3) نفس المرجع ص 68.

(4) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية ط 4، لسنة 1977م، ص 196.

(5) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 67.

عن قانون العقوبات المصري بهذا الشرط، كما استعمل كلمة « محق » بدل كلمة مشروع التي استعملها في التعريف عند شرحه لقانون العقوبات المصري لنفس السبب. وهذان التعريفان أيضا من الدقة بـمكان، وقد شهد الدكتور يوسف قاسم لأولهما<sup>(1)</sup> بذلك.

غير أن الموضوع يقتضي تعريفا فقهيا جامعا مانعا - وهذا ما سأحاول تقديمه بحول الله - في المطلب التالي:

### المطلب الثالث

#### (6) التعريف الذي أراه للدفاع الشرعي

بعد دراسة دقيقة لما وقفت عليه وأنا أبحث في الموضوع من تعاريف للدفاع الشرعي عند الشراح والفقهاء، سواء منهم فقهاء الشريعة الإسلامية السمحة أوفقهاء القانون الوضعي وشرح نصوصه، في مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية، والنظم القانونية الوضعية. توصلت إلى التعريف الذي سأحدد نصه كالآتي:

« الدفاع الشرعي هو رد بقوة لازمة ومناسبة لإعتداء غير مشروع ولا مثار، حال أو وشيك الوقوع، على نفس أو عرض أو مال ».

هذا هو التعريف الذي وصلت إليه بعد جهد للدفاع الشرعي. وإذا اعتذر على بعض الإطناب فيه، إلا أنني أتعشم أن يشفع لي في ذلك محاولتي جعل التعريف فعلا كما يقال جامعا مانعا.

بحيث شمل الأركان المتطلبية في الدفاع الشرعي مع التصريح بشروط كل ركن في نفس التعريف وفي صلبه، فاشترطي عدم مشروعية الإعتداء يخرج كافة صور استعمال القوة بالطرق المشروعة، كصورة استعمال القوة من طرف الزوج لتأديب زوجته في الحدود المشروعة، وصورة استعمال القوة من طرف الوالد أو المعلم أو غيرها من المرين في تأديب الولد بالقدر اللازم لذلك، وصورة استعمال رجل القوة العمومية للقوة اللازمة للقبض على مجرم.

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 79.

والتصريح بشرط لزوم الدفاع يستبعد الأفعال التي لا تكون لازمة لرد العدوان.  
واشترط التناسب صراحة في التعريف تحرزا من تجاوز حدود الدفاع الشرعي الذي  
تترتب عليه مسؤولية المتجاوز وإن كانت مخففة عند التجاوز غير المتعمد.  
واشترط أن يكون الإعتداء غير مثار تحرزا من أن يدفع معتد بكون أفعاله بعد دفاع  
المدافع كانت من جانبه هو أيضا دفاعا.

وعدم تقييد النفس والعرض والمال في التعريف بالمدافع يجعل الدفاع ينصرف في نفس  
الوقت إلى الدفاع عن نفس وعرض ومال الغير كما ينصرف إلى نفس وعرض ومال المدافع.  
كما أن إطلاق الإعتداء يجعله شاملا للمدافع وللغير على حد سواء.  
وأرى أن مثل هذا التعريف يصلح على ضوء أحكام الشريعة الغراء، وعلى ضوء النظم  
القانونية الوضعية لأن يكون تعريفا لدفع الصائل أو الدفاع الشرعي إذا المعرف - كما سبق  
وأن المعتد - واحد.

ولا أدعي في هذا التعريف بلوغ الكمال، وإنما حاولت ذلك، ولعل زميلا باحثا بعدي  
يكمله أو يصحح فيه أو يوضح، والعلم حلقات يرتبط بعضها ببعض.  
وبهذا التعريف الذي أقترحه للدفاع الشرعي نكون قد انتهينا من تحديد معنى الدفاع  
الشرعي. بعد عرضنا لتعريفات مختلفة له في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، وتبيننا  
مواطن الضعف في تلك التعريفات، وسكوتنا عما رأيناه علامة سحة وقد رأينا أن ذلك هو  
ما قلنا به في التعريف الذي نقترحه بعد أن سكتنا عليه في نقدنا لتعريفات من سبقنا. وهذا  
التعريف الذي أقترحه وأرى أنه يفي إلى حد كبير بالغرض المطلوب ما هو إلا جمع لمزايا  
التعريفات التي درستها، وتجنب للمآخذ التي أخذت عليها.  
وفيما يلي المطلب الرابع في معنى الدفاع الشرعي في نظامين اجتماعيين وقانونيين  
مختلفين وتتضح من هذه المقارنة الفروق التي أشرت إليها.

## المطلب الرابع

(7) معنى الدفاع الشوعي في نظامين اجتماعيين وقانونيين

### مختلفين

النظام الاجتماعي وتبعاً له القانوني في الدول الغربية الليبرالية يختلف عنه في الدول الاشتراكية الشيوعية، فكل نظام له مقوماته وأهدافه الأساسية، ففي حين نجد الفرد هو الهدف الأساسي للنظم الليبرالية، نجد بالمقابل المجتمع هو ذلك الهدف بالنسبة للنظم الاشتراكية. ولذا سأتناول بالبحث هذا المطلب في فرعين.

فرع أخصه لبحث معنى الدفاع الشرعي في النظم الاجتماعية والقانونية الغربية الليبرالية.

وفرع أخصه لبحث معناه في النظم الاجتماعية والقانونية الاشتراكية الشيوعية. وألاحظ هنا أن البلدان العربية تتأرجح نظمها الاجتماعية والقانونية بين النظامين السابقين عموماً، وفي الغالب لا يمكن تصنيفها لا مع هذه ولا مع تلك لأنها فعلاً نظم متميزة اقتضت ظروف مجتمعاتها، وفي المدة الأخيرة اقتضت ظروف هذه المجتمعات التغيير وتم ذلك.

وفيما يلي بحث الفرعين تباعاً:

## الفرع الأول

(8) معنى الدفاع الشرعي في النظم الإجتماعية والقانونية

### الليبرالية

يعد الدفاع الشرعي في نظر بعض فقهاء الغرب الليبرالي إستثناء من قاعدة « لا يجوز للفرد أن يقيم العدالة لنفسه » وهو إستثناء فرضته الظروف. وقد ترددت التشريعات الغربية منذ أقدم العصور في تكييف الدفاع الشرعي كسبب للإباحة.

فالقانون الروماني اعتبر الدفاع الشرعي حق، وجعل مصدر هذا الحق القانون الطبيعي الذي هو قانون ثابت لا يتغير، ومصدره الطبيعة وما يكتشف العقل من روح المساواة والعدالة الكامنة في النفس، باعتبار أن الإنسان منذ وجد في المجتمع كان له حق حماية نفسه بنفسه، إذ غريزة حب البقاء تحتم عليه ذلك، وكان أول من نادى بوجهة النظر هذه (سينسرون) Ciceron خطيب روما الشهير مستلهما الفلسفة اليونانية التي كانت منتشرة في روما في زمنه.

وفي القانون الفرنسي القديم ونحت تأثير الأفكار الكنسية فقد الدفاع الشرعي أساسه كحق طبيعي<sup>(1)</sup>، وأصبح مجرد ضرورة<sup>(2)</sup> دفعت المدافع إلى استعمال العنف. الأمر الذي يبيح للمعتدي اللجوء إلى الملك كمدن وطلب العفو، وكان الملك ملزما بمنحه هذا العفو والتغاضي عن جرمه طالما هو في حالة ضرورة للدفاع المشروع عن الحياة<sup>(3)</sup> ويسلمه خطاب الغفران (Rémission) أو خطاب العفو (Grâce)، ففي القانون الفرنسي الصادر سنة 1670 كان الملك دون القاضي هو الذي يملك منح العفو.

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 79.

(2) الملاحظ أن لكل من الضرورة والإكراه والدفاع الشرعي ملامح مشتركة يتعين بحثها.

وقد تشكل مجال بحيث ينسج لرسالة علمية.

3) V. Bouzat Pierre : Traité théorique de Droit pénal, Paris 1951; P. 214 et suivantes.

- Et Vidal Geore et Magnol Josch : Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire, Paris 1970; P. 321.



غير أن قانون 25 سبتمبر 1791 نظر إلى الدفاع الشرعي باعتبارها حقا وسببا للإباحة، واعتبر القتل المرتكب بسبب ذلك غير مجرم، وقد تعرض لهذا الموضوع في المواد 5، 6، 18 منه<sup>(1)</sup>.

وفي القانون الصادر سنة 1810 م-ومازال معمولاً به - أقر المشرع نفس المبادئ وعالجه في المادتين 328 و329.

ويرى البعض<sup>(2)</sup> أن القانون الفرنسي قد أعطى في هاتين المادتين نطاقاً ضيقاً للدفاع الشرعي، وأنه قد قصر الأفعال التي يمكن تبريرها بالدفاع الشرعي على القتل والضرب والجرح، بينما الأفعال التي يمكن القيام بها دفاعاً عن النفس أو المال يمكن أن تتعدى نطاق القتل والضرب والجرح.

ويذهب رأي<sup>(3)</sup> آخر إلى أن قانون العقوبات الفرنسي لم يضع للدفاع الشرعي شروطاً للتطبيق فافسع بذلك المجال للفقه والقضاء لصياغة نظرية متكاملة للدفاع الشرعي، ويعيب عليه هذا الرأي عدم وضعه لهذه الشروط.

غير أن رأياً آخر<sup>(4)</sup> يرى أن عدم وضع المقتن الفرنسي لهذه الشروط ليس عيباً، لأن وضع الشروط ليس من مقتضيات التشريع، وعدم وضع شروط تقييد القضاء يجعل المجال واسعاً أمام كل من الفقه والقضاء للإجتهد من أجل وضع نظرية تتسم بالمرونة، وتستطيع مواجهة الوقائع المختلفة.

---

1) V.Vidal Geore et Magnol Josch : Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire, Paris 1970; P. 321.

(2) نفس المرجع ص 322.

- انظر أيضاً الدكتور رضا فرح: شرح قانون العقوبات الجزائري - مرجع سابق - ص 151.

(3) نفس الصفحة من نفس المرجع.

(4) انظر الدكتور محمد سيد عبد النواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 80 و81.

## الفرع الثاني

### (9) صعن الدفاع الشرعي في النظم الإجتماعية والقانونية الإشتراكية

لعل النموذج الأكثر تطلعا إلى المثالية، الأسبق في التطبيق ميدانيا من النظم الإشتراكية هو النظام السوفياتي، لذا اعتمده كنموذج في الموضوع.

فعند مراجعة القانون الجنائي السوفياتي المعروف بإسم « أسس التشريع الجنائي » الذي أقرته الدورة الثانية لمجلس السوفيات الأعلى المنعقد بتاريخ 1958.12.25م كبديل لقانون عموم الإتحاد السوفياتي، نجد أن المادة الأولى منه تنص على أن: « مهمة القوانين الجنائية في الإتحاد السوفياتي والجمهوريات المتحدة هي صيانة النظام الاجتماعي، ونظام الدولة السوفياتي، والملكية الإشتراكية، وحقوق المواطنين، وشخصية الفرد، ومجمل النظام القانوني الإشتراكي دون التطاولات الإجرامية. وبغية تنفيذ هذه المهمة تحدد القوانين الجنائية في الإتحاد السوفياتي والجمهوريات المتحدة نوعية الأفعال الخطرة اجتماعيا التي تعتبر إجرامية، كما تحدد العقوبات التي يتعين إيقاعها بمرتكبي الجرائم<sup>(1)</sup>».

وفسرت المادة الثالثة من الأسس الجرمية بأنها «... الفعل الخطير اجتماعيا الذي يرتكب عمدا أو بسبب عدم الإحتراس والذي يتناوله القانون الجنائي...».

وهاتين المادتين تصوران بصدق النظام القانوني في الإتحاد السوفياتي كدولة إشتراكية تنظر إلى المجتمع على أنه كل شيء، وإلى الفرد بجانبه على أنه لا شيء، وتقدم دائما مصالح المجتمع على مصالح الأفراد.

ونجد هذا الإتجاه ينعكس على الدفاع الشرعي في قانون الإتحاد السوفياتي.

فالمادة: 13 من الأسس تنص على أنه « لا يعتبر جريمة التصرف الذي يقوم به الشخص في حالة الضرورة لحماية مصالح الدولة السوفياتية أوالمجتمع أو نفسه أو حقوق المدافع

(1) انظر غورييف وسيد وغين: النشاط التشريعي في الإتحاد السوفياتي، سلسلة كتب عن الإتحاد السوفياتي طبعة سنة 1977، دار التقدم، موسكو، ص 1 و3.

أو الغير من أي إعتداء خطير إجتماعيا، الذي يسبب ضررا. بشرط أن لا يتجاوز من له هذا الحق في الدفاع الوسائل الضرورية لرد الإعتداء»<sup>(1)</sup>.

إذن فالدفاع الشرعي وفقا لهذا النص يتحقق في التشريعات الاشتراكية كلما كانت هناك خطورة إجتماعية. أي كلما كان هناك فعل من المعتدي يعتبر جريمة كما توضع ذلك المادة 7 من الأسس التي تنص على أن « الجريمة هي الفعل الخطير اجتماعيا (الفعل وعدم الفعل) والمنصوص عليه في القانون الجنائي، والذي يتناول على النظام الاجتماعي، أو نظام الدولة، والنظام الاقتصادي الإشتراكي، وشخصية الفرد، وحقوق المواطنين السياسية والعملية، والملكية وغيرها، أوسوى ذلك من الأفعال الخطيرة إجتماعيا والمتطاوله على النظام القانوني الإشتراكي والمنصوص عليها في القانون الجنائي<sup>(2)</sup>...».

وأول ما يدافع عليه كما يلاحظ من النصين السابقين في الدول الإشتراكية الدولة والمجتمع ثم نفس وحقوق المدافع ثم نفس وحقوق الغير.

والقانون السوفياتي يعطي للدفاع الشرعي الذي يسميه « الدفاع الضروري<sup>(3)</sup>» صفة الحق من حيث حكمه، ولا يجرم الأفعال الصادرة نتيجة لممارسة هذا الحق.

وبهذا المفهوم الذي يعرف الجريمة بأنها الفعل الخطير إجتماعيا، ويجعل الدفاع الشرعي حقا وعلى أساس هذا التصور فإنه لو حدث وتعرض المعتدى عليه لفعل عدواني لكنه لا يشكل خطورة إجتماعية فلا يجوز له دفعه على أساس الدفاع الشرعي. إذ الجريمة هنا تسقط ولو توفرت في الفعل غير هذه الصفة (الخطورة الاجتماعية) من الأوصاف التي يحددها القانون، إذ تنص المادة 70 في إحدى فقراتها على أنه «... لا يعتبر جريمة الفعل أو عدم

(1) انظر غورييف وسيد وغين: النشاط التشريعي في إس - مرجع سابق - ص 263.

- V. Professeur P. Romachkine : Principes du Droit soviétique, traduit au français par Léon Piatigorski.

وانظر السيدة دحماني الزهراء نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري. رسالة ماجستير قدمت لمعهد الحقوق جامعة الجزائر سنة 1985، ص 26.

(2) و(3) انظر غورييف وسيد وغين النشاط التشريعي - مرجع سابق - ص 262 و263.

الفعل الذي لا يشكل خطرا اجتماعيا من حيث ضالته بالرغم من انه يحتري شكليا على سمات فعل ما من الأفعال المنصوص عليها في القانون الجنائي<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الأصل أن الدفاع الشرعي في نظر المشرع السوفياتي حقا يمارسه الشخص أويتخلى عنه، فإنه في حالات أخرى تحددها نصوص القوانين السوفياتية يصبح واجبا كما في حالة ما إذا كان خطر الإعتداء يهدد مصالح الدولة السوفياتية أو المصالح الاجتماعية أو يهدد حياة وصحة الأشخاص، فينقلب إلى واجب، ويرى بعض شراح المادة 13 من الأسس أن هذا الواجب أخلاقي تختمه الأخلاق الإشتراكية<sup>(2)</sup>.

لكن في بعض الأحيان يصبح الدفاع الشرعي واجبا قانونيا، فبعض المواطنين إذا لم يقوموا بالدفاع في بعض الظروف يصبح تفاعسهم هذا جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات كتفاعس الحراس عن حماية مواقع تحت حراستهم ورد العدوان عنها على أساس الدفاع الشرعي.

ومثل هذا الموقف من المشرع السوفياتي لا يعني فقط العسكريين من الحراس، وإنما يعني حتى المدنيين سهم.

ويقيد المشرع السوفياتي ممارسة هذا الحق أو أداء الواجب بشروط وضوابط تستنتج من نص المادة 13 من الأسس، وهذه الشروط كما هو الحال في نظرية الدفاع الشرعي على نوعين: النوع الأول منها، وهي الشروط الخاصة بفعل الإعتداء، وتنحصر في شرطين، وهما:

- الشرط الأول: أن يكون الإعتداء، عملا أو امتناعا عن عمل يشكل خطورة اجتماعية أي يضر بمصالح الدولة أو المجتمع أو المصالح الشرعية للأفراد.

- الشرط الثاني: أن يكون الإعتداء حالا أي واقعا أو وشيك الوقوع.

- النوع الثاني من هذه الشروط، وهي شروط خاصة بفعل الدفاع، وتنحصر في ثلاثة

شروط هي:

- الشرط الأول: أن يترتب عن الدفاع ضرر للمعتدي مهما بلغ حده.

- الشرط الثاني: يجب أن يكون موضوع الدفاع المصالح الإشتراكية والمصالح الشرعية

للأفراد.

- الشرط الثالث: أن لا يتجاوز فعل الدفاع حد الضرورة .

---

(1)، (2) انظر السيدة دحماني الزهراء: نظرية الدفاع الشرعي، وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري - مرجع سابق - ص 26، ما بعدها.

## المبحث الثاني نطاق الدفاع الشرعي

(10) قهيد وتقسيم

يختلف نطاق الدفاع الشرعي من شرعة إلى شرعه ومن قانون إلى قانون آخر فيتسع ويضيق تبعاً للأساس الذي يقوم عليه في تلك الشرعة أو ذلك القانون<sup>(1)</sup>.  
والشريعة الإسلامية تختلف عن النظم الوضعية في كون أحكامها إلى جانب أنها تنظم دنيا الناس كأحكام النظم الوضعية، تحمل إلى جانب ذلك وموازية له تكاليف دينية. ومن هنا يأتي الاختلاف بينها وبين هذه النظم.  
وفي الفقرات التالية نحاول تحديد نطاق الدفاع الشرعي في كل من الشريعة الإسلامية الفراء، في مطلب، وتحديد نطاقه في النظم القانونية الوضعية في مطلب ثان. وفي مطلب ثالث نتناول نطاق الدفاع الشرعي في بعض النظم العربية.

### المطلب الأول

#### (11) نطاق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية الفراء

لا خلاف بين فقهاء الشريعة السمحة في أن الدفاع الشرعي يمتد نطاقه ليشمل النفس وما يتعلق بها من عرض وشرف واعتبار، وخاصة العرض إذ يتعلق بالعرض في كثير من الأحوال النسب والنسل الذين تتعين حمايتهما زيادة على حماية العرض، ويمتد نطاق الحماية إلى المال، ويشمل نفس وعرض ومال المدافع<sup>(2)</sup> وغيره. كما يشمل الدفاع<sup>(3)</sup> عن الدين.

(1) انظر الدكتور رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 444.

وانظر أيضاً الدكتور محمد الفاضل: المبادئ العامة في التشريع الجزائري، مطبعة الناودي دمشق، طبعة سنة 1977/1978 م 1397/1398 هـ ص 333.

(2) انظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي - مرجع سابق - ص 474.

وانظر الدكتور وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة - مرجع سابق - ص 143.

(3) انظر أحكام الجهاد

ويمتد نطاق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية ليشمل كل اعتداء أيا كان نوعه أو مصدره حتى ولو كان مصدره أمير المؤمنين ذاته، إذ مراقبة الحكام<sup>(1)</sup> ومراجعتهم ومحاسبتهم مرجعها في الشريعة الإسلامية إلى أنهم ليسوا أصحاب السلطة، وإنما هم فقط ممارسين لصلاحياتها واختصاصاتها بالنيابة عن الأمة مساحبتها الحقيقية والتي لها كل الحق في مراقبتهم ومحاسبتهم وعزلهم إذا ما حادوا عن تطبيق أحكام الشرع، ولذلك فإن الإسلام في سبيل تصديه للظلم والاستبداد وحماية لأحكام الشرع من الإنتهاك من أي كان، أقر للأمة بالحق في عزل الحكام الظلمة الذين يحدون عن تطبيق أحكام الشريعة ويخرجون عن مقاصدها. وقد أجمع جمهور أهل السنة<sup>(2)</sup> على ثبوت مسؤولية الحاكم وعدم عصمته، وأن الأمة قوامة عليه ولها إما تقويمه أو عزله، وإن كان لهم في العزل دفعا لفساده موقفين موقف يؤكد ذلك وموقف ينفيه، وهذا الموقف يأتي سدا لذريعة وقوع الفتنة بين أبناء الأمة<sup>(3)</sup>، أما مقتضى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن ينهى فإن استجاب والإعزل.

ومشكلة حماية كيان الدولة من أفرادها واجهته الشريعة الإسلامية بحلول قائمة على مبدأ الشرعية كتشريع أحكام البغاة<sup>(4)</sup>، وما حروب الردة وإجلاء بني النضير وتخيير مشركي

(1) انظر الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم: مطبوعة له بعنوان: الحريات العامة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، مطبوعة الآلة الكاتبة ومسوخ منها نسخة على آلة السخ بتاريخ 76.1.1 موجودة بمكتبة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية يرجع إليها من ص 416 إلى آخر المطبوعة وفيها يرى المؤلف في ص 433 أن حق عزل الخليفة كنوع من الدفاع الشرعي موكول للأمة في مجموعها أو غالبيتها على الأقل. لا إلى الأفراد، إستنادا إلى رأي الامام إبي حامد الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين ج 2 ص 320.

(2) انظر ابن خلدون العلامة عبد الرحمن المغربي: المقدمة. الجزء الأول من كتاب العبر وديوان المتبدا والخبر... طبعة حجرية من مكتبة الشيخ خير الدين بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ص 158 وما بعده.  
- انظر الأشعري الإمام أبي الحسن علي بن إسماعيل: مقالات الإسلاميين بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ج 2، ص 138.

(3) - انظر ابن حزم الظاهري الإمام أبي محمد علي بن أحمد: الفصل في الملل والأهواء والنحل ج 4 بتحقيق الدكتور بن محمد إبراهيم نصير وعبد الرحمن عميرة شركة مكتبة عكاظ، ص 180.

وانظر الدكتور سعيد عبد المنعم الحكم الحريات العامة - مرجع سابق - ص 423 وما بعدها للإستزادة.  
(4) انظر الحرشي أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي سرح على مختصر سيدي خليل مجلد 4 ج 8 دار الفكر العربي ص 106.

- وانظر أيضا العدوي الشيخ علي بهامشه نفس الصفحة (حاشية).  
- وانظر أيضا الدردير أبو البركات أحمد: الشرح الكبير على هامش الدسوقي (حاشية) ج 4 دار المعارف ص 298 إلى 301.

- انظر أيضا الدسوقي الإمام محمد بن عرفة: حاشية على الشرح الكبير ج 4 دار المعارف ص 298 إلى 301.

العرب بين الإسلام أو القتال الا تطبيق لذلك، وفي الجهاد تطبيق للدفاع الشرعي الدولي<sup>(1)</sup> وفيه كما في أحكام البغاة الحماية للدولة بكل عناصرها التي أهمها في الإسلام العقيدة الإسلامية ثم يأتي بعدها الشعب ثم الإقليم، هذا من حيث الموضوع المراد حمايته، وقد صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - الحظ على حماية كل من الدين والنفس والعرض والمال. جاء في حماية الدين الذي هو الركن الأساسي في دولة الإسلام، ما رواه سعيد بن زيد عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال<sup>(2)</sup> : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « من قتل دون دينه فهو شهيد » .

وجاء في حماية النفس في الحديث ذاته « ومن قتل دون دمه فهو شهيد » .

وجاء في حماية العرض « ومن قتل دون أهله فهو شهيد » .

وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وصححه، كما رواه أيضا بقية أهل السنن وابن حبان والحاكم. ولم تقتصر الشريعة الإسلامية - كما سبق أن ذكرنا - على تبين أحكام الدفاع عن الدين من محاربهته، والنفس من اذاها وقتلها، والعرض من انتهاكه، والمال من ابتزازه وسرقته، بل وردت أحاديث تبيح الدفاع صدامن يحاول الإعتداء على حرمة البيوت والاطلاع على أسرارها وعوراتها.

ففي هذا جاء في منتقى الأخبار تحت باب « من اطلع من بيت قوم مغلوق عليه بغير

إذنهم » :

أولا: عن سهل بن سعيد « أن رجلا اطلع في جحر في باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع رسول الله صلى الله عليه وسلم مدري<sup>(3)</sup> يرجل بها رأسه، فقال له: لو أعلم أنك تنظر طعنت به في عينك، إنما جعل الإذن من أجل البصر » .

ثانيا: وعن أنس « أن رجلا اطلع في بعض جحر النبي صلى الله عليه وسلم فقام إليه

النبي صلى الله عليه وسلم بمشقص<sup>(4)</sup> أو بمشاقص فكاني أنظر إليه يختل الرجل ليطعنه » .

(1) انظر الدكتور عبد الحكيم حسن العيلي المحامي: الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة ط سنة 1394هـ، 1974م دار الفكر العربي ص 403 إلى 412.

(2) انظر الشوكاني محمد بن علي بن محمد: نهل الأوطار. شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار صلى الله عليه وسلم بتحقيق الأستاذين طه عبد الرؤوف سعد ومصطفى محمد الهوارى ج 7 مكتبة الكليان الأزهرية ص 66.

(3) و(4) المدري، والمشقص أو المشاقص الأول شين كالمشط والثاني كالمقص.

ثالثا: وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لو أن رجلا أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقات عينه ما كان عليك جناح » سفق عليه.

رابعا: وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « من أطلع في بيت قوم بغير إذنه فقد حل لهم أن يفتقوا عينه » رواه أحمد ومسلم وفي رواية « من أطلع في بيت قوم بغير إذنه ففتقوا عينه فلا دية له ولا قصاص »<sup>(1)</sup>

هذه الروايات المتظافرة والتي منها ما هو في الصحيحين، وتظافرها في حد ذاته يجعلها في حكم المتواتر الذي لا خلاف في الاستدلال به كلها تؤكد امتداد نطاق الدفاع إلى حماية سرية البيوت وحرمتها ويقاس على حرمة البيوت كل ما له حرمة عند صاحبه والرواية الأخيرة تبين أن نطاق الإباحة بالدفاع الشرعي يشمل الجانب الجزائري والجانب المدني للضرر الذي تحدثه أفعال الدفاع.

ويؤكد هذا ما أخرجه أحمد والنسائي وأبو داود والبيهقي وابن حبان من حديث أبي هريرة من رواية قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عنه بلفظ: « ولا قصاص ولا دية<sup>(2)</sup> » من حديث سعيد بن زيد - السابق - .

وفي رواية البيهقي من حديث ابن عمر<sup>(3)</sup>: « ما كان عليك فيه من شيء » .  
أما من حيث الأفعال التي يبررها الدفاع الشرعي فإنه يبرر كل فعل يقتضيه الحال مهما كانت نتيجته من أبسط أذى، بل وقبله بمناسبة المعتدى الله إلى القتل دفاعا.  
فعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، قال<sup>(4)</sup>: « جاء رجل فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك. قال أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال هو في النار » رواه الإمامان مسلم وأحمد.

وفي لفظ الإمام أحمد « يا رسول الله أرأيت إن عدا على مالي؟ قال: أنشد الله، قال فإن أبوا علي؟ قال: أنشد الله، قال: فإن أبوا علي؟ قال: قاتل. فإن قتل في الجنة وإن قتل في النار »

(1) الشوكاني محمد بن علي بن محمد: نيل الأوطار شرح منقح الأخبار من أحاديث سيد الأخيار صلى الله عليه وسلم بتحقيق عبد الرؤوف سعد ومصطفى محمد الهوارى ح 7 مكتبة الكليات الأزهرية ص 150 و 151 .

(2) انظر الشوكاني: نيل الأوطار - مرجع سابق - ص 66 و 67.

(3) نفس المرجع ص 67.

(4) نفس المرجع ص 66.



وفي هذا الحديث من الفقه بيان حكم أن الدفع يبدأ بالأسهل ثم الأشدو بداية المناشدة إلى القتل. ما لم تنفع المناشدة والدفع والضرب باليد ثم بالالة. وهذا يبين نطاق ما يبيح الدفاع من أفعال. ويؤكد كون القتل دفاعا مبررا وكون المدافع إذا مات وهو يدافع فهو شهيد، كما في الحديث السابق، وبمفهوم المخالفة فهو مجاهد إذ هو يدافع دون دينه أو عرضه أو ماله كما في حديث سعيد بن زيد الأسبق. ويؤكد هذا المعنى الحديث المتفق عليه الذي رواه عبدالله بن عمرو، إذ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من قتل دون ماله فهو شهيد». ورواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه بلفظ «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد».

## المطلب الثاني

### (12) نطاق الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

القوانين الوضعية سواء منها الصادرة في ظل نظم ليبرالية أوالصادرة في ظل نظم اشتراكية، تختلف من بلد إلى آخر في تحديد نطاق الدفاع الشرعي. فبعض القوانين يجعله سببا عاما للإباحة يدفع إستنادا إليه كل إعتداء، على كافة المصالح، سواء كانت هذه المصالح تتعلق بالنفس أوالعرض أوالمال. كالقوانين الإيطالية والألمانية والنمساوية والسويسرية<sup>(1)</sup>. في حين تحصر بعض القوانين الأخرى المصالح التي يجوز الدفاع عنها في نطاق محدود، ومن هذه القوانين القانون الهنغاري (المجري) والهولندي والإسباني، وبعض الولايات السويسرية. وسبق أن رأينا في المادة 13 من أسس التشريع السوفياتي، أن الفعل الذي لا يعد خطيرا إجتماعيا وفقا للتشريع السوفياتي فإنه لا يجوز دفعه. وتضييقا لنطاق الدفاع الشرعي جاءت التشريعات الألمجلوسكسونية في كل من أنكلترا وأمريكا لتطلق على هذا المبدأ إسم «الدفاع الشخصي». إذ لا يباح في كل من هذين التشريعين إلا دفاع الشخص عن نفسه وماله فقط، أما نفس الغير وماله فلا يجوزان الدفاع

(1) انظر الدكتور روف عبيد : مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 444.

عنهما، ما لم تربط المدافع بالمعتدى عليه صلة قرابة، بحيث يكون من أفراد أسرته الأقربين الذين يلزمه القانون بحمايتهم<sup>(1)</sup>.

وإن كان هذا هو نطاق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي إلا أن الأفكار الاجتماعية جعلته يمتد إلى القانون الإداري باسم « نظرية الإعتداء المادي » أو « نظرية الغصب » التي تناقش في إطار مناقشة مبدأ المشروعية.

فيرى شراح هذا القانون أنه يمتد ليعطي للأفراد حق مقاومة رجال السلطة العامة عند تنفيذهم أوامر مخالفة للقانون مستندين في رأيهم هذا إلى أحكام لمحاكم الإستئناف الفرنسية.

وأشهر هذه الأحكام حكم محكمة روان في 25 مايو سنة 1821م وفيه قضت ببراءة متهم من تهمة المقاومة لأحد رجال السلطة العامة نظرا لمخالفة الموظف القانون في تصرفه<sup>(2)</sup>.

وحكم محكمة ليون في 10 يونيو 1884م وفيه قضت ببراءة مدين قاوم بالقوة أحد المنفذين، يريد القبض عليه بمنزله بطريق غير قانوني، ولم تعتبر تلك المقاومة جريمة على أساس أنها موجهة ضد تصرف غير قانوني<sup>(3)</sup>.

إلا أن محاكم الإستئناف الفرنسية لم تثبت على وجه النظر هاته، كما أن محكمة النقض باعتبارها هيئة قضائية عليا في فرنسا لم تأخذ بوجهة نظر محاكم الإستئناف. ومع هذا فإن رأي محاكم الإستئناف الفرنسية لفت نظر الفقه، ومن يدري لعله يوما يصبح هذا الرأي هو المعمول به دون غيره، إذ لا فرق في الإعتداء أن يصدر من موظف في الدولة أو من شخص عادي، وإن كان الموظف يمكن التظلم منه، فإن غيره يمكن أن يشتكي منه أيضا.

- 
- (1) انظر السيدة دحماني الزهراء : نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 38 عن الدكتور إسحاق إبراهيم منصور.
- (2) انظر الدكتور محمد كامل ليله : نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء، ط 1 سنة 1962، دار الفكر العربي، ص 588 وما بعدها والهوامش.
- (3) انظر الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم : الرقابة على أعمال الإدارة العامة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، رسالة دكتوراه حائزة على مرتبة الشرف الأولى ط 1 سنة 1976م، دار الفكر العربي، ص 239 وما بعدها، وانظر مطبوعته : الحريات العامة ص 416 وما بعدها. وانظر أيضا تفاصيل الدفاع الشرعي ضد الأعمال المادية للإدارة : الدكتور رمزي طه الشاعر : تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة ص 274 وما بعدها. ففي هذا المرجع استعرض المؤلف تاريخ نشأة الفكر وتطورها وموقف الفقه والقضاء منها خاصة في كل من فرنسا ومصر، ووصل إلى بعض الصور من المقاومة لبعض الأنواع من الأعمال المادية مجمع فقهها وقضاء على اعتبارها دفاعا شرعيا وللاستزادة يرجع إليه.

لكن المسألة في الدفاع الشرعي لها أهمية أخرى، ووجه آخر خاص يتمثل في رد العدوان وحماية المصلحة في الحال، فلم لا يأخذ المشرعون بما ذهبت إليه محاكم الإستئناف الفرنسية؟

وأرى أن هذا أكثر تماشياً مع ما تطلبه الديمقراطية من احترام الحريات بكل أنواعها، على الأقل في الظروف العادية.

كما يرى شراح القانون الإداري أن للدولة حق الدفاع الشرعي ضد أفرادها لحماية كياناتها، إذا تعرض هذا الكيان لما يهدده بالخطر، كحرب داخلية أو فتنة أو انتشار وباء فيجوز لها خرق مبدأ المشروعية بما تملكه من سيادة لضرورة ألبانها إلى ذلك. وفي سبيل ذلك لها إعلان الحصار وحالة الطوارئ، وحظر التجول.

وانتقلت هذه الفكرة من الفقه إلى النصوص الدستورية حتى وسعها الألمان - وهم رواد الأخذ بها - إلى القانون الدولي، مفسرين النصوص الدستورية تفسيراً واسعاً يتيح لهم رد العدوان بل وأكثر من هذا كله يتيح لهم (باسم المحافظة على أمنهم وسلامتهم) اتخاذ الأعمال العدوانية ضد الدول التي لم يصدر منها عدوان أو تهديد لهم<sup>(1)</sup>.

والتوسع بهذه الصورة في تطبيق مبدأ الدفاع الشرعي منطلق فاشي ونازي واضح لا يخفى على أحد، فتحت ستاره كان عدوان الولايات المتحدة على ليبيا بتاريخ 1.3.1989م. ونحت نفس الستار كان عدوان الحلفاء على العراق بتاريخ 1.17.1991م، فقد تردد أكثر من مرة في تصريحات زعماء ورؤساء الدول الحليفة، في وقت إعدادهم لهذه الحرب على أنها عملية جراحية وأنها دفاعاً على إمارة الكويت لتخليصها من عدوان العراق، وعلى دول الخليج والمملكة العربية السعودية التي يوشك أن ينالها عدوان العراق، مع فارق كون الإعتداء على ليبيا وقع من غير أن تغزو ليبيا أي بلد ولا حتى أسطول الولايات المتحدة الرابض قرب خليج سرت، وغزى العراق فعلاً الكويت.

والواقع أن الدفاع الشرعي في نظري إستناداً إلى رأي كل من الدكتورين محمود محمود خلف في كتابه « حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي » والدكتور محمد طلعت الغنيمي في كتابه « الأحكام العامة في قانون الأمم »، وإستناداً إلى ميثاق الأمم المتحدة والتنظيمات الدولية الإقليمية والمعاهدات الثنائية بين الدول يمتد فعلاً نطاقه إلى

(1) انظر الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ط 3 سنة 1976م، دار النهضة العربية، ص 138 وما بعدها.

مجال العلاقة بين الدول، وأنه يمكن أن يدرس بل ودرس فعلا في إطار ما اصطلح على تسميته « القانون الجنائي الدولي » من فروع القانون الدولي، والمصطلح قال به الدكتور محمود محمود خلف وأيده في هذا القول الذي ذهب إليه إذ ما تقوم به إحدى الدول من عدوان على أخرى هو جناية على هذه الأخيرة، ولذا فإنه إذا اصطلح على تسمية الحروب العدوانية والأعمال العدوانية من الدول على بعضها بالجنايات الدولية فإنه لا أرى غضاضة في ذلك سواء من حيث اللغة أو من حيث المصطلح القانوني وهو المهم.

وقد بدأ تكريس الدفاع الشرعي الدولي في القانون الدولي الجنائي بأعراف دولية، ثم لم يلبث في عهد عصبة الأمم أن كرس الدفاع الشرعي بنص في ميثاق العصبة. وذلك في الفقرة الثالثة من المادة السادسة عشر<sup>(1)</sup>.

ثم جاء بعد ذلك في بروتوكول جنيف سنة 1924 في مادته الثانية، أن إحدى الحالتين اللتين يجوز فيهما للأطراف الخروج عن الإلتزام بعدم اللجوء، إلى الحرب (حالة الدفاع الشرعي).

ثم جاءت إتفاقية لوكارنو سنة 1925 التي نصت مادتها الثانية على تعهد ألمانيا وبلجيكا من جهة، وكل من بريطانيا وفرنسا من جهة ثانية بعدم القيام بهجوم أوغزو، وبعدم اللجوء للحرب إلا في حالات، أولاها (ممارسة حق الدفاع الشرعي)<sup>(2)</sup>.

وتلى ذلك العديد من القرارات والاتفاقيات كلها تكرس مبدأ الدفاع الشرعي، من بينها معاهدة الصداقة والتحالف بين العراق والأردن سنة 1947م التي اعتبرت أن الدفاع الشرعي ليس من أعمال العدوان<sup>(3)</sup>.

وكان مفهوم العدوان على الدولة الذي يبرر الدفاع الشرعي على عهد عصبة الأمم يكتنفه الغموض، وفي عهد الأمم المتحدة أزيل هذا الغموض نوعا ما.

(1) نص الفقرة « كل عضو في العصبة عليه واجب تقديم المساعدة المتبادلة من قبل عضو تجاه اخر بقصد مقاومة دولة قامت بخرق العهد من طرفها ».

(2) انظر الدكتور محمود محمود خلف: حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي ص 140 وما بعدها.

(3) انظر الدكتور صلاح الدين أحمد حمدي: العنوان في ضوء القانون الدولي من 1919 إلى 1977م، ط. سنة 1973 ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، ص 62 و63.

وكرس الدفاع الشرعي بالمادة الواحد والخمسين من ميثاق الأمم المتحدة<sup>(1)</sup>. ولا يمكن أن يفكر المشرع السوفياتي أو الفقه والقضاء فيه في أن يقاوم الفرد رجال السلطة إذا حصل منهم إعتداء، كما هو الحال في فقه الشريعة الإسلامية وقضائها، وفقه الدول الليبرالية وقضائها كما مر معنا.

ولكن في حالة المساس بكيان الدولة من طرف بعض أفرادها يمكن للدولة أن تتخذ الإجراءات باعتبار أنها تدافع عن كيانها، إذ الحزب الشيوعي كان هو الحزب والدولة في نفس الوقت ولا معارضة إلى أن سقطت الشيوعية أخيرا في الإتحاد السوفياتي وفي غيره من الدول الشيوعية، ولعل الأوضاع ستختلف وبالتأكيد ستتغير المفاهيم، وقد قامت تعددية الأحزاب فعلا في هذه الدول وأصبح فيها الرأي والرأي الآخر، بعد أن كان من يرفع صوته بقول معارض رأي سدنة الشيوعية، أو يعمل عملا لم يجد عليه تزكية منهم يعتبر خارجا عن القانون ويستحق العقاب، بل والتصفية الجسدية بأشنع الطرق<sup>(2)</sup>.

وكانت نظرة الفقه القانوني الشيوعي في مجال القانون الدولي الجنائي تبالغ في مفهوم العدوان إذا كان عليها أكثر من نظرة الفقه الألماني.

---

(1) نص المادة « ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص من الحق الطبيعي للدول، فرادا أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم ما إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي. والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالا لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فورا. ولا تؤثر تلك التدابير بأية حال في ما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤوليته المستمدة من هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه».

- انظر تفصيل ذلك عند الدكتور محمود محمود خلف : حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي - مرجع سابق - ص 203 و212.

(2) فعلى أساسه غزت الإتحاد السوفياتي قديما كثيرا من جاراتها، فربيع بلغراد معروف، ومعروفة أحداثه وأسبابه، والدمار الذي لازالت فيه أفغانستان امتدادا للغزو السوفياتي.

## المطلب الثالث

### نطاق الدفاع الشرعي في بعض النظم العربية

(13) تمهيد وتقسيم

أقتصر في هذا المجال على دراسة بعض القوانين العربية كنموذج من قوانين العقوبات للبلاد العربية التي لا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup> في قوانينها الجزائية، مبينا مدى تأثير مقنني هذه البلدان بأحكام الشريعة الإسلامية أو التشريعات والنظم القانونية الوضعية غربية كانت أو شرقية، أي ليبرالية أو اشتراكية من حيث الصياغة الشكلية للمواد القانونية وما يترتب على ذلك من ضيق واتساع نطاق الدفاع الشرعي.

وساتناول ذلك في فرعين أخصص أولهما لنصوص المواد التي تتضمن نظرية الدفاع الشرعي. والثاني أناقش فيه هذه المواد كل على حده بشيء من الإيجاز مرجنا التفصيل لحينه عند دراسة أركان الدفاع الشرعي.

## الفرع الأول

### (14) نصوص المواد التي تتضمن نظرية الدفاع الشرعي

أوردت هذه النصوص من قوانين العقوبات الخمس بلدان عربية تمثل إلى حد ما تشريعات ونظم اجتماعية مختلفة، وهذه البلدان هي الجزائر ومصر وسوريا وتونس والمغرب. أولاً: نصوص هذه المواد من قانون العقوبات الجزائري:

---

(1) الدول العربية التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في قوانينها العقابية هي العربية السعودية؛ بعوزتي رسالة رد بها علي معالي وزير العدل السعودي، والجاهيرية العربية الليبية، وجمهورية موريتانيا الإسلامية، انظر الدكتور توفيق علي وهبه: الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية، شركة عكاز للنشر والتوزيع، شرح ق.ع سعودي.  
- انظر الدكتور عرض محمد: دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، شرح ق.ع ليبي.  
- وانظر الدكتور حميد السعدي: مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، طبعة سنة 1971 بغداد، ص 279 وما بعدها.

1) المادة 39 منه تنص على أنه: « لا جريمة:

- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الإعتداء».

2) تنص المادة 40 منه على أنه: « يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع

المشروع:

أ - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع إعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان، أو مداخل المنازل، أو الأماكن المسكونة أو تواجدها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

ب - الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي النهب أو السرقات بالقوة<sup>(1)</sup>.

ثانيا: نصوص هذه المواد في قانون العقوبات المصري:

1) المادة 245 تنص على أنه « لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجرح

أو ضربه أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله...».

2) المادة 246 تنص على أن: « حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص - إلا

في الأحوال الإستثنائية المبينة بعد - استعمال القوة اللازمة لرد كل فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر من هذا الكتاب، وفي

المادة 387، فقرة أولى والمادة 389 فقرتين أولى وثانية<sup>(2)</sup>.

3) المادة 247 تنص على أنه: « ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون

في الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العمومية ».

(1) انظر محمد الطالب يعقوبي : قانون العقوبات مع التعديلات التي ادخلت عليه، ط سنة 1977، مكتبة الشركة الجزائرية ص 32 و 33.

(2) انظر الدكتور روف عبيد، مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 24 و 247، وانظر ايضا الدكتور رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائي - مرجع سابق - ص 383.

4) المادة 248 تنص على أنه: « لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط القضائي أثناء قيامه بأمور بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية، ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته، إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة، وكان لهذا الخوف سبب معقول ».

5) المادة 249 تنص على أن: « حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:  
أولا: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

ثانيا: إثيان إمرأه كرها، أو هتك عرض إنسان بالقوة.

ثالثا: إختطاف إنسان.

6) المادة 250 تنص على أن: « حق الدفاع الشرعي عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:  
أولا: فعل من الأفعال المبينة في الباب الثاني من هذا الكتاب.  
ثانيا: سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات.  
ثالثا: الدخول ليلا في منزل مسكون أو أحد ملحقاته.  
رابعا: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة، إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

7) المادة 251 تنص على أنه « لا يعفى من العقوبة بالكلية، من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي، أثناء استعماله إياه، دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقضاء إذا كان الفعل جنائية أن يعده معذورا إذا رأى لذلك محلا، وأن يحكم بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون<sup>(1)</sup>.  
ثالثا: نصوص هذه المواد في قانون العقوبات السوري:  
تنص المادة 183 منه على أنه:

1 - يعد ممارسة للحق كل فعل قضت به ضرورة حالة لدفع تعرض غير محق ولا مثار عن النفس أو الملك، أو نفس الغير أو ملكه.

(1) انظر الدكتور أحمد فتحي بهنيسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - هامش ص 194 و 195.



- 2 - ويستوي في هذه الحماية الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري.
- 3 - إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة في الشروط المذكورة في المادة 287 «(1)».

رابعاً: نصوص هذه المواد في قانون العقوبات التونسي:

- 1 ( ) ينص الفصل:39 من المجلة الجنائية التونسية على أنه « لا توجد مخالفة إذا كان الجاني مجبراً على ارتكاب الجريمة بموجب ظرف كان فيه خطر داهم على حياته، أو حياة أقربائه، وإذا كان لا يمكن دفع ذلك الخطر بطريقة أخرى...» . وحصر هذا القانون الأقرباء في الوالدين والإخوة والأخوات والأزواج<sup>(2)</sup>
- 2 ( ) وينص الفصل 40 على أنه « يباح الدفاع عن الأملال في حالة السرقة والنهب المصحوبين بالقوة »

خامساً: نصوص هذه المواد في قانون العقوبات المغربي:

- 1 ( ) تنص الفقرة الثالثة من الفصل 124 من هذا القانون على أنه: « لا جنابة ولا جنحة ولا مخالفة... إذا كانت الجريمة قد استلزمته ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو ماله أو مال غيره بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع خطورة الإعتداء »<sup>(3)</sup>.
- 2 ( ) واعتبر هذا القانون الجريمة نتيجاً للضرورة الحاللة للدفاع الشرعي في الحالتين التاليتين اللتين نص عليهما الفصل 125 وهما:
- أ - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب ليلاً لدفع تسلق أو كسر حاجز أو حائط أو مدخل دار أو منزل مسكون أو ملحقاتها.
- ب - الجريمة التي ترتكب دفاعاً عن نفس الفاعل أو نفس غيره ضد مرتكبي النهب أو السرقات بالقوة «(4)».

---

(1) انظر الدكتور محمد الفاضل : المبادئ العامة في التشريع الجزائي - مرجع سابق - ص 233 و 468.

(2) انظر محمد الطاهر السنوسي : المرشد الدقيق في أعمال التحقيق - ج 1 . ط 2 سنة 1381 هـ . 1961 م، المطبعة العصرية، تونس ص 43 إلى 46.

(3) انظر الدكتور توفيق محمد الشاوي : تعليقات وشرح مقارن على مجموعة القانون الجنائي المغربي الجديد ص 122 .

(4) انظر الدكتور أبو المعاطي أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة سنة 1984 م، ص 106.

## الفرع الثاني

(15) مناقشة نصوص المواد المتضمنة لنظرية المدافع الشرعي في

### قوانين العقوبات العربية

أولا: مناقشة مادتي قانون العقوبات الجزائري (37 و40).

بتضح جليا من نص المادتين أنهما مقتبستان من قانون العقوبات الفرنسي الذي تنص المادة 327 منه على أنه: «لا جنابة ولا جنحة إذا كان القتل أو الجرح أو الضرب دفعت إليه الضرورة الحاملة للدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير...».

وتنص المادة 329 منه على أنه: «يدخل ضمن حالات الضرورة للدفاع الشرعي:

1 - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع تسلق أو كسر الحيطان أو مداخل المنازل المسكونة أو ملحقاتها.

2 - الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس ضد مرتكبي السرقات والنهب بالقوة»<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أن القانون الجزائري - حتى لا يثار إشكال في حالة ما إذا كان الجرم مكيفا على أنه مخالفة طبقا للقانون، أيدفع أم لا؟ أي أفعال الدفاع الموجهة ضده هل هي مبررة على أساس الدفاع الشرعي أم لا؟ تفاديا لمثل هذا الإشكال عمم المشرع الجزائري إذ قال: «لا جريمة» في حين أن المشرع الفرنسي قال: «لا جنابة ولا جنحة» وإن كان الخلاف في الحقيقة لفظي محض، إذ ليس من المعقول إن يبرر الدفاع الجنائيات والجنح ولا يبرر المخالفات، غير أن صياغة النص الفرنسي تترك مجالا للتساعل في حالة ما إذا كان الفعل المدفوع لا يشكل إلا مخالفة أيدفع أم لا؟ وهذا التساعل بدوره يطرح تساعلا آخر، مفاده من أين للمعتدى عليه أن يعلم أن ضرب المعتدي له مثلا لا ينجم عنه إلا عجز لا يتعدى الوصف الطبي له، الذي تكيف على أساسه الوقائع بوصف المخالفة؟

ثم إن الأهم من كل هذا أن سلامة المعتدى عليه البدنية مضمونة له، يحق له المحافظة عليها من أي إعتداء سواء كان يسيرا أم جسيما.

(1) انظر الدكتور توفيق محمد الشاوي: تعليقات وشرح مقارن على مجموعة القانون الجنائي المغربي الجديد ص 122. وانظر الدكتور أبو لعاطم، أبو الفرج: شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة سنة 1987.

وكلا القانونين المؤثر والمتأثر به جعل الدفاع الشرعي حق وعالجه ضمن أسباب الإباحة. والمشرع الجزائري في صياغته الفنية لهذا النص استفاد من الإنتقادات التي وجهت للنص الفرنسي في تحليلات الفقهاء واحتهاد القضاة.

كما تفادى المشرع الجزائري عيوب الصياغة التي شوهت المادة 227 من قانون العقوبات الفرنسي التي لم تنص على الدفاع لحماية مال المدافع أو مال الغير مستفيدا من آراء الفقهاء واجتهاد القضاة في فرنسا في هذه المسألة، إذ يرى كل من الفقه والقضاة في فرنسا أن النص يشمل بوضعه هذا المال زيادة عن النفس، إذ المال في نظرهما متعلق من متعلقات النفس شأنه شأن الكرامة والإعتبار.

ومع هذا يبقى نص المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري معيبا بنفس العيب الذي يرمى به نص المادة 329 من قانون العقوبات الفرنسي، والمتمثل في حصر النصين للأفعال التي يمكن تبريرها بالدفاع الشرعي في القتل والجرح والضرب، وهذا الحصر يثير التساؤل في حالة ما إذا كان فعل الدفاع غير ذلك، أيستفيد من ارتكبه دفاعا من الإباحة أم لا؟ كان يأخذ المعتدي عليه من المعتدي السلاح لكي لا يسنر في الإعتداء عليه به، وكان يحبسه حتى يكف. أيعتبر مثل هذا الحبس حبسا تعسفيا يعاقب عليه القانون أم لا؟ أويعتبر إفتكاك هذا السلاح إبتزاز<sup>11</sup> الملك الغير أم دفاعا شرعيا؟

ورغم تفادي المشرع الجزائري لبعض العيوب التي شوهت النص الفرنسي، فإنه لم يتخلص كلية من العيوب التي شابته - كما رأينا - وأكثر من ذلك فإن المشرع الجزائري أتى بنص قاصر عن أن يتماشى مع قيم المجتمع الجزائري الذي يقدر أموراً معنوية أكثر بكثير من الأمور المادية.

ونظرة المشرع الجزائري في هذين النصين مادية محضة، مهملة تماما الدفاع عن العرض<sup>11</sup> اللهم ما جاء فيه الإعتداء على صورة مادية نالت الجسد، كما أن النص يتسم

( 11 ) حتى الإعتداءات التي تمال العرض في صورة الجسد لم يبع المشرع دفعها كلها بالدفاع الشرعي. فلنأخذ مثلا المادتين 279 و 280 ق.ع فنجد أن أولاهما تفيد أحد الزوجين من عذر تخفيف العقوبة إذا ضرب أو جرح أو قتل حال مفاجأة الزوج الآخر في حالة تلبس بالزنا وكان الأذى الذي ألحقه بالزاني أو شركه، والمادة الأخرى تفيد مرتكب جريمة الخصاص بعذر تخفيف إذا وقع منه ذلك فور وقوع عتك عرض بالعنف والمادة 281 ~~تفيد~~ من عذر التخفيف مرتكب الضرب والجرح الواقع على بالغ يفاجأ متلبسا بانتهاك عرض قاصر دون 15 سنة سواء كان الانتهاك بعنف أو بدونه. وهذه كلها صور ينال فيها العرض بالعدوان وينال هنا العدوان الجسد ومع هذا اعتبر المشرع الجزائري هذا العدوان مجرد استفزاز في حين أن مقتضى الشريعة العراء أن الدفاع عن العرض واجب ولا يسأل المدافع، ومن الواجب التنويه بنص المادة 182 ق.ع التي =

ببعض الروح الليبرالية ولم ينظر إلى الموضوع نظرة إشتراكية تراعي مصالح الدولة والمجتمع، رغم صياغته ببلد كان إشتراكيا، ولازال مجتمعه يتطلب النظر إليه بنظرة إجتماعية.

إلا أنه من الإمانة العلمية الإشارة إلى أن المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري تضيضي حماية على العرض عندما تجعل للزوج الذي يفاجئ، الزوج الآخر في حالة تلبس بالزنا عذرا معنيا من العقاب، ونص المادة صريح<sup>(1)</sup> في ذلك.

وقرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 68.12.3 تصبيق واضح لهذا النص<sup>(2)</sup>. ويبقى المشرع الجزائري قاصر عن أن ينص عن الدفاع عن العرض بمفهوم الشريعة الغراء.

ومع هذا فإن من شراح قانون العقوبات الجزائري<sup>(3)</sup> من يرى العذر المقرر بالمادة 279 ق.ع. مجرد عذر مخفف للعقاب في إطار الإستفزاز، لكن الواضح أن المشرع وضع النص تحت عنوان « الأعدار المعفية » وتطبيق القرار المشار إليه<sup>(4)</sup> على سابق لهذا النص ولا يترك لبسا في كون العذر الذي يقرره عذرا معنيا من العقاب لا مجرد عذر مخفف له. وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ونظرا لأوضاع الإرهاب التي يتعرض لها الوطن وتدعيما لمبدأ الدفاع الشرعي سن تشريعا ينظم الدفاع الشرعي الجماعي.<sup>(5)</sup>

= تقابلها نصوص في القوانين الوضعية الأخرى توجب الدفاع عن الأشخاص الآخرين في بعض الحالات، وهذا نصها : « يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 د/ج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر مه ويغير خطورة عليه أو على الغير زن يمنع وقوع فعل موصوف جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة الإنسان وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة، ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر، كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له، وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير... »، وهذا النص خير ما يكمل النصوص الأساسية المتضمنة للدفاع الشرعي في القوانين العقابية ويضفي على الدفاع الشرعي الصبغة الإجتماعية والمنظور الإسلامي.

(1) نص المادة 279 ق.ع الجزائري : « يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الإعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوجة الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا ».

(2) انظر الملحق رقم 1 .

(3) انظر: دكتور محمد رشاد متولي: جرائم الإعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، طبعة 2، سنة 1989، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 118 و 119 و 120 .

(4) القرار ملحق بهذه الرسالة.

(5) انظر الملحق رقم 2

ثانياً: مناقشة مواد قانون العقوبات المصري:

في بادئ الأمر أقرر بعد دراستي لهذه النصوص، ومقارنتها بغيرها أن خصوصية قانون العقوبات المصري في هذا الموضوع واستقلالته نوعاً ما أمران بارزان.

ففي المادتين 245 و246 تم التنصيص صراحة على كون الدفاع الشرعي حق، والمادة 246 تجعل الأفعال التي تمت لدفع جريمة عن النفس أو المال - بحكم القانون - من قبيل الدفاع الشرعي. لكن يثور تساؤل مؤداه ماذا لو كان الفعل المدفوع لم ينص القانون على تجريمه، ولكنه ضار بالمدافع بطريقة أوبأخرى مادياً أو معنوياً ولا يقبله الإنسان عادة، أيعتبر فعله في سبيل صد هذا الفعل - الذي لا يقبل والضرار بالمدافع أوبالغير - دفاعاً شرعياً أم جريمة إذا وقع تحت طائلة قانون العقوبات؟

أما المادة 247 فتقيد الدفاع بالإضطرار إليه كوسيلة في غياب السلطة وحمايتها.

والمادة 248 تنفي صفة الدفاع عن مقاومة ذوي السلطة إلا مع الخوف المبني على أسباب معقولة، من الموت أو الجراح البالغة يحدثها ممثل السلطة، ولو كان ذلك بحسن النية واقفاً بذلك موقفاً واضحاً ومعقولاً من الخلافات الفقهية، وإن كانت الأسباب المعقولة على جانب كبير من التعميم.

والمادة 249 تقيد تبرير القتل العمد - خاصة - دفاعاً عن النفس بحالات ذكرتها على سبيل المحصر، وهي:

1 - حالة التخوف من الموت أو الجراح البالغة يحدثها الإعتداء، لأسباب معقولة.

2 - حالة هتك عرض ذكر أو أنثى من الناس بالقوة

3 - حالة اختطاف إنسان

ولا يتنافى هذا التقييد مع ما جاءت به المادة 245 السالفة الذكر من كون الدفاع الشرعي يبيح القتل والجرح والضرب، إذ الحالة الأولى من حالات هذه المادة تبيح القتل دفاعاً إذا خيف من أفعال المعتدي أن تحدث القتل أو الجراح البالغة، وإذا لم يكن هذا الخوف وارداً ولأسباب معقولة فإننا لا نكون في حالة دفاع شرعي.

والمادة 250 تقيد تبرير القتل المتعمد دفاعاً عن المال بحالات ذكرتها أيضاً على سبيل

المحصر، وهي:

1 - حالة إتيان المعتدي فعلا موصوفا بالخطورة بنص القانون، كما هو الحال في الأفعال المبينة في الباب الثاني من قانون العقوبات.

2 - حالة دخول المعتدي ليلا منزلا مسكونا أو إحدى ملحقاته.

3 - حالة كون فعل المعتدي يتخوف منه الموت أو الجروح البليغة لأسباب معقولة. وما قيل في المادة السابقة ينطبق أيضا على هذه المادة.  
والمادة 251 تقيد المدافع بعدم التعدي، وتفيده بظروف التخفيف فيما لو حصل ذلك بنية سليمة.

ومن خلال هذه النصوص نرى المشرع المصري له وجهة نظره الخاصة النابعة من مشاكل مجتمعه، غير متأثر كثيرا بالشرق ولا بالغرب تأثرا يجعله ينقاد وراءهما إنقيادا غير واع. كما استفاد المشرع المصري - كما هو واضح - مما وصل إليه الفقه والقضاء في الموضوع إلى حد لا بأس به.

وإن كان قد قصر عن أن يتبع الشريعة الإسلامية، إذ لم يجعل الدفاع عن العرض في نصوصه الخاصة بالدفاع الشرعي، في مستواه الذي جعلته فيه الشريعة الإسلامية. إذ مفهوم هذه الأخيرة - كما هو معلوم - مفهوم واسع للعرض ودقيق، فالعرض في هذا المفهوم لا يقف عند حد الإتيان الجنسي كرها وإنما هو شامل بداية من القبلة واللمس ونحوهما للإستمتاع الجنسي إلى الإتيان طوعا أو كرها.

وعرض المرأة هو عرض زوجها ووالدها وولدها وأخيها وكل قريب لها بل هو عرض كل مسلم لتعلق حق الله سبحانه وتعالى به، وبهذا المنظور ترى الشريعة الإسلامية العرض وتوجب الدفاع عنه. والدكتور رمسيس بهنام كأحد شراح قانون العقوبات المصري يرى أن العرض داخل ضمن النفس وهو جزء من كيانها المعنوي، والقانون المصري في نظره يبيح الدفاع عنه<sup>(1)</sup>.

ومع كل احترامي وتقديري للدكتور رمسيس بهنام والقائلين بوجهة نظره إلا أنني أرى أن العرض بمفهوم الشريعة الإسلامية الذي أعني أشمل - كما أوضحت - من العرض في القانون الوضعي.

(1) انظر الدكتور رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائي - مرجع سابق - ص 390.

والمشروع المصري قصر كغيره عن الأخذ بمفهوم الإسلام للعرض، ويتجلى ذلك في نص المادة 277 من قانون العقوبات المصري التي تنص على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين 234 و 236 ».

أليس هذا تعدي على عرض هذا الزوج المدافع؟

ومع هذا فالمشروع جعل دافع هذا التعدي يستفيد فقط من ظرف التخفيف معتبرا التعدي مجرد استفزاز بمفهوم القانون، ثم أن الدفاع عن العرض وجوبي<sup>(1)</sup> في الشريعة الإسلامية - كما سنرى في الباب الأول - ثم أن الشريعة الغراء لا تشترط قتل الزوجة الزانية مع من يزني بها<sup>(2)</sup>.

والمشروع المصري في المادة 277 - شأنه شأن كل المشرعين الوضعيين - لم يقرر غير عذر تخفيف العقاب لمن دفع الزاني عن زوجته<sup>(3)</sup>.

كما وجه بعض الشراح نقدا للقانون المصري للعقوبات ينعي عليه فيه أنه من حيث الشكل كان من المفروض أن ينص على الدفاع الشرعي في الباب التاسع وعنوانه « أسباب الإباحة وموانع العقاب » من الكتاب الأول الخاص بالأحكام العامة.

ويبرر بعضهم هذا الترتيب الذي فضل فيه المشروع المصري وضع الدفاع الشرعي مع الجرائم العامة - القتل والجرح والضرب - لكونه عملا ينتج عن هذه الجرائم، فلا يثار الدفع به عادة إلا في نطاقها<sup>(4)</sup>.

(1) انظر د/ يوسف علي محمود حسن الأركان المادية والشريعة لجريمة القتل العمد - مرجع سابق - ص 390.

(2) انظر أبو زهرة الإمام محمد : العقوبة، دار الفكر العربي ص 444.

والقانون اللبناني في المادة 562 عقوبات تفيد القاتل إذا كان زوجا أو أصلا أو فرعاً أو أخا الزنا المشهود بعذر معفي، وفي حالة مفاجأة أحد من المذكورين في حالة ريبة يفيد عذر تخفيف.

انظر الدكتور محمد زكي أبو عامر : قانون العقوبات القسم الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ص 388.

(3) انظر عبد الخالق النواوي، «التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ط 2، سنة 1974، دار الثقافة لبنان ص 82.

وانظر أيضا الدكتور روف عبيد : جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال ط 6، سنة 1974م، دار الفكر العربي ص 87، ما بعدها.

(4) انظر الدكتور روف عبيد : مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 444.

ثالثا: مناقشة مواد قانون العقوبات السوري:

صياغة المشرع السوري حاولت توسيع نطاق الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup> ليشمل نفس ومال المدافع وغيره، وزيادة على ذلك ووفقا للمنظور الاشتراكي توخي في النص التصريح بكون الشخص يعني به الشخص الطبيعي كما يعني به الشخص المعنوي. وقصر كسابقه عن النص على الدفاع عن العرض وفقا لمفهوم الشريعة الإسلامية، وجعل الدفاع عنه يخول فقط الإستفاده من عذر التخفيف بنصه على ذلك في المادة 548 من قانون العقوبات السوري.

رابعا: مناقشة الفصلين 39 و 40 من المجلة الجنائية التونسية:

تظهر بجلاء من نص الفصلين الروح الليبرالية الغربية التي تتسم بالفردية، وعدم تكليف الفرد بالأعباء الإجتماعية. فالنص يقصر الدفاع فقط على نفس المدافع ولا يتعداه إلا إلى من هو مسؤول على حمايتهم ورعايتهم من أقربائه الأقربين. وإتجاهه هذا صورة للإتجاه الأنجلوسكسوني الذي يسمي الدفاع الشرعي بحكم نظره هذه « الدفاع الشخصي ».

وجعل الفصل 40 حق الدفاع عن المال مقصورا على حمايته من السرقة والنهب بالقوة. وأضيف لهذين النصين الأمر العالمي المؤرخ في 1954.2.4 م الذي يتعلق بوجوب مقاومة الجرائم والجنح الموجهة ضد أبدان الأشخاص، وكذلك إعانة الشخص الذي يكون في حالة خطر<sup>(2)</sup>، وهذا الأمر لطف بعض الشيء من الروح الفردية التي أشاعها النصاب السابق.

ومن حيث الصياغة اللفظية إستعمل المشرع التونسي في كامل قانون العقوبات عبارة « مخالفة » واستعمل في الدفاع الشرعي عبارة « خطر داهم على حياته ». فالمخالفة شائعة الإطلاق في قوانين العقوبات على أبسط أنواع الجريمة، والمشرع التونسي استعملها في محل إطلاق كلمة الجريمة (جناية وجنحة ومخالفة).

(1) انظر الدكتور محمد الفاضل: المبادئ العامة في التشريع الجزائري - مرجع سابق - ص 486.

(2) انظر محمد الطاهر السنوسي: المرشد الدقيق في أعمال قاضي التحقيق ج 1 - مرجع سابق - ص 35 و 45.



وعبارة الخطر الداهم على الحياة تجعل النص يستفاد من ظاهره أن الخطر إذا ما كان على ما دون النفس بإزهاق الروح لا يجوز دفعه، وهذا عيب في الصياغة اللفظية، إذ من غير المعقول تضييق نطاق الدفاع الشرعي إلى هذا الحد بدليل أن الأمر العالي لسنة 1954م المذكور حاول توسيع نطاق الدفاع الشرعي إلى كل خطر على نفس الغير أيا كان. إلا أن صياغة المشرع التونسي لها هي الأخرى خصوصياتها التي تسمها بضيق النطاق الشديد لمبدأ الدفاع الشرعي فيها، فهو أبعد ما يكون عن الشريعة الإسلامية، وعن الإتجاه الاجتماعي الإشتراكي.

وصياغته اللفظية غير معهودة عند غيره من المشرعين.

خامسا: مناقشة موقف المشرع المغربي:

يتضح بجلاء أن المشرع المغربي أخذ عن المشرع الفرنسي الفصلين 124 و125 مع نصه فقط عن الدفاع لحماية المال، وقيد ككل من المشرعين الجزائري والفرنسي تبرير الدفاع في الحالة الأولى من الحالات التي تسمى في الفقه الفرنسي بالحالات الممتازة للدفاع الشرعي بظرف الليل.

ويعاب على النص المغربي ما يعاب على النص الجزائري.

ومن هذه المناقشة يتضح القصور الذي تتسم به النصوص التشريعية العربية في مجال الدفاع الشرعي، سواء من ناحية الصياغة اللفظية المحظرة، أو من ناحية الصياغة الفنية، وأكثر هذه النصوص طموحا إلى الكمال نصوص القانون المصري، وأشدّها بعدا عنه نصوص القانون التونسي.

وبانتهانا من هذا المطلب ننتقل إلى المبحث الثالث نتناول فيه أساس الدفاع الشرعي.

## المبحث الثالث

### أساس الدفاع الشرعي

(16) تمهيد

يختلف أساس الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية عنه في التشريعات الوضعية لاختلاف أصل كل منهما. فالشريعة الإسلامية شريعة سماوية، المحكم الديني فيها مقرون بالحكم الدياني، أما الشرائع الوضعية فهي من تشريع البشر لتنظم حياتهم الدنيوية فقط. وإن كانت هذه التشريعات أحيانا وبفعل التطور الفكري لدى الإنسان والإرث الحضاري عنده قد يجعلها تلتقي في جزئية بل في كثير من جزئياتها مع الشريعة الإسلامية. ولبحث الموضوع أتناوله في نقطتين أبحث في أولهما أساس الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية وفي أخراهما أساس الدفاع الشرعي في التشريعات الوضعية. وسأتناول النقطتين في المطلبين التاليين:

## المطلب الأول

(17) أساس الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أساس وحيد للدفاع الشرعي، إذ حشوا تقرير النصوص لأحكام الدفاع الشرعي لم تحل دون اختلاف الفقهاء حول أساس الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>. وكانت لهم في ذلك ست آراء. قال الأقدمون بخمسة منها وتوصل الدكتور محمد سيد عبد التواب إلى رأي سادس هو الذي وفق فيه بين أساس الدفاع الشرعي في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وهو الذي لي عليه تحفظ ونقد أعرضهما عند تقديم رأيي في الموضوع في نهايته - بحول الله - وفيما يلي عرض لهذه الآراء.

(1) انظر محمد سيد عبد التواب الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 90 و114.

## الرأي الأول: الإكراه أساس الدفاع الشرعي

إنجته رأي في الفقه الإسلامي إلى أن أساس دفع الصائل هو إكراه، جاء في شرح العناية على الهداية « فأشبه المكره يعي أن المكره لما صار مسلوب الإختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى الكره فكذلك الموصول عليه<sup>(1)</sup>».

وهذه النظرية في نظري منتقده من عدة وجوه، وهي:

- 1 - الإكراه لا يتوفر في كل حالات الدفاع الشرعي، وإنما قد يتوفر في حالة الخطر الجسيم الذي يتهدد النفس، وباقي الحالات يبقى فيها المدافع في كامل اختياره وإرادته، ومع هذا يدفع الصائل بما هو مناسب ليندفع به.
- 2 - افتراض أن يختار المدافع من الوسائل ما يكفي لدفع الصائل في حد ذاته يدل على أن الموصول عليه المدافع في نفس الوقت لم يفقد إختياره.
- 3 - القول يفقد الإختيار يترتب عليه القول بجواز الرد على المدافع، ولا يعقل هذا القول.

## الرأي الثاني: التعزير أساس الدفاع الشرعي

واتجه رأي آخر في الفقه الإسلامي إلى أن أساس دفع الصائل كون الدفع تعزيراً له. غير أن هذا الرأي معيب لأن دفع الصائل ليس عقوبة، ولو سلمنا بكونه عقوبة لجاز الرد على المعتدي حتى بعد انتهائه من الإعتداء، وهو ما لا تجيزه الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup> وجاء في هذا الإتجاه قول لداماد أفندي<sup>(3)</sup>: « ويكون التعزير بالقتل<sup>(4)</sup> كمن وجد رجلاً مع امرأة لا تحل له إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب ».

(1) انظر البارتي الإمام اكمل الدين محمد بن محمود : شرح العناية على الهداية ج 8، ط 1، سنة 1418 هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، ص 269، حاشية على فتح القديد.

(2) ولعل مثل هذا التفكير ( جعل التعزير أساساً للدفاع الشرعي) هو الذي جعل الشيخ طفيش الأياضي يقول بعدم جواز استعمال النار بالذات كأداة للدفع بها في حالة الدفاع الشرعي، إذ في حالة اعتباه عقوبة ( وهو ليس كذلك ) فإن العقاب بالنار محرم شرعاً. انظر أطفيش الشيخ محمد بن يوسف: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، ص: 489.

(3) انظر داماد أفندي هو: عبد الله عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان، له كتاب مجمع الأنهر شرح ملتقى الأسمر، طبع بالقسطنطينية.

عن محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - هامش ص 116.

(4) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 116.

### الرأي الثالث: إزالة الضرر أساس الدفاع الشرعي

يذهب إلى هذا الرأي الدكتور يوسف قاسم في رسالته<sup>(1)</sup> «نظرية الدفاع الشرعي» ويرى أن ذلك يستفاد من الحديث الشريف الذي رواه الإمامان أحمد وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»<sup>(2)</sup>.

وهذا الرأي وإن استند إلى هذا الحديث إلا أنني أرى عدم صلاحيته في جعله إزالة الضرر أساسا للدفاع الشرعي، لأن المقصود من الدفاع ليس إزالة الضرر وإنما منعه بمنع الإعتداء أو الحيلولة دون تفاقمه بالحيلولة دون استمرار الإعتداء، ولذلك لا يجوز الدفاع بعد إنتهاء العدوان.

### الرأي الرابع: الضرورة أساس الدفاع الشرعي

ذهب بعض الكاتيبين في القواعد العامة للفقهاء الإسلاميين إلى اعتبار الدفاع الشرعي من أحد تطبيقات قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» وفي هذا يقول ابن نجيم وهو يتحدث عن قاعدة «الضرر يزال»: «وتتعلق بها قواعد الأولى للضرورات تبيح المحظورات، ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة وإساعة اللقمة بالخمير، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذلك إتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله»<sup>(3)</sup>. فالضرورة الشرعية هي: «أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب أو تأخيرها عن وقته دفعا للضرر عنه في

(1) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر - ط سنة 1399 هـ - 1979 م، دار النهضة العربية القاهرة، ص 41 وما بعدها.

(2) انظر ابن الأثير الجزري الإمام مجد الدين المبارك بن محمد: النهاية في غريب الحديث والأثر بتحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود عمر الطاهي، ج 3، دار الفكر، ص 81، 82.

(3) انظر ابن نجيم الشيخ زين: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، طبعة سنة: 1308 هـ بمطبعة وادي النيل المصرية ص: 43.

وانظر الدكتور فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر بيروت ص: 453 وما بعدها.

غالب ظنه ضمن قيود الشرع<sup>(1)</sup> » وعرفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنها « الخشية على الحياة إن لم يتناول المحضور أويخشى ضياع ماله كله، أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية، ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره<sup>(2)</sup> ».

وأرى أنه من غير الممكن إتخاذ قاعدة الضرورة أساسا للدفاع الشرعي، إذ الخطر في حاله الضرورة يرجع في الغالب إلى الظروف الطبيعية، بينما في الدفاع الشرعي مصدر الخطر غالبا إنسان معتد أئيم وقد يكون مصدر الخطر غير مميز من سبي ومجنون وحيوان. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه إذا جعلنا هذه القاعدة هي أساس الدفاع الشرعي فإنها لا تقدم لنا تبريرا لتدخل الغير وقيامه بالدفاع في حالة دفع العائل «الدفاع الشرعي»، إذ الغير هنا لم تلجئه أية ضرورة وفي إمكانه المضي في سبيله لكن أحكام الدفاع الشرعي تلزمه بالدفاع عن غيره.

### الرأي الخاص: المصلحة كأساس للدفاع الشرعي

يرى بعض الكاتبين المحدثين أن المصلحة هي أساس الدفاع الشرعي، وقد اعتبرها الدكتور حسين حامد حسان أساسا للدفاع الشرعي كنظرية مستقلة<sup>(3)</sup>. وهذا الرأي أيضا لا يقدم لنا تفسيراً لأساس تدخل الغير في الدفاع الشرعي، فهذا الغير لا مصلحة له شخصيا في التدخل وإذا قيل أن المراد مصلحة المعتدى عليه ومصلحة المعتدي يوازن بينهما وتهدر مصلحة المعتدي ويقع التدخل لحماية مصلحة المعتدى عليه لأنها الأولى بالإعتبار وهو جدير بالحماية، نقول قد يكون كل من المعتدي والمعتدى عليه شريير من مصلحة المجتمع التخلص منه فهل في هذه الحالة نراعي مصلحة المعتدى عليه أم مصلحة المجتمع ما دام الأمر موازنة بين مصلحتين فيكون الجواب البديهي مراعاة مصلحة المجتمع لان المجتمع يتكون من أفراد عديدين وأغلبهم من الأخيار فلا يضحى بمصلحة أخيار لحماية مصلحة شرير.

(1) و(2) انظر الدكتور وهبه الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية، مقارنة مع القانون الوضعي، ط 2، سنة 1399 هـ - 1979م، مؤسسة الرسالة ص 67 و68.  
(3) انظر الدكتور حسين حامد حسان : نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، ط سنة 1971م، دار النهضة العربية، ص 48 و419.

## الرأي السادس: بطلان العصمة أساس للدفاع الشرعي

يرى الدكتور محمد سيد عبد التواب في رسالته «الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي» أن بطلان العصمة هو أساس الدفاع الشرعي، إذ في نظره أن الشريعة الغراء عندما أكدت النهي عن الإعتداء أيا كانت الصورة التي يقع بها هذا الإعتداء، سواء وقع هذا الإعتداء على النفس أو العرض أو المال، وأن الشريعة كفلت السياج القانوني الذي يحمي كل ذلك وهذا النهي عن الإعتداء على النفس والعرض والمال هو ما يسمى بالعصمة، فالعصمة هي الحرمة، والقاعدة أن الدماء والأعراض والأموال معصومة بالإيمان أو الأمان، ولا عصمة للحربي، والصائل في حقيقته معتدى كالحربي ومن ثم يكون الأساس الصحيح للدفاع الشرعي هو بطلان عصمة المعتدي<sup>(1)</sup> (الصائل).

وأن جواز قتله الذي يتبين منه بطلان عصمته وارد في مؤلفات الفقه الإسلامي القديمة كثيرا<sup>(2)</sup>.

وأرى أنه - مع عظيم احترامي وتقديري للدكتور محمد سيد عبد التواب في جعله بطلان العصمة أساسا للدفاع الشرعي - فإنني لا أشاطره هذا الرأي كلية إذ أرى أن المعتدي (الصائل) المعصوم بالإيمان أو بالأمان لا تبطل عصمته بالصيال، وبرهاني على ذلك أنه إذا انتهى من عدوانه ولو أحدث أخطر الأضرار لا يجوز قتاله بل يشتكى أمره إلى الحاكم، فعصمته عادت إليه إذن.

- 
- (1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب : الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 133 إلى 145 .  
(2) انظر الشيخ صالح بن عبد السميع الأبي الأزهرى : جواهر الأكليل شرح مختصر خليل ج 2 . بدون تاريخ، دار إحياء الكتب العربية، ص 282 .  
- وانظر الزرقاني عبد الباقي : شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، المجلد الرابع، ج 2 بدون تاريخ، دار الفكر، بيروت، ص 108 و 109 و 110 .  
- وانظر البناني محمد حاشية على شرح الزرقاني السابق، ص 108 و 109 .  
- وانظر الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي : حاشيته على الدار المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ج 4، ط سنة 138 هـ، المطبعة الاميرية ببولاق، ص 265 .

والرأي عندي أن هذا الزوال للعصمة زوال مؤقت بل تعليق فقط، وعليه فالأساس هو تعليق العصمة لا زوالها، إذ المعتدي كأنما نزع عصمته ووضعها عنه وإذا ما انتهى من عدوانه أو كف أو كف عنه عادت إليه واستعادها، في حين إنه لو زالت عليه هذه العصمة فلا يستعيد لها بهذه السهولة ومن غير أي سعي منه بل بمجرد الكف أو النهاية من العدوان بخلاف ما لو ارتد<sup>(1)</sup> فإنه إذا تاب - قبلت منه التوبة - وكان عليه أن يتوضأ ثم يقر بالشهادتين من جديد، ويكون في الفترة بين كفره ورجوعه إلى الإسلام من جديد كافرا غير معصوم الدم، أما الصائل فبمجرد انتهائه من سياله يصبح معصوم الدم، وأعمال الصيال عادة لاتستغرق إلا فترة وجيزة، وعليه فأساس دفع الصائل إذن هو تعليق العصمة في حال عدوان الصائل على غيره، ومن هنا يكون عمل المدافع مبررا، إذ هو يدفع ولو بالأذى شخصا نزع بنفسه عن نفسه عصمتها في ذلك الوقت الذي يعتدي فيه، ومن لا عصمة له لا حرمة له.

كما أرى أن فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تشكل أساسا لنظرية الدفاع الشرعي من حيث كون النهي عن المنكر يشكل صورة من الدفاع الشرعي في كثير من الأحوال.

إذ يشترك الموضوع بين النهي عن المنكر (الدفاع الشرعي العام) والدفاع الشرعي، فدفع الزاني عن إتيان امرأة كرها يشكل نهيا عن المنكر ودفاعا شرعيا في نفس الوقت، كما أن دفع الزوج زوجته وشريكها عن ارتكابهما الزنا دفاعا شرعيا عن عرضه ونهيا عن المنكر في نفس الوقت.

وهكذا تتداخل صور النهي عن المنكر (الدفاع الشرعي العام) والدفاع الشرعي، وحق فعلا أن يسمى النهي عن المنكر دفاعا شرعيا عاما.

(1) الردة الخروج من الإسلام سواء إلى دين كالنصرانية أو غيرها أو بقاء الخادج بلا دين ملحدنا والمخارج في قول الإمام مالك رضي الله عنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل، وهذا ما رواه عن عمر؛ وقال قوم: لا تقبل توبته، ومقتضى هذا القول أنه لا يمكنه إستعادة عصمته مطلقا.

- انظر ابن رشد الإمام محمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2، ط 8، سنة 1406 هـ - 1986 م، دار المعرفة، بيروت، ص 459.

## المطلب الثاني

### (18) أساس الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

وردت في الفقه الغربي عدة نظريات حول أساس الدفاع الشرعي، ويمكن إرجاع هذه النظريات إلى اتجاهين أساسيين. إتحاه مؤن، عى، وأساس الدفاع الشرعي وفقا له يكون بالنظر إلى ذات الفعل الذي يرتكب في حالة الدفاع، وفي إطار هذا الإتحاه قالوا بنظريات: الحق الطبيعي، إبطال البغي، البواعث القانونية والاجتماعية، التحلل من العقد الاجتماعي، انتفاء حق المجتمع في العقاب، التفويض، حماية أهم المصلحتين. وإتحاه شخصي يجد أساس الدفاع الشرعي في شخص من وقف مدافعا، باعتبار أنه في ذلك كان في موقف خاص به هو منع مسؤوليته، وفي إطار هذا الإتحاه قالوا بنظريات: الإكراه الأدبي، مقاومة الشر بالشر، التضحية بأهون المصلحتين.

والخلاف بين الإتحاهين يترتب عليه الخلاف في تحديد طبيعة الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>، فعلى الأساس الموضوعي باعتباره ينظر إلى ذات الفعل يعتبر الدفاع الشرعي أحد أسباب الإباحة. بينما الإتحاه الشخصي يعتبر الدفاع الشرعي مانعا من موانع المسؤولية (وسياتي في الفقرة 26 بحث الفرق بين أسباب الإباحة (الدفاع الشرعي) وموانع المسؤولية).  
وسنتعرض فيما يلي لبحث نظريات كل من الإتحاهين على النحو التالي:

(1) انظر الدكتور على راشد: موجز القانون الجنائي ط 2، سنة 1953م، لم يذكر المكان ص 323.



## أولاً: النظريات القائلة بالإلزام الموضوعي في أساس الدفاع الشرعي

1 - نظرية الحق الطبيعي: وهذه النظرية قديمة<sup>(1)</sup> وفحواها أن الدفاع الشرعي مستق من الحق الطبيعي الذي يعطي لكل إنسان الحق في حماية نفسه، وأن يستعمل السلاح إن اقتضى الأمر، ومن بين الفائلين بها جان جاك روسو<sup>(2)</sup> (Jean - Jacques Rousseau) ويعيب هذه النظرية أنها لا تقدم لنا أساسا للدفاع عن المال، إذ المال لا يعتبر حقا طبيعيا كحق الحياة، وعند الطبيعيين تسود فكرة أن المرء يولد سريانا ويكتسب المال إكتساباً<sup>(3)</sup>.

2 - نظرية إبطال البعي: يرى هيجل (Hegel) إن الواقع يؤيد دور القانون، إذ الإعتداء نفي للقانون والدفاع نفي لهذا النفي فهو بالتالي تطبيق للقانون وإبطال لما ينطوي عليه هذا الإعتداء من بغي<sup>(4)</sup>. فهو جزء قانوني للإعتداء ومن ثم فلا عقاب عليه. ويعاب على هذه النظرية:

- أ - أن الأخذ بها يؤدي إلى القول بعدم توقيع جزاء على المعتدي طالما أن الدفاع - في منظور هذه النظرية - يعتبر جزاء للمعتدي، وهذه نتيجة غير سليمة.
- ب - إذا أخذ بها واعتبر الدفاع تطبيقاً للقانون وجزءاً قانونياً للإعتداء، يكون كل فرد ممثل للسلطة العامة في توقيع العقاب، وفي هذا خطورة كبيرة على الأمن العام والنظام الإجتماعي.

1) Garçon Emile : Code pénal annoté, Tome 2, Article 328, Paris 1956; P. 155.

2) Marle et Vito : Traité de Droit criminel; Paris 1967. P. 312.

(3) انظر الدكتور داود سليمان العطار : تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه كلية الحقوق القاهرة، سنة 1397هـ - 1977م، ص 19.

(4) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب : الدفاع الشرعي في -الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 124. وانظر: V. Vidal et Magnol OP; P. 326.

### 3 - نظرية البواعث القانونية والاجتماعية.

يرى فيري (Ferry) أن الدفاع الشرعي حقا أساسه البواعث القانونية، والاجتماعية، لأن رد المجني عليه صادر عن بواعث حميدة من كلتا الناحيتين القانونية والاجتماعية. إذ من مصلحة المجتمع مقاومة المعتدى بالقوة، والقضاء على هذا المعتدي الذي كشف بعدوانه عن خطورة إجتماعية كاشنة فيه، ومحافظة على المعتدى عامه وهو الشخص الشريف المستقيم.

هذه النظرية تتفق مع المذهب الواقعي الذي يقيم المسؤولية على أساس المصلحة الاجتماعية، ويجعل للبواعث أهمية كبرى في تقدير هذه المسؤولية.

غير أنه يعاب على النظرية أنها لا تعطينا أساس الدفاع الشرعي إذا صدر الدفاع من شرير ضد مثيل له، وليس للمجتمع مصلحة في بقاء أي منهما<sup>(1)</sup>.

### 4 - نظرية التحلل من العقد الإجتماعي:

ازدهرت في القرن الثامن عشر نظرية العقد الإجتماعي، واعتبرت أساسا للحقوق ومنها الدفاع الشرعي<sup>(2)</sup>، فحواها وفقا لتصوير روسو أن انفسار هذه النظرية يرون أن تنفيذ العقد الإجتماعي بمقتضاه لا يكون للإنسان أن يدرا عن نفسه بنفسه غير أن الافراد عند تنازلهم عن حق الدفاع للدولة قد احتفظوا برخصة الدفاع عن أنفسهم في حالة الخطر الوشيك الوقوع<sup>(3)</sup>، وقد ظل لهذه النظرية أنصار كثيرون. وظلت مسلما بها عند الألمان حتى بداية القرن التاسع عشر، إلا أنها انهارت بانتهيار العقد الإجتماعي باعتبار أنها فكرة خيالية لا تتفق مع المنطق<sup>(4)</sup>.

(1) انظر الدكتور داود سليمان العطار : تجاوز الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 21.

(2) V. Garçon : Code pénal OP P. 155

(3) نفس الصفحة من نفس المرجع.

(4) Burdeau : Science politique, Tome 2, 2ème Ed. 1967, et Burchein De Division du travail social, 5ème Paris 1927, P. 179.

## 5 - نظرية انتفاء حق المجتمع في العقاب:

يرى كارارا (Carrara) أن الدفاع العام إنما نشأ أصلا ليحل محل الدفاع الخاص نحاشبا للإفراط في الدفاع الخاص، وعندما يتعذر على المجتمع إغاثة الفرد، فلا سبيل له إلا أن يدافع عن نفسه في الحد اللازم، إذ لا معنى لدفاع المجتمع وهو عاجز عن التدخل. وهذه النظرية متأثرة بأفكار روسو في تنازل الإنسان للمجتمع عن حقوقه، ولو أنها تخلت عن فكرة العقد الإجتماعي الخيالية<sup>(1)</sup>.

غير أن هذه النظرية معيبة من وجوه ثلاثة:

أ - خلطت بين وجود الدفاع وحق العقاب.

ب - لا تقدم أساسا للدفاع عن الغير وعن المال.

ج - إتباع هذه النظرية في منطقتها يؤدي إلى القول بأنه إذا أصبح للدفاع الخاص جدوى في حين فقد دفاع المجتمع جدواه فإن الفرد يسترد حقه في الدفاع في حين يفقد المجتمع هذا الحق وهو منطق مرفوض<sup>(2)</sup>.

## 6 - نظرية التفويض لعجز السلطة عن القيام بواجبها:

يرى البعض في كل من فرنسا وإيطاليا ومصر أن أساس الدفاع الشرعي هو عجز السلطة التي هي صاحبة الحق في التدخل لحماية الأفراد، ومن ثم لزم رد الحق للأفراد في حماية أنفسهم بأنفسهم وحماية غيرهم<sup>(3)</sup>.

وبهذا المنطق يرى البعض أن الفرد يحل محل الدولة في سلطتها العامة لمفظ النظام<sup>(4)</sup>، وبإجازة من القانون<sup>(5)</sup>، فالدفاع الشرعي في منطق هذه النظرية ليس إلا وظيفة عامة يجوز للدولة أن تفوض الأفراد للنهوض<sup>(6)</sup> بها.

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 126.

(2) القللي محمد مصطفى: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 207.

3) V. Prodel J. : Droit pénal, T. 1, Introduction Droit pénal général, Paris P. 199.

4) V. Marle et Vitu : Traité de Droit criminel, Paris 1967, P. 312.

5) V. Levasseur : Droit et procédure pénal, T. 14ème, P. 59.

(6) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 126.

وأبعد من هذا فقد اعتبر البعض الدفاع الشرعي نوعا خاصا من القضاء يقوم مقام القضاء العام<sup>(1)</sup>.

وذهب رأي في مصر إلى اعتبار الدفاع الشرعي مقابلا منطقيا لاستعمال سلطة الوظيفة في أداء الواجب القانوني الذي هو سبب لمشرعية القوة التي يستعملها الموظف العام، والدفاع الشرعي سبب لمشروعية القوة التي يستخدمها أي فرد من عامة الناس يحل بها محل ذلك الموظف في أداء وظيفته لدفع العدوان<sup>(2)</sup> أو وقفه. وهذه النظرية معيبة من وجهين:

أ - القول بعجز السلطة مغالطة وقلب للحقيقة فالسلطة لم تعجز ولا تعجز عن الدفاع ومجدة المعتدى عليه، سواء في الإعتداء الحال أو الوشيك الوقوع، إنما المعتدى عليه هو الذي عجز عن الإلتجاء إلى السلطة لتجدته في الوقت المناسب<sup>(3)</sup>.

ب - سلطة الدولة في حماية الأفراد هي سلطة عقاب بينما الدفاع الشرعي لم يشرع للعقاب، وإنما لرد العدوان وكفه، فكيف يقال بالتفويض، أي كيف تفوض الدولة ما لا تملك أصلا<sup>(4)</sup>.

غير أنني أرى أن الدولة تملك سلطة العقاب وإلى جانبها سلطة الدفاع.

#### 7 - نظرية تعارض الحقوق والمصالح الإجتماعية:

يجعل البعض أساس الدفاع الشرعي هو التنازع بين الحقوق، وترجع جذور هاته النظرية إلى ما كان يقول به هيغل من أن الضرر الذي يصيب حق الحياة ضرر أكيد لا حد له لأنه يمس جانبا كليا من الحقوق، وعند تنازع حق الحياة مع حق الملكية فإن الأول هو الذي يحظى بالأفضلية بكل تأكيد لأن الضرر الذي يصيب حق الملكية لا يعدو أن يكون ضرا ظاهريا، ليس له من أثر على الإرادة إلا التضييق من نطاقها، ولا أثر له على الأهلية بحال من الأحوال<sup>(5)</sup>.

(1) انظر الدكتور علي راشد: القانون الجنائي ط. سنة 1974 و دار النهضة العربية، ص 520.

(2) انظر الدكتور علي راشد: موجز القانون الجنائي - مرجع سابق - ص 340.

(3) انظر الدكتور داود سليمان العطار: تجاوز الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 23.

(4) انظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 230.

(5) V. Hégel : Philosophie du Droit, 183, Paris P.127

والواقع أن التضحية بحق في سبيل آخر مسألة تختلف باختلاف الظروف والملايسات وليس صحيحا القول بأن حق الحياة هو الحق الذي يسمو على سائر الحقوق، فحق الوطن في الدفاع عنه مقدم عليه<sup>(1)</sup>.

وتفاديا للنقد استبدل بعضهم بعبارة تنازع الحقوق عبارة تنازع المصالح<sup>(2)</sup>. ومحور النظرية أن أساس الدفاع الشرعي هو الموازنة بين مصلحتين متعارضتين وترجيح إحداها على الأخرى، لأنه لا يمكن إبقاء إحداها دون التضحية بالأخرى، ومصلحة المعتدى عليه هي الأجدر بالرعاية من مصلحة المعتدي، وعليه تحمي المصلحة الأهم<sup>(3)</sup> وهو ما تقتضيه المصلحة الاجتماعية التي هي أساس<sup>(4)</sup> التبرير. غير أن هذه النظرية إنتقدت بسبب النتائج غير المقبولة التي توصلت إليها، فيما يلي ملخص النتائج التي وصلت إليها النظرية،<sup>(5)</sup> والانتقادات الموجهة لهذه النتائج:

أ - في نظر أتباع النظرية أن الحق الأقل قيمة لا بد أن يختفي، وهذا قول على جانب كبير من الخطأ لأن وظيفة المجتمع أو الدولة هي حماية كل المصالح، الحاذق على كل الحقوق حتى الأقل منها قيمة.

ب - هذه النظرية لا تفسر لنا الدفاع الموجه ضد الشخص غير المسؤول، لأن فقدان الحق لا يكون إلا عن خطأ، والمجنون مثلا ليس مسؤولا عن أفعاله، بمعنى أنه ليس قاصدا الإعتداء على حق غيره فكيف يفقد حقه.

ج - النظرية تبحث عن أسباب الإعفاء من العقاب في جانب المعتدي إذ ترى أن شرعية الدفاع الشرعي تستمد من خطأ الإعتداء، والحقيقة أن بحث شرعية الدفاع يجب أن يتناول جانب المعتدي عليه (المدافع) لأن فعله هو الذي سيصبح محل إعفاء من العقاب<sup>(6)</sup>.

(1) انظر الدكتور محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 348.

(2) نفس المرجع ص 349.

(3) V. Garçon : Code pénal, OP P. 157

(4) انظر الدكتور محمد سيد عد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 129.

(5) انظر السيد دحماني الزهراء: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 33 و34.

(6) انظر الدكتور روف عبيد، شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 377 و378.

## ثانياً: النظريات القائمة بالإلزام الشخصي في أساس الدفاع الشرعي

وتنحصر هذه النظريات في ثلاث وهي نظريات الإكراه الأدبي، ومقاومة الشر بالشر، والتضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين.

وفيما يلي تفصيلها:

1 - نظرية الإكراه الأدبي:

يرى بيفندورف ( puffendorf ) أن أساس الدفاع الشرعي هو الإكراه الأدبي (Contrainte morale) فالمدافع لا يسأل جنائياً لأنه ارتكب أفعال الدفاع وهو مكره وليس مختاراً، فالإعتداء الذي واجهه أفقده السيطرة على تواه العقلية والإرادية فلا ينقاد في دفاعه لغير غريزة حب<sup>(1)</sup> البقاء، التي أودعها الله سبحانه وتعالى فيه<sup>(2)</sup>.  
غير أن هذه النظرية وجهت لها انتقادات خسة، بينت أنها لا تصلح أساساً للدفاع الشرعي، وهذه الانتقادات هي:

- أ - القول بكون الإكراه هو أساس الدفاع الشرعي لا يقدم لنا تفسيراً للدفاع عن الغير والدفاع عن المال، كما أن الإكراه لا يتحقق في كثير من حالات الدفاع الشرعي، إذ يظل المعتدى عليه محتفظاً بهدونه، ورغم ذلك يبقى الدفاع مشروعاً.
- ب - قول النظرية بأن المدافع يفقد حرية الإختيار قول لا يطابق الواقع، إذ المدافع في جل الأحوال يكون مدركاً لأفعاله موجهها إرادته نحو رد الإعتداء الذي يهدده أو يهدد غيره كالجندي الذي يصمد في مواجهة نيران العدو لينفذ ما هو مكلف به<sup>(3)</sup> من أوامر.

---

(1) V. Garçon : Code pénal OP P. 162

(2) : V. Vidal et Magnol : Cours de Droit criminel OP P. 322 et Garçon Code pénal OP P. 155

وانظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 230 . وانظر الدكتور محمد مصطفى القلبي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 305.

(3) انظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 230 . وانظر الدكتورة فوزية عبد الستار: خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة، مجلة القانون والإقتصاد، السنة 42، سبتمبر - ديسمبر 1972 م.

ج - القول بكون المدافع في حاله فقد حرية الإختيار ووقوع تحت غريزة حب البقاء يوقع في نتيجة شاذة مفادها جواز الدفاع ضد الأذى المشروع، وهذا مخالف لما تقضى به التشريعات من وجوب أن يكون الإعتداء غير مشروع<sup>(1)</sup>،

د - الإكراه الذي قد يقع تحته المدافع ربما يتوفر في حالة الخطر الجسيم، والثابت أن أرجح الآراء هو القائل بكون الدفاع جائز لرد كل عدوان بما يناسبه دون اشتراط جسامته معينة<sup>(2)</sup>.

هـ - هذه النظرية لا تتفق مع ما تشترطه التشريعات كافة، من وجوب عدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وهذا الشرط يستفاد منه توافر إرادة حرة ومدركة لدى المدافع وإلا كيف يشترط عليه عدم التجاوز؟<sup>(3)</sup>.

2 - نظرية مقابلة الشر بمثله:

يرى جوير<sup>(4)</sup> Geyer وبعض الشراح الألمان<sup>(5)</sup> أن الدفاع هو مجازاة للشر بمثله. فمن المعلوم أن حق العقاب تتولاه الدولة، والدفاع عن الأفراد كذلك منوط بها، وشرعية الدفاع لا تعني أن أفعال الدفاع ليست جريمة، وإنما العدالة المطلقة اقتضت القول بشرعية هذه الأفعال باعتبارها قصاصا.

ويعاب على هذه النظرية أنها تتصور الدفاع عقابا ينزله المدافع بالمعتدي، وليس الأمر كذلك إذ إندفاع الشرعي لم يشرع لمعاقبه المعتدي، وإنما لكفه عن الإعتداء<sup>(6)</sup>.

(1) V. Grandmoulin : Le Droit pénal Egyptien Indigens, Le Caire 1908, P337

وانظر الدكتور محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 305.  
(2) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط سنة 1962، المكان غير مذكور، ص 206.

(3) انظر الدكتور داود سليمان العطار: تجاوز الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 16.

(4) V. Vidal et Magnol : Cours de Droit OP P. 323

(5) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص 198.

(6) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 131 عن محكمة النقض المصرية جلسة 26 - 1972 م.

والسير في ركاب منطق هذه النظرية يوقع في القول بأنه لا محل إذن لمجازاة المعتدي إذ نال جزاءه في صورة الدفاع، وقد حاول جوهر نفسه أن يرد على هذا الاعتراض بوجود التفرقة بين الأذى يصيب المعتدي ويقابله الدفاع، وبين الأذى الذي يحل بالمجتمع وهو ما يجب مواجهته بالعقاب إذ العقوبة حق للمجتمع قبل الفرد، إلا أن هذا الرد يقوض الأساس الذي تقوم عليه النظرية ذاته<sup>(1)</sup>، إذ مقابلة الشر بمنله تقتضي وجود مقاصة بين أفعال الدفاع وأفعال الإعتداء، ونادرا ما يتحقق تعادل كهذا، ولكن غاية ما هنالك أن لا ينعدم التناسب بين أفعال الدفاع وأفعال الإعتداء<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ على هذه النظرية أنها سلكت نفس المسلك الذي سلكه كانت، في اعتبارها عدم شرعية الدفاع، وفي نظرها أن المدافع لا يعاقب لأسباب عملية محضنة، وليس لكون الفعل مشروعاً<sup>(3)</sup>.

### 3 - نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين:

يرى بري (Buri) أن أساس الدفاع الشرعي هو قيام تنازع مصلحتين على البقاء الأمر الذي يستوجب التضحية بإحدى هاتين المصلحتين، وإذا ما أوزنا بين أفعال الإعتداء وبين أفعال الدفاع نجد أن حق المعتدي هو الأقل والأهون مما يستوجب التضحية به لحماية حق معتبر يتعارض معه، هو حق المعتدى عليه<sup>(4)</sup>.

وتختلف هذه النظرية عن نظرية تنازع الحقوق والمصالح الاجتماعية، إذ تنظر هاته النظرية إلى الموضوع نظرة شخصية فهي تنظر إلى حق كل من المعتدي والمعتدى عليه، بينما تنظر النظرية الأخرى إلى المسألة نظرة موضوعية<sup>(5)</sup>.

(1) V. Garçon : Code pénal annoté OP P. 155

(2) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص 198 .

(3) انظر السيدة دحماني: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 32.

(4) انظر الدكتور داود سليمان العطار: تجاوز حدود الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 18 .

(5) انظر رقم 7 من هذه الفقرة.



غير أن النظرية معينة من حيث قولها بالتضحية بأهون المصلحتين إذ الدولة ملزمة بحماية كل المصالح دون النظر إلى درجة أهميتها فكل فرد بالنسبة إليه مصلحته هي الأهم وله الحق في حمايتها. وهذه هي النظريات الواردة في الفقه الوضعي محاولة تبين أساس الدفاع الشرعي مصنفة إلى مجموعتين، مجموعة تنظر إلى الموضوع بمنظور شخصي وأخرى تنظر إليه بمنظور موضوعي.

وهناك من فقهاء القانون الوضعي من صنف هاته النظريات تصنيفا آخر على أساس اعتبار الدفاع الشرعي عذرا مانعا للعقاب، وأدرج تحت هذا المنظور نظريات: مدرسة كانت، والإكراه المعنوي، ومقابلة الشر بمثله، وتعارض المصالح أو الحقوق أو اعتباره حقا، وأدرج تحت هذا المنظور نظريات: هيكل، والقانون الطبيعي، وانقطاع حق الدولة في العقاب، والمدرسة الوضعية<sup>(1)</sup>.

وفي كل الأحوال رأينا أن كل هذه النظريات المقدمة لتعطينا أساس الدفاع الشرعي قاصرة دون ذلك ومعيبة.

ولعل أحسنها وأصدقها في التعبير على الحقيقة النظرية التي طرحها الدكتور محمد سيد عبد التواب لتكون نظرية تقدم الأساس للدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، وكنت معه مبدئيا في وجهة نظره، بتحفظ على قوله ببطلان العصمة إذ رأيت بعد بحث في بطلان العصمة<sup>(2)</sup> أنه لا يمكن القول ببطلان عصمة المعتدي كالحربي والمرتد والباغي والزنديق وغيرهم، وإنما تعلقت عصمته فقط في حال اعتدائه، فكأنما باعتدائه

- 
- (1) انظر السيدة دحماني الزهراء: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 30 وما بعدها.
- (2) انظر أبو البركات، الشيخ مجد الدين: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بتحقيق محمد حامد الفقي ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 166 إلى 169.
- انظر الكوهجي الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن: زاد المحتاج بشرح المنهاج بتحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، طبع على نفقة الشؤون الدينية بقطر، ط 1، ج 4، ص 173 إلى 214 البغاه، الردة حد الزنا.
- انظر الدردير أحمد بن محمد: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، سلسلة الثقافة الإسلامية، مكتبة رحاب الجزائر، ص 158 إلى 176 البياغية الردة، الزنا، ص 189 إلى 190 المحارب.
- وانظر السرخسي شمس الدين: المبسوط ط 9، ط 2 مجلد 5، دار المعارف بيروت، لبنان، ص 91 إلى 102 الإقرار بالزنا 195 إلى نهايته قطع الطريق، ج 2 مجلد 5 من المرجع نفسه في 98 المرتد إلى 123 من 123 إلى 136 الخوارج.
- انظر البخاري أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن: محاسن الإسلام وشرائع الإسلام ط 2، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 124 إلى 128 الإمامة وحرب أهل الردة ودفع المرء عن نفسه وقطع الطريق.
- انظر ابن حزم المحافظ أبي محمد علي بن أحمد: مراتب الإجماع على هامش سابقه نفس الصفحات ونفس المواضيع. =

خلعها عن نفسه وإذا كف أو انتهى من الإعتداء رجعت إليه، ووقت ذلك قد لا يتجاوز بضع لحظات بخلاف من بطلت عصمتهم فإن بطلانها قد يدوم ما دام حيا.  
ومن بطلت عصمتهم يسمون في الفقه الإسلامي المهترون أي من يهدر الإمام دماءهم بحكم الشرع لجنايتهم.

- 
- == - انظر أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي: المدع في شرح المقنع ط 1 سنة 1399 هـ / 1979 م، طبع على نفقة الشيخ علي عبد الله ال ثاني ج 9 ص 60، وما بعدها حد الزنا ص 144 وما بعدها حد المحاربين إلى 154 قتال أهل البغي إلى 170 حكم المرتد إلى 189.
- انظر البيجوري الشيخ إبراهيم: الحاشية على شرح العلاء بن قاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع ج 2، دار المعارف، ص 252، أحكام قاطع الطريق إلى 256 أحكام الصيال إلى 258 أحكام البغاة إلى 264 أحكام الردة.
- انظر ابن حزم أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد الحلبي: نشر وتصحيح إدارة الطباعة الميرية، ط 1 سنة 1352 هـ بتحقيق محمد منير الدمشقي ج 11 ص 300 كتابا المجاز بين إلى 312 وقطع الطريق من 315 إلى 317 حكم تارك الصلاة ص 376 حكم من فعل فعل قوم لوط ص 380 إلى 386 حكم من أبي بهيمة إلى 387.
- انظر بن قدامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد: المنى على مختصر الخرقى بتحقيق وتعليق محمد سالم محيس وشعبان محمد إسماعيل المدرسان بالأزهر ج 8، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية ص 104 كتاب قتال أهل البغي 123 كتاب المرتد إلى 155 ص 286 كتاب قطاع الطريق.
- انظر الزرقاني عبد الباقي: شرح الزرقاني على مختصر خليل وبهامشه حاشية الباني الشيخ محمد ج 8، دار الفكر ص 60، الباغية 62 الردة ص 74، الزنا ص 108 الحراية.
- انظر الدسوقي شمس الدين محمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير وبهامشه تقارير لعليش الشيخ محمد ج 4 دار الفكر الحراية، من 298 البغي ص 301 الردة ص 313 الزنا ص 348 الحراية.
- انظر بجرمي الشيخ سليمان حاشية بجرمي على الخطيب الشيخ محمد الشريبي ج 4، دار الفكر، ص 178 قاطع الطريق 184 حكم الصيال 191، قتال البغاة 199 الردة 207 تارك الصلاة.
- وانظر الإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصري الدمشقي الشافعي: كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار غني بطبعة عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، ج 2، ص 374 إلى 377.
- انظر الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح: كتاب الفروع وعلى هامشه تصحيح الفروع لأبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الصالحي الحنبلي، راجعه عبد الستار أحمد فراج سنة 1388 هـ - 1967 م ج 9، عالم الكتب، ص 67 حد الزنا ص 140 حد قاطع الطريق ص 152 قتال أهل البغي ص 164 حكم المرتد ص 177 ويكفر الساحر.

وهؤلاء المهترون هم: الحربي (أنظر أبواب السير أو الجهاد في كتب الفقه الإسلامي) والمرتد، والزنديق، والباغي، والمحارب، والجاسوس، والزاني المحصن أو الديوث، ومن أتى بهيمة، والساحر، وشارب الخمر في الرابعة، ومن تكررت منه الجرائم. بعض هؤلاء مجمع على قتله وبعضهم في قتله خلاف ويشتد في البعض الآخر<sup>(1)</sup>. وقد قال كثير من الأقدمين من الفقهاء المسلمين ببطلان العصاة<sup>(2)</sup>.

وبعد أن درسنا أساس الدفاع الشرعي يتعين علينا دراسة حكمه، وهذا ما سيأتي في الفقرة القادمة ضمن مبحث رابع:

- 
- (1) انظر القليوبي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة؛ حاشية على منهاج الطالبين للإمام النووي أبي زكرياء يحيى بن شرف في فقه الشافعية بشرح المحلي جلال الدين محمد بن أحمد ج 4، دار الفكر.
- وحاشية عميرة شهاب الدين أحمد البرلسي ج 4، دار الفكر.
- وانظر العقبي محمد حسين؛ المجموع شرح المذهب التكملة الثانية ج 17، الناشر زكرياء، على يوسف مطبعة الإمام بالقلعة مصر، ص 516. قتال أهل البغي إلى 543 آخر الكتاب، ج 18، ص 3، باب قتل المرتد إلى 28 ص 244 حد الزنا إلى 283.
- انظر ابن دقيق العيد الشيخ تقي الدين أبي الفتح؛ أحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام ج 3، دار الفكر ص 234، حكم الجاسوس.
- انظر البخاري الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بودزية؛ صحيح البخاري ج 7، ط سنة 1401 هـ / 1981 م، دار الفكر ص 48 استنابة المرتد 189 الحراية والردة.
- انظر العسقلاني أحمد بن علي بن حجر؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري رقم كتيبه محمد فؤاد عبد الباقي، أخرجه محب الدين الخطيب ج 12، دار المعرفة، ص 58 وما بعدها الزنا ص 209 وما بعدها المحاربين والردة ص 264 استنابة المرتد.
- انظر القسطلاني أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد؛ إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري وبهامشه صحيح مسلم بشرح النووي، ط سنة 1404 هـ / 1964 م، دار الكتاب العربي لبنان.
- انظر ابن العربي أبي بكر محمد بن عبد الله؛ أحكام القرآن بتحقيق علي محمد الجاوي ج 2، دار الفكر، ص 593 في تفسير آية «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله»، الآية رقم 33 من سورة المائدة، يرجع إلى أمهات كتب التفسير.
- (2) انظر الدكتور يوسف علي محمود حسن؛ الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد - مرجع سابق - مجلد أول من ص 158 إلى ص 200.
- وانظر قليوبي؛ حاشيته على منهاج الطالبين - مرجع سابق - ص 206 على سبيل المثال.

## المبحث الرابع حكم الدفاع الشرعي

(19) تمهيد وتقسيم:

لكل من الشريعة الإسلامية الغراء والنظم القانونية الوضعية ما يميز موقفه من حكم الدفاع الشرعي.

وهذا الموقف نابع من وجهة نظر كل من النظامين، وما يرتبه هذا النظام أوداك كأولويات، وما يراه ثانويا أو أدنى درجة من غيره من المواضيع التي تحمى بالدفاع الشرعي. وحتى في داخل النظام الواحد من النظامين نجد الخلاف قائما بين مذهب وآخر وفقهيه وآخر، إنطلاقا من فهم أتباع كل فقيه أو مذهب. لأساس الدفاع الشرعي، أو إنطلاقا من النص الذي يجعله الفقيه في الشريعة الغراء دليلا له على الدفاع الشرعي، أو إنطلاقا من النص الذي يشرحه فقيه القانون الوضعي.

فمن ناظر إلى الدفاع على أنه رخصة يمنحها القانون للأفراد، وهو الغالب<sup>(1)</sup> الأعم، وناظر إليه على أساس أنه حق<sup>(2)</sup>.

وفيما يلي أبحث هذا الاختلاف في صورته العامة مرجئا تفاصيله إلى حينها (عند دراسة موضوع الحماية). وأتناول المسألة في مطلبين:

أولهما: أخصصه لحكم الدفاع في الشريعة، وثانيهما: لحكمه في النظم الوضعية.

---

(1) انظر الدكتور محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، طبعة سنة 1981 الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ص 244.

وانظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، مطبعة البجاح الجديدة طبعة سنة 1984م ص 105.

وانظر السيدة متيجي رشيدة: تجاوز الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري والقانون، رسالة ماجستير قدمت بمعهد الحقوق جامعة الجزائر للسنة الدراسية 78/79م ص 27 و28.

وانظر الدكتور على أحمد راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة ص 520 بدون تاريخ ولا مكان طبع.  
وانظر الدكتور مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، ط 2 لسنة 1976م دار الفكر العربي ص 190.  
وانظر جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية ج 1، دار المؤلفات القانونية بيروت.

- وانظر الدكتور روف عبيد: في التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون، طبعة سنة 1971م الهيئة العامة للكتاب والأجهزة العلمية، مطبعة جامعة عين الشمس، ص 386 و387.

(2) مثل نص المادة 33 من قانون العقوبات السويسري التي تنص على أن «للشخص المعتدى عليه حق رد الاعتداء».

## المطلب الأول

(20) حكم الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

لبحث هذا الموضوع لابد من توضيح معنى الحكم أولا، إذ للحكم معنى عند الأصوليين ومعنى عند الفقهاء.

أولا: الحكم عند الأصوليين: يعرف الأصوليون من أهل السنة الحكم الشرعي بأنه: «خطاب الله المتعلق بأفعال المخلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعاً<sup>(1)</sup>»، ويتبين من هذا التعريف أن خطاب الشارع الحكيم يتعلق بأفعال المكلفين على ثلاثة أنحاء:

- النحو الأول: تعلق على وجه الإقتضاء الذي هو الطلب، وقد يكون طلب الفعل جازما، وهذا ما يسمى بالوجوب أو الإيجاب وقد يكون غير جازم وهذا ما يسمى بالندب. وإذا كان الطلب طلب ترك لا طلب فعل، فإن كان طلب الترك جازما فهو ما يسمى بالتحريم أو الحرمة، وإن كان طلب الترك غير جازم فهذا ما يسمى بالكراهة.

ومن الحكم التكليفي عند الأصوليين العزيمة والرخصة لأن كلاهما إما طلب وإما إباحة.

- النحو الثاني: تعلق على وجه التخيير بين فعل الشئ أو تركه من غير ترجيح لأحد

الجانبين على الآخر وتترتب على ذلك الإباحة، فيكون المكلف مخيرا بين الفعل والترك والفعل يسمى مباحا. وهذان النحوان هما ما يعيننا.

- النحو الثالث: تعلق على وجه الوضع بجعل الشئ سببا أو شرطا أو مانعا، والصحة

في الفعل وعدم الصحة فيه - عند بعضهم - من هذا النحو<sup>(2)</sup>.

ثانيا: الحكم عند الفقهاء: يطلق الحكم عند الفقهاء بإطلاقات مختلفة، إذ يطلق فيراد

به الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، ويطلق فيراد به وصف ترتب أو عدم ترتب الأثار، وهذا دارج الإطلاق عندهم في أبواب القضاء والحكم والدعاوى.

وما يعيننا هو الإطلاق الأول من حيث الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل

كالوجوب والحرمة والإباحة، فمقتضى النص هو الحكم عند الفقهاء؛ ومن هنا تأتي أقوالهم: حكم عقد الزواج الوجوب، وحكم البيع الإباحة.

(1) انظر الدكتور محمد سلام مدكور: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - مرجع سابق - ص 18 إلى 29.

(2) نفس المرجع ص 26 و 27.

وحكم الدفاع الشرعي يتراوح بين الوجوب والإباحة. وقد يحرم وقد يندب تركه تبعاً للموضوع الذي وقع عليه الإعتداء، وتبعاً للمدافع أحياناً، وتبعاً للظروف أخرى<sup>(1)</sup>، وبين العلماء خلاف في حكم وجوب الواجب منه أيؤثم تاركه أم لا يؤثم؟<sup>(2)</sup>.

واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الدفاع الشرعي اختلاف تتسع له النصوص التي يتخذونها مصدراً له، خاصة وأنه من حيث نصوص السنة بصفة أخص كل منهم ينطلق مما صح عنده من حديث وأخذ به في مذهبه. وأكثر الأدلة على الدفاع الشرعي وأشدها وضوحاً في الدلالة على أحكام الدفاع الشرعي جاء في السنة.

وإذا كان حكم الدفاع الشرعي (أو دفع الصائل) يختلف في الشريعة الإسلامية تبعاً للموضوع الذي يتعرض للعدوان والمدافع والظروف اختلافاً بيناً، فإن هناك اختلاف يسير فيما يتعلق بآثره وسيأتي تفصيل كل هذا عند بحث موضوعي (أركان الدفاع الشرعي، وآثر الدفاع الشرعي).

---

(1) سيأتي الحديث تفصيلاً - بحول الله - عن هذا الخلاف عند الحديث عن موضوع الإعتداء في أركان الدفاع الشرعي.

(2) انظر القرافي العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس ابن عبد الرحمن الصنهاجي: الفروق ج 4، عالم الكتب، ص 184 و 185.

- وانظر الشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية: تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية (بهامش الفروق) ص 210، وانظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي - مرجع سابق - ص 474 و 475.

## المطلب الثاني

### (21) حكم الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

حكم الدفاع الشرعي (طبيعته القانونية) في القوانين الوضعية والفقهاء الوضعي عموما إما حق وإما رخصة، وقد ينظر إليه على أساس أنه حالة ضرورة ولا يجب إلا بنص صريح. غير أن العبرة في الفقه أساسا بالنص المشروح، ثم تأتي بعد ذلك وجهة نظر الفقيه أو الشارح، فإذا كان النص يقرر بعبارة أنه حق اعتبره الشارح حقا، وقد ينتقد النص ليثبت أن حكم الدفاع الشرعي وطبيعته إنما هو رخصة لا حقا كما يقرر النص التشريعي، وإذا جاء النص بعبارة تدل على أنه رخصة فقد يعتبره الشارح كذلك إذا كان ذلك يتفق مع وجهة نظره هو أو ينتقد النص.

ومن النصوص ما بوجب - تحت طائلة العقاب - الدفاع الشرعي في حالات معينة (سبق الحديث عليها عند بحث نطاق الدفاع الشرعي) وهذه الحالات منتشرة في القوانين، فهي موجودة في القانون الروسي والجزائري والمغربي<sup>(1)</sup>، ففي مثل هذه الحالات يعتبر الشارح أو الفقيه الدفاع الشرعي واجبا حتما، كما أراد له المشرع دون سائر المبدأ في القانون الذي يشرحه وفي غيره من القوانين المماثلة له التي يقارنه بها، ويتعامل مع تطبيق المبدأ في سائر ذلك على أساس أنه حق مثلا أو رخصة. وعند إعداد النصوص التشريعية يتأثر المشرعون بدورهم بعمل الفقهاء، فالتأثير والتأثر بين الفقهاء والمشرعين متبادل.

والمصلحة العليا التي يهدف إليها المشرع من وضع النصوص هي التي تحتم جعل المشرع للدفاع الشرعي في جملته أو في حالة معينة من حالاته رخصة أو حقا أو واجبا، وإن كان الشائع في النصوص التشريعية وفي آراء الفقهاء أنه إما حق وإما رخصة<sup>(2)</sup>. وكل حكم لا بد له من مصدر وهو ما سنبحثه في الفقرة التالية في مبحث خامس.

(1) كما في الحالة التي نصوص عليها المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري والفصلين 430 و431 من قانون العقوبات المغربي بشأن مساعدة الأشخاص الذين يكونون في حالة خطر.

(2) انظر الدكتور عبد السلام التونجي: موانع المسؤولية الجنائية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية ط سنة 1971م، ص 101، وما بعدها.

- وانظر محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات - القسم العام - طبعة 2، سنة 1967 دار النهضة العربية، القاهرة، ص 132.

## المبحث الخامس مصدر الدفاع الشرعي

(22) تمهيد وتقسيم

مصدر الدفاع الشرعي أوبتعبير الفقه الإسلامي دليل الدفاع الشرعي. يجد الدفاع الشرعي مصدره أودليله في النصوص التشريعية، وهي في الشريعة الإسلامية القرآن والسنة أساسا، والإجماع إن وجد، ثم يأتي غيرها من المصادر أو ما يسميه البعض بالأمارات، ونحن في غنى عن هذه الأمارات في هذا الباب ما دام في القرآن والسنة، ودعوى الإجماع<sup>(1)</sup> في هذا الباب ما يغنينا عن هذه الأمارات. وجاء في القرآن من الآيات الكريمة ما يدل إجمالا على الدفاع الشرعي ودفع العدوان بداية من دفع المرء علي نفسه إلى الجهاد لرد عدوان عدو يريد الإستطالة على المسلمين في دينهم وبلدهم وأرواحهم وأعراضهم وأموالهم. وإن كانت أي القرآن الكريم في هذا الباب مجملة تدل دلالة عامة، فإن السنة الشريفة جاءت فيها أحاديث فصلت ما أجمل القرآن العظيم وخصصت ما عمم. والقوانين الوضعية صاغت أحكام الدفاع الشرعي في مواد في صلب قوانينها العقابية ومنها من فصل ومنها من أجمل هذا الموضوع. كما نصت على إنتفاء الضمان إذا حدث الفعل دفاعا شرعيا وحدث عنه ضرر في صلب قوانينها المدنية. وفيما يلي أتناول بالبحث مصدر الدفاع الشرعي أودليله في نقطتين أخصص إحداهما لبحث مصدر الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية، وأخصص الثانية لبحث هذا المصدر في النظم الوضعية، وسأتناول ذلك في المطلبين التاليين:

---

(1) جاءت دعوى الإجماع على لزوم الدفاع الشرعي على لسان بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، ورد بعضهم هذه الدعوى صراحة ونحن غير ملزمين بها ما دام لنا في القرآن والسنة ما يغنينا عن الإجماع وعمادونه من المصادر.



## المطلب الأول

### (23) مصدر الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

أقرت الشريعة الفراء للمعصومين الذين يتمتعون بحمايتها بحقهم في رد الإعتداء، وأوردت الخطر الذي يتعرضون له بما يلزم من القوة لحماية أنفسهم وما يتعلق بها من عرض وكرامة واعتبار، كما أقرت الدفاع عن الغير حماية لنفسه وما يتعلق بها. وأقرت الدفاع عن المال سواء كان مملوكا للمدافع أو لغيره، وأقرت قبل كل هذا الدفاع لحماية الدين والوطن من المعتدين.

وجاء ذلك كما أسلفنا مجملا عاما في القرآن، وجاءت السنة للتفصيل والتخصيص، وفيما يلي دليل الدفاع الشرعي من القرآن أولا ثم من السنة ثانيا.

أولا: دليل الدفاع الشرعي من القرآن العظيم:

أقر القرآن العظيم للمعتدي عليه أن يرد هذا الإعتداء، وهذا ما يعد مصدرا للدفاع الشرعي «دفع الصائل» ووردت في ذلك آيات منها:

1 - قوله تعالى: « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله وأعلموا أن الله مع المتقين »<sup>(1)</sup>.

وقد اعتبر فقهاءنا المسلمون هذه الآية الكريمة الأصل في الدفاع الشرعي<sup>(2)</sup>، واختلفت الروايات في سبب نزولها، فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنها نزلت بمكة والمسلمون يومئذ قليل وليس لهم سلطان يقهر المشركين وكان المشركون يتعاطونهم بالشتيم والأذى فأمر الله المسلمين من يؤذى منهم أن يجازي بمثل ما أوذى، فلما هاجر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى المدينة وأعز الله سلطانه أمره أن ينتهي المسلمين من مظالمهم إلى سلطانهم

(1) سورة البقرة، الآية رقم 194.

(2) انظر الرملي نسس الدس محمد بن شهاب الدس أحمد: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة سنة 1292 هـ، بولاق ص 23.

- وانظر الأنصاري زكرياء بن محمد بن زكرياء: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، وهو شرح على روض الطالب لابن أبي بكر المقرئ اليمني، طبعة 4، سنة 1313 هـ، المطبعة الميمنية بالقاهرة، ص 166.

- انظر الشربيني الشيخ محمد الخطيب: معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، ط سنة 1374 هـ - 1955م، نشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ص 194.

وأن لا يعدو بعضهم على بعض كاهل الجاهلية<sup>(1)</sup>.

وقال بعضهم أن معنى الآية فمن اعتدى عليكم في الحرم فقاتلكم فيها، فاعتدوا عليه بالقتال على نحو اعتدائه عليكم بقتاله إياكم، لأنني جعلت الحرمات قصاصاً. والواقع أن الآية الكريمة عامة في كل صور العدوان.

فهي تصدق على دفع الفرد للعدوان الموجه إليه مباشرة حال وقوعه، أو الإلتجاء إلى الحاكم إذا وقع وانتهى. كما تصدق على رد العدوان الموجه ضد مجتمع المؤمنين المسلمين والصورة الأولى تدخل في الدفاع الشرعي (دفع الصائل)، والصورة الثانية تدخل في الدفاع الشرعي الدولي (الجهاد). وقد أشار الإمام القرطبي - رحمه الله - إلى هذا المعنى إذ يرى أن قوله تعالى: « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»، فيها عموم متفق عليه إما بالمباشرة إن أمكن وإما بالحكام<sup>(2)</sup>.

وأما قوله تعالى: « واتقوا الله وأعلموا أن الله مع المتقين» على إثر قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» فإن الله سبحانه وتعالى لما أباح الإقتصاص بالمثل، وهو العالم أن من شأن النفس البشرية التي خلق حب المبالغة في الإنتقام من العدو حذر - سبحانه وتعالى - من ذلك، وهو اللطيف الخبير. وكان المعنى المقصود أن الله - سبحانه - ينهى المؤمنين عن تجاوز الحد الذي بينه لهم، والذي تقتضيه ضرورة<sup>(3)</sup> الدفاع.

2 - قوله تعالى: « والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون، وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله إن الله لا يحب الظالمين ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل»<sup>(4)</sup>.

(1) انظر الطبري أبي جعفر محمد بن جرير، جامع البيان، عن تأويل أي القرآن، ج ٤، دار الفكر من ص 196 إلى 200.

(2) انظر القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن، ج 1، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 356.

(3) انظر النيسابوري نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي: تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان (على هامش تفسير الطبري جامع البيان) ج 2، ط سنة 1398 هـ، 1978م، دار الفكر بيروت، ص 226 إلى 227.

(4) سورة الشورى الآيات رقم 39 و40 و41.

في هذه الآية بمدح الله - سبحانه وتعالى - الذين ينتصرون ممن ظلمهم، لأنه - سبحانه وتعالى - بكره التذلل<sup>(1)</sup>، وإذا أثبت مسألة أن الله - سبحانه وتعالى - في هذه الآيات ذكر الإنتصار على البغي والجزاء بالمثل ثم بعد ذلك حظ على العفو، وهذا في ظاهره يوحي بالتناقض.

فالجواب أنه لا تناقض في الموضوع البتة إذ العفو نوعان: أحدهما: يكون سبب لتسكين الفتنة ورجوع الجاني عن جنائته. وثانيهما: أن يكون العفو سببا لمزيد جراءة الجاني وقوة غضبه، والآية في العفو محمولة على النوع الأول<sup>(2)</sup>.

ومن ثم فإن وصفهم بالإنتصار بعد ظلمهم لا يتنافى مع وصفهم بالعفو لأن كل منهما فضيلة محمودة في موقع ورذيلة مذمومة في موقع آخر، فإن الحلم مع الضعيف العاجز محمود ومع المتغلب الباغي مذموم<sup>(3)</sup>.

وقد اختلفت أقوال العلماء في بيان الباغي الذي يحمى الإنتصار منه والباغي. فقال ابن عباس: إن المقصود بغى المشركين لأنهم بغوا على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعلى أصحابه - رضوان الله عليهم - وأذروهم وأخرجوهم من مكة، فأذن الله بخروجهم ومكن لهم في الأرض ونصرهم على من بغى عليهم. وقيل هو عام في بغى كل باغ من كافر وغيره، أي إذا نالهم ظلم من ظالم لم يستسلموا لظلمه. وهذا العموم رجحه المفسرون لأن الله لم يخصص من ذلك معنى دون آخر بل حمد كل منتصر بحق ممن بغى عليه<sup>(4)</sup>.

(1) انظر أبو السعود قاضي القضاة بن محمد العمادي الحنفي: تفسير أبي السعود أو إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم بتحقيق عبد القادر أحمد عطا ج 5، ط 2 سنة 1402 هـ - 1982م، دار الفكر بيروت، الناشر مكتبة الرياض الحديثة، ص 70، 71.

(2) انظر الإمام الرازي: التفسير الكبير، ج 4، ص 178.

(3) انظر أبو السعود في تفسيره - مرجع سابق - ص 70 و 71.

(4) انظر الإمام القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 16، ص 38 وما بعدها.

- وانظر الإمام الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن، المجلد 11، ج 25، ط. سنة 1407 هـ - 1987م، دار المعرفة، بيروت، ص 24 وما بعدها.

والعموم في الآية واضح، فإذا كان هناك خصوص في سبب نزولها فإن لفظها عام،  
والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

والآيتان تستنتج منهما أحكام الدفاع الشرعي (دفع الصائل).

وهناك آيات تبين أحكام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سنوردها في حينها (عند  
بحث نقطة علاقة الدفاع الشرعي بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) إذ رأيت بعد البحث أنه  
يتعين عقد نقطة خاصة لتلك المقارنة بعد أن تيقنت أن الدفاع الشرعي نظام له علاقة وطيدة  
بنظام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وليست العلاقة بينهما كالعلاقة بين الدفاع الشرعي  
وبقية النظم المشابهة له، الأمر الذي حذى ببعض الكاتبين أن يسموا - بحق - الأمر  
بالمعروف والنهي عن المنكر «بالدفاع الشرعي العام» في مقابل «الدفاع الشرعي الخاص»  
الذي هو في نظرهم الدفاع الشرعي (دفع الصائل).

ومن هؤلاء الكاتبين الشيخ عبد القادر عودة، والدكتور محمد سيد عبد التواب  
والسيدة دحماني الزهراء، وغيرهم (تراجع في هذا النقطة السابعة - ما بعد القادمة - من  
نقاط هذا التمهيد وهي في المبحث السابع).

أما الدفاع الشرعي الدولي المعروف في النظام الإسلامي بالجهاد فقد جاءت فيه آيات  
محكمات تبين أحكامه، ومن هذه الآيات:

1 - قوله تعالى: «وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب  
المعتدين»<sup>(1)</sup>. وقد اختلف أهل التأويل في تأويلها، فقال بعضهم: هذه الآية هي أول آية  
نزلت في أمر المسلمين بقتال المشركين، وقد أمر فيها المسلمون بقتال من قاتلهم من  
المشركين، والكف عن كف عنهم ثم نسخت بسورة «براءة». وقال آخرون: بل هذا الأمر  
بالقتال لم ينسخ، وإنما الإعتداء الذي نهاهم عنه هو قتل النساء والذراري، وقالوا: والنهي  
عن قتلهم ثابت اليوم حكمه، قال عمر بن عبد العزيز: «لا شيء نسخ من هذه الآية»<sup>(2)</sup>.

ورجع الإمام الطبري - رحمه الله - قول عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه -  
والآية الكريمة وفق هذا الرأي القائل بعدم النسخ تقرر الدفاع الشرعي بالقتال، وهو قتال ليس  
من أجل القتال ولكنه قتال من أجل اعلاء كلمة الله في الأرض، وإقرار منهجه في الحياة

(1) سورة البقرة الآية رقم 190.

(2) انظر الطبري في تفسيره ج 2 - مرجع سابق - ص 189 و 190.

وحماية المؤمنين به من أن يفتنوا عن دينهم، أو يجرفهم الضلال والفساد<sup>(1)</sup>.  
ووضع القرآن العظيم ضوابط للجهاد (الدفاع الشرعي الدولي) وحدد له هدفه ومذاهه  
فإذا كان هدفه الأساسي إعلاء كلمة الله فإن مدها يحدده قوله سبحانه وتعالى: «ولا تعتدوا  
إن الله لا يحب المعتدين».

ويكون العدوان بتجاوز المحاربين المعتدين إلى الأمنيين غير المحاربين والمسلمين الذين لا  
يشكلون خطرا على الدعوة الإسلامية ولا على المجتمع المسلم كالنساء والأطفال والشيوخ  
والنساء والمنقطعين للعبادة من أهل كل ملة ودين أيا كان دينهم، كما يكون بتجاوز آداب  
القتال التي شرعها الإسلام<sup>(2)</sup>، وقد شرع في ذلك ما لم يصل إليه القانون الدولي الحالي في  
اتفاقيات جنيف وغيرها. فالحرب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لا يمكن قبولها إلا إذا  
كانت هي الوسيلة الوحيدة لإبلاغ الدعوة الإسلامية ونشرها لدى المجتمعات الإنسانية.  
فالإسلام لا يقر الحرب بوصفها سياسة وطنية للتوسع، أو وسيلة لحسم نزاع، أو وسيلة لإشباع  
روح السيطرة أو وسيلة لكسب المغنم أيا كان نوعها<sup>(3)</sup>.

وتحديدا لهذا المدى قال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله:

« لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم  
وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم  
من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون»<sup>(4)</sup>.

في هاتين الآيتين تحديد لموجبات الدفاع الشرعي الدولي، وتبيين للعلاقة بين المسلمين  
وغيرهم من أهل الملل الأخرى، فالقاعدة في الإسلام أنه دين سلام وعقيدة حب ونظام، يهدف  
إلى أن يستظل العالمين برحمته، وأن يقيم فيهم منهجه على سراط الله المستقيم، وأن يجمع  
الناس تحت لواء الله إخوة متحابين، وليس هناك من عائق يحول دون توجهه هذا إلا عدوان  
أعدائه عليه وعلى أهله، أما إذا سالم الناس (غير المسلمين) فإن الإسلام لا يرغب له في  
عداوتهم أو حربهم<sup>(5)</sup>.

ومن هاتين الآيتين يتبين لنا جليا سبق الإسلام الحنيف للمواثيق الدولية في تقريره

(1) انظر الشيخ سيد قطب - رحمه الله - : في ظلال القرآن، ج 1، دار الشروق، ص 187.

(2) نفس المرجع ص 188.

(3) انظر حامد سلطان: أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، ط سنة 1970، دار النهضة العربية، ص 248.

(4) سورة المتحنة، الآيتان رقم 8 و9.

(5) انظر سيد قطب: في ظلال القرآن، مجلد 6 - مرجع سابق - ص 344 و345.

للدفاع الشرعي الدولي لدرء العدوان، والتعايش سلميا مع غير المسلمين وإن اختلفت عقيدتهم عن العقيدة الإسلامية، أو إتهاماتهم الفكرية والسياسية عن إتهامات المسلمين.

وتأكيدا لهذا المفهوم يقول سبحانه وتعالى - في محكم تنزيله - : « فإن اعتزلوكم فلم يقاتلوكم وألقوا إليكم السلم فما جعل الله لكم عليهم سبيلا »<sup>(1)</sup>.

في حين أن في حالة العدوان عليهم والغدر بهم ونكث عهودهم يحظهم الله - سبحانه وتعالى - على الجهاد وفي هذا يقول سبحانه وتعالى: « ألا تقاتلون قوما نكثوا أيمانهم وهموا بإخراج الرسول وهم بدأوكم أول مرة اتخشوهم فالله أحق أن تخشوه إن كنتم مؤمنين»<sup>(2)</sup> فلا دفاع دون عدوان.

ويقر الإسلام الحنيف الدفاع ضد كل عدوان حتى ولو كان المعتدي جماعة مسلمة على جماعة أخرى مسلمة<sup>(3)</sup> ، تماما كما يقر ميثاق الأمم المتحدة أخيرا الدفاع الشرعي الجماعي بالمادة 51 منه، وفي هذا يقول سبحانه وتعالى: «إن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيئ إلى أمر الله فإن فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين »<sup>(4)</sup>.

وتأكيد المبدأ أن لا دفاع بغير عدوان جاء قوله - سبحانه وتعالى - في سورة الحج واضحا صريحا إذ قال: «أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وأن الله على نصرهم لقدير الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم بغير حق إلا أن يقولوا ربنا الله »<sup>(5)</sup>. فهم مظلومون في عقيدتهم وفي أنفسهم وبنبيهم وأموالهم، فلا لوم عليهم إذن إن جاهدوا من أجل كل ذلك<sup>(6)</sup>. ومن الآيات السابقة كلها يتبين لنا مدى تفصيل القرآن العظيم لأحكام الدفاع الشرعي، خاصة، وعامه وتبيين شروط كل ذلك وأركانه، سابقا بذلك قواعد القانون الدولي الحديث بما يقارب الأربعة عشر قرنا، والقوانين العقابية بزمن ليس بالقصير.

وما أجمله القرآن أو عممه جاءت السنة لتفصيله وتخصيصه باعتبارها شارحة للقرآن وموضحة له.

(1) سورة النساء، الآية رقم 9.

(2) سورة التوبة، الآية رقم 13.

(3) انظر سيد قطب في ظلال القرآن - مرجع سابق - ص 3343.

(4) سورة الحجرات، الآية رقم 9.

(5) الايتان رقم 39 و40 من سورة الحج.

(6) انظر سيد قطب، من ظلال القرآن، المجلد الرابع، ص 2424 و2425.

ثانيا: دليل الدفاع الشرعي من السنة النبوية الشريفة:

زخرت كتب السنة النبوية المشرفة بالأحاديث الشريفة التي أكدت وفصلت مشروعية رد الإعتداء عن النفس والعرض والمال (أنظر الأحاديث التي أوردتها في الفقرة الحادية عشر من هذا التمهيد تحت عنوان نطاق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية).

وقد استوعبت الأحاديث النبوية الشريفة موضوعات الحق المراد حمايته، وكذا شروط الدفاع وما ينتج عنه، وحديث يعلي بن أمية واضح صريح في أنه لا عقوبة ولا ضمان على المدافع فقد قال: «كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما صاحبه فانتزع أصبعه، فأندر<sup>(1)</sup> ثنينه، فسقطت، فانطلق إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فاهدر ثنينه وقال: أيدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل»<sup>(2)</sup>، وفي رواية «لا دية لك»<sup>(3)</sup>. وما لم يقض له الرسول - صلى الله عليه وسلم بالدية - فإنه لم يعاقب المدافع، إذ لا يرى تعد في عمله الدفاعي.

وأقرت السنة النبوية الشريفة أيضا كالقرآن الدفاع للمعتدى عليه ولغيره تحقيقا للتعاون والتناصر الذي هو مقصد من مقاصد الشرع، وقد صح في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : «أنصر أخاك ظالما أو مظلوما، قال: يا رسول الله هذا نصره مظلوما فكيف نصره ظالما؟ قال تأخذ فوق يديه»<sup>(4)</sup>.

كما أكدت السنة الشريفة مشروعية وأحكام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ( التي سنتحدث عنها في حينها كما أسلفت)، وبعد الانتهاء من هذا المطلب ننتقل إلى المطلب الثاني

(1) أندر: أزال، ثنينه: الثنايا هما سنا مقدم الفم اثنين من أعلى واثنين من أسفل.

(2) انظر الشوكاني: نيل الأوطار - مرجع سابق - ج 8، ص 149 والحديث رواه الجماعة إلا الترمذي.

- وانظر الدكتور الزحيلي: نظرية الضرورة - مرجع سابق - ص 144.

(3) نفس المرجع.

(4) انظر البخاري الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردية الجعفي: صحيح البخاري مجلد 3، ج 3، دار الفكر، بيروت، ص 98.

- وانظر السيوطي الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر: الجامع الصغير من حديث البشير النذير، ج 1، دار الفكر بيروت، ص 420.

## المطلب الثاني

### (24) مصدر الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

تضع بعض النصوص القانونية الوضعية الدفاع الشرعي بين نصوص جريمة القتل. وبعضها تضعه ضمن المبادئ العامة، أي ضمن النصوص التي تشكل النظرية العامة للجريمة، ومن النوع الأول من القوانين قانون العقوبات المصري، ومن النوع الثاني قانون العقوبات الجزائري.

فالقانون المصري يدرج نصوص الدفاع الشرعي في الباب الأول من الكتاب الثالث الخاص بجرائم القتل والجرح والضرب، وهكذا فعل القانون الفرنسي ويبرر البعض ذلك بأن الدفاع الشرعي لا يكون إلا في جرائم الإعتداء، وأنه لا يتصور إلا في الجرائم العمدية التي تتضمن إعتداء على النفس أو المال<sup>(1)</sup>.

والواقع أن هذا الوضع غير صحيح، والأصح أن تأصيل أسباب الإباحة الذي أخذ به الفقه الوضعي بداية من القرن التاسع عشر يقتضي وضع الدفاع الشرعي في مكانه الصحيح من النظرية العامة للجريمة، وكان من أول القوانين التي استجابت لفكرة الفقه هذه القانون الألماني الصادر في سنة 1800 الذي وضع الدفاع الشرعي بين نصوص القسم العام، وإن كان قد قصر هذا الوضع على الدفاع الشرعي ولا تزال بقية أسباب الإباحة في غير مواضعها<sup>(2)</sup>.

وقد نحى المشرع الجزائري منحى المشرع الألماني السابق بخصوص الدفاع الشرعي في المادتين 39 و40 من قانون العقوبات، ولعل الفقه والقضاء في مصر كان هذا مرادهما، إذ يبدو ذلك جليا في المشروعات التي أعدت لقانون العقوبات ولم تصدر والتي جاءت نصوص الدفاع الشرعي فيها ضمن أحكام النظرية العامة<sup>(3)</sup>.

(1) انظر الدكتور: علي راشد: القانون الجنائي ط سنة 1974م، دار النهضة العربية، ص 521.

(2) انظر الدكتورة فوزية عبد الستار: عدم المشروعية في القانون الجنائي، مجلة القانون والإقتصاد - مرجع سابق - ص 449.

(3) مشروعى 1961 و1966 عن الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي (الشرعية الإسلامية) - مرجع سابق - هامش ص 110.



ومما يتعين أن يشار إليه أن المشرع المصري<sup>(1)</sup> في قانون 1904 أخذ مواد الدفاع الشرعي عن المشرع الهندي في مواده 96 إلى 105 فجاءت مواد قانون العقوبات المصري السبع من 209 إلى 215 على شاكلة مواد القانون الهندي للعقوبات، وبقيت مواد قانون العقوبات المصري هي نفسها في تشريع سنة 1937 بعد أن تغيرت أرقام المواد فأصبحت من 245 إلى 251. (ومع هذا أكد ما قلته من خصوصية المقتن المصري في تقنينه لأحكام الدفاع الشرعي لكون أخذه عن الهند أخذ على دولة شرقية تتشابه ظروفها مع ظروف مصر ولهما الخصائص نفسها).

كما أن مادتي قانون العقوبات الجزائري 39 و40 أخذهما عن المشرع الفرنسي في مادتيه 328 و329 من قانون العقوبات الفرنسي، وعنه أخذ المشرع التونسي مادتي قانونه للعقوبات في الفصلين 39 و40، وكذا المشرع المغربي كما سلف عند معالجتنا للدفاع الشرعي في نصوص قوانين العقوبات العربية.

كما يحرس المشرعون الوضعيون على النص على الدفاع الشرعي في قوانينهم المدنية كسبب للإباحة عند تشريعهم في موضوع: العمل غير المشروع كمصدر للإلتزام، أوفي نظرية المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي<sup>(2)</sup>.

وأما الدفاع الشرعي الدولي فقد نص عليه ميثاق عصبة الأمم في مادته السادسة عشر في فقرتها الثالثة ثم أقره ميثاق الأمم المتحدة بمادته 51.

وقد ينص المشرعون الوضعيون في قوانين عقوباتهم على بعض حالات الدفاع الشرعي في أوضاع وكيفيات غير أوضاع وكيفيات القاعدة العامة. كما هو الحال في نص المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري (يرجع إليها في هامش النقطة 15 من هذا التمهيد). ولما أن الدفاع الشرعي قد يتشابه مع بعض النظم العقابية فيثير ذلك إشكالا لذا يتعين بحث الموضوع في النقطة التالية التي تخصص لها المبحث التالي:

(1) انظر الدكتور روف عبيد: مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 445.

(2) انظر الدكتور عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ط 1، سنة 1983، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ص 166 إلى 170.

- وانظر الدكتور محمد جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدر الإلتزام، دراسة مقارنة، ط سنة 1405 هـ - 1985 م ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 74 وما بعدها.

- وانظر القانون المدني الجزائري، سلسلة قضائية نشرت بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 25، المادة 128، وتنص على إنه: «من أهدت ضرا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي».

## المبحث السادس

### التفوق بين الدفاع الشرعي والنظم المشابهة له

(25) تمهيد وتقسيم

لا يخفى أن الدفاع الشرعي من أهم أسباب الإباحة، ومن هذا الواقع قد يتفق مع بعض الحالات الأخرى في النظم والقوانين العقابية - سواء في الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية - من حيث الأثر القانوني المتمثل - خاصة - في انتفاء عدم مشروعية الفعل، وقد يؤدي هذا إلى الخلط بين الدفاع الشرعي وغيره من الحالات التي لها نفس الأثر. وعليه أعرض هذه الحالات وهي سبع في النقاط التالية، وهي: علاقة الدفاع الشرعي بكل من موانع المسؤولية، وموانع العقاب، وسقوط القاص، وحالة الضرورة، والإكراه، والمبارزة، وأخيراً علاقة الدفاع الشرعي الدولي بالمعاملة بالمثل، وأتناول ذلك في سبع مطالب.

## المطلب الأول

### (26) علاقة الدفاع الشرعي بموانع المسؤولية

موانع المسؤولية في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية: هي ما يتصل بالإرادة فيعدمها كالجنون، أو يعييبها كالإكراه، أو ينقصها كالتمييز<sup>(1)</sup>. والدفاع الشرعي لا تختلف فيه وجهات نظر الشرعيتين كمبدأ، وإنما هناك بعض الاختلاف في تفاصيل أحكامه. والدفاع الشرعي السبب العام للإباحة ذو الصفة الموضوعية يلتقي فقط مع موانع المسؤولية في نقطة واحدة، ويختلفان فيما عدا ذلك.

وتتمثل نقطة الالتقاء: في اتفاق الدفاع الشرعي مع موانع المسؤولية في كون<sup>(2)</sup> كل منهما يؤتى في حالته بالركن أو المظهر المادي للجريمة.

ويتمثل الخلاف بين الدفاع الشرعي وموانع المسؤولية في نقاط أربعة، هي التالية:

- أولاً: موانع المسؤولية ذات صفة ذاتية تتعلق بالشخص. ولا تتعدى إلى غيره، فإذا كان معه شركاء، فلا يستفيدون من السبب المانع للمسؤولية، بل تبقى مسؤوليتهم كاملة مستقلة. في حين إن الدفاع الشرعي صفته موضوعية يستفيد منها المدافع وشركاؤه.
- ثانياً: موانع المسؤولية لا تنفي عن الفعل صفة الجريمة، لذا يبقى التكييف القانوني للفعل قائماً، ولا يمنع إنتفاء المسؤولية بأي مانع من موانعها من إصلاح الضرر، بتعويض المضرور على أساس قواعد القانون المدني.
- في حين أن الدفاع الشرعي القائم الأركان والشروط ينفي من الناحية الجزائية على الفعل صفة الجريمة، إذ يعطل الدفاع الشرعي - كأي سبب للإباحة - نص التجريم، كما أنه من الناحية المدنية يسقط الدفاع الشرعي القائم الأركان من غير تجاوز أي حق للمتضرر في أي تعويض.

(1) انظر الدكتور عبد السلام التوحجي: موانع المسؤولية الجنائية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ط سنة 1971، ص 101 وما بعدها.

(2) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 2 سنة 1967، دار النهضة العربية القاهرة، ص 132.

- ثالثاً: موانع المسؤولية تقتصر على نفي المسؤولية أو إنقاصها، فهي وإن كانت تتناول المسؤولية الجزائية فتمنع العقاب، إلا أنها لا تهمل اتخاذ تدابير للتقويم على أساس فكرة خطورة الجريمة، كوضع من قام في جانبه مانعا من موانع المسؤولية كالجنون مثلا في مؤسسة استشفائية.

في حين لا يمكن إتخاذ أي تدبير ضد من كان في حالة دفاع شرعي، إذ قام به وهو متمتع بكامل قواه العقلية، وبإرادة حرة كاملة. وإلا لما كان من شروط الدفاع الشرعي التناسب بين الضرر والدفاع، وأن يكون الضرر حالا أو وشيك الوقوع لا وهمي، وكل هذا يتطلب تقديره بالملكات العقلية السليمة، كما يتطلب الإرادة الكاملة، وإن كان المدافع عن نفسه قد يعتريه بعض الخرج من التعدي الواقع عليه، لكن المدافع عن غيره قد لا يشعر بأي انزعاج نفسي، ولا يدفعه لاتخاذ موقفه الدفاعي إلا روح النجدة فيه، وقد يدفعه القانون صراحة.

- رابعاً: موانع المسؤولية ذات صفة نفسية تعتري شخصا معينا بالذات وعلى درجة معينة، وهي مختلفة بين شخص وآخر، في حين أن الدفاع الشرعي بصفته الموضوعية لا يؤثر عليه الاختلاف بين الأشخاص، إذ لا ينظر فيه إلى صفة الشخص وإنما إلى أفعال الدفاع.

## المطلب الثاني

### (27) علاقة الدفاع الشرعي بموانع العقاب

الشريعة الغراء تنقسم فيها العقوبات إلى حدية وتعزيرية، فأما العقوبات الحدية فليس لأحد إنقاصها أو تغييرها على الصفة التي جاء النص عليها، كقطع اليد في حالة السرقة، ورجم الزاني المحصن، وجلد غير المحصن.

وأما العقوبات التعزيرية فالأمر فيها متروك لولاة أمر المسلمين يحدونها وفقاً لما تتطلبه الظروف، وما يحقق الردع والتقويم، من أجل استتباب الأمن في الجماعة الإسلامية. وهذا النوع من العقوبات يمكن فيها لولي الأمر إذا رأى مصلحة أن يصدر نصاً يعفي منها، ولا مانع له شرعاً من ذلك<sup>(1)</sup>، طالما أن مصلحة الأمة تتطلبه.

ومبدأ الإعفاء من العقوبة مقرر في الشريعة الإسلامية بقوله تعالى: «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم»<sup>(2)</sup>.

فالشارع الحكيم - سبحانه وتعالى - وهو وحده من له الحق في تشريع الحدود بعد أن شرع حد الحرابة بهذه الآية جاء في الآية الثانية بعدها ليشرع العفو عنها. فاستثنى من تاب قبل القدرة عليه من أن يقام عليه الحد.

ولما أن الجريمة التعزيرية أمرها متروك لولاة الأمور، فإن لهم أن يقننوا فيها، ويقننوا في العفو عنها.

(1) انظر الدكتور: جبر محمود الفضيلات: سقوط العقوبات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة للمعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، سنة 1404 هـ - 1984 م، ج 2، ص 916 وما بعدها، وطبع ط 1 سنة 1406 هـ - 1987 م، نشر دار عمار الأردن، ص 141 وما بعدها من الجزء 4.

- وانظر الدكتور مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 161.

- وانظر الدكتور عبد السلام التونجي: موانع المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 101 وما بعدها.

- وانظر الدكتور روف عبيد: شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 132 إلى 134.

(2) الايتين رقم 33 و34 من سورة المائدة.

والقوانين الوضعية في هذا الموضوع تنظر إلى المسألة من زاوية بما انه للمجتمع حق العقاب، فله حق العفو يستعمله كلما وجد أن استعماله يعود عليه بالفائدة، وقد يقدر المشرع الحالات فينص عليها في صلب قوانين البلد، وقد يترك التقدير لرئيس الدولة الذي يصدر عفو بعد صدور حكم بالعقوبة وتقديم المحكوم عليه إلتحاسا لسيادته، والى العفو عنه وفق إجراءات يحددها القانون.

وقد درجت قوانين العقوبات على أن تنص في مدنها العامة على مبدأ العفو ثم تأتي بعد ذلك النصوص التي تجرم الأفعال وتحدد العقوبات لتلك الجرائم في القسم الخاص من قوانين العقوبات بإستثناءات تعفي بها من يرى المشرع مصلحة في إعفائه من العقوبة تعود على المجتمع<sup>(1)</sup>.

وتتمثل مصلحة المجتمع إما في محو آثار جريمته كإعفاء الخاطف من العقاب إذا تزوج القاصرة التي خطفها أو تشجيع الجاني على كشف الجريمة للسلطات قبل أن تتم<sup>(2)</sup> أو غيرها<sup>(3)</sup>.

وهناك منع المتابعة لذوي الحصانات الدبلوماسية، للمعاملة بالمثل، ولغيرهم من ذوي الحصانات التي يحددها القانون، كالقضاة في بعض الحالات، والنواب، وبعض الإطارات في البلد كما حدث في العهد الإخير من حكومة حزب جبهة التحرير عندما وضعت قيودا على متابعة الكثير من مسؤولي الحزب.

والإعفاء عادة في حالة الحصانات الخاصة يكون من المتابعة على المخالفات، وتوضع القيود على المتابعة عن الجنح والجنايات.

---

(1) تنص المادة 326 ق.ع.ج، على انه: «...إذا تزوجت القاصرة المحتلوفة أو المععدة من خطفها فلا تتخذ إجراءات المناعة الجزائية ضد الأخير إلا بنا على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله». وتنص المادة 179 منه على انه: «يستفيد من الغد المعفي وفقا للشروط المقررة في المادة 52 من يقوم من الجناة بالكشف للسلطات عن الإتفاق الذي تم أو عن وجود الجمعية أو الإتفاق وقبل البدء في التحقيق».

(2) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 136 و 137.

- وانظر الدكتور روف عبيد: مبادئ القسم العام - مرجع سابق ص 402 و 403.

(3) هناك موانع أخرى للمتابعة والعقاب فالسرقة بين الأصول والفروع والأزواج لا متابعة عليها، والسرقة بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة تنازل المضرور عن الشكوى يجعل الحد للمتابعة على أي حال كانت عليها.

## المطلب الثالث

### (28) علاقة الدفاع الشرعي بسقوط القصاص

يعتبر بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي من أسباب سقوط القصاص على أساس أن القتل دفاعاً عن النفس هو من قبيل القصاص، لأنه لو ترك المدافع مهاجمة المعتدي حتى قتله لقتل به هذا قصاصاً، ولا جدال في أن قتل واحد بالمدافعة أولى من قتل اثنين أحدهما عدواناً والثاني قصاصاً. ولا يخفى أن نتيحة القتل دفاعاً التوصل إليها ليس مقصوراً على حالة الدفاع عن النفس بل قد يتوصل إليها في الحالات الأخرى من الدفاع عن العرض والمال ومع هذا تتحقق الإباحة بسبب الدفاع الشرعي.

والحقيقة أن الدفاع الشرعي لا يصح إدراجه بين أسباب سقوط القصاص إذ لا تنشأ معه ابتداءً فكرة العدوان، ومن ثم فلا مجال لبحث الواقعة من زاوية المسؤولية الجنائية وما تنتهي إليه من وجوب القصاص عند قيام كل الشروط المتطلبية لإقامته.

ورغم ذلك فإن اعتبار بعض الفقهاء والكاتبين في الشريعة الإسلامية بأن الدفاع الشرعي من أسباب سقوط القصاص بعد وجوبه يؤكد ما أدركه فقهاء الشريعة الإسلامية، وغاب عن الكثيرين من رجال الفقه الجنائي الوضعي من أنه في حالة الدفاع الشرعي لا يتخلف شيء - من الناحية النظرية والشكلية - من الشروط اللازمة لقيام المسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب.

وبرهان ذلك أن الفقه الجنائي الإسلامي إذ يعتبر هذه الحالة (حالة الدفاع الشرعي) من أسباب سقوط القصاص بعد وجوبه، فإنما يسلم بداهة بتكامل كل شروط هذا الوجوب.<sup>(1)</sup> وبهذه العجالة انتهى من هذا المطلب لنتقل إلى المطلب الرابع الذي يليه فيما يلي:

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 69 عن الدكتور علي راشد في القانون الجنائي الإسلامي بجامعة بغداد، سنة 68/69م، ص 37.

## المطلب الرابع

### (29) علاقة الدفاع الشرعي بحالة الضرورة

لعله من أدق الأمور التمييز بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة، وهو ما حدى بعض الفقهاء إلى القول بأن الدفاع الشرعي نوع من أنواع الضرورة<sup>(1)</sup>، وقد ذهب بعض الأقدمين من فقهاء المسلمين إلى أن الدفاع الشرعي تطبيقاً من تطبيقات قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»<sup>(2)</sup>.

وفي الفقه الوضعي نعرف الضرورة بمثل قولهم بأنها «الوضع الذي يجد فيه الإنسان نفسه أوغير مهدداً بخطر حال لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب جناية»<sup>(3)</sup>.  
ويجمع كل من الضرورة والدفاع الشرعي معنى واحد، ففي كليهما ترتكب واقعة تعتبر إجرامية في الظروف العادية، وذلك لدفع خطر أو تجنب ضرر<sup>(4)</sup> حال.  
غير أنه في الشريعة الإسلامية نجد فارقاً أساسياً بين الدفاع الشرعي والضرورة يتمثل في أن الأول يبيح القتل والجرح دفاعاً. أما الضرورة فليس لها أثر على جرائم القتل والجرح والقطع، فليس للمضطر بأي حال من الأحوال أن يقتل غيره أو يقطع شيئاً من جسده أو يجرحه لينجي نفسه من الهلاك.

وبعض التشريعات العقابية الحديثة سوت بين الأخطار التي تهدد الأموال والتي تهدد الأشخاص في حالة الضرورة، وبذلك أزال كل فرق بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة. وبعضها يقصر الضرورة على الجرائم الواقعة على النفس فقط دون الجرائم الواقعة على المال ومن النوع الأول القانونين الإيطالي والسوري، ومن النوع الثاني القانون المصري للعقوبات.

(1) انظر الدكتور إبراهيم زكي خنوخ: حالة الضرورة في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه قدمت لكلية حقوق القاهرة، ط سنة 1969، دار النهضة العربية، ص 159.

(2) انظر السيوطي جلال الدين: الأشباه والنظائر، ط سنة 1959 م ص 84.

(3) انظر الدكتور عمر السعيد رمضان: بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث سنة 64، ص 669.

(4) انظر الشيخ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي - مرجع سابق - ج 1 ص: 578.



ويظهر من نص المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري أن المشرع يرى أن الدفاع الشرعي نوع من الضرورة، وكذا الحال في المادة 40 منه، على الأقل من حيث الصياغة الشكلية للقانون.

أما من حيث التطبيق فإن العمل جار في الجزائر على ما هو الحال عليه في فرنسا التي صاغ فيها الفقه والقضاء نظرية متكاملة للدفاع الشرعي. وتختلف الضرورة عن الدفاع الشرعي من حيث الخطر في كل منهما، فالخطر الذي يشترط في الدفاع الشرعي لا تشترط فيه الجسامة، بينما يشترط ذلك في الخطر الذي تقوم به حالة الضرورة<sup>(1)</sup>، ومصدر الخطر في الدفاع الشرعي فعل غير مشروع يصدر عن إنسان معتدي غالباً، بينما الفعل في حالة الضرورة قد ينشأ عن قوى الطبيعة، هو الغالب أو عن فعل لم يجرمه القانون<sup>(2)</sup>، ونتيجة لذلك فإن الجريمة التي يرتكبها المظنر تقع على بريء، بينما الدفاع الشرعي يتوجه ضد معتدي بتسدد رد هذا الإعتداء، أي في حالة الدفاع المشروع الممثلة في الدفاع تواجه اللامشروعية المتمثلة في الإعتداء. بينما في حالة الضرورة فإن سلوك المظنر ونشاطه يتجه نحو شخص بريء بعيد كل البعد عن أي عدوان<sup>(3)</sup>.

وهناك أيضاً اختلاف بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة من حيث التكييف القانوني لهما، ففي حين تعتبر الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية يعتبر الدفاع الشرعي سبباً من أسباب الإباحة، ويؤيد البعض هذا الإختلاف في التكييف معللاً رأيه بكون من يوجد في حالة ضرورة ليس له أن يتخلص من الخطر بوضع غيره فيه، فإن فعل كان مسلكه غير مشروع ولكن يلتمس له العذر فتمتنع مسؤوليته، ويترتب على اعتبار الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية ترتب المسؤولية المدنية على الأفعال المرتكبة بسببها.

---

(1) انظر الدكتور إبراهيم زكي اخنوخ: حالة الضرورة في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 164.  
(2) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 197.  
(3) انظر الدكتور إبراهيم زكي اخنوخ: حالة الضرورة في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 194.  
- وانظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي. ط سنة 1401 هـ - 1981م، دار النهضة العربية ص 91.

ويذهب البعض إلى اعتبار الضرورة سببا من أسباب الإباحة، على أساس أن المضطر أمامه مصلحتان متعارضتان لا بد أن تختفي إحداهما، بمراعاة المصلحة الأفضل من الناحية الإجتماعية، وهو عمل بعيد عن الأنانية، ويرد أصحاب هذا الرأي على القول بأن الفعل يمس مصلحة بريء، بأن هذا ليس وليد فعل شخصي من الفاعل وإنما وليد الظروف الخارجية المادية المفاجئة، بل ويتجه بعض أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة، ويرون أنها أحق من أن تكون سببا من أسباب الإباحة من الدفاع الشرعي المقترن بالانتقام، وأن الضرورة أكثر من الدفاع الشرعي براءة وإنسانية.

وأرى أن الضرورة لا يجب بل لا يجوز أن يبلغ بها حد الإباحة حماية لصاحب المصلحة البريء تماما الذي ستنال بالإتلاف أو بالأذى مصلحته لا لشيء، إلا لظروف خارجية لم يتسبب فيها شأنه شأن المضطر. وبإبدائي لهذا الرأي، أنهى هذا المطلب للانتقال إلى المطلب الخامس الذي يليه.

## المطلب الخامس

### (30) علاقة الدفاع الشرعي بالإكراه

الإكراه وهو نقيض الاختيار، وعرف في الفقه الإسلامي بأنه «فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره، أو هو تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا»<sup>(1)</sup>. فالأول مادي والثاني معنوي.

والإكراه عند شرح القانون الوضعي على نوعين أيضا مادي ومعنوي، فالمادي هو «محو إرادة الفاعل على نحو لا تنسب إليه فيه غير حركة عضوية، أو موقف سلبي مجردين من الصفة»<sup>(2)</sup> الإرادية.

والمعنوي هو «ضغط شخص على إرادة آخر لحمله على توجيهها إلى سلوك إجرامي فعلا أو امتناعا»<sup>(3)</sup>.

والمعنى الذي يجمع بين الدفاع الشرعي والإكراه هو الاضطرار إلى ارتكاب الفعل، وقد ذهب علماء الشريعة الإسلامية إلى اعتبار دفع الصائل تطبيقا من تطبيقات قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، وقد ذهبوا أيضا إلى اعتبار الإكراه تطبيقا للقاعدة المذكورة، وفي هذا يقول العلامة ابن نجيم: «الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة وإساعة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا إتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله»<sup>(4)</sup>.

(1) انظر الطوري محمد بن حسين بن علي: تكملة البحر الرائق ط 1، المطبعة العلمية، ص 79 وعرق الإكراه في الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه عند الأصوليين «هو حمل الإنسان على ما يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد» عن شرح المنار، ص 192، وكشف الأسرار ج 4، ص 1502، وأنه عند الفقهاء «الإلزام والإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم عليه مع عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضر به».

- انظر في ذلك الموسوعة الفقهية ج 1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط 3 سنة 1405 هـ - 1984 م، ص 311.

(2) انظر د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ط سنة 77، مرجع سابق - ص 579 و584.

(3) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام - مرجع سابق - ص 579 و584.

(4) انظر السيوطي: الأشباه والنظائر - مرجع سابق - ص 43.

وهذا المعنى الجامع هو ما حدى ببعض فقهاء القانون<sup>(1)</sup> الوضعي إلى القول بأن الإكراه هو أساس الدفاع الشرعي.

ورغم هذا المعنى الجامع بين الدفاع الشرعي والإكراه فإن بينهما إختلاف، إذ أن المدافع في الدفاع الشرعي يرتكب فعل الدفاع دفعا لخطر حال أو وشيك الوقوع من المعتدي، أما المضطر فإنه يرتكب الفعل المطلوب منه خوفا من وقوع الأمر الذي هدده به من أكرهه الذي حمله على ارتكاب الفعل المطلوب منه حتى يتفادى الخطر الذي يهدده به<sup>(2)</sup>.

## المطلب السادس

### (31) علاقة الدفاع الشرعي بالمبارزة

المبارزة هي أن يتفق شخصان على القتال، وكانت تجري إظهارا للبطولة والمهارة في القتال، وتختلف المبارزة عن الدفاع الشرعي وإختلافهما من وجهين:

- الوجه الأول: من حيث قصد العدوان والعلم به من كلا الفريقين وعدم قصده والعلم به، ففي المبارزة نجد أن كلا الفريقين قصد العدوان وعلم به وأراده، وكلاهما يقصد إلحاق الأذى بالآخر، أما في الدفاع الشرعي فطرف تتجه إرادته إلى الإعتداء وآخر يريد مقاومة هذا الإعتداء.

- الوجه الثاني: من حيث تعاصر الأفعال وعدم تعاصرها، ففي المبارزة نجد أن أفعال الفريقين متعاصرة ومقترنة زمنيا، أما في الدفاع الشرعي فإن فعل الدفاع يأتي متأخرا، إذ يبدو أولا الخطر الحال أو وشيك الوقوع فيثير عند المدافع فعل الدفاع لمقاومته<sup>(3)</sup>.

(1) راجع أساس الدفاع الشرعي، النقطة الثالثة، فقرة 150 وما بعدها من هذه الرسالة.

(2) انظر الدكتور محمود مجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص 586.

(3) انظر الدكتور داود سليمان العطار: تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن - مرجع سابق - ص 258.

ولذلك فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى انتفاء حالة الدفاع الشرعي في حال المبارزة وقالت في حكم لها سنة 1962 م أنه<sup>(1)</sup> : « إذا كان مفادها أورده الحكم أن كلا من المجني عليه والمتهم كانا يقصدان الإعتداء، وإيقاع الضرب من كل منهما بالأخر فإن ذلك ما تنتفي به حالة الدفاع الشرعي عن النفس والمال بغض النظر عن البادي منهما بالعدوان ». وبهذا الحكم أنهى هذا المطلب للانتقال إلى المطلب السابع الذي يليه فيما يلي:

## المطلب السابع

### (32) علاقة الدفاع الشرعي الدولي بالمعاملة بالمثل

سبق وأن بينا أن الدفاع الشرعي الدولي معروف، ونصت عليه المواثيق الدولية والمعاهدات الثنائية بين الدول ومثله مثل الدفاع الشرعي في النطاق الداخلي للدولة في قوانينها العقابية، والدفاع الشرعي الدولي كالمعاملة بالمثل كلاهما يمارس وقت السلم كما يمارس وقت الحرب، غير أن بينهما فروق عديدة، وقد تعددت الآراء بشأن بيان التفرقة بين النظامين في المجال الدولي، وذلك تبعاً لوجهة النظر التي ينطلق منها أصحاب كل رأي. فالبعض إنجبه وجهة موضوعية أساسها الواقعة المادية، إذ يرى أن المعاملة بالمثل تتميز عن الدفاع الشرعي الدولي، لأنها تقوم على خطأ دولي وقع بينما الدفاع الشرعي الدولي يكفي فيه التهديد بالأذى، وأن المعاملة بالمثل تتضمن الحق في إصلاح الضرر بينما الدفاع الشرعي الدولي لا يتضمن مثل هذا الحق. ومن أصحاب هذا الإتجاه الموضوعي من ذهب إلى أن الفارق بين الدفاع الشرعي الدولي والمعاملة بالمثل يكمن في كل من الطريقة والموضوع، فالمعاملة بالمثل إجراء قسري بينما الدفاع الشرعي رد فعل أو مقاومة حالة، والمعاملة بالمثل وحدها هي التي يجب فيها إستحالة القضية السلمية من جانب والتناسب بين الرد والمخالفة من جانب آخر.

والبعض إنجبه وجهة شخصية أساسها القصد من الإجراء، فالمعاملة بالمثل تهدف إلى عقاب مرتكب المخالفة الدولية، بينما الدفاع الشرعي الدولي يهدف إلى دفع العدوان.

(1) انظر مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 13، رقم 64، نقض جلسة 19 جز 1962، ص 252.

وإتجاه ثالث جمع بين الإتجاهين السابقين، وحسب هذا الإتجاه الفرق بين الدفاع الشرعي الدولي والمعاملة بالمثل يكمن في أن طبيعة المخالفة الأولى التي أثار رد الفعل في المعاملة بالمثل تتجسد في سلوك وقع وانتهى، بينما تتجسد في الدفاع الشرعي الدولي في سلوك قائم في الحال أو وشيك الوقوع. والهدف من الإجراء في المعاملة بالمثل هو الرد بالمثل، بينما الهدف منه في الدفاع الشرعي الدولي، دفع غز وحال أو وشيك الوقوع على الدولة.<sup>(1)</sup> وبعد الإنتهاء من دراسة هذه النظم المشابهة للدفاع الشرعي، وتبييننا العلاقة بينه وبين كل منها ووجوه الشبه ووجوه الخلاف، يتعين علينا أن ندرس العلاقة بين الدفاع الشرعي والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا ما سيأتي في النقطة التالية من هذا الفصل التمهيدي، وسنخصص لها المبحث السابع التالي:

---

(1) انظر الدكتور محمود بهاء الدين باشا: المعاملة بالمثل في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، مقدمة لكتبه حفرق القاهرة، طبعت سنة 1974 م، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ص 247 و248.  
- وانظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 74.

## المبحث السابع

### علاقة الدفاع الشرعي بالنهي عن المنكر

(33) تمهيد وتقسيم

بين الدفاع الشرعي « دفع الصائل » والنهي عن المنكر علاقة جد متميزة، وعليه رأيت بحثها مستقلة في هاته النقطة من الفصل التمهيدي لبحث الدفاع الشرعي.

والنهي عن المنكر يبحثه العلماء المسلمون مقرونا بالأمر بالمعروف، فالأمر بالمعروف إذا والنهي عن المنكر وجهان لعملة واحدة - كما يقال - وعليه يتعين أساسا تبيين ما هو المنكر المراد النهي عنه، وذلك بتبيين معنى كل من المعروف والمنكر، ثم بحث العلاقة بين الدفاع الشرعي والنهي عن المنكر.

- فالعروف لغة: هو كل ما عرف بين الناس واشتهر، اصطلاحا: هو كل قول أو فعل ينبغي قوله أو فعله طبقا لأحكام الشرع، أي إستنادا إلى نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة ومقاصدها وروحها.

- والمنكر لغة: هو كل ما نكر ولم يعرف، واصطلاحا: هو كل معصية حرمتها الشريعة الغراء، سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف<sup>(1)</sup>، وعرفه الإمام الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين بأنه: « كل محذور الوقوع في الشرع »<sup>(2)</sup>، مراعيًا في تعريفه هذا كون المحذور الوقوع في الشرع أعم من المعصية، إذ من محاذير الشرع ما لا يمكن وصفه بالمعصية كفعل الصبي والمجنون والحيوان وكل هذا مشمول بتعريف الغزالي السابق.

فالأمر بالمعروف إذن هو الأمر بما ينبغي قوله أو عمله طبقا لأحكام الشرع.

والنهي عن المنكر: هو النهي عن اتباع ما ينبغي تركه طبقا لأحكام الشرع، وما ذلك

إلا نوع من الدفاع الشرعي، كما سنبين فيما بعد.

(1) انظر الدكتورين قلجعي محمود رواس وقنبيبي حامد صادق: معجم لغة الفقهاء، ط 1 سنة 1405هـ - 1985م، دار النفائس، ص 440 و465.

(2) انظر: الغزالي الإمام محمد بن محمد بن محمد أبو حامد حجة الإسلام: إحياء علوم الدين، مجلد 2، مكتبة الوكيل الدروبي، دمشق، ص 265.

ولما أن موضوع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قالت فيه شريعتنا الغراء الكثير في مصدريها الأصليين، فإنه يتعين استقصاء بعض النصوص التي تشكل الدليل عليه من القرآن العظيم ومن السنة النبوية الشريفة على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التسليم. كما أنه لما أن للفقهاء والباحثين وجهات نظر في علاقة فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - من جانب النهي عن المنكر خاصة - بالدفاع الشرعي إلى درجة أن كثيرا من الباحثين المحدثين يعنون لدفع المنكر بالدفاع الشرعي العام، وبقيد الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup> (دفع الصائل) بالخاص فإنه يتعين تحليل موضوع النهي عن المنكر وتحديد الموقف من أقوال الباحثين وإبداء الرأي فيه. وهذا يتطلب تقسيم المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما دليل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من القرآن والسنة. وفي ثانيهما تحليل النهي عن المنكر وإبداء الرأي فيه.

## المطلب الأول

### (34) مصدر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

مصدر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو القرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة، على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التسليم، فهذين المصدرين الأصليين للشريعة الغراء جاءت فيهما أحكام مفصلة وواضحة عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. أولا: ففي القرآن العظيم جاءت آيات كثيرة تبين أهميته وأحكامه، منها:

1 ( قول الله سبحانه وتعالى: « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون »<sup>(2)</sup>، فالآية بالأمر الذي بدنت به يستفاد منها أن الحكم هو الوجوب. ويجعلها من يدعو إلى الخير ويأمر بالمعروف وينهي عن المنكر أمة من المسلمين دلت على أن هذا الأمر الواجب إذا قام به البعض سقط الطلب عن الباقي، فالفرض هنا فرض كفاية.

(1) انظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي.

- وانظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وغيرهما، ولقد سبق الامتاع إلى ذلك في بداية هذا الفصل. كما سيأتي في المطلب الثاني من هذا المبحث فقرة 35.

(2) الآية رقم 104 من سورة آل عمران.



2 ( وقوله سبحانه وتعالى: « ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون يؤمنون بالله وباليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين »<sup>(1)</sup> . فمن بين ما جعلهم يستحقون الوصف بالصلاح أمرهم بالمعروف ونهيبهم عن المنكر.

3 ( قوله سبحانه وتعالى: « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة »<sup>(2)</sup> فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر صفة للمؤمنين شأنها شأن إقامتهم للصلاة.

4 ( وقوله سبحانه وتعالى: « لعن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داود وعيسى ابن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون »<sup>(3)</sup> فاستحق هؤلاء القوم اللعن على لسان الأنبياء لتركهم النهي عن المنكر وذم موقفهم هذا.

5 ( وقوله سبحانه وتعالى: « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر »<sup>(4)</sup> ، فالخيرية مستحق الوصف بها بسبب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

6 ( قوله سبحانه وتعالى: « الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر »<sup>(5)</sup> ، قرن الأمر بالمعروف بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة.

7 ( وقوله سبحانه وتعالى: « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت احدهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تبغي، إلى أمر الله »<sup>(6)</sup> .

هذه الآية تأمر بالإصلاح بين المتقاتلين، وهو نهى عن المنكر الذي هو البغي وفي حالة عدم الكف عن البغي تنتهي الفئة الباغية عن بغيها بقتالها.

وهذه الآيات وغيرها كثيرة كلها يستفاد منها حكم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهي في نفس الوقت تبين أنواعا من المعروف وأخرى من المنكر، وتوجب اتباع المعروف وتنهي عن أتيان المنكر وتأمركه بكفه ونهيه ومحاربتة. أو تحظر على فعل الأول واجتناب الثاني.

(1) الآيتين رقم 113 و114 من سور آل عمران.

(2) الآية رقم 71 من سورة التوبة.

(3) الآيتين رقم 78 و79 من سورة المائدة.

(4) الآية رقم 110 من سورة آل عمران.

(5) الآية رقم 165 من سورة الأعراف.

(6) الآية رقم 9 من سورة الحجرات.

ثانياً: جاء في السنة النبوية المطهرة الكثير من الأحاديث في موضوع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بلغت حد التواتر نكتفي منها بالآتية:

1 ( قوله صلى الله عليه وسلم: « إياكم والجلوس في الطرقات قالوا ما لنا بد إنما هي مجالسنا نتحدث فيها، قال: فإذا أبيتم إلا ذلك فاعطوا الطريق حقها، قالوا وما حق الطريق؟ قال: غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»<sup>(1)</sup> .

2 ( وقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تقفن عند رجل يقتل مظلوما فإن اللعنة تنزل على من حضره ولم يدفع عنه، ولا تقفن عند رجل يضرب مظلوما فإن اللعنة تنزل على من حضر ولم يدفع عنه»<sup>(2)</sup> .

3 ( وقوله صلى الله عليه وسلم: « يأيها الناس إن الله يقول: لتأمرن بالمعروف ولتنهين عن المنكر قبل أن تدعوا فلا يستجاب لكم»<sup>(3)</sup> .

هذه الأحاديث وغيرها تأمر بإتيان المعروف واجتناب المنكر بل والنهي عليه ودفعه. وهذا يتبين منه أن دفع المنكر دفاع مشروع. وفي المطلب التالي تحليل أكثر تفصيلاً للنهي عن المنكر وموقعه من الدفاع الشرعي:

## المطلب الثاني

### (35) تحليل النهي عن المنكر وإبداء الرأي فيه

إن بعض الكاتبيين في الشريعة الإسلامية مقارنين بها القانون الوضعي يرون أن فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نوع من الدفاع الشرعي، يطلقون عليه تسمية «الدفاع الشرعي العام»<sup>(4)</sup> . وهم في ذلك على جانب من الصواب إذ كل من الدفاع الشرعي (دفع الصائل) والنهي عن المنكر يرد إعتداء واقع أو وشيك الوقوع على حق من الحقوق، وأن

(1) رواه أبو سعيد وهو متفق عليه.

(2) رواه عكر عن ابن عباس وأخرجه البيهقي في شعب الإيما بسند حسن.

(3) رواه أحمد والبيهقي من حديث عائشة بلفظ مروا وانهوا وهو عند ابن ماجه دون عزوه إلى كلام الله تعالى وفي إسناده لين.

(4) انظر الدكتور محمد سلام مذكور: نظرية الإباحة - مرجع سابق - ص 461 إلى 483.

- وانظر الدكتور عبد الفتاح خطر: النظام الجنائي - مرجع سابق - ص 257.

- وانظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي - مرجع سابق - ص 472 و 489.

الغرض من الدفاع في المحاليتين هو رد هذا الإعتداء، كما أن الكثير من حالات دفع الصائل هي في نفس الوقت دفعا للمنكر، فالموضوعان حسب رأيي بينهما عموم وخصوص فعلاه فكل دفع للصائل دفع للمنكر، وليس كل دفع للمنكر دفاعا شرعيا (دفع الصائل) إذ قد يقوم منكر من غير صيال (تعداً)، فالموضوعين بينهما تشابه كبير يثير إلتباسا ليس بالقليل.

فإذا افترضنا أن الإعتداء في حالة الصيال (الدفاع الشرعي) يكون موجها ضد النفس أو العرض أو الشرف والإعتبار أو المال أما في النهي عن المنكر (الدفاع الشرعي العام) فإن الإعتداء يكون موجها ضد أوامر الشريعة أي ينصب الإعتداء هنا على حقوق الله - سبحانه وتعالى - أو على ما يعرف في لغة العصر بحقوق المجتمع، فإننا نجد أن حقوق الفرد وحقوق الله سبحانه وتعالى تكون مختلطة في أغلب الأحوال أي أن حقوق الفرد هي حقوق الجماعة فحتى في حالة الإعتداء على نفس شخص معين أو ماله فإن في هذا إعتداء على الجماعة بتهديد أمنها في صورة تهديد أمن فرد منها.

ولا أذهب إلى ما ذهب إليه من قال: بأن معيار<sup>(1)</sup> التفرقة بين الدفاع الشرعي والنهي عن المنكر وإزالته هو وجود الصيال فإن وجد كنا أمام دفاع شرعي خاص (دفع الصائل) وإن لم يوجد كنا بصدد تغيير المنكر وإزالته، إذ في حالة وجود الصيال أيضا فإن صيال الصائل وتعيده هو أيضا من المنكرات. فإزالة المنكر إذا عموم والدفاع الشرعي خصوص منه. والمقولة القائلة بأن: «من يدفع صائلا يقوم بذلك بحكم الطبع ويؤيده الشرع، أما من يقوم بنهي عن المنكر فإنه يفعل ذلك بحكم الشرع فقط»<sup>(2)</sup> لا أرى بأنها صحيحة صحة تامة لا تقبل الإعتراض، إذ أرى أن من ينهي عن المنكر أيضا ينهي عنه بحكم الطبع يؤيده الشرع، فالمنكر هو ما تنكره النفوس من حيث اللغة والعادة، كما هو معصية من حيث الشرع والإصطلاح. وإذا أخذنا الأمثلة التي يوردها من يفرقون كليا بين الدفاع الشرعي (دفع الصائل) والنهي عن المنكر بمعيار وجود الصيال فيجعلون ما فيه صيال - حسب زعمهم - دفاعا شرعيا، وما ليس فيه صيال نهي عن المنكر فمن أمتلتهم: «لو حاول شخص قتل آخر» فإنه يجب دفعه حفاظا على حق المراد قتله في الحياة الذي تحميه الشريعة، ونكون هنا أمام دفاع خاص عن النفس، أما لو أراد شخص أن يتخلص من حياته بالانتحار فهنا يكون دفع

(1) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - هامش ص 275.

(2) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - هامش 2، ص 275.

محاولته الإنتحار ليس دفعا لصيال إذ لا يوجد صائل وإنما تكون بصدد دفع للمنكر، فهذه وجهة نظرهم، أما من وجهة نظري فإنني أرى أن من حاول قتل نفسه بالإنتحار صائل هو الآخر على نفسه وأنه كما ينهى عن المنكر يدفع صياله على نفسه، وإن قيل ولو أدى ذلك إلى قتله والمراد حماية نفسه من أن يزهقها فيزهقها المدافع قلنا أنه ليس بالضرورة أن تكون النتيجة في كل دفاع هي قتل المعتدي من ناحية ومن ناحية ثانية فإنه إذا حدثت وفاة من يريد الإنتحار هنا على يد المدافع فإنها لم تكن مقصودة-إبتداء وإنما حدثت إتفاقا، بينما إنتحاره إذا حدث تكون الوفاة فيه هي المقصودة بالدرجة الأولى، وتبقى احتمالات لحجته من الوفاة بالدفاع ضده حتى لا يحدثها دوما أكبر منها بل وأكثر تيقنا مما لو ترك وشأنه لينتحره إذ على العكس هنا تكون وفاته هي الأكثر تيقنا والحاصل أن الدفاع الشرعي والنهي عن المنكر من الناحيتين العملية والنظرية متداخلان يصعب تمييز أحدهما عن الآخر.

فكما لم يمكن - كما رأينا - وضع معيار للتمييز بينهما فإنه قد يحدث أن ما غلب فيه النهي عن المنكر في حالة هو نفسه يغلب عليه الدفاع الشرعي(دفع الصائل) في حالة أخرى مع بقاء نفس الوقائع وإنما يتغير من يحاول إزالة العدوان. فلو اعتبرنا الواقعة هي هجوم رجل على امرأة يريد إتيانها كرها فإن دفعه يكون دفعا لصائل(دفاعا شرعيا) ولو افترضنا أن المرأة راضية كان الدفع إزالة للمنكر لكن - وهذا هو موضع الشاهد - لو أن من يقوم بالدفع كان زوج المرأة فإن دفاعه هنا يكون دفاعا شرعيا عن عرضه هو في صورة إتيان زوجته سواء رضاها في ذلك أو عدم رضاها من حيث تبرير ما يصيب من يؤتيها، إنما الفرق فقط في حالة إتيانها كرها عنها فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال إيذاءها هي. خلافا لما لو كانت هي نفسها راغبة فإن لزوجها دفع من يؤتيها ودفعها ولو أدى ذلك إلى قتلها.

وأرى من قراءاتي في الموضوع أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يشكل أساسا للدفاع الشرعي بما تحمله أفكاره التي يقوم عليها من خلفية فلسفية للدفاع الشرعي.

وبهذا نكون قد أتينا على نهاية هذا الفصل التمهيدي ويتعين علينا قبل ولوج باب صلب الموضوع تقديم فصلية للتذكير بهما وهما:

جامعة الأمير  
الفصل الأول  
أركان الدفاع الشرعي

الفصل الثاني  
إثبات الدفاع الشرعي وحكمه،  
وأثاره، وتجاوز حدوده

# الفصل الأول

## أركان الدفاع الشرعي

المبحث الأول: الركن الأول الاعتداء:

L'agression

المبحث الثاني: الركن الثاني الدفاع:

La défense

## الفصل الأول أركان الدفاع الشرعي

(36) تمهيد وتقسيم

قلنا أن الدفاع الشرعي هو رد بقوة لازمة ومناسبة، لإعتداء غير مشروع ولا مثار، حال أو وشيك الوقوع على نفس أو عرض أو مال .»

ومن هذا التعريف يتبين أن للدفاع الشرعي ركنين<sup>(1)</sup> هما الإعتداء (L'agression) والدفاع (La défense) سنتناول كل منهما في مبحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الركن الأول الإعتداء: L'agression

المبحث الثاني: الركن الثاني الدفاع: La défense

---

(1) الركن عند الحنفية ما كان جزء من حقيقة الشيء وما هيته ويتوقف عليه وجود الشيء كالركوع والقراءة في الصلاة وهما جزآن منها.

- انظر الدكتور الزجيل وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته ج 1 - مرجع سابق - ص 54.

## المبحث الأول الركن الأول: الاعتداء

- المطلب الأول: طبيعة الاعتداء وعناصره وصوره.
- المطلب الثاني: شروط الاعتداء.
- المطلب الثالث: موضوع الاعتداء.



# المبحث الأول

## الركن الأول: الإعتداء

(37) تمهيد وتقسيم

يعتبر الإعتداء وهو التعبير الشائع الإستعمال أوالتعدي أوالعدوان - وهما تعبيران مستعملان أيضا - يعتبر الركن الأول والأساسي في الدفاع الشرعي، إذ من البديهي أنه لا شرعية للدفاع ما لم يكن موجها لرد إعتداء وبشير الإعتداء كركن أساسي للدفاع الشرعي مسائل تتعلق بمعناه، وشروطه، وموضوعه.

وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة كالتالي:

- **المطلب الأول: طبيعة الإعتداء وعناصره وصوره.**
- **المطلب الثاني: شروط الإعتداء.**
- **المطلب الثالث: موضوع الإعتداء.**

# المطلب الأول

## طبيعة الإعتداء وعناصره وصوره

(38) تمهيد وتقسيم

الإعتداء لغة هو التجاوز والظلم ومجاوزة الحد<sup>(1)</sup>، جاء في القاموس « عدا عليه ظلمه كتعدى واعتدى »<sup>(2)</sup> وهذا هو المقصود به إصطلاحاً، وهو ما شرح به مفسروننا<sup>(3)</sup> قوله تعالى: « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »<sup>(4)</sup> وأما الإعتداء كركن أساسي في الدفاع الشرعي، فإن اعتبرناه ظلماً فبالمعنى العام للظلم، وهو مجاوزة الحد بمعنى معين وصور خاصة.

ونتناول معنى الإعتداء وصوره في فرعين من هذا المطلب على النحو التالي:

**الفرع الأول: معنى الإعتداء وعناصره.**

**الفرع الثاني: صور الإعتداء.**

(1) المقرئ أحمد بن محمد بن علي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، ط سنة 1312 هـ، المكان غير مذكور ولا الناشر، ص 21.

(2) انظر الفيروز آبادي محمد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط ج 4، ط سنة 1302 هـ، المكان والناشر غير مذكورين، ص 360.

(3) انظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن - مرجع سابق - ص 360.

(4) الآية رقم 194 من سورة البقرة.

## الفرع الأول معنى الإعتداء وعناصره

(39) تمهيد وتقسيم

يمكن القول بأن الإعتداء نشاط من فعل أوقول أوامتناع يوصف بعدم المشروعية، بدأ أو على وشك أن يبدأ في إلحاق أذى بالغير.  
ونعرض معنى الإعتداء وعناصره في نقطتين على النحو التالي:

- أولاً: معنى الإعتداء وعناصره في الشريعة الإسلامية
- ثانياً: معنى الإعتداء وعناصره في الفقه الوضعي.

(40) - أولاً: معنى الإعتداء وعناصره في الشريعة الإسلامية:

قلنا أن الإعتداء عبارة عن نشاط من فعل أوقول أوامتناع يوصف بعدم المشروعية يبدأ أو يوشك أن يبدأ في إلحاق أذى بالغير، ويشترط بعض الفقهاء أن يكون الصائل أهلاً لتحمل المسؤولية، ولالإعتداء عنصرين مادي ومعنوي نتناولهما فيما يلي:

1 - العنصر المادي: ويقصد به النشاط الصادر من الصائل (المعتدي) والذي يشكل خطراً على حق تحميه الشريعة للمصول عليه (المعتدى عليه) أو لغيره، وقد يتم النشاط ولكن الإعتداء يبقى مستمراً فيكون للمصول عليه أو لغيره الدفاع لإنهاء الإستمرار في هذه الحالة وقد يكون النشاط شروعا في الجريمة، وهذا النوع من النشاط كثير، فكل نشاط حرمة الشريعة يعتبر عنصراً مادياً للإعتداء، وسواء كان هذا النشاط يشكل خطراً على الحياة وسلامة الجسم أو على العرض والشرف والإعتبار والحرية أو على المال<sup>(1)</sup> وسواء كان موجهاً إلى المدافع أو إلى الغير.

(1) سيأتي ذلك تفصيلاً في المطلب الثالث (موضوع الإعتداء) من هذا البحث.

ويمكن تحديد المقصود بالعنصر المادي للإعتداء، بالقول أنه هو بداية ارتكاب الركن المادي للجريمة، أي كانت الجريمة، والركن المادي للجريمة يختلف من جريمة إلى أخرى، فالركن المادي للسرقة يقوم ببداية السارق في أخذ الشيء، خلصة<sup>(1)</sup> أي خفية (Soustrait).

فمن بدأ في الأخذ خلصة أو أوشك أن يبدأ في ذلك كان للمدافع أن يدفعه حتى يكف السارق عن السرقة. أو يدخل المال في حيازته ويتم له الإستيلاء عليه. وهكذا يبدأ العنصر المادي بابتداء الركن المادي للجريمة، وإذا لم يصدر أي نشاذ عدواني لم تكن أمام حالة دفاع شراعي، وليس للإعتداء حد معين فقد يكون بسيطا وقد يكون جسيما<sup>(2)</sup>.

2 - العنصر المعنوي: والمراد به قصد عصيان أحكام الشارع إضراراً بالغير أو ما يعرف بالقصد الجنائي، وهو تعمد إتيان الفعل أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه، هذا في الجرائم العمدية، وقد يتكون العنصر المعنوي للجريمة من مجرد الخطأ الذي هو وقوع الشيء على غير إرادة فاعله، فالفاعل في جرائم الخطأ لا يأتي الفعل عن قصد ولا يريده، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وخلافاً لقصده. ومن الخطأ أيضاً إرادة الفعل دون النتيجة.

والعنصر المعنوي محل خلاف بين الفقهاء، فقد أوجب الأحناف<sup>(3)</sup> عدا أبي يوسف الضمان في قتل المجنون والصبي إذا صالاً لأن القتل أبيع للضرورة وهي لا تنافي الضمان، وذهب أبو يوسف إلى أنه لا ضمان في قتل المجنون والصبي إذا صالاً ولم يشترط المالكية والشافعية والحنابلة أهلية الصائل<sup>(4)</sup>.

- 
- (1) انظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي - مرجع سابق - ج 2، ص 518.  
(2) انظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي - مرجع سابق - ج 1، ص 479.  
- وانظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 159.  
(3) انظر الزيلعي عثمان بن علي: تبين الحقائق شرح كثر الدقائق، ج 6، ط 1 سنة 1313 هـ، المطبعة الكبرى الأميرية بيولان، ص 110.  
(4) انظر ابن فرحون برهان الدين بن الإمام شمس الدين علي بن محمد: تبصر المحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 2، ط سنة 1303 هـ - مرجع سابق - ص 250.  
- وانظر الأنصاري زكرياء بن محمد بن زكرياء: أسنى المطالب في شرح روض الطالب لابن أبي بكر المقرئ اليمني، ج 4، ط سنة 1313 هـ المطبعة الميمنية بالقاهرة، ص 166.  
- انظر حاشيتنا قليوبي وعميره ج 4، دار الفكر، ص 206.

أما إذا كان الصائل غير صبي ولا مجنون أي كان مسؤولاً جنائياً ولكنه لم يقصد الإعتداء، وإنما قصد المزاح فإنه وفقاً للمذاهب الحنفية<sup>(1)</sup> والحنبلية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> لا يتوفر العنصر المعنوي للجريمة أي القصد الجنائي.

#### (41) ثانياً: معنى الإعتداء وعناصره في الفقه الوضعي:

درجت أغلب التشريعات الوضعية على استعمال لفظ الإعتداء غير المشروع وبعبارة أخرى الإعتداء الذي يعتبر جريمة، ومن هذه التشريعات القانون الألماني الصادر بتاريخ سنة 1870م في المادة الثالثة الفقرة الثانية منه، والقانون اليوناني الصادر سنة 1950م في المادة 22 منه<sup>(4)</sup>.

ويدخل في نطاق هذه التشريعات القانون المصري الذي عبر عن الإعتداء بقوله: «كل فعل يعتبر جريمة» وعلى هذا النحو سار كل من قانوني العقوبات الليبي الصادر سنة 1953م في المادة 70، والفقرة الثانية منه، والسوداني الصادر سنة 1925م في المادة 56 منه<sup>(5)</sup>.

والتعبير بكلمة «جريمة» لبيان الإعتداء في الدفاع الشرعي تعبير غير دقيق لأننا لو أخذنا بالمعنى الظاهري لنصوص هذه التقنينات لانتهينا إلى القول بأن لا يبدأ الدفاع إلا بعد وقوع الإعتداء، وهي نتيجة غير مقبولة لا منطقاً ولا قانوناً لأن الدفاع في هذه الحالة يكون من ناحية من قبيل الإنتقام، ومن ناحية أخرى يكون المدافع قد إنتظر أن يقع الإعتداء فيكون عمله بعد ذلك غير مجد كدفاع، فلم يدافع وقد وقع ما وقع وانتهى؟ ولذلك يذهب الشراح في تفسير هذه النصوص إلى البحث عن الهدف الذي يرمي إليه المشرع من إباحة

(1) انظر الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي؛ حاشيته على الدار المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ج 4، ط سنة 1382 هـ، المطبعة الأميرية ببولاق، ص 265.

(2) وانظر البهوتي منصور بن يونس؛ شرح منتهى الإرادات، ط سنة 1369 هـ - 1937م، مطبعة انصار السنة، ص 378.

(3) انظر الأنصاري زكرياء؛ أسنى المطالب ج 4، مرجع سابق - ص 170.

(4) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب؛ الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 154.

(5) نفس الصفحة من نفس المرجع.

الدفاع الشرعي، وينتهون إلى القول بأن المشرع إنما يكتفي بقيام خطر ارتكاب جريمة سواء،  
تمثل في صورة البدء، في التنفيذ أو مجرد عمل تحضيري<sup>(1)</sup>.

وهناك تشريعات أخرى أغفلت نهائياً تعريف الإعتداء، مثل التشريع الفرنسي في المادة  
329 من قانون العقوبات، وهذا ما حصل في قانوني العقوبات الجزائري والمغربي المقتبس  
عنه.

وكذا قانون العقوبات البلجيكي الذي جاءت صياغة المادة 416 منه في نفس صياغة  
المادة 329 من قانون العقوبات الفرنسي.

وخلافاً لكل هذا نجد بعض التشريعات إستفادت من النقد الموجه للنوع الأول عن  
التعبير بكلمة «جريمة» لبيان الإعتداء، والموجه للنوع الثاني لسكوته عن تعريف الإعتداء،  
فصورت هي المعنى الدقيق للإعتداء، الذي يبيح الدفاع وهو الخطر الذي يهدد بإرتكاب جريمة  
مثل القانون العراقي الصادر سنة 1969م في المادة 42 منه التي قررت أنه يوجد هذا  
الحق (حق الدفاع الشرعي) متى توافرت الشروط التالية:

« إذا واجه الدافع خطراً حالاً من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد قيام هذا  
الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ..... »<sup>(2)</sup>  
ونظرة المقتنين العراقيين كانت شاملة للإعتداء الواقع والذي لم ينته بعد والوشيك  
الوقوع.

وللإعتداء كركن في الدفاع الشرعي في الفقه الوضعي كما هو الحال - كما سبق معنا

- في الفقه الإسلامي عنصران مادي ومعنوي نبيينهما؟ بشي، من التفصيل فيما يلي:

1 - العنصر المادي: ويقصد به سلوك المعتدي الموجه ضد الحق الذي يحميه القانون

ويبيح الدفاع عنه<sup>(3)</sup>، وقد يكون هذا السلوك تاماً ولكنه لم ينته وهو ما يطلق عليه اسم

«الجريمة المستمرة» فيباح الدفاع لإنهاء حالة الإستمرار<sup>(4)</sup>، وقد يكون السلوك مكوناً جريمة

غير مستمرة لكنه بقي يسكور كالضرب فيتم الدفاع في هذه الحالة لإنهاء التكرار.

(1) انظر الدكتور محمد عبد النوار: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 154.

(2) انظر الدكتور محمد عبد النوار: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 155

(3) بعض القوانين كقانون العقوبات المصري - خلافاً للشريعة الإسلامية - تحدد الجرائم التي تبيح الدفاع الشرعي.

(4) حكمت محكمة القصر المصرية بأنه إذا دخل شخص منزلاً لئلا يبرحه غير قانوني وبقي به متخلفاً حاز لصاحب المنزل في  
هذه الظروف الدفاع الشرعي عن نفسه وماله.

- انظر مجموعة القواعد القانونية ج 2، نقض 27 نوفمبر 1930، ص 132.

والعمل التحضيري، وإن لم يجرمه المشرع، وكذلك الشروع في المخالفات جميعها وأغلب الجنح وبعض الجنايات، فإن كل هذه الأنواع من الأعمال تعتبر إعتداء بالنظر لما قد يترتب عليها من اضرار بالحق - لو لم تدفع - الذي يحميه القانون<sup>(1)</sup> ويجيز الدفاع عنه. أما إذا لم يكن من شأن العمل أن يضر بهذا الحق كان العمل مشروعاً. ويشترط البعض أن يكون الإعتداء إيجابياً ولكن الظاهر أنه يمكن الدفاع<sup>(2)</sup> حتى ولو كان الإعتداء سلبياً وقد يجب تحت طائلة العقاب<sup>(3)</sup>. ومن البديهي أنه إذا لم يكن هناك نشاط بالمرّة فإن حالة الدفاع الشرعي ليس هناك ما يجعلها تقوم ولا يتصور أن يثار الأمر في هذه الحالة. ولا يشترط في الإعتداء أن يكون جسيماً فقد يكون بسيطاً ولكنه يقتضي قدراً من القوة لدفعه والمهم في كل ذلك أن لا يتجاوز المدافع حدود الدفاع<sup>(4)</sup>.

2 - العنصر المعنوي: لا يختلف الإعتداء - في نظر البعض - عن الجريمة إلا في العنصر المادي ولذلك يشترطون أن يتوفر لدى المعتدي الركن المعنوي والأهلية لتحمل المسؤولية الجزائية، وهذا العنصر قد يتوافر بالقصد كإتجاه الإرادة المعتدي إلى إزهاق الروح في جريمة القتل، أو إتجاه إرادته إلى انتزاع حيازة الشيء بقصد تملكه في السرقة، وقد يتوافر هذا العنصر المعنوي من مجرد الخطأ فيجوز استعمال القوة ضد من يقود سيارة بكيفية خطيرة يخشى منها أن تتسبب في قتل أو جرح أحد المارة، ووفق هذه النظرة لا يجوز الدفاع الشرعي ضد من كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الأهلية كالإكراه أو كانت أهليته غير مكتملة كالصغير، ويدخل ضمن هذا المنظور عمل المجنون ومن في حكمه من فاقد العقل<sup>(5)</sup>.

(1) انظر الدكتور محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ط 9، سنة 74م، ص 222.

(2) انظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - 232.

(3) فترك شخص في حالة خطر دون تقديم مساعدة له يعاقب عليه القانون ومن باب إهمال رضيع ورفض إرضاعه من طرف أمه، ومن حضر هذه الواقعة كان عليه أن يدافع ليجبرها على إرضاعه وإلا عوقب.

(4) انظر مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، سنة 6، رقم 142، نفص 55.1.11 ص 433.

(5) انظر الدكتور محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 8 - مرجع سابق - ص 211 و 212.

غير أن البعض يرى - وهذا ما أراه - أن كل سلوك له قانونا وصف الجريمة يجوز دفعه حتى ولو كان صادرا من مجنون أو صبي مميز أو غير مميز، لأن سلوك المجنون والصبي يوصف بالجريمة ما دام ينطبق عليه نص من نصوص قانون العقوبات، وإن كانت الجريمة - في حالة هؤلاء - لا يوقع بسببها على الجاني عقوبة، وإنما يوقع عليه إجراء جزائي آخر هو ما يعرف بتدبير الأمن<sup>(1)</sup>، فالصغير الذي يحوز بطريقة أو بأخرى سلاحا ناريا معبأ بالذخيرة جاهز للإطلاق فيأخذ في العبث به في جمع من الناس، بحيث يتوقع في كل لحظة إنطلاق الرصاص عليهم، ولا يمكن نزع هذا السلاح من الصبي حامله إلا بضربه وأخذه منه عنوة، فالمسؤولية الجزائية عن هذا الضرب تكون منعدمة لأن هذا الضرب ارتكب دفاعا عن النفس وعن الغير من خطر إحابة بالرماسيس - تكون نتيجتها في الغالب الموت وفي أخف الأحوال الجراح البالغة - كانت على وشك أن تقع، خلافا لمن يرى أن إنعدام المسؤولية هنا ليس على أساس الدفاع الشرعي بل على أساس حالة الضرورة، ويرى الدكتور القللي أن إنعدام المسؤولية في مثل هذه الحالة على أساس الدفاع الشرعي أكثر تمثيا مع نصوص القانون<sup>(2)</sup>.

ومن هذا العرض لمعنى الإعتداء وعناصره يتبين لنا أن الشريعة الغراء تميزت عن بعض القوانين الوضعية بأنها لم تقصر العنصر المادي على أفعال معينة يجوز مواجهتها دون باقي الأفعال، وهذا الذي كانت عليه الشريعة الغراء هو ما يتجه إليه الفقه الوضعي الحديث<sup>(3)</sup>، وأما العنصر المعنوي فالخلاف بشأنه قائم في فقه الشريعة الإسلامية كما هو قائم في الفقه الوضعي.

وستتناول فيما يلي في الفرع الثاني صور الاعتداء:

(1) نص قانون العقوبات الجزائري على تدابير الأمن في المواد من 19 إلى 26 وانظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، ط 3، سنة 1991م، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص 380.

(2) انظر الدكتور محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 314.

(3) انظر في ذلك ما يأتي (موضوع الإعتداء).



## الفرع الثاني صور الاعتداء

(42) تمهيد وتقسيم

يتخذ الاعتداء صوراً متعددة مما يثير التساؤل عن موقف كل من الشريعة الفراء والنظم الوضعية من حيث اعتبار بعض هذه الصور خطر يبيع الدفاع وعدم اعتبارها. وأهم هذه الصور هي: الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي، والاعتداء الحقيقي والاعتداء الوهمي أو التصوري، والاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي، وعليه أقسم الموضوع إلى نقاط ثلاثة هي على التوالي:

أولاً: الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي.

ثانياً: الاعتداء الحقيقي والاعتداء الوهمي أو التصوري.

ثالثاً: الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي.

(43) أولاً: الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي في كل من الفقه الإسلامي والفقه

الوضعي:

عادة ما يكون الاعتداء إيجابياً بمعنى يكون بعمل إيجابي ضد المعتدى عليه كمن يرفع سلاحاً على آخر بقصد قتله أو جرحه، ومن يدخل منزل غيره ليسرق. وقد يكون الاعتداء سلبياً أي بالإمتناع عن القيام بما توجبه الشرعية أو القانون الوضعي كإمتناع أم عن إرضاع وليدها مما يخشى معه وفاته أو إصابته بضرر.. وفيما يلي تفصيل هاتين الصورتين في الفقه الإسلامي ثم الفقه الوضعي.

1 - الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي في الفقه الإسلامي

الغالب في الاعتداء أن يكون إيجابياً بمعنى القيام بفعل حرّمته الشريعة الفراء كالضرب والزنا والسرقه، ولكن قد يكون الاعتداء بطريق الترك وهو ما يكون الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق السلب أي امتناع ينتج عنه إضرار بالغير.

ويرى الأئمة مالك<sup>(1)</sup> والشافعي<sup>(2)</sup> وأحمد<sup>(3)</sup> - رضي الله عنهم - أن الجريمة الإيجابية قد تقع بالترك أي بموقف سلبي ويستحق فاعلها العقوبة إذا وقعت منه بهذه الكيفية كما لو وقعت منه بعمل إيجابي تماما. ويفترضون أن من حبس إنسانا ومنع عنه الطعام أو الشراب أو الدفء، في الليل الشديد البرد حتى مات جوعا أو عطشا أو بردا فهو قاتل عمدا إن قصد بهذا المنع قتل من منع عنه ما منع عنه مما هو ضروري لحياته.

أما الإمام أبو حنيفة - رضي الله عنه - فلا يرى في هذا الفعل قتلا لأن الهلاك - في نظره - حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا ضلع لأحد في الجوع والعطش والبرد، لكن تلميذه أبي يوسف ومحمد يخالفانه في رأيه هذا ويريان أن الفعل قتل عمدي لأنه لا بقاء لأدمي إلا بالأكل والشرب والدفء، فمنع الإنسان من الطعام أو الشراب أو الدفء، حتى يموت جوعا أو عطشا أو بردا يكون المنع إهلاكا له<sup>(4)</sup>.

ويمثل المالكية للإعتداء السلبي بالأم التي تمنع وليدها الرضاع قاصدة قتله ويعتبرونها قاتلة عمدا وإن لم تقم بعمل إيجابي.

وأرى أن هاته الأمثلة فعلا يتوفر فيها خطر ارتكاب جريمة، أو من وجهة نظر أخرى يتوفر فيها معنى الاعتداء الذي يتعين رده بالدفاع الشرعي، إذ هذه الأفعال كلها النتيجة المؤكدة لها هي الموت ما لم توقف. ومن ثم يتعين إرغام الممتنع في هذه الأمثلة بالوسيلة المناسبة حتى يقلع عن امتناعه هذا الذي يؤدي إلى موت إنسان معصوم الدم تدار كالمال ينجم عن امتناعه هذا أو سلوكه السلبي هذا من خطر هو الموت كما قلنا، وليس من الضروري أن تكون النتيجة التي تحصل من الإمتناع الموت بالذات حتى يلزم الدفاع بل يكفي أي ضرر.

(1) انظر الدردير أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي: الشرح الكبير على مختصر خليل، ج 4، ط سنة 1676 هـ، المكتبة التجارية، ص 215.

(2) انظر الرملي: نهاية المحتاج - مرجع سابق - ص 239.

(3) انظر ابن قوامه: المعنى ج 9 - مرجع سابق - ص 328.

(4) انظر الكاساني أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 1 سنة 1328 هـ - مطبعة الجمالية معصر، ص 243.

## 2 - الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي في الفقه الوضعي:

اختلف فقهاء القانون الوضعي في القول بالدفاع ضد الاعتداء السلبي. فقد ذهب<sup>(1)</sup> جارو (Garraud) إلى أنه يجب أن يكون الاعتداء إيجابيا إذ عرف الاعتداء بأنه فعل إيجابي وليس امتناعا - ارتكب أوبدا تنفيذه بقصد المساس بحق يحميه القانون.

وعلى ضوء هذا الرأي سارت محكمة النقض<sup>(2)</sup> المصرية في حكم لها سنة 1956م. غير أن الرأي الصحيح في نظرنا هو الرأي القائل بجواز قيام الدفاع الشرعي ضد الاعتداء السلبي، وهو الرأي الذي قال به كثير من شراح القانون المصري<sup>(3)</sup>. إذ يسوون في السلوك بين أن يكون إيجابيا أو سلبيا طالما أنه يصدق عليه وصف الاعتداء، فالأم التي تمتنع عن إرضاع وليدها لما يخشى معه موته أو إصابته بضرر يجوز ضدها فعل الدفاع لحماها على إرضاعه<sup>(4)</sup> وصاحب الكلب الذي يمتنع عن ربطه لمنع أذاه عن الناس يجوز إكراهه في إطار الدفاع على ذلك، وسائق القطار الذي يمتنع عن توقيفه في الوقت المناسب حتى لا يصطدم بعائق في الطريق يحتمل أن يؤدي الإصطدام به إلى إصابة الركاب، فأكرهه على التوقيف في مثل هذه الحالة جائز<sup>(5)</sup> في إطار الدفاع الشرعي.

ومن هذه الأمثلة يتضح لنا أن الرأي الغالب عند شراح القانون الوضعي هو القائل بالتنسوية بين الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي في جواز الدفاع. ويتفقون في رأيهم هذا مع ما قال به جل فقهاء الشريعة الإسلامية من قيام الاعتداء بمجرد الترك. وعليه فإنه من الممكن تدارك خطر الإمتناع المجرم الذي قد يؤدي إلى ضرر بالوسيلة المناسبة دفاعا.

(1) V. Garraud : Traité de Droit pénal français OP; Tome 2. P. 19.

(2) انظر مجموعة أحكام النقض السنة السابعة: نقض 59.1.31، ص 118.

(3) انظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 232.

(4) الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص 212.

(5) انظر د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، النظرية العامة بالجريمة، ط سنة 1972، دار النهضة العربية، ص

(44) **ثانياً الاعتداء الحقيقي والاعتداء الوهمي** في كل من الفقه الإسلامي والفقه

الوضعي:

منطق الأشياء يقتضي أن يكون الدفاع الشرعي في مواجهة عدوان حقيقي، إذ الغالب في الاعتداء أن يكون حقيقياً، ولكن قد يتصور شخص خطراً بالاعتداء وهو واهم ولعله يكون معذوراً في وهمه هذا إلى حد كبير.

وفيما يلي عرض موقف الفقهاء المسلمين في الفقه الإسلامي، وموقف شراح القوانين الوضعية على التوالي من هذا النوع من الاعتداء:

1 - موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الاعتداء التصوري أو الوهمي:

فقهاء الشريعة الغراء لم يقتصروا على مناقشة الاعتداء الحقيقي بل كانوا سباقين في بحث الاعتداء التصوري أو الوهمي. ففي المذهب الشافعي لا يقتصر الدفاع على مواجهة الاعتداء الحقيقي وإنما يمكن للشخص أن يرد ما يتصوره إعتداءً، فقد جاء في الأم أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأ المقبل بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه. وكان له القود فيما نال منه بالضرب أو الارش...»<sup>(1)</sup>.

وفي هذا المعنى جاء قول الشيرازي في حاشيته: «... عند غلبة ظن صياله»<sup>(2)</sup> أي فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة ولا يكفي لجواز دفعه توهمه بل ولا الشك فيه أو ظنه ظناً ضعيفاً على ما يفهم من قوله: «غلبة ظن»، إذ يستفاد من هذا القول اشتراط أن يكون الظن قوياً. ويؤكد هذا المعنى الشرواني في حاشيته على تحفة المحتاج إذ يقول: «... والمراد اعتبار غلبة»<sup>(3)</sup> ظن الدافع...».

(1) انظر الشافعي محمد بن إدريس: الإم ج 6، دار المعرفة، لبنان، ص 31.

(2) انظر الشيرازي أبي الضياء نور الدين علي بن علي: حاشيته على شرح المنهاج، طبع مع نهاية المحتاج ج 8، ط سنة 1386 هـ - 1967 م، شركة مكتبة مصطفى الباني الحلبي وأولاده بمصر، ص 23.

(3) انظر الشرواني الشيخ عبد الحميد: حاشيته على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج 9، ط سنة 1315 هـ، المطبعة اليمنية بمصر، ص 186.

واستنتاجاً من هذه النقول يمكن القول: أن الرأي عند الشافعية إمكان دفع الاعتداء التصوري، إذا كان تصور المصول عليه أو المدافع مبنياً على أساس «معقولة».

ويرى الحنابلة أنه لا يشترط أن يكون الاعتداء حقيقياً وإنما العبرة بما تصوره المدافع فقد جاء في شرح منتهى الإرادات للبهوتي «ومن نظر في بيت غيره من خصاص<sup>(1)</sup> باب مغلق ونحوه كفروج بحائط وكوة ونحوها، ولو لم يتعمد الناظر الإطلاع لكن ظنه رب البيت متعمداً...»<sup>(2)</sup>.

وأجاز الأحناف قتل النفس بغلبة الظن، كما إذا دخل عليه رجلاً شاهراً سيفه وغلب على ظنه أنه قاتله<sup>(3)</sup>.

2 - موقف فقهاء القانون الوضعي من الاعتداء التصوري أو الوهمي:

اختلف شراح القوانين الوضعية في اعتبار الاعتداء التصوري مبيحاً للقتل والجرح والضرب دفاعاً أم لا، فذهب فريق من الشراح العرب والفرنسين إلى القول بأن الاعتداء الوهمي يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي<sup>(4)</sup>.

وإلى هذا الرأي يميل القضاء العربي والفرنسي فأحكام المحاكم الفرنسية تسير في هذا الاتجاه فمثلاً في قضية ملخص وقائعها أنه أثناء إحدى مباريات الملاكمة سقط أحد الملاكمين خارج الحلبة، فوقع على أقدام المشاهدين الذين انهالوا عليه ضرباً وركلاً ثم عاد إلى اللعب، وعند وقوعه ثانية خارج الحلبة رأى أحد المشاهدين مقبلاً نحوه فظن اللاعب أنه سيضربه فبادره بالضرب وجرحه، فرفعت دعوى على اللاعب أمام محكمة السين للجنح التي برأته إستناداً إلى أن المشاهد الذي كان يعرف قواعد اللعبة ارتكب خطأ بتدخله مخالفاً لهذه القواعد، وواضح أن الخطر هنا كان ظنياً أو وهمياً توقعه<sup>(5)</sup> الملاكم.

(1) خصاص الباب: الفروج والخلل التي بالباب يتبن من خلالها الناظر ما وراء الباب.

(2) انظر البهوتي: شرح منتهى الإرادات - مرجع سابق - ص 379.

(3) انظر ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: حاشيته على الدر المختار المسماة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج 3، ط سنة 1249 هـ، ص 228.

(4) انظر الدكتور المسعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات ط سنة 1952م، ص 197.

انظر الدكتور روف عبيد: شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 3 سنة 1966م، ص 448 و 449.

(5) انظر الدكتور فوزية عبد الستار: خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 135.

وأحكام محكمة النقض المصرية أيضا مضطردة علي اعتبار الخطر التصوري يبرر الدفاع الشرعي، وكمثال على ذلك قضاء المحكمة بأن «القانون لا يوجب بصفة مطلقة لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء حقيقيا بل يصح القول بقيام هذه الحالة ولو كان الاعتداء وهميا أي لا أصل له في الواقع وحقيقة الأمر متى كانت الظروف والملابسات تلقي في روع المدافع أن هناك إعتداء جديا وحقيقيا<sup>(1)</sup> موجها إليه».

ويرجع الدكتور محمد سيد عبد التواب الاعتداء بالخطر التصوري أو الوهمي إذا كان مبنيا على أسباب معقولة في الفقه الوضعي وهو ما سار عليه القضاء المصري والفرنسي وما سبق أن قرره الفقه الشافعي والفقه الحنبلي عند اعتدادهما بغلبة الظن؛ ذلك الظن الذي فهمه الشبراملسي بأنه الظن القوي، وكما اشترط شراح وقضاة القانون الوضعي ومقننية أن يكون الإعتقاد مبنيا على أسباب معقولة<sup>(2)</sup>.

غير أن لي في الموضوع رأيا مخالفا لا أعتد فيه بالخطر الوهمي أعرضه فيما يلي:

(45) - رأبي في الخطر الوهمي:

رغم ظاهر ما يذهب إليه بعض الكاتبيين ومنهم الدكتور محمد سيد عبد التواب - وبعض نصوص الأحكام - في ظاهرها - من الأخذ بتوهم الخطر لقيام حالة الدفاع الشرعي إلا أنني أرى أنه لا يمكن الأخذ بما يسمى بالخطر الوهمي لقيام حالة الدفاع الشرعي، وأن النصوص التي تقول بذلك أي بالأخذ بالخطر الوهمي في أحكام القضاء إنما تعني الخطر الظني، غير أنها لم تحسن التغيير عن المراد. ولم تقدر معنى كلمة الوهم، وسأوضح ذلك من القيود التي تضعها نصوص الأحكام وكذلك نصوص المواد القانونية وأقوال الفقهاء سواء منهم فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون الوضعي.

(1) انظر مجموعة القواعد القانونية ج 6- نقض 1225 - 1944، ص 572.

وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الثانية، نقض 4.9.1951م، ص 920.

(2) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 194.

فالشريعة الغراء يعرف علماء أصول فقهاها الظن بأنه «احتمال راجح على نقيضه دون أن بلغه»<sup>(1)</sup> ، ويقولون بأخذ الأحكام عن طريقه، نافين إمكان أخذها عن طريق الوهم والشك، وفي هذا يقول الدكتور محمد جواد مغنية: «...العلم الإجمالي بوجود واجبات ومحرمات، وإن منها ما هو مظون، وآخر مشكوك، وثالث موهوم، والإحتياط باتيانها جميعا عسر وحرَج، ويرتفع بترك المشكوك والموهوم، وعندئذ يتعين الإمتثال بالظن دون الشك والوهم»<sup>(2)</sup> . وفي هذا يقول الشيخ العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام «...إنما عمل الظنون في موارد الشرع ومصادره لأن كذب الظنون نادر وصدقها غالب، فلو ترك العمل بهذا خوفا من وقوع نادر كذبها لتعطلت مصالح كثيرة غالبية خوفا من وقوع مفسد قليلة نادرة، وذلك على خلاف حكمة الإله الذي شرع الشرائع لأجلها»<sup>(3)</sup> . من هذه النصوص الأصولية يتبين جليا أن علماء أصول الفقه الإسلامي يستبعدون الأخذ بالوهم.

وأرى أن علماء الفروع أخذوا بذلك في موضوع الدفاع الشرعي «دفع الصائل» فالأحناف عندما أجازوا قتل النفس دفاعا إنما أجازوا ذلك بغلبة ظن إعتدائها لا بتوهم إعتدائها كما مر معنا في الفقرة السابقة(45) وكان هذا هو موقف كل من الحنابلة والشافعية إذ كلهم يعتدون بالظن ومنهم من ينص على غلبة الظن<sup>(4)</sup>.

ولا أرى القانون والفقه الوضعيين قاصدين غير هذا الظن الذي تعتد به الشريعة الإسلامية.

(1) انظر الدكتور محمد جواد مغنية: علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، ط 2 سنة 1980م، دار العلم للملايين، ص 217.

(2) انظر نفس المرجع، ص 242.

(3) انظر العز بن عبد السلام أبي محمد عز الدين عبد العزيز السلمي: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 2، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤف سعد، ط 2 سنة 1400هـ 1980م، دار الجيل، ص 60.

(4) راجع ذلك في الفقرة 32 السابقة.

فبعض القوانين التي امتازت بالتفصيل في نصوص الدفاع الشرعي مستفيدة من الفقه واجتهادات القضاة يبدو من نصوصها أنها لا تقصد بالخطر ما يتوهمه المدافع مجرد توهم قائم في ذهنه لم يكن مبنيا على أسباب معقولة تجعله يظن - ولا أقول يتوهم - وقوع الاعتداء، فمثلا المادتان 249 و 250 من قانون العقوبات المصري تبيحان في إطار الدفاع الشرعي أمورا من بينها دفع « فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة، إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة » فجعل التخوف مبنيا على أسباب معقولة إنما يحصر الخطر في الظني ويبعد الوهمي إذ الوهمي لا يبنى التخوف منه على أسباب معقولة، لأن التوهم في حد ذاته لا يبنى على المعقول.

وهذا دأب الشراح، فهم يقولون الخطر الوهمي يبرر الدفاع الشرعي لكنهم يشترطون في الخطر شروطا تبعده عن أن يكون وهميا وتجعله لا يقل عن أن يكون ظنيا، فالدكتور مأمون محمد سلامة يقول تحت عنوان الخطر الوهمي: «ومع ذلك فقد جرى قضاء النقض المصري لا يلزم في الفعل المتخوف منه أن يكون خطرا حقيقيا في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره، بشرط أن يكون هذا الاعتقاد أو التصور مبنيا على أسباب معقولة».

وتقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته، أمر اعتباري المناط فيه الحالة النفسية التي تخالط ذات الشخص الذي يفاجأ بفعل الاعتداء فيجعله في ظروف حرجة دقيقة تتطلب منه معالجة موقفه على الفور والخروج من مأزقه، مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ، المتزن المطمئن الذي كان يتعذر عليه وقتئذ وهو محفوف بهذه الظروف والملاسات»<sup>(1)</sup>.

(1) انظر الدكتور مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - هامش ص 196 .  
- وانظر الدكتور عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج 1، دار الهدى عين اصيلية، الجزائر، ص 109 .



واستشهد بأحكام لمحكمة النقض بلغت ستة، ويبدو جليا من النص أن الشارح يتطلب الأسباب المعقولة حتى يكون تصور المدافع للخطر أنه حقيقي في تصوره مع اعتبار ما عليه هذا المدافع من حالة إنعدام الهدوء والحرص، ولم يقل الشارح بمجرد الوهم البعيد عن المعقول. ويقول الدكتور محمد الفاضل تحت عنوان الخطر الحقيقي والخطر التصوري «... فالعبرة إذن في الخطر المنشئ، لحق الدفاع الشرعي بالخطر الحقيقي، ولكن ليس بشرط أن يكون الخطر حقيقيا في ذاته بل يكفي أن يكون حقيقيا في اعتقاد المتهم، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الإعتقاد في حلوله قد بني على أسباب معقولة، وتقدير ما إذا كان الإعتقاد في حلول الخطر هو مما يتصل بوقائع كل قضية وملاساتها وبحالة المتهم وظروفه الخاصة... ولا يكفي في ذلك أن تعتمد محكمة الموضوع على التقدير المبني على مجرد تفكيرها الهادئ المطمئن. على أنه قد حكم بأنه يلزم على كل حال لنشوء الحق في الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع فعل إيجابي يخشى منه المدافع وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي والواقع أن هذا الشرط يبدو كحد أدنى...»<sup>(1)</sup>.

فالشارح تحاشى تعبير الخطر الوهمي وعدل عنه إلى تعبير «الخطر التصوري» كما أنه في شرحه يستبعد الخطر المبني على مجرد الوهم الذي لا يقوم على أي سبب معقول. ومن هنا أرى أن مقنني وشراح وقضاة القانون الوضعي لا يعتدون بمجرد الوهم، بل شأنهم شأن علماء أصول وفروع فقه الشريعة الإسلامية، ما يعتدون به إنما هو الخطر الظني، وحالف التوفيق في التعبير على مرادهم هؤلاء، بينما لم يحسن التعبير على مرادهم أولئك.

---

(1) انظر الدكتور محمد الفاضل: المبادئ العامة في التشريع الجزائري - مرجع سابق - ص 337.

ولعل منطوق إحدى حيثيات حكم لمحكمة النقض المصرية يؤكد هذا الاتجاه الذي أذهب إليه والذي يلمس منه وجوب كون الإعتقاد بوجود خطر ارتكاب الجريمة إعتقاداً مبنياً على أسباب معقولة لا على مجرد الوهم، وقد جاء في هذا الحكم «... رأى خفير نظامي شخصين يقودان جاموسة ليلاً، ولما نادى عليهما ولم يجيبا نداه أعتقد أنهما يقودان جاموسة مسروقة فأطلق عليهما عياراً نارياً أصاب أحدهما في ظهره وفي أعلى فخذه فإنه لا يمكن القول بأن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن مال غيره، لأنه يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون المتهم قد اعتقد على الأقل بوجود خطر على مال الغير وأن يكون لهذا الاعتقاد سبب معقول، وظاهر من ظروف الواقعة أن المجني عليه لم يحاول الفرار من وجه المتهم بالجاموسة التي ظن بأنها مسروقة، بل ولا منفرداً، ومن التسرع أن يبتدره هذا بإطلاق النار لغير مبرر ظاهر»<sup>(1)</sup>.

ففي مثل هذه الحالة يتضح أن المتهم قام بإطلاق النار دفاعاً ضد خطر كان قد توهمه فقط من غير وجود مبرر ظاهر، وعليه لم يستفد بالبراءة التي تفتضيها الإباحة بالدفاع الشرعي.

(46) ثالثاً: الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي في الفقه الإسلامي والفقه

الوضعي:

لا يعنى كل من فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup> وفقهاء القانون الوضعي يبحث الدفاع ضد الاعتداء غير العمدي، أي الخطر غير العمدي إذ الغالب في الخطر أن يصدر عن معتد له القصد الجنائي أي غالباً ما يكون الاعتداء عمدياً.

(1) انظر محسنة القواعد القانونية، ج 2 نقض، 1031 - 1933، ص 611.

(2) انظر الدكتور فورزي عبد الستار: خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 170، وفيما يتعلق بالفقه الإسلامي فاستفرا - دفع الصائل يتبين منه عدم بحث فقهاء الشريعة لدفع الصائل غير العمدي ولا يوجد ما يسمى بالصائل الغير عمدي.

غير أنه يثور التساؤل عن دفع الاعتداء غير العمدي، وما موقف كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي من ذلك، وهذا ما سنتناوله في النقطتين التاليتين:

1 - الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي في الفقه الإسلامي:

قد يكون الاعتداء عمدياً، وقد يكون غير عمدي، والعمدي هو الذي يقصد فيه الجاني المعتدي إتيان الفعل المحرم شرعاً، وهو يعلم أنه محرم، والاعتداء غير العمدي هو الذي لا يقصد فيه الجاني المعتدي إتيان الفعل المحرم شرعاً، ولكن يقع الفعل منه نتيجة عدم تبصره وعدم احتياظه، وفي الفقه الإسلامي يعرف نوعان من الخطأ.

- أولهما: وفيه يقصد الجاني الفعل ولا يقصد الاعتداء ولكن يكمن الخطأ في نفس الفعل أوفي الظن، فيؤدي إلى وقوع الاعتداء، ومثال الخطأ في نفس الفعل: أن يرمي حجراً للتخلص منه فيصيب أحد المارة، ومثال الخطأ في الظن: أن يقذف ما يظنه حيواناً فيتضح أن من وجه إليه القذبة إنسان.

وثانيهما: لا يقصد فيه الجاني لا الفعل ولا الاعتداء ولكن يقع الفعل نتيجة إهماله أو عدم احتياظه مثل من يحفر بئراً في طريق ولا يتخذ الإحتياطات اللازمة لمنع سقوط المارة فيه.

والقاعدة أن الخطأ كالعمد، يسأل فيهما الإنسان عما يقع منه من أفعال حرمتها الشريعة.

وبين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي السابقين خطأ يعرف بشبه العمد وعند مساءلة المخطئ، يعاقب على هذا الخطأ بعقوبة بين عقوبة العمد<sup>(1)</sup> وعقوبة الخطأ.

ويختلف السبب في مسؤولية المخطئ عن السبب في مسؤولية العمد، فمسؤولية المخطئ، سببها أنه خالف أوامر الشارع من غير قصد منه بل عن عدم تحرز وعدم حيطة، ويدخل تحت هذا الصنف كل ما يمكن تصوره من تقصير وإهمال ورعونه وعدم احتياط.

(1) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، ط 2، سنة 1982م - مرجع سابق - ج 7، ص 233 و234

- وانظر ابن قدامة: المغني، ج 9 - مرجع سابق - ط 1403هـ 1983م، ص 320.

- انظر ابن قدامة شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن عمر بن محمد بن أحمد المقدسي، الشرح الكبير، على بل المغني، نفس الصفحة.

- وانظر الشيخ عودة: التشريع الجنائي - مرجع سابق - ج 1، ص 434 وج 2، ص 110 و111.

أما سبب مسؤولية العاملة أنه خالف أمرالشارع عن قصد، وتعمد إتيان ما حرمه أو ترك ما أمر به وأوجبه.

والحقيقة أن فقهاء الشريعة الإسلامية قدما هم ومحدثيهم مثلهم في هذا مثل فقهاء وشراح القوانين الوضعية لم يبحثوا مسألة العدوان غيرالعمدي وهم يبحثون موضوع دفع الصائل، والظاهر أن ذلك لقله جدوى بحث المسألة إذ الصيال عادة يكون عمديا. غير أن ما يتفق مع روح الشريعة أن المخطئ، كما هو مسؤول عن خطئه وما يترتب عنه من أضرار يجوز دفعه ومقاومة أفعاله في إطار دفع الصائل، فمن يحفر بئرا مثلا في الطريق ولا يتخذ الإحتياطات اللازمة لمنع سقوط المارة فيه يمكن دفعه بإجباره بالوسيلة المناسبة لاتخاذ هذه الإحتياطات.<sup>(1)</sup>

## 2 - الاعتراف بالعمدي والاعتداء غير العمدي في الفقه الوضعي:

التشريعات الوضعية تجيز دفع كل خطر يعتبر جريمة والجريمة في نظرهاته التشريعات قد تكون عمدية وقد تكون غير عمدية، وكذلك الخطر قد يكون الذي يصدر منه تعمده وقد لا يكون تعمده.

وعليه فبديهى القول بجواز الدفاع ضد الاعتداء غير العمدي لصدده أوإنهائه. ويتصور الدفاع ضد الاعتداء غير العمدي أي ضد الخطر غير العمدي في الأمثلة التالية:

أ - قائد مركبة ينطلق بسرعة فائقة تهدد حياة ركابها والمارة بالخطر، في هذه الحالة يجوز منعه من القيادة أوإبعاده قسرا عنها في إطار الدفاع الشرعي عن الركاب والمارة الذين تهددهم سياقته بالخطر على أنفسهم<sup>(2)</sup>.

ب - طبيب يخطئ في يضع في المحقن الذي سيحقن به مريضا عقارا ساما بدل الدواء الذي هو مقرر للمريض، فيجوز هنا لمن يلاحظ خطأ هذا الطبيب أن يمنعه من حقن المريض بالمادة السامة في إطار الدفاع الشرعي عن النفس ضد هذا الاعتداء أوالخطر غير العمدي.

(1) هذا الذي أراه يتفق مع روح الشريعة ويتمشى مع منطقتها رأي قال به الدكتور محمد سيد عبد التواب في رسالته: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، ص 165.

(2) V. Delogu : Les causes de justification, E. 1955.

ج - شخص يوجه بندقيته لإطلاق النار على بعض الطيور في مكان مأهول، ومعه من يلاحظ أن خلف الشجرة التي صوب إليها بندقيته طفلة لم يرها العياد المصوب للبندقية نحوها، فهنا للشخص الذي لاحظ وجود الطفلة أن يمنع مصوب البندقية بالقوة عن إطلاق النار دفاعاً عن سلامة الطفلة ضد هذا الاعتداء، أو بالأحرى الخطر غير العمدي الذي يتهدهدها من مصوب البندقية في اتجاهها.

وبعض القوانين الوضعية كالقانون المصري للعقوبات - خلافاً لقانون العقوبات الجزائري - تشترط لإمكان دفع الخطأ غير العمدي أن يكون معاقباً عليه في القانون، وإذا لم يكن معاقباً عليه في قانون العقوبات المصري فإنه لا يجوز دفعه على أساس الدفاع الشرعي طالما لم يصدق عليه وصف الفعل الذي يعتبر جريمة كما نصت المادة 246 من قانون العقوبات المصري. وكمثال على ذلك الإلتلاف غير العمدي لمنقول مملوك للغير، إذ لا يجوز الدفاع ضد خطر وقوعه لأنه لا يعتبر جريمة في نظر قانون العقوبات المصري. أما في ظل القوانين التي لم تنص على أن الفعل الذي يدفع يكون جريمة في نظر القانون فإن مجال الإجتهد فيها مفتوح أمام القضاء، فهو يقضي في ما إذا كان الفعل كان دفعه لازماً أم لا؛ وبالتالي ما إذا كان عمل الدافع مبرراً أم لا.

وفي نهاية هذه الفقرة يتعين القول بأن الفقه سواء الإسلامي أو الوضعي لم يعر أهمية لموضوع الخطأ غير العمدي عند تناوله لموضوع الدفاع الشرعي (دفع الصائل) غير أنني كما سبق وأن نوهت أرى أن روح الشريعة تقتضي دفع الخطأ غير العمدي، وكذا روح القانون، إذ المعتدى عليه بالخطأ غير العمدي يصيبه ضرر من هذا الاعتداء، ومن مراد الدفاع كف الضرر عن المعتدى عليه أو إنقاذها، وأرى أن الموضوع أهمل ولم يبحث لمجرد أنه في الغالب لا يقع وإنما الذي يقع في الغالب هو العدوان المتعمد.

وبهذا نأتي على نهاية المطلب الأول المخصص لطبيعة الاعتداء وعناصره وصوره.

وفيما يلي نتناول بالبحث في مطلب ثان شروط الاعتداء:

## المطلب الثاني شروط الاعتداء

(47) تقسيم

يشترط في الاعتداء الذي يمكن دفعه في إطار الدفاع الشرعي (دفع الصائل) أن يتوفر فيه شرطان وهما: أن يكون غير مشروع، وأن يكون خطره حالاً. ونخصص لكل شرط من الشرطين فرعاً على النحو التالي:

- الفرع الأول: عدم مشروعية الاعتداء

- الفرع الثاني: حلول خطر الاعتداء.

### الفرع الأول

#### عدم مشروعية الاعتداء

(48) تمهيد وتقسيم

يشترط في الاعتداء الذي يمكن دفعه في إطار الدفاع الشرعي (دفع الصائل) أن يكون غير مشروع، وقد نصت<sup>(1)</sup> على هذا الشرط بعض قوانين العقوبات العربية، وسكت<sup>(2)</sup> عنه بعضها تاركاً الأمر للفقهاء.

وإذا كان العدوان مشروعاً كان يكون صادراً عن له حق التأديب فإنه لا يجوز الدفاع ضده أساساً، ويشير هذا الشرط (عدم مشروعية الاعتداء) تطبيقات عدة في الواقع. أهمها: فعل غير المسؤول، وهجوم الحيوان، والفعل المباح، وفعل المذور، واعتداء المكلف بالأمن واعتداء ذوي الحصانة وهو ما يتعين معه أن نبين موقف كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي من كل هاته التطبيقات.

(1) عبر قانون العقوبات المصري في مادته 246 بقوله: «كل فعل يعد جريمة» والقانون اللبناني في المادة 184 استعمل عبارة «غير محق ولا مثار» وكذلك القانون الأردني في المادة 155، الفقرة الأولى والقانون السوري في المادة. (2) سكت قانون العقوبات الجزائري في المادتين 39، فقرة 1 و40 وكذا المغربي شأنهما شأن الفرنسي الذي اقتبساً عليه.

وعليه نقسم الفرع إلى ست نقاط على النحو التالي:

أولاً: فعل غير المسؤول.

ثانياً: هجوم الحيوان.

ثالثاً: الفعل المباح.

رابعاً: فعل المعذور.

خامساً: إعتداء صامور الضبط.

سادساً: إعتداء ذوي الحصانة.

مبينين في الأول موقف الشريعة الإسلامية عند دراسة كل نقطة على حدة، ثم موقف الفقه الوضعي، ثم نقارن بين آراء الفقهاء. ونعطي رأينا متى كان لنا رأي في المسألة.

(49) فعل غير المسؤول في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي:

المقصود هنا يغير المسؤول من كان به عارض من عوارض الأهلية يؤثر في مسؤوليته كصغر السن والجنون والإكراه.

وقد اختلف كل من فقهاء الشريعة الغراء، وفقهاء القانون الوضعي في دفع صيال (إعتداء) غير المسؤول، وتعددت في ذلك الآراء.

وفيما يلي عرض لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وشراح القوانين الوضعية على التوالي.

1 - فعل غير المسؤول في الفقه الإسلامي:

ويسمى الصائل غير المكلف، ويشير صياله (تعديه) التساؤل عما إذا كان يمكن دفعه في إطار الدفاع الشرعي أم لا؟

وتختلف إجابة الفقهاء على أقوال ثلاثة، هي:

- القول الأول: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.

وهؤلاء لا يفرقون في دفع الصائل بين صائل هو أهل لتحمل المسؤولية الجنائية

وصائل ليس أهلاً لتحملها، فالعبرة عندهم بالصيال وخطر العدوان.

وفيما يلي نقول تبين بوضوح هذا الإتجاه من كتب هذه المذاهب:

- وبالنسبة للمذهب المالكي جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون «ويجوز دفع الصائل عن النفس والأهل والمال كان الصائل حبيبا أو مجنوناً»<sup>(1)</sup> كما جاء في شرح منح الجليل للشيخ عليش «وجاز أي لا يمنع دفع آدمي مكلف أو صبي أو مجنون»<sup>(2)</sup>.

- وبالنسبة للشافعية جاء في شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووي «له أي الشخص دفع كل صائل.. وصبي ومجنون»<sup>(3)</sup>. كما جاء في أسنى المطالب للأنصاري «يجوز للمصول عليه وغيره دفع كل صائل من آدمي.. مكلف أو غيره»<sup>(4)</sup>.

- وبالنسبة للحنابلة جاء في المغنى لابن قدامة «ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه وغير المكلف كالمكلف في هذا»<sup>(5)</sup>.

- القول الثاني: وهو قول للإمام أبي يوسف من الأحناف حيث يرى أن فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة، وأن فعلهما جريمة، لكن رفع عنهما العقاب لإنعدام الإدراك ومعنى ذلك أن صيال الصبي والمجنون يسقط عصمتها فإذا استوجب الدفاع قتلها فلا شيء على قاتلها، يقصد من دية أو قصاص<sup>(6)</sup>، فالإمام أبو يوسف في هذا مع الجمهور.

- القول الثالث: وهو قول الأحناف - عدا الإمام أبي يوسف رضي الله عنه - وفي نظرهم يجب الضمان في دفع صيال لأن الفعل من الصبي والمجنون لا يوصف بالجريمة لإنعدام الاختيار عندهما وبالتالي التكليف، ومن ثم لا تسقط عنهما العصمة، فإذا قتل المدافع أو المصول عليه الصائل (المعتدي) الصبي أو المجنون لا يجب القصاص لوجود السبب المبيح المتمثل في الضرورة الملجئة التي لا تعفي من الضمان<sup>(7)</sup>، وإن أعفت من العقاب. وقد جاء في تكملة البحر الرائق «... وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه

(1) انظر ابن فرحون تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام على هامش فتح العلي المالك، ج 2، دار المعرفة، لبنان، ص 356.

(2) انظر عليش الشيخ محمد: شرح منح الجليل على مختصر خليل، ط سنة 1394 هـ، المطبعة العامرة بمصر، ص 561.

(3) انظر المحلى جلال الدين محمد بن أحمد: شرح على منهاج الطالبين للنووي، ج 4، ط 3 سنة 1370 هـ - 1956 م بهامش حاشيتا قليوبي وعميرة، ص 206.

(4) انظر الأنصاري: أسنى المطاب - مرجع سابق - ص 166 و 168.

(5) انظر ابن قدامة: المغنى، ج 8 - مرجع سابق - ط 137، ص 320.

(6) انظر الزيلعي: تبين الحقائق - مرجع سابق - ج 6، ص 100.

(7) انظر الدكتور: محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 169، عن تكملة البحر الرائق، ج 8،

ص 344.



عمدا تجب الدية، وعلى هذا الصبي<sup>(1)</sup>». كما جاء في الفتاوي الهندية أو العالمكية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان - رضي الله عنه - « وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله، وعلى هذا الصبي<sup>(2)</sup>».

## 2 - فعل غير المسؤول في الفقه الوضعي:

اختلف شراح القوانين الوضعية في جواز الدفاع ضد إعتداء غير المسؤول على فريقين: فذهب فريق إلى وجوب توافر جميع أركان الجريمة حتى تقوم حالة الدفاع الشرعي في فعل المعتدي، بما في ذلك الركن المعنوي، سواء تمثل هذا الركن في القصد الجنائي أو في الخطأ غير العمدي، ومن ثم لا يجوز الدفاع الشرعي ضد غير المسؤول كالصبي والمجنون لأن فعلهما لا يوصف بعدم المشروعية، وإنما تقاوم أفعال غير المسؤول على أساس حالة الضرورة<sup>(3)</sup>، لأن حالة الضرورة تتوافر إزاء خطر لا يعتبر جريمة بينما يشترط في الدفاع الشرعي في بعض القوانين أن يكون لمواجهة خطر يعتبر جريمة.

وفريق آخر يذهب إلى القول بالدفاع الشرعي ضد غير المسؤول، ويرى لزوم التفرقة بين عدم المشروعية الذاتية للفعل وبين حق الدولة في العقاب، فأفعال غير المسؤول تعتبر أفعالاً غير مشروعة في ذاتها وإن إنعدم حق الدولة في العقاب لعدم الإدراك، ومن ثم فإنه من الناحية الموضوعية تعتبر الأفعال الصادرة من غير المسؤول جريمة يقوم في مواجهتها الدفاع الشرعي<sup>(4)</sup>.

وأرى أن هذا الرأي الأخير هو الراجح على سابقه لأسباب ثلاثة هي:

- السبب الأول: كون أسباب الإباحة موضوعية لا تتوقف على أهلية الجاني، ويقصد باعتبار الاعتداء في الدفاع الشرعي غير مشروع مجرد إكتساب الفعل وصف عدم المشروعية

(1) انظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي، ج 1 - مرجع سابق - ص 476.

(2) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - عن تكملة البحر الرائق، ج 8، ص 344.

(3) انظر الدكتور محمد محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص 212.

V. M. Huguez : Cours de Droit criminel, Edition de 1950, Paris. P. 9.

V. (G.) Stéfani et (G.) Levasseur : Droit pénal général et procédure pénale. T. 1, Edition de Paris 1964, P. 133

(4) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - مرجع سابق - ط 1952، ص 191.

وانظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة ق.ج. - مرجع سابق - ص 380.

V. J.A. Roux : Cours de Droit criminel français, Edition de Paris 1947, P. 188.

باعتباره جريمة في نظر القانون بصرف النظر عن مسؤولية مرتكبه، وهو ما يكفي لقيام عدم المشروعية كشرط من شروط ربح الاعتداء في الدفاع الشرعي، وبعض القوانين لا تشترط أصلاً شرط عدم المشروعية هذا.

- السبب الثاني: كون الدفاع الذي يقصد منه رد الاعتداء أوإنهاء استمراره لا يعتبر إطلاقاً من قبيل العقاب مهما قيل. وإنما هو دفاع ضد الاعتداء.

- السبب الثالث: كون الرأي الأول القائل بوجود توفر الركن المعنوي للجريمة حتى يقوم الدفاع الشرعي لا يجدي المعتبرى عليه في دفع العدوان على المال وفي دفع الاعتداء غير الجسميم حيث لا تتوفر فيهما شروط حالة الضرورة.

وهذا الرأي علاوة على هذا هو الرأي في الفقه الوضعي المتفق مع رأي جمهور فقهاء الشرعية الإسلامية من مالكية وشافعية وحنابلة وأبي يوسف.

(50) ثانياً: هجوم الحيوان<sup>(1)</sup>:

أثار الدفاع ضد هجوم الحيوان خلافاً بين الفقهاء سواء منهم فقهاء القانون الوضعي أو فقهاء الشريعة الإسلامية. وفيما يلي عرض موقف كل من الفقهاء:

#### 1 - هجوم الحيوان في الفقه الإسلامي:

أثار الدفاع ضد هجوم الحيوان خلافاً في الفقه الإسلامي فمن قائل بأنه كالدفاع ضد هجوم الإنسان واعتدائه، وقائل بأن لا مسؤولية على الحيوان إذ لا ضمان عليه وبالتالي فهو معصوم للملكه.

ويقول بالرأي الأول جمهور الفقهاء، وهم المالكية والشافعية والحنابلة والأحناف<sup>(2)</sup> عدا أبو يوسف<sup>(3)</sup>.

(1) V. Garraud : Traité théorique et pratique de Droit pénal français, T. 2, OP. P. 33.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام (الليثاني) - مرجع سابق - ص 323.

(2) انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام - مرجع سابق - ص 356.

- وانظر محمد علي بن الشيخ حسين: تهذيب الفروق، ج4 - مرجع سابق - ص 212.

- وانظر الشافعي: الأم، ج 6، طبعة كتاب الشعب سنة 1968م - مرجع سابق - ص 212.

- وانظر الأصباري: أسى الطالب ج 4 - مرجع سابق - ص 166.

- وانظر ابن قرامة: المغنى ج 8 - مرجع سابق - ص 328.

- وانظر البهوتي: كشف القناع ج 2 - مرجع سابق - ص 92.

(3) انظر الزيلعي: تبيين الحقائق - مرجع سابق - ج 6، ص 110.

- وانظر ابن عابدين: الحاشية ج 5 - مرجع سابق - ص 392 و392.

ويقول بالرأي الثاني أبو يوسف - كما قلنا - إذ يرى أن فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة وعله إذا أتلفا مالا أو نفسا وجب عليهما الضمان بخلاف فعل الدابة لأنه غير معتبر أصلا، وكذا عصمة الصبي والمجنون. حق لهما أما عصمة الدابة فحق للمالكها. وكان فعل الصبي والمجنون مسقط لعصمتها فلا يضمنان، وتضمن الدابة لأن فعلها لا يسقط عصمتا للمالكها مراعاة لثق هذا المالك.

## 2 - هجوم الحيوان في الفقه الوضعي:

اختلف كذلك شراح القوانين الوضعية بشأن الدفاع الصادر ضد هجوم الحيوان، فإجاز البعض الدفاع الشرعي ضد هجوم الحيوان على أساس أن الدفاع الشرعي إنما شرع ليدافع عن حق يحميه القانون، ولا يعتبر مساهمة في تحقيق العدالة الإجتماعية.<sup>(1)</sup> وجعل البعض أساس دفع الحيوان عند هجومه هو حالة الضرورة عند توافر شروطها وليس الدفاع الشرعي لأن الدفاع الشرعي يتطلب فه أن يكون الاعتداء غير مشروع، وهو ما لا يتوفر في هجوم الحيوان<sup>(2)</sup>. ويرى أغلب الفقهاء في مصر أن من يهاجمه حيوان له أن يدفع هذا الهجوم عن نفسه أو ماله من غير أن يتحمل أية مسؤولية جنائية لعدم توافر أركان جريمة قتل الحيوان أو الإضرار به ضررا كبيرا بدون مقتضى، لأن وجود خطر هجومه هو المقتضى لقتله أو الإضرار به ضررا كبيرا<sup>(3)</sup>.

(1) V. Roux (J.A.) : Cours de Droit; OP, P. 188.

(2) V. Garçon : Code pénal annoté; T. 2; OP. P. 167.

(3) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 193، وقانون العقوبات الجزائري لا يعاقب على قتل الحيوان إلا إذا كان بغير مقتضى.

- انظر الدكتور أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، النظرية العام للجريمة، ط سنة 1972م، دار النهضة العربية، ص 258.

وتنص عادة قوانين العقوبات على جريمة قتل الحيوان أو أذاه الأذى الكبير، وتجعل القتل والأذى الكبير المجرمين هما الذين يحدثهما الجاني بالحيوان بدون مقتضى ليفعل ذلك. وقد جاء هذا في المادة 443 من قانون 04/82 المؤرخ في 13 فيفري 1982 المعدل لقانون العقوبات الجزائري، وفي المادتين 355 و356 من قانون العقوبات المصري.

وهذا يعني أن الحيوان في نظر القانون إذا هاجم واعتدى كان ذلك مقتضى لقتله أو أذاه إذا لزم ذلك لصدا هجومه وكان الفعل لا يجرمه القانون. وطالما الفعل لا يحرمه القانون فلا مسؤولية جزائية، لكن قد لا ينفي ذلك كلياً ومطلقاً المسؤولية المدنية، وحالة كهذه قد تثير الإجتهاادات، وعليه فالقول بأن الحيوان إذا هاجم يدفع على أساس الدفاع الشرع في نظري أليق وأجدر بأن يؤخذ به، وهذا رأي يتفق مع ما قال به جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من كون دفع الحيوان الصائل لا ضمان فيه.

أما الرأي القائل بدفع الحيوان عند هجومه على أساس حالة الضرورة في الفقه الوضعي فشبيه برأي الإمام أبي يوسف - رضي الله عنه - في الفقه الإسلامي الذي قال بضمان الحيوان، فكذلك الضرورة في الفقه الوضعي لا تسقط التعويض المدني.

(51) ثالثاً: الفعل المباح

لا خلاف بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية في أنه حتى يقوم الدفاع الشرعي لا بد وأن يكون الفعل الذي يقوم ضده غير مشروع، ولكن يقوم الخلاف في نطاق الإباحة. وفيما يلي ندرس الفعل المباح في الفقه الإسلامي، ثم في الفقه الوضعي:

## 1 - الفعل المباح في الدنة الإسلامي:

القاعدة أنه إذا قام المكلف بما توجبه الشريعة عليه أو تبيحه له، فإن عمله هذا لا يعتبر عملاً غير مشروع، وبالتالي لا يخول لمن يوجه إليه الرد عليه ومقاومته، لأنه يكون بذلك يرد على من هو بصدد أداء واجب أو استعمال<sup>(1)</sup> حق. وهذا غير جائز له طالما كان أداء الواجب أو استعمال الحق في حدود ما قرره الشريعة الغراء<sup>(2)</sup>.

فالجلاد الذي يقوم بجلد من تعين عليه الحد بذلك أو التعزير، أو يقطع يد السارق أو السلطان وهو يستوفي قصاصاً، فهؤلاء يقومون بواجبات الزمتهم بها الشريعة الغراء، ولا يعتبر عملهم بأي حال من الأحوال إعتداءً غير مشروع حتى يقاوم على أساس الدفاع الشرعي (دفع الصائل).

وكذلك الزوج يؤدب زوجته والوالد يؤدب ولده والمعلم يزر تلميذه، وكل ذلك في حدود ما تسمح به الشريعة الغراء، ففي هذه الحدود وطالما كان الضرب للتربية والإصلاح كان جائزاً، وبالتالي لا يكون عمل هؤلاء إعتداءً غير مشروع تجوز مقاومته على أساس الدفاع الشرعي (دفع الصائل).

وكل ما كان من ذلك أداء لواجب أو قياماً بحق لا يعتبر إعتداءً غير مشروع، ولا تجوز مقاومته تذرماً بالدفاع الشرعي، وقد ورد في منتهى الإرادات لابن النجار الحنبلي: «ومن أدب ولده أو زوجته في نشوز، أو معلم صبياً، أو سلطان رعيتة، ولم يسرف فتلف لم يضمنه»<sup>(3)</sup>.

(1) انظر الشيخ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج 1 - مرجع سابق - ص 479.

(2) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 158.

(3) انظر ابن النجار محمد نقي الدين بن أحمد الفتوح: منتهى الإرادات، بتحقيق الشيخ عبد الفني عبد الخالق، ط سنة 1962، مكتبة دار العربية، ص 427.

## 2 - الفعل المباح في الفقه الوضعي:

في نظر النظم الوضعية يجب أن يكون الاعتداء غير مشروع حتى تقوم حالة الدفاع الشرعي. لأن القانون لا يجرم فعلا يأمر به أو يبيحه، فمن يتحمل ضررا بصفة قانونية لا يكون له الحق في دفعه وإلا انهدمت القاعدة القانونية من أساسها، لأنه لا يتصور أن يبيح القانون مقاومة أفعال يأمر بها أو يبيحها. فلا محل للدفاع الشرعي طالما أن الخطر مترتب على فعل مشروع (أمرأ وأذن به القانون) فلا يجوز للإبن أن يقاوم تأديب والده، ولا يجوز أن يقاوم الطبيب الذي يقوم بعلاج المريض وإن اقتضى العلاج قطع عضو من أعضاء المريض. ومن أوضح تطبيقات الفعل المباح في الفقه الوضعي «الدفاع الشرعي» ذاته، فاللص لا يجوز له أن يرد دفاع صاحب المنزل مستندا إلى أنه كان في حالة دفاع شرعي، وهو ما يعبر عنه الفقه بأنه «لا دفاع ضد الدفاع»<sup>(1)</sup>.

وكذلك من أوضح تطبيقاته أداء الواجب فمن فرض عليه القانون القيام بعمل فلا تجوز مقاومته على أساس الدفاع الشرعي، فلا يجوز لمن يكون محبوسا بوجه قانوني أن يقاوم حارسه مستندا إلى أنه في حالة دفاع شرعي عن حرите، وفي هذا جاء قول محكمة النقض المصرية في حكم لها: «إن الدفاع عن الحرية لا يباح حيث يكون لتقييدها موجب قانوني. فالمتهم المحبوس حسب قانونيا إذا اعتدى على من يكون قائما بتنفيذ القانون ليتخلص من الحبس فإنه يستحق العقاب وليس له أن يحتمي في هذا الصدد بمبدأ الدفاع الشرعي عن النفس»<sup>(2)</sup>.

(1) انظر الدكتور عدنان الخطيب: محاضرات عن النظرية العامة في قانون العقوبات السوري، طبعة سنة 1957م، المكان أو الناشر غير مذكورين، ص 117.

وانظر أيضا الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 204.

وانظر الدكتورة فوزية عبد الستار: خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 186.

(2) انظر مجموعة القواعد القانونية، ج 2، نقض 16.4.1931م، ص 288.

ويرى بعض فقهاء القانون الوضعي وجوب مراعاة شروط وقيود الإباحة فإذا تخلف شرط من شروطها، أو تجاوز صاحب الحق حدود استعمالها، فإن هذا يعتبر به عمله غير مشروع يجوز دفعه إستناداً إلى الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>.

في حين يرى البعض منهم بأنه لا يعتبر المعتدي في حالة دفاع شرعي إذا تجاوز المعتدى عليه حدود الدفاع الشرعي لأن المعتدي هو الذي وضع نفسه في هذه الظروف التي عرضته للإعتداء، وما قامت هذه الظروف إلا بسبب عدوانه هو، ثم أن الدفاع منه غير لازم إذ كان يستطيع والحالة هذه أن يتفادى هذا الموقف من أول الأمر بعدم الاعتداء على غيره لكنه لم يفعل<sup>(2)</sup>.

وأغلب القوانين العربية صيغت على أساس الرأي الأول. وصيغت قوانين سوريا ولبنان والأردن على أساس الرأي الثاني، إذ تشترط أن يكون التعرض غير مثار. وأميل في رأيي إلى هذه الصياغة الأخيرة، إذ أرى أنه ليس من المعقول أن يخلق أحد بعدوانه ظروفاً ثم ينطلق منها لإلحاق الأذى بغيره متعللاً بالدفاع الشرعي، ورأيي هذا يتفق مع رأيي السابق القائل بكون المعتدى علق عصمته في حال إعتدائه فمن لا عصمة له في ذلك الوقت فكيف يتأتى له أن يدافع في ذات الوقت عن نفسه وهي غير معصومة وغير المعصوم لا يدافع عنه<sup>(3)</sup>. فإن قيل عادت له عصمته بتجاوز المدافع قلنا أنه ليس له كما ليس للمدافع ميزاناً يزن به تناسب أفعاله مع أفعال المعتدي وإنما المسألة نسبية يقدرها قاضي الموضوع بعد دراسة مدققة لا تتأتى بأي حال من الأحوال لا للمعتدي ولا للمدافع في موقفهما الحرج، فمن أين له أن يعرف إن كان المدافع قد تجاوز في دفاعه في حالتهما تلك؟

(1) انظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي - مرجع سابق - ص 380.

- وانظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 374.

(2) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 176.

(3) راجع الفقرة 15 من التمهيد لهذه الرسالة.

( 52 ) رابعا: فعل المذخور:

تختلف الأعدار عن أسباب الإباحة في أنه في حالة الأعدار لا ترتفع الصفة غير المشروعة عن الفعل، بينما في حالة أسباب الإباحة ترتفع هذه الصفة عن الفعل، وتنقسم الأعدار القانونية حسب المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري إلى قسمين أعدار معفية وأعدار مخففة، وهي محددة في القانون على سبيل الحصر.

وقد عرفت الشريعة الغراء هذين النوعين من الإعدار<sup>(1)</sup> وإن اختلفت عن النظم القانونية الوضعية في نظرة كل منهما إلى هذه الأعدار فقد ترى الشريعة الغراء أن عذرا ما معفيا في حين تراه النظم الوضعية مخففا ويترتب على ذلك الإختلاف في حكم كل منهما عن الآخر في حالة دفع هذا الفعل.

وأبرز مثال على ذلك العذر المقرر للزوج عند مشاهدة زوجته متلبسة بالزنا، ولتبيين هذا الإختلاف نبحت المسألة في نقطتين نخصص إحداها لموقف الشرعية الإسلامية وثانيتها لموقف القوانين الوضعية، ثم في النهاية نعطي رأينا في الموضوع.

1 - موقف الشريعة الإسلامية من عذر الزوج المتلبسة زوجته بالزنا:

أقرت الشريعة الغراء الدفاع عن العرض بل وأوجبه<sup>(2)</sup>، ولم تقصره على الزوج فقط كحال غالبية التشريعات الوضعية وإنما أقرته لكل من يتدنس عرضه من هذه الجريمة ذكرا كان أو أنثى، وساوت بين الزوجين في ذلك، وهو ما انتهت إليه بعض القوانين الوضعية حديثا كالقانونين الإيطالي والبلجيكي للعقوبات<sup>(3)</sup> وكذا قانون العقوبات الجزائري<sup>(4)</sup>. ويشترط لإعفاء الزوج من العقاب شرطان يستنتجان بداهة، وقد قال بهما الدكتور أحمد حافظ نور في رسالته « جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن » وهما:

---

(1) انظر الدكتور عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه قدمت لكلية حقوق القاهرة، ط 4 سنة 1389 هـ - 1969 م، المكان أو الناشر غير مذكورين، ص 493 و 497.

(2) انظر المبحث الثاني من هذا الفصل.

(3) انظر الدكتور أحمد حافظ نور: جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه قدمت لكلية حقوق القاهرة، ط سنة 1958 م، مطبعة نهضة مصر، ص 395.

(4) انظر قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 156/66 بتاريخ 8 يونيو 66.



- الشرط الأول: أن يكون القتل حال رؤية الزوج أو الزوجة في حالة ربا، أما لو أخبر أنه أو أنها في وضع زنا فلا يجوز القتل دفاعا، إذ يفترض عنصر المفاجأة التي تجعل المدافع في حالة حرج يتعين عليه فيه الدفع.

- الشرط الثاني: أن يكون الزوج الزاني مطاوعا لا مكرها لأنه إذا كان مكرها مسلوب الإرادة تعين حينئذ الدفاع عنه وتخليصه، ومن الظلم قتله<sup>(1)</sup>.

وأرى كما سبق أن ذكرت في التمهيد لهذا البحث أن عرض المسلم عرض لجميع المسلمين، فلا تقتصر الإباحة في الدفاع الشرعي (دفع الصائل) في الدفاع عن عرض الزوج فقط بنفسه بل يمتد ذلك لكل المسلمين كالدفاع عن أي شيء آخر من نفس ومال، بل ويتعين في العرض لماله من حرمة في ذاته، ولأن النفس تنال معه في الغالب إذا كان الإتيان بغير رضى، ولما يتعلق به من أنساب ونسل، واستنقراء الفقه الإسلامي يتبين منه هذا الإتجاه بجلاء.

2 - موقف القوانين الوضعية من عذر الزوج المتلبسة زوجته بالزنا:

تنص القوانين الوضعية عادة في القسم الخاص على اعتبار أن الفعل الضار الجرمي الذي يصدر عن الزوج من قتل وجرح وضرب على زوجته وشريكها في حالة تلبسهما بالزنا يخوله وضعهما هذا وما أحدثه من استفزاز لمشاعره أن يستفيد من ظرف للتخفيف لا بظرف إعفاء على أي حال فالمادة 279 من قانون العقوبات الجزائري تنص على أنه « يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي بفاجته فيها في حالة تلبس بالزنا »، وينص قانون العقوبات المصري في المادة 237 منه على أنه « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين 234 و236.

وأول ما يلاحظ على النصين القانونيين أن الأول أعطى الحق في الاستفادة من العذر لكلا الزوجين، بينما قصر الثاني هذا الحق على الزوج الذكر فقط. وبهذا يكون الأول أكثر تماشيا مع روح العدل والإنصاف.

ويتبين من النصين أنه يشترط لإفادة الزوج الجاني بعذر التخفيف عدة شروط هي:

(1) انظر الدكتور أحمد حافظ نور: جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن - مرجع سابق - ص 397.

- الشرط الأول: أن يحصل القتل - حسب القانون المصري - أو القتل أو الضرب أو الجرح - حسب القانون الجزائري - في نفس اللحظة التي يشاهد فيها الزوج زوجته - حسب القانون المصري - أو أحد الزوجين الزوج الآخر - حسب القانون الجزائري - في حالة تلبس بالزنا.

- الشرط الثاني: أن يكون القاتل - حسب القانون المصري - أو المعتدى بالقتل أو الجرح أو الضرب - حسب القانون الجزائري - زوجا للزانية - حسب القانون المصري - أو أحد الزوجين - حسب القانون الجزائري، ولا تنطبق هذه المادة في القانونين على أقارب الزوجين<sup>(1)</sup>.

- الشرط الثالث: مفاجأة الزوجة - حسب القانون المصري - أو أحد الزوجين - حسب القانون الجزائري - في حالة تلبس بالزنا، ويرى الفقه والقضاء في مصر أنه لكي يطبق هذا العذر يكفي مشاهدة الزانيين في ظروف لا تترك مجالا لشك في وقوع الزنا، ولا يعني ذلك وجوب مشاهدة العمل الجنسي ذاته<sup>(2)</sup>.  
كما لو شاهدهما الزوج بغير سراويل وملابسهما الداخلية موضوعة بجوار بعضها جانبا<sup>(3)</sup>.

والواقع أن القانون الجزائري جعل العذر معفيا من العقاب لا مجرد عذر مخفف له.

(53) 3 - مناقشة وتقييم الموقف من عذر الزوج المتلبسة زوجته بالزنا:

في الواقع أن قوانين البلاد العربية متباينة كثيرا فيما يخص هذه المسألة، تتجاذبها الشريعة الغراء بما تمتاز به من إضفاء هالة على العرض وإعطائه اعتبارا خاصا والقوانين الوضعية باعتبارها العرض كأبي متعلق من متعلقات النفس، فإذا كان القانونان الجزائري والمصري قد بيانا نص مادتيهما في هذا الموضوع وقارنا بينهما فوجدنا أن النص الجزائري من

---

(1) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 7 سنة 1975م، مطبعة جامعة القاهرة، ص 236.

(2) انظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الرابعة نقض 2.24.1953م، ص 566.

(3) وانظر مجموعة القواعد القانونية، ج 5، نقض 18.3.1940م ص 142.

- وانظر الدكتور محمود محمود مصطفى: نفس الصفحة من نفس المرجع السابق.

حيث الصياغة أعطى العذر لكل من الزوجين من ناحية، ثم أنه ذكر صراحة أن العذر كما يشمل ارتكاب القتل يشمل ارتكاب الجرح والضرب وإن كان هذا من تحصيل الحاصل. والقانون الجزائري باعتبار صدوره متأخرا عن المصري استفاد ولا شك من مجهود الفقه في الموضوع، واتجه نحو روح الشريعة الغراء أكثر.

ومن القوانين العربية من ضيق هذا العذر أكثر من هذين القانونين كالقانون التونسي في الفصل 207 من قانون العقوبات الذي ينص على أنه « يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام الزوج القاتل لزوجته أولم وجده معها وهما بحالة<sup>(1)</sup> الوقاع » فالمقنن التونسي أعطى العذر للزوج فقط دون سواه وخفض العقوبة إلى خمس سنوات لا أقل.

في حين نجد قوانين أخرى وسعت في من يعذر بسببها. كما خفضت في عقوبة المذنب إلى درجة النص على إباحة الفعل في هذه الحالة، وقد عنون الدكتور محمود مجيب حسني للموضوع في كتابه «الاعتداء على الحياة، في التشريعات الجنائية العربية» بعنوان يعكس أوسع صور العذر في قوانين هذه البلدان، وكان العنوان « عذر الزوج أو القريب ذي الرحم المحرم الذي يفاجئ زوجته أو قريبه متلبسا<sup>(2)</sup> بالزنا ».

فالقانون اللبناني ميز بين صورتين من هذا العذر فجعله في إحداها معفيا من العقاب فالمادة 562 تنص على أنه « يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجته أو أحد أصوله أو فروعه أو أخته في جرم الزنا المشهود أو في حالة الجماع غير المشروع فأقدم على قتل أحدها أو إيذائه بغير عمد... ».

وجعله في الصورة الثانية عذرا مخفقا في نفس المادة السابقة من قانون العقوبات اللبناني إذ تنص على أنه «... يستفيد مرتكب القتل أو الأذى من العذر المخفف إذا فاجأ زوجته أو أحد أصوله أو فروعه أو أخته في حالة مريبة مع آخر ».

(1) انظر الدكتور محمود مجيب حسني: الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، طبعة سنة 1979، القاهرة، ص 167.

(2) المرجع السابق.

ونص القانون الليبي على أنه «... لا يعاقب على مجرد الضرب أو الإيذاء البسيط في مثل هذه الظروف»، هذا في المادة 375 من قانون العقوبات الليبي.

كما نص قانون العقوبات العراقي في المادة 409 منه على أنه «... لا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة»، بعد أن وسع من يعذر بسببه إلى المحارم مطلقا زيادة على الزوجة وإلى جودها ومن معها في فراش واحد زيادة على واقعة الزنا.

والقانون العراقي زيادة على توسيعه العذر إلى كون الفعل ارتكب بسبب أي من المحارم سد ثغرة تركتها بقية القوانين وجلبت عارا لها بما يترتب عليها من نتيجة غير منطقية تماما ولا يقبلها العقل والمنسلة من ناحية في أنه لما أن هذا العذر عذرا مخففا والأعذار المخففة لا تمحو بطبيعة الحال على الفعل وصف الجرم، ونتيجة لذلك يكون للزوجة وشريكها إذا قاوما الزوج أن يستندا إذا قتلاه أو جرحاه أو ألحقا به أي أذى إلى أنهما كانا في حالة دفاع شرعي عن أنفسهما<sup>(1)</sup>.

كما أن عدم التفصيل والإيجاز المخل في نصوص لقوانين ينتج عنه من ناحية ثانية أن هذين الزائنين إذا قتلا الزوج المعتدى على شرفه دفاعا سقطت متابعتهما عن الزنا الذي يحرك الدعوى فيها الزوج - وقد مات - وتنظم إليه النيابة إنضماما، وهي بمفردها لم يخولها القانون تحريك الدعوى بل لا بد من شكوى الزوج وقد مات. وبهذا يكون الزائنان قد اعتديا على عرض الرجل وقتلاه ووقف القانون الوضعي موقف المتفرج بل المزكي لكل ذلك وهي نتيجة مرفوضة عقلا ومنطقا<sup>(2)</sup>.

---

(1) انظر الدكتور إبراهيم الشباسي: تطبيق نظرية الدفاع على عذر الإستفزاز في قانون العقوبات الجزائري. مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، جويليا 82، ص 34 و35.

- وانظر في الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - دار الكتاب اللبناني ص 177.

- وانظر الدكتور رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري - مرجع سابق - ص 182.

(2) انظر الدكتور رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري - مرجع سابق - ص 162.

- وانظر الدكتور محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 329.

- وانظر الدكتور فوزية عبد الستار: الإعتداء في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 190.

- وانظر جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، ج 1، ط سنة 1931م، مطبعة دار الكتب المصرية، ص 523.

(54) 4 - رأي الفقه في علاج هذه النتيجة غير المنطقية:

أمام هذه النتيجة السيئة غير المنطقية وغير العادلة الناجمة عن نصوص وفقه القانون الوضعي، فكر بعض شراح القوانين الوضعية في علاج هذه النتيجة الشاذة.

فذهب رأي إلى أنه بموت الزوج تعود للنيابة سلطتها في تحريك الدعوى، وتعتبر شكوى الزوج قائمة ضمناً، وهو رأي لا يستقيم ولا يثبت أمام أبسط قاعدة قانونية وعامة «لا ينسب لساكت قول» فكيف تقوم شكوى الزوج الميت ضمناً، فيتعين أن تبطل إجراءات المتابعة لكونها تتطلب في مثل هذه الحالة شكوى الزوج وهي منعدمة.

وذهب رأي آخر إلى أنه يجب أن يصدر تعديل تشريعي يتيح لأقرب أقرباء الزوج تحريك الدعوى الجزائية.

ويعيب هذا الرأي أنه وإن أوصل إلى إمكان معاقبة الزانيين عن جريمة الزنا بالعقوبة المقررة لهما قانوناً عن هذه الجريمة، وهي عقوبة من البساطة بمكان، فإنه لا يقدم أي حل لمعاقبتها أو الفاعل منهما عن قتل الزوج<sup>(1)</sup> المعتدى على عرضه والذي جاء ليدافع عنه فقتل.

وذهب رأي إلى وجوب التدخل بنص قانوني يحقق العدالة على النحو الذي فعله من صاغ قانون العقوبات اللبناني في المادة 138 منه التي تنص على أنه «بعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالبة لدفع تعرض غير محق ولا مثار» فوفقاً لهذا النص لا يكون للزوجة وشريكها التمسك بحق الدفاع الشرعي لأن فعل عدوان الزوج المعتدى على عرضه تجاههما مثار من جريمتها<sup>(2)</sup>.

وزأي يرى عدم دستورية هذه النصوص القاصرة عن أن تتماشى مع روح الشريعة الإسلامية في البلاد التي تنص دساتيرها على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي<sup>(3)</sup> للتشريع.

(1) انظر الدكتور أحمد حافظ بور؛ جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن - مرجع سابق - ص 400.

(2) انظر الدكتور فوزية عبد الستار؛ خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 190.

(3) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب؛ الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 180.

(55) 5 - رأينا في الموضوع:

أرى أنه حتى تتماشى قوانيننا الوضعية مع شريعتنا الغراء أن ينص على إباحة الفعل الصادر في مثل حالة من يفاجئ أحد محارمه في حالة تلبس بالزنا، وكذلك من يفاجئ أحدهم ينتهك عرضه بالعنف، أو قاصرا يلاط به في إطار الدفاع الشرعي عن العرض، ويبرر فعل المفاجئ على الزانيين وفعله على من ينتهك العرض ومن يلوط بالقاصر.

وتبقى مسألة الإثبات - التي هي حقا عويصة - تحل بأن ينقلب الأمر في حالة العجز عن الإثبات إلى عذر مخفف ينزل بالعقوبة حتى إلى ستة أشهر في حالة القتل أو غرامة رمزية فيما دون القتل. مع توسيع سلطة القضاء في ذلك حتى يتسنى للقاضي وزن كل مسألة بميزانها، متى ثبت من واقع الحال وجود المجنى عليه في حالة مريبة.

وبهذا نكون فعلا كما تنص دساتير بلداننا على أن دين الدولة الإسلام<sup>(1)</sup>، أو أن المصدر الأساسي<sup>(2)</sup> لقوانيننا هو الشريعة الغراء.

(56) خامسا: اعتداء مأمور الضبط القضائي:

تضع التقنيات الوضعية ضوابط للأفراد وهم يواجهون مأموري الضبط (L'Agent de l'Autorité publique)، وتجد هذه الضوابط والقيود تبريرها في أن مأموري الضبط يمثلون هيبة الدولة وسلطانها، ولأعمالهم طابع السرعة<sup>(3)</sup> والبت.

وهم من يعرفون في الفقه الإسلامي بالحاكمين المقابلين للمحكومين، وهم في مفهوم القوانين الوضعية مجموعة من موظفي الدولة الذين يقومون بالضبطية القضائية والإدارية وينفذون أوامر الحكومة فيدخل في ذلك أعضاء النيابة العامة ورجال الشرطة ورجال الجيش عند الاستعانة بهم، وفيما يلي تفصيل ما يتعلق بهذه الفقرة في نقطتين، أولاهما مخصصة لموقف الفقه الإسلامي من إعتداء مأمور الضبط، وثانيتهما مخصصة لموقف الفقه والقوانين الوضعية من اعتدائه.

(1) المادة الثانية من الدستور الجزائري لسنة 1989 م.

(2) المادة الثانية من الدستور المصري لسنة 1971 م.

(3) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - مرجع سابق - ط سنة 52، ص 202.

1 - موقف الفقه الإسلامي من إعتداء أو (سيال) مأمور الضبط:

مأمور الضبط في الفقه الإسلامي هو من يعرف بالسلطان أو الأمير أو القاضي أو الحاكم أو الخليفة، أي كانت التسمية والعمل، طالما أنه يمارس سلطة باسم الدولة الإسلامية. ورأي الخنابلة أنه ما دام السلطان أو مأمور الضبط قائما بعمله في الحدود المقررة له شرعا فإنه لا يجوز الدفاع ضده لأن عمله يعتبر مشروعاً، أما إذا خرج عن الحدود المقررة لعمله خروجاً بيناً واضحاً فإنه يكون مسؤولاً، ومن ثم جاز دفعه، وقد عبر عن هذا الرأي ابن النجار في كتابه منتهى الإرادات بقوله «ومن أدب... أو سلطان رعيتيه ولم يسرف فتلف لم يضمنه، وإن أسرف أوزاد على ما يحصل به المقصود ضمن»<sup>(1)</sup>.

وهذا الرأي يتفق مع رأي الظاهرية، فقد جاء في المحلى لابن حزم تعليقا على واقعة ما يؤيد عدم مسؤولية السلطان، إذا لم يباشر ضرباً أو نطحاً وإنما تجب الدية إذا باشر شيئاً من ذلك، وجاء في تعليق ابن حزم «...ومن المحال أن يفترض الله على الأئمة أو غيرهم أمراً إن لم يعملوه عصوا الله ثم يؤاخذهم في ذلك، ووجدنا هذا المبعوث فيها بعث بحق، ولم يباشر الباعث فيها شيئاً أصلاً فلا شيء عليه وإنما كان يكون عليه دية ولدها لو باشر ضربها أو نطحها، وأما إذا لم يباشر فلم يجز شيئاً أصلاً»<sup>(2)</sup>.

ويرى الدكتور يوسف قاسم في كتابه (نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي) أن عدم تعدي السلطان في الفقه الإسلامي أمر مسلم<sup>(3)</sup> به، وينبني على ذلك أنه إذا اعتدى دفع. والواقع أن أعمال مأمور الضبط القضائي أو «مبعوث أمير المؤمنين» أو «مبعوث السلطان» مشروعة ما دامت في حدود أحكام الشرع ولم تخرج عنها فإذا خُتت وزادت عما يحصل به المقصود جاز دفعها إذا خيف منها الهلاك أو الضرر.

(1) انظر ابن النجار: منتهى الإرادات القسم الثاني - مرجع سابق - ص 427.

(2) انظر ابن حزم أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد المحلى ج 11. طبعة سنة 1352 هـ بتحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، ص 24 و 25. إذ جاء في المحلى في مسألة من أفرعه السلطان: من أفرعه السلطان فتلف قال علي: رويانا من طريق عبد الرزاق.. قال: أرسل عمر إلى مغنية كان يدخل عليها فأنكر ذلك فقيل لها أجيبني عمر قالت: يا ويلها ما لها ولعمر، قال: فبينما هي في الطريق فرغت قفسها الطلق فدخلت داراً فألقت ولدها فصاح الصبي صيحيتين فمات، واستشار عمر أصحاب النبي - ما تقول؟ فقال: إن كانوا قالوا براهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك أرى أن ديته عليك لانك أنت أفرعتها وألقت ولدها في سبيلك، فأمر على أن يقسم عقله في قريش لأنه أخطأ... فصح أن على كل مسلم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، قال أبو محمد: من المحال أن يفترض الله على الأئمة أو غيرهم...

(3) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 225.

2 - موقف الفقه والقوانين الوضعية من إعتداء مأمور الضبط:

لم ينص قانون العقوبات الجزائري صراحة على مسألة دفع مأمور الضبط عند تجاوزه لسلطته أو تعديه، وإنما في القسم الثالث من فصله الرابع من الباب الأول من الكتاب الثالث من جزئه الثاني جرم إساءة استعمال السلطة ضد الأفراد وضد الشيء العمومي في المواد من 135 إلى 140. كما جرم في القسم الرابع بعده الإستمرار في ممارسة السلطة العمومية أو توليها ابتداء بوجه غير مشروع. أي ممارستها قبل توليها أو التصرف على أساسها بعد الإنقطاع عنها، المادتين 141 و142.

ويعني هذا أن فعل مأمور الضبط في هذه الحالة يشكل جريمة فإذا أصاب بها أحد جمهور الناس أو المال العام جاز دفعه على أساس الدفاع الشرعي سواء وهو موظف تجاوز حدود وظيفته، أو وهو منتحل للوظيفة قبل توليها أو بعد انقطاعه بحكم القانون منها بالإستقالة أو العزل أو نهاية الفترة النيابة أو بأي صورة أخرى.

وتجدد من المقتنين من ينص صراحة على جواز مقاومة مأمور الضبط ويضع لذلك قيودا وشروطا يقتضيها المقام.

فقانون العقوبات المصري تنص مادته 228 على أنه «لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية، ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته، إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول».

ونهج نهج القانون المصري كل من قوانين العقوبات السوداني في المادة 60 منه والليبي في المادة 70 مكرر والعراقي<sup>(1)</sup> في المادة 46.

(1) انظر الدكتور محمور محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية ط 1 سنة 1970، دار النهضة العربية، ص 55.



أما التشريعات الأجنبية فمواقفها متباينة من المسألة، ففي بريطانيا لا تجوز مقاومة الفرد لرجل الشرطة أو استخدام القوة في مواجهة تنفيذ الأوامر المخالفة للقانون إلا إذا كان ذلك بقصد دزء خطر جسيم يهدد النفس.

وذهب قانون العقوبات الإيطالي إلى أنه متى كان تصرف ممثل السلطة العامة مخالفاً للقانون فإن مقاومته لا تعد جريمة<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نلخص الشروط التي يستنتجها الشراح من نصوص بعض القوانين التي تبيح دفع تعدي مأمور الضبط بقيود وضوابط، في ثلاث شروط، نتناولها بشيء من التفصيل فيما يلي:

- الشرط الأول: أن يكون مأمور الضبط يقوم بواجبات وظيفته، وإن تخطى حدود اختصاصه<sup>(2)</sup>، أما لو كان العمل خارجاً أصلاً عن اختصاصه فهنا يمكن مواجهته على أساس الدفاع الشرعي، كما لو قبض على شاهد لإرغامه على الحضور للإدلاء بشهادة أمامه<sup>(3)</sup> ولم يكن له تفويض بذلك من النيابة وهذا الشرط جاء في حكم لمحكمة النقض<sup>(4)</sup> المصرية مؤرخ في 45.10.22، بصدد تعدي موظفي الأوقاف ورجال البوليس بهدم جدار فقاومتهم من أنشأته بأرض متنازع عليها. فاعتبرت المحكمة مقاومتها دفاعاً.

- الشرط الثاني: أن يتصرف مأمور الضبط بحسن النية أي أن يكون معتقداً أثناء التصرف أن العمل مشروع، وإن كانت تنقصه الأسباب المعقولة التي يستند إليها في اعتقاده<sup>(5)</sup>، وبعبارة أخرى أن يكون اعتقاد مأمور الضبط أن عمله في إطار القانون<sup>(6)</sup> وضمن اختصاصاته الوظيفية كان يقبض على شخص بريء معتقداً أنه هو الذي صدر بشأنه إمرأ بالقبض، أو أن يحبس بريئاً كذلك وهو يعتقد أنه المقصود بأمر الحبس الصادر<sup>(7)</sup> من النيابة.

- 
- (1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 172.
  - (2) انظر الدكتور محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 331.
  - (3) انظر الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي: شرح قانون العقوبات الليبي قسم عام، ط سنة 1969م، المكتب المصري للطباعة والنشر الإسكندرية، ص 182.
  - (4) انظر مجمل، قواعد القانونية، ج 6، نقض 45.10.22، ص 768.
  - (5) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص 228.
  - (6) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح ق.ع. (مصري) - مرجع سابق - ص 228.
  - (7) انظر الدكتور مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 223.

أما لو قبض المأمور على شخص لإجباره على تحقيق مصلحة خاصة له أو لغيره أو اعتدى عليه كأن يحاول هتك عرضه، فإن سوء النية هنا واضح جلي وعليه تتعين مقاومته إستنادا إلى الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>.

- الشرط الثالث: أن تكون الأعمال الصادرة من مأمور الضبط يخشى منها ضرر بليغ عبر عنه قانون العقوبات المصري بالموت أو الجروح البالغة، بشرط أن يكون لهذا التخوف سبب معقول يقدره قاضي الموضوع مراعيًا كل الظروف التي أحاطت بمن يدعى الدفاع وقت حلول الخطر الذي دفعه<sup>(2)</sup>.

وهذا شرط منطقي<sup>(3)</sup> لأنه لا يعقل أن يحرم الأشخاص من الدفاع الشرعي، ويطلب منهم تسليم أنفسهم لمن يقتلهم أو يلحق بهم بالغ الأذى. وعادة ما يكون تجاوز حدود القانون بهذه الكيفية مقترنا بسوء النية<sup>(4)</sup>.

وكمثال على المواقف التي يجوز فيها الدفاع تجاه مأمور الضبط: أن يحاول مأمور الضبط تنفيذ أمر باطل بالقبض على شخص سوف تجرى له بعد قليل عملية جراحية تأجيلها يشكل خطر على حياته. أو أن يحاول جندي تنفيذ أمر خاطيء بإطلاق الرصاص على أحد الأشخاص<sup>(5)</sup>.

والحاصل أن الفقه الوضعي له في المسألة ثلاثة آراء على النحو التالي<sup>(6)</sup>:

- الرأي الأول: يقول بأنه يحق للأفراد مطلقا مواجهة إعتداء مأمور الضبط، لأنه كان يجب عليه أن يستعمل سلطته استعمالا مشروعًا، فإذا جاد عن المشروعية أصبح فردا عاديا تجوز مقاومته.

(1) انظر د. محمود نجيب حسيني نفس صفحة - المرجع السابق -

(2) انظر الدكتور محمود نجيب حسيني: شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام - مرجع سابق - ص 230.

(3) انظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي، دراسة لمبدأ المشروعية - مرجع سابق - ص 245.

(4) انظر الدكتور محمد مصطفى القلبي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 332.

- وانظر الدكتور علي راشد: موجز القانون الجنائي، ط 3 سنة 1953 م، المكان غير مذكور، ص 341.

(5) انظر الدكتور محمود نجيب حسيني - المرجع السابق - ص 230.

(6) انظر الدكتور فوزية عبد الستار: خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص من 192 إلى 195.

- وانظر الدكتور روف عبيد: مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 455 إلى ص 458.

- الرأي الثاني: يقول أصحابه بأن على الأفراد واجب الطاعة ولو كان عمل المأمور غير مشروع. لأن على الأفراد طاعة السلطة في صمط ومن غير مناقشة.

- الرأي الثالث: يتوسط بين الرأيين السابقين، فيقول أصحابه بعدم جواز مقاومة المأمور إذا كانت أعماله ظاهرة الشرعية، أما إذا كان ظاهر أعماله تبدر منه عدم الشرعية فإنه يجوز للأفراد مقاومته.

وإذا قارنا هذه الآراء الثلاثة بما عليه الحال في فقه الشريعة الإسلامية نجد أن الرأي الأول يتفق مع رأي سيدنا علي - رضي الله عنه - في مسألة مبعوث سيدنا عمر - رضي الله عنه - مع المغنية والقائل بوجوب الضمان (الدية على العاقلة) دون النظر إلى مشروعية أو عدم مشروعية عمل مبعوث سيدنا عمر كما مور ضبط بمفهوم لغة العصر<sup>(1)</sup>.

وأما الرأي الثاني: فتأباه الشريعة الغراء لما ينطوي عليه من تعسف في استعمال السلطة، وما يجر إليه من إستباحة نفوس وأموال حرصت الشريعة السمحة على الحفاظ عليها وحمايتها.

وأما الرأي الثالث: فيتفق ما ذهب إليه الحنابلة والظاهرية، والقوانين التي نصت على جواز مقاومة تعدي مأمور الضبط.

وبهذا نكون قد انتهينا من بحث مسألة تعدي مأمور الضبط ومنتقل إلى مسألة إعتداء ذوي الحصانة.

(57) - سادسا: إعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية:

تثير مسألة إعفاء الممثلين الدبلوماسيين من أحكام قوانين العقوبات للبلاد التي هم معتمدين لديها تساؤلا حول ما إذا كان من الممكن دفع تعديهم إستنادا إلى الدفاع الشرعي أم لا؟ وفيما يلي نناقش هذه المسألة في نظر الفقه الإسلامي أولا ثم في نظر النظم القانونية الوضعية.

(1) يرجع إلى المحلى لابن حزم - مرجع سابق - ج 11، ص 224 و225.

1 - موقف الفقه الإسلامي من إعتداء (خيال) ذوي الحصانة الدبلوماسية:  
القاعدة في رأي جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> وهم المالكية والشافعية والحنابلة أن نصوص  
الشريعة الإسلامية تسري على ما يقع من جرائم في دار الإسلام أيا كان مرتكبها، الذمي  
والمستامن في ذلك مثل المسلم، إذ تقررت هذه الأحكام لدفع الفساد وحفظ الجماعة المسلمة  
ومن ثم وجب تطبيقها على كل من بدار الإسلام إذا أجرم فيها.  
ويعنى هذا أن ما يرتكبه رجال السلك الدبلوماسي من إعتداءات في بلد المسلمين الذي  
هم معتمدين لديه، تعتبر غير مشروعة، وتخضع للنصوص التي تجرم هذه الأفعال في  
الشريعة الإسلامية.  
ويترتب على ذلك أنه من الممكن رد إعتداءاتهم إستنادا إلى الدفاع الشرعي (دفع  
الصائل).

ويفرق الإمام<sup>(2)</sup> أبو حنيفة - رضي الله عنه - بين الذمي والمستامن، فالذمي تسري  
عليه كل العقوبات الإسلامية لأن القاعدة أن «له ما للمسلمين وعليه ما عليهم». أما  
المستامن فالعقوبات التي تثبت الحق للعبد أو حق العبد فيها هو الغالب فإنها تقام عليه، أما  
العقوبات التي تكون حقا خالصا لله - سبحانه وتعالى - كحد الزنا، أو التي يكون حق الله  
- سبحانه وتعالى - فيها هو الغالب فإن العقوبة لا تقام بسببها على المستامن لعدم التزامه  
ولأن أساس عقابه الولاية ولا ولاية على المستامن.  
ويظهر من هذا الرأي أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - لم يضيف المشروعية على جريمة  
المستامن في حالة كون العقوبة على جرمه يكون الحق فيها خالصا لله - سبحانه وتعالى -  
وإنما رأى عدم العقاب لعدم الولاية.

وعليه فإنه يمكن أن يترتب على هذا أنه طالما أن تعدي المستامن غير مشروع فإنه  
تجوز مقاومته إستنادا إلى الدفاع الشرعي (دفع الصائل) وبالتالي القول بإمكان مواجهة

---

(1) انظر الإمام مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ج 16، ط 1 لسنة 1323 هـ، مطبعة دار السعادة بمصر، ص 91.

- وانظر الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب في فقه الإمام الشافعي طبعة سنة 1333 هـ، دار الكتب العلمية الكبرى بمصر، ص 358.

- وانظر المعنى ج 10، الشرح الكبير ج 9 - مرجعين سابقين - ص 439 من الأول وص 382 و383 من الثاني.

- وانظر عبد القادر عوده: التشريع الجنائي الإسلامي ج 1 - م.س. - ص 324.

(2) انظر ابن الهمام كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السهاسي: فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني، ج 4، ط سنة 1329 هـ، المطبعة الميمنية بمصر، ص 115.

إعتداء رجل السلك الدبلوماسية لعدم مشروعيته، إسنادا إلى ذلك.  
ويمكن إجمال القول في هذه المسألة بأن الحصانة الدبلوماسية لا تضيقي شرعية على إعتداءات رجالها، وعليه فإنه - في نظر الشريعة الغراء - بإمكان الأفراد رد إعتداءاتهم إسنادا إلى الدفاع الشرعي (دفع الصائل) وتحقيقا لمبدأ «لا يعلو أحد على القانون».

2 - موقف الفقه الوضعي من إعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية:  
مسألة دفع إعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية أثارت خلافا بين شراح القوانين الوضعية فظهر في هذه المسألة إتجاهين:

الإتجاه الأول: يقول أصحابه أن الحصانة سبب شخصي للإعفاء من العقاب، والخضوع للقانون الجنائي، وليس للحصانة أي أثر على عدم مشروعية ما يرتكبه من بتمتع بها، ولذلك يجوز دفع إعتداءاتهم إسنادا إلى الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>.

والإتجاه الثاني: يقول أصحابه أن المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية لا تشملهم قاعدة قانون العقوبات، ولا تعد أفعالهم إعتداء فلا يجوز الدفاع الشرعي ضدها<sup>(2)</sup>.  
ومن أتباع هذا الإتجاه من يقول بأنه وإن كانت أفعال المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية لا تعد إعتداء فإن ذلك لا يعني وجوب تحملها، وإنما يمكن ردها ودفعها إسنادا إلى قاعدة الضرورة، إن توفرت شروطها، إذ الضرورة لا تشترط عدم مشروعية الفعل المهدد بالخطر<sup>(3)</sup>.

وأرى أن الرأي الأول هو الأصوب باعتباره الحصانة سبب شخصي ليس له تأثير على الدفاع الشرعي كسبب للإباحة باعتباره سببا موضوعيا لا يتأثر بالظروف والإعتبارات الشخصية، كما أنه الرأي الذي يتفق مع ما سبق أوصلنا إليه من موقف الشريعة الإسلامية وتحقيقا لمبدأ «لا يعلو أحد على القانون».

أما الإسناد إلى مبدأ الضرورة فيترتب عليه حرمان الكثيرين من حق الدفاع ضد إعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية، لأن مجال الضرورة أضيق من مجال الدفاع الشرعي، إذ لا تجدي نفعاً إلا في دفع خطر الاعتداء الجسيم على النفس.

(1) انظر الدكتور رمسيس بهنام؛ النظرية العامة للقانون الجنائي - مرجع سابق - ص 380.  
- وانظر الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي؛ شرح قانون العقوبات الليبي - مرجع سابق - ص 170.  
(2) V. Delogu ; Les causes de justification, OP. P. 289  
(3) انظر الدكتور فوزية عبد الستار؛ خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 201.

## الفرع الثاني حلول خطر الاعتداء

(58) - تمهيد وتقسيم

لا يكفي كون الاعتداء غير مشروع للاحتجاج في صده بالذفاع الشرعي، بل لابد وأن يكون - زيادة على عدم مشروعيته - خطره حالاً.

وشرط حلول الخطر هذا فيه كلام حول معنى حلول الخطر، ومتى ينتهي الخطر؟ وهل يمكن الدفاع ضد خطر المستقبل؟ وما مدى مشروعية نصب الأشرار والفخاخ أي الدفاع الآلي؟ ولفقهاء كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كلام في ذلك. وعليه نقسم هذا الفرع إلى نقطتين كالتالي:

- أولاً: حلول الخطر وإنهاء الاعتداء.
- ثانياً: الخطر المستقبلي والدفاع الآلي.

(59) أولاً: حلول الخطر وإنهاء الاعتداء:

يشترط كما قلنا أن يكون خطر الاعتداء حالاً، ويقصد بحلول الخطر أن الاعتداء سيقع لا محالة إذا لم يبادر المدافع بما يلزم لدرته. ويكون الخطر حالاً في صورتين:

أولاهما: أن يكون الاعتداء لم يبدأ بعد ولكنه وشيك الوقوع.

ثانيتها: أن يكون الاعتداء قد بدأ فعلاً ولكنه لم ينته بعد.

وسنبحث هذه المسألة في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي على النحو التالي:

(60) 1 - حلول الخطر وإنهاء الاعتداء في الشريعة الإسلامية:

يشترط فقهاء الشريعة الغراء لتبرير الدفاع الشرعي (دفع الصائل) أن يكون خطر الاعتداء حالاً، بحيث لا يتمكن الموصول عليه من طلب الفوت والنجدة، فإذا لم يكن الخطر حالاً كان يكون الصائل لا يستطيع إلحاق الأذى بالموصول عليه في الحال، فإن الفعل الذي يأتيه من يدعي دفع اصائل في مثل هذه الحالة لا يكون من قبيل الدفاع الشرعي المباح. وإنما هو إعتداء غير مشروع.

وكذلك لا يعتبر دفاعاً مشروعاً ما يقوم به الموصول عليه أو من يقوم بدعوى الدفاع عنه بعد إنتهاء العدوان، لأن المقصود من الدفاع الشرعي هو الدفع وليس الثأر أو الانتقام. وفيما يلي إستقصاء لعبارات الفقهاء يتأكد منها ذلك:

أ - في المذهب المالكي: يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام: «أما لو كان قد تباعد (يقصد اللص) منه (يقصد صاحب المتاع المسروق) بهربه ولحق بالصحراء ولا متاع معه فاتبعه حتى أدركه فواقعه السارق أو لم يواقعه السارق فقتله فعليه القود لأنه قتله على غير متاع كان له معه...»<sup>(1)</sup>.

ب - في المذهب الحنفي: لا يجوز الدفاع بعد إنتهاء العدوان وفي هذا يقول الطوري في تكملة البحر الرائق «ولو ضربه الشاهر (يقصد سلاحه) فانصرف فقتله الآخر، قتل القاتل، معناه: إذا شهر رجل على رجل سلاحه فضربه الشاهر فانصرف ثم أن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً<sup>(2)</sup> مثل ما كان لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فإذا رجع على وجه لا يريد ضربه ثانية إندفع شره فلا حاجة إلى قتله لارتفاع شره بدونه فعادت عصمته، فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل رجلاً معصوماً ظلماً»<sup>(3)</sup>.

(1) انظر ابن فرحون تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك، طبعة الحلبي سنة 1958م، ج 2 - مرجع سابق - ص 186.

(2) من مثل هذه النصوص وهي كثيرة في كتب الفقه والتي تنص على أن الإعتداء يجعل المعتدي غير معصوم رأى الدكتور محمد سيد عبد التواب أن عصمة المعتدي زالت، ورأيت أنها علقت مؤقتاً إذا الزوال يقتضي في نظري شيئاً على الأقل من الدوام، إذا لم يكن يقتضي الدوام، انظر رأيي في أساس الدفاع الشرعي في التمهيد لهذا البحث.

(3) انظر الطوري: تكملة البحر الدائق ج 8 - مرجع سابق - ص 344، وأنشر المحصفي محمد علاء الدين: الدر المختار، شرح تنوير الأبصار على هامش حاشية ابن عابدين ج 2، ط سنة 1344 هـ، مطبعة صبيح، ص 444.

ج - في المذهب الحنبلي: لا يجوز الدفاع بعد إنتهاء الاعتداء فقد جاء في شرح منتهى الإرادات للبهوتي «ولا يضمن من دخل منزله متناصها إن لم يندفع بآرن قتل فيأمره رب المنزل أولا بالخروج فإن خرج لم يفعل به شئى لحصول المقصود»<sup>(1)</sup>.

د - في المذهب الشافعي يقول الإمام - رضي الله عنه - في كتابه الأم: «وإن أراد في الطريق وبينهما نهر أو خندق أو جدار أو ما لا يصل معه إليه لم يكن له ضربه، ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزا له مريدا له، فإذا كان بارزا له مريدا له كان له ضربه حينئذ إذا لم ير أنه يدفعه عنه إلا بالضرب»<sup>(2)</sup>.

كما قال «وإن كان له مريدا فانكسرت يد المرید أو رجله حتى يصير ممن لا يقدر عليه لم يكن له ضربه...»<sup>(3)</sup>.

ففي مثل هاتين الحالتين لا يستطيع الصائل إلحاق الأذى بالموصول عليه. وعبر الإمام - رضي الله عنه - عن عدم مشروعية أعمال الدفاع بعد إنتهاء الصائل (المعتدي) من صياله (عدوانه) بقوله: «وإن ضربه ضربة أولم يضربه حتى رجع عنه تاركا لقتاله لم يكن له أن يعود عليه بضرب»<sup>(4)</sup>.

وفي المذهب الشافعي أيضا يعبر صاحب مغنى المحتاج عن عدم جواز الدفاع بعد إنتهاء العدوان، فلا يجوز بقصد الدفاع دخول منزل اللص لاسترداد المتاع المسروق. وفي هذا يقول: «ولو أخذ المتاع وخرج فله أن يتبعه ويقاتله إلى أن يطرحه، ولا يجوز دخول بيت شخص إلا بإذنه»<sup>(5)</sup>.

(1) انظر البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ط سنة 1947م، مطبعة أنصار السنة، ص 378.

(2) و(3) و(4) الإمام للشافعي الأم، ج 6، ط دار المعرفة، لبنان، ص 31.

(5) انظر الشريفي، ج 4، ط الحلبي - مرجع سابق - ص 199.



فالسارق بدخول البيت يكون قد استقرت له الحيازة على المتاع المسروق، ولا يصح بدعوى الدفاع اللحاق به داخل المنزل سواء كان منزل السارق أو منزل غيره دخله بإذن أو بغير إذن صاحبه، اللهم إذا دخله بغير إذن صاحبه متعدياً. فهنا يجوز دفعه عن هذا العدوان على حرمة المنزل.

وأرى أنه يعود الحق في الدفاع عند ذلك لتخليص المتاع المسروق لانتفاء حالة استقرار حيازته له.

وإذا كان الفقه الإسلامي يشترط حلول الخطر حتى يحتج بالدفاع الشرعي أو بالأحرى حتى يمارس الدفاع فإنه يثور التساؤل حول معيار حلول خطر الاعتداء في الفقه الإسلامي. وأرى أن المعيار في ذلك هو إمكان تحقق الاعتداء في الحال إذا لم يتم المصول عليه (المعتدى عليه) أو غيره بدفعه، وأن يكون الصائل جاداً إلا مازحاً، وذلك كله بحسب ظن المصول عليه أو المدافع لأنه في هذه الحالة كما يقول البهوتي في كتابه كشف القناع: «... لو منع من ذلك لأدى إلى تلفه وأذاه في نفسه وجرمه وماله»<sup>(1)</sup>.

وهذا ما ذهب إليه الإمام الشافعي - رضي الله عنه - في كتابه الأم إذ قال: «... فإن رماه الرجل ومثل الرمي يصل إليه لقربه منه كان له رميه وضربه، وإن برز الرجل من الحصن حتى يصير الرجل يقدر على ضربه بحال فأزاده فله ضربه»<sup>(2)</sup>.

والحاصل أن فقهاء الشريعة الغراء يشترطون في خطر الاعتداء أن يكون حالاً أي وشيك الوقوع أو واقع لم ينته بعد فيكون الدفاع لكفه أو إنهائه، أما إذا وقع وانتهى فإن ما يرتكب بدعوى الدفاع يكون من قبيل الثأر والعدوان غير المشروع.

2 - حلول الخطر وإنهاء الاعتداء في الفقه الوضعي:

تشرط كثير من التقنينات العربية، ومنها قانون العقوبات الجزائري أن يكون خطر الاعتداء<sup>(3)</sup> حالاً حتى يقوم الدفاع الشرعي.

فالمادة 39 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري تنص على أنه: «لا جريمة 1 ... 2 إذا كان الفعل قد دعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس...».

(1) انظر البهوتي: كشف القناع، ج 4 - مرجع سابق - ص 92.

(2) انظر الإمام الشافعي: الأم ج 6 - مرجع سابق - ص 31.

(3) انظر الدكتور محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية - مرجع سابق - ص 54.

والمادة 155 من قانون العقوبات الأردني ومثلها المادة 184 من قانون العقوبات اللبناني تنصان على أنه « يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مشار...».

وكذا المادة 420 من قانون العقوبات العراقي تشترط حتى تقوم حالة الدفاع الشرعي أن يواجه المدافع خطرا حالا من جريمة.

ونص قانون العقوبات الجزائري مقتبس من نص المادة 328 من قانون العقوبات الفرنسي الذي استعمل نفس العبارات:

2" Lorsque le fait commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même..."

والقوانين الأردنية واللبنانية والعراقية متأثرة بهذا النص.

أما قانون العقوبات المصري فلم ينص صراحة على شرط حلول الخطر - رغم توسعه وتفصيله في الموضوع - غير أنه يستفاد ضمنا من نص المادة 247 منه والتي تنص على أنه « ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العمومية ».

وهذا الشرط مسلم به من شراح القوانين الوضعية حتى ولو لم ينص عليه في قانون ما لأن حالة الخطر المحدق التي يوجد فيها المعتدى عليه هي التي تبرر الدفاع<sup>(1)</sup>. ويرى شراح القوانين الوضعية أن الخطر يكون حالا حتى ولو كان لم يبدأ بعد ولكنه على وشك البداية. فيتجه الدفاع في حالة الخطر وشيك الوقوع إلى منع وقوعه، وفي حالة الخطر الواقع فعلا ولكنه لم ينته إلى إنهائه<sup>(2)</sup>، وفيما يلي تفصيل الصورتين:

- 
- (1) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص 222.  
وانظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة، ط سنة 1958 م - مرجع سابق - ص 194.  
(2) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات المصري، قسم عام - مرجع سابق - ص 215.  
وانظر الدكتور رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري - مرجع سابق - ص 155 و 156.

- الصورة الأولى: صورة الخطر الوشيك الوقوع:

من البدهة بمكان أن القانون لا يمكن أن يشترط إنتظار المعتدى عليه، أو من سيدافع عنه حتى يقوم المعتدي بضربه الضربة الأولى، وإنما يكفي أن تصدر من هذا المعتدي أفعال لا يبقى معها لبس في أن الاعتداء سيقع فوراً<sup>(1)</sup>، كان يهدد آخر بأنه سيقتله، والجد كل الجد باد من حاله، ثم يخرج مسدسه ويشرع في حشوه بالذخيرة، فإن لهذا الذي هدده ولغيره الدفاع، لأن الذي توجه إليه التهديد صار أمام خطر حال وشيك الوقوع، ولا يطلب في مثل هذه الحالة انتظار بداية الاعتداء فعلاً، إذ قد لا يجدي دفاعه عند بداية الاعتداء، ولا الدفاع عنه.

وعلى غرار ما جاء من أقوال الإمام الشافعي - رضي الله عنه - في كتابه الأم فإن الفقه الوضعي جاء فيه من الأقوال ما يصور الشروط المتطلبية في الدفاع تصويراً ويبدو منها شرط حلول الخطر، من ذلك ما قاله پفندورف (Puffendorf): « إذا رأيت شخصاً يقبل نحوي ويبيده السلاح بصورة يبدو معها بما فيه الكفاية أنه سوف يطعنني، ومن ناحية أخرى لم أجد مكاناً أحتمي فيه فإنني يمكنني أن أطلق عليه رصاصة قبل أن يصبح قريباً جداً مني بحيث أصبح في متناول سلاحه، وذلك لأن اقترايه أكثر من ذلك سيجعلني في وضع يستحيل علي فيه إستعمال سلاحه »<sup>(2)</sup>.

وهذا النص يوضح بما فيه الكفاية أنه لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يبدأ المعتدي عدوانه، وإنما يكفي أن يبدر منه التهديد بخطر وشيك الوقوع.

(1) V. Garçon : Code pénal annoté OP. P. 162.

V. Garraud : Traité théorique et pratique - T. 2; OP - P. 25.

وانظر الدكتور محمود مجيب حسني: شرح قانون العقوبات المصري، قسم عام - مرجع سابق - ص 215.

وانظر مجموعة القواعد القانونية ج 5، نقض 40.3.11 - مرجع سابق - ص 126.

وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض سنة 1 نقض 50.3.6 - مرجع سابق - ص 380، وسنة 2، نقض 51.11.7، ص 152.

V. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie : Théorie du Code pénal, 5ème Edition (2) de 1872, Paris 1876.

( 59 ) الصورة الثانية: صورة الاعتداء المستمر:

يكون الاعتداء مستمرا إذا كان قد بدأ فعلا، أي شرع المعتدي في عدوانه ويشترط في هذه الحالة لإباحة الدفاع أن يكون خطر الاعتداء مازال قائما، أي مازال الجاني مستمرا في أفعاله، أما لو كان الاعتداء قد حصل وانقضى بإتمام الجريمة (الهدف المقصود) أو بإنهاء العدوان بأية كيفية أخرى كدفعه من المعتدى عليه أو غيره، أو بكف المعتدي نفسه عن جرمته. فإن الأعمال التي تأتي بعد ذلك باسم الدفاع ليست دفاعا بل تدخل ضمن مفهوم العدوان الذي يجرمه القانون، والانتقام غير المشروع<sup>(1)</sup>.

وتختلف لحظة إنتهاء العدوان حسب طبيعة الجريمة، وذلك تبعا لاختلاف الركن المادي للجريمة<sup>(2)</sup> من جريمة إلى أخرى.

ففي الجرائم الوقتية تنتهي بإنهاء النشاط الذي يأتيه الجاني، فجريمة السرفة لا تتم إلا باستيلاء السارق على الشيء المسروق ووصوله إلى الحيابة الهادئة للشيء، فالسارق الذي يسرق حافظة المجني عليه، ثم ينطلق بها هاربا يكون للمجني عليه وللغير - دفاعا عن المال - الدفاع ضده بما هو مناسب لإيقافه، لاسترجاع الحافظة المسروقة منه حتى بإطلاق النار عليه<sup>(3)</sup> لأن الجريمة في مثل هذه الحالة لم تتم بعد، إذ جريمة الإختلاس لا تتم بإمساك الشيء المختلس بل بنقل حيازته إلى الجاني، وهو ما لم يكن قد تم بعد وقت الدفاع، فالحيابة في ذلك الحين لم تستقر للجاني<sup>(4)</sup> إستقرار هادئا.

وفي الجرائم الوقتية المتكررة التي يتم فيها السلوك الإجرامي على مراحل كأن يضرب شخص آخر بصفعة ثم يهجم بصفعة ثانية أولكمه أو ركله، ففي هذه الحالة يمكن قانونا الدفاع لتفادي خطر الضربات التالية الذي يوشك<sup>(5)</sup> أن يقع.

( 1 ) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 223.  
انظر د. عبد الوهاب حومد: شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، ط سنة 1972، المطبعة العصرية بالكويت، ص 238.  
وانظر الدكتور حسن صادق المرصفاوي: قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، ط سنة 1972، معهد البحوث والدراسات العربية، ص 158.

( 2 ) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 269.  
V. G. Dégois : Traité élémentaire de Droit criminel, Edition de 1911. Paris 1673)  
V. Garraud : Traité théorique et pratique de Droit pénal, T. 2 - OP - P. 26 (4)

(5) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام - مرجع سابق - ص 216.

وانظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 235.

وفي الجرائم المستمرة يباح الدفاع لإنهاء حالة الإستمرار، فمثلا في جريمة الخطف يكون للمخطوف أو من يدافع عنه أن يدفعوا الخاطفين طالما الضحية تحت سيطرتهم<sup>(1)</sup>.  
وقد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على عدم مشروعية الدفاع بعد إنتهاء العدوان، معتبرة عمل من يدعي الدفاع في مثل هذه الحالة من قبيل الثأر والانتقام غير المشروع، فجاء في حكم لها: «الدفاع الشرعي لم يشرع للقصاص والانتقام غير المشروع وإنما شرع لمنع المعتدي من إيقاع فعل التعدي، فإذا كانت الواقعة هي أن المتهم كان يغازل فتاة فاستجارت بالمجنني عليه فعنف المتهم على مسلكه معها وضربه بعصا، فاستل المتهم بعد ذلك مديّة وطعن المجنني عليه بها، فليس في ذلك ما يثبت أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن النفس، بل فيه ما يفيد أن ما وقع منه بعد أن كان المجنني عليه قد كف عن ضربه ولم يعد ثم محل للتخوف منه، إنما كان انتقاما»<sup>(2)</sup>.

بعد هذا العرض لمفهوم حلول الخطر وإنتهاء الاعتداء في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، يتبين لنا أن كل من الفقهاء يناقش المسألة بالكيفية والتصوير ذاتهما وبناء عليه نقول أن الفقه الوضعي لم يأت بغير الذي سبق وأن جاء به الفقه الإسلامي.

V. Tsarbalas : Le moment et la durée des infractions pénales (thèse); Edition (dè) 1967. Paris P. 65.

- (2) انظر مجموعة القواعد القانونية، ج 4، نقض 12.26.1938م - مرجع سابق - ص 417.  
وانظر مجموعة القواعد القانونية، ج 1، نقض 11.6.1945م - مرجع سابق - ص 175.  
وفي نفس الصفحة نقض 22.3.1950م ونقض 25.12.1943م ونقض 3.3.1941م.  
وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الأولى، نقض 27.3.1950م، ص 471.  
وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة السابعة، نقض 16.1.1956م، ص 55.  
وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الثانية عشر، نقض 13.11.1961م، ص 905.  
وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الثالثة عشر، نقض 5.11.1962م، ص 700.  
وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة عشر، نقض 12.10.1964م، ص 5738.  
انظر مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الثالثة والعشرين، نقض 30.4.1972م، ص 622.  
والإستقصاء في مجموعة القواعد القانونية ومجموعة أحكام محكمة النقض يؤدي إلى أحكام غير هذه المشار إليها في هذا الموضوع، كما أن النصوص في كتب الفقه الإسلامي فيه أكثر من أن يحاط بها.  
وانظر أيضا الدكتور سمير عالية قاض وأستاذ بالجامعة اللبنانية؛ مجموعة إجتهدات محكمة التمييز الجزائية، ج 4، ط 2، سنة 1407 هـ - 1987م، ص 415 و 416.

(63) ثانيا: الخطر المستقبل والدفاع الآلي:

لقد رأينا أن كلا من الفقهاء الإسلامي والوضعي يوجبان أن يكون الخطر حالا، حتى تقوم حالة الدفاع الشرعي، وأن الأعمال التي تأتي بعد إنتهاء العدوان لا تعتبر دفاعا شرعيا وإنما تندرج ضمن أعمال الإنتقام والثار الغير مشروع<sup>(1)</sup>.

لكن يثور التساؤل عن موقف كل من الفقهاء من الدفاع ضد الخطر المستقبل، وما يعد لذلك من نصب الفخخ والشراك والأحابيل، أو ما يسمى حديثا بالدفاع الآلي: (La défense automatique)

وستتناول ذلك - بحول الله - في نقطتين، إحداهما تتناول فيها موقف الفقه الإسلامي من الخطر المستقبل والدفاع الآلي، وثانيتهما تتناول فيها موقف الفقه الوضعي منه.

1 - موقف الفقه الإسلامي من الخطر المستقبل والدفاع الآلي:

عما لاشك فيه أن المقصود من دفع الصائل هو رد عدوانه، فإذا لم يكن هناك إعتداء على وشك أن يقع أوراغ فعلا ولم ينته بعد - كما مر معنا في الفقرة السابقة - فلا ميرر إذا للدفاع الشرعي.

فعلة الدفاع الشرعي هي خطر الاعتداء الواقع فعلا، أو الوشيك الوقوع فإذا زالت العلة زال الدفاع معها.

ومن ثم فإن الدفاع ضد الخطر المستقبل لا يعد دفاعا شرعيا لخروجه عن المقصود. ففي المذهب المالكي يقول ابن العربي: «لا يقصد الموصول عليه القتل وإنما يقصد الدفع» بل ويذهب شراح خليل - رضي الله عنه - إلى القول بأنه: «لا يجوز للموصول عليه جرح الصائل فضلا عن قتله إن قدر على الهرب منه»<sup>(2)</sup>. فكيف يتأتى بعد هذا القول بجواز دفع ما يتوقع منه من خطر في المستقبل الذي هو في علم الله - سبحانه وتعالى - وحده. وفي المذهب الحنفي لا يجوز الدفع إذا كان الموصول عليه يلحقه الغوث<sup>(3)</sup>، وخطر المستقبل يمكن الإحتراز منه واتخاذ الإحتياطات اللازمة، ومنها طلب الغوث.

(1) إرجع إلى الفقرة السابقة.

(2) انظر المواق محد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 6، ط سنة 1313 هـ، المطبعة الميمنية بالقاهرة، ص 123.

(3) انظر الكاساني؛ بدائع الصنائع، ج 7، ط 1، 1910 - مرجع سابق - ص 92.

أما المذهب الشافعي فقد نص الإمام - رضي الله عنه - صراحة على أنه: «وإن إرادته وهو في طريقه بينهما نهر أو خندق أو جدار أو ما لا يصل معه إليه لم يكن له ضربه، ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزا له مريدا له... وإن كان له مريدا فانكسرت يد المرید أو رجله حتى يصير ممن لا يقدر عليه لم يكن له ضربه.. وإذا كان المراد في حصن أو خندق إرادته رجل لا يصل إليه بضرب لم يكن له ضربه...»<sup>(1)</sup>.

هذا من حيث أن توقع الخطر في المستقبل لا يرد عليه في الحال، كما قالوا: إذا أمكن أن يلحق الغوث، وعلى العموم إذا كان بإمكان من يتهدده الخطر أن يحتزز من ذلك ويتخذ الاحتياطات اللازمة.

أما اتخاذ الاحتياطات بنصب الأشرار والفخاخ والأحابيل، أو ما يطلق عليه شرح القوانين الوضعية «الدفاع الآلي» من وضع الغام أو تيار كهربائي ونحو ذلك.

فقد ذهب الحنيفة والشافعية والحنابلة إلى أن «من حفر بئرا في ملكه فوق فيها إنسان أو دابة فهلك به، وكان الداخل دخل بغير إذنه، فلا ضمان على الحافر، لأنه لا عدوان منه...»<sup>(2)</sup>.

وقد يفهم من هذا النص وأمثاله أن الفخ أو الخندق أو البئر لا يوضع أساسا للدفاع، وإنما يوضع لغرض غير ذلك فيتم السقوط فيه من طرف من دخل معتد. غير أن نص الفقهاء واضح في أن البئر أو الفخ توضع لأغراض الدفاع ضد الاعتداء، وإلا فما الحاجة لأن ينص صاحب المغني مثلا إثر ما نحن بصدد تحليله من الحكم على أنه «إن دخل بإذنه (أي حافر البئر) والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضا».

وهذا يعني أن البئر قد تخفى ويتم الدخول بغير الإذن ولا يكون هناك ضمان، وإخفاؤها قد يكون لغرض أن يسقط فيها المعتدي، وهذا الغرض دفاعي.

---

(1) انظر الشافعي الإمام محمد بن إدريس: الرسالة - تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر - ط 1، مطبعة الحلبي 1358 هـ - 1940 م، ج 6، ص 27.

(2) انظر ابن عابدين: الحاشية - مرجع سابق - ج 5، ص 544.

وانظر الهيثمي أحمد حجر: تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط 1، المطبعة اليمنية بمصر، ج 4، ص 50.  
وانظر ابن قدامة موفق الدين عبد الله أحمد بن محمل المغربي: المغني على مختصر الحرق، ط 3، دار المنار، سنة 1367 هـ، ج 9، ص 571.

ويستخلص من هذا أن جمهور الفقهاء يجيزون نصب الفخاخ والشراك وغيرها من أجهزة الدفاع الآلي، إذ يقولون بأنه: «لا ضمان» وهذه الصيغة عند إطلاقها تعني أنه لا دية ولا قصاص وبمعنى آخر أنه لا تعويض ولا عقوبة.

أما المذهب المالكي: فالظاهر أن الإمام - رضي الله عنه - يرى أن المسألة يفرق فيها بين وضع الخندق أو البئر ونحوهما لسد حاجة من حاجات المكان الذي وضعت فيه، أو وضعها بقصد الإتلاف والإضرار ولو بسارق وغيره من المعتدين.

ففي الحالة الأولى لا يحمل الإمام واضع الفخ وحافر البئر أو الخندق ضماناً، وفي الحالة الثانية يحمله الضمان.

وهذا الموقف من الإمام يعني بوضوح أنه لا يقر وضعية ما يسمى بالدفاع الآلي، وقد ورد هذا عنه في مدونته<sup>(1)</sup> الكبرى.

غير أن الخطاب أورد نصاً نسب ما يحمل من حكم إلى مدونة الإمام - رضي الله عنه - وفحوى نصه الوارد في كتابه مواهب الجليل حكاية عن أصبغ بأن أفرج سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه الدواب وقد تقدم إلى أصحابها وأنذرهم، فيحفر فيقع بعض تلك الدواب في الحفير فتموت، أتري عليه ضماناً؟ فقال ليس عليه شيء ولو لم ينذرهم، وقال أصبغ: وهو قول مالك<sup>(2)</sup>.

وقد أوضح الدكتور يوسف قاسم في رسالته (نظرية الدفاع الشرعي) أن رأي الخطاب هو أظهر أقوال المالكية.

ويرى الدكتور محمد سيد عبد التواب وأرى معه أن أظهر أقوال المالكية هو القول الوارد عن الإمام - رضي الله عنه - في المدونة، لأن الخطاب قال قوله على أساس أن ذلك ما ورد فيها والواقع غير ذلك. وقول إمام المذهب أظهره أولى بالإتباع من قول أحد شراح مذهبه.

بعد أن بحثنا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الخطر المستقبل، وما قد يعد له من الآلات والوسائل لدفعه، ننتقل لبحث المسألة عند فقهاء القانون الوضعي.

(1) انظر مالك الإمام مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن ابن القاسم العتقي عن الإمام مالك، طبعة سنة 1324 هـ، دار السعادة، مج 16، ص 254.

(2) انظر الخطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعييني: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، طبعة سنة 1329 هـ، مطبعة السعادة بمصر، ج 6، ص 243.



(65) 2 - موقف الفقه الوضعي من الخطر المستقبل والدفاع الآلي:

يرى جارسون<sup>(1)</sup> (Garçon) ودو ندى ديفابر<sup>(2)</sup> (Donnedieu de Vabres) أن الخطر المستقبل لا ينشأ به حق الدفاع الشرعي لانتفاء الحكمة من الدفاع، إذ يمكن اتخاذ التدابير التي تمنع حلول الخطر، ومن ذلك الإلتجاء إلى السلطة العامة وفي هذا الإطار جاء نص بعض التشريعات العقابية صريحا في المسألة، والمشرع المصري مثلا ينص<sup>(3)</sup> في المادة 247 من قانون العقوبات على أنه: « وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الإختماء برجال السلطة العمومية ».

وهذا النص لا يعني أن من تهدده خطر سيحصل في المستقبل لا يجوز له حمل سلاح مرخص لدفع هذا الخطر إن حل متى حل. فإذا حدث واستعمل هذا السلاح ضد من سبق أن هدده فإن ذلك لا يشكل بالنسبة إليه جريمة ضرب وجرح أو قتل مع سبق الإصرار، إذ سبق الإصرار تعلق بالدفاع لا بالجريمة<sup>(4)</sup>.

وللتفرقة بين الخطر الوشيك والخطر المستقبل يرى الفقهاء إستنادا إلى قضاء النقض في مصر أن العبرة بتقدير المدافع في الظروف التي وجد بها بشرط كون تقديره مبنيا على أسباب معقولة<sup>(5)</sup>.

وأما بالنسبة لاستعمال الوسائل الآلية فهناك خلاف بين الفقيهين غارسون وجارو.

(1) V. Garçon Emile : OP, P. 161 et 162.

(2) V. Donnedieu de Vabres : Traité élémentaire de Droit criminel et Science pénitentiaire, 9ème, Paris 1947, P. 216.

(3) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 198.

(4) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 267.

V. Garçon, OP P. 165 et 166.

(5) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح ق.ع.، قسم مصري - مرجع سابق - ص 216.

وانظر مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، السنة 1، رقم 128، نقض 3.6.1950، المكتب الفني لمحكمة لنقض، ص 380.

ففي حين يفرق الفقيه فارسون بين وضع الشرك أو التيار الكهربائي لغرض غير قتل الإنسان بل لأسر الحيوان مثلا، فهنا إن سقط فيه من تسرب للذهب فلا مسؤولية على الواضع، لانتفاء القصد الجنائي، حتى على سبيل الاحتمال، بخلاف وضع ذلك في منزل ماهر بالسكان، لأن في ذلك إساءة لاستعمال الحق، ويسأل عن ذلك<sup>(1)</sup> الفاعل.

أما جار وفيري أن مالك المكان غير مسؤول عن القتل أو الجرح بسبب تركيبه السلك المكهرب أو الفخ الذي يقع فيه المعتدي، متى توفر في ذلك شرطان، هما:

- الشرط الأول: أن لا تعمل الوسيلة إلا عند وقوع الاعتداء.

- والشرط الثاني: أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء<sup>(2)</sup>.

وأرى أنه في الواقع قد يصعب إن لم يكن مستحيلا التحقق من توفر الشرطين<sup>(3)</sup>. ويذهب الفقه في مصر إلى أن الأمر جائز متى توفر شرط تناسب فعل الدفاع مع فعل الاعتداء.

وفي القانون الجزائري - في الجنايات خاصة - تخضع مثل هذه المسألة لقناعة أغلب أعضاء محكمة الجنايات طبقا لنص المادة 307 ق.إ.ج.

وتقييما لما سبق يمكن القول أن الفقه والقانون الوضعيين لم يأتيا بجديد عما سبقت إليه الشريعة الغراء ببضعة قرون من الزمن، إذ سبق فقهاها إلى بحث مسائل جد دقيقة في الموضوع - كما رأينا - وأوجد لها حلولا جد متحضرة، لا تبقى للمشككين والمتشككين عذرا في شكهم بأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وأنه يمكن أن تجد الحلول لكل المسائل، متى وجدت من يفهمها ويستنبط منها الأحكام.

وأرى أن مسألة الدفاع الآلي هذه يجب أن يتخذ المشرعون فيها تدابير حتى لا تكون ذريعة لأذى الناس. وتحدد ضوابطها، متى تكون دفاعا شرعيا، ومتى لا تكون كذلك، كان تحرم على جمهور الناس تحت طائلة العقاب، وتباح للبنوك والمصالح الاقتصادية والاستراتيجية للوطن، والتي يجب أن تحدد على سبيل الحصر.

V. Garçon DP P. 162.

V. Gourraud : Traité théorique et pratique de Droit pénal français, OP P. 25 (2)

(3) انظر الدكتور أحمد فدحي سرور: أصول قانون العقوبات - النظرية العامة للجريمة - مرجع سابق - ص 268.  
وانظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط 8، سنة 1969، دار النهضة العربية، ص 158.

## المطلب الثالث موضوع الاعتداء

(66) - تمهيد وتقسيم:

لم تقيد الشريعة الإسلامية الدفاع ولم تحدده بالاعتداء على موضوعات معينة دون غيرها من الموضوعات بل أطلقت الدفاع ضد خطر أية جريمة أيا كان موضوع الاعتداء، سابقة بذلك أحدث وأرقى الإتجاهات في التشريعات الوضعية التي تبيح الدفاع ضد كل جريمة، كما هو الحال في قانون العقوبات الإيطالي المادة 52 منه والإسباني في مادته 8 ففرتها 4 والسويسري في مادته 33. وبقيت معظم التشريعات العقابية في دول المعمورة تحدد بل وتضيق - كما سبق أن رأينا - في مجال موضوع الاعتداء الذي يجوز دفعه إستنادا لأحكام الدفاع الشرعي. وفيما يلي نتناول موضوع الاعتداء في فرعين تندرج تحت كل فرع عدة نقاط، والفرعان هما:

- الفرع الأول: موضوع الاعتداء في الفقه الإسلامي.
- الفرع الثاني: موضوع الاعتداء في الفقه الوضعي.

## الفرع الأول موضوع الاعتداء في الفقه الإسلامي

(67) - تمهيد وتقسيم:

لقد أقرت الشريعة الغراء الدفاع ضد خطر أية جريمة، فالاعتداء الذي يبرر الدفاع الشرعي قد يكون على النفس أو العرض أو الشرف والإعتبار أو المال. وفيما يلي عرض لموضوع الاعتداء على ضوء أحكام الفقه الإسلامي المستنبطة من شريعته في نقاط أربعة على النحو التالي:

- أولاً: جرائم النفس
- ثانياً: جرائم العرض
- ثالثاً: جرائم الشرف والإعتبار
- رابعاً: جرائم المال

(68) أولا: جرائم النفس

ويقصد بها تلك الجرائم التي تستهدف حياة الإنسان فتؤدي إلى قتله، أو تمس جسمه بالضرب أو الجرح، وقد تكفلت الشريعة الغراء بالنص على حماية الحياة وسلامة الجسم بتحريمها القتل في قوله تعالى: « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق »<sup>(1)</sup> ولا فرق بين الأنفس فالكل في حق الحياة سواء.

وما القصاص الذي أقرته الشريعة الغراء إلا حماية للحياة وللسلامة البدنية، فإذا بلغ الاعتداء حد القتل كان القصاص بالقتل وإذا وقف دون ذلك كان القصاص بقدر الاعتداء.

وفي هذا يقول سبحانه وتعالى: « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »<sup>(2)</sup>، وقال: « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون »<sup>(3)</sup>، كما قال: « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بأذن والسن بالسن والجروح قصاص »<sup>(4)</sup>.

فلما أن المولى سبحانه وتعالى أحاط النفس بهذه الحماية. كان الدفاع عنها من مقاصده سبحانه وتعالى.

وفي السنة النبوية المطهرة يشكل الحديث الشريف الذي يقول فيه النبي صلى الله عليه وسلم: «...ومن قتل دون دمه فهو شهيد...»<sup>(5)</sup> أصلا ثابتا حكمه صريح وواضح.

فالشارع الحكيم إذ كفل بالقرآن والسنة حرمة النفوس، وعصمها من الاعتداء أذن بان يدافع عنها وأن يرد عنها هذا الاعتداء، سواء كان المدافع من تعرضت نفسه للإعتداء أو غيره.

والاعتداء على النفس يتخذ صورا متعددة، أشدها وأقساها عليها الاعتداء بالقتل. وقد يكون الاعتداء أو التهديد به دون ذلك في الشدة والخطورة، ولكن مع هذا يشكل مساسا بسلامة الجسم كالجرح والضرب، وقد يكون بإيذاء خفيف كشد الشعر وسد الثغر وجذب الأذن ووضع الأصبع أو غيره في المنخر.

(1) سورة الأنعام، الآية 151

(2) سورة البقرة، الآية 178

(3) سورة البقرة، الآية 179

(4) سورة المائدة، الآية 45

(5) انظر الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ط سنة 1391 هـ - 1971 م، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، ج 5، ص 387.

فإذا ما تعرض الإنسان لصورة من هذه الصور من الاعتداء على النفس فقد أذن الشارع في رد هذا الاعتداء بالوسيلة الملائمة، وإن أدى ذلك إلى قتل الصائل (المعتدي) بشرط أن يكون القتل هو الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء، ففي المذهب الشافعي جاء في منهاج الطالبين للنووي ما نصه: «ولو عضت يده خلفها بالأسهل من فك لحية وضرب شدقيه وإن عجز فسلها فندرت أسنانه فهدر»<sup>(1)</sup>.

ولا فرق في نظر الشافعية بين الدفاع عن النفس أو عن العرض أو عن المال وإن قل في إباحة قتل الصائل، متى كان القتل هو الوسيلة الوحيدة للدفاع، فقد جاء في شرح العلامة المحلى: «له دفع كل صائل... على نفس... أو مال، إن قل إذا كانت المذكورات معصومة، فإن قتله فلا ضمان فيه بقصاص ولا دية ولا كفارة»<sup>(2)</sup>.

(69) ثانياً: جرائم العرض:

ما كادت تبحث إلا في الشريعة الغراء، وكانت من أحرص ما حرصت عليه، ومن أجل ذلك اعتبرت الزنا من جرائم الحدود ووضعت له عقوبة من أشد الروادع، وعاقبت على ما دون الزنا بالتعزير الذي يراه الحاكم رادعاً للمعزّر ولغيره.

وخولت الشريعة الغراء لمن يقع عليه إعتداء يتناول عرضه أو يوشك أن يقع به أن يدفعه بالوسيلة المناسبة، ولو أدى ذلك إلى قتل المعتدي، وأن يدفع المدافع التعدي على عرض غيره. ومجد مصدر الدفاع الشرعي عن العرض في السنة النبوية المطهرة في الحديث الشريف الوارد في نيل الأوطار الذي عرضنا شطراً منه في الفقرة السابقة، والشاهد منه في موضوعنا هو قول النبي - صلى الله عليه وسلم: «...ومن قتل دون عرضه فهو شهيد».

وروي عن الزبير - رضي الله عنه - أنه كان قد تخلف يوماً عن الجيش ومعه جارية له فاتاه رجلان... وقالوا له أحل عن الجارية فقبهما بسيفه فقطعهما بضربة<sup>(3)</sup>. وعمل هذا

(1) انظر النووي محي الدين أبو زكريا - يحيى بن شرف: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في فقه الإمام الشافعي، طبعة سنة 1338 هـ، مطبعة الحلبي، ص 135.

(2) المحلى جلال الدين محمد بن أحمد: شرح منهاج الطالبين للنووي، بهامش حاشيتي عميرة وقلبيوي، ط سنة 1956 م، مطبعة الحلبي، ط 3، ص 206.

(3) انظر ابن قدامة المغني: ج 9 - مرجع سابق - ص 336 و337.

الصحابي الجليل حجة إذ لم يعرف له منكر من العصابة، كما أن السنة النبوية الشريفة شهدت له في أحاديث كثيرة.

كما روي أن سيدنا عمر - رضي الله عنه - بينما هو يتغذى يوماً إذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم، فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل، وأقبل جماعة من الناس، فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا ومعه امرأته، فقال عمر: ما يقول هؤلاء؟ فقال: ضرب الآخر فخذي امرأته فإن كان بينهما أحد فقد قتل، فقال لهم عمر: ما يقول؟ قالوا: ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته فأصاب وسط الرجل فقطع بإثنين. فقال عمر: إن عادوا فعد؟<sup>(1)</sup>

وسوغت الشريعة الغراء لمن تنتهك حرمة مسكنه - في إطار حماية العرض - أن يدفع هذا الصائل المعتدي كما خولت له دفعه عن النظر إلى أي مكان لا يجوز له دخوله من غير إذن.

وقال في ذلك الشافعية والحنابلة: أنه يجوز دفع الناظر بأيسر وسيلة فإن لم يندفع إلا بما يفقأ عينه جاز للمنظور إليه ذلك<sup>(2)</sup>، ولا يسأل. مستدلين بالأحاديث الشريفة المروية في هذا الباب، كحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - الذي قال فيه: «قال أبو القاسم - صلى الله عليه وسلم - «لو أن امرأ إطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقات عينه لم يكن عليك جناح» متفق عليه<sup>(3)</sup>.

وحديث أنس بن مالك الذي جاء فيه: «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان في بيته رأى رجلاً إطلع عليه فأهوى إليه بمشقص (آلة شبيهة بالمقص) كان في يده لو لم يتأخر لم يبال أن يطعنه»<sup>(4)</sup>.

وما روى عن سهل بن سعد: «أن رجلاً إطلع في حجر من باب النبي - صلى الله عليه وسلم - وكان الرسول - عليه الصلاة والسلام - يحك رأسه بمدري<sup>(5)</sup> في يده، فقال - صلى

(1) انظر ابن قدامة: ج 8، ص 332، ط مطبعة المنار، نة 1367 هـ.

(2) انظر الإمام الشافعي: الأم، ج 6، طبعة الشعب - مرجع سابق - ص 28.

- انظر ابن قدامة المعنى، ج 3 - مرجع سابق - ص 263.

(3) انظر الصنعاني محمد بن إسماعيل بن صلاح؛ سبل السلام، ط سنة 1950، مطبعة الحلبي، ج 3، ص 263.

(4) انظر ابن قدامة: المعنى، ج 3 - مرجع سابق - ص 255.

(5) المدري، آلة من خشب كالمشط.

اللّه عليه وسلم: « لو علمت إنك تنظر لطمعت في عينك، إنما جعل الإستئذان من أجل البصر»<sup>(1)</sup>.

غير أن الأحناف والمالكية وقفوا من هذه الروايات موقفا متحفظا، فعرفت عنهما روايتان في حكم فقي، عين الناظر، ففي حين تتفق رواية مع المذهبين السابقين (الشافعي والحنبلي)<sup>(2)</sup> تذهب رواية ثانية إلى عدم جواز هذا الدفع الذي يؤدي إلى فقي، عين الناظر وتقول أن الأحاديث الواردة في هذا المعنى، واردة على سبيل التخليط للتخويف. ولا يباح الرمي للناظر عند أصحاب هذه الرواية إلا للتنبيه لا بقصد الأذى أو إصابة العين، وإن قصدت العين كان على الفاعل (المدافع) القود.

وأرى أن الرأي القائل بعدم جواز قصد الأذى، أو إصابة العين هو الأكثر تماشيا مع روح الشريعة السمحة، ومع شروط الدفاع الشرعي (دفع الصائل).

(70) ثالثا: جرائم الشرف والإعتبار:

عصمة الإنسان في شريعة الإسلام ممتدة إلى أبعد من نفسه وعرضه لتغطية شرفه واعتباره. فعاقبت على قذفه وسبه وشتمه.

ومن القذف ما هو جريمة حدية، وهو رمي المحصن بالزنا ونفي النسب، وقد حرم هذا النوع من القذف أولا بالقرآن العظيم وحددت عقوبة القاذف فيه بقوله تعالى: « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا»<sup>(3)</sup>. وثانيا بالسنة، فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: «إجتنبوا السبع الموبقات. قالوا: وما هن<sup>(4)</sup> يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات» متفق عليه.

(1) يرجع إلى المقدمة المتعلقة بنطاق الدفاع الشرعي من هذه الرسالة.

(2) انظر ابن عابدين، ج 5 من الحاشية - مرجع سابق - ص: 485

- انظر الخطاب: مواهب الجليل ج 6 - مرجع سابق - ص 322 و323.

- وانظر المواق محمد بن يوسف العبددي: التاج الإكليل - بهامش مواهب الجليل - ج 6، ص 322 و323.

(3) الآية رقم 4 من سورة النور.

(4) انظر الذهبي أبو عبد الله محمد شمس الدين: كتاب الكابيز، دار الوغي بحلب، ص 6.

ومنه ما هو جريمة تعزيبية، ويشمل هذا كل ما دون القذف الحدي المشار إليه سابقا، من إيذاء بأقوال أخرى تمس بقيمة الإنسان، أو تحط من كرامته أو شخصيته،<sup>(1)</sup> وفي هذا الإطار ذهب الدكتور يوسف قاسم في رسالته (نظرية الدفاع الشرعي...) إذ يرى أن من يتهدده خطر نشر مقالة تخدش شرفه واعتباره، يكون له دفع ذلك ولو بالقوة، كأن يمزق المقالة المعدة للنشر، وله أن يدخل المطبعة ليحول دون طبع المقالة ونشرها إستنادا إلى أحكام الدفاع الشرعي<sup>(2)</sup>.

(71) رابعا: جرائم المال:

كفلت الشريعة الغراء للمال الحماية من إعتداء المعتدين إذ عاقبت على السرقة وجعلتها إذا ما توفرت شروط معينة من جرائم الحدود مصداقا لقول الله - سبحانه وتعالى: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله»<sup>(3)</sup> وإن تخلف أو اختل شرط من شروط تطبيق الحد المذكور في الآية الكريمة استبدل الحد بالتعزير، ولا يفلت السارق من العقاب.

ومصدر الدفاع الشرعي عن المال ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم، يقول: « من قتل دون ماله فهو شهيد »<sup>(4)</sup>.

---

(1) انظر اليمنى أبو محمد العبادي: الجوهرة النيرة، طبعة سنة 1323 هـ بالمطبعة الخيرية بالقاهرة، ج 2 ص 250 و253.

- وانظر بن قدامة: المغني، ج 10 - مرجع سابق - ص 210.

- وانظر الزيلعي: تبيين الحقائق - ج 3 - مرجع سابق - ص 208 و209.

- وانظر السيوطي جلال الدين: الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، طبعة سنة 1375 هـ - 1956 م المطبعة الخيرية بمصر، ص 69.

- وانظر الإمام مالك: المدونة الكبرى، ج 6 - مرجع سابق - ص 77.

- وانظر العيني بدر الدين محمود أحمد: رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق، طبعة سنة 1320 هـ بالمطبعة الميمنية بمصر، نشر دار الطباعة العامرة، ج 1، ص 155 و234 و235.

(2) انظر الدكتور يوسف قاسم نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي - مرجع سابق - ص 100.

(3) الآية رقم 38 من سورة المائدة

(4) انظر الزبيدي أبو العباس زين الدين أحمد بن أحمد عبد اللطيف الشرجي: التحرير الصريح لأحاديث الجامع الصحيح، طبعة سنة 1347 هـ، مطبعة الحلبي ج 1، ص 149.



وقد أطلقت الشريعة الغراء الدفاع عن المال فلم تقيده مبدئيا لا بالقليل ولا بالكثير<sup>(1)</sup>.  
فقد ذهب المالكية والأحناف إلى أن لساحب المال، فل أوكثر أن يدفع السارق بالوسيلة  
المناسبة عن ماله لاسترداده، فإذا امنع السارق عن رده وبدأ يقاتل صاحب المال، كان  
لصاحب المال قتاله ودمه هدر لا قود ولا دبة. وهذا هو الحكم لمن نصر صاحب المال.  
ويسوي الشافعية والحنابلة بين الدفاع عن النفس والدفاع عن العرض والدفاع عن المال  
وإن قل، ويبيحون قتل المعتدي على المال إذا تعين ذلك دفاعا<sup>(2)</sup>.

- 
- (1) انظر ابن فرحون: تبصره الحكام، ط الحلبي، سنة 1958 م - مرجع سابق - ج 2، ص 185 و 186.  
- وانظر ابن الهمام: فتح القدير - مرجع سابق - ج 4، ص 276.  
(2) انظر القليوبي أبو العباس أحمد بن أحمد بن سلامة شهاب الدين؛ حاشيته على شرح منهاج الطالبين ط 3، سنة  
1368 هـ، مطبعة الحلبي ج 4، ص 206  
وانظر المحلى جمال الدين محمد بن أحمد؛ شرح منهاج الطالبين بهامش القليوبي واعصية - السابق - نفس الجزء ونفس  
الصفحة.  
- وانظر البهوتي: كشف القناع، ج 4 - مرجع سابق - ص 92.  
- وانظر ابن قدامة: المغني، ج 1 - مرجع سابق - ص 352.

## الفرع الثاني

### موضوع الاعتداء في النظم القانونية الوضعية

(72) تمهيد وتقسيم

سبق أن رأينا كيف<sup>(1)</sup> أن المقتنين - خاصة في التشريعات الحديثة يختلفون في توسيع وتضييق نطاق الدفاع الشرعي.

فمن هذه القوانين من أطلق الإباحة بالدفاع الشرعي ضد خطر كل جريمة أيا كان موضوعها.

ومنهم من حدد موضوع الاعتداء الذي يدفع إستنادا إلى أحكام الدفاع الشرعي بالجريمة الواقعة على النفس أو المال.

. وأغفل بعضها ذكر موضوع الاعتداء أصلا، مثل القانون اليوناني في مادته (222) وكذا القانون الفرنسي في مادته (328).

أما شراح وفنهاء هذه القوانين فموقفهم يتراوح بين شارح للنص متقيد بما جاء فيه وبين منتقد للنص مطالب بما يجب أن يكون عليه.

وقد أثار نص المادة 328 ق.ع. فرنسي خلافا في الفقه الفرنسي حول تحديد الاعتداء الذي يبرر الدفاع الشرعي. أيقنصر على جرائم النفس أم يتعداها إلى جرائم المال؟ وهذا التفاوت في شمول النصوص ووضوحها قائم في القوانين العربية وفي شروحها أيضا وعليه يتعين بحث هذه المسألة في نقطتين:

أولا: موضوع الاعتداء في النظام القانوني الفرنسي.

ثانيا: موضوع الاعتداء في النظم القانونية لبعض البلدان العربية.

ونأخذ كمثال على ذلك قانون العقوبات الجزائري وقانون العقوبات المصري، وقانون

العقوبات التونسي.

(1) يرجع إلى موضوع نطاق الدفاع الشرعي في التمهيد لهذه الرسالة.

(73) أولاً: موضوع الاعتداء في النظام القانوني الفرنسي

أثار نص المادة 328 ق.ع. فرنسي جدلاً محوره تحديد الاعتداء الذي يبيح الدفاع الشرعي، وهل يقتصر على جرائم النفس (نفس المدافع ونفس الغير) أم يمتد إلى جرائم المال (مال المدافع ومال الغير)؟

فذهب فريق من الفقهاء إلى تضييق نطاق تطبيق هذا النص، وقصروه على جرائم النفس دون جرائم المال، فلا يمتد تطبيق هذه المادة للدفاع عن المال، مستندين في ذلك إلى مجموعة من الحجج، منها:

1) أن الضرر الذي يلحقه الاعتداء بالمال يمكن إصلاحه عن طريق اللجوء إلى القضاء وإهدار حق المعتدي في الحياة لمجرد اعتدائه على المال فيه تجاوز، إذ غريزة حب البقاء أقوى من غريزة حب التملك<sup>(1)</sup>.

2) أن للمالك الحق في إطار تطبيق أحكام المادة 106 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي أن يقبض على المعتدي على المال، بل ويجب عليه ذلك كما يجب على سائر الناس إذ تلزم هذه المادة كل شخص بالقبض على المتلبس بالجريمة<sup>(2)</sup>.

3) أن المالك يستطيع حماية ماله عن طريق وسائل آلية للحراسة متعددة، كوضع الشراك والفخاخ والألغام عند مداخل المنازل والمحلات بشرط إتخاذ المالك احتياطات يجعل الغير يعرف أنه غير مسموح له بدخول<sup>(3)</sup> المكان. ويقبل هذا الرأي الدفاع الشرعي عن المال في حالة وحيدة فقط هي حالة اقتران الدفاع عن المال بالدفاع عن النفس<sup>(4)</sup>.

وهو رأي قلة من الشراح والفقهاء الفرنسيين. وأغلب الشراح والفقهاء في فرنسا<sup>(5)</sup> يرفضونه، ويفررون حق المالك في الدفاع عن ماله، ويردون على حجج هذا الرأي بالحجج التالية:

---

V. Vidal Geore et Magnol Joseph : Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire; PARIS 1970, P. 330.

(2) انظر جارسون: المرجع السابق - ص 161 .

(3) انظر فيدال ومانويل - المرجع السابق - نفس الصفحة.

(4) V. Haus (J.I.): Principes généraux de Droit pénal Belge, 1879; P. 471.

(5) انظر جارو - المرجع السابق - ص 22 وما بعدها.

1 ( ) المشرع الفرنسي ما كان ليفقصد من نص المادة 328 إستبعاد أي دفاع غير الدفاع عن النفس وإنما أراد وضع مبدأ عام هو مبدأ الدفاع الشرعي دون تحديد الموضوع المعتدي عليه، وبذلك يشمل هذا النص الاعتداء على المال، لأن نطاق الدفاع الشرعي يجاوز حدود العبارات الضيقة لنص هذه المادة<sup>(1)</sup>.

2 ( ) أن القول بكون التعدي على المال لا يفوته إذ بالإمكان تعويضه قول غير سليم لكون المعتدي قد يظل مجهولا، وقد يعلم فيكون في الغالب<sup>(2)</sup> معسرا.

3 ( ) يجب أن لا يخلط بين وجود الحق وبين الحدود التي يقف عندها هذا الحق ويجب أن لا يتجاوزها، والقول بعدم جواز الدفاع عن المال يراعي نتيجة الدفاع التي قد تكون قتل المعتدي ولا يستسيغ قتله من أجل قليل من المال.

4 ( ) إن تطبيق أحكام المادة 106 ق.أ.ج فرنسي لا يغني عن الدفاع الشرعي، إذ القبض لا يجوز إلا في حالة تلبس الجاني بالجريمة في حين يجوز الدفاع حتى قبل البدء في تنفيذها متى حل خطر الاعتداء على المال.

كما أن أحكام هذه المادة ليس فيها بأي حال من الأحوال ما يسمح للمجني عليه - بالسرقة أو غيرها - بأن يرتكب أي عنف على الجاني من أجل استرجاع ما أخذ من مسروقات، إنما هدفها واحد هو القبض على المجرم بينما الدفاع الشرعي يبيح استعمال قدر من العنف يتناسب مع الاعتداء، ولازما لرده أو وقفه. والدفاع الشرعي إنما أبيع لأنه ممارسة لحق، بل لواجب المساهمة في الدفاع عن النظام الإجتماعي المعتدى عليه، لذا يجب أن يمتد إلى كل اعتداء أيا كان موضوعه<sup>(4)</sup>.

وأمام عدالة موقف المدافع إتجه القضاء الفرنسي أول الأمر إلى تبرئته، إستنادا إلى عدم توافر القصد الجنائي، وهو سند غير سليم لأن الدفاع الذي سبب الجروح صدر من شخص توفرت لديه حرية الاختيار، فهو صادر عن إرادة حرة لا شك في ذلك، ثم استقر القضاء في فرنسا على اعتبار أنه لا مناص من مد نطاق الدفاع الشرعي إلى الاعتداء الواقع على المال. متبعا في ذلك رأي غالبية الفقهاء الفرنسيين<sup>(5)</sup>.

(1) انظر جارسون - المرجع السابق - ص 160 وما بعدها.

(2) V. G. Stéani et G. Levasseur : Droit pénal général et procédure pénale. Paris 1964, P. 131.

(3) انظر السيد محمد عبد التواب: الدفاع الشرعي... - مرجع سابق - ص 215.

(4) انظر ستيفاني ولوفاسور - نفس الصفحة من نفس المرجع.

(5) سياني موقف الفقه والقضاء، في فرنسا في النقطة الموالية من الدفاع من أجل الشرف والاعتبار.

( 74 ) ثانياً: موضوع الاعتداء في النظم القانونية لبعض البلدان العربية.  
سنأخذ كنموذج لبحث موضوع الاعتداء في النظم القانونية العربية القانون الجزائري  
والقانون المصري والقانون التونسي على النحو التالي:

1 - موضوع الاعتداء المبرر للدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري:  
لقد سبق أن تحدثنا بشيء من التعليق على نصوص الدفاع الشرعي في مقدمات هذه  
الرسالة، وتناول الحديث موضوع الاعتداء المبرر للدفاع الشرعي - الذي نحن الآن بصدد -  
وتفصيلاً لما أوجزنا من قبل، نقول: أن قانون العقوبات الجزائري المقتبس عن مثيله الفرنسي  
بعد الاستفادة من تجربة الفقه والإجتهاد القضائي في فرنسا والاستفادة من تجربة بعض  
مقتبسي قانون العقوبات الفرنسي.

إلا أنه بقي دائماً مرتبطاً بالمفاهيم الفرنسية للتقنين أكثر من ارتباطه بمفاهيم المجتمع  
الذي شرع له. فمنهج التشريع في فرنسا مناهج لائكية، بينما مناهج التشريع في المجتمع  
الجزائري يجب أن لا تغفل أحكام دين هذا المجتمع (الإسلام الحنيف) ومثل هذا التقابل: ديني  
لائكي ينتج عنه تقابل في مناهج التشريع، ففي نظام لاديني كفرنسا منهجه في التشريع  
قوم على أساس تجريم الصور من النشاط الإنساني التي تصيب الغير بالأذى، بينما  
الشريعة الإسلامية تجرم على أساس محاربة الرذيلة وحماية الفضيلة.

وإذا ما أخذنا موضوع الدفاع الشرعي الذي نحن بصدد بحثه ووضعناه على محك هذا  
التقابل (ديني لائكي)، تجريم الصور من النشاط الإنساني المؤذية، حماية الفضيلة ومحاربة  
الرذيلة<sup>(1)</sup> نجد المشرع الجزائري صحيح بدأ من حيث انتهى النظام القانوني الفرنسي  
بتشريعه وفقهه وقضائه، فجاء نصي الدفاع الشرعي في المادتين 39 و40 من ق.ع.ج  
شاملين للدفاع عن النفس وعن المال صراحة.

---

( 1 ) لا أزمع أن اللائكية لا تراعى للفضيلة وزنا أصلاً، وإنما تضعها في المقام الثاني بعد مصلحة الإنسان في الحماية من  
الأذى.

ولما أن الفقهاء في فرنسا وصلوا أخير كما سبق معنا في الفقرة السابقة إلى أن المادة 328 تعني الدفاع عن المال أيضا، فالمرجع الجزائري استفاد من هذا الدليل الفقهي الذي يطبقه القضاء في فرنسا، وكان صريحا في إباحة ما يؤتى من أعمال للدفاع عن المال، ولحد الآن ينسجم هذا الموقف تماما مع ما يتطلبه مجتمعنا الجزائري المسلم.

لكن إذا ما جئنا إلى موضوع العرض، نجد أن المشرع الجزائري اقتفى أثر المشرع الفرنسي، إذ جعل لزوج من ترتكب الفاحشة مجرد عذر معف من العقاب إذا دفعها هي ومن يزني معها، وأدى الدفع إلى قتل أحدهما أو قتلها. مع ما في موقفه من خطر على حياته إذ يمكن أن يقتلاه، ودفاعه لهما دفاعا عن نفسه مع عرضه، ويدفعا بكونهما في حالة دفاع ثم أن هذا العذر للزوج فقط.

والشريعة الإسلامية تجعل في مثل هذه الحالة للزوج إباحة (دفاعا للمصائل) وإن كان لا يندفع إلا بالقتل فقتله يبرره الدفاع الشرعي.

وإذا ما ذهبنا مع الفقه الفرنسي إلى أن بعض جرائم العرض مثل هتك العرض بالقوة أو بغير قوة المنصوص عليهما على التوالي في المادتين 57 و336 ق.ع.ج، والفعل الفاضح والفعل المخل بالحياء في غير علنية والخطف الذي ينال القصر، الأفعال المنصوص والمعاقب عليها بالمواد: (326، 327، 329، 292، 293 مكررا) ق.ع.ج. (1) فإذا أخذنا بما وصل إليه الفقه الفرنسي، وأخذ به القضاء في فرنسا في الموضوع (كما سبق معنا في الفقرة السابقة) فإن مثل هذه الجرائم تدفع إستنادا إلى أحكام الدفاع الشرعي باعتبارها من متعلقات النفس.

لكن من الأفعال المثيلة ما لا يقبله مجتمعنا المسلم ومع هذا في منطق القانون الجزائري لا يبرر وفقا لأحكام الدفاع الشرعي ما يؤتى من أفعال في سبيل دفعها. فمواقعة أنثى برضاها في غير علنية - في مفهوم مجتمعنا المسلم - طالما أنه لا عقد بينهما فالمواقعة زنا، بينما في القانون الجزائري فعل غير مجرم.

---

(1) انظر الدكتور الشباهي إبراهيم: الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، دار الكتاب اللبناني بيروت، ص 157 و158.

ويترتب على هذه الإزدواجية في الموقف أن الجزائري - نقول البسيط - قد يدفع مثل هذا الفعل، إذا حدث وكان بحوزته مفتاح ثاني لشقة ووجد الفعل يرتكب فيها، فيعاقب على دفعه هذا الفعل الذي أبت عليه شهامته أن يقف منه موقف المتفرج، وأوجبت عليه أحكام النهي عن المنكر الذي هو أساس من أسس الدفاع الشرعي - كما مر معنا في مقدمات هذه الرسالة (المبحث السابع من الفصل التمهيدي) - أوجبت عليه دفعه، والقانون لا يعذر أحد بجهله فيعاقبه.

فضلا عن أنه إذا ما جئنا إلى موضوع الشرف والإعتبار الذي نجد أن المشرعين الوضعيين لا ينصون صراحة على إباحة ما يؤتى من الأفعال لرد العدوان عليه، وإما السند يقف منه موقفين لفريقين مختلفين من الفقهاء.

الإتجاه الأول يقول: أن جرائم الشرف والإعتبار لا تبيح الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup> وحججه في

ذلك هي:

- أن هذه الجرائم لا عنف فيها ماديا كالذي تفترضه نصوص الدفاع الشرعي<sup>(2)</sup>.
- عادة يكفي التعويض المدني لجبر ضرره<sup>(3)</sup>.
- تتم عادة هذه الجرائم بمجرد التلفظ بالعبارة أو نشر المقال<sup>(4)</sup>.
- وإذا تم رد بعد ذلك لا يكون إلا انتقاما غير مبرر قانونا.
- من الفقهاء من لا يدخل هذا النوع من الجرائم ضمن الجرائم الواقعة على النفس باعتبار أنها لا تنال بالضرر جسم المجني عليه، بل الضرر الواقع منها على السمعة<sup>(5)</sup>.

(1) انظر جارو في مطوله ج 2 - مرجع سابق - ص 19.

- وانظر فيدال ومانويل محاضرات في القانون الجنائي ج 1 - مرجع سابق - ص 329.

- انظر رو: محاضرات في القانون الجنائي الفرنسي ج 1 - مرجع سابق - ص 190.

(2) انظر د/محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 223.

(3) انظر الدكتور محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 318.

(4) انظر د/محمد سيد عبد التواب: نفس الصفحة من نفس المرجع.

(5) انظر نفس الصفحة من نفس المرجع.

الإتجاه الثاني يقول: أن هذه الجرائم تبيح الدفاع ضدها، وهذا القول هو ما عليه معظم الفقه الوضعي<sup>(1)</sup> وحججهم التي ردوا بها على حجج الفريق السابق هي التالية:

- أن ما يراه بعض الفقهاء مثل جودبي (Loudby) من أن جرائم العنف لا تدخل ضمنها جرائم الشرف والإعتبار مغالطة غير مقبولة، إذ للنفس شقها المادي وشقها المعنوي. وهذه الجرائم تمس الشق الأخير<sup>(2)</sup>.

- المقتنون الوضعيون كلهم يحرصون على النص صراحة على إباحة الأفعال التي يؤتى بها دفاعا ضد كل جريمة تقع على النفس. ولا يشترطون أن تكون الجريمة قد استخدمت فيها القوة المادية<sup>(3)</sup>.

- القول باعتبار الدفاع لصد العدوان على الشرف والإعتبار يأتي بعد نهاية العدوان عادة، ويكون بمثل هذه الصورة انتقاما لا تبرره أحكام الدفاع الشرعي، تعميم غير صحيح فإذا استمر الشتم أو التشهير بسمعة شخص مشافهة من طرف معتد وكان بإمكان المعتدي عليه أو غيره أن يسكته بوضع اليد على فمه، ألا يكون ذلك دفاعا شرعيا؟ بل هو كذلك وإن أصابت المعتدي بعض الحدوش<sup>(4)</sup>.

- القول بكون التعويض المدني كاف لإصلاح الضرر، يردده إفتراض أن يكون المعتدي معسرا، فيصبح المعتدي عليه لا هو كف المعتدي دفاعا بما يناسب في الوقت المناسب، ولا هو عوض مدنيا جبرا للضرر اللاحق به.

وينتهي هذا الرأي إلى ما كانت عليه الشريعة الإسلامية من أن الدفاع يطلق ضد كل اعتداء على النفس، ويفترض أن عليه (أي على هذا الرأي) النظام القانوني في الجزائر (تشريعا وبقها وقضاء) طالما أن النظام القانوني الفرنسي إنتهى إلى هذا الموقف.

---

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 224.  
- وانظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في ق.ع. - مرجع سابق - ص 189.  
- وانظر د/ محمود محمود مصطفى: شرح ق.ع. قسم عام - مرجع سابق - ص 221.  
- وانظر د/ أحمد فتحي سرور: أصول قانون ع. - مرجع سابق - ص 271.  
- وانظر الدكتور د/ رمسيس بهنام: النظرية العامة م.س. ص 391.  
(2) انظر د/ محمد سيد عبد العواب: ص 225 من نفس المرجع.  
(3) و (4) انظر الدكتور علي راشد: القانون الجنائي، ط سنة 1974م، دار النهضة العربية، ص 527.



2 - موضوع الاعتداء المبرر للدفاع الشرعي في ق.ع. المصري:

فيما يتعلق بجرائم النفس والعرض والشرف والإعتداء سار النظام القانوني (تشريعا وفقها وقضاء) على خطى النظام القانوني في فرنسا.

فقد وصل الفقهاء والشراح في مصر إلى أن جرائم العرض داخله ضمن جرائم الاعتداء على النفس<sup>(1)</sup>. لكن هم بدورهم مع النصوص القانونية في مصر قصرها عن أن يبلغوا ما بلغته الشريعة الفراء، من مد حمايتها على العرض في كل الصور الممكنة لنيله بالاعتداء فخرجت من نصوص القانون المصري، وبالتالي من شروح شراحه صور مثل صورة الإتصال الجنسي بأثني برضاها في غير علنية، فمثل هذا الفعل غير مجرم في القانون المصري للعقوبات وبالتالي دفعه غير مبرر طبقا لأحكام الدفاع الشرعي.

كما اعتبر القانون المصري للعقوبات كالفرنسي الزوج الذي يرتكب عنفا عند مفاجأة زوجته تزني سواء عليها أو على من يزني بها أو عليهما معا، معذورا مجرد عذر تخفيف فقط (المادة 237 ق.ع. مصري).

خلافًا لأحكام الشريعة الفراء في عنايتها بالعرض وتقديسها له إنطلاقًا من أن منهجها في التجريم قائم على حماية الفضيلة ومحاربة الرذيلة أساسًا، ثم بعد ذلك وفي إطار ذلك حماية الإنسان من الإذى، على عكس منح المقنن الوضعيين الذي يجعل الحماية من الأذى أساسًا، ثم إذا جاءت حماية الفضيلة فيها، وإن بقيت خارج الحماية، وهي باقية في كثير من الحالات، فلا يتحرج المقننون الوضعيون من ذلك ولا يرونه من مهمتهم.

(1) انظر الدكتور على راشد: موجز القانون الجنائي - مرجع سابق - ص 527.

- وانظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة... م.س. - ص 391.

- وانظر د/ محمد مصطفى القلبي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 316.

وفيما يتعلق بالجرائم الواقعة على الشرف والإعتبار فإن الشراح في مصر يتتهون فيها إلى حيث أنتهى الفقهاء في فرنسا معتبرين إياها مما يتعلق بالنفس<sup>(1)</sup> في شقها المعنوي (كما مر معنا في النقطة السابقة المتعلقة بالنظام القانوني الجزائري).

أما جرائم المال في القانون المصري للعقوبات فقد حصر في مادته 246 حق الدفاع الشرعي ضدها في جرائم محددة في قانون العقوبات، بحيث لا يجوز القياس على هذه الجرائم<sup>(2)</sup>.

وتنص هذه المادة على أن: «حق الدفاع الشرعي عن المال يبيح إستعمال القوة لرد كل فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب: الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب، وفي الفقرة 4 من المادة 379».

كما قيد القانون المصري للعقوبات صراحة في المادتين 249 و 250 منه<sup>(3)</sup> أن تكون نتيجة الدفاع القتل بقيود لم تقيد بها لا الشريعة الإسلامية سراحة كهذا القانون ولا القانونين الفرنسي والجزائري للعقوبات، وإنما تركوا ذلك ليناقدش موضوعيا ضمن مسألة تناسب الدفاع مع الخطر (كما سيأتي في المبحث القادم بحول الله).

---

(1) انظر الدكتور علي راشد: القانون الجنائي - مرجع سابق - ص 527.  
- وانظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة - م.س. - ص 391.  
- وانظر الدكتورة فوزية عبد الستار: خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي - مجلة القانون والاقتصاد - مرجع سابق - ص 218.  
- وانظر الدكتور يسر أنور علي: الدفاع الشرعي، دراسة لمبدأ المشروعية، بحث في المجلة الجنائية القومية، المجلد 13 لسنة 1970م، ص 234.

- وانظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح ق.ع. قسم عام - م.س. - ص 212.  
(2) انظر الدكتور رموف عبيد: شرح ق.ع. قسم أ - م.س. - ص 552.  
(3) المادة 249 تنص على أن «حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمدي إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:

أولاً: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.  
ثانياً: إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة.  
ثالثاً: إختطاف إنسان.

وتنص المادة 250 على كون حق الدفاع عن المال لا يبيح القتل إلا في الحالات التالية:

- أولاً: (في جرائم الحريق العمد).  
- ثانياً: (أحوال السرقة بالإكراه).  
- ثالثاً: الدخول ليلاً في منزل مسكون أو أحد ملحقاته.  
- رابعاً: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

وكما قلنا (في مقدمات هذه الرسالة) فإن القانون المصري، رغم عدم مواكبته لأحكام الشريعة الفراء، إلا أن له خصوصياته. والفقهاء نشيط في مصر كقيل بأن يعدل القوانين في أي وقت إلى ما هو أحسن، والامل معقود على أن تتطور هذه التعديلات إلى ما يطابق الشريعة الفراء.

ولعل إتجاه مشروع قانون للعقوبات في مصر في مادته (18) إلى إباحة الدفاع الشرعي ضد خطر أية جريمة من جرائم النفس<sup>(1)</sup> والمال هو بداية الطريق، وبالله التوفيق.

3 - موضوع الاعتداء المبرر للدفاع الشرعي في المجلة الجنائية التونسية:

أشرنا عند بحث مسألة (نطاق الدفاع الشرعي في الفصل التمهيدي لهذه الرسالة) إلى أن المشرع في تونس ذهب بعيدا عن الإجتماعية، وأبعد من ذلك عما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية التي هي دين الشعب التونسي، من تكافل إجتماعي وتعاون فيما بين المسلمين ومناصرة بعضهم البعض، إذ جعل الدفاع ينحصر فقط في دفاع الشخص عن نفسه أو عن أقاربه من الأصول والفروع، وإخوته وأخواته، وبين الزوجين أحدهما على الآخر. أوفي الدفاع عن المال عند أخذه بالقوة. وهذا ما يقضى به الفصلان 39 و40 من المجلة الجنائية التونسية<sup>(2)</sup>.

وكان صدور الأمر العالي المؤرخ في 54.2.4 ملطفا للروح الفردية الضيقة التي تبناها المشرع التونسي، إذ أوجب هذا الأمر مقاومة الجرائم والجنح الموجهة ضد أبدان الأشخاص وكذلك إعانة الشخص الذي يكون في حالة<sup>(3)</sup> خطر. إلا أن نصوص المجلة الجنائية التونسية لا تزال أبعد ما تكون عن أن تشرع وفق منظور الشريعة الإسلامية التي تجعل حماية الفضيلة هدفها الأساسي.

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 230.

(2) نص الفصل 39 م.ج. تونسية: «لا توجد مخالفة إنا كان الجنائي مجبرا على ارتكاب الجناية بموجب ظرف كان فيه خطر داهم على حياته أو حياة أقربائه وإذا كان لا يمكن دفع ذلك الخطر بطريقة أخرى...».

ونص الفصل 40 منها على ما يلي: «بياح الدفاع عن الأملك في حالة السرقة والنهب المعويين بالقوة».

(3) انظر محمد الطاهر السنونسي: المرشد الدقيق في أعمال التحقيق، ج 1، ط 2 سنة 1381 هـ - 1961 م، المطبعة العصرية بتونس، ص 43 إلى 46.

- وانظر محمد الطاهر السنونسي: المرشد الدقيق في أعمال التحقيق، ج 1، المطبعة العصرية بتونس، ص 35 إلى 45، ويرجع إلى مسألة نطاق الدفاع الشرعي في القوانين الوضعية نصوص القوانين العربية والتعليق عليها فيما سبق من هذه الرسالة.

## المبحث الثاني الركن الثاني: الدفاع

(75) - تهيد وتقسيم:

الركن الثاني للدفاع الشرعي هو الدفاع الذي نحن بصدد بحثه، إذ لا يعني أنه متى قام اعتداء غير مشروع وكان خطره حالا أو على وشك الوقوع أنه يباح للمصول عليه (المعتدى عليه) رد الاعتداء بالكيفية التي تعن له، خارجا عن القصد من الدفاع الشرعي، الذي هو ملخص في درء العدوان بعيدا عن أي انتقام أو إشفاء للغليل وحتى عن أي عقاب. ومن أجل هذا جاء كل من الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية بشروط في فعل الدفاع حتى يكون دفاعا شرعيا، وتمثل هذه الشروط في أن يكون فعل الدفاع لازما لد الاعتداء قبل وقوعه وهو وشيك، أو لازما لإنهائه وهو يقع لم ينه، وأن تكون أفعال الدفاع متناسبة مع الاعتداء، ولكل ما ذكر تفاصيل نتعرض لها في حينها. ونقسم هذا المبحث لمناقشته إلى مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: لزوم الدفاع.
- المطلب الثاني: تناسب الدفاع.

## المطلب الأول لزوم الدفاع

(76) - تمهيد وتقسيم

لا يخفى على عقل أن المقصود بركن الدفاع، في موضوع دفع الصائل (الدفاع الشرعي) أنه تلك الأفعال التي يأتيها الموصول عليه (المعتدى عليه) أو غيره درء الصيال الصائل (اعتداء المعتدي) قصد كف أذاه عن الموصول عليه (المعتدى عليه).

ولما كان الهدف من إباحة دفع الصائل (الدفاع الشرعي) هو مجرد درء عدوان الصائل (المعتدي) لا الإنتقام منه، ولا حتى معاقبته، فإن ذلك يحتم أن تكون الأفعال التي تؤتى من أجل ذلك لازمة لتحقيق الهدف المنشود.

وعليه إن أمكن تجنب أذى الصائل (المعتدي) دون مقابلته بالعنف فإن ارتكب مع ذلك العنف ضده كان هذا عدوانا عليه لا تبرره أحكام دفع الصائل (الدفاع الشرعي).

ويعني شرط اللزوم أن الأفعال التي يأتيها الموصول عليه (المعتدى عليه) أو غيره، وهي في الأصل تشكل جريمة - لو لم تكن ضرورة الدفاع هي التي اقتضتها - تكون من شأنها رد الاعتداء ودرءه عن الموصول عليه (المعتدى عليه).

وكل من الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية تشترط أن تكون أفعال الدفاع لازمة لرد العدوان، ولكل شرعة مناهجها وتفصيلها، ومن أجل ذلك نتناول المسألة بالبحث في فرعين. فرع مخصص لشرط اللزوم في الفقه الإسلامي، وفرع مخصص لشرط اللزوم في النظم القانونية الوضعية، على النحو التالي:

- الفرع الأول: لزوم الدفاع في الفقه الإسلامي.
- الفرع الثاني: لزوم الدفاع في النظم القانونية الوضعية.

## الفرع الأول لزوم الدفاع في الفقه الإسلامي

(77) تمهيد وتقسيم:

يتحدد مفهوم اللزوم في أن تكون الأفعال التي تصدر من الموصول عليه (المعتدى عليه) أو من غيره من شأنها رد ضيال الصائل (اعتداء المعتدي).  
وشرط اللزوم هذا يثير جملة من المشاكل والمسائل، تتعلق هذه الأخيرة بالعنصرين اللذين يتكون منهما شرط اللزوم، وبتوجيه أفعال الدفاع إلى مصدر العدوان، وبموقف الفقهاء من شرط اللزوم، وبالإحتماء بالسلطة في الوقت المناسب، ولزوم الدفاع بالهرب كوسيلة دفاع ما إذا كان الموصول عليه (المعتدى عليه) ملزم أن يلجأ إليه أم لا؟ ونوضح كل ذلك في النقاط التالية:

- أولاً: تبين عنصري الدفاع.
- ثانياً: توجيه أفعال الدفاع إلى مصدر الخطر.
- ثالثاً: موقف فقهاء الإسلام من شرط اللزوم.
- رابعاً: لزوم الدفاع والإحتماء بالسلطة.
- خامساً: لزوم الدفاع والهرب. وفيما يلي تفصيلها:

(78) أولاً: تبين عنصري الدفاع:

يمكن القول أن للدفاع - الركن في موضوع دفع الصائل - عنصري أحدهما مادي والآخر معنوي، فالعنصر المادي يراد به الأفعال المادية التي يقوم بها الموصول عليه (المعتدى عليه) أو من يتولى الدفاع عنه لدرء العدوان الواقع أو الوشيك الوقوع بالموصول عليه من الصائل. والفقه الإسلامي لم يحدد أفعالاً معينة بذاتها تكون دون غيرها هي الأصح والأصح أن يدافع بها. بل ترك الأمر للطبيعة البشرية وواقع الحال وما هو متاح في كل حال من كل فعل يكون من شأنه درء خطر عدوان الصائل أو إنهائه أو وقفه، ولناخذ كمثال على ذلك ما أورده المزني من الشافعية في مختصره الذي جاء فيه: «قال الشافعي: ولو عض يده رجل فنزع يده فنذرت ثنيتا العاض كان ذلك هدراً واحتج بأن النبي - صلى الله عليه وسلم

- قال: أبدع يده في فيك تقصمها كأنها في في فحل وأهدر ثيبه (نال) ولو عضه كان له فك لحييه بيده الأخرى فإن عض قفاه فلم تنله يدها كان له أن ينزع رأسه من فيه فإن لم يقدر فله التحامل عايب برأسه إلى ورائه ومصه<sup>١</sup> ومنحدرا، وإن غلبه ضبطا بفيه كان له ضرب فيه بيده حتى يرسله فإن بعج بطنه بسكين أوفقا عينه بيده أو ضربه في بعض جسمه ضمن<sup>١١</sup>.

فانتزاع اليد من في العاض فعلا لازما للدفاع في هذه الحالة المعينة من طرف الإمام الشافعي عن المزني، وفك اللحيين فعل لازم للدفاع، ونزع الرأس إذا اعضت القفا لازم للدفاع، والتحامل على العاض بالرأس إلى الخلف وصعودا ونزولا إذا عصت القفا فعل لازم للدفاع، وضرب الفم باليد ليكف العاض عن العض فعل لازم للدفاع. لكن بعج البطن بالسكين وفقى العين بالأصبع ونحوها من الأفعال ليست لازمة للدفاع.

أما العنصر المعنوي فيراد به أن يكون المقصد من أفعال الدفاع هو تجنب خطر الاعتداء الوشيك، أو إنهاء العدوان الواقع، أو وقف المستمر منه. وعلى هذا عبر ابن العربي حسب ما ذكره الواق في كتابه التاج والإكليل، إذ قال: « لا يقصد الموصول عليه القتل إنما ينبغيان يقصد الدفع<sup>(2)</sup> ».

ومن بديهيات الشريعة الغراء السمحة أن أساس الأعمال النيات « إنما الأعمال بالنيات... » « وأن الأعمال بمقاصدها ».

(79) ثانيا: توجيه أفعال الدفاع إلى مصدر الخطر:

مقتضى إشرط لزوم أفعال الدفاع لدرء العدوان أو لوقفه أو لإنهائه، يقتضى أن توجه أفعال الدفاع تلك إلى مصدر الخطر لا إلى غيره، ويكون من بدهة العقل أن إصابة غير المعتدي، أو توجيه الدفاع إليه خطأ في الحالة الأولى، وعدوان غير مشروع في الحالة الثانية. كمن تدخل مزرعته مواشي الغير فيدفعها ويصيب شخصا موجودا يعمل في المزرعة، فأفعال الدفاع هنا أخطاء هدفها، أو يترك المواشي ويوجه أفعال الدفاع إلى راعيها فهنا مثل هذا الدفاع غير لازم، وهو من قبيل العدوان غير المشروع.

(1) انظر المزني أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى: مختصر المزني بهامش كتاب الام للإمام الشافعي، ط سنة 1968، طبعة الشعب، ج 5، ص 187.

(2) انظر الواق: التاج والإكليل - مرجع سابق - ج 6، ص 323.

والقواعد العامة للمسؤولية في الشريعة الغراء تقضي بأنه « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى» (1) وبأنه « ولا تزر وازرة وزر أخرى» (2)، « وبأن « كل نفس بما كسبت رهينة» (3) والسنة ماضية في هذا الطريق، وإجماع الأمة عليه، ولا يؤاخذ أب بذنب ولده ولا ولد بذنب أبيه. ثم أن الغير طالما لم يعتد فهو معصوم، وكل عنف إذا وجه له كان تعد على عصمته، وأفعال الدفاع اللازمة لدرء العدوان لا يمكن تصورها من غير عنف، ولو في أدنى درجة له.

(80) ثالثاً: موقف فقهاء الإسلام من شرط الزوم.

نستعرض هذا الموقف في المذاهب الإسلامية السنية الأربعة: المالكي والحنفي والحنبلي والشافعي، ففي كتابات فقهاء كل هذه المذاهب ما يتضح منه جلياً شرط الزوم. (1) ففي المذهب المالكي: يذهب المالكية إلى وجوب مناشدة الصائل (المعتدي) من طرف الموصول عليه (المعتدى عليه).

بأن يقول له: « أناشدك الله أن تتركني ومالي أو أن تدع لي مالي، ونحو ذلك فإذا لم يستجب الصائل وأصر على عدوانه كان للموصول عليه أن يدفعه بأيسر ما يمكن دفعه به، فإذا لم يدفع بغير القتل كان للموصول عليه أن يقتل الصائل» (4).

ويستدل القائلون بالمناشدة بما رواه النسائي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رجلاً جاء إلى رسول الله - صلى الله عليه ولم - فقال: يا رسول الله أرأيت إن عدى على مالي، قال: « فأنشده الله »، قال فإن أبوا على قال: « فأنشد بالله » قال: فإن أبوا علي. قال: « فقاتل فإن قتلت ففي الجنة وإن قتلت ففي النار». وفي رواية البخاري ومسلم ليس في الحديث (5) مناشدة.

(1) الآية رقم 39 من سورة النجم.

(2) الآية رقم 18 من سورة قاطر.

(3) الآية رقم 38 من سورة المدثر.

(4) انظر الدردير أبو البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العلوي: الشرح الكبير على مختصر خليل، ط سنة 1373 هـ، طبع المطبعة الأزهرية، ج 4، ص 357.

- وانظر النسوي شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه: حاشية النسوي على الشرح الكبير، ط سنة 1373 هـ، المطبعة الأزهرية، ج 4، ص 357.

(5) انظر القرطبي أبو بكر عبد الله بن محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي: الجامع لأحكام القرآن، طبع سنة 1387 هـ - 1967م، دار الكتاب العربي بالقاهرة، ج 6، ص 156.



2 ) وفي المذهب الحنفي: جاء في النصوص التي دونها فقهاؤه في كتبهم المعتمدة ما يفيد أن لزوم استعمال الدفاع شرط لقيام دفع الصائل (الدفاع الشرعي)، ومن ذلك ما أورده الحصكفي في شرحه المسمى (الدر المختار في شرح تنوير الأبصار) من قوله: «... هذا إذا لم يعلم أنه إن صاح عليه طرح ماله، وإن علم ذلك فقتله مع ذلك ريب عليه القصاص لقتله، كالمغضوب منه إذا قتل الغاصب، فإنه يجب عليه القود لقدرته على دفعه بالإستغاثة بالمسلمين والقاضي» (1).

3 ) وفي المذهب الحنبلي: أورد ابن قدامة في موسوعته (المغني) ما نصه: «إن الرجل إذا دخل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن لأنه معتد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي كما لو غضب منه شيئا فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه» (2).

4 ) وفي المذهب الشافعي: نص الإمام - رضي الله عنه - في كتابه (الأم) على أن «... من أريد ماله في مصر فيه غوث أو صحراء لا غوث فيها، أو أريد وحرمة في واحد منهما، فالإختيار له أن يكلم من يريده ويستغيث، فإن منع أو امتنع لم يكن له قتاله، وإن أبى أن يمتنع من أراد ماله أو قتله أو قتل بعض أهله أو دخولا على حرمة أو قتل الحامية حتى يدخل الحرم أو يأخذ من المال أو يريده الإرادة التي يخاف المرء أن يناله أو بعض أهله فيها بجناية فله أن يدفعه عن نفسه وعن كل ماله.... فإن لم يندفع عنه ولم يقدر على الإمتناع منه إلا بضربه بيد أو عصا أو سلاح حديد أو غيره فله ضربه وليس له عمد قتله وإن كان له ضربه فإن أتى الضرب على نفسه فلا عقل فيه ولا قود ولا كفاره» (3).

وهكذا نرى فقهاء الإسلام منهم من يوجب المناشدة ومنهم من يجعل إنذار الجاني قبل مباشرته بالدفاع أمرا لا بد منه، ومنهم من يجعل أمر الصائل بترك الصيال قبل دفعه كذلك ومنهم من يخير المصول عليه (المعتدى عليه) قبل دفعه الصائل أن يكلمه أو يستغيث عليه وإن لم يجد ذلك قام بدفعه. وكل هذا في سبيل أن لا يقوم الدفع إلا إذا لزم فعلا، وإلا كان تعديا.

(1) انظر الحصكفي، شرح الدر المختار، ج 2، ص 444 - مرجع سابق -

(2) انظر بن قدامة: المغني، طبعة المطبعة اليوسفية، ج 8، ص 329.

(3) انظر الشافعي الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الإم، كتاب الشعب، ج 6، ص 26 و 27.

(81): لزوم الدفاع والإحتما " السلطة العامة:

شرط لزوم الدفاع بفضتي عدم تبرير ما ينتج عن الدفع إذا كان بالامكان تفادي الخطر باللجوء إلى السلطة العامة، إذ في هذه الحالة يصبح الدفاع غير لازم ويجعل فقهاء الإسلام اللجوء إلى الناس كاللجوء إلى السلطة، وعلى هذا عبر الحصكفي في شرحه للدر المختار بقوله: «...وجب عليه القصاص لقتله كالمغضوب منه إذا قتل الغاصب، فإنه يجب عليه القود لقدرة على دفعه بالإستعانة بالمسلمين والقاضي»<sup>(1)</sup>.

وعند الأحناف أيضا أورد القاضي ملا خسر في درر الحكام ما نفسه: «...من شهر عصا نهارا في مصر قتل من قتله عمدا لأن العصي ليس كالسلاح، والظاهر لحوق الغوث نهارا في مصر فلا يفضي إلى القتل»<sup>(2)</sup>. فجعل القاضي ملا خسر إمكانية لحوق الغوث نهارا في مصر مسقطا لحق الدفع تعني أن إمكان اللجوء للسلطة، كما للشعب يجعل الدفاع غير لازم.

ومثل هذا القيد وارد لدى فقهاء الإسلام عند غير هذين الفقيهين<sup>(3)</sup> أيضا.

(82) خامسا: لزوم الدفاع والهرب:

شرط لزوم الدفاع يثير التساؤل عما إذا كان الهرب وسيلة من وسائل الدفاع يلتزم بها المدافع قبل توجيه الأعمال العنيفة للوسائل (المعتدي) قصد دفعه أم لا. وفي المذاهب الفقهية الإسلامية أقوال تختلف من مذهب إلى مذهب أحيانا، وفي المذهب الواحد روايات متعددة مختلفة أحيانا أخرى، وفيما يلي عرض لما وصلنا إليه من هذه الأقوال والروايات.

ففي المذهب المالكي: يقول ابن فرحون في تبصره الحكام: «ولو قدر الموصول عليه علي الهرب من غير مضرة تلحقه تعين، ولم يجز له الدفع بالجرح، وإلا فله الدفع بما قدر

(1) انظر الحصكفي: شرح الدر المختار - مرجع سابق - ص 444.

(2) مثلا خسر ومحمد بن فراهوز الحنفي: درر الحكام في شرح غرر الاحكام، طبعة سنة 1394 هـ، المطبعة الوهية بمصر، ج 2، ص 117.

(3) انظر الكاساني الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 1 لسنة 1328 هـ - 1910 م، ج 7، ص 92، 93.

عليه»<sup>(1)</sup> ، وإلى هذا ذهب ابن العربي من أئمة المذهب<sup>(2)</sup> .  
وفي المذهب الحنبلي: جاء في المعنى لابن قدامة في الهرب قبل الدفاع كوسيلة للنجاة  
من الخطر أن المسألة فيها وجهان:  
«أحدهما: يلزمه لأنه أمكته اندفع عن نفسه من غير سرر يلحق غيره، فيلزمه كالأكل  
في المخصصة.

والثاني: لا يلزمه لأنه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع<sup>(3)</sup> بالقتال» .  
وفي المذهب الشافعي روايات متعددة، نوردتها فيما يلي:  
الرواية الأولى: وهي لا تلزم المعتدى عليه بالهرب، وإنما ترى أن عليه أن يثبت  
ويدافع، وهي واردة في كتاب الأم منسوبة للإمام - رضي الله عنه - والنص الذي جاء فيها  
هو التالي: «ألا ترى أن الرجل يلقي الرجل فيقدر المراد على أن يهرب على قدميه من  
المريد، فأجعل له أن يثبت ولا يهرب وأن يدفع إرادته عن نفسه بالضرب بالسلاح وغيره وإن  
أتى ذلك عن نفس المدفوع»<sup>(4)</sup> .

الرواية الثانية: وتوجب على المعتدى عليه الهرب متى تيقن أن الهرب يحقق له النجاة  
من الاعتداء ووردت هذه الرواية على لسان كل من الانصاري<sup>(5)</sup> والمحلي<sup>(6)</sup> والدمشقي<sup>(7)</sup>  
من فقهاء المذهب.

فقد قال بها هذا الأخير في النص التالي: «ومن قصد بأذى في نفسه أو ماله، أو حرمة  
فقتل دفعا عنه فلا شئى عليه.

ومن صال على شخص مسلم بغير حق يريد قتله جاز للمقصود دفعه عن نفسه إن لم  
يقدر على هرب أو تحصن بمكان أو غيره فإن قدر على ملجأ وجب عليه ذلك، لأنه مأمور

- 
- (1) انظر ابن فرحون برهان الدين إبراهيم ابن الإمام شمس الدين على ابن محمد بن فرحون المالكي: تبصرة الحكام ف أصول  
الأفضية ومناهج الأحكام، ط سنة 1378 هـ - 1958 م للمحلي بهامش فتح العلي المالك للشيخ عيش.  
(2) انظر المواع: التاج والأكليل - مرجع سابق - ص 323 .  
- وانظر عيش: معج الجليل - مرجع سابق - ص 562 .  
- وانظر الدسوقي: الحاشية - مرجع سابق - ص 357 .  
(3) انظر ابن قدامة: المعنى، ط المطبعة اليوسفية - مرجع سابق - ص 331 و 332 .  
(4) انظر الأم، ج 6، ص 28 - مرجع سابق -  
(5) انظر الانصاري: أسى الطالب، ج 4 - مرجع سابق - ص 167 .  
(6) انظر المحلي: شرح مناهج الطالبين، ج 4 - م.س. - ص 207 و 208 .  
(7) انظر الدمشقي نقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني: كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار للأصفهاني، ط  
سنة 1356 هـ - 1937 م، مطبعة الحلبي، ج 2، ص 120 .

بتخليص نفسه بالأهون؛ وهذا هو الصحيح (1) على اختلاف كثير .»

الرواية الثالثة: وهي تفرق بين الهرب المشين، والهرب غير المشين، وفي الحالة الأولى لا تلزم المصول عليه بالهرب، أما في الحالة الثانية فتلزمه به وهي واردة عن الهيثمي (2) في تحفة المحتاج.

الرواية الرابعة: وهي تفرق بين صيال المسلم (المعصوم) وصيال المرتد أو الحربي (غير المعصوم) وهي واردة عن الرملي في كتابه نهاية المحتاج (3).  
وتوجب الهرب إذا أمكن المصول عليه تفادي صيال المسلم، ولا تلزم المصول عليه بالهرب من صيال المرتد والحربي.

وجاء في هذا المعنى في نهاية المحتاج ما يلي: « ومحل قولهم يجب الدفع عنه حيث تعين طريقا بأنه لم يمكنه هرب أو نحوه ولو صال عليه مرتد أو حربي لم يجب هرب بل يحرم... ».

وهذه الروايات بين محرمة للهرب من غير المعصوم الدم من الناس، وغير ملزمة به وغير ملزمة بالهرب المشين ملزمة بغيره، وموجبة للهرب متى تيقن الهارب من النجاة، وما ورد عن الحنابلة من لزوم الهرب وعدم لزومه،  
ورواية المالكية الفائلة بتعيين الهرب إن كان من غير مضره.

هذه الروايات كلها يفضل منها الدكتور يوسف قاسم (4) في كتابه نظرية الدفاع الشرعي ما ليس فيه ضرر على المعتدى عليه لا ماديا ولا أدبيا، وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه المالكية والرواية الثالثة عن الشافعية.

وهذا ما أراه أيضا، إذ الدفاع شرع لدفع الضرر وإذا هرب المعتدى عليه من معتد (غير مجنون أو ولد تعدى حدود التأديب أو نحوه) كان الهرب المشين في حد ذاته ضررا، فنكون إذا الزمناء به قد نلزمه بتحمل ضررين: ضرر ما قد أصابه من العدوان، إن كان قد وقع فعلا ولم ينته، وضرر عار الهرب، وهذا ما تأباه الشريعة السمحة. كما أرى أنه لا فرق بين الهرب من مسلم معصوم الدم ومن غيره، إذ قد لا يتأتى معرفة دين المعتدي وهو يعتدي أو يهجم، كما أن الدفاع سبب موضوعي للإباحة وعام.

(1) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار للأصفهاني - مرجع سابق - ج 2. ص 120.

(2) انظر الهيثمي: تحفة المحتاج، ج 4 - مرجع سابق - ص 167.

(3) انظر الرملي: نهاية المحتاج، ج 8، مرجع سابق - ص 28.

(4) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 200.

## الفرع الثاني

### لزوم الدفاع في السلم القانونية الوضعية

(83) عهد وتقسيم:

يقصد المقننون وشراح القوانين الوضعية من شرط لزوم الدفاع نفس ما هو مقصود في الشريعة الإسلامية.

ويعبرون عليه بعبارات تفيد ذلك من مثل: «كل فعل يلزم<sup>(1)</sup>» أو «استعمال القوة اللازمة»<sup>(2)</sup> أو «دفعت إليه الضرورة».

أو كما يعتبر عنه الشراح بأن تكون الأفعال التي يأتيها المدافع هي الوسيلة الوحيدة لتفادي خطر الاعتداء<sup>(4)</sup>. ويفرقون بينه وبين شرط التناسب بوضوح، إذ يتعلق هو بالكيفية ويتعلق شرط التناسب<sup>(5)</sup> بالكمية.

ويشير نفس المسائل التي يثيرها هذا الشرط في فقه الشريعة الإسلامية، من تكونه من عنصرين، واشتراط توجيه أفعال الدفاع إلى مصدر الخطر، وما إذا كان الدفاع لازماً إن أمكن المدافع اللجوء إلى السلطة العامة؟ وما إذا كان الهرب وسيلة دفاع أم لا؟

ونوضح كل ذلك - بحول الله - في النقاط التالي:

- أولاً: تبيين عنصري الدفاع.
- ثانياً: توجيه أفعال الدفاع إلى مصدر الخطر.
- ثالثاً: لزوم الدفاع والإحتماء بالسلطة.
- رابعاً: لزوم الدفاع والهرب كوسيلة للدفاع.

وتفصيلها فيما يلي:

(1) المادة 70 من قانون العقوبات الليبي.

(2) المادة 246 من قانون العقوبات المصري.

(3) المادة 39 ق.ع. جزائري، وقد استعمل عبارة الضرورة كل من قوانين العقوبات المغربي والليبي والسوري والأردني.

وعبر ق.ع. التونسي عن ذلك بعدم إمكان النجاة من المعتدي بوجه آخر غير الدفاع، وهذا يعني في إطار تضييق المشرع التونسي لنطاق الدفاع الشرعي أنه على المعتدى عليه النجاة بغير الدفاع قبل اللجوء إليه.

(4) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، ش لق/ع مصري - مرجع سابق - ص 221.

(5) انظر د/محمود محمود مصطفى: ش ل/ع - ق.ع. - مرجع سابق - ص 231.

(84) أولاً: تبين عنصري الدفاع:

يتكون الدفاع - كما سبق - من عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي، فصلهما

كالآتي:

فالعنصر المادي: يقصد به الأفعال المادية التي يأتيها المعتدى عليه أو غيره ليدفع بها تعدي غيره أو ينهيه أو يوقفه، وهذه الأفعال قد تصل إلى درجة القتل وقد تكون دون ذلك من جرح وضرب وكف ونحوه، من تحطيم سلاح المعتدي<sup>(1)</sup> وغيره.

والغالب أن يتم الدفاع بعمل إيجابي، وليس هناك ما يمنع إن تم بصورة سلبية كان يتلقى المعتدى عليه ضربات المعتدي على درع<sup>(2)</sup> واقية، أو يترك المعتدى عليه كلبا كان معد ليهاجم<sup>(3)</sup> المعتدي.

أما العنصر المعنوي: فالمقصود به أن يقصد المدافع أفعال الدفاع في حد ذاتها، وأن يقصد بها رد خطر الاعتداء.

بحيث إذا قصد متبادلي الضرب الضرب في حد ذاته لا رد الضرب والعدوان به، ففي مثل هذه الحالة تنتفي حالة الدفاع الشرعي، من غير تفريق بين البادىء بالضرب وبين من رد عليه بقصد الضرب هو الآخر<sup>(4)</sup>.

والغالب في أفعال الدفاع أن تكون عمدية، غير أنه إذا جاءت في صورة غير عمدية كانت دفاعاً، كأن يطلق شخص عياراً نارياً بقصد الصيد فيصيب من يترصده فيرده قتيلاً<sup>(5)</sup>. ولما أن أسباب الإباحة في الفقه الوضعي ذات طبيعة موضوعية، فإن من توفرت لديه استفاد منها بصرف النظر عن قصده<sup>(6)</sup>.

(1) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: ش/ق/ع مصري ق.ع. - م. س - ص 219.  
(2) و(3) انظر د/ محمود محمود مصطفى: ش/ق/ع ق.ع. - مرجع سابق - ص 227 و228.  
(4) انظر مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة، نقض 12، مارس 1957، ص 254.  
(5) انظر د/ أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، النظرية العامة - مرجع سابق - ص 274.  
(6) انظر د/ محمود محمود مصطفى: نفس الصفحة من نفس المرجع.

(85) ثانيا: توجيه أفعال الدفاع إلى مصدر الخطر:

حتى تكون أفعال الدفاع لازمة لا بد من توجيهها إلى مصدر الخطر، وإذا وجهت إلى غيره كانت غير لازمة<sup>(1)</sup>.

وتعين اعتبارها اعتداء غير مشروع، مثل توجيه أفعال دفاع عن معتدى عليه إلى غير من يعتدي<sup>(2)</sup> عليه، فمن يهاجمه كلب من تلقاء نفسه لا يجوز له تركه وتوجيه الدفاع لصاحبه الذي لم يحرضه<sup>(3)</sup>، وكذا من تدخل مواشي الغير مزروعاته لا يجوز له تركها وتوجيه الدفاع لصاحبها<sup>(4)</sup>.

(86) ثالثا: لزوم الدفاع والإحتماء بالسلطة العامة

ناقشت القوانين الوضعية والفقهاء والقضاء الوضعيين المسألة. فنصت بعض القوانين الوضعية صراحة على اشتراط أن لا يكون بإمكان المعتدى عليه الإلتجاء للسلطة العامة في الوقت المناسب، حتى تكون أفعال الدفاع لازمة.

وسكتت بعض القوانين عن ذلك تاركة الأمر للفقهاء والقضاء وما يمليه المنطق.

ومن القوانين التي نصت على ما يفيد لزوم الأفعال التي يقوم بها المدافع ق.ع. المصري

وق.ع. العراقي وق.ع. الكويتي وق.ع. السوداني في المواد على التوالي: 247 - 42 -

33-59.

ومن القوانين التي سكتت عن ذلك: ق.ع. الجزائري، وما مائله من القوانين التي لم

تفصل في مواد الدفاع الشرعي، وعبرت فيها بالضرورة من أمثال ق.ع. المغربي واللبناني والسوري والأردني.

وتولى الشراح تفصيل ما أجملت نصوص القوانين، وتوضيح ما سكت عنه بعضها.

(1) انظر الدكتور مأمون محمد سلامة: ق.ع. قسم عام - مرجع سابق - ص 279.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني: القسم العام المصري - مرجع سابق - ص 223.

(2) انظر مجموعة أحكام النقض سنة 9، نقض 16.12.58، ص 109.

(3) انظر د / محمود نجيب حسني: نفس الصفحة من نفس المرجع.

(4) انظر مجموعة القواعد القانونية، ج 1، نقض 22.12.1928م، ص 92.

فهذا الدكتور أحمد فتحي سرور يذكر أنه إذا<sup>(1)</sup> كان من الممكن درء خطر الاعتداء عن طريق الإحتماء برجال السلطة العامة، وجب ذلك لأن هذه السلطة تقدم الحماية للأفراد كما تحملهم على احترام القانون.

شروط أن يكون اللجوء للسلطة ممكنا بحيث يتاح للمهدد بخطر الاعتداء من الوقت ما يكفي<sup>(2)</sup> لذلك.

وعلى هذا استقر القضاء في محكمة النقض المصرية<sup>(3)</sup>.

(87) رابعا: لزوم الدفاع والهرب كوسيلة له:

مر التساؤل عما إذا كان الهرب وسيلة يتعين أن يلجأ إليها المعتدى عليه للدفاع عن نفسه، في الفكر القانوني الوضعي بمرحلتين في فرنسا - التي هي رائدة أغلب الفكر القانوني الوضعي العربي - .

ففي المرحلة الأولى ميز شراح قانون العقوبات الفرنسي بين أن يكون المعتدى عليه من عامة الناس، فأوجبوا عليه الهرب، وبين أن يكون من الأشراف، فلا يلزمه الهرب لما فيه من خدش لكبريائه.<sup>(4)</sup>

ثم زال هذا التقسيم عند زوال الطبقية التي أملتته وسيادة مبدأ المساواة أمام القانون فاعتبر الهرب مشينا للجميع، لا يجب أن يلجأوا إليه دفعا لعمل إجرامي<sup>(5)</sup>.

وإلى هذا ذهب الشراح العرب<sup>(6)</sup>.

(1) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور: أصول ق.ع. - مرجع سابق - ص 276 و 277.

(2) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في ق.ع. - م.س. - ص 201.

وانظر د/محمود نجيب حسي: ق.ع. مصري. ص 222.

(3) مجموعة أحكام النقض سنة 19، نقض 68.6.24، ص 766.

وانظر مجموعة القواعد القانونية ج 5، نقض 50.2.27، ص 394.

(4) انظر فيدال ومانويل: مرجع سابق - هامش ص 331.

(5) و(6) انظر جارسون: مرجع سابق - ص 158.

وانظر د/ روف عبيد: ق.ع. - مرجع سابق - ص 560.

وانظر د/ إبراهيم زكي أخنوخ: حالة الضرورة - مرجع سابق - ص 277.

وانظر الدكتور حسني صادق المرصفاوي: قواعد المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 166.



وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية (١).

ولمجد في النهاية النظم القانونية الوضعية تسير على خطى الشريعة الغراء في هذا الموضوع (لزوم الدفاع) سواء من حيث وجوب توجيه أفعال الدفاع إلى مصدر الخطر دون غيره، أو من حيث أن شرط اللزوم لا يتوفر إلا إذا لم يمكن الإحتماء بالسلطة العامة، وقد كان آخر موقف للنظم الوضعية من الهرب هو ما قال به من قبل فقهاء المالكية معبرين عنه بالهروب الذي لا مضرة فيه، كما ذهب إليه رأي قوم من فقهاء الشافعية، وهذا الذي ذهبوا إليه هو ذاته ما عبر عنه فقهاء القانون الوضعي بالهرب المشين، وخلاصة للقول فإن شريعة الإسلام صالحة لكل زمان ومكان ولا ينقصها عدا من يفهمها ويستنبط منها كما فهمها واستنبط منها سلفنا الصالح - رضوان الله عليهم - أيام مجد هذه الأمة وعزها. وبهذا انتهى من هذا المطلب ونتقل إلى الذي يليه، والمتعلق بتناسب الدفاع مع الخطر.

---

(١) انظر مجموعة القواعد القانونية، ج 7، نقض 48.2.20، ص 687.  
وانظر أيضا الصفح 821 من نفس المرجع نقض 49.4.4.  
وانظر مجموعة أحكام النقض سنة 4 نقض 52.10.6، ص 10.

## المطلب الثاني تناسب الدفاع

(88) تمهيد وتقسيم:

إذا ما توافرت جميع الشروط المتطلبة في الاعتداء المكون لركن الدفاع الشرعي وتوافرت شروط لزوم الدفاع لرد هذا الاعتداء، فإن ذلك كله لا يخول المدافع حق الإتيان بما يشاء من الأفعال في سبيل درء خطر هذا العدوان، وإنما لابد من ضابط يضبط أفعال الدفاع هذه، ليجعلها لا تتعدى القدر المناسب لدرء خطر الاعتداء لا أكثر.

وقد ناقش هذه المسألة فقهاء الإسلام منذ القديم محللين ما ورد في السنة مهتدين بالقواعد الكلية الواردة في أي القرآن العظيم.

كما ناقشها فقهاء القوانين الوضعية شارحين نصوص هذه القوانين مبينين ما فيها من أحكام أحيانا، ومطالبين المشرعين بما يجب أن تكون عليه هذه النصوص أحيانا أخرى، إذ من النصوص ما يذكر شرط التناسب صراحة، ومنها ما يترك المسألة مجملة ليفصلها القضاء مستندا إلى النظرية العامة للدفاع الشرعي.

وأنوه هنا ببعض من هاتين الطائفتين من النصوص، وأحدد موقع نصي قانون العقوبات الجزائري من هاتين الطائفتين.

فمن النصوص التي صرحت بشرط التناسب قانون العقوبات المصري في مادته 249 و250 وقانون العقوبات العراقي في مادته 43 و44 وقانون العقوبات الليبي في مادته 70 مكرر ب، والمادة 124 فقرة 3 من ق.ع. المغربي.

ومن النصوص التي سكتت عن التصريح به، فاسحة المجال للقضاء مهتديا بالفقه قانون العقوبات الجزائري في مادته 39 و40 وقانون العقوبات الفرنسي في مادته 329 والقوانين التي سارت في فلكه.

وفيما يلي نحلل المطلب مقسمين إياه إلى فرعين على النحو التالي:

- الفرع الأول: معنى التناسب وسعياره.
- الفرع الثاني: التناسب والدفاع بالقتل.

## الفرع الأول معنى التناسب ومعياره

(89) تمهيد وتقسيم:

مع أن لكل من الشريعة الغراء والنظم القانونية الوضعية بعض الخصوصيات، متعلقة خاصة بأصل كل منهما بالدرجة الأولى، وبالمناهج والوسائل المتبعة من كل من المشتغلين فيهما، إلا أنه في نهاية الأمر ينتهي الفكر الإنساني السليم في كثير من الأحوال إلى ما قرره الشارع الحكيم، ولا غرابة في ذلك فالشرائع جاءت لخير البشر، مخاطبة عقولهم مع مخاطبتها لوجدانهم.

وكل من الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية تشترط أن تتناسب أفعال الدفاع مع خطر الاعتداء، وأفعاله، ويشير هذا الشرط لدينا بعض التساؤلات حول المقصود بالتناسب وما هو المعيار الذي نحدد به ما إذا كان المدافع وهو يقوم بأعمال الدفاع وبعد إنتهائه منها ظل ملتزماً حدود هذا الدفاع وبقا داخل نطاقه، أم تجاوز هذه الحدود وتخطي هذا النطاق. وإذا ما تقيّد كان عمله مبرراً، وإذا ما تجاوز سنل عن تجاوزه وبقدره (كما سنرى عند بحث أحكام التجاوز في الفصل الثاني).

ولبحث هذا الفرع بالتدقيق الذي يتطلبه، نقسمه إلى نقطتين، على النحو التالي:

أولاً: معنى التناسب ومعياره في الفقه الإسلامي.

ثانياً: معنى التناسب ومعياره في النظم القانونية الوضعية.

ونفصل النقطتين فيما يلي:

أولاً: معنى التناسب، ومعياره في الفقه الإسلامي: تبحث سننري هاه النقطة مفصلين إياها على النحو التالي:

1 - معنى التناسب في الفقه الإسلامي:

ناقش فقهاء الإسلام المسألة مهتدين بكليات القرآن الكريم؛ التي تدور على محاور مثل الجزاء من جنس العسل والنهي عن العنوة، ونبذ الإنتقام.

وشارحين لأحاديث في السنة النبوية جاءت مفصلة لهذه المعاني من مثل قوله - صلى

الله عليه وسلم - وهو يبين حرمة سرية المسكن ونحوه: «... إذا أطلع عليك بغير إذن

فحذفته بحصاة فقات عينه لم يكن عليك جناح<sup>(1)</sup>...»

ووجه الدلالة في هذا الحديث هو أن النظر خلصة تعد يجوز دفعه بما يناسب هذا

العدوان وهو الحذف (القذف والرمي) بالحصاة ونحوها لكف المعتدي عن عدوانه.

وهذا يعني انه لو استخدم المدافع أو الموصول عليه حجراً ثقيلاً فإنه يكون قد تجاوز

حدود الدفاع، والأمر يشكّل تجاوزاً أكثر فداحة في حال ما إذا استعمل بندقية وأطلق منها

على الناظر عياراً نارياً، فهنا يسأل هذا المدافع على ما يحدثه ببندقيته بلا أدنى شك، إذ لا

تناسب على الإطلاق بين الاعتداء بالنظر المحرم وبين دفعه بطلقة نارية<sup>(2)</sup>.

وقد وردت نصوص كثيرة عن فقهاء المذاهب الإسلامية توجب مراعاة التناسب بين

الدفاع والاعتداء. وفيما يلي نستعرض هذه النصوص في المذاهب السنية الأربعة:

ففي المذهب المالكي: عبر ابن فرحون في تبصرة الحكام عن شرط تناسب أفعال الدفاع

مع ما يقصد رده بها من عدوان فقال: «...ولو نظر من كوة أو من باب ففقا عينه صاحب

الدار ضمن لأنه قادر على زجره ودفعه بالأخف<sup>(3)</sup>» وهو خير من يعلم نص ومقصد الحديث

النبوي السابق.

ويتضح الأمر أكثر عند الدسوقي في حاشيته إذ يقول: «...والحاصل أن الصائل إذا

كان ممن يفهم فإنه يناشد أولاً ثم بعهد المناشدة يدفعه شيئاً فشيئاً أي يدفعه بالأخف

فالأخف<sup>(4)</sup>».

(1) انظر الشوكاني: نيل ال أوطار، ج 7، - مرجع سابق - ص 29.

- وانظر الصنعاني: سبل السلام، ج 3 - مرجع سابق - ص 263.

(2) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 205.

(3) انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 2 - مرجع سابق - ص 357.

(4) انظر الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير، ج 4، ص 375. والشرح الكبير بهامشه نفس الصفحة.

- وانظر عليش: شرح منهج الجليل - مرجع سابق - ص 560.

وفي المذهب الحنفي: ذكر الزيلعي في كتابه تبيين الحقائق أن المدافع «لو علم أنه لو صاح عليه (أي على السارق) يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لأنه قتله بغير الحق»<sup>(1)</sup>.

وفي المذهب الحنبلي: قال ابن قدامة في المغني: «وإذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرج به»<sup>(2)</sup>.

وفي موضع آخر من المغني جاء «وقال ابن حامد: يدفعه بأسهل ما يمكن دفعه به فيقول له أولاً: إنصرف، فإن لم يفعل أشار إليه يوهسه أن يحذفه، فإن لم ينصرف فله حده، حينئذ»<sup>(3)</sup>.

وفي المذهب الشافعي: ذكر الإمام - رضي الله عنه - في الأم انه: «ولو طعنه عند أول إطلاعه بحديدة تجرح الجرح الذي يقتل، أورماه بحجر يقتل مثله، كان عليه القود فيما فيه القود لأنه إنما أذن له الذي يناله بالشيء الخفيف الذي يردع بصره لا يقتل نفسه»<sup>(4)</sup>.  
ومن هذه النقول عن أعلام الفقه الإسلامي، يتبين بجلاء اشتراطهم التناسب بين أفعال الاعتداء الصادر من الصائل وبين أفعال الدفاع الصادرة من مدافعه، وأن على هذا الأخير أن يدرأ اعتداء الأول بأسهل ما يمكن أن يندفع به، ولا يلجأ إلى الأشد إلا إذا كان الصائل لا يندفع إلا به.

ومعنى التناسب كما سبق تحليله يطرح التساؤل حول معيار التناسب، الذي سنتناوله في هذا الشرط الثاني من النقطة التي نحن بصدد بحثها.

2 - معيار التناسب في الفقه الإسلامي: إذا استعرضنا نصوص أعلام هذا الفقه نرى أنهم يوازنون بين الوسائل التي يستعملها المدافع مع تلك التي يستعملها المعتدي، غير مهملين الظروف الخاصة بالمعتدى عليه أو المدافع من كونه قويا أم ضعيفا، سليما أم عليلا، ذكرا أم أنثى، ومقابلة ظروفه هذه مع ما عليه المعتدي، وغير مهملين الظروف الزمانية والمكانية التي يقع فيها الاعتداء، إذ يختلف أن يهجم الصائل على المصول عليه ليلا

---

(1) انظر الزيلعي: تبيين الحقائق - مرجع سابق - ص 111.  
(2) انظر ابن قدامة المغني، ج 8، مرجع سابق - ص 329.  
(3) انظر ابن قدامة المغني، مرجع سابق - ط المنار، ص 335.  
(4) انظر الشافعي: الأم - مرجع سابق - ص 28.

أوبصحاء عن أن يهجم عليه نهاراً أو ليلاً مأهول. ولا متجاهلين ما يتاح من وسائل للمدافع حال الدفاع.

وللبرهنة على ذلك نورد هذه السؤل من كت ، أعلام بعض فقهاء المذاهب السنية<sup>(1)</sup> الأربعة:

فالفقهاء المالكية: يمنع من الس من الواردة عنهم أن الفعل يتم بالأخف، فالأخف وشيئا فشيئا فلا داعي للشدة ما لم تكن لازمة، فهذا الشيخ الدسوقي يقول في حاشيته: «... والحاصل أن الصائل إذا كان ممن يفهم فإنه يناشد أولاً ثم بعد المناشدة يدفع شيئاً فشيئاً، أي يدفع بالأخف فالأخف...»<sup>(2)</sup> ، ومنهم من يشترط وجوب الإنذار في كل دفع وإن استمر بعده الصائل في الضيالة دفع بأيسر ما يدفع به<sup>(3)</sup>.

والفقهاء الأحناف: نجد منهم من يوازن صراحة بين وسيلة الاعتداء والدفع، وبين الظروف الزمانية للاعتداء والدفع، فهذا الكاساني في كتابه بدائع الصنائع يقول: «... وإن كان لا يمكن الدفع إلا بالقتل يباح له لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل، ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث إذ السلاح لا يلبث... وكذا إذا شهر عليه العصا ليلاً لأن الغوث لا يلحق بالليل عادة... وإن شهر عليه نهاراً بالصر لا يباح قتله لأنه يمكنه دفع شره بالإستغاثه بالناس<sup>(4)</sup>».

والفقهاء الحنابلة: نجد أحد أئمة مذهبهم (ابن قدامة) يقول: «وإذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرج به، فإن علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز أن يضربه بحديدة فإن آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه...»<sup>(5)</sup>.

---

(1) فإذا ما قلت المذاهب السنية في هذا الموضوع وغيره فإنه لا يعني أنني أستبعد الفقه الشيعي بل أحترمه وأخذ بما لا يتنافى مع عقيدتي فيه وإنما المذاهب السنية وسطية في نظري أتخذها كنموذج للفقه الإسلامي وإذا ما وجدت ما أنا بحاجة للإستدلال به عند الشيخ أطفيش في شرحه للنيل أو عند الخلى في شرائع الإسلام ولم أحده فيما بين يدي من الفقه السني استدلت به من غير حرج.

(2) و(3) انظر حاشية الدسوقي - مرجع سابق - ص 357.

(4) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7 - مرجع سابق - ص 92 و93.

(5) انظر ابن قدامة: المغني، ج 8 = مرجع سابق - ص 329.

والفقهاء الشافعية: نجد أدق تدرج لوسيلة الدفع، ومفادهم عندهم في قول أحد أعلام المذهب (الدمشقي) في كتابه (كفاية الأخيار) إذ يقول: «فإن أمكنه الدفع بالكلام أو العياح أو الإستغاثة بالناس لم يكن له الضرب، فإن لم يندفع إلا بالضرب فله أن يضربه، ويراعى فيه (أي في الضرب) الترتيب، فإن أمكن باليد لم يضربه بالسوط، وأن أمكن بالسوط لم يجز بالعصا، وإن أمكن لم يقطع عضوا، وإن أمكن بقطع عضو لم يذهب نفسه، فإن لم يندفع إلا بالإتيان على نفسه فله ذلك»<sup>(1)</sup>.

ويوضح أحد الكاتبين المحدثين في الموضوع الدكتور يوسف قاسم في رسالته (نظرية الدفاع الشرعي) أن معيار التناسب لا يقضي على المدافع بأن يعقد موازنه بين الوسيلة التي يستعملها الصائل في ضياله، وبين الوسيلة التي يتعين عليه هو أن يستعملها في دفعه، لأن الظروف المحرجة المحيطة به لا تمكنه من إجراء هذه المقارنة بين الوسيلتين، وإنما المقصود أن يلتزم المدافع اللجوء إلى أسهل الوسائل التي يراها في هذه الظروف المحرجة كافية لرد الاعتداء، فإن كان من الممكن رده بالعصا غير أن المدافع لا يوجد معه إلا سكينه، فله أن يستعملها في دفاعه باعتبارها الوسيلة<sup>(2)</sup> المتاحة.

وفي هذا يقول الأنصاري من الشافعية: «ولو كان يندفع بالعصا فلم يوجد إلا سيفاً أو سكيناً ضربه به، إذ لا يمكن الدفع إلا به، ولا يمكن نسبه إلى التقصير بترك إسئحاب عصا ونحوه»<sup>(3)</sup>.

كل هذا يؤكد ويوضح ما قلناه عند بداية الحديث في مسألة معيار التناسب عند الفقهاء المسلمين. وبعد انتهائنا من الموضوع عند أصحاب النظم الوضعية فيما يلي:

- 
- (1) انظر الدمشقي: كفاية الأخيار، ج 2 - مرجع سابق - ص 120.
  - (2) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - م.س. - ص 209.
  - (3) انظر الأنصاري: أسنى المطالب، ج 4 - مرجع سابق - ص 167.

( 91 ) ثانياً: معنى التناسب ومعياره في النظم القانونية الوضعية:

. نبحت سُطري هاته النقطه كذلك بالتفصيل على النحر التالي:

1 ( معنى التناسب في النظم القانونية الوضعية: ندرت بحث القوانين صراحة على معنى التناسب بين الاعتداء والدفاع، كما هو الحال في المادة 45 من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أنه «لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع...».

والمادة 58 من قانون العقوبات السوداني التي تقضي بأن حق الدفاع الشرعي لا يمتد بآية حال إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع.

ويستفاد هذا الشرط في بعض القوانين من النص على تجاوز حدود الدفاع الشرعي كما هو الحال في قانون العقوبات في سوريا ولبنان والكويت في المواد على التوالي 183 و184 ف2 و36.

وسكنت بعض القوانين لنفسح المجال للفقه والقضاء، كما هو الحال في قانوني العقوبات الجزائري والفرنسي.

ويرى الشراح أن هذا الشرط يجب توافره ولو لم ينص عليه المشرع، باعتباره شرطاً تقتضيه طبيعة الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>.

ويعبرون عن معنى التناسب، على أنه يجب أن تكون أفعال الدفاع التي يلجأ إليها المدافع متناسبة مع الاعتداء، بالنظر إلى طبيعته وجسامته<sup>(2)</sup>.

- 
- (1) انظر د/ عدنان الخطيب: محاضرات عن النظرية العامة في ق.ع. السوري - مرجع سابق - ص 121 .  
- وانظر د/ المرصفاوي: قواعد المسؤولية - م.س. - ص 162 .  
(2) انظر جارسون: قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 156 وما بعدها.  
- وانظر جران مولان: قانون العقوبات المصري الأهلي - م.س. - ج 2، ص 397 .  
- وانظر د/ السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة، ط 52 - م.س. - ص 198 .  
- وانظر د/ محمود مجيب حسني: س.ق.ع. مصري ق.ع. - م.س. - ص 224 .  
- وانظر د/ أحمد فتحي سرور: أصول ق.ع.، ق.ع. - م.س. - ص 278 .



## 2 ) معيار التناسب في النظم القانونية الوضعية:

تعرض لبحث هذه المسألة في النظم القانونية الوضعية الفقه، واهتدى به القضاء في تطبيقاته، وجاء في الموضوع إتجاهان أحدهما يذهب إلى وجوب الموازنة بين الضرر المهدد به المعتدى عليه والضرر الذي يصيب المعتدي، ويتجه أغلب الشراح إلى أن الموازنة يجب أن تكون بين الوسيلة التي كانت متاحة للمدافع والوسيلة التي استعملها بالفعل، وفيما يلي عرض مفصل للإتجاهين:

- الإتجاه الأول: ويذهب فيه بعض الشراح إلى أن معيار التناسب قائم على درجة الضرر الذي يصيب المصالح المتنازعة (مصلحة المعتدى عليه ومصلحة المعتدي)<sup>(1)</sup>.  
وقد سارت محكمة النقض المصرية في حكم لها في هذا الإتجاه إذ قالت: «إذا كان الحكم لم يوازن بين الاعتداء الذي وقع على المتهم - والذي تحول لها حق الدفاع الشرعي - وبين ما أتته هي في سبيل هذا الدفاع فإنه إذ أداتها... دون أن يقوم بهذه الموازنة... يكون قاصرا قصورا يعيبه مما يستوجب نقضه»<sup>(2)</sup>.  
وينتقد هذا الرأي لانطوائه على عيبين.

فهو أولا: يتجاهل الغرض من إباحة الدفاع الشرعي، إذ الدفاع لم يشرع لمجازاة المعتدي ولا للاقتصاص منه<sup>(3)</sup>، وإنما شرع لمواجهة خطر الاعتداء والتخلص منه، مما قد يقوم معه قدر من التجاوز، ويبقى مع هذا عمل المدافع مشروعاً، إذ يكفي أن لا يكون هناك عدم تناسب ظاهر بين الدفاع والاعتداء<sup>(4)</sup>.

وهو ثانياً يفترض ما لا يمكن تحقيقه، إذ يفترض في المدافع أن يوازن بين المصلحة التي يدافع عنها ومصلحة المعتدي، وتقدير مدى الأضرار التي تصيب هاتين المصلحتين.

(1) انظر د / إبراهيم زكي أخونح: حالة الضرورة - م.س. - ص 227.

(2) انظر مجموعة أحكام النقض، سنة 12، نقض 12.20.1961 م، ص 996.

(3) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح ق.ع. قسم عام - م.س. - ص 233.

(4) انظر جارسون: ق.ع. - مرجع سابق - ص 156.

- وانظر د / محمود نجيب حسني: ش.ق.ع. مصري ق / ع - م.س. - ص 225.

وهذا في حد ذاته يستحيل على المدافع في الظروف المرحجة التي هو بها<sup>(1)</sup>. وفسلا عن ذلك فإن هذه الموازنة غير ممكنة، لأن الضرر الذي يدفع لا يمكن تحديد مداه بدقة، إذ يفترض أنه في حالة لم يبدأ بعد لكنه وشيك الوقوع ، وأنه في حالة أخرى بدأ ولم ينته بعد، وفي كلتا الحالتين لا يمكن تحديد مداه.<sup>(2)</sup>

الإتجاه الثاني: ويذهب فيه أغلب الشراح إلى الموازنة بين الوسائل المتاحة للمدافع وقت الدفاع، وبين الوسيلة التي استعملها فعلا ، فإذا ثبت أن الوسيلة التي استعملها كانت أنسب الوسائل، أو أنها هي الوحيدة المتاحة له، تحقق التناسب بين الدفاع والاعتداء.<sup>(3)</sup> وتشير مسألة التناسب والدفاع بالقتل نقاشا خاصا نتعرض له فيما يلي:

- 
- (1) انظر د / محمود محمود مصطفى: منف سالصفحة من نفس المرجع.  
(2) انظر د / رمسيس بهنام: النظرية العامة - مرجع سابق - ص 393.  
(3) انظر جارسن: ص 157 من نفس المرجع.  
- وانظر د / رمسيس: ص 396 من نفس المرجع.  
- وانظر د / أحمد عبد العزيز الألفي: شرح قانون العقوبات الليبي - مرجع سابق - ص 179.

## الفرع الثاني التناسب والدفاع بالقتل

(92) مهيّد ونقسيم:

لقد أبحاث الشريعة الغراء القتل كوسيلة للدفاع ونتيجة له متى اقتضاه الحال، وعند توفر شرط لزوم الدفاع للدرء العدوان، سواء كان القتل بسبب الدفاع عن النفس أو عن العرض أو عن المال.

خلافًا لبعض النظم القانونية الوضعية التي تحصر الجرائم التي تبيح القتل كوسيلة للدفاع في بعض الجرائم دون البعض الآخر كما هو الحال في قوانين العقوبات لكل من فرنسا ومصر والعراق وليبيا والكويت.

ولبحث هذا الفرع نفسه إلى نقطتين على النحو التالي:

- أولاً: شروط التناسب والدفاع بالقتل في الشريعة الإسلامية.
  - ثانياً: شروط التناسب والدفاع بالقتل في النظم القانونية الوضعية.
- ونتناول بحثه بالتفصيل فيما يلي:

( 93 ) أولا : شرط التناسب والدفاع بالقتل في الشريعة الإسلامية:

تبيح الشريعة الغراء القتل كوسيلة للدفاع، كما تبيحه القوانين الوضعية متى تعين لدرء الاعتداء، وتناسبت أفعال الدفاع مع الاعتداء.

سواء كان القتل في سبيل الدفاع عن النفس، أو عن العرض، أو عن المال، مع خلاف بسيط في الحالة الأخيرة هذه كما سنرى، وتفصيل كل هذا فيما يلي:

1 ( القتل في سبيل الدفاع عن النفس:

إذا واجه المدافع خطر اعتداء على النفس، ولم تنح له وسيلة رأ بها صيال الصائل غير قتله أبيع له قتله دفعا لعدوانه.

وفي هذا وردت أقوال عن فقهاء المذاهب الإسلامية.

ففي المذهب المالكي: يقول أحد أعلامه (ابن العربي): « لا يقصد الموصول عليه القتل إنما ينبغي أن يقصد الدفاع فإن أدى إلى القتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فجائز قصد قتله إبتداء»<sup>(1)</sup>.

وفي المذهب الحنفي: يقول أحد أعلام المذهب أيضا (الكاساني) «فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث، إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله»<sup>(2)</sup>.

وفي المذهب الحنبلي: يقول أحد أعلام المذهب أيضا (ابن النجار): «...فإن لم يندفع إلا بالقتل أبيع قتله ولا شيء عليه»<sup>(3)</sup>.

( 1 ) انظر الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير، ج 4 - مرجع سابق - ص 357.

- وانظر قلوبوي وعميرة: الحاشية ج 4 - مرجع سابق - ص 207.

(2) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، ط 1 1910 م، ج 7 - مرجع سابق - ص 93.

- وانظر سعدي جلب سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي أفندي: حاشية على العناية شرح الهداية، طبعة سنة 1318 هـ الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى، ج 8، ص 369.

(3) انظر ابن قدامة: المغني، ج 8 - مرجع سابق - ص 329.

- وانظر ابن النجار محمد تقي الدين أحمد الفتوحى: منتهى الإرادات، قسم 11، تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، مكتبة دار المعرفة، ص 493.

- وانظر البهوتي: شرح منتهى الإرادات - مرجع سابق - ص 378.

وفي المذهب الشافعي: يقول الإمام - رضي الله عنه - في الأم: «... وإذا دخل الرجل منزل الرجل ليلاً أو نهاراً بسلاح فأمره بالخروج فلم يخرج فله أن يضربه وإن أتى الضرب على نفسه...»<sup>(1)</sup>.

(2) القتل في سبيل الدفاع عن العرض:

إذا واجه المدافع خطر اعتداء على العرض، ولم تتح له وسيلة يدرأ بها صيال الصائل غير قتله، قتله دفاعاً لعدوانه. وعلى هذا الحكم المذاهب الإسلامية<sup>(2)</sup> من سنة وشيعة<sup>(3)</sup> وظاهرية<sup>(4)</sup>.

ووجب على المرأة الدفاع عن عرضها، وإذا تعين القتل وسيلة لذلك فعليها أن لا تتردد، ويورد الحنابلة في هذا أثراً جاء فيه: «عن الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير أن رجلاً أخاف ناساً من هذيل فأرأى امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته، فقال عمر: «والله لا يودي أبداً»<sup>(5)</sup>.

وكما يباح للمرأة الدفاع عن عرضها وللرجل الدفاع عن محارمه فإنه يباح القتل دفاعاً عن عرض الغير، وفي هذا يقول الحصكفي الحنفي في الدر المختار: «... من وجد رجلاً مع امرأة لا تحمل له - وقد أكرهها على الزنا - فله قتله ودمه هدر إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح»<sup>(6)</sup>.

(1) انظر الشافعي: الأم، ج 6 - مرجع سابق - ص 28.

(2) انظر دفع الصائل عند المالكية والحنفية والحنابلة والشافعية تجد فيه أحكاماً للدفاع عن العرض ولو بقتل المعتدي.

(3) انظر المحلى أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الإمامية، طبعة 2 لسنة 1378 هـ - 1958 م، ص 319.

(4) انظر ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيدك المحلى ج 11، طبعة أولي السنة 1352 هـ - إدارة الطباعة المنيرية، ج 11، ص 314.

(5) انظر ابن قدامة: المعنى - مرجع سابق - ص 331.

(6) انظر الحصكفي: الدر المختار، ج 3 - مرجع سابق - ص 247 و 249.

### 3) القتل في سبيل الدفاع عن المال:

إذا كان الموضوع المتعرض للصيال هو المال فإن الصائل يدفع بأسهل ما يغلب على الظن أنه يندفع به، فإن لم يندفع بغير القتل أبيع للمدافع ذلك ولا يلزم عليه قصاص، ولا تلزم فيه دية ولا كفارة، غير أن البعض من المحدثين خاصة يفرق بين الدفاع عن كثير المال وقليله، وفيما يلي أقوال الفقهاء:

ففي المذهب المالكي: ذكر أحد أعلام المذهب (ابن فرحون) في تبصرة الحكام ما نصه: «قال أصبغ في السارق يذخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه فيشعر به فيخرج في إثره حتى إذا أرهقه تحول إلى السارق فدافعه عن نفسه وامتنع منه وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو سكين أو عصا أو غير ذلك فيقتله الرجل في متاعه ذلك حين لم يحد إلى أخذه سبيلا فإن دمه هدر ولا شيء على قاتله من قود ولا دية»<sup>(1)</sup>.

وفي المذهب الحنفي: روايتان في الدفاع عن المال بالقتل، إحداهما: لا تفرق بين قليل المال وكثيره متى تعين القتل دفاعا عنه. وثانيتها: تبيح الدفاع بالقتل عن المال الكثير دون القليل.

ويعبر عن الرواية الأولى الطوري في تكملته للحبر الرائق، بقوله: «ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة (أي المسروق) فاتبعه فقتله فلا شيء عليه... لأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء...»<sup>(2)</sup>.

ويعبر عن الرواية الثانية الحصكفي في شرحه للدر المختار بقوله: «... قصد ماله إن عشرة أو أكثر له قتله وإن أقل قاتله ولم يقتله»<sup>(3)</sup>.

وفي المذهب الحنبلي: لم يفرق الحنابلة بين المال القليل والمال الكثير وقد ورد على لسان أحد أعلام المذهب (البهوتي) في كتابه (كشاف القناع) ما نصه: «... ومن صال على نفسه... أو ماله ولو قل المال دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به لأنه لو منع من ذلك لأدى إلى تلفه وأذاه في نفه وحرمة ماله... فإن لم يمكن دفعه إلا بالقتل.. فله ضربه بما يقتله... ويكون ذلك هدرا لأنه أتلف لدفع شره كالباعى»<sup>(4)</sup>.

(1) انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام، ط الحلبي، ج 2 - رجع سابق - ص 185 و 186

(2) انظر الطوري: تكملة البحر الرائق، ط 1، ج 8 - مرجع سابق - ص 344 و 345.

(3) انظر الحصكفي: شرح الدر المختار، ج 2 - مرجع سابق - ص 444.

(4) انظر البهوتي: كشاف القناع، ج 4 - مرجع سابق - ص 92.

وفي المذهب الشافعي: لا يفرق كذلك الشافعية بين قليل المال وكثيره في إباحة قتل الصائل. فقد قال أحد أعلامهم (المحلى) في شرحه لمنهاج الطالبين: «له دفع كل صائل.. على نفس أو طرف أو بضع أو مال وإن قتل... إذا كانت المذكورات معصومة، فإن قتله فلا ضمان فيه بقصاص ولا دية ولا كفارة»<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب أحد الكاتبين المحدثين (الدكتور يوسف قاسم في رسالته: (نظرية الدفاع الشرعي) إلى تقييد إباحة القتل في سبيل الدفاع عن المال<sup>(2)</sup> بقيدين: - القيد الأول: أن يقتصر الدفاع عن المال بالدفاع عن النفس. - القيد الثاني: أن تكون الحاجة إلى هذا المال القليل ماسة بحيث لا يمكن الإستغناء عنه<sup>(3)</sup>.

وقد بنى الدكتور يوسف قاسم رأيه هذا على قولين: أحدهما نسبة إي الشيخ الدسوقي المالكي، في حاشيته، ونصه: «...وأما على المال فإن ترتب على إخذه هلاك أو شدة أذى كان كدفع الصائل عن النفس... وإلا لم يجب إتفاقاً»<sup>(4)</sup>. وثانيهما نسبة إلى المحصفي الحنفي، في كتابه الدر المختار، ونصه: «...قصد ماله إن عشرة أو أكثر له قتله وإن أقل قاتله ولم يقتله». وقد سبق معنا النص قبل حين. وواضح أن العبارة التي ينسبها الدكتور يوسف قاسم للشيخ الدسوقي تتحدث على حكم الدفاع عن المال القليل، أهو الوجوب أم غير ذلك، فنفت الوجوب، ولم تتعرض للإباحة. وأما العبارة التي ينسبها للمحصفي فإن أحد أئمة المذهب الحنفي ردها صراحة بقوله: «يريد تقييد ما أطلقتها المتون والشروح مع أنها لا تقييد بما في الفتاوي، قال الماتن في آخر باب قطع الطريق: ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً ويقتل من يقاتله عليه، وقال في المنع عن البحر إستقبله اللصوص ومعه مال لا يساوي عشرة، حل له أن يقاتلهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «قاتل دون مالك» واسم المال يقع على القليل والكثير»<sup>(5)</sup>.

(1) انظر المحلى: شرحه على منهاج الطالبين، ط 3 - مرجع سابق - ص 206.

(2) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 121 و 122 و 123.

(3) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 121 وما بعدها.

(4) انظر الدسوقي: الحاشية ص 317 من ط. بولاق - مرجع سابق -

(5) انظر ابن عابدين: حاشيته ج 5 - مرجع سابق - ص 362.

وأرى أن الأصح أن القتل دفاعاً عن المال تبرره أحكام دفع الصائل سواء قل المال أو أكثر، متى تعين أنه لا مفر من قتل الصائل، لا فرق في ذلك بين الدفاع عنه أو عن النفس أو عن العرض، إذ كلها معصومة والصائل معد علق عصمته بتعديده، والمدافع لا يمكنه أن يقدر بالضبط ما سيناله الصائل بصياله من النفس أو العرض أو المال في أكثر الأحيان، أينال القليل أو الكثير.

(94) ثانياً: شرط التناسب والدفاع بالقتل في النظم القانونية الوضعية:

إنجهد القوانين الوضعية وتبعاً لها الفقه والقضاء الوضعيين إتجاهين فيما يتعلق بهذه

المسألة.

- الإتجاه الأول: يطلق الدفاع بالقتل لدرء خطر جميع الجرائم، متى توافرت شروط الدفاع، من حيث لزومه وتناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء، طبقاً للقواعد العامة في تحديد معنى اللزوم، ومعيار التناسب.

. ومن هذه القوانين قانون العقوبات اللبناني، وقانون العقوبات السوري، وقانون العقوبات الأردني.

- والإتجاه الثاني: تحدد قوانينه الجرائم التي تبيح القتل كوسيلة لدفعها على سبيل الحصر، منتهجة نهج القانون الذي اقتبست عنه (قانون العقوبات الفرنسي في مادته 329). وسار في هذا الإتجاه من قوانين العقوبات العربية: العراقي والسوداني والليبي والتونسي والمصري والجزائري.

ونتناول بالتفصيل حالات إباحة الدفاع الشرعي بالقتل في كل من ق.ع. الفرنسي وق.ع. الجزائري وق.ع. المصري كنماذج عن هذا الإتجاه. مبتدئين بالقانون الفرنسي لكونه - كما لا يخفى - الأصل الذي اقتبست عليه معظم القوانين وبفقهه وقضائه استأنست واهتدت وعليهما اعتمدت، مناقشين ذلك في نقاط ثلاث، كل نقطة مخصصة لنظام.

1 - حالة الدفاع الشرعي بالقتل في النظام القانوني الفرنسي:

نصت المادة 329 من ق.ع. الفرنسي على ما عرف في الفقه بالحالتين الممتازتين للدفاع

الشرعي إذ قضت بأنه «يدخل في حالة الضرورة المباشرة للدفاع الشرعي الحالتين التاليتين:

1 - إذا كان فعل القتل أو الجرح أو الضرب قد حدث ليلاً رداً لتسليق أو كسر سور

أوحائط أو مدخل منزل (بيت) مأهول بالسكان أو للملحقاتها.



ب - إذا حدث الفعل دفعا للسرقة أو النهب الذي يسم بالقوة.  
وعند تطبيق هذا النص ثار جدل حاد حول مضمونه، ما إذا كان قد أدخل تعديلا على  
النظرية العامة للدفاع الشرعي فيما يتعلق بشرطي اللزوم والتناسب.  
فذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى أن المادة قد أنشأت قرينة قاطعة لا تقبل  
إثبات العكس، ومن هذه الأحكام الحكم في قضية السيدة: جوفو التي قتلت بواسطة حارس  
لها أحد جيرانها الذي كان يحضر ليلا بعد تسلق سور حديقة قصرها لوضع خطاب غرام تحت  
نافذة غرفة ابنتها.

وذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى كون هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.  
وأيدتها أحكام محكمة النقض الفرنسية التي جاء في حكم لها بأن إحداث الجرح بشخص  
دخل منزلا أو أحد ملحقاته ليلا، مجرد قرينة قانونية على أن الجرح حدث دفاعا شرعيا عن  
النفس أو المال، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، وبناء على ذلك عوقب الجاني على  
جرحه عمدا لأنه أطلق النار ليلا على سكران تسلق جدار الحديقة المحيطة بالمنزل بغية زيارة  
الخادمة ودون اكتراث بنهيه<sup>(1)</sup>.

وكما أثارته هذه المادة في القضاء الفرنسي جدلا، فقد أثارته خلافا في الفقه  
الفرنسي، فذهب رأي إلى أن المشرع أراد بها مجرد ذكر أمثلة لحالات من الدفاع الشرعي  
وذهب رأي ثاني إلى أن المشرع استهدف من المادة أن يمد أحكام الدفاع الشرعي إلى  
الاعتداء الواقع على المال.

وقد هجر في الأخير كل من الرأيين بحجة أنه ليس من اختصاص المشرع إيراد أمثلة  
تطبيقية في النصوص التشريعية، لأن ذلك من مهام القضاء فيما يتعلق بالرأي الأول.  
وفيما يتعلق بالرأي الثاني: رد عليه بأن الدفاع مقرر أصلا لحماية النفس والمال  
وليس ثمة من حاجة تدعو إلى أن يؤكد المشرع في نص خاص ما سبق أن قرره كقاعدة  
عامة.

ويسود الفقه الفرنسي الحديث رأي مفاده أن المشرع أراد بهذا النص وضع قرينة لصالح  
المدافع المتواجد في حالة من الحالتين اللتين نصت عليهما المادة 329 على أنه في حالة دفاع  
شرعي متوفرة شروطه، وهذا هو رأيي في الموضوع (أستعرضه عند الحديث عن حالة الدفاع  
الشرعي بالقتل في النظام القانوني الجزائري).

(1) انظر الدكتور رضا فرج: شرح ق.ع. الجزائري - مرجع سابق - ص 170 و 171.

2 - حالة الدفاع الشرعي بالقتل في النظام القانوني المصري:

سلك النظام القانوني في مصر غير هذا المسلك، وغير مسلك المشرع الجزائري، وغير مسلك المشرعين في سوريا ولبنان والأردن.

فقد حصر الحالات التي يباح فيها القتل دفاعاً عن النفس أو عن المال في المادتين 249 و250. وترتيباً على ذلك فإنه لا يجوز القتل ولو كان لازماً للدفاع في نظر المدافع في غير هذه الحالات<sup>(1)</sup>.

ففيما يتعلق بالجرائم الواقعة على النفس فقد نصت المادة 249 على أن «حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمدي إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور التالية:

- أولاً: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

- ثانياً: إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة...

- ثالثاً: اختطاف إنسان.

ويقصد المشرع في الحالة الثانية الجرائم المنصوص والمعاقب عليها في المادتين 267 و268 وفي الحالة الثالثة الجرائم المنصوص والمعاقب عليها بالمواد 283 و288 و290 ق.ع. مصري.

وفيما يتعلق بالجرائم الواقعة على المال التي تبيح القتل كوسيلة للدفاع الشرعي، فقد حصرتها المادة 250 من ق.ع. المصري بنصها على أن «حق الدفاع الشرعي عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمدي إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية:

- أولاً: فعل من الأفعال المبينة في الباب الثاني من هذا الكتاب.

- ثانياً: سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات.

- ثالثاً: الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته.

- رابعاً: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب

معقولة.

ونتناول هذه الحالات على التوالي:

(1) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 205.

- الحالة الأولى: تناول جرائم تخريب العمادي واستعمال المفرقات الجرائم المنصوص والمعاقب عليها بالمواد: 252، 252 مكرر، 253، 254، 255، 256، 257، 259/3 ق.ع مصري.

- الحالة الثانية: تناول السرقة المعودة من الجنايا المنصوص والمعاقب عليها بالمادتين 313 و316 ق.ع. مصري، أما إذا كانت السرقة جنحة فإن القاتل دفاعا يعتبر متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي ويسأل عن تجاوزه<sup>(1)</sup>.

- الحالة الثالثة: الدخول ليلا في منزل مسكون أو أحد ملحقاته.  
- الحالة الرابعة: فعل يتخوف منه الموت أو الجراح البالغة إذا كان للتخوف أسباب معقولة. وهذا الموقف يحتاج إلى تعليق، أتعرض له فيما يلي:  
التعليق على هذه النصوص من قانون العقوبات المصري:  
في الحقيقة لقد سبق التعليق عليها عند بحث مسألة نطاق الدفاع الشرعي في التمهيد لهذه الرسالة.

حيث أشدنا مبدئيا بموقف المشرع المصري من حيث تناوله المسألة بخصوصية إلى حد ما. غير أن هذا لا يمنع من توجيه بعض الملاحظات إلى هذا المشرع تتمثل فيما يلي:  
أ - الفعل الذي يتخوف أن تحدث منه الموت أو الجراح البالغة، إذا كان للتخوف أسباب معقولة، فبأي معيار يوزن الفعل؟ خاصة أن المدافع في ظروفه المرحجة تختلط عليه الأمور والقاضي مهما أوتي من تجربة وخبرة بالواقع والقانون لا يستطيع أن يضع نفسه موضع المدافع وموضع الرجل المعتاد في نفس ظروف المدافع (الذي هو المعيار الموضوعي الشخصي في نفس الوقت لتحديد لزوم الدفاع وتناسبه مع الخطر) لتحديد ما إذا كان لتخوف المدافع ما يبرره أم لا. فلم لا تترك المسألة من غير هذا القيد وتوكل للفقهاء، كما هو الحال في قوانين سوريا ولبنان والأردن (وقانون العقوبات الجزائري في نظري).

ب - فيما يتعلق بالاعتداء على المال، قيد المشرع المصري الدفاع بقتل المعتدي بالتعدي بجرائم محصورة على المال، وأستدرك في حالة ما إذا كان التعدي على المال يهدد النفس كذلك بالموت أو الجراح البالغة، الأمر الذي جعل بعض الشراح يجعل هذه الحالة

(1) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام - مرجع سابق - ص 237.

الأخيرة: (التعدي على المال المأخوذ بتهاون النفس) الدفاع فيها دفاعا عن النفس<sup>(1)</sup> وتلك هي الحقيقة في نظري إذ النفس أهم من المال فستى كانت مقرونة نظرنا إلى ما هم أهم. وجعله القتل دفاعا إذا كان التعدي على المال لا يشكل إلا جنحة تجاوزا لحدود الدفاع يسأل عليه<sup>(2)</sup> المدافع.

هذا الوضع يثير تساؤلين:

أولهما: من أين للمدافع عند اكتشافه الجرم الواقع أو الوشيك الوقوع على المال أن يعرف أنه وكيف ضمن الجنایات أو ضمن الجنح؟

وأمام قاعدة (إباحة الدفاع الشرعي) فمثل هذا الموقف فيه حرج، لو تداركه المشرع بالسكوت عن تحديد الجرائم الواقعة على المال المبيحة للقتل؟ وثانيهما: من أين له أن يعرف ما يحدثه دفاعه من ضرر بالمعتدي حتى يجعله لا يصل إلى موته؟ فلو ترك الأمر لقواعد نظرية الدفاع الشرعي لارتفع الحرج؟

ففي رأبي وبما أن الدفاع ليس قصاصا ولا عقوبة، فإن النظر فيه لنتيجة الاعتداء هضم لحقوق المدافع، وسلبه باليسرى ما منح باليمنى، وتجنبي على نظرية الدفاع الشرعي.

ولعل هذا ما حدا بأحد أهم شراح قانون العقوبات والفقهاء في مصر (الدكتور محمود محمود مصطفى) إلى تفضيل مسلك المشرع اللبناني والسوري والأردني، الذي لم يحدد حالات الدفاع التي تبيح القتل، إذ قد يكون القتل مبررا رغم النص على أنه غير مبرر، وقد يكون غير مبرر رغم النص على خلاف ذلك<sup>(3)</sup>. في نظر نظرية الدفاع الشرعي

وقد سارت الشريعة الغراء في فقها كما رأينا على خلاف هذا، إذ أبحاث الدفاع عن المال مطلقا ومهما كانت النتيجة، فيما عدا قول عند الحنابلة يقيد الدفاع بالقتل عن المال الكثير. وقد ردت هذه الرواية التمر أوردتها الحصكفي من طرف ابن عابدين، كما مر عند الحديث عن رأي الدكتور يوسف قاسم في المسألة (في الفقرة السابقة 93).

وفيما عدا ذلك لم يقيد فقهاء الإسلام مدى ما يصل إليه الدفاع عن المال المعصوم - قليله وكثيره - من نتيجة عدا ما يتطلبه الدفاع من شرطي اللزوم والتناسب.

(1) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - مرجع سابق - ص 209.

(2) انظر الدكتور محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات ق.ع. - مرجع سابق - ص 237.

(3) انظر د / محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية - مرجع سابق - ص 57.

### 3 - حالة الدفاع الشرعي بالقتل في النظام القانوني الجزائري:

أرى أن المشرع الجزائري لم يقصد في المادة 40 ق.ع. بذكر القتل خاصة أنه مناسب للدفاع بالذات في هاتين الحالتين دون باقي الحالات التي عممت في المادة 390 قبلها بل قصد بالمادة أن يضع قرينة قانونية على أن القتل في هاتين الحالتين (المعروفتين في الفقه بالحالتين الممتازتين للدفاع الشرعي) متناسب مع الاعتداء.

وأرى أن هذه القرينة بسيطة تقبل إتيان العكس، حسب ما ذهب إليه موقف للفقه الفرنسي بعد أن مرت أمامه تجارب قضائية فرنسية أثبتت أنه ليس كل قتل في هذه الحالات متناسب فعلا مع الاعتداء. ومن أشهر الأحكام القضائية الفرنسية التي أثبتت ذلك وتقرر فيها أن القرينة بسيطة: حكم لمحكمة جنابات باريس الذي أدانت فيه أحد الأشخاص لأنه جرح آخر بعد أن فاجأه في مكتبه ليلا، وكان هذا الأخير قد حضر إلى مكتب الجاني بناء على موعد معه، وقد ادعى المتهم عدم تعرفه على هذا الشخص عندما فاجأه ليلا<sup>(1)</sup> ولا يخفى أن محكمة جنابات باريس في هذا الحكم قد قررت أن القرينة التي تقرها المادة 329 ق.ع. فرنسي ليست قاطعة.

ويرى الدكتور رضا فرج في شرحه لقانون العقوبات الجزائري أن القرينة التي تحملها المادة 40 ق.ع. جزائري قرينة بسيطة تقاسميا مع الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري في الإعتداد بنية الجاني، وبشخصيته وإرادته أكثر من إعتداده بالفعل المرتكب<sup>(2)</sup>، بناء على كل ذلك تحدد رأيي، يضاف إلى ذلك تصوري أن يستغل هذا النص ويستدرج أحد ضحيته ليقتله في مثل هذه الظروف ببساطة: وفُلت الجاني الذي تربص بضحيته من العقاب. وبهذا أنتهي من الفصل الأول لانتقل إلى الفصل الثاني فيما يلي:

(1) انظر د/رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، ط 2، لسنة 76 - مرجع سابق - ص 170.

(2) نفس المرجع، ص 171.

جامعة الأمير  
الفضل الثاني  
إثبات الدفاع الشرعي وحكمه  
وأثاره، وتجاوز حدوده  
وأثار التجاوز  
الإسلامية

(95) تمهيد وتقسيم:

إذا ما توفر ركنا الدفاع الشرعي، وتوافرت لكل منهما شروطه، بأن كان الاعتداء غير مشروع، وحال أعلى وشك الوقوع، وكانت أفعال الدفاع لازمة لدرء خطر العدوان ومتناسبة معه، فعند ذلك تترتب آثار الدفاع، من حيث تبرير ومشروعية الأفعال التي قام بها المدافع لرد الاعتداء الوشيك، أو إنهاء الاعتداء الواقع، أو وقف المستمر.

غير أن المسألة تطرح مشكل الإثبات طرحا حادا، فتثير التساؤل عن الكيفية التي بها يتم إثبات قيام هذه الشروط، وعلى من يقع عبء هذا الإثبات.

ويتعلق ببيان مشروعية أفعال الدفاع بيان الحكم الشرعي له من حيث كونه واجبا أو مباحا بالمعنى الذي يحدده الفقهاء للحكم الشرعي، عند تعريفهم له بكونه: «الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل<sup>(1)</sup>» وكذلك بيان حكم الدفاع في التشريعات الوضعية، أو كما أعبر عنها في النظم القانونية الوضعية (تشريعا، فقها وقضاء).

وإذا ما توافرت كل شروط الدفاع الشرعي، وتخلف فقط شرط تناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء، فإن هذه الحالة تطرح التساؤل عما إذا كان من المتعين أن الأفعال التي قام بها المدافع مشروعة، وإن كانت كذلك فإلى أي مدى مشروعتها؟ وهل يسأل المدافع عنها لعدم مشروعتها؟ أم يسأل عن الأفعال الزائدة عما يتطلبه شرط تناسب أفعال الدفاع مع أفعال الاعتداء؟

ومسؤولية المدافع هذه عن تجاوزه حدود الدفاع الشرعي، بعدم تناسب أفعال دفاعه، في شيء منها مع أفعال الاعتداء تقتضي بحث التجاوز من حيث مدلوله ومعياره وآثاره. وبهذا نكون قد حددنا معالم طريقنا ونحن نبحت هذا الفصل الذي نقسم دراسته إلى مبحثين على النحو التالي:

- المبحث الأول: إثبات الدفاع الشرعي وحكمه وآثاره.

- المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وآثاره.

(1) انظر الخصري بك الشيخ محمد: أصول الفقه، ط 2 لسنة 1352 هـ - 1933 م المطبعة الرحمانية بمصر، نشر المكتبة التجارية الكبرى، ص 23.

# المبحث الأول

## إثبات الدفاع الشرعي وهكده وأثاره

(96) تمهيد وتقسيم:

المقصود بإثبات الدفاع الشرعي: إقامة الأدلة التي يقبلها القضاء لإثبات توافر أركان وشروط الدفاع الشرعي (دفع الصائل)، وتحديد على من يقع عبء هذا الإثبات، وإذا انتهينا من بيان ذلك نأر التساؤل عن حكم كل نوع من أنواع الدفاع (حسب موضوعه) في فقه الشريعة الغراء، وعند شرح القوانين الوضعية، وكذا التساؤل عن شرعيته في كل نوع على حدة، مع تداخل الحكم بين الأنواع، واختلافه أحيانا بين فقهاء الشريعة الغراء وبين شرح القوانين الوضعية، وبين فقهاء الشريعة فيما بينهم أحيانا أخرى. ولتوضيح كل ذلك نبهه بالتدقيق في المطالب التالية:

- المطلب الأول: إثبات الدفاع الشرعي.
- المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي.
- المطلب الثالث: آثار الدفاع الشرعي.



## المطلب الأول

### إثبات الدفاع الشرعي

(97) تمهيد وتقسيم:

الإثبات في اللغة من بين معانيه الإحتجاج كقولهم: لا أحكم بهذا إلا بثبت أي بحجة. كما في حديث فتادة بن النعمان بغير بينة ولا ثبت، وفي حديث صوم يوم الشك: ثم جاء الثبت أنه من رمضان، الثبت بالتحريك الحجة والبينة<sup>(1)</sup>.

وبهذا المعنى يكون معنى الإثبات: إقامة الدليل والبرهان، وهذا هو معناه في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد جاء في معجم لغة الفقهاء: «الإثبات بكسر الهمزة وسكون التاء مصدر أثبت جعل الشيء راسخا غير مائل أو متقلقل. إقامة الدليل على صحة الإدعاء أمام القاضي، ومنه إثبات الملكية، وإثبات الوفاة، وطرق الإثبات: الوسائل التي تقبل كأدلة أمام القضاء كالشهادة والقرائن القوية وغير ذلك»<sup>(2)</sup>.

وقد عرف الإثبات في مصطلح الفقهاء المحدثين معان ثلاث، فبالمعنى الأول: يراد بكلمة الإثبات الإدلاء بالعناصر التي بها تحصل قناعة القاضي، بخصوص الإدعاءات المعروضة عليه، وهذا هو المعنى العام الواسع لكلمة الإثبات، وهو المقصود من قولهم: «عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي»،

وبالمعنى الثاني: يقصد به تلك العناصر نفسها، والأدلة التي تقدم للمحكمة، وهي إما الكتابة أو البينة أو غيرها من وسائل الإثبات المختلفة، وهو معنى أضيق من سابقه.

وبالمعنى الثالث: يراد به تلك النتيجة التي تحصل من بعد تقديم الأدلة، فيقال مثلا:

«لقد حصل الإثبات» وذلك إذا ما تمكن الخصم من إبراز صحة ما يدعيه وهو المعنى الأخص

من سابقه<sup>(3)</sup>.

(1) انظر الفيروز آبادي الشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الشرازي: القاموس المحيط، ط 3 سنة 1301 هـ بولاق، مجلد 1، ص 144.

(2) انظر معجم لغة الفقهاء - مرجع سابق - ص 41 و 42 و 153.

(3) انظر يكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ط 2 المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 11 وما بعدها.

ويعرف الإثبات في المواد الجنائية، بأنه: « إقامة الدليل على وقوع الجريمة، أو عدم حصولها، على إسنادها إلى المتهم، أو براءته منها »<sup>1</sup>.

وعنى ضوء ما تقدم يمكن أن نقول: أن المقصود بإثبات الدفاع الشرعي إقامة الدليل على توافر أركانه وشروط كل ركن منها.

وطرق الإثبات في المواد الجنائية في الشريعة الإسلامية كثيرة، وهي بصفة عامة: البينة والإقرار والقرائن والخبرة ومعنومات القاضي (على خلاف) والكتابة واليمين والقسامة واللعان<sup>(2)</sup>. وعلى أي حال فالقاضي في غالب الأحوال غير مقيد بطريق مخصوص من طرق الإثبات، بل عليه أن يكون اقتناعه من جميع ظروف الدعوي، وإلي هذا أشار ابن قيم الجوزية في كتابه «إعلاء الموقعين» إذ قال: «إن الشارع لم يقف الحكم في حفظ الحقوق البينة على شهادة ذكris لا في النساء ولا في الأموال ولا في الفروع ولا في الحدود، بل قد حد الخلفاء الراشدون والصحابة - رضي الله عنهم - في الزنا بالحبل وفي الخمر بالرائحة والقيء، وكذلك إذا وجد المسروق عند السارق كان أولى بأخذ من ظهور الخيل والرائحة في الخمر، وكل ما يمكن أن يقال في ظهور المسروق أمكن أن يقال في الحبل والرائحة بل أولى، فإن الشبهة التي تعرض في الحبل من الإكراه ووطء الشبهة وفي الرائحة لا يظهر مثلها في ظهور العين المسروقة، والخلفاء الراشدون والصحابة - رضي الله عنهم - لم يلتفتوا إلى هذه الشبهة التي تجوز غلط الشاهد، ووهمه وكذبه أشهر منها بكثير، فلو عطل الحد بها لكان تعطيه بالشبهة التي تكمن في شهادة الشاهدين أولى، فهذا محض الفقه والإعتبار ومصالح العباد.

(1) انظر د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، ج 1، ط سنة 1977م الأولى ص 3.  
(2) انظر د/ أحمد فتحي بهنسي: نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ط: 4 لسنة 1403 هـ - 1983م، دار الشروق، كامل المرجع، والإثبات في كتب الفقه الإسلامي التي اتخذها الدكتور مصادر له.

وهو من أعظم الأدلة على - لاله فقه الصحابة - رضوان الله عليهم - وعظمته ومطابفته لمسالك العباد...»<sup>(1)</sup>.

والقاعدة في الفقه الوضعي كذلك عدم تقييد قاضي المادة الجزائية بطريق مخصوص من طرق الإثبات، إلا إذا نص القانون على أدلة معينة في جرائم معينة، فإنه يتعين على القاضي التمسك بهذه الأدلة بالذات، كما هو الحال في جريمة الزنا فإن القوانين الوضعية عادة تشترط أن يكون الدليل إما محضر تلبس بالجرم، وإما إقرار وارد في مراسلات أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي<sup>(2)</sup>.

ولا يقبل القاضي في هذه الحالة أي دليل غيرها وإن كان أقوى في دلالته من هذه الأدلة، كالشريط المسجل أو المصور لأن ذلك يتنافى مع قاعدة: «تضييق النص الجنائي». ولبحث هذا المطلب والتعرض لهذه المسائل وغيرها نقسم المطلب إلى فرعين، على النحو التالي:

- الفرع الأول: إثبات الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.
- الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية.

---

(1) انظر ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر: إعلام الموقعين عن رب العلمين، راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤف سعد، ج 1، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، النص المنقول من ص 103 ومعناه منتشر في الصفحات 104 و 105 وغيرها في الجزء الثاني للإستزادة يرجع إلى المصدر، يقارن ما فيه بالإثبات في كتب الفقه الأخرى.

(2) بنص ق. العقوبات الجزائي في مادته 341 على أن: «الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 (جريمة الزنا) يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط. القضائي عن حالة التلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي».

## الفرع الأول

### إثبات الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

(98) عرض وتحليل وإبداء رأي:

تحدث فقهاء الإسلام في معرض حديثهم عن إثبات دفع السائل، عن الإقرار والبيينة واليمين، من بين وسائل الإثبات المعروفة عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

وبينوا أن المصول عليه (المعتدى عليه) الذي يكون في حالة دفاع أو من يدفع عنه هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، فعليه أن يقيم الدليل على قيام أركان وشروط الدفاع الشرعي في عمله. فلا يكفي أن يدعي المدافع أنه قام بأفعال الدفاع لدرء صيال الصائل، وإنما عليه أن يقدم الحجة والبرهان على صدق ما يدعيه، ومعنى هذا أن دعوى مدعي الدفاع لا تقبل إلا ببيينة، أو دليل لأن، الأصل كما يقول صاحب المغني: عدم ما يدعيه فلا يسقط الحكم بمجرد الدعوى<sup>(1)</sup>.

والإقرار في أحد معانيه، هو: إخبار بحق لآخر<sup>(2)</sup>، كما جاء على لسان صاحب كتاب (طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية).

ولا يفيد الإقرار في هذا الموضوع، إلا إذا أقر الصائل صراحة بأنه صال على المدافع عنه، وتمسك المدافع صراحة أو ضمناً بأنه لم يرتكب أفعال الدفاع إلا لدرء خطر عدوان هذا الصائل.

فإذا حصل ذلك وتوافرت للإقرار شروط صحته، ثبت الدفاع الشرعي، وترتبت آثاره المتمثلة في جعل ما يأتیه المدافع من أفعال مشروعاً - وإن كانت في ظاهرها غير مشروعة - متى كانت لازمة لمواجهة الخطر ومتناسبة معه.

ويثور تساؤل مؤداه من الذي يطلب منه الإقرار إذا حدث وأن أدى الدفع إلى وفاة

الصائل؟

(1) انظر ابن قدامة: المغني، ج 8 - مرجع سابق - ص 332.

(2) انظر أحمد إبراهيم الأستاذ: طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية، ط سنة 1374 هـ، ص 118.

وقد أجاز فقهاء الإسلام عن التساؤل: بأن الإقرار في هذه الحالة يلمس لدى أولياء دم المقتول. فإن أقر ولي الدم بأن القاتل صال على القاتل أو على من دافع عنه، وأن المدافع لم يكن بإمكانه دفع صياله بعير القتل، فإن هذا الإقرار من ولي الدم كاف في إثبات الصيال وإسقاط القصاص والدية عن المدافع.

وقد استند الفقهاء في ذلك إلى ما قضى به سيدنا عمر - رضي الله عنه - فيما روي عنه أنه «بينما هو يتغذى يوماً إذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد مطلخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل ياكل، وأقبل جماعة من الناس فقالوا: يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع إمرأته، فقال عمر: ما يقول هؤلاء؟ قال: ضرب الآخر فخذي إمرأته بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتله، فقال لهم عمر: ما يقل؟ قالوا: ضرب بسيفه فخذي إمرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه إثنين، فقال عمر: إن عادوا تعدوا» (1).

فأمير المؤمنين عمر - رضي الله عنه - هنا أخذ بإقرار أولياء الدم، الذين ذكروا صراحة أن صاحبهم تعدى على عرض القاتل المدافع تعد أدى بالمدافع إلى أن يقتله. وأما الإثبات بالبينة فمعناه الإثبات بشهادة الشهود (2).

ونصاب الشهود يختلف من الأموال إلى الأعراض والدماء، ومن فقيه إلى آخر، فمن قائل من الفقهاء بجواز شهادة المرأة في مواد الجنائيات، ومن قائل بعدم جوازها؛ خاصة إذا ترتب على شهادتها قصاص أو حد. ومن قائل بالإثبات بالشاهد واليمين في غير الشهادة على الزنا الذي يتطلب أربعة شهود لإثباته.

ومن هنا منشا الخلاف في موضوع إثبات الدفاع الشرعي.

فإذا شهد شاهدان عدلان، أو شاهد و امرأتان عند من يأخذ بشهادتهما مع الرجل، بأن الصائل صال على المعتدى عليه، وأنه تم دفعه بما رأى القاضي أنه لازم ومناسب لدفعه، كان ذلك كاف للإثبات فيما عدا جريمة الزنا.

(1) انظر ابن قرامة المغني: ج 8 - مرجع سابق - ص 332.

(2) انظر الدكتور بهنسي أحمد فتحي: نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط 4 سنة 1403 هـ - 1983 م، دار الشروق، ص 107 وما بعدها.

ويفرق المالكية بين وقوع الصيال حال وجود ناس وحال عدم وجودهم، فإذا وقع بحضرتهم تعينت البينة دليلا لإثباته، أما إذا وقع في غير حضرتهم يقبل قول المصول عليه أو المدافع مع يمينه، فقد ذكر صاحب الشرح الكبير الشيخ أحمد الدردير ما نصه: «ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه إلا إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه»<sup>(1)</sup>.

ويعلق على ذلك العلامة الدسوقي في حاشيته علم نفس الشرح بقوله: «فإذا صال جمل مثلا على أحد فخاف منه على نفسه فقتله فلا شيء، عليه إن قات له بينة أنه سال عليه وإنما لم يندفع عنه إلا بقتله، فإن لم تقم له بينة فمن، ولا يصدق في دعواه أنه سال عليه ولم يندفع عنه إلا بقتله، إلا إذا كان بموضع ليس بحضرة الناس فإنه يصدق بيمينه»<sup>(2)</sup>. أما الحنفية فذهبوا إلى أنه إن قدم المدافع برهانا على أنه كان في حالة دفع صيال صائل فإن دم الصائل هدر، وإن لم يقدم هذا البرهان وكان الصائل معروفا بالسرقه والشر سقط القاص وبقيت الدية، وإن لم يكن معروفا بذلك اقتض منه. فقد جاء في حاشية ابن عابدين: «وفي البزازية وغيرها رجل قتلته رب الدار فإن برهن أنه كابره فدمه هدر وإلا فإن لم يكن المقتول معروفا بالسرقه والشر قتل به قصاصا وإن كان متهما تجب الدية في ماله إستحسانا لأن دلالة الحالة أورثت شبهة في القصاص»<sup>(3)</sup> لا في المال».

وذهب الحنابلة إلى التمسك بالبينة أكثر فإن لم تقدم أو قدمت ولم تفد قيام حالة دفع الصائل متوفرة الشروط فالقود، أي القصاص هو الحكم.

وفي هذا يقول صاحب المغني (ابن قدامة) ما نصه: «ولو قتل رجل وادعى أنه قد هجم منزلي فلم يمكنني دفعه إلا بالقتل لم يقبل قوله إلا ببينة، وعليه القود سواء كان المقتول يعرف بسرقه أو عيارة أولا يعرف بذلك، فإن شهدت البينة أنهم رأوا هذا مقبلا إلى هذا بالسلاح المشهور فضربه هذا فقد هدر دمه، وإن شهدوا أنهم رأوه داخلا داره ولم يذكروا سلاحا أو ذكروا سلاحا غير مشهور لم يسقط القود بذلك لأنه قد يدخل الحاجة ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب إهدار دمه»<sup>(4)</sup>.

(1) و(2) انظر الحاشية والشرح الكبير، ط 1319 هـ بيولاقي - مرجع سابق - ص 317، و318.

(3) انظر ابن عابدين، الحاشية ج 3 - مرجع سابق - ص 221.

(4) انظر ابن قدامة، المغني ج 8 - مرجع سابق - ص 333 من طبعة المنار.

ونفس ذلك ما ذهب إليه الشافعية وجاء على أن إمام المذهب في " الأم " ما يشبه النص السابق وزاد عليه: «... لا أ طرح الفود إلا بمكابرته على دخول الدار وأن بشهر عليه السلاح وتقوم بذلك بينة، قال الشافعي: ولو شهدوا أنهم رأوا هذا مقبلا إلى هذا في سحراء لا سلاح معه فقتله الرجل أدرته به لانه قد ينبر الإقبال غير المحوف مريدا له ولا دلالة على أنه أقبل إليه الإقبال المخوف، فأى سلاح شهدوا أنه أقبل به إليه العصا أووهق أو قوس أو سيف أو غيره ثم قتله وهو مقبل إليه شاهره أهدرته»<sup>(1)</sup>.

أما إثبات الصيال في جريمة الزنا بالذات فإن فيه خلاف بين فقهاء الإسلام. إذ الإثبات الذي بموجبه يحد الزاني على خلاف البينة في غيره يتطلب أربعة شهود عدول، في حين يكفي الشاهدان العدلان في غيره، ويجوز البعض شهادة العدل والمرأتين في غيره طبعاً.

واشترط العدول الأربعة لإثبات واقعة الزنا ثابت بالقرآن في قوله تعالى: «واللاتي ياتين الفاحشة من نسانكم فأشهدوا عليهن أربعة منكم»<sup>(2)</sup>.

وثابت بالسنة كذلك بما روي عن جابر بن عبد الله قال: «جاءت اليهود إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برجل وامرأة منهم زنيا فقال: إئتوني بأعلم رجلين منكم، فاتوه بابني سوريا فنشدهما كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ قالوا: نجد في التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما، قال: فما يمنعكم أن ترجموهما؟ قالوا: ذهب سلطاننا فكرهنا القتل - فدعا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشهود فجاءوا بأربعة فذكروا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة - فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برجمهما»<sup>(3)</sup> أخرجه أبو داود.

وفي مسألة ثبوت الصيال يذهب المالكية والشافعية وأحد وجهين عند الحنابلة إلى اشتراط أربعة شهود لإثبات الصيال في الاعتداء على العرض بالزنا، بينما ذهبت رواية عن الحنابلة أن البينة في إثبات الصيال لدرء جريمة الزنا هي شاهدان فقط، وعللوا رأيهم هذا بكون البينة هنا على وجود الصائل مع المرأة لا على الزنا<sup>(4)</sup>.

(1) الشافعي: الإم، ج 6 - مرجع سابق - ص 28 و 29.

(2) الآية رقم 15 من سورة النساء.

(3) انظر ابن الأثير الجزري: جامع الأصول، ج 4 - مرجع سابق - ص 304.

(4) انظر البهوتي: كشف القناع - مرجع سابق - ص 93.

ويستند القائلون بإثبات دفع الصائل المعتدي على العرض بالزنا بأربعة شهود إلى ما روى سعيد بن المسيب إذ قال: «أرسل معاوية أبا موسى إلى علي - كرم الله وجهه - يسأل عن رجل وجد مع امرأته رجلا فقتله، فقال علي - كرم الله وجهه - لتخبرني لم تسأل عن هذا؟ فقال: إن معاوية كتب إلي، فقال: علي أنا أبو الحسن أن جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا وإلا أعطى برمته يقول يقتل»<sup>(1)</sup> كما يستنتجون ذلك من حديث سعد ابن عباد الذي قال فيه سعد للنبي - صلى الله عليه وسلم - : «يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى أتني بأربعة شهداء؟ فقال - صلى الله عليه وسلم - : نعم»<sup>(2)</sup>.

وقد ذهب الدكتور يوسف قاسم<sup>(3)</sup> إلى التوقف وعدم الترجيح في هذا الخلاف الفقهي، حول عدد الشهود المشكل لنصاب البينة في دفع الصائل على العرض بالزنا.

ويرى الدكتور محمد سيد عبد التواب<sup>(4)</sup> الإكتفاء بشهادة الشاهدين معللا بأن حديث سعد بن عباد من ناحية في رواية أخرى له جاء فيها: «...أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقنته؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : لا، فقال سعد: بلا والذي بعثك بالحق...». ومن ناحية ثانية أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أقر سيدنا سعد عندما قال هذا الأخير في نفس هذه الرواية: «...والذي بعثك بالحق لأعاجله بالسيف قبل ذلك» إذ لم يقل له: إن قتلته قتلت به أو ما شابه ذلك، بل ومدح غيرته.

وأرى والله أعلم - ومن غير إدعاء الترجيح - أن القول بالإكتفاء بشاهدين أوفق مع حكم العقل، إذ حقيقة أن الشهادة هنا ليست لإثبات الزنا، وإنما هي لإثبات وجود الصائل مع المرأة، فيكفي أي اعتداء عليها منه ليبرر دفعه وإن أدى الدفع إلى قتله. وهو أوفق مع الحكمة من تشريع أحكام دفع الصائل إذ شرعت في حدود الممكن، والشهادة على الزنا

(1) انظر العقبي محمد حسين: المجموع، شرح المذهب، التكملة الثانية ج: 18. مطبعة الإمام بمصر، ص 34.

(2) انظر ابن القيم أبو عبد الله محمد بن أبو بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد. ج 4. ط سنة 1381 هـ بمطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ص 112.

(3) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 344.

(4) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 286.



أقرب إلى المستحيل منه إلى الممكن، والشارع أراد ذلك للإحتياط للأعراض خاصة. كما يقول ابن قيم الجوزية في إعلامه، تحت عنوان: الإكتفاء بشاهدين دون الزنا يوافق القياس: «وأما إكتفاءه في القتل بشاهدين دون الزنا ففي غاية الحكمة والمصلحة، فإن الشرع احتاط للقصاص والدماء واحتاط لحد الزنا، فلو لم يقبل في القتل إلا أربعة لضاعت الدماء وتوالت العادون وتجرعوا على القتل...»<sup>(1)</sup>.

وأرى أن البيئنة هنا لإثبات القتل لا لإثبات الزنا. اللهم أن يقول قائل أن سبب القتل هو إدعاء الزنا وفيه مساس بالعرض، والعرض بالغ الشارع الحكيم في ستره كما يقول ابن قيم الجوزية في نفس الموضوع: «...وأما الزنا فإنه بالغ في ستره كما قدر الله ستره، فاجتمع على ستره شرع الله وقدره، فلم يقبل فيه إلا أربعة يصفون الفعل وصف مشاهدة ينتفي معها الإحتمال، وكذلك في الإقرار، لم يكتف بأقل من أربع مرات حرصا على ستر ما قدر الله ستره، وكره إظهاره والتكلم به، وتوعد من يحب إشاعته في المؤمنين بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة»<sup>(2)</sup>.

فندرد عليه بأننا مع ستر أعراض المسلمين، لكن القتل هنا، والذي يشهد عليه لا على الزنا، يمكن أن يتم بسبب أي تعد على العرض، بالقبلة واللمس ونحو ذلك، مما لا يتطلب حتى في ذاته شهادة أربعة شهداء، فضلا عن إذا وقع القتل بسببه.

ومجد من فقهاء الشريعة الغراء من يبيع قتل الزانيين المحصنين دفاعا عن العرض<sup>(3)</sup>

ولا يفرق البعض بين المحصن وغير المحصن في قتله دفاعا عن العرض<sup>(4)</sup>.

وأرى أن هذا الخلاف في نصاب البيئنة لا يثير مشكلة - وكما يقال لا يفسد للود قضية - عند من تطبق الشريعة الإسلامية أخذا من كتب فقهاؤها، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، إذ يمكنهم الأخذ بما يوافق مصلحة مجتمعهم، من وجهتي النظر

(1) و(2) ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، ج 2 - مرجع سابق - ص 84.

(3) انظر الإمام الشافعي: الأم، ج 6 - مرجع سابق - ص 26.

- انظر الحسكفي، الدر المختار على هامش ابن عابدين، ج 1 - مرجع سابق - ص 247 و 249.

(4) انظر نفس الصفتين من نفس المرجع.

- وانظر ابن فرحون: تبصرة الحكام - هامش فتح العلي المالك - ج 2 - مرجع سابق - ص 185.

المختلفتين (الإثبات بشاهدين أو الإثبات بأربعة) من غير حاجة إلى ترجيح، وما أخذ به اليوم قد يترك غدا، إذا تغير الحال. ويرجع إلى غيره، ولا أرى في ذلك حرجا، إذ لم يره خيرة العلماء من قبلي، وقد قالوا بتغير الفتوى بتغير الزمان<sup>(1)</sup>.

والسعوديون بالذات - الذين ضربت مثلا بنظامهم - مصادر قضائهم متعددة، وإن كان الأصل عندهم الأخذ بالقول الراجح من مذهب الإمام أحمد رضي الله عنه، كما هو واضح من رسالة تكرم السيد وزير العدل بالملكة بالرد بها علي.

وفي رأبي أن الخلاف في قتل الزاني دفاعا، إذا كان محصنا أو غير محصن، لم يكن فيه القائلين بأنه لا يقتل إلا إذا كان محصنا على هدى، إذ الحديث النبوي الذي يستندون إليه: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل النفس بالنفس» إنما أحل الدم هنا للسلطان لا للمدافع وفي هذا فرق كبير. كما أنه من أين للمدافع أن يعرف تزوجه من عدمه في أحيان كثيرة. وبهذا التحليل وإبداء الرأي نأتي على نهاية هذا الفرع وننتقل إلى الفرع الذي يليه، الثاني.

---

(1) انظر ابن قيم الجوزية مثلا في إعلامه للموقعين، ج 4.

## الفرع الثاني

### إثبات الدفاع الشرع في النظم القانونية الوضعية

(99) تمهيد وتقسيم:

في الحقيقة لا خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي من حيث إمكانية إثبات الدفاع الشرعي بكل وسائل الإثبات<sup>(1)</sup> كما قال ابن قيم الجوزية.

والقاعدة العامة في النظم القانونية الوضعية التي نصت عليها بعض القوانين صراحة أن المحكمة ليست ملزمة بالأخذ بدليل معين، في المواد الجنائية، وإنما الأخذ به خاضع لقناعة القاضي الشخصية وتقديره لكيفية الاحتجاج بهذا الدليل ومدى صحة ما يستدل به فيه، حتى ولو كان هذا الدليل هو اعتراف المتهم نفسه<sup>(2)</sup>، وفي بعض التقنيات نص صراحة على أن الإقرار خاضع لتقدير المحكمة شأنه شأن سائر الأدلة<sup>(3)</sup>.

إلا أن ما أثارته شهادة الشهود (البينة) في الفقه الإسلامي لا يطرح مشكلة بالنسبة للنظم القانونية الوضعية، فهي لا تفرق في الشهادة بين ذكر وأنثى، ولا تشترط أكثر من شاهدين في أية مسألة.

أما الإثبات باليمين فإن من يدعي الدفاع يكون متهما - ووفق قواعد القانون الوضعي - لا يحلفه القانون لافتراض أن يكذب، إذ له الحق في الدفاع عن نفسه ولو بالكذب، وعلى النيابة إقامة الدليل. ولا تعرف القسامة عند الوضعيين.

---

(1) انظر جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، ج 1 - مرجع سابق - ص 104 وما بعدها.  
(2) و(3) كما هو الحال في نص المادة 212 من ق.إ.ج جزائري إذ تنص على أنه: «يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك. وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص» والمادة 271 ق.إ.ج مصري التي تنص على أنه: «يسأل المتهم عما إذا كان معترفا بارتكاب الفعل المسند إليه فإن اعترف جاز للمحكمة الإكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع شهود وإلا فلتسمع شهود الإثبات» وتنص المادة 213 ق.إ.ج جزائري على أن: «الإعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي» وتنص المادة 307 من ق.إ.ج الجزائري على أن «القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا... على تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صحت وتقدير وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لهم القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم هل لديكم اقتناع شخصي؟»

غير أنه إذا كان الدفاع الشرعي يناقش في قضية مدنية محضة، كان يفصل في الجانب الجزائي وتحفظ الحقوق المدنية، فلا أرى مانعا من أن توجه المحكمة بيننا مكملة لمن يدعي أنه كان في حالة دفاع شرعي، سبق أن دفع به أمام المحكمة الجزائية ولم تأخذ به. إذ دفعه به أمام المحكمة بشكل قرينة لصالحه ولو رفض الدفع.

غير أن الموضوع في النظم القانونية الوضعية يثير مشكل على من يقع عبء الإثبات؟ وقد ساد الفقه الوضعي للإجابة على هذا السؤال نظريتان نعرضهما في نقطتين، كما أن ما عرفه النظام القانوني الوضعي من مرافعات بإجراءات خاصة طرح التساؤل حول إفادة المدافع بإحكام الدفاع إذا تمسك بالدفع بأنه كان في حالة دفاع وثبت ذلك، وهل يفاد إذا لم يتمسك بالدفع؟ وسنعرض ذلك في نقطة ثالثة. كما أن تدرج أجهزة القضاء الوضعي يثير مسألة رقابة المحكمة العليا أو ما يعرف في بعض النظم القانونية بمحكمة النقض أو التمييز على قضاء محكمة الموضوع (الإبتدائية والإستئنافية) وسأعرض ذلك في نقطة رابعة. وقبل الإنتهاء من الموضوع ولما أن في الفقه الإسلامي ما عرف بالقسامة كأحد أدلة الإثبات ولا مثيل له في الفقه الوضعي وقوانينه، وللمقارنة بين بعض النقاط في الشريعة والنظم القانونية الوضعية أخصص لذلك نقطة خامسة.

ولما أن الموضوع فيه أخذ ورد أدلي بدلوي بين الدلاء وأقدم رأيي في نقطة سادسة على

النحو التالي:

- أولا: النظرية المدنية في الإثبات.
- ثانيا: النظرية المؤسسة على ذاتية القانون الجنائي في الإثبات.
- ثالثا: هل يشترط تمسك المدافع بالدفع بالدفاع الشرعي.
- رابعا: رقابة محكمة النقض والإبرام على محكمة الموضوع.
- خامسا: مقارنة بين أحكام الشريعة الغراء، والنظم القانونية الوضعية يقتضيها

الموضوع.

- سادسا: رأيي في بعض النقاط في الموضوع.

وفيما يلي تفصيل النقاط التي وزعت عليها بحثي لهذا الفرع:

( 100 ) أولا: النظرية المدنية في الإثبات:

يرى أنصار هذه النظرية أنه على الرغم من الاختلاف الموجود بين الدعوى المدنية والدعوى الجزائية من نواحي متعددة، فهناك مجال تبدو فيه الصلة وثيقة بين الدعويين، وهو مجال الإثبات الذي يمكن إخضاعه لنفس النظام في كلا الدعويين.

ويرون أن مسألة الإثبات هذه مسألة مشتركة بين القضاء الجنائي والقضاء المدني، وهي تتمثل في فحص الوقائع من أجل تطبيق القانون عليها، وذلك بالتأكد من وجودها عن طريق مطالبة الأطراف بالأدلة، ثم جمعها وتقييمها. وكل هذه الأمور ضرورية مهما كانت طبيعة الواقعة أو الفعل المراد إثباته، ومهما كانت طبيعة القانون الواجب تطبيقه.

ويضيفون أنه في كل من الدعويين يوجد مدع - وهو الممثل في الدعوى الجزائية بالنيابة - ومدعى عليه. وأن المدعى يزعم وجود بعض الوقائع التي لو أعتد بها لترتبت عليها آثار في مواجهة المدعى عليه.

وفي كل هذه الحالات يكون الطرف المطارد بهذه المزاعم في حالة دفاع عن نفسه ضد إدعاء المدعى بإنكار ما يدعيه عليه، وذلك بإثارة دفوع وتقديم وسائل دفاعيه<sup>(1)</sup>.

فلو فرضنا على ضوء هذه النظرية أن المتهم أدعى سببا من أسباب الإباحة، وليكن الدفاع الشرعي، فإنه يكون كالمدين الذي يدعي براءة ذمته من الدين في الدعوى المدنية. فيكون عليه تقديم سند إبراء ذمته تطبيقا للقاعدة القائلة بأن عبء الإثبات على عاتق المدعى. ومن أدعى بشيء فهو مدع ولو كان في أصل الدعوى أنها رفعت عليه باعتباره مدعى عليه فيها، فكذلك عندما يقدم دفعا يصير به مدع وعليه إثبات ما يدعيه. وهذا يعني أنه إذا دفع بأنه كان في حالة دفاع شرعي تعين عليه إثبات ذلك.

والمس أن أستاذي الدكتور مالكي محمد الأخضر صنف موقف المشرع الجزائري ضمن هذه النظرية<sup>(2)</sup> عندما دلت في رسالته للدكتوراه على أن المشرع الجزائري في موضعين. موضع في الإجراءات الجزائية وهو المعروف بالمسائل الأولية العارضة، وموضع في قانون الجنسية، إذ يوقع عبء الإثبات على الشخص، سواء بالدعوى أو الدفع حسب ما تقضي به المادة 31 من قانون الجنسية. إلا أن رأيي - مع كامل احترامي وتقديري لأستاذي - يختلف، وسأقدمه كما أشرت في النقطة الأخيرة من نقاط هذا الفرع من المطلب.

( 1 ) انظر السيدة رحمانى الزهراء: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 118 و 119.

( 2 ) انظر الدكتور محمد الأخضر مالكي: قرينة البراءة، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، سنة 92/91، ص 279 و 280.

وهذه النظرية منتقدة، إذ قاست القانون الجنائي في صورة الدعوى الجزائية على القانون المدني في صورة الدعوى المدنية، متجاهلة ذاتية القانون الجنائي وخصوصيته بالنسبة للقانون المدني، خاصة في نظرية الإثبات.

فالدعوى الجزائية بما أنها تتناول مصالح هامة وحيوية للأشخاص وللمجتمع في آن واحد، هي أكثر خطورة من الدعوى المدنية، التي لا تتعلق - في الغالب - إلا بالمصالح المالية وما هو في حكمها أو ماله إليها. ولذلك فإن البحث عن الحقيقة في القانون الجنائي أهم من البحث عنها بكثير في القانون المدني، ولا يمكن إخضاعه للإجراءات التي يعمل بها في القانون المدني.

فللدفاع عن المجتمع ضد الجريمة، ولجدوى العقاب في الردع، لا بد من تكاتف كل الجهود والوسائل اللازمة للوصول إلى معرفة الحقيقة، من خلال كل ظروف وملابسات الجريمة للتمكن من التكييف القانوني الصحيح للوقائع، وتحديد الجزاء المناسب عنها. وعلاوة على ذلك فإن ترك عبء الإثبات في موضوع أسباب الإباحة على عاتق المتهم، أمر مناف للعدالة منافاة صارخة<sup>(1)</sup>، إذ هو تكليف للمتهم بما لا قبل له به، لأن البحث عن الأدلة أمر يتطلب وسائل ليس بإمكان المتهم الحصول عليها، خاصة إن كان محبوسا احتياطيا على ذمة التحقيق مثلا، على عكس النيابة التي تحت تصرفها وسائل فعالة للتحري، مما يجعل من المنطقي إلقاء عبء الإثبات على عاتقها، لا على عاتق المتهم، ثم أن النيابة غالبا ما يساعدها في مهمتها - زيادة على وسائلها للتحري - الطرف المدني المتضرر، إذ من مصلحته إثبات خطأ المتهم في حقه.

وإستنادا لهذه الإعتبارات، كان لزاما البحث عن المبادئ والأسس التي يقوم عليها عبء الإثبات في المسائل الجنائية، نظرا لأهمية المصالح التي تتصدى لها الدعوى الجنائية والتي من شأنها الدفاع على أمن وسلامة المجتمع ضد الجريمة، ومن هنا استحدثت النظرية التالية:

---

(1) Sammir Chammas : La légitime défense, Etudes de Droit comparé en Droit français et libanais; Thèse de Doctorat d'Etat. Paris 1973. P. 387.

- وانظر السيد دحماني الزهراء: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 121.

( 101 ) ثانيا: النظرية المؤسسة على ذاتية القانون الجنائي:

في مواجهة النظرية السابقة برزت النظرية المؤسسة على ذاتية القانون الجنائي وخصوصيته، والتي تقوم على أساس:

أنه في المواد الجنائية قرينة البراءة هي التي تنظم مشكل عبء الإثبات. لذلك يتعين على النيابة أن تثبت جميع العناصر المكونة للجريمة في حق المتهم، وإن لم تقدم الدليل القاطع على إدانة المتهم في الدعوى فإنه لا يجوز الحكم عليه بعقوبة ما، ويجب الحكم ببراءته، ذلك أن الأصل البراءة إلى أن تثبت الإدانة. والنيابة بوصفها طرفا أساسيا - بإسم المجتمع - في الدعوى يجب عليها ليس فقط تقديم أدلة قيام الجريمة، بل وكل دليل ينقض ما قد يدعيه المتهم من سبب إباحة أو إعفاء من العقاب أو موانع من موانع المسؤولية، فالمتهم متى تمسك بسبب من أسباب الإباحة فإنه ليس مكلفا مبدئيا بإثبات صحة دفعه، بل على النيابة إثبات العكس<sup>(1)</sup>.

ويعتمد أنصار هذه النظرية على الدور الحركي الإيجابي الذي يطلب من النيابة أن تقوم به لتكوين الإقتناع الشخصي لقاضي الحكم، إذ يلعب اقتناعه الشخصي دورا أساسيا في المسائل الجنائية، لأن له أن يأخذ من تلقاء نفسه بأي وجه من وجوه الدفع التي رآها لصالح المتهم، وإن لم يتمسك المتهم بها، وعلى النيابة إقناعه بالأدلة والحجج التي تبين الحقيقة<sup>(2)</sup>. وضمن هذه النظرية يندرج رأي أستاذي الدكتور محمد الأخضر مالكي في رسالته (قرينة البراءة) مؤسسا أياه على مبدأ البراءة الأصلية<sup>(3)</sup>.

وهذا رأيي مبني على نفس الأساس، على الرغم من سير المجلس الأعلى الجزائري على عكسه في قراراتين - كما سيأتي - وعلى الرغم من فهم أستاذي - كما سبق - أن المشرع الجزائري بدوره يفهم من بعض نصوصه في غير قانون العقوبات أنه سار في الإتجاه الذي سار فيه المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، ورأيي في ذلك كان مخالفا وسيأتي توضيحه.

( 1 ) انظر جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية - مرجع سابق - ص 104 .  
- وانظر السيدة دحماني الزهراء: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 123 .  
( 2 ) انظر السيدة دحماني الزهراء، ص 124 من نفس المرجع.  
( 3 ) انظر الدكتور مالكي: قرينة البراءة - مرجع سابق - ص 280 .

والحقيقة أن هذه النظرية التي تأخذ بعين الاعتبار ذاتية القانون الجنائي وخصوصيته، والتي يعتد فيها خاصة بالدور الذي يقوم به قاضي الموضوع - بكل إيجابية - في البحث عن الحقيقة، خلافا لما يفترض في القاضي المدني من الحياد، لجديرة بأن يؤخذ بها بدل سابقتها.

وببدو أنه من المعقول أن لا تلتزم النيابة بنفي وجود سبب للإباحة، ما لم يدعه المتهم صراحة أو ضمنا، وأن يكون إدعاؤه هذا على جانب من المعقول، فعندئذ يتعين على النيابة أن تقيم الدليل على عكس ما يدعي.

والظاهر أن القضاء الجزائري يأخذ بالنظرية المدنية السابقة في إثبات الدفاع الشرعي إذ جاء في نص الرد على الدفع أمام المجلس الأعلى لأول مرة بالدفاع الشرعي ما يلي: «...ومن جهة أخرى فإن الدفاع الشرعي عن النفس نظرا لطابعه الإستثنائي، هو من أوجه الدفاع التي يجب إثارتها في أوانها أمام الجهات المختصة بالموضوع، وعلى الأشخاص الذين يريدون الاستفادة منه الإتيان بالدليل المبرر لمواجهة النيابة العامة والطرف المدني»<sup>(1)</sup>. (الملحقين رقم: 3 ورقم: 4 ) وبهذا أنهى بحث هاته النقطة لأخلص للتي تليها.

(102) : هل يشترط تمسك المدافع بالدفع بالدفاع الشرعي:

بادئ ذي بدء لا مرأى في أنه إذا تمسك المتهم بالدفع بأنه كان في حالة دفاع شرعي عند ارتكابه الفعل الذي تويع من أجله، أنه يتعين على المحكمة أن تبحث عناصر الدعوى وتناقش هذا الدفع، وفي هذا ينص قرار للمجلس الأعلى الجزائري على أنه: «متى كان من المقرر قانونا أن القرار الذي لم يتصد للدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي عن النفس، لا بالرفض ولا بالقبول يكون مشوبا بالقصور في التسيب ومنتهاكا لحقوق الدفاع. ولما كان الثابت أن المتهم الطاعن تمسك بحالة الدفاع الشرعي عن النفس أمام قاضي محكمة الدرجة الأولى، وكذلك أمام قضاة المجلس القضائي، غير أنه لم يستجيبوا لدفعه، لا برفضه ولا بقبوله، وقضوا عليه بالأدانة دون تصديهم لوسائل دفاعه المشاركة أمامهم، فإنهم بإغفالهم هذا انتهكوا حق الدفاع وحسن سير<sup>(2)</sup> العدالة».

(1) انظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 82.3.9 ملحق رقم: 3 وقرار له أيضا مؤرخ في: 83/1/4 ملحق رقم: 4.

(2) انظر المجلة القضائية (جزائرية) صادرة عن المحكمة العليا، عدد 4 لسنة 1989، ص 335، قرار جنائي 84.5.29.

- انظر الدكتور نواصر العايش: تقنين العقوبات مطبعة عمار لرفقي، باتنة، ص 23.



وإلى هذا ذهب محكمة النقض المصرية في حكم لها إذ جاء فيه أن: «...الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعي من الدفوع الجوهرية.. ولما كان الحكم قد قضى بإدانة الطاعن دون أن يعرض لهذا الدفع أو يرد عليه بما يفنده فإنه يكون مشوباً بما يعيبه ويستوجب نقضه» (1). ولا يشترط للتمسك بالدفاع الشرعي صيغة معينة بل كل ما يفهم منه ذلك (2). غير أنه يشترط أن يكون الدفع جدياً، لا كلاماً وارداً في معرض الحديث. وقد ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية ما نصه: «...حالة الدفاع الشرعي يجب - حتى يلتزم الحكم بالرد عليه - أن يكون جدياً وصريحاً، وأن تكون الواقعة كما أثبتها الحكم ترشح لقيام هذه الحالة، وكان ما ورد على لسان الطاعن «أنا مضروب أربع سكاكين» لا يفيد التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعي، ولا يفيد دفعاً جدياً حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه...» (3).

ومع هذا فإن محكمة النقض المصرية كانت إلى زمن ليس بالبعيد (1942) تشترط لقبول الدفع بالدفاع الشرعي إقرار المتهم بالوقائع المنسوبة إليه ثم دفعه بعد ذلك بأنه كان في حالة دفاع شرعي، وفي هذا يقول حكم لها: «...فإذا كان المتهم نفسه قد أنكر بتاتا ما أسند إليه، ودار دفاع محاميه على هذا الإنكار، فإن ما جاء على لسان المحامي عرضاً وعلى سبيل الفرض والإحتياط من أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي لا يعتبر دفعاً جدياً...» (4).

إلا أنه بعد 1942 بدأت المحكمة لا تشترط إقرار المتهم، وقد جاء في حكم لها: «...كان من الواجب على المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تتحدث عن الدفاع الشرعي.

(1) انظر مجموعة أحكام النقض سنة 23، نقض 73.4.24، ص 606.

(2) انظر الدكتور محمود مصطفى: ش.ق.ع. قسم عام - مرجع سابق - ص 239 و240.

- وانظر الدكتور رؤوف عبيد: ش.ق.ع. قسم عام - مرجع سابق - ص 77.

(3) انظر مجموعة أحكام النقض سنة 24، نقض 73.12.31، ص 1305.

(4) الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - م.س. - ص 294.

- وانظر مجموعة القواعد القانونية، ج 3، نقض 33.3.6 - م.س. - ص 149.

- وانظر الجزء الخامس من نفس المرجع، ص 551.

- وانظر الدكتور رؤوف عبيد: ش.ق.ع. / ق.ع. - مرجع سابق - ص 578.

أما وأنها تقول أنه لا محل لهذا البحث لأن المتهم ينكر التهمة أمامها... ففي هذا وذاك خطأ وقصور ظاهراً...»<sup>(1)</sup>.

ويصوب الفقهاء في مصر هذا الإتجاه الأخير<sup>(2)</sup> للمحكمة العليا المصرية (محكمة النقض). وأرى أنه جدير بالتصويب إذ المحكمة عليها أن تصل إلى الحقيقة عن أي طريق، وقد خول القانون القضاة بحث ضمايرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم.... وهم ولا شك إذا كانت الوقائع ترشح نفسها إلى أن ما قام به المتهم كان دفاعاً يتأثرون بذلك.

وعلى هذا استقر في نهاية الأمر قضاء محكمة النقض المصرية<sup>(3)</sup>. وهو ما ذهب إليه أستاذي الدكتور محمد الأخضر مالكي في رسالته (قرينة البراءة) واشاطره الرأي وأقول ما قال: «...أرى بأنه يقع على المحكمة أن تبحث توافر الدفوع الجوهرية سواء تنبه لها المتهم أم لا وسواء تمسك بها أم لم يتمسك، ويكفي المتهم أن يثير دفعا جوهريا لكي يقع على المحكمة تمحيصه في ضوء أدلة الإتهام...»<sup>(4)</sup>.

(103) رابعاً: رقابة محكمة النقض والإبرام على محكمة الموضوع: الدفع بالدفاع الشرعي تملك إزاء محكمة الموضوع صلاحيات واسعة، باعتباره دفع موضوعي، فلهذه المحكمة كل الصلاحيات<sup>(5)</sup> في التحقق من وجود وقيام أركان الدفاع الشرعي وشروطه أم لا، وهي التي تقدر الوقائع المعروضة في الملف، وتحدد ما إذا كان من الممكن أن يستنتج منها أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن النفس أو العرض أو المال أم

لا؟

- 
- (1) و(2) انظر مجموعة أحكام النقض - المرجع السابق - ص 431.  
- وانظر د/ القللي: في المسؤولية الجنائية - كرجع سابق - ص 349.  
(3) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: ش.ق.ع. / قسم ع. - مرجع سابق - ص 242.  
- وانظر الدكتور د/ حسن صادق الرصفاوي: قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية - مرجع سابق - ص 176.  
- وانظر د/ القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 350.  
(4) انظر الدكتور مالكي: قرينة البراءة - مرجع سابق - ص 280.  
(5) انظر الرصفاوي: نفس المرجع - ص 175.  
- وانظر الدكتور محمود محمود مصطفى: ش.ق.ع. / قسم عام - م.س. - ص 242.  
- انظر القللي: نفس المرجع، ص 374.  
- وانظر الدكتور رؤوف عبيد: ش.ق.ع. / قسم عام - م.س. - ص 575.  
- وانظر د/ محمود نجيب حسني: ش.ق.ع. مصري، ق.ع. - م.س. - ص 137.

فإذا استقر رأي محكمة الموضوع على أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي، أو على العكس، فإنه لا معقب على حكمها من محكمة القانون طالما أن تحليلها لوقائع الملف يسوغ النتيجة التي انتهت إليها.

وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض المصرية في قرار لها:

«لما كان من المقرر أن تقدير الوقائع التي يستنتج منها قيام حالة الدفاع [ الشرعي ] أو إنتفاؤها متعلق بموضوع الدعوى، لمحكمة الموضوع الفصل فيها بلا معقب عليها، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استدلال الحكم استدلالاً سليماً، يؤدي منطقياً إلى ما انتهى إليه، لما كان ذلك وإذا كان الطاعن قد تمسك بقيام حالة الدفاع الشرعي عن نفسه ونفس غيره، فقد عرض الحكم لهذا الدفع وأطرحه تأسيساً على ما قرره من أنه لم يثبت من التحقيقات أن أحداً قد اعتدى على الطاعن أو دخل عليه المسجد، وأنه هو الذي غادر المسجد حين سمع بالمشاجرة، وعاد وحصل على البندقية وأطلق العيارين حين شاهد أقاربه مصابين، وأن في مصاحبة الطاعن لابن عمه الذي يحمل سلاحاً مرخصاً له بحمله، ووجود باقي أقاربه خارج المسجد دليلاً على انتواء الطاعن التحرش بفريق المجني عليه، وأنه لم يثبت من التحقيقات أن خطراً داهماً أصاب الطاعن ولم يكن في مكنته درؤه إلا بهذه الوسيلة، لما كان ذلك وكان الثابت من تحصيل الحكم لواقعه الدعوى، أن فريق المجني عليه كان هو البادئ بالعدوان على فريق الطاعن، الذي أصيب بعض أفرادهم، وأن الطاعن لما شاهد ما يلحق بذوي قريبه من اعتداء، أخذ السلاح من ابن عمه وأطلق عيارين في اتجاه فريق المجني عليه، وكان مجرد حضور الطاعن إلى مكان الحادث ومعه ابن عمه وهو يحمل سلاحاً مرخصاً لا يتلزم حتماً القول بأنه كان منتوياً التحرش والعدوان على فريق المجني عليه، وكان يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد بدر من المجني عليه فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي، ويكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم، بشرط أن يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة، لما كان ذلك وكان ما استدلل به الحكم على انتفاء قيام حالة الدفاع الشرعي هو مما لا يسوغ حمل قضائه في هذا الشأن، فقد بات معيياً بما يستوجب نقضه»<sup>(1)</sup>.

(1) انظر مجموعة أحكام النقض سنة 24، نقض 73.3.25، ص 288.

تبين بوضوح في هذا الحكم أن رقابة محكمة النقض كانت منصبة على صحة إستنتاج محكمة الموضوع للنتيجة التي وصلت إليها، وهو ما يعرف في الفقه بالرقابة على المنطق القضائي<sup>(1)</sup>.

وكما أن محكمة النقض والإبرام لها هذه الرقابة على محكمة الموضوع، فإن لها الرقابة عليها في حال سوء فهمها لأحكام الدفاع الشرعي، كان تشترط فيه شرطا لا يتطلبه القانون ولا تطلبه نظرية الدفاع الشرعي، كان تتطلب جسامته التعدي، أوترى أن المدافع كان عليه أن يهرب والهرب مشين في مثل حاله ولمثله، أوينتهي الحكم إلى أن الدفاع عن المال خلافا لما ينص عليه القانون، أوتخطيء المحكمة في تطبيق القانون أوتأويله<sup>(2)</sup>، كل هذه الأمور تراقبها محكمة القانون في حكم محكمة الموضوع، وبهذا ننتهي من بحث هاته النقطة لنخلص إلى التي تليها.

(104) خامسا: مقارنة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون الوضعي يقتضيها

الموضوع:

باديء ذي بدء أقرر إمكان المقارنة بين أي شيئين سواء كانا متطابقين تماما أو مجرد متشابهين أو مختلفين أوحى متناقضين.

والشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية، في موضوع الإثبات بينهما تشابه إلى حد كبير، غير أن بينهما بعض الاختلاف الذي تقتضيه الشريعة الإسلامية خاصة بحكم منهجها الرباني، وبحكم تميزها الذاتي عن النظم الوضعية، ومن بين هذا الاختلاف:

1 - قول الشريعة الغراء بيمين المتهم كدليل على براءته، كما في قول المالكية لا يقول به الفقه الوضعي لأن ربانية الشريعة تفترض في المتهم التقوى في حين تفترض فيه النظم الوضعية الكذب.

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - م.س. - ص 296.

(2) انظر الدكتور رؤوف عبيد: س.ق.ع. /ق. عام - مرجع سابق - ص ....

2 - اللعان طريق من طرق الإثبات في الشريعة الغراء ولا يوجد في النظم الوضعية

لنفس الإعتبار في النقطة السابقة إذ هو أيضا يمين<sup>(1)</sup>.

3 - القسامة نوع من اليمين، يقول به البعض كوسيلة إثبات، ولا نظير لها في النظم

الوضعية، وهي قد تغير الحال في الدفاع الشرعي في نظر الشريعة الغراء كما لا يمكن أن يحدث في ظل النظم الوضعية، فمثلا إذا ادعى شخص أن من قتل صال ودفعاً لصياله قتله وأنكر عليه أولياء الدم ذلك فإن قسمهم خمسين يمينا بنفي دعواه صيال المقتول ينفىها، ولا نظير لهذا في النظم القانونية الوضعية الحديثة.

غير أنني في هذه المسألة أرتاح إلى ما أورده ابن رشد في كتابه (بداية المجتهد ونهاية

المقتصد) من أن الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - أبطل هذه القسامة

والزم الناس<sup>(2)</sup> بالبينه.

4 - ومسألة ولي الدم نفسها لا تعرفها النظم الوضعية إذ ليس هو الطرف المدني

بالذات، فولي الدم أوسع من مفهوم الطرف المدني.

5 - مسألة سقوط الحدود والقصاص بالشبهة لا نظير لها في النظم القانونية الوضعية

يطابقها تماما.

6 - ينتج عن الوضعية السابقة - سقوط القصاص - بقاء الحق المدني في بعض

حالات الإقرار، فمن جانت يتم القضاء للمتهم برده صيالا بفعله الذي أضر بالصائل، ومع هذا

لا يسقط التعويض المدني (الدية) كما في رأي الحنفية، إذا كان المقتول بدعوى الصيال

معروفا بالسرقة والفساد، ولم يقم قاتله بينة، ولعل هذا يشابه في النظم الوضعية إلى حد ما

حالة الضرورة من حيث التعويض فقط.

7 - ما عليه النظم القضائية الوضعية من تنظيم هيكلي وتقاضي على درجات قد يشير

بعض المفاهيم يظن أنها ليست موجودة في الشريعة الإسلامية، غير أنها في الواقع مفاهيم

ليست نافية عن الشريعة الغراء، ولا الشريعة غير مستوعبة لها، كمفهوم رقابة محكمة

القانون على محكمة الموضوع، فإنه لم يكرس في ماضي حضارة الإسلام تكريسا يبرزه بروزه

في النظم الوضعية، لكن المملكة العربية السعودية حاليا تعمل به وليس في ذلك أي مانع.

(1) قد يدفع بها متهم بالقتل أو الجرح بدعوى الدفاع عن العرض.

(2) انظر ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد،

دارالفكر، ج 2، ص 308.

8 - ليس هناك مانع من بحث نظريتين للإثبات فيما يتعلق بدفع الصائل، على غرار ما هو الحال في النظم القانونية الوضعية.

لا أجد فيما عدا هذه المسائل ما ينبغي أن يناقش، على أنه يختلف أوبتشابه ويتماثل من أحكام إثبات الدفاع الشرعي (دفع الصائل) فيما بين الشرعتين فكل ما عدا هذا فهما فيه سواء. والسبق بطبيعة الحال فيه للشريعة الفراء. وأختم بحثي لهذا المطلب بتقديم رأيي المتواضع في بعض النقاط.

( 105 ) سادسا: رأيي في بعض النقاط في الموضوع:

أشرت إلى أن موضوع إثبات الدفاع الشرعي أثار جدلا في نقاط مختلفة، ولمحت إلى رأيي في بعضها في حينه بقدر ما يقتضيه السياق فقط وأرجأت رأيي لأخصه في هذه الفقرة، وأتناول فيه ما يأتي:

1 - اختلافي مع أستاذه د/ مالكي في قوله بأن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية المدنية في الإثبات، مؤسسا رأيه على أن المشرع في موضعين في غير قانون العقوبات جعل عبء الإثبات على من يدعي واقعة معينة والموضعان هما ما نصت عليه المادة 331 ق.إ.ج. جزائري من أن المتهم إذا أبدى دفعا أثار به قضية أولية أمهلته المحكمة ليثبت ما يدعيه. وما نصت عليه المادة 31 من قانون الجنسية الجزائري من أن عبء الإثبات يتحمله في قضايا الجنسية كل شخص سواء كان بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع، يدعى هو نفسه أو شخص آخر بأنه يحمل أولا يحمل الجنسية الجزائرية.

ورأيي في الموضوع يتلخص في الآتي:

أ - فيما يتعلق بالمادة 331 ق.إ.ج. فإنه من المعلوم أن قانون الإجراءات الجزائية قانون جزائي لا يتوسع في تفسير نصوصه ولا يقاس عليها، وكل نص يطبق ما جاء فيه في موضعه فقط، ونص هذه المادة يتعلق بالدفع المثير لمسألة أولية يتوقف عليها الفصل في القضية فبمفهوم التفسير الضيق فإن هذا النص لا يتعدى الدفع بالمسألة الأولية.

ب - فيما يتعلق بنص المادة 31 ق. الجنسية فإنها تضع الإثبات على عاتق من يدعي واقعة تماشيا مع القواعد العامة «البينة على من أدعى»، ولعل حرص المشرع على تأكيد القواعد العامة على من يدعي هنا - وهو ليس متهما بمفهوم القوانين الجزائية بالضرورة - لتعلق الأمر بالمصلحة العليا للمجتمع من ناحية، وخصوصية الموضوع من ناحية ثانية، فلو

تصورنا مثلا إدعاء شخص نفي الجنسية الجزائرية عن نفسه أو عن غيره فإن إثبات ذلك يتم عادة بإحضار جنسيته الأصلية، أو ما يدل عليها من وثائق ميلاده، وهي تحضر من خارج الوطن، ولا يمكن الدولة في كثير من الأحيان أن تحضرها خاصة إذا كانت ليس بينها وبين الدولة التي يدعى أن الشخص من رعاياها اتفاق تعاون في مجال العدالة،

لهذا فقط أكدت القاعدة العامة في هذا النص ولا يدل ذلك بأي حال على إتباع المشرع للنظرية المدنية في الإثبات في المادة الجزائية.

2 - إتفاقي مع أستاذي د/مالمكي فيما يتعلق برأينا القائل: بأن إثبات الدفاع الشرعي يقع على عاتق النيابة نفيه، في إطار إثباتها لقيام الجرم المتابع به المتهم، تماشيا مع منطق النظرية المؤسسة على ذاتية القانون الجنائي.

وأرى أن هذا هو المنطقي من الحكم في الموضوع، إذ كيف نتصور أنه يتسنى للمتهم إحضار الدليل وهو في بعض الأحيان محبوس.. وفي أحيان أخرى يكون الدليل بحوزة الأشخاص، ولا سلطة له عليهم حتى يحضرهم إن رفضوا ذلك. وما إلى ذلك من الأسباب التي قد تجعل الأمر بالنسبة للمتهم مستحيلا، والنيابة مهما استحال الأمر على المتهم فبحوزتها من الوسائل ما تجعله بها ممكنا وميسورا، والمجلس الأعلى الجزائري (المحكمة العليا حاليا) أرى أنه يقول بالنظرية المدنية للإثبات في الدفاع الشرعي وأسباب<sup>(1)</sup> الإباحة. ولا يؤثر ذلك في رأبي هذا، وأردد دائما في هذا الموضوع: أنه لا يمكن المنع بيد والسلب بالأخرى. فطالما شرع الدفاع الشرعي فإنه يتعين أن يحصى ويبسر إثباته، وكان هذا رأبي في الموضوع حتى من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، كما سلف في الفرع الأول من هذا المطلب. وبالانتهاء من هذا المطلب أنتقل إلى الذي يليه:

---

(1) القراران السابقان للمجلس الأعلى.

## المطلب الثاني حكم الدفاع الشرعي

(106) تمهيد وتقسيم:

يعرف الأصوليون الحكم بقولهم: «هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين، طلباً، أوتخييراً، أو وضعاً» بمعنى أن نفس النص الصادر من الشارع الدال على الطلب أوتخيير أو الوضع هو الحكم الشرعي<sup>(1)</sup>.

ويعرف فقهاء الشريعة الغراء الحكم بقولهم: «هو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، كالوجوب، والحرمة والإباحة»<sup>(2)</sup>.

ولا يخفى أن ما يقصد بالحكم هنا هو مقصود الفقهاء لا مقصود الأصوليين. ومقصود الفقهاء من حكم الدفاع الشرعي هو بيان ما إذا كان الدفاع الشرعي واجبا، أم مباحا، أم حراما.

ونقرر مبدئياً: أن الشريعة الإسلامية لم تسبغ على الدفاع الشرعي حكماً واحداً مهما كان الموضوع المتعرض للعدوان، بل يختلف الحكم فيها من موضوع إلى موضوع، وأحياناً من ظرف إلى ظرف، من ظروف وقوع العدوان.

وفي الحين نفسه نجد إختلافاً آخر بين مقنني فقهاء القانون الوضعي في حكم هذا الدفاع، أوهو حق أم رخصة أم مجرد تدبير احترازي. ولتوضيح هذه الإختلافات وموقف كل من الشرعتين منها، نقسم المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

- الفرع الأول: حكم الدفاع الشرعي في نظر الشريعة الإسلامية.
- الفرع الثاني: حكم الدفاع الشرعي في نظر النظم القانونية الوضعية.

(1) و(2) انظر الأستاذ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ط 9 سنة 1390 هـ - 1970م، نشر دار الفلم، ص



## الفرع الأول

### حكم الدفاع الشرعي في نظر الشريعة الفراء

(107) تمهيد وتقسيم:

الشريعة الفراء فيما هو ثابت من كتب فقهاؤها، وقفت من حكم الدفاع الشرعي موقفا نسبيا يقتضيه موضوعه وظروفه، فالدفاع عن النفس يختلف عن الدفاع عن المال، ويختلف الدفاع عن المال عنه وعن الدفاع عن العرض، ويختلف الدفاع عن المال الكثير عن الدفاع عن المال القليل عند بعض الفقهاء، وللدفاع عند الإكراه أحكامه. وأقوال الفقهاء في ذلك منتشرة عبر كتب فقه المذاهب.

ولبحث هذا الفرع نقسمه إلى النقاط التالية:

- أولا: حكم الدفاع عن النفس.

- ثانيا: حكم الدفاع عن العرض.

- ثالثا: حكم الدفاع عن المال.

(108) أولا: حكم الدفاع عن النفس:

إنقسم فقهاء الإسلام حول حكم الدفاع الشرعي عن النفس إلى فريقين، فريق يمثله جمهور الفقهاء يقول بوجود الدفاع عنها، وفريق ثان يقول بجواز ذلك، ونعرض الرأيين تفصيلا فيما يلي:

- الرأي الأول: وهو رأي المالكية، والظاهر عند الحنفية، ورواية عند الحنابلة تشترط أن لا يكون الاعتداء في فتنة، والشافعية يشترطون أن لا يكون المعتدى عليه كافرا. وهذه نقول من مؤلفاتهم في ذلك:

ففي المذهب المالكي: جاء في حاشية الدسوقي قوله: «... فيصدق بالوجوب أي لأن دفع الصائل واجب... لأنه يتوصل به<sup>(1)</sup> إلى نجاة نفسه».

(1) انظر الدسوقي: الحاشية ج 4 - مرجع سابق - ص 357.

- وانظر عليش: شرح منج الجليل - مرجع سابق - ص 572.

وإن كان الخلاف وارد عندهم بين الوجوب والجواز « ذكر القرطبي وابن العرس في الوجوب قولين قالوا: والقول بالوجوب<sup>(1)</sup> أصح ».

وفي المذهب الحنفي: جاء في تكملة البحر الرائق ما نصه: «ومن أشهر على المسلمين سيفاً وجب قتله»<sup>(2)</sup>.

وفي المذهب الحنبلي: جاء في شرح منتهى الإرادات ما نصه: «وكذا يجب الدفع في غير فتنة عن نفسه... فكما يحرم عليه قتل نفسه يحرم عليه<sup>(3)</sup> إباحتها».

وفي المذهب الشافعي: جاء في حاشية عميرة: «...بحث الزركشي إستثناء النفس الكافرة [من حكم الوجوب] فلا يجب الدفع عنها لإنتفاء علة الوجوب»<sup>(4)</sup>.

ويؤسس أصحاب هذا الرأي رأيهم على الدليل من الكتاب ومن السنة، وعلى القياس. ففي القرآن العظيم يستندون على قول الله - سبحانه وتعالى: «ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة»<sup>(5)</sup>، ترك الدفاع عن النفس من باب الإلقاء بها إلى التهلكة وعليه فالدفاع عنها واجب.

وفي السنة النبوية المطهرة يستندون إلى قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه»<sup>(6)</sup>.

- 
- (1) انظر الدسوقي: الحاشية ج 4، ط بولاق - مرجع سابق - ص 317.
- (2) انظر ابن عابدين: الحاشية ج 5 - مرجع سابق - ص 481.
- وانظر سعدي حلي: الحاشية ج 8 - مرجع سابق - ص 269.
- وانظر ابن الهمام: فتح القدير ج 8، بهامش الهداية - مرجع سابق - ص 269.
- (3) انظر البهوتي منصور بن يونس: شرح منتهى الإرادات، ط. سنة 1369 هـ - 1947 م، مطبعة أنصار السنة، ص 378.
- (4) انظر عميرة: حاشيته على المعلي ج 4 - م.س. - ص 206.
- (5) الآية رقم 195 من سورة البقرة.
- (6) انظر الطوراي: تكملة البحر الرائق ج 8 - مرجع سابق - ص 344.

وقال الإمام أبو زهرة في كتابه (الجريمة) أن قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «من قتل دون ما له فهو شهير ومن قتل دون دمه فهو شهيد» يستنتج منه أن الدفاع على النفس واجب<sup>(1)</sup>.

وأما استنتاج أصحاب هذا الرأي حكم الوجوب قياسا بقياسهم الموصول عليه في نفسه على المضطر إلى أكل الميتة إحياء لنفسه<sup>(2)</sup>.

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه قلة من المالكية والشافعية، وقول الحنابلة إذا كان الدفاع في فتنة.

فبعض الشافعية ذهبوا إلى أنه إذا كان البصائل مسلما، فإن الدفاع عن النفس جائز لا واجب.

فمن المالكية ورد في حاشية الدسوقي النص التالي: «... وإبن العربي صرح بأن الدفع جائز لا واجب فإن شاء أسلم نفسه وإن شاء دفع عنها، ونقله إبن شاس والقرافي قاتلا: الساكت عن الدفع عن نفسه حتى يقتل لا يعد آثما ولا قاتلا لنفسه»<sup>(3)</sup>.

وعن الشافعية ورد في شرح المحلي النص التالي: «وكذا نفس قصدها كافر أو بهيمة أي يجب الدفع عنها لا مضلم في الأظهر فيجوز الإستسلام له»<sup>(4)</sup>.

ويستدلون على ما ذهبوا إليه من القرآن والسنة وفعل الصحابي الجليل الخليفة الراشد عثمان بن عفان - رضي الله عنه - .

(1) انظر أبو زهرة محمد، الجريمة، ط لسنة 1974م، دار الفكر العربي، ص 530.

(2) انظر البهوتي: شرح منتهى الإرادات - مرجع سابق - ص 378.

- انظر قليوب واعميرة: حاشيتهما ج 4 - م.س. - ص 206 وما بعدها.

(3) انظر الدسوقي: الحاشية ج 4 - مرجع سابق - ص 357.

- انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام ج 2 - مرجع سابق - ص 356.

(4) المحلي: شرحه على منهاج الطالبين، ج 4 - م.س. - ص 206.

ففي القرآن العظيم يستندون إلى قصة ابني آدم الواردة في قوله تعالى: «واتل عليهم نبأ النبي آدم بالحق إذ قربا قربانا فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر، قال لأقتلك قال إنما يتقبل الله من المتقين لنن بسطت إلى يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك إني أخاف الله رب العلمين إني أريد أن تبوأ بإثمي وإثمك فتكون من أصحاب النار وذلك جزاء الظالمين»<sup>(1)</sup>.

وفي السنة النبوية المطهرة يستندون إلى مثل ما رواه عبد الله بن خباب، إذ قال: سمعت أبي يقول: «تكون فتنة فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل»<sup>(2)</sup>.  
ومن عمل الصحابة يستندون إلى ستسلام سيدنا عثمان - رضي الله عنه - لقاتليه، ونهيه أتباعه عن قتالهم<sup>(3)</sup>. ولو لم يجز لأنكر عليه الصحابة ذلك.  
وذكر الجصاص والقرطبي أن الحشوية قالوا بعدم جواز الدفاع عن النفس، وأن على من قصده إنسان بالقتل أن لا يقاتله ولا يدفع عن نفسه حتى يقتله<sup>(4)</sup>.  
مناقشة الرأيين: يظهر أن أدلة جمهور الفقهاء في الموضوع أقوى من الأدلة المقابلة لها.

من حيث أن أدلة الجمهور سواء من الكتاب أو من السنة لا مطعن فيها، وتعززها أدلة أخرى، فالقرآن جاء فيه مثلا في النهي عن قتل النفس عموما (بالفعل أو الترك) قوله تعالى: «ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا»<sup>(5)</sup>.  
ومن حيث أن أدلة المخالفين فيها ما يقال كثيرا، ونلخصه فيما يلي:

- 
- (1) الآيات من 27 إلى 29 من سورة المائدة.
  - (2) انظر الصنعاني: سبيل السلام، ج 4 - مرجع سابق - ص 39.
  - (3) انظر البهوتي: كشاف القناع، ج 6 - مرجع سابق - ص 155.
  - (4) انظر الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، ط 2، سنة 1370 هـ - نشر دار المصنف القاهرة، ج 4، ص 46.
  - وانظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ط 3، دار القلم - مرجع سابق - ج 6، ص 136.
  - (5) الايتان رقم 29 و30 من سورة النساء.

1 - من حيث إستدلالهم بقصة ابني آدم فإنه لا حجة في ذلك على عدم وجوب الدفع لأن المعنى واضح كما قال ابن عباس - رضي الله عنه - لئن بدأتني بالقتل لم أبدأك أنا به. ولم يرد أنني لا أدفعك عن نفسي<sup>(1)</sup> إذا قصدت قتلي.

2 - من حيث إستدلالهم بحديث: «تكون فتن فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل» فهذا في الفتن خاصة من ناحية.

ومن ناحية ثانية أن الحديث أخرج من طرق كثيرة، وفيه راو لم يسم، وهو رجل من عبد القيس كان مع الخوارج ثم فارقهم<sup>(2)</sup>. وما أخرجه منه أحمد والطبراني وابن قانع من غير طريق المجهول فيه علي بن زيد بن جدعان وفيه مقال<sup>(3)</sup>. وهذا يجعل الإستدلال بالحديث محل شك كبير، زيادة على أن القول بترك الدفاع عن النفس وعدم وجوبه، يخالف إلى حد كبير ما عليه طبع البشر من غريزة حب البقاء.

3 - من حيث إستدلالهم بموقف سيدنا عثمان - رضي الله عنه - فإنه لادلالة فيه لأنه من ناحية هو في فتنة يعلمها الله وسجلها التاريخ، ومن ناحية ثانية كان ورعا منه - رضي الله عنه - وظنا ينفوس المؤمنين أن يزهد منها الكثير. وإذا لم ينكر عليه الصحابة فهذه الإعتبارات لا باعتبار أن عمله هذا عمل صحابي يستند إليه في التشريع في كل الأحوال.

وأضمر رأيي إلى رأي الجمهور لنفس التعليقات، ولما يقتضيه طبع البشر.

(109) ثانياً: حكم الدفاع عن العرض:

لقد ثبت أجماع الصحابة - رضوان الله عنهم - على وجوب الدفاع عن العرض، وعليه أجمع فقهاء الإسلام قديماً، ويجمع أهل العقول من أبناء الأمة في كل عصورها<sup>(4)</sup> على أن الدفاع عن العرض حكمه الوجوب، فيجب على المرأة التي يراودها شخص عن نفسها أن تدفعه ولو أدى ذلك الدفع إلى إزهاق روحه.

(1) و(2) انظر الصنعاني: سبل السلام، ج 4 - مرجع سابق - ص 36.

(3) نفس المرجع، ص 39.

(4) سباني دليل الإجماع في نفس هذه النقطة برجا منه.

وكذلك يجب على الرجل الدفاع عن عرضه وعرض محارمه، لأن تمكين المرأة من نفسها، وكذا تمكين الرجل من نفسه أو من نفس أحد محارمه حرام، فيكون ترك الدفاع عن العرض حراما، ويكون بالتالي الدفاع واجبا.

بمعنى الوجوب الذي يذم تاركه ويلام شرعا، أو ما يعاقب على تركه في رأي آخر<sup>(1)</sup> وقد تكون العقوبة على ترك الواجب دنيوية وقد تكون أخروية وقد تجتمعان معا. ولا شك أن تارك واجب الدفاع عن العرض معاقب في الدنيا والآخرة.

وعقوبته في الدنيا تعزيرية متروكة لتقدير الحاكم، وقد لا يعاقب الحاكم على ترك هذا الواجب فتبقى العقوبة الأخروية.

وإن لم يعاقب الحاكم على ترك واجب الدفاع عن العرض، فإن ذلك لا يغير من صفة الواجب الذي هو حكم الدفاع عنه، ولا يعفي من أداء هذا الواجب، ولا يسوى بينه وبين الحق، بمعنى التخيير بين فعل الشيء وتركه<sup>(2)</sup>. فالواجب لا خيار فيه، كما أن صاحب الحق لا يائم فعل أم ترك، أما تارك الواجب فيأثم بتركه.

وفيما يلي نقول تؤكد الإجماع على وجوب الدفاع عن العرض من كتب فقهاء المذاهب الفقهية الإسلامية:

فمن المذهب المالكي: جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما نصه: «وجاز دفع صائل على نفس أو مال أو الحریم والمراد بالجواز الاذن فيصدق بالوجوب»<sup>(3)</sup>. ويقول العلامة الدسوقي في حاشيته على نفس الشرح: «قوله فيصدق بالوجوب لأن دفع الصائل واجب»<sup>(4)</sup>.

---

(1) و(2) انظر الامدي سيف الدين ابي الحسن علي بن علي ابن محمد الامدي: الإحكام في أصول الأحكام، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده بمصر، ج 1، ص 50 وما بعدها.

- انظر الغزالي أبو حامد محمد بن محمد: المستصفى من علم الأصول، تحقيق محمد مصطفى أبو العلا. ط. سنة 1971، مكتبة الجندي، ج 1، ص 65 وما بعدها.

- انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه - م.س. - ص 105 وما بعدها.

(3) و(4) انظر الدسوقي: الحاشية ج 4 - م.س. - ص 357.

ومن المذهب الحنفي: ما جاء في الدر المختار: «ولو كان مع إمراته وهو يزني بها أومع محرمة وهما مطوعان قتلها، وأفتى الناصحي بوجوب<sup>(1)</sup> قتل كل مؤذ».

ومن المذهب الحنبلي: ما جاء في شرح منتهى الإرادات من قول البهوتي: «ويجب دفع عن حرمة إذا أريدت، فمن رأى مع إمراته أوبنته ونحوها رجلا يزني بها، أومع ولده ونحوه رجلا يلوط به وجب عليه قتله إن لم يندفع بدونه، لأنه يؤدي به حق الله تعالى من الكف عن الفاحشة وحق نفسه بالمنع عن أهله فلا يسعه إضاعه الحقيين»<sup>(2)</sup>.

ومن المذهب الشافعي: نص يصرح بحصول الإجماع المشار إليه على وجوب الدفاع عن العرض، فجاء في كفاية الأخيار قول الحصني: «وإن قصد حرمة كزوجته.. بقتل أولينال من أحدهم فاحشة كما قال «الماوردي» وجب عليه الدفع لتحريم إباحة ذلك لأنه حق غيره، وقد روي أن امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل يراودها عن نفسها فرمته بفهر فقتلته، فرفع ذلك «لعمري» فقال: قتيل الله، والله لا يؤدي هذا أبدا، ولم يخالفه أحد، فكان إجماعا»<sup>(3)</sup>.

ويرى الإمام ابن حزم، من الظاهرية، أنه إذا لم تكن هناك مهلة لمناشدة الصائل فيفرض على المظلوم أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفع عن نفسه أو عرضه، وإن كان في ذلك إتلاف لنفس المعتدي<sup>(4)</sup>.

وغني عن البيان - فقد بينا في الفصل التمهيدي لهذه الرسالة في نقطة نطاق الدفاع الشرعي - أن نفس الإنسان وعرضه وماله ونفس غيره وعرضه وماله سواء، بل من العلماء من أوجب الدفع عن عرض الغير قطعا ولو اختلف العلماء في الدفع عن النفس، وفي هذا يقول صاحب كفاية الأخيار ما نصه: «هل يجب الدفع عن الغير إذا لم يكن من حرمة؟ فيه طرق للأصحاب: أصحها أنه كالدفع عن نفسه فإن كان القاصد كافرا وجب الدفع، وكذا إن كان القاصد بهيمة، وإن كان مسلما بالغا ففيه الخلاف، وقيل يجب الدفع هنا قطعا<sup>(5)</sup> لأن الحق للغير».

(1) انظر الحصكفي: الدر المختار - مرجع سابق - ص 247 و249.

(2) انظر البهوتي: شرح منتهى الإرادات - م.س. - ص 379.

(3) انظر الحصني الاصفهاني: كفاية الأخيار - مرجع سابق - ج 2، ط 4، بيروت، ص 370.

(4) انظر ابن حزم: المحلى، ج 11 - مرجع سابق - ص 314.

(5) انظر الحصني الاصفهاني: كفاية الأخيار، ج 2 - م.س. - ص 370.

ولا يسقط حكم الوجوب في الدفاع عن العرض، إلا إذا أكره المصول عليه على اتيانه من الصائل إكراها لا قبل له برده، وأن يكون المصول عليه إمراة، ويستدل على هذا الحكم بما روي من أمر المرأة التي أتى بها عمر<sup>(1)</sup> وقد زنت، فسألها فأقرت فأمر برجمها. فقال علي: لعل لها عذرا، ثم قال لها ما حملك على الزنا؟ قالت: كان لي خليط، وفي إبله ماء ولبن ولم يكن في إبلي ماء ولا لبن، فظمنت فأستسقيته فأبى أن يستقيني حتى أعطيه نفسي فأبيت عليه ثلاثا، فلما ظسئت وظننت أن نفسي ستخرج أعطيته الذي أراد، فسقاني، فقال علي: الله أكبر «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم»<sup>(2)</sup>. ومثل هذا في سنين البيهقي<sup>(3)</sup>.

وذكر الإمام ابن قيم الجوزية أن الرجل في هذا الحال لا ينطبق عليه سقوط حكم الوجوب في الدفاع عن عرضه نفسه، إذا أراد أحد أن يلوط به، معللا ما ذهب إليه بأن ما يلحق المفعول فيه لواط من العار أهون من موته<sup>(4)</sup>.

#### (110) ثالثا: حكم الدفاع عن المال:

اختلف فقهاء الإسلام في الحكم الشرعي للدفاع عن المال، فذهب المالكية إلى وجوب الدفاع عنه إذا ترتب على أخذ الصائل له هلاك أو شدة أذى، وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الدفاع عنه جائز مطلقا، ويرى بعض الشافعية أن الدفاع عنه واجب مطلقا، ويرى بعضهم أن الدفاع عنه واجب إذا كان فيه روح أو تعلق به حق الغير. ومن المالكية من قال بأن الدفاع عنه رخصة. وفيما يلي تفصيل هذه الأقوال والآراء. الرأي الأول: وهو رأي جمهور المالكية القائل: بوجوب الدفاع عن المال، إذا ترتب عن ترك الدفاع عنه الهلاك أو شدة الأذى، وفي هذا يقول العلامة الدسوقي في حاشيته: «وأما عن المال فإن ترتب على أخذه هلاك أو شدة أذى كان كدفع الصائل على النفس فيه الخلاف، وإلا لم يجب<sup>(5)</sup> اتفاقا...».

(1) انظر ابن قيم الجوزية أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي: الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، قدم له وعرف به محمد محي الدين عبد الحميد، ط سنة 1380 هـ - 1960 م، ص 64.

(2) الآية رقم 137 من سورة البقرة.

(3) ابن قيم الجوزية: السياسة الشرعية، نفس الصفحة السابقة.

(4) انظر الدسوقي: الحاشية ج 4 - مرجع سابق - ص 357.

(5) نفس المرجع، ونفس الصفحة.



الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية، ومنهم الإمام الغزالي، من قولهم: بوجوب الدفاع عن المال مطلقاً، وفي هذا يقول العلامة القليوبي في حاشيته: «... وإلا وجب الدفع عليهم»<sup>(1)</sup> ولو عن المال». كما نسب الشربيني في كتابه (مغنى المحتاج) إلى الإمام الغزالي قوله: «مهما قدر على حفظ مال غيره من الضياع من غير أن يناله تعب في بدنه أو خسران في ماله أو نقصان في جاهه، وجب عليه... وهو أولى بالإيجاب من رد السلام»<sup>(2)</sup>.

ويستدل أصحاب هذا الرأي لرأيهم، بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من قتل دون ماله فهو»<sup>(3)</sup> شهيد» ويرون أنه إذا كان المقتول شهيداً كان الدفاع واجباً.

الرأي الثالث: وهو ما ذهب إليه جمهور الشافعية، من قولهم بوجوب الدفاع عن المال متى كان فيه روحاً أو تعلق به حق الغير، وفي هذا يقول الأنصاري في كتابه (أسنى المطالب): «لا يجب عن المال غير ذي الروح لأن إباحة المال جائزة، نعم إذا كان ماله محجور عليه أو وقف أو ما لا مودعا وجب على من هو بيده الدفع عنه قاله الغزالي في الإحياء، وكذا إن كان ماله وتعلق به حق الغير كرهن وإجارة، قاله الأذرعى»<sup>(4)</sup>.

الرأي الرابع: وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، من أن حكم الدفاع عن المال الجواز مطلقاً. وفي هذا يقول ابن عابدين من الحنفية في حاشيته: «ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً»<sup>(5)</sup> ويقول الفقيه الحنبلي البهوتي في شرحه لمنتهى الإرادات: «... لا عن مال أي لا يجب عليه دفع من أراد ماله لأنه ليس فيه من المحذور ما في النفس... وله بذله لمن أراد منه ظلماً»<sup>(6)</sup>.

الرأي الخامس: وهو ما قاله الشيخ عليش من أعلام المذهب المالكي من أن حكم الدفاع عن المال رخصة. فقد قال في شرح منح الجليل: «قال العلماء بقتل الجراد إذا حل بأرض فأفسد زرعها أو ثمرها وقد رخص في قتل المسلم الصائل إذا أراد أخذ المال...»<sup>(7)</sup>.

(1) انظر قليوبي وعميرة: الحاشية ج 4 - مرجع سابق - ص 206.

(2) انظر الشربيني: مغنى المحتاج ج 4 - مرجع سابق - ص 196.

(3) انظر الشيخ أبو زهرة: الجريمة - مرجع سابق - ص 530.

(4) انظر الأنصاري: أسنى المطالب - مرجع سابق - ص 178.

(5) انظر ابن عابدين: حاشيته، ج 5 - مرجع سابق - ص 482.

(6) انظر البهوتي: شرح منتهى الإرادات - م.س. - ص 379.

(7) انظر عليش: شرح منح الجليل، ط 1294 هـ - مرجع سابق - ص 562.

وأرى أن أوجه الآراء وأكثرها تطابقاً مع منطق العقل، دون الخروج عن حكم الشرع، هو رأي الحنفية والحنابلة.

ورأي المالكية مبني على واقع ماله في النهاية إلى الدفاع عن النفس، فهو رأي لا يقل وجهة عن رأي الحنفية والحنابلة، وأرى أنه لا يمكنهم إلا القول به.

وأما القول بوجوب الدفاع عن المال مطلقاً إستناداً إلى قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «من قتل دون ماله فهو شهيد» فإنني أرى أن رد الدكتور يوسف قاسم عليه في رسالته (نظرية الدفاع الشرعي) رد لا يناقشه فيه ذي لب، إذ يرى أن الإستدلال بهذا الحديث على أساس أنه يفيد أن الدفاع عن المال واجب استدلال خاطيء، إذ الحديث لا يدل على ذلك بالضرورة، يقول: فكم من شهيد استشهد في قتال لم يكن واجبا عليه<sup>(1)</sup>.

أما رأي جمهور الشافعية، ففيما يتعلق بالحيوان يراعي الرفق به، وفيما يتعلق بالإنسان بخصوص المال المتعلق به حق الغير فيراعي الإيثار، وكل هذا فيه بعض المبالغة في المثالية، والإيجاب الأخلاقي.

وأفهم من قول الشيخ عليش: «وقد رخص» أنه لا يعني غير الجواز الذي قال به الحنفية والحنابلة إذ هو من معاني الرخصة<sup>(2)</sup> ومن معاني الإباحة. وبعد الإنتهاء من هذا الفرع ننتقل إلى الفرع الثاني فيما يلي:

---

(1) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 130.

(2) الرخصة إصطلاحاً هي: «ما شرعه الله لعذر شاق في حالات خاصة تقتضي هذا التخفيف. أو هي ما شرع لعذر شاق في حالات خاصة، أو هي إستباحة المحظور بدليل مع قيام دليل الحظر» عن الشيخ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص 121.

## الفرع الثاني

### حكم الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

(111) تمهيد وتقسيم:

تعددت آراء الفقهاء وشرح القوانين الوضعية في حكم الدفاع الشرعي، فمنهم من اعتبر الدفاع الشرعي حقا ومنهم من اعتبره واجبا ومنهم من اعتبره مجرد ترخيص من المشرع ومنهم من اعتبره تدبيرا من التدابير الإحترازية. وستناول ذلك كله بالتفصيل في النقاط التالية:

- أولا: الدفاع الشرعي حق.
- ثانيا: الدفاع الشرعي واجب.
- ثالثا: الدفاع الشرعي ترخيص من المشرع.
- رابعا: الدفاع الشرعي تدبير من التدابير الإحترازية.

(112) أولا: الدفاع الشرعي حق:

إعتبر بعض المشرعين، ومن ورائهم شرح قوانينهم، أن الدفاع الشرعي حق. وقد عبر عن ذلك المشرع المصري مثلا في المادة 245 التي تنص على «حق الدفاع الشرعي» وهو ما ذهب إليه كثير من المقننين العرب.

غير أن هذا المسلك المعتبر للدفاع الشرعي حق مسلك منتقد، إذ يتنافى مع التعريف المقرر للحق الذي ينص على أن «الحق رابطة بين شخصين دائن ومدين تخول الدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل»<sup>(1)</sup>.

---

(1) انظر الدكتور السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ط 2 لسنة 1964، دار النهضة العربية، ص 103 و104.

وهذا يعني أن حق المدافع يقابله إلتزام المعتدي بتحمل أفعال الدفاع، وأن المعتدي يكون مسؤولاً عن تعويض ما ألحق من ضرر إذا أعاق المدافع عن الدفاع المشروع. وهذه نتيجة غير مقبولة<sup>(1)</sup>.

ولذا نجد رأياً آخر يذهب إلى أن الدفاع الشرعي حق عام يقابله إلتزام الكافة من الناس ومنهم المعتدي باحترامه، وعدم الحيلولة دون إستعماله، وكل فعل يعوق هذا الإستعمال يعتبر غير مشروع، وتعتبر مقاومة المعتدي لأفعال الدفاع تبعا لذلك غير مشروعة متى كانت هذه الأفعال في الحدود المقررة للحق، لأن المقاومة عندئذ تعتبر اعتداء على الحق المقرر<sup>(2)</sup> قانوناً.

(113) ثانياً: الدفاع الشرعي واجب:

ذهب قلة من المشرعين كما هو الحال في قانون العقوبات البرتغالي المادة 2378 منه إلى اعتبار الدفاع الشرعي واجباً.

ولعل هذا ما ذهب إليه مثلاً المشرع الجزائري في المادة 182 من قانون العقوبات<sup>(3)</sup> في فقرتها الأولى والثانية عندما نص على معاقبة الشخص الذي بإمكانه مساعدة شخص في حالة خطر، دون خطورة عليه هو ولم يفعل، فالتص على وجوب المساعدة تحت طائلة العقاب ما هو إلا إيجاب للدفاع الشرعي كصورة من بين صور المساعدة، والتي عبرت عنها المادة بقولها: «... بفعل مباشر منه...».

---

(1) انظر الدكتور محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية - مرجع سابق - ص 51.  
(2) و(3) نص المادة 182 «يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15.000 د/ج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة ويعاقب بالعقوبة نفسها كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر...».

وإلى هذا الرأي (إعتبار الدفاع الشرعي واجب) ذهب بعض الفقهاء في فرنسا، وهو ما عبر عنه الفقيه دي فابر (Donnedieu de Vabres) بقوله: "Elle n'est pas seulement l'exercice d'un droit, elle est l'accomplissement d'un devoir" ليس هو فقط إستعمالاً للحق إنما هو قياماً بواجب<sup>(1)</sup>.

غير أن البعض من الفقهاء يرى أن الواجب الذي قال به أمثال Donnedieu de Vabres ليس الواجب القانوني وإنما المقصود به الواجب الإجتماعي الذي يفرضه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الإجتماعية.

وأرى أن المشرع عندما يعمد إلى فرض تقديم مساعدة لشخص معرض في جسمه لوقوع جناية أو جنحة عليه، أو معرض لخطر ما ينال أي شيء يتعلق به تحت طائلة العقاب إنما يقصد أن ينص على أن الدفاع الشرعي واجب، على الآخرين لحماية المعتدي عليه، ومن باب أخرى وأولى أن يجب على الشخص لحماية نفسه.

(114) ثالثاً: الدفاع الشرعي ترخيص من المشرع:

أفرز القول بكون الدفاع الشرعي حق ورحضه إستناداً إلى تعريف الحق (كما سبق في النقطة الأولى من هذا الفرع) رأي في الفقه يقول بكون الدفاع الشرعي مجرد ترخيص من المشرع، باعتبار أن الترخيص لا يقابله إلتزام في مواجهة شخص معين، كما هو الحال بالنسبة للحق<sup>(2)</sup>.

---

V. H. Donnedieu de Vabres : Traité élémentaire de Droit criminel (1) et science pénitentiaire, 9ème, Paris 1947, P. 141.

V. H. Donnedieu de Vabres : Précis de Droit criminel, Paris 1946, P. 74.

(2) انظر د / رمسيس بهنام: النظرية العامة - م.س. - ص 378.  
- وانظر د / محمود محمود مصطفى: ش.ق.ع.، قسم ع. - م.س. - ص 206.  
- وانظر د / محمود محمود مصطفى: أصول ق.ع. - مرجع سابق - ص 51.

وأرى أن هذا الرأي جاء لمجرد أن يرد على الرأي القائل بكون الدفاع حق، لكون هذا الرأي غير موفق بالنظر لتعريف الحق فتفادى الرأي القائل بكون الدفاع رخصة ذلك، دون أن يكون له ما يستند عليه من حجة.

بل أرى أن الحجة ضده فالقول بكون الدفاع رخصة، يبنني عليه اختيار المدافع بين الدفاع وتركه في كل الأحوال، وقد رأينا في الفقرة السابقة أنه قد يوجب المشرع الدفاع، وقد رأينا في الفصل التمهيدي لهذه الرسالة أن المشرع خاصة في البلدان ذات النظم الإجتماعية، كالشبيوعية، يوجب الدفاع خاصة ضد ما من شأنه المساس بالمصلحة العليا للدولة والمجتمع. وهذا هو رأيي فيما يجب أن يكون عليه الدفاع عامة ولا بأس من الإستثناء وجعل الحكم في بعضه الرخصة في بعض الحالات التي لا تلحق ضررا بالغاً والتي يمكن أن يتدارك التعويض المدني ضررها غير أن الأصل وجوب الدفاع.

( 115 ) رابعاً: الدفاع الشرعي تدبير احترازي:

ينبني هذا الرأي على أنه متى كان من المسلم به أنه من سلطات الدولة في النظم التشريعية الحديثة أن تفرض ما تراه من تدابير احترازية، ليس فقط على من يرتكب جريمة وإنما على من يشكل خطراً على المجتمع في أمنه العام. فإن التشريعات قديمها وحديثها عندما تقرر مشروعية الدفاع الشرعي، إنما تقرر ذلك كتدبير احترازي بدافع رعاية المصلحة الإجتماعية، وتعطي بذلك لمن هو قادر على منع وقوع الجريمة أو منع الاستمرار فيها أو تكرارها سلطة تنفيذ هذا التدبير الاحترازي<sup>(1)</sup>. وهذا التنفيذ هدفه واضح متمثل في منع الاعتداء، ولا يقصد منه بأي حال معاقبة المعتدي. فهو تدبير خاص دعت إليه الضرورة الإجتماعية لضمان حقوق وحرية الأفراد. إلا أن القول بكون الدفاع الشرعي تدبيراً احترازياً، دعت إليه الضرورة الإجتماعية تفوض فيه الدولة القادر من الناس على منع وقوع الجريمة سلطة تنفيذه، يؤدي إلى فكرة قمع الفرد للسلطة العامة، وما يشكله هذا التمثيل من خطر على الأمن العام والنظام الإجتماعي<sup>(2)</sup>.

( 1 ) انظر الفصل التمهيدي: أساس الدفاع الشرعي، نظرية التفويض لعجز السلطة وغيرها من النظريات في موضوع أساس الدفاع الشرعي.

(2) انظر النظريات الواردة في أساس الدفاع الشرعي في الفصل التمهيدي لهذه الرسالة.

ويخطيء من يريد أن يقول: أن الدفاع عن النفس والدفاع عن المال القليل حكمها واحد، بل يتعين أن يكون الدفاع عن النفس واجب وأن يكون الدفاع عن قليل المال رخصه. ففي الدفاع عن النفس يجب على من يشهد الاعتداء (من المعتدى عليه وغيره) أن يبادر بالدفاع. وفي الدفاع عن قليل المال يجوز للمعتدى عليه في ماله وغيره أن يترك المعتدي في الحال ليطالبه فيما بعد إن عرف صاحبه، أوليهم أمره في الدنيا ويحتسب صاحب المال ماله عند الله، وهو ومن يدافع عنه حرين في الدفاع وتركه.

وبعد الإنتهاء من هذا المطلب ننتقل إلى المطلب الثالث، فيما يلي:

### **المطلب الثالث**

### **آثار الدفاع الشرعي**

(113) تمهيد وتقسيم:

إذا توفرت شروط الدفاع الشرعي بعد قيام ركنيه، من حلول خطر الاعتداء، وعدم مشروعيته، وكون الدفاع لازماً لرد هذا الاعتداء، ومتناسباً معه، فإن ذلك يترتب بالضرورة أن تكون الأفعال التي قام بها المدافع مشروعة، سواء من الناحية الجزائية (القود أو القصاص) أو من الناحية المدنية (الأرش أو الضمان) فلا قود ولا ضمان، أي فلا عقوبة ولا تعويض. على الرغم من كون أفعال الدفاع تشكل في الأصل جريمة يترتب عليها القصاص والضمان (أي العقوبة والتعويض).

وهذا ما عليه الأمر وبه العمل في الشريعة الفراء وفي النظم القانونية الوضعية على السواء.

ولتبرير الدفاع الشرعي، وإباحة ما ينتج عنه من أعمال منطقته ومعقوليته، في نظر كل من الشرعتين معاً.

ولبحث هذا المطلب نقسمه إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

- الفرع الأول: منطلق تبرير الدفاع الشرعي للجوية.
- الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.
- الفرع الثالث: آثار الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية.

# الفرع الأول

## منطق تبرير الدفاع الشرعي للجريمة

(117) عرض وتحليل وإبداء رأي:

منطق تبرير الدفاع الشرعي للجريمة، هو ذلك المنطق الذي يقول به العقل السليم، وهو الذي توخته الشرائع، وهو بارز فيها للعقل. فالقواعد التي يتضمنها أي نظام قانوني تنقسم إلى قسمين:

- قواعد جنائية إيجابية، وهي التي تجرم الأفعال.

- وقواعد جنائية سلبية، وهي التي تعطل تطبيق القواعد الإيجابية.

والقاعدة السلبية بدورها تنقسم إلى قسمين:

- قاعدة مبيحة أو مرخصة، وقاعدة نافية للجزاء.

فالقاعدة السلبية المبيحة مؤداها أن حكم القاعدة الإيجابية أمرا كان أو نهيا لا ينطبق على السلوك المحظور بمقتضاها، إذا ما ارتكب هذا السلوك في ظروف معينة، هي التي تحددها وتصنفها القاعدة الجنائية السلبية المبيحة أو المرخصة<sup>(1)</sup>.

والدفاع الشرعي كقاعدة مبيحة أو مرخصة<sup>(2)</sup>، يرخص في حالة التعرض للاعتداء الحال المقابلة بفعل هو نفسه يعد - لو لا الإباحة - اعتداء، وذلك من أجل حماية المصلحة أو الحق المهدد بالخطر أو المتعرض له.

ويكون الأثر الأول والمباشر لتطبيق الدفاع الشرعي كقاعدة مبيحة، هو محو الصفة غير المشروعة للفعل وجعله مطابقا للقانون، خلافا لحالة وجود مانع من موانع المسؤولية، التي تحول فقط دون تطبيق القاعدة الإيجابية، على من قام به السبب المانع، ولكنها لا تنفي الصفة غير المشروعة عن الفعل.

(1) انظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي - مرجع ساب - ص 210 إلى 223.

- وانظره في الجريمة والمجرم والجزاء - مرجع سابق - ص 102 و186.

(2) الرخصة؛ أذكرها بمعنى مطلق الإباحة لا بمعنى غيره وقد مر رأيي في مفهوم الرخصة في حكم الدفاع الشرعي.



فبتوافر شروط الدفاع الشرعي، يجوز لصاحب الحق أن يرتكب الأفعال الضرورية للدفاع عن المصلحة أوالحق المهدد بالخطر، ولو كان هذا الفعل مما يندرج تحت القاعدة الإيجابية، وهذا الترخيص، إنما هو إستثناء من الأصل، الذي يأمر فيه المشرع وينهي بالقاعدة الإيجابية<sup>(1)</sup>.

وقد حاول بعض الفقهاء الفرنسيين تبرير فقدان الفعل المرتكب في نطاق الدفاع الشرعي - كسبب عام للإباحة - صفته غير المشروعة، بالقول أنه يوجد ركن جديد للجريمة هو الركن غير المشروع، إلى جانب الأركان التقليدية الثلاثة للجريمة (الركن الشرعي والركن المعنوي والركن المادي).

واعتبر أصحاب هذا الرأي وجود ركن غير المشروعة (L'élément injuste ou illégitime) ضروريا لقيام الجريمة وتكوينها، بمعنى أن لا تكون الجريمة استعمالا لحق أو أداء لواجب.

لذا فقد عرف كثير من فقهاء النظم القانونية الوضعية الجريمة بأنها «فعل أوامتناع محدد ومعاقب عليه في قانون العقوبات، ومسند إلى فاعله، وغير مبرر باستعمال حق أو أداء واجب»<sup>(2)</sup>.

وهذا التعريف يستنتج منه أنه لا يكفي أن يكون الفعل منصوصا عليه في قانون العقوبات ومعاقبا عليه، ليكون غير مشروع، بل يجب علاوة على ذلك - وهنا تكمن أهمية هذه النظرية - أن لا يكون هذا الفعل مشمولا بسبب من أسباب الإباحة.

فحسب هذه النظرية فإن مفهوم الركن الشرعي (L'élément légal) متميز ومستقل عن مفهوم الركن غير الشرعي (L'élément injuste ou illégitime) أنه رغم مطابقة الفعل للنموذج الإجرامي الوارد بالقاعدة الجنائية، فنفس الأفعال يمكن أن تبررها القاعدة المبيحة أوالمرخصة.

(1) انظرالدكتور رمسيس: - نفس المرجع - النظرية العامة، ص 326 و327.

- وانظره في الجريمة والمجرم والجزاء - مرجع سابق - ص 188 وما بعدها.

(2) V. Samir Chammas : La légitime défense, Etudes de Droit comparé en Droit français et libanais (Thèse D.E., Paris 193 (dactylographiée).

ونتيجة لذلك - في رأي هذه النظرية - إذا تخلف الركن غير المشروع، لا يمكن وصف أي فعل بأنه جريمة.

وهنا نكون بصدد الإباحة.

وهذه النظرية قد تلعب دورها حين لا يرد بشأن الإباحة نص صريح، إذ القواعد المبيحة يمكن اللجوء في تفسيرها للقياس، خلافا للقواعد التجريبية<sup>(1)</sup>. فتتضمن وصف الإباحة - على أساس الدفاع الشرعي - على أفعال لم ينص المشرع صراحة على كونها من الدفاع الشرعي، ويتعين على القضاء في مثل هذه الحالة أن يبحث في المضمون الاجتماعي<sup>(2)</sup> للفعل، فإذا تبين له أنه يتماشى مع الغاية التي رسمها المشرع، وأنه يتلاءم مع المصلحة الاجتماعية، ثم يقيس الفعل على نص الإباحة بالدفاع الشرعي، فإذا وجد مطابقا لكل ذلك الحقه بالأفعال التي يبيحها الدفاع الشرعي.

وهذا ما يجب أن يكون عليه القضاء في الجزائر، إذ نصوص الدفاع الشرعي لم تحصر كل الأفعال التي يمكن أن تكون أفعالا للدفاع الشرعي، بل قصرتها على الضرب والجرح والقتل. وغني عن القول أن من سلك من المشرعين مسلك المشرع الجزائري في الدفاع الشرعي انطبق عليه ما ينطبق على الجزائري، إذ الفعل - مهما كان - إذا اقتضاه الدفاع تعين أن يكون مبررا، وظاهر النص الجزائري في المادة 40 ق.ع وما يماثله في القوانين الأجنبية يوحي بخلاف هذا، وهو قصور فيها.

---

(1) انظر الدكتور مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات - مرجع سابق - ص 160.

(2) يقول بعض فقهاء الشريعة الإسلامية في صدد الحديث عن الدفاع الشرعي (دفع الصائل) أن الإنسان لا يجوز له أن يتجرد كلية من لباسه ويبقى غير مستور وإن قتل، وهذا نوع من القول بعدم ملائمة المضمون الاجتماعي للفعل، والمسألة هذه تحتاج إلى بحث.

أما فقهاء القانون الوضعي فيقولون بجواز ذلك والخروج في هذه الحالة إلى الشارع دفاعا ضد الإغتصاب الجنسي. انظر في الفقه الإسلامي: شرح النيل، ج 14، ص 481، وانظر في الفقه الوضعي: النظام الجنائي، ج 1، ص 279 وغيره.

يتعين على القضاء والفقهاء تداركه، إذ ليس من المعقول إباحة القتل والجرح والضرب، وعدم إباحة ما دون ذلك.

وفي حالة النص صراحة على إباحة الفعل بالدفاع الشرعي، يجد القاضي نفسه أمام قاعدتين: قاعدة تجرم وقاعدة تبيح، وكذلك في حالة القياس (باعتبار جواز القياس في القاعدة المبيحة) فيكون دوره عندئذ متمثلاً في تكييف الوقائع المعروضة عليه.

فإن تبين له أن هذه الوقائع تنطبق عليها القاعدة المجرمة وصف الفعل بأنه غير مشروع، وغير مقبول قانوناً، بعد أن يتفحص الوقائع من زاوية ما إذا كانت هذه الأفعال تنطبق عليها القاعدة المبيحة نصاً أو قياساً، فإذا وجدها تنطبق عليها، فقد تعين عليه أن يقضي بأن الأفعال لا تشكل جريمة، لإباحتها بالنص أو بالقياس عليه، ورتبت هذه الإباحة آثارها. والأثر الأول الذي يترتب على الإباحة، من الناحية الجزائية تعطيل النص القانوني المقرر لتجريم الفعل والعقاب عليه، وهو ما يعرف بالركن الشرعي للجريمة، فلا يعتبر الفعل بالتالي جريمة، ولا حتى فعلاً ضاراً، ولا تترتب عليه مسؤولية الفاعل، لا من الناحية الجزائية ولا من الناحية المدنية.

ويلاحظ المحرم الأستاذ الدكتور أبو المعاطي، أن تكون الركن الشرعي من عنصرين (خضوع الفعل لنص تجريم، وعدم خضوعه لسبب إباحة) يكفي عن القول بوجود ركن رابع للجريمة، كما يقول أصحاب هذا الرأي، كما أن المجلس الأعلى (المحكمة العليا) بالجزائر تذهب في هذا الإتجاه عندما تعتبر أن سؤال الدفاع الشرعي يتضمنه السؤال الرئيسي المحدد للجريمة<sup>(1)</sup>.

غير أنني لا أرى مانعاً من القول بوجود ركن رابع، إذ المسألة في نظري كلها ما هي إلا تحليل وتوضيح للواقع، فما يمنعنا من القول بوجود هذا الركن في الواقع. وبإنتهائنا من هذا الفرع ننتقل إلى الفرع الثاني الذي يليه لنتناول فيه آثار الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.

(1) انظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 24.2.1981، ملحق 5.

## الفرع الثاني

### أثار الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

(118) تمهيد وتقسيم:

لقد قررت الشريعة الغراء إباحة الأفعال التي يأتيها المدافع (سواء كان المصول عليه أو غيره) طالما كانت هذه الأفعال في حدود ما هو لازم لرد الاعتداء، ومتناسبة مع خطره. وإن قتل المدافع الصائل أو جرحه وهو في صدد الدفاع، عما هو داخل ضمن نطاق ما يحمى بالدفاع الشرعي، من نفس وما يتعلق بها، أو عرض، أو مال، فإن دم الصائل يكون هدرا (لا قود ولا ضمان له) في رأي جمهور الفقهاء، ويخالفهم الأحناف إذ قالوا بوجوب الدية لغير المسؤول عن أفعاله لصغر سن أو فقد عقل.

ونتناول بالبحث قول كل من جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية، وقول الأحناف، إستنادا إلى ما ورد في أمهات كتب فقهم، محاولين الإلمام بموضعه من كل جوانبه، وحصر كل نقاطه.

ويتعلق بهذا الموضوع نقطتان هامتان، ناقشهما فقهاء الإسلام، وسنجدهما عند فقهاء القوانين الوضعية، عند دراستنا للفرع الثالث وهما: مدى مسؤولية المدافع عما يحدثه للغير الذي يصيب له حقا من الحقوق أثناء الدفاع، ومدى مسؤولية من يشارك المدافع في رد العدوان.

ونتناول هذا الفرع بالبحث موزعين إياه على النقاط الأربعة التالية:

- أولا: الآثار الجزائية للدفاع الشرعي.
- ثانيا: الآثار المدنية للدفاع الشرعي.
- ثالثا: مسؤولية المدافع عن إصابته حق الغير بالضرر.
- رابعا: مسؤولية الشريك في الدفاع الشرعي.

( 119 ) أولا: الأثار الجزائية للدفاع الشرعي:

لقد قرر فقهاء الشريعة الغراء، إباحة الأفعال التي يأتيها المدافع، درء الخطر الاعتداء، متى كانت لازمة لمواجهة الخطر، ومتناسبة مع ما يقتضيه دفع هذا الخطر. ويعبرون على ذلك بمثل قولهم: «قدمه هدر» أي لا عقاب على من أسأله، وقولهم: «فلا قود ولا ضمان» أي لا قصاص ولا دية، وقولهم: «فلا شيء عليه» أي لا شيء على المدافع من قصاص أودية، وقولهم صراحة: «فلا قصاص عليه» وهو ما يبين عدم مساءلة الفاعل جزائيا، وهم مجتمعون على ذلك، ويبين الخطاب في كتابه "مواهب الجليل" الذي شرح به مختصر الإمام خليل بقوله: «ولم يقل أحد بالقصاص فيما علمت»<sup>(1)</sup>.

وغير ذلك من الأقوال التي تبين قول فقهاء الشريعة الغراء بانتفاء مسؤولية المدافع الجزائية، عن الأفعال التي يأتيها دفاعا لصد عدوان الصائل.

وفيما يلي نقول عن فقهاء المذاهب الإسلامية في الموضوع:

ففي المذهب المالكي: يقول ابن فرحون في كتابه (تبصرة الحكام) ما نصه: «في حكم الذي يجد مع إمرأته رجلا، أو في بيته سارقا، فيقاتلها، وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب: وسمعت ابن الماجشون يقول: ((وستل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أوجرحه هل عليه قصاص فقال: لا وهو جبار لا شيء عليه فيما دون النفس، فإن قتله كان عليه القود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود»<sup>(2)</sup>. فهذا النص عن ابن فرحون يصور أنه متى كان الدفاع متناسبا ولازما لرد الاعتداء فلا قود أي لا مسؤولية جزائية، وفي حالة القتل إدعاء لدفع العدوان عن العرض يشترط البيئة بأربعة شهود حتى تسقط المسؤولية الجزائية.

وفي المذهب الحنفي، جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: «...اللص إذا دخل دار رجل فعلم به صاحب الدار وعلم أنه لا يقدر أن يأخذه بيده، له قتله سواء دخل عليه مكابرة أو غير مكابرة وهو يريد أن يسرق ماله فقتله فلا قود عليه ولا دية...»<sup>(3)</sup>.

( 1 ) انظر الخطاب: مواهب الجليل، ج 6 - مرجع سابق - ص 322.

- وانظر الشيخ عليش: شرح منح الجليل - مرجع سابق - ص 560.

( 2 ) انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 2 - مرجع سابق - ص 185.

( 3 ) انظر جماعة من علماء الهند: لفتاوى الهندية أو العالمكوية، برئاسة عبد الرحمن الحنفى البحرأوي، ط 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 2، ص 175.

وفي المذهب الحنبلي، جاء في المغني قول ابن قدامة: «...فأما إن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل أوخاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلّف منه فهو هدر لأنه أتلّف لدفع شره...».

وعند الشافعي، ورد قول الإمام - رضي الله عنه - في الأم: «...ولو جاء ببينة فشهدوا أنهم رأوا هذا مقبلا إلى هذا بسلاح شاهره ولم يزيدوا على ذلك فضربه هذا فقتله أهدرتة».

(120) ثانيا: الآثار المدنية لدفاع الشرعي:

في مقابل إجماع فقهاء الإسلام على انعدام المسؤولية الجزائية للمدافع - كما رأينا في النقطة السابقة - نجدهم فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية قد اختلفوا في مسؤوليته، أو كما يعتبرون (في القول بضمانه أو بعدم ضمانه). فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم الضمان، وقال الحنفية بوجوبه أي بوجوب الدية إذا كان المعتدي مجنونا أو صغيرا غير مسؤول عن أفعاله كما حكى القول بالضمان في مثل هذه الأحوال عن الإمام مالك - رضي الله عنه - وعن ابن أبي ليلى، وقد نص على ذلك ابن قدامة في كتابه (المغني) إذ قال: «فصل» ولو عض<sup>(1)</sup> رجل يد آخر فله جذبها من فيه فإن جذبها فوقعت ثنايا العاض فلا ضمان فيها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وروى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله أن رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقط بعض أسنان العاض فاختصما إلى شريح فقال: انتزع يدك من في السبع وأبطل أسنانه، وحكى عن مالك وابن أبي ليلى عليه الضمان لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «في السن خمس من الإبل».

ويستدل القائلون بوجوب الضمان بالأدلة التالية:

- 1 - كون الدفاع الذي يؤدي إلى القتل يأخذ معنى القصاص، وغير المسؤول لا يقتص منه إذا قتل، ومن ثم فإن دمه وإن قتل يبقى معصوما.
- 2 - يشبهون المدافع عن نفسه بالمضطر إلى أكل طعام الغير دفعا لخطر الموت جوعا فيكون الأكل واجب عليه ومع هذا يجب عليه تعويض صاحب الطعام الذي أكله قدر ما أكل.

(1) انظر ابن قدامة: المغني، ج 8 - مرجع سابق - ص 333 و334.

- وانظر الشيخ أبو زهرة: العقوبة - مرجع سابق - ص 479 و480.

3 - أن غير المسؤول لا يباح دمه بحال، فلا يمكن إباحته بعدوانه.

4 - إ استدلالهم بقوله - صلى الله عليه وسلم - : « في السن خمس من الإبل » .

ورد القائلون بعدم مسؤولية المدافع المدنية، أي بعدم وجوب الضمان بالحجج التالية:

1 ( القتل دفعا للصيال ليس قصاصا من كل وجه، بل هو في معنى القصاص من حيث رد الاعتداء بمثله فقط، ولا شك أن الاعتداء قد وقع ولا مفر للمعتدى عليه ولا منجاة له منه إلا بقتل الصائل، فهو مضطر في قتله لا مختار، ولا ضمان في فعل المضطر.

2 ( إختلاف الإضطراب في الصيال عنه في أكل طعام الغير، لأن الإضطراب إلى الطعام من ذات المضطر، أما الإضطراب في الصيال فمن أمر خارج عن المضطر، والإتلاف الذي يسببه الإضطراب إلى الطعام هو إتلاف الطعام الذي لم يقع منه اعتداء أوجد الإضطراب، وهو قابل للتعويض ويأكله يزول الإضطراب، لكن تبقى حرمة المال ثابتة، فوجب التعويض.

وهذا يخالف إضطراب المدافع إلى القتل، لأن المقتول هو الذي أوجد حالة الإضطراب ففقد عصمته بذلك، وإذا عوض يكون تعويضه عن جريمة وقعت منه، وتستحقه عاقلته التي تركته يفسد ويعتدي.

3 ( ما روى يعلى بن أمية إذ قال: « كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يد الآخر، قال: فانتزع العضوض يده من في العاض فانتزع إحدى ثناييه فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأهدر ثناييه فحسبت أنه قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم - « أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل»، متفق عليه.

وأرى أن الفريق الأول، إذ يستدلون بمعنى القصاص في الدفاع، فإن استدلالهم ظاهر الضعف، إذ كما يقول خصومهم (الفريق الثاني) لا معنى للقصاص في الدفاع الشرعي إلا من حيث رد الاعتداء بمثله. وتشبيههم للمدافع بالمضطر لأكل طعام غيره تشبيه لما هو غير متشابه (كما أوضح الفريق الثاني) فهو قياس مع الفارق غير ممكن.

وإستدلالهم بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : « في السن خمس من الإبل » إستدلال في غير محله، إذ الواضح أن دية السن خمس من الإبل لا يجاري في ذلك أحد ولكن هي دية السن التي أتلفت عدوانا لا دفاعا، أما في حالة الدفاع فإن الدليل هو حديث يعلى بن أمية الذي يخبر بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أهدر ثنية العاض، وهذا هو المعقول إذ العضوض بحكم الطبع وغريزة التشبث بالحياة، وما تستلزم من سلامة الجسم وطبع الهروب من الألم سينزع يده التي عضت وإن حدث ضرر للعاض يتحملة هو لا العضوض لأن تحميل العضوض ذلك يعني أنه مجبر على عدم دفع الضرر، ولو عن طريق تهديده

بالدية، أي التعويض، وهذا غير معقول، والمعقول إن أعفى من العقوبة لكونه في حالة دفاع، أن يعفى من التعويض لهذه العلة نفسها.

( 121 ) ثالثاً: مسؤولية المدافع عن إصابة حق الغير:

قد يحدث أن يصيب المدافع - وهو يقوم بأعمال الدفاع - حق غير المعتدي بالضرر وهنا يثور التساؤل عن مدى مسؤولية المدافع في هذه الحالة.

ونجد الإجابة في قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في خطبته الشهيرة يوم حجة الوداع، إذ قال: «... فإن الله تبارك وتعالى قد حرم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا...» (1).

فحرمة الدماء والأعراض والأموال إلا بحقها، يخرج إصابة حق الغير من طرف المدافع وهو يقوم بأعمال الدفاع، لأن ما يصيب به الغير بسبب ذلك اعتداء على حرمة، فيسأل عنها على أساس الخطأ من غير تفريق من حيث المسؤولية المدنية (الضمان) بين ما إذا احتاط أولم يحتط في أعماله الدفاعية.

وفي هذا تطبيق في الفقه الحنبلي، يتضمنه قول ابن النجار في كتابه (منتهى الإرادات) الذي نصه: «...وهن اضطر إلى طعام غيره أو شرا به.. أودابته أو أخذ منه ما يدفع صائلاً عليه، من سبع ونحوه فأهلكه ضمنه» (2).

( 122 ) رابعاً: مسؤولية الشريك في الدفاع الشرعي:

قد يشترك أحد من الأشخاص مع من دفع صيال صائل، بأن يقدم له السلاح الذي يدفعه به، أو الذخيرة التي يستعملها في السلاح الناري، أو نحو ذلك من عرقلة المعتدي حتى يتمكن منه المدافع، أو يدل المدافع على المعتدي المختفي.

كل هذا شأنه شأن الدفاع نفسه عن الغير، فهو كذلك دفاع عن الغير، ومساعدة له سواء كان ذلك إمداداً للمعتدي عليه نفسه، أو للمدافع عنه (3).

وبهذا أنتهي من هذا الفرع وانتقل إلى الذي يلي:

(1) انظر البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بروذبه البخاري الجعفي: الجامع الصحيح، كتاب الشعب، ج 8، ص 198.

(2) انظر ابن النجار: منتهى الإرادات، قسم ثاني - م.س. - ص 426.

(3) انظر الدكتور يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 333 هامشها خاصة.



## الفرع الثالث:

### أثار الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

(123) تقسيم:

لقد أثبتت نفس النقاط التي ناقشناها في الفرع السابق لدى شراح وفقهاء القانون الوضعي.

لذا يتعين تقسيم هذا الفرع إلى نفس النقاط التي وزعنا عليها بحث الفرع السابق وهي على التوالي:

أولاً: الآثار الجزائية للدفاع الشرعي.

ثانياً: الآثار المدنية للدفاع الشرعي.

ثالثاً: مسؤولية المدافع عن إصابته حق الغير بالضرر.

رابعاً: مسؤولية الشريك في الدفاع الشرعي.

(124) أولاً: الآثار الجزائية للدفع الشرعي:

إذا كانت أركان الدفاع الشرعي وشروطه قائمة في عمل المدافع، ولم يتجاوز حدود الدفاع، فإن الأفعال التي يقوم بها وهو بصدد رد العدوان - رغم كونها في الأصل تشكل جريمة - تعتبر مبررة تبريراً تاماً، ولا تترتب عنها أية مسؤولية على المدافع من الناحية الجزائية.

وهذا ما أجمعت عليه نصوص القوانين العقابية المختلفة، وإن اختلفت الصيغة التي عبر بها عن ذلك. فبعضها كقانون العقوبات الجزائري عبر بصيغة « لا جريمة » في مادته 39 وكذا الفصل 39 من المجلة الجنائية التونسية.

ونص القانون الجنائي المغربي على أنه « لا جنابة ولا جنحة ولا مخالفة... »<sup>(1)</sup> في فصله 3/124.

وعبر المشرع المصري على هذا التبرير بقوله: « لا عقوبة مطلقاً... » في مادته 245 وعبر في المواد بعدها بعبارة « يبيح »<sup>(2)</sup>.

(1) انظر الدكتور المرحوم أبو المعاطي: شرح القانون الجنائي المغربي - مرجع سابق - ص 106.

(2) انظر د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام - مرجع سابق - ص 235 و236.

ونصت المادة 22 من قانون العقوبات الكويتي على أنه «لا جريمة...».  
ونصت المادة 42 من قانون العقوبات العراقي كذلك على أنه «لا جريمة...».  
ونص قانون العقوبات الليبي على أنه «لا عقاب...» في المادة 70 منه.  
وسواء عبر في قانون العقوبات بعبارة لا جريمة، أو بعبارة لا جريمة ولا جنحة ولا مخالفة، أو بعبارة لا عقوبة أولا عقاب. فإن المقصود واحد<sup>(1)</sup> هو نفي المسؤولية الجزائية للمدافع، لا جعل الدفاع الشرعي مانعا من موانع العقاب، بل هو سبب إباحة دائما.  
وعلى هذا سار شراح هذه القوانين، عدا ما قال أستاذي المرحوم الدكتور أبو المعاطي:  
من أن الدفاع الشرعي في قانون العقوبات المغربي يكاد يكون حالة من حالات الضرورة  
ناظر إلى أن الفصل 124 منه بعد أن نص على حالة الضرورة، نص في آخره على حالة  
الدفاع الشرعي بقوله: «إذا كانت الجريمة قد إستلزمتهما ضرورة حالة الدفاع الشرعي...»<sup>(2)</sup>.  
وهو بدوره وقف بذلك عند نص عليه القانون الذي يشرحه، وهو يوحد بين الدفاع  
الشرعي وحالة الضرورة ولا يفرق بينهما إلا في مصدر نشوء الخطر، الذي قد ينشأ في حالة  
الضرورة نتيجة ظروف واقعية لا تعزى إلى الإنسان<sup>(3)</sup>، خلافا للدفاع الشرعي.

(125) ثانيا: الآثار المدنية للدفاع الشرعي:

الأصل أن الإباحة بالدفاع الشرعي شاملة لكل الآثار التي تتخلف عن أعمال المدافع،  
مزيله أية مسؤولية له عنها، سواء ما تعلق منها بالعقوبة أو التعويض. فالدفاع كما ينفي  
المسؤولية الجزائية ينفي المسؤولية المدنية<sup>(4)</sup>.

- 
- (1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 325.  
(2) و(3) انظر الدكتور المرحوم أبو المعاطي: شرح القانون الجنائي المغربي - مرجع سابق - ص 105.  
(4) انظر الدكتور محمود حلال حمزة: العمل غير المشروع بإمتهاره معسدا للإلتزام، ط سنة 1405 هـ - 1985 م،  
ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 74.  
- وانظر عبد المؤمن لطفي جمعة رئيس نيابة النقض المدني: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية،  
الكتاب الأول، ج 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص 60.  
- وانظر المستشار حسين عامر، وعبد الرحيم عامر رئيس النيابة بالنقض المدني: المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية، ط 2  
سنة 1979 م، دار المعارف، ص 170.  
- وانظر الدكتور عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن العقل الشخصي - الخطأ والضرر - ط 1 سنة  
1983 م، منشورات عويدات، بيروت، ص 169.  
- وانظر الدكتور سليمان مرقص: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - ط سنة 1971 م، معهد =

غير أن بعض الفقهاء يرى أنه وإن انتفت المسؤولية الجزائية، فإن هذا لا يمنع من قيام المسؤولية المدنية على أساس<sup>(1)</sup> الخطأ، أو على أساس نظرية ستارك<sup>(2)</sup>.

وعلى أي حال فإن هذا الموضوع تناوله الفقه الوضعي في نظريتين، سنعرضهما مع موقف بعض القوانين الوضعية منهما، مقسمين لدراسة ذلك النقطة التي نحن بصدد بحثها إلى ثلاث أقطار، على النحو التالي:

- 1 - نظرية قابلية التوفيق بين الدفاع الشرعي والخطأ المدني.
- 2 - نظرية عدم قابلية التوفيق بين الدفاع الشرعي والخطأ المدني.
- 3 - موقف بعض القوانين الوضعية من النظريتين.

مفصلين ذلك فيما يلي:

- 1 - نظرية قابلية التوفيق بين الدفاع الشرعي والخطأ المدني:

تقوم هذه النظرية على فكرة أنه بإمكان القاضي المدني أن يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بمن تعرض لأفعال الدفاع، ولو حكم القاضي الجنائي ببراءة المتهم (المدافع).

ويرى أصحابها أن الحكم الصادر عن القاضي الجنائي، لا يمكن أن يشمل أثره إنقضاء المسؤولية المدنية، ولا مانع معه من تحديد تعويض للمضرور، ولو قرر القاضي الجنائي توافر كل شروط الدفاع الشرعي، فمع هذا بظل للقضاء المدني الحق وفي كل الحالات في تقدير الوقائع، من وجهة نظر الخطأ المدني.

وبهذا المنطق تجنب أصحاب هذه النظرية مبدأ حجية الحكم الجزائي على الحكم المدني

قائلين بإزدواج<sup>(3)</sup> الخطأ.

---

= البحوث والدراسات العربية، ص 288.

- وانظر زهدي يكن رئيس غرفة لدى محكمة التمييز: المسؤولية المدنية أو الأعمال غير الباحة، ط 1، منشورات المكتبة العصرية، صيدا وبيروت، ص 109.

(1) و(2) انظر حسين وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية، ص 171 و132 وما بعدها - مرجع سابق -.

(3) انظر السيدة دحماني الزهراء، نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 140.

أي فصل الخطأ المدني عن الخطأ الجزائي، وإعطاء مضمون مختلف لكل واحد منهما، وبذلك يكون للقاضي حرية أكبر في الحكم بتعويض الضرر.

وحتى بالنسبة لتقدير الخطأ، فيجب أن يكون الوضع مختلفا، نظرا للغاية التي يسعى إليها كل من القاضي الجزائي والقاضي المدني، ففي تقدير الخطأ الجزائي، يكون على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الحالة النفسية للشخص الذي هو في نفس ظروف المدافع، أما القاضي المدني، فيلتزم بتفحص الوضعية من الناحية الموضوعية البحتة، لأن قراره يتضمن إعادة التوازن بين الذم المالية، بتعويض مالي، وليس بعقوبة زاجرة.

ويستوجب أنصار هذه النظرية في الخطأ الجزائي، أن يكون أشد جسامة من الخطأ المدني، بسبب خطورة الجزاء الذي ينتج عن الأول، ويظيفون أن الخطأ الجزائي وارد على سبيل المحصر، ويخضع لتعريف القانون للجرائم، أي أنه مخالفة لنص من نصوص القانون الجنائي، بينما الخطأ المدني هو كل فعل أو سلوك سبب ضررا للغير، فمجاله أوسع وتقديره متروك للقاضي.

ويرون أن هذه الفروق بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني، هي التي تؤكد إمكانية ترتيب المسؤولية المدنية على المدافع، لأن نفي الخطأ الجزائي لا يعني حتما إنتفاء الخطأ المدني، وإذا كان القاضي الجزائي لا يعاقب على الخطأ البسيط، حماية لسمعة وشرف وحرية المتهم فالقاضي المدني يحمله المسؤولية على خطئه، مهما كان يسيرا.

2 - نظرية عدم قابلية التوفيق بين الدفاع الشرعي والخطأ المدني:

تقوم هذه النظرية على فكرة أن علة إنتفاء خطأ المدافع، فيما يوقعه من إضرار بالمدفوع، هي أنه يستعمل في دفع الاعتداء حقا له خوله إياه القانون، وكل الأفعال الداخلة في الدفاع أي الناجمة عن استعمال هذا الحق تكون مباحة.

وما دامت وظيفة الدفاع الشرعي إجتماعية، إذ تعود على المجتمع بفائدة، فكيف إذن يعاقب المجتمع الشخص الذي يخدمه، والذي يسعى من وراء فعل دفاعه إلى إعادة الأمن وحماية الحقوق والمصالح التي يحميها القانون، لصالح المجتمع.

ويضيفون أنه ليس من المنطقي في شيء أن يبيح المشرع سلوكا ما من جهة - رغم مطابقته للقاعدة الجنائية الموجبة - ومن جهة أخرى يخضعه للجزاء، ولو كان هذا الجزاء مدنيا.

واستندوا إلى مبدأ حجية الحكم الجزائي على الحكم المدني، الذي يترتب عليه أنه إذا حكم ببراءة المتهم أصبح من غير الممكن رفع دعوي مدنية عليه، لمطالبته بالتعويض.

واعتمدوا على فكرة وحدة الخطأ، التي مفادها أن الخطأ الجنائي لا يختلف في شيء عن الخطأ المدني، من حيث العناصر المكونة لكل منهما، بمعنى أن كل خطأ يترتب مسؤولية جزائية، تترتب عنه في نفس الوقت المسؤولية المدنية<sup>(1)</sup>.

لأن القانون الجزائي لم يشر صراحة ولا ضمنا إلى استلزام درجة معينة من الخطأ، فصور الخطأ الواردة في قانون العقوبات، وإن كان ظاهرها فيه معنى المحصر والتخصيص إلا أنها في الواقع تتسع لتشمل كل خطأ، أيا كانت درجته أو صورته<sup>(2)</sup>.

وما دام حق الدفاع الشرعي يقوم على فكرة عدم وجود خطأ جنائي، فإن ذلك يحول دون إمكان نسبة أي خطأ إلى المدافع، وإنعدام الخطأ الجنائي إستبعاد للخطأ المدني، لأن الخطأين متماثلين<sup>(3)</sup>.

3 - موقف بعض القوانين الوضعية من النظريتين:

وقفت القوانين الوضعية، أوبالآخرى النظم القانونية الوضعية، من المسألة موقفا لم يتصف بالثبات والإستقرار، في بعض الأحيان.

فالقانون المدني الفرنسي، لم ينص صراحة على هذه المسألة، وأثار سكوته هذا خلافا في الفقه، مما أدى بالقضاء الفرنسي إلى عدم اتباع وجهه نظر واحدة في المسألة. إلا أن ميل القضاء الفرنسي كان أكثر إلى النظرية التي تقول بعدم قابلية التوفيق بين الدفاع الشرعي والخطأ المدني، أي الإتجاه الذي يستبعد الحكم بالمسؤولية المدنية، متى تم إستبعاد المسؤولية الجزائية<sup>(4)</sup>.

---

(1) انظر الدكتور إدوارد غالي الذهبي: حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، المكتبة الوطنية بن غازي، ليبيا، ص 304 وما بعدها.

- وانظر الدكتور سمير شماس: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 442.

(2) انظر الدكتور إدوارد غالي الذهبي: حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، المكتبة الوطنية بن غازي، ليبيا، ص 304 وما بعدها.

(3) انظر الدكتور سمير شماس: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 442.

(4) انظر د / محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع - مرجع سابق - ص 73 و74.

أما القوانين المدنية العربية في الجزائر ومصر وسوريا، فقد نصت صراحة على سقوط مسؤولية المدافع المدنية:

المادة 128 من القانون المدني الجزائري تنص على أن: «من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي، عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو عن ماله، كان غير مسؤول...»<sup>(1)</sup>.

والمادة 166 من القانون المدني المصري تنص على أن: «من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي، عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسؤول...»<sup>(2)</sup>.

والمادة 167 من القانون المدني السوري نصت على مثل ذلك.

وبطبيعة الحال لا يكون موقف القضاء أمام هذه النصوص الصريحة إلا التطبيق دون حاجة لأي إجتهد، إذ لا أجتهد مع صراحة النص.

ولمجد المجلس الأعلى في الجزائر (الذي أصبح حاليا المحكمة العليا) قد طبق أحكام المادة 128 من القانون المدني في قراراته، إذ قضى بأن الحكم الجنائي الذي اعترف فيه للمتهم بأنه كان في حالة دفاع شرعي جعله بموجب ذلك بعيدا عن كل مسؤولية فيما يخص موت الضحية، وإن ذوي هذا الأخير ليس لهم الحق في التعويض<sup>(3)</sup>.

(126) ثالثا: مسؤولية المدافع عن إصابة حق الغير:

إذا أصاب المدافع وهو يقوم بأعمال الدفاع حق غير المعتدي بالضرر، وقد تكون هذه الإصابة بالعمد، وقد تكون بالخطأ، فإنه يتعرض للمساءلة. ونبحث كل من النوعين على حدة فيما يلي:

1 (إصابة حق الغير من طرف المدافع عمدا: يكون ذلك في صورة ما إذا تعمد المدافع مثلا الإستيلاء على سلاح الغير للدفاع به، أو بأن يتلف المدافع شجرة مملوكة للغير ليتخذ منها عصا يجعلها أدواته في دفاعه.

(1) انظر الدكتور محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع - مرجع سابق - ص 74.

- وانظر القانون المدني الجزائري، سلسلة قضائية، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 25، وانظر نصوص القانون م. جزائري.

(2) انظر الدكتور السنهوري عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، دار إحياء التراث العربي، ص 187.

(3) انظر الملحق رقم: 6: قرار جنائي من المجلس الأعلى مؤرخا في 29.1.1980.

ففي مثل هذه الحالة واضح أن الدفاع الشرعي لا يبيح مثل هذه الأفعال، لعدم لزومها لرد الاعتداء، إذ أنها لم توجه إلى المعتدي، حيث مصدر الخطر بل وجهت إلى الغير، الذي لا علاقة له بخطر الاعتداء.

ومع هذا فإنه بإمكان المدافع - في مثل هذه الأحوال - أن يحتج بحالة الضرورة<sup>(1)</sup> إذا توافرت شروطها، من جسامه الخطر، وتهديده للنفس خاصة.

2 ( إصابة حق الغير من طرف المدافع خطأ: والخطأ قد يكون في الشخص، كما لو أصاب المدافع أثناء قيامه بالدفاع شخصا آخر غير المعتدي، لكونه اعتدي عليه في الظلام فكان أن من أصابه بدفاعه يسير وراءه من حيث تم الاعتداء عليه، فصبوب إليه ورمى، ظنا منه أنه هو المعتدي، فيتضح فيما بعد أن المعتدي فر، والذي أصابه آخر برىء.

وقد يكون الخطأ في توجيه أفعال الدفاع، فيحاول المدافع إصابة المعتدي لكنه - ولعدم دقته في إصابة الهدف - يصيب شخصا آخر تصادف مروره في مكان وقوع الاعتداء<sup>(2)</sup>.

واختلف شراح القانون حول هذه المسألة على رأيين:

- الرأي الأول: ويرى أتباعه أن القانون عليه أن يفرق بين حالة إصابة المدافع حق الغير بسبب خطئه غير العمدي، فيسأل هنا عن جريمة غير عمدية.

وحالة ما إذا ثبت أن المدافع قد بذل كل العناية والإحتياط حتى لا يصيب غير المعتدي، ولكنه ولأسباب خارجة عن نطاق إرادته ولا سيطرة له عليها أصاب الغير، ففي هذه الحالة لا يسأل عن فعله الذي يتعين أن يكون مباحا<sup>(3)</sup>.

- الرأي الثاني: ويرى أتباعه أن ما ذهب إليه أتباع الرأي الأول غير مسلم به، لكون الإباحة تستند إلى سقوط الحماية الجنائية عن مصلحة المعتدي بسبب عدوانه، وعليه فإن

(1) انظر الدكتور رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري - مرجع سابق - ص 174.

- وانظر د / محمود نجيب حسني: ش.ق.ع. مصري، ق/ع - م.س. - ص 237.

(2) V. Emile Garçon : Code pénal, annoté - OP - P. 162.

(3) انظر جارسون: نفس الصفحة من المرجع السابق.

- وانظر د / رضا فرج: نفس الصفحة من المرجع السابق.

- وانظر د / محمود نجيب حسني: ش.ق.ع.، ص 236 من المرجع السابق.

- وانظر د / أحمد فتحي سرور: ش.ق.ع. / قسم عام - م.س. - ص 286.

- وانظر د / السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - م.س. - ص 210.

- وانظر د / الالفني: شرح قانون ع. ليبي - مرجع سابق - ص 189.

الدفاع الشرعي الذي يجعل أفعال المدافع مباحة إنما يقتصر على إباحة الأفعال التي الحقت الإضرار بالمعتدي فقط دون سواها.

أما الأضرار التي يلحقها المدافع أثناء الدفاع بالغير سواء لغلط في الشخص (Erreur sur la personne) أو لغلط في توجيه الفعل (Fausse direction d'action) فإنها تعتبر غير مشروعة<sup>(1)</sup>، ويسأل عنها صاحبها مدنيا، طالما هي أفعال غير مشروعة وترتب عنها ضرر.

(127) رابعا: مسؤولية الشريك في الدفاع الشرعي:

قد يحدث أن يساهم مع المدافع غيره في الدفاع، سواء عن هذا المدافع أو غيره، وتكون مساهمة هذا الغير بصور شتى إما بعرقلة المعتدي حتى يتمكن المدافع من دفعه بالتغلب عليه، وإما بمد المدافع بأداة يستعين بها على المعتدي<sup>(2)</sup>، أو بأن يدل المدافع على المعتدي، إذا كان غير ظاهر، كأن يكون يطلق النار من مكن على الضحية.

وبما أن الدفاع الشرعي سبب إباحة مطلق<sup>(3)</sup>، فإن آثاره الجنائية، وتبعها لها المدنية، لا تقتصر على الفاعل الأصلي، بل تتعداه إلى كل من توافرت فيه شروط الدفاع الشرعي، من المساهمين فيه<sup>(4)</sup>.

وعليه فإنه بإمكان هذا المساهم الإحتجاج بسبب إباحة خاص به، منصب مباشرة على الأفعال التي قام بها هو في سبيل<sup>(5)</sup> مساعدة المدافع.

وقبل مغادرة موضوع آثار الدفاع الشرعي يتعين التنويه بأن نظرية ستارك تخالف ما قال به جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من قولهم بعدم الضمان، وسارت مع إتجاه الحنفية.

وقد كان رأيي مع الجمهور لقوة حججهم ومنطقهم على حجج ومنطق الأحناف.

وقد رأينا أن المجلس الأعلى للقضاء بالجزائر (المحكمة العليا حاليا) سارت في هذا الإتجاه. وبنهاية الحديث في هذا المبحث ننتقل إلى المبحث الثاني فيما يلي:

(1) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 328.

(2) و(3) انظر د/ السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - م.س. - ص 210.

(4) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد: نفس الصفحة من نفس المرجع.

- وانظر د/ محمود محمود مصطفى: ش.ق.ع.، قسم عام - م.س. - ص 243.

- وانظر د/ المرصفاوي: المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 174.

(5) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: ش.ق.ع. مصري، قسم عام - مرجع سابق - ص 237 واللبناني، ص 240.



## المبحث الثاني

### تجاوز حدود الدفاع الشرعي وأثره

(128) تمهيد وتقسيم:

بعد أن إنضبط معنا مفهوم الدفاع الشرعي، وتبينت لنا مختلف أحكامه في التشريعات المقارنة، داخل إطاره العام كسبب من أسباب الإباحة، يبيح أفعال المدافع التي يأتيها بصدد الدفاع، ولا يرتب عنها أية مسؤولية جزائية أو مدنية أو كما يعبر فقهاء الشريعة الغراء: لا يرتب عنها قصاصاً ولا دية، متى توفرت أركان الدفاع وشروطه.

غير أن الأمور قد لا تسير على ما ينبغي أن تسير عليه، من التزام المدافع الحد المطلوب منه للدفاع، فقد يتماذى لسبب أو لآخر، فيصبح ما يأتيه من أعمال غير متناسب مع ما هو بصدد دفعه من الخطر، فيكون قد تجاوز حدود الدفاع، إذ لا يمكن أن ينكر عليه أنه كان في حالة دفاع طالما أن بقية شروط الدفاع قائمة، وأفعاله التي هي في حدود ما هو مناسب لدرء الخطر لا تزال صيرة بأحكام الدفاع الشرعي، لكن التي تجاوزت حدود هذا التناسب فإنها تخرج عن دائرة الإباحة ويسأل عنها.

ويمكن القول أن لكل سبب من أسباب الإباحة - ومنها الدفاع الشرعي - حدود فمتى تجاوز من تقررت لصالحه الإباحة هذه الحدود المرسومة لفعله حتى يكون مباحاً خرج من نطاق الإباحة الذي تقرره القاعدة السلبية، وخضع فعله من جديد لوصف التجريم، الذي تتضمنه القاعدة الإيجابية واستحق عن هذا الخروج الجزاء الجنائي، وما يتبعه ويرتبط به من جزاء مدني<sup>(1)</sup>.  
وتشير مسأله تجاوز حدود الدفاع الشرعي تساؤلات عدة، منها ما يتعلق بمفهوم التجاوز ومنها ما يتعلق بمعياره، ومنها ما يتعلق بأثاره، سواء في الشريعة الغراء، أو في النظم القانونية الوضعية.

ولحسن تتبع ما تثيره هذه المسأله من استفسارات، نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم التجاوز ومعياره. المطلب الثاني: آثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

متناولين إياها بالبحث والتحليل فيما يلي:

(1) انظر د/ رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء - مرجع سابق - ص 299 وما بعدها.  
- وانظر د/ رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي - مرجع سابق - ص 466 وما بعدها.

## المطلب الأول: مفهوم التجاوز ومعياره

(129) تمهيد وتقسيم:

ومن معاني التجاوز لغة المرور، إذا سار في الطريق وخلف المكان يقال تجاوز<sup>(1)</sup> المكان.

ومن هنا يأتي المعنى الإصطلاحي لتجاوز حدود الدفاع الشرعي (دفع الصائل).  
فيمكن القول أن تجاوز<sup>(2)</sup> حدود الدفا الشرعي هو: تخطي الحدود المرسومة له، باستخدام المدافع ضد المعتدي قدرا من القوة يزيد عن القدر الكافي لدرء خطر العدوان.  
وقد كان لفقهاء الشريعة الغراء في ذلك أقوال في كتبهم، وهم يتحدثون عن مسؤولية الموصول عليه، إذا استعمل قدرا من القوة أكثر مما يكفي لدفع صيال الصائل عليه أو دفعه عن غيره، ومن خلال هذه الأقوال يمكن استخلاص فكرة واضحة عن الموضوع بكل تفاصيله من معناه ومعياره.

- وكذلك كان لشراح وفقهاء القوانين الوضعية إهتمام كبير بالموضوع.  
ولبحث المسألة نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:
- الفرع الأول: معنى التجاوز ومعياره في الشريعة الإسلامية.
  - الفرع الثاني: معنى التجاوز ومعياره في النظم القانونية الوضعية.

(1) الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، ط سنة 1401 هـ - 1981م، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، ص 117.

- وانظر الفيروز آبادي: القاموس المحيط ج 2 - م.س. - ص 168.

(2) منه قوله تعالى: «...وجاوزنا ببني إسرائيل البحر...» آية 138 من سورة الأعراف.

## الفرع الأول

### معنى التجاوز ومعياره في الشريعة الإسلامية

(130) تمهيد وتقسيم:

لقد سبق عند بحثنا لشرط التناسب - أن رأينا كيف أن فقهاء الشريعة الغراء - شأنهم شأن فقهاء القوانين الوضعية - يشترطون أن تتناسب أفعال الدفاع مع خطر الاعتداء. ويعبر بعضهم عن ذلك بقوله: «... أن يدفع مبتدئا بالأسهل فالأسهل...»<sup>(1)</sup> وقول بعضهم: ... فإذا أمكنه أن يأمره بالخروج فلا يضربه، أو إن أمكن دفعه بالضرب باليد فلا يضربه بسلاح، وإن أمكنه الدفع بالضرب فلا يجوز له الجرح وإن أمكنه الدفع بالجرح فلا يجوز له دفعه بالقطع... وهكذا يوضحون عبارة الدفع بالأسهل فالأسهل.

ومعنى التجاوز هو أن كل زيادة عما هو لازم للدفع بالصورة السابقة، أي أن يضرب والحال أن بإمكانه الدفع بالمناشدة أو بالأمر أو بالصياح فإن، الضرب يتجاوز غير مشروع يسأل عنه المدافع، مع عدم إغفال ظروف الحال، وظروف المدافع نفسه، فقد يكون ضعيفا جباناً أمام معتد (صائل) شرس، فيعتقد أن رميه بالحجر لا يؤثر فيه فيرميه بالرصاص من أول مرة. وهو المتاح له الوحيد بعد الحجر.

فكل هذه الملابسات الشخصية، والظرفية الزمكانية راعاها فقهاء الشريعة السححة. ولحسن بحث هذا الفرع من المطلب نقسمه إلى نقطتين، نتناول في أولهما: معنى التجاوز، ونتناول في آخرهما: معيار التجاوز.

(1) سبق أن أوردنا نصوصاً تحمل مثل هذه العبارات عن بحثنا لشرط التناسب يرجع إليها.

( 131 ) أولا: معنى التجاوز في الفقه الإسلامي:

يتضح من عبارات فقهاء الشريعة الغراء أنه بالإمكان تحديد معنى التجاوز بكونه: استعمال المدافع القدر المجسيم من القوة في الدفع، مع كفاية قدر منها أقل في ظروفه والتي هو فيها، لدفع خطر اعتداء الصائل.

وفيما يلي نقول من أمهات كتب الفقهاء المذاهب نوضح معنى التجاوز:

- ففي الفقه الظاهري: يقول الإمام ابن حزم في كتابه (المحلى) ما نصه: «فمن أراد أخذ مال إنسان ظلما من لص أو غيره فإن تيسر له طرده منه ومنعه فلا يحل قتله فإن قتله حينئذ فعليه القود، وإن توقع أقل توقع أن يعالجه اللص فليقتله ولا شيء عليه لأنه مدافع عن نفسه...»<sup>(1)</sup>.

- وفي الفقه الحنفي: يقول الكاساني في كتابه (بدائع الصنائع...) ما نصه: «...فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل... فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله.. وكذا إن أشهر عليه العصا ليلا لأن الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان في المفازة [الصحراء الخالية] أو في المصر [المدينة] وإن شهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لأنه يمكنه الإستغاثة بالناس»<sup>(2)</sup>.

- وفي الفقه الحنبلي: يقول الإمام ابن قدامة في كتابه (المغني) ما نصه: «...وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني لأنه كفي شوه، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية، لأنه في حالة لا يجوز له ضربه»<sup>(3)</sup>.

ولعل ما أورده البهوتي في كتابه (كشاف القناع...) أكثر وضوحا وتوكيدا للمعنى عدم التجاوز فقد قال: «...وإن ضربه فقطع يمينه فولى هاربا فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونة بقصاص أو دية، لأن الزائد على ما يحصل به الدفع لا حاجة إليه فلم يكن له فعله»<sup>(4)</sup>.

(1) انظر ابن حرم: المحلى، ج 11، ط دار الفكر - مرجع سابق - ص 13.

(2) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7 - مرجع سابق - ص 93.

(3) انظر ابن قدامة: المغني، ج 8 - مرجع سابق - ص 33.

(4) انظر البهوتي: كشاف القناع، ج 4 - مرجع سابق - ص 92.

وبمثل هذا قال فقهاء الشيعة الزيدية، فقد نص المرتضى في البحر الزخار على أنه: «...يجب في المدافعة تقديم الأخف فالأخف، فإن عدل إلى الأشد وهو يندفع بالأخف ضمن»<sup>(1)</sup>.

وبمثل هذا قال الشافعية، فهذا الإمام - رضي الله عنه - في كتابه (الأم) يقول: «...أن يكلم من يريده ويستغيث فإن منع أو امتنع لم يكن له قتاله، وإن أبي أن يمتنع... ولم يقدر على الإمتناع منه إلا بضربه بيد أو عصا أو سلاح حديد أو غيره فله ضربه وليس له عمد قتله وإن كان له ضربه فإن أتى الضرب على نفسه فلا عقل فيه ولا قود ولا كفارة... وإن ضربه ضربة أولم يضربه حتى رجع تاركا لقتاله لم يكن له أن يعود عليه بضرب»<sup>(2)</sup>. وبعد أن إنضبط معنا معنى التجاوز عند فقهاء الشريعة الغراء، تنتقل إلى النقطة المتعلقة بمعياره.

(132) ثانيا: معيار التجاوز في الفقه الإسلامي:

واضح من النصوص الواردة في كتب فقهاء الإسلام، أنهم اعتدوا بالظروف الموضوعية الزمكانية، وفي نفس الوقت الظروف الشخصية من الضعف والقوة والحال التي يوجد عليها المدافع أو الموصول عليه عند رده للاعتداء، للقول ما إذا كان دفاعه متناسبا مع خطر العدوان الذي يدفعه أم لا، وإذا كان غير متناسب فذلك طبعا هو التجاوز. وبإستقراء النصوص الواردة في كتبهم يتضح لنا ذلك جليا. - ففي الفقه الظاهري: يقول الإمام ابن حزم في كتابه (المحلى) ما نصه: «...فأما لو كان اللص من الضعف بحيث لا يدافع أصلا أو يدافع دفاعا يوقن معه أنه لا يقدر على قتل صاحب الدار فقتله صاحب المنزل فعليه القود لأنه قادر على منعه بغير القتل فهو معتد»<sup>(3)</sup>. فالواضح هنا مراعاة الظروف الشخصية.

(1) انظر المرتضى أحمد بن يحيى: البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الامصار، ط سنة 1368 هـ - 1949 م، مطبعة انصار السنة بمصر، ج 5، ص 269.

(2) انظر الإمام الشافعي: الأم، ج 6 - مرجع سابق - ص 27.

(3) انظر ابن حزم: المحلى، ج 11 - مرجع سابق - ص 314.

- وفي الفقه الحنفي: يقول السرخسي في كتابه (المبسوط) ما نصه: «...ولكن لو رأيت رجلا ينقب عليك دارك من خارج، أو دخل عليك ليلا من النقب بالسيف، وخفت إن أذرتة بضربك وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله»<sup>(1)</sup>.

واضح مراعاة الظروف الموضوعية (الليل)، والشخصية (وخفت إن أذرتة بضربك...).

- وفي الفقه الشافعي: يقول الأنصاري في كتابه (أسنى المطالب) ما نصه: «...ولو كان يندفع بالعصا فلم يجد إلا سيفا أو سكيناً ضربه به، إذ لا يمكن الدفع إلا به، ولا يمكن نسبته إلى التقصير، بترك إستصحابه عصا ونحوه»<sup>(2)</sup>.

وواضح هنا أن القول يعتد بواقع حال المدافع. وبعد بحثنا معنى التجاوز ومعياره في الفقه الإسلامي نبهته في النظم القانونية الوضعية في الفرع التالي:

---

(1) انظر السرخسي شمس الأئمة أبو بكر محمد: المبسوط، ط 1 لسنة 1324 هـ - مطبعة السعادة، ج 24، ص 50 و51.

(2) انظر الأنصاري: أسنى المطالب، ج 4 - مرجع سابق - ص 167.

## الفرع الثاني

### معنى التجاوز ومعياره في النظم القانونية الوضعية

(133) تمهيد وتقسيم:

لقد سبق القول بأن فقهاء القانون الوضعي - شأنهم شأن فقهاء الشريعة الإسلامية - عند بحثهم شرط التناسب يقولون بأنه يجب أن تتناسب أفعال المدافع مع خطر الاعتداء. وقد نصت بعض القوانين الوضعية صراحة على وجوب أن لا تتعدى الأفعال التي يأتيها المدافع الحدود التي يعينها القانون أو أمر السلطة أوداعي الضرورة - ولو على سبيل الخطأ - وإلا عوقب المدافع عن جرم الخطأ كما هو الحال في المادة 73 من قانون العقوبات الليبي.

وحددت معايير للتجاوز، فمن قائل بمعيار شخصي، ومن قائل بمعيار موضوعي، ومن قائل بمعيار يجمع بينهما. ومن القوانين من حدد معياراً قانوني تكميلي، ومنها من اعتبره إساعة لإستعمال الحق.

ولبحث المسألة نتناولها في نقاط خمس على النحو التالي:

- أولاً: معنى تجاوز حدود الدفاع الشرعي.
- ثانياً: الفرق بين التجاوز وسوء استعمال الحق.
- ثالثاً: شروط إفادة المدافع من عذر التجاوز.
- رابعاً: موقف بعض المقتنين من عذر التجاوز.
- خامساً: معيار تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

(134) أولاً: معنى تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

نوه في البداية إلى أن حق الدفاع الشرعي ينشأ متى استكمل الدفاع شروطه، التي من بينها، بل وأدقها جميعاً شرط تناسب فعل الدفاع مع فعل الاعتداء (كما مر معنا في بحث أركان الدفاع الشرعي).

وهذا الشرط أكثر شروط الدفاع الشرعي دقة، لأن التناسب بين قوة الاعتداء وبين القوة المادية التي يستخدمها المدافع لصد هذا العدوان ليس مجرد شرط لنشوء حق الدفاع الشرعي، بل هو شرط لإستعمال هذا الحق<sup>(1)</sup>.

إذ أن شرط التناسب هذا إذا انتفى، فإن أصل الحق لا ينتفي معه، باعتبار أن نشوء الحق مرحلة سابقة عن استعماله، وبالتالي فهي مستقلة بمقوماتها عن هذا الإستعمال. أما إذا انتفى الدفاع الشرعي لتخلف ركن من أركانه التي يقوم عليها، فإنه ينتفي تبعاً لذلك إمكان البحث في شرط إستعماله، الذي هو شرط التناسب بين قوة العدوان والقوة التي يلزم إستعمالها لردّه أو إنهائه أو وقفه. (وسياتي تفصيل ذلك عند بحث شروط إفادة المدافع بعذر التجاوز).

غير أن المقصود من هذا التحليل هو تحديد معنى التجاوز، وقد انضبط معنا، ويمكن أن نستخلص منه تعريفاً لتجاوز حدود الدفاع الشرعي، فنقول<sup>(2)</sup>: أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي، هو إستعمال قدر من القوة يزيد عن القدر الكافي لدرء الخطر.

وقد رأى بعض الفقهاء الوضعيين، وكذا المحدثين من الشرعيين، أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي ما هو إلا إساعة لإستعمال الحق<sup>(3)</sup>، ورأى بعضهم غير هذا الرأي، وبما أن المسألة مشيرة للجدل، رأينا بحثها في نقطة مستقلة مع تحديد رأينا فيها فيما يلي:

(1) انظر الدكتور محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، ط 4، سنة 77 - مرجع سابق - ص 234.

(2) عرفه د/ محمد سيد عبد التواب بقوله: «...استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافياً لدرء الخطر»، انظره في الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص: 337.

(3) انظر الدكتور فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في إستعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر بيروت، ص 508 إلى 513.



( 135 ) ثانيا: الفرق بين التجاوز في الدفاع، وسوء إستعمال الحق:

ذهب رأي إلى أنه لا فرق بين التجاوز في الدفاع الشرعي وإساءة إستعمال الحق وذهب آخر إلى أنهما مختلفان، وفيما يلي عرض الرأيين، وما وجه لكل واحد منهما من النقد، وتحديد موقفى من المسألة:

- الرأي الأول: القائل: بأنه لا فرق بين تجاوز حدود الدفاع الشرعي وإساءة إستعمال الحق، وأنهما شيء واحد، فأنصار هذا الرأي في نظرهم أن المدافع إذا تجاوز حد التناسب كان إساءة لإستعمال الحق<sup>(1)</sup> من جانبه.

وانتقد هذا الرأي بكونه يخلط بين الموضوعين، وهما مختلفين، فالزيادة في أفعال الدفاع على ما يلزم تجاوز، بينما الدفاع مع إمكان الهرب إذا كان غير مشين إساءة لإستعمال الحق<sup>(2)</sup>.

- الرأي الثاني: القائل: بأن تجاوز حدود الدفاع الشرعي وإساءة إستعمال الحق موضوعان مختلفان، ووفقا لهذا الرأي فإن إساءة إستعمال الحق بمعنى الخروج عن الغاية التي شرع هذا الحق من أجلها<sup>(3)</sup>، له صورتان:

- الأولى: أن تستعمل القوة من أول الأمر بقصد الإنتقام، كأن يضرب من يدعي الدفاع الراعي، عند ما يرى المواشي تتلف زرعه، إذ ليس من شأن ضرب الراعي كف المواشي عن الزرع<sup>(4)</sup>، فهذا الدفاع لا لزوم له.

- الثانية: أن يستعمل المدافع قوة أكثر مما يلزم لرد العدوان، بسوء نية، ففي هذه الحالة إساءة لإستعمال الحق، خلاف لما لو تجاوز بحسن نية، فهذا تجاوز لحدود الدفاع الشرعي<sup>(5)</sup>.

( 1 ) انظر الدكتور محمد محي الدين عوض: قانون العقوبات السوداني معلقا عليه، ط. سنة 1970م، ص 77.

( 2 ) انظر الدكتور داود سليمان العطار: تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن - مرجع سابق - ص 316 و 317.

( 3 ) انظر الدكتور علي راشد: موجز القانون الجنائي - م.س. - ص 353.

( 4 ) انظر: مجموعة القواعد القانونية، ج 1، نقض 12.7.1928، بشأن مدع دفاع ضرب فتاة لما تركت معزها ترعى زرع المتهم واعتبرت محكمة النقض المصرية عمله هذا إنتقاما لا لزوم له وليس دفاعا شرعيا، ومثله حكم 58.12.16 بهامش ص 393 من النظرية العامة لرئيس بهنام.

( 5 ) انظر الدكتور علي راشد: نفس الصفحة من نفس المرجع.

وينتقد هذا الرأي، بكونه يعطي لإساءة استعمال الحق مدلولاً غير مدلوله الإصطلاحي الذي لا يستلزم الخروج عن حدود الحق.

وأرى أن هذا الجدل النظري، لا يغير من أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي يسأل عنه المتجاوز، إما عن جريمة عمدية أو عن جريمة غير عمدية، سواء أكان المتجاوز معناه متحد مع إساءة استعمال السلطة، أم مختلف، فالعبرة في نظري بالآثر. كما أن المتجاوز يعرض مدنياً ما أحدث من ضرر، سواء اتحد أو اختلف معنى التجاوز وإساءة استعمال السلطة. ولما أن المدافع بحسن نية، هو الذي يستفيد دون غيره من العذر المخفف للعقاب، نبحث ذلك في النقطة التالية:

(136) ثالثاً: شروط إفادة المتجاوز في الدفاع من العذر المخفف للعقاب:

قلنا أن المتجاوز بحسن نية، هو من له حق الاستفادة من تخفيف العقاب عليه، وليس هذا هو الشرط الوحيد، بل حتى يستفيد المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي من العذر المخفف للعقاب، لابد من توفر شروط، ن فصلها فيما يلي:

- الشرط الأول: قيام حالة الدفاع الشرعي:

بما أن عذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي متصل باستعمال الحق، لا بنشوته، فلا محل للكلام في هذا الاستعمال، إلا إذا نشأ الحق أولاً، وهذا يعني أن انهيار أي ركن من أركان الدفاع الشرعي ينهار تبعاً له هذا العذر<sup>(1)</sup>، عدا شرط التناسب، فإنه هو الذي يتجاوزه تقوم حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وهو الشرط الثاني في هذه المسألة.

- الشرط الثاني: حصول تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

إذ ينبغي أن يكون المدافع تجاوز في أعمال دفاعه القدر اللازم لرد الاعتداء، أو إنهائه أو وقفه، من استعمال قوة أكثر مما يحقق ذلك<sup>(2)</sup>.

---

(1) و(2) انظر الدكتور رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام، ط 3 - م.س. - ص 483.  
- وانظر الدكتور رمسيس بهنام: مبادئ التشريع الجنائي - م.س. - ص 378 و379.  
- وانظر د/ رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء - م.س. - ص 301.  
- وانظر د/ السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - م.س. - ص 214.  
- وانظر د/ محمود محمود مصطفى: شرح ق.ع. قسم عام - م.س. - ص 244.  
- وانظر الدكتور بسر أنور علي: الدفاع الشرعي، دراسة لمبدأ المشروعية - مرجع سابق - ص 246.

- الشرط الثالث: أن يكون التجاوز بنية سليمة:

ومقتضى هذه النية السليمة، أن لا يكون المدافع قصد بأعماله الدفاعية إحداث ضرر أشد مما يستلزمه دفع العدوان، وبمعنى آخر أن يعتقد المدافع المتجاوز بصدق أنه لا يزال في حدود الدفاع الشرعي لم يتجاوزه<sup>(1)</sup>.

هذه هي الشروط التي تشكل الشروط اللازمة لتجاوز الدفاع الشرعي، الذي يستفيد صاحبه من عذر التخفيف، ويصدق عليها في لغة علماء أصول الفقه معنى الأركان، أكثر من معنى الشروط<sup>(2)</sup>.

ويمكن أن يضيف المقتنون شروطاً إلى هذه، كما هو الحال عند المشرع المصري في المادة 251 من قانون العقوبات (سبق تدوينها في نقطة موقف القوانين الوضعية العربية من نطاق الدفاع الشرعي في الفصل التمهيدي) التي تشترط أن يكون التجاوز المادي لحدود الدفاع الشرعي قد تمخض عن جناية لا عن جنحة... لإكتفاء المشرع المصري في تخفيف عقوبة الجنحة بنص المادتين 18 و22 من ق.ع. اللتين تجعلان بإمكان القاضي تخفيف العقوبة إلى يوم واحد حبس، وقرش واحد<sup>(3)</sup> غرامة.

(1) انظر الدكتور رؤوف عبيد: ش.ق.ع. / قسم عام - م.س. - ص 570.

- وانظر د / السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - م.س. - ص 215.

- وانظر د / رمسيس بهنام: النظرية العامة - م.س. - ص 469.

- وانظر الدكتور محمود محمود مصطفى: ش.ق.ع. / قسم عام - م.س. - ص 245.

(2) الفرق بين الركن والشرط مع أن كلا منهما يتوقف وجود الحكم على وجوده - في نظر الأصوليين: هو أن الركن جزء من حقيقة الشيء، وأما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقته وليس من أجزائه. وعلى هذا المعنى ينسب اللغويون. انظر في ذلك عند

الوهاب خلاف: علم أصول الفقه وانظر من اللغويين د / قلعجي ود / قنبيبي: معجم لغة الفقهاء - مرجع سابق - ص 226

و260 في معنى الركن والشرط.

وانظر القوني الشيخ قاسم: أنيس الفقهاء بتحقيق الكبيسي أحمد بن عبد الرزاق، ط 2 لسنة 1407 هـ - 1987 م نشر

مؤسسة الكتب الثقافية، ص 84، وغيرها من المعاجم مثل: التوقيف على مهمات التعاريف للسناري ص 373 والقاموس

الفقهي لسعدي أبو جيب.

(3) انظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة - مرجع سابق - ص 469.

( 137 ) رابعا: موقف بعض المقننين من عذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

الملفت للإنتباه أن الدفاع الشرعي، تنظمه أغلب التقنيات الوضعية في قوانين العقوبات، وعندما تنص على الإعفاء من المسؤولية المدنية الحادثة عن الضرر الذي خلفته أعمال الدفاع في القوانين المدنية لترك تحديد الشروط، وما يتعلق بالشروط من خرق شرط التناسب (التجاوز) إلى القانون الجنائي، وتنص فقط على أن الإعفاء يكون متى لم يتجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي.

ومن هذه القوانين، ما جاء في أعماله التحضيرية أن أحكام الدفاع الشرعي يرجع فيها إلى نصوص قانون العقوبات كالقانون المدني المصري<sup>(1)</sup>.

ومن قوانين العقوبات، ما نظم أحكام تجاوز حدود الدفاع الشرعي بنصوص صريحة ومنها ما سكت تاركا الأمر للقواعد العامة، ومنها ما وقف موقفا بين هذا وذاك، ولتوضيح ما عليه الحال، نستعرض بعض القوانين كنماذج، متخذين موقفها في قانون العقوبات كأساس دون إهمال موقف المقننين في القانون المدني، باعتباره ملازم ومكمل للقانون الجزائي، من حيث المسؤولية المدنية التي يحددها، والتي هي تابعة وناشئة عن الخطأ الجزائي. أولا تنشأ لإنعدام الخطأ جزائيا. وفيما يلي هذه النماذج:

( 1 ) - نموذج القانون الجزائري:

يرى بعض شراح قانون العقوبات الجزائري، كالدكتور رضا فرج أن المادتين 277 و278 من قانون العقوبات الجزائري قصد بهما المشرع أن ينظم حالتين لتجاوز حدود الدفاع الشرعي<sup>(2)</sup>. وأنه لما كان الأمر كذلك، أفاد من تتوفر لديه الظروف التي تشترطها

---

( 1 ) انظر الدكتور محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 326 وهامشها، رقم 3.

( 2 ) انظر الدكتور رضا فرج: ش.ق.ع.ج. - مرجع سابق - ص 176 و177.

- وانظر السيدة رشيدة متيجي: تجاوز الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري والمقارن - مرجع سابق - ص 121 إلى 124.

- وانظر السيدة دحماني الزهراء: نظرية الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الجزائري - مرجع سابق - ص 143 إلى 151.

المادتين<sup>(1)</sup> من العذر المخفف للعقاب.

ولعل المبرر لهذا القول، في نظر هؤلاء الشراح، أن المادة 277 ق.ع. جزائري جاءت بظرف تخفيف، أفادت منه مرتكب جرائم القتل أو الجرح أو الضرب، إذا وقع عليه هو الآخر ضرباً من الغير، مقارنة هذه المادة بالمادة 39 ق.ع. جزائري التي تبيح القتل والجرح والضرب دفاعاً.

وأن المادة 278 منه كذلك، جاءت بظرف تخفيف، لصالح مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب إذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها، إذا حدث ذلك نهاراً، رابطين بين هذا وما نصت عليه المادة 40 من ق.ع. التي تنظم ما يعرف في قانون العقوبات الجزائري، والمغربي، والفرنسي، الذي اقتبسا عنه ما يعرف بالحالات الممتازة للدفاع الشرعي.

جاعلين ما تنظمه المادتان 39 و 40 دفاعاً شرعياً وما تنظمه المادتان 277 و 278 تجاوزاً لحدود الدفاع.

غير أنني أرى أن ما تنظمه المادتين الأخيرتين تحت عنوان «الأعذار في الجنايات والجنح» هو عذر تخفيف كما هو واضح من العنوان الذي لا يقبل تأويلاً إذ تنص المادة 283 بعدهما على أنه «إذ ثبت قيام العذر، فتخفف العقوبة على النحو التالي: الحبس من سنة إلى...».

وهذا عذر تخفيف، لاعتقلاقة له بتجاوز المدافع الحد المناسب في دفاعه، فأعذار التخفيف معروفة بذاتها وبأحكامها، وتجاوز حدود الدفاع الشرعي معروف بذاته وأحكامه. فالمادتان 277 و 278 وما بعدهما، نظم فيها المشرع الجزائري، ما يعرف بحالة الإستفزاز، والعذر المخفف المقرر لها.

---

(2) نص المادة 277 «يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص (أو تجاه أحد الأشخاص حسب النص الفرنسي) نص المادة 278 «يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار. وإذا حدث ذلك أثناء الليل فتطبق أحكام المادة 40Q.

- انظر قانون العقوبات سلسلة قضائية نشرت بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل الجزائرية، ص 80 و 81.

- وانظر د/ العايش انوار، تقنين العقوبات، ص 123 و 124.

وقد يكون حقيقة بعض الشبه بين عذر التخفيف هنا، وبين تجاوز حدود الدفاع، بسبب ما يعتري إرادة الجاني في كلتا الحالتين من نوع من الإكراه، بسبب ما يقع عليه من عدوان في جسده أو بسبب تألمه وارتبائه نتيجة لما وقع على غيره.

لكن مع هذا يبقى تجاوز حدود الدفاع الشرعي له أركانه الخاصة به، والتي من بينهما قيام حالة الدفاع أولاً ثم الدفع بالزيادة على ما هو ضروري له، ولا وجود لذلك في حال من قام بجريمته تحت الإستفزاز.

وعليه أرى أن المشرع الجزائري، شأنه شأن المشرع الفرنسي، لم ينظم صراحة بنص قانوني أحكام تجاوز حدود الدفاع الشرعي في قانون العقوبات، وترك الأمر للقواعد العامة التي أوجدها الفقه.

ولم ينظم المسألة صراحة كذلك في القانون المدني، بل ترك الأمر للفقه. فقد نصت المادة 128 من القانون المدني على «... أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض، تراعى فيه مقتضيات<sup>(1)</sup> العدالة».

ومقتضيات العدالة هذه تختلف حسب وجهات النظر، فقد يرى قاض أن يعرض على التجاوز على أساس تحميل المتجاوز نصف مسؤولية الضرر والنصف الآخر يجعله على عاتق المضرور. وقد يرى من يعتمدون في تحديد المسؤولية على ما يعرف «بالسبب المنتج أو السبب الفعال»<sup>(2)</sup> بأن السبب المنتج أو الفعال هو تعدي المضرور المعتدي أولاً الذي استوجب الدفاع الذي وقع فيه تجاوز، فيرون بناء على ذلك أن المتضرر من تجاوز حدود الدفاع الشرعي لاحق له في التعويض.

وفي التشريع الجزائري يترك الأمر للفقه واجتهاد القضاة، سواء في القانون الجنائي أو في القانون المدني.

---

(1) انظر الدكتور محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدر الإلتزام، طبعة سنة 1405 هـ 1985 م ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 77.

- انظر القانون المدني سلسلة قضائية - مرجع سابق - ص 25.

(2) انظر السيدة دحماني: نظرية الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 146.

ويعتبر أصحاب فكرة السبب المنتج أن خطأ المدافع المتجاوز مجرد خطأ عارض بالنسبة إلى خطأ المتضرر من التجاوز إذ لو لا خطئه لما صدر من المدافع خطأ التجاوز.

ولم تنظم حالة التجاوز وأحكامها، بنصوص مفصلة سريحة في كل من القانونين، وبقي الأمر مجال اجتهاد، وقد ورد في قرار مؤرخ في 89.12.19 تحت رقم 549 ما نصه: «حيث أن الأعدار المخففة، هي حالات محددة في القانون، على سبيل المحصر، ويترتب عليها تعيين عقوبة جديدة، مدتها «خففة في حديها الأقصى والأدنى الواردة في المادة 283 ق.ع. ولا تطبق إلا عند توافر الشروط المنصوص عليها بالمواد 277 إلى 281 ق.ع...»<sup>(1)</sup>.

وأرى أنه لا مفر من الرجوع إلى القواعد العامة، التي يقول بها الفقه المقارن، في مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي، والأخذ بأحكام هذه القواعد من طرف القضاء الجزائري بخصوص تحديد شروط وأركان عذر التجاوز، حتى يقال بوجوده وتترتب الأحكام اللازمة على وجوده، أو يقال بانتفائه، وتترتب الأحكام اللازمة للجريمة المرتكبة.

ووجهة نظري هذه في موقف المشرع الجزائري، تطابق وجهة نظر فقه الشريعة الغراء، الذي لم يحدد فقهاؤه، ولم يوجد في القرآن ولا في السنة تحديد مسبق مفصل لأركان وشروط حالة التجاوز، بل ترك الأمر للإجتihad الشخصي للقاضي، ليطبق في كل حالة على حدة ما يراه مناسباً، وهذا ما قضت به القواعد العامة في النظم القانونية الوضعية، كما سنرى في نهاية هذه النقطة التي نحن بصدد بحثها.

وأنوه هنا بمشروع لقانون العقوبات، صدر في دولة السودان، مراعيًا أحكام الشريعة الإسلامية، ومحاولًا الاستفادة من صياغة القوانين الوضعية<sup>(2)</sup>.

(2) - نموذج القانون المصري:

الفقه في مصر، أخذ بالشروط التي حددها الفقه، لإفادة المتجاوز من عذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي - كما ذكرناها في النقطة الثالثة من نقاط هذا الفرع - .

وزاد شراح قانون العقوبات المصري شرطين اقتضاهما نص المادة 251 من ق.ع.

المصري، هما:

(1) انظر الدكتور أناصر: تقنين العقوبات - مرجع سابق - ص 125.

(2) انظر مشروع القانون الجنائي لسنة 1988 م، معلقاً عليه من طرف كل من الأستاذ حافظ الشيخ والدكتور حسن عبد الله الترابي، إعداد: رابطة المحامين الإسلاميين بالسودان، نشر: دار هابل للطباعة والنشر والتغليف.

- الشرط الأول: أن يكون التجاوز تمخض عن جناية، لا عن جنحة، لأن عقوبة الجنحة بطبيعتها يمكن أن تنزل بحسب تقدير القاضي إلى أربع وعشرين ساعة حبسا، أو خمسة قروش غرامة<sup>(1)</sup>، فلا حاجة إذن لأن ينص على عذر مخفف بشأنها، بخلاف الجناية.

- الشرط الثاني: اقتناع القاضي، من ملابسات الواقعة، بأن المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي، يستحق عن الجناية التي ارتكب بسبب ذلك عقوبة الحبس التي لا يجوز أن تقل فيها عن ثلاثة شهور، حسب ما تقضي به أحكام المادة 17 من ق.ع. المصري.

وينتقد الدكتور رمسيس بهنام مسلك المشرع المصري في المادة 251 من ق.ع. التي نظم فيها التجاوز المادي لحدود الدفاع الشرعي، إذ يرى الدكتور رمسيس بهنام أن هذا النص معينا، بحيث يفترض أن الفاعل لم يكن قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع، ومع ذلك ينسب إلى سلوك المدافع إمكان الإرتساف بوصف الجناية. ويرى الدكتور رمسيس بهنام أن القانون في المادة 251 يقصد أنه إذا ما حدث تجاوز للحد المادي الذي يحدده القانون للدفاع الشرعي، فإنه يجب أن لا يحدث أيضا تجاوز للحد المعنوي، حتى يستفيد المدافع المتجاوز من عذر تخفيف العقاب على تجاوزه هذا، ويقتضي ذلك أن يكون مدفوعا بباعث الدفاع، لا بباعث التشفي والانتقام<sup>(2)</sup> إشباعا لحقد سابق، أو طارىء.

هذا من الناحية الجزائية، أما من الناحية المدنية فقد نص الشطر الأخير من المادة 166 من القانون المدني المصري كذلك، على أنه في حالة التجاوز يصبح المتجاوز «ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة».

(1) انظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة - م.س. - ص 469.

نص المادة 17 من قانون العقوبات المصري: «يجوز في مواد الجنابات إذا اقتضت أحوال الجريمة القائمة من أجلها الدعوى العمومية رافة القضاة بتبديل العقوبة على الوجه التالي:

عقوبة الإعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو السجن.. عقوبة السجن بعقوبة الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور...».

وتقابل هذه المادة المادتين 18 و22 من قانون العقوبات المصري المادة 53 من ق.ع. الجزائري يرجع إليها في نصوص ق.ع. الجزائري.

(2) انظر د / رمسيس بهنام: النظرية العامة - مرجع سابق - ص 167.

- وانظر د / رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء - مرجع سابق - ص 299 إلى 301.



وهذه الصياغة للمادة 166 في شرطها الأخير تجعل الأمر كذلك خاضع لاجتهاد القضاء في تحديد هذا التعويض الذي تراعى فيه مقتضيات العدالة. ولم أعر ذلك في اجتهادات القضاء المصري على تحديد لهذا التعويض. ولعل تقرير هذا التعويض، الذي تراعى فيه مقتضيات العدالة، بقي مجرد تقرير نظري محض، لقلّة الوقائع التي يحكم فيها بتجاوز حدود الدفاع الشرعي، إذ محكمة التمييز اللبنانية على مدى 5 سنوات (من 1974 إلى 1979 م) لم تتطرق لموضوع تجاوز حدود الدفاع الشرعي<sup>(1)</sup>.

3 - نموذج لقوانين مختلفة:

إذا استعرضنا عدة قوانين، نجد أنها تختلف في تحديد وعدم تحديد شروط تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

وهي في الغالب الأعم، وإن حاولت تحديد هذه الشروط تترك مجالاً واسعاً للنظرية العامة لتحديدها.

وبعض القوانين خالف أحكام القواعد العامة صراحة<sup>(2)</sup>، في محاولة لتحديد شروط الدفاع الشرعي، وأحكامه.

ومن هذا النوع الأخير:

- قانون العقوبات الليبي إذ نص في المادة 73 منه - والتي اقتبسها عن المادة 55 من قانون العقوبات الإيطالي - على أنه: «إذا تعدت خطأ الأفعال المنصوص عليها في المواد السابقة الحدود التي يعينها القانون، أو أوامر السلطة، أو داعي الضرورة يعاقب مرتكبها بعقوبة الجرائم الخطئية للجرائم التي يرتكبها، إذا نص القانون على إمكان ارتكاب تلك الجرائم خطأ».

- وعلى نفس هذا النهج، جاءت نصوص قوانين العقوبات السوري في المادة 183 منه فقرة 3 والأردني في المادة 60 فقرة 3 واللبناني في المادة 184 فقرة 2 التي تنص على أن: «... إذا وقع تجاوز في الدفاع، أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة، في الشروط المذكورة في المادة 228». وهذه المادة تقابل المادة 227 من قانون العقوبات السوري وهي تنص على

(1) انظر الدكتور سمير عالية: مجموعة إجتهدات محكمة التمييز الجنائية بقرنتها. ج 4 ط 2 سنة 1987م المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ص 449.

(2) انظر د / محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 338.

أنه: «... إذا أفرط فاعل الجريمة في ممارسة حق الدفاع، لا يعاقب إذا أقدم على الفعل في ثورة إنفعال شديد، إنعدمت معها قوة وعيه أو إرادته».

وقد ترك كل من القانون الجنائي المغربي في الفصل 84 منه والتونسي في الفصل 39 منه الأمر للحاكم (القاضي) ليجتهد في تحرير مسؤولية من تجاوز في دفاعه الحدود التي يسمح بها هذين القانونين.

- وقد علمنا أن المشرع التونسي ضيق نطاق من يدافع عنهم إلى الأقارب - عدا ما جاء في نص لاحق وسع نطاق هذا الدفاع إلى الأجانب، في حالات معينة<sup>(1)</sup>

- وعليه جاء نص الفصل 39 ق.ع. تونسي كما يلي: «...أما إذا كان المعرض للخطر أجنبيا فللحاكم الإجتهد في تحرير المسؤولية» وعلى أي حال ترك الأمر للقاضي ليرجع طبعا إلى القواعد العامة في تحديده مسؤولية المتجاوز، بمفهوم القانون التونسي.

- أما الفصل 84 من القانون الجنائي المغربي، فقد نص على أنه: «...إن نتج عن الأفعال الصادرة في حالة الدفاع عن النفس عواقب متجاوزة الحد، بالنسبة إلى ما كان ينشأ عن التعدي الواقع ظلما، فإن المسؤولية الجنائية تبقى على المجرم، ويقدر الحاكم درجة المسؤولية حسب نوع الجريمة» بمعنى ما إذا كان التجاوز شكلا جنائيا أو جنحة، حسب تعمله أو حدونه بإهمال من المدافع.

وهذا يعني أنه يترك المجال للقاضي، إلى حد ما، ليبحث في القواعد العامة في الفقه المقارن عن شروط وأحكام تطبيق عذر التجاوز. في حدود بحثه عن التعمد أو الإهمال، فإذا وجد الأمر، أي التجاوز متعمدا شكلا جريمة عمدية، تكيف حسب درجة خطورتها، وإذا وجدته شكلا جريمة خطئية، كيفها حسب خطورتها. ويكون التخفيف عليه على أساس ذلك<sup>(2)</sup>.

(1) انظر ما سبق الفصل التمهيدي من هذه الرسالة (نطاق الدفاع الشرعي).

(2) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية - م.س. - ص 59.

- وانظر الدكتور رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي - مرجع سابق - ص 467

4 - نموذج ما تقرره القواعد العامة:

القواعد العامة التي ترك لها في أغلب القوانين أن تنظم مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي، سواء فيما يتعلق بأحكامه الجزائية أو المدنية.

ترى أن التجاوز قد يكون يتعمد، وقد يكون بخطأ، وقد يكون بسبب دقة الموقف في حد ذاته. وتقرر لكل نوع من هذه الأنواع من التجاوز ما يناسبه من أحكام. فالتجاوز المتعمد على نوعين ولكل نوع أحكامه كالتالي:

(أ) التجاوز المتعمد بحسن النية، أي من غير قصد إحداث الضرر الأشد<sup>(1)</sup>: فهذا التجاوز لا يتوفر فيه القصد الجنائي<sup>(2)</sup>، ولا يسأل فيه المتجاوز إلا عن جريمة غير عمدية. ويراعى في الجانب المدني خطأ المتضرر، إلى جانب خطئه، وتقسم المسؤولية بينهما على أساس ذلك.

(ب) التجاوز المتعمد بسوء نية: أي بقصد إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع، إما تشفياً وإما إنتقاماً، وكلا الأمرين لا يبيحه القانون، ومن يدعي الدفاع بهذه الصورة يتوفر لديه القصد الجنائي، وهو بهذه الصورة يسأل عن فعله هذا مسؤولية جنائية كاملة، أي عن جريمة عمدية<sup>(3)</sup>، وتبعاً لذلك يسأل من الناحية المدنية عن خطئه مسؤولية كاملة.

أما التجاوز بخطأ، كان يحدد المدافع جسامة الخطر الذي يهدده، أو يهدد من يدافع عنه، أو الواقع فعلاً على الموضوع الذي يدفع عنه على نحو غير صحيح، فيحدد تبعاً لذلك قوة الدفاع، ثم يظهر فيما بعد أن كل هذه القوة ليست لازمة لرد العدوان، غير أن المدافع في تقديره أولاً لجسامة الخطر المراد دفعه رأى أن هذه القوة هي اللازمة لدفعه.

(1) انظر مجموعة القواعد القانونية ج 5، نقض 1 يونيو 1942.

- وانظر د / رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام - م.س. - ص 483.

- انظر د / محمود نجيب حسني: شرح ق.ع. / قسم ع. - مرجع سابق - ص 236.

(2) انظر د / رؤوف عبيد نفس المرجع، ص 485.

- وانظر د / محمود نجيب حسني: نفس الصفحة من المرجع السابق.

(3) انظر د / رؤوف عبيد نفس الصفحة من المرجع السابق.

- وانظر د / محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، مصري - مرجع سابق - ص 285.

وعليه، فإن ما أحدثه من ضرر نتيجة تجاوزه كان نتيجة خطأ محض، لا قصد فيه من المدافع المتجاوز أن يحدث أي ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع.

وعليه، فإنه في مثل هذا التجاوز، لا يسأل المتجاوز إلا عن جريمة غير عمدية من الناحية الجنائية، ومن الناحية المدنية يمكن أخذ خطأ المعتدي (المدعي) بعين الاعتبار، وإشراك الطرفين في المسؤولية المدنية، وتحديد التعويض الذي يتوجب على من تعدى حدود الدفاع الشرعي بهذه الصورة أن يدفعه للمتضرر من تعديه هذا، أي المعتدي أولاً (المدعي) جبراً للضرر اللاحق بهذا الأخير.

ويمكن للقاضي في مثل هذه الحالة أن يجعل المسؤولية مناصفة أو بنسبة الثلث على المعتدي أولاً والثلاثين على المدافع أو العكس. حسبما يترأى له من جسامه خطأ كل واحد منهما<sup>(1)</sup>.

أما التجاوز لدقة الموقف، فإنه ذلك التجاوز الذي لا يترفر فيه الركل المعنوي للجريمة (لا الخطأ ولا القصد الجنائي) وإنما حدث نتيجة ظروف جعلت المدافع المتجاوز في حالة اضطراب لدقة موقفه بلغ به حداً من الإحراج، بحيث فقد السيطرة على إرادته وإدراكه.

وهذا النوع من التجاوز يستخلص من واقع الحال وظروف الدفاع. وتنتفي معه تماماً مسؤولية المتجاوز، سواء من الناحية الجزائية أو من الناحية المدنية<sup>(2)</sup>.

---

(1) انظر د / رزوف عبيد: مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 485.  
- وانظر د / رضا فرح: شرح قانون العقوبات الجزائري - م.س. - ص 176.  
(2) انظر د / محمود نجيب حسني: ش.ق.ع. مصري - م.س. - ص 245 و 246.

(138) خامسا: معيار تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

اختلف شراح وفقهاء النظم القانونية الوضعية في وضع معيار لتجاوز حدود الدفاع الشرعي. فذهب فريق منهم إلى الأخذ بمعيار موضوعي قوامه الشخص العادي عند ما يواجه ظروف الاعتداء التي واجهها المدافع المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي. ومع هذا لا بد من مراعاة الظروف الموضوعية التي جعلت الشخص (المدافع) يتصرف على نحو ما فعل. بل يتعين افتراض الشخص المعياري (المعتاد) محاطا بنفس هذه الظروف<sup>(1)</sup>.

وذهب فريق آخر إلى الأخذ بمعيار شخصي قوامه المدافع شخصا، وظروفه التي على أساسها يقوم معيار التناسب، فجسامة الاعتداء لا يتم تقديرها بناء على ما ينجم عنه فعلا ولا على الخطر الحقيقي، بل بناء على التقدير الذاتي للمدافع، وعلى القاضي الوصول إلى ذلك من تسلسل الأحداث والوقائع ومنطق ذلك، ليصل إلى الأثر النفسي للعدوان عند المدافع<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الإتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية إذ قالت: «يكفي في الدفاع الشرعي أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء، الذي استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة، من شأنها أن تبرر ما وقع منه من الأفعال التي رأى هو - وقت العدوان الذي قدره - أنها هي اللازمة لرده، فإذا جاء تقدير المحكمة مخالفا لتقديره هو فإن ذلك لا يسوغ العقاب. إذ التقدير هنا لا يسوغ أبدا إلا أن يكون إعتباريا بالنسبة للشخص الذي فوجئ، بفعل الاعتداء في ظروفه المرحجة وملابساته الدقيقة، التي كان هو وحده دون غيره المحوط بها، والمطلوب منه تقديرها، والتفكير على الفور في كيفية الخروج من مأزقها. مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن، الذي كان يستحيل عليه...»<sup>(3)</sup>.

(1) انظر د / محمود مجيب حسني: ش.ق.ع. قسم عام (مصري) - م.س. - ص 225.

(2) انظر جارسون. V. Garçon : Code pénal - OP - P. 157.

(3) انظر د / محمد سيد عبد التواب: الدفاع الشرعي - م.س. - ص 345.

- وانظر مجموعة القواعد القانونية، ج 1 - مرجع سابق - ص 177، نقض 1.6.1941.

والواقع أن المعيار الموضوعي، ليس موضوعيا محضا، إذ ينظر إلى الشخص المجرد المعتاد محاطا بالظروف الشخصية والموضوعية للمدافع المتجاوز.

ولا المعيار الشخصي شخصا محضا، إذ يتطلب في المدافع المتجاوز، أن يكون تقديره مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة، أي على أسباب حقيقة موضوعية لا وهمية خيالية. وبعد كل هذا نجد بعض التقنيات تحدد معيارا قانونيا لتجاوز حالة الدفاع الشرعي، إذا حدث القتل بسبب الدفاع. فمثل هذه التقنيات تحصر الجرائم التي يمكن أن يحدث عن دفعها القتل، وفيما عداها إن حدث القتل بسبب الدفاع كان تجاوزا لحدوده، ويسأل عنه المدافع المتجاوز<sup>11</sup>.

وقبل الإنتهاء من موضوع تجاوز حدود الدفاع الشرعي، ومعياره ننوه إلى أن فقهاء الشريعة الغراء سبقوا النظم القانونية الوضعية في القول بالدفع بالأسهل فالأسهل، آخذين بعين الإعتبار الظروف الموضوعية والشخصية للمدافع، وهو ما أخذ به فقهاء النظم القانونية الوضعية، إذا نظرنا إلى أن المعيارين يلتقيان في الأخير، لاشتراط كل منهما ما هو أساس للمعيار الآخر - الشخصي يشترط توفر الشروط الموضوعية، والموضوعي يشترط توفر الشروط الشخصية - فكلاهما له شروط أساسية، وشروط تكميلية، وهذه الشروط التكميلية هي عين ما يشترطه أصحاب المعيار الآخر من شروط أساسية.

إلا أن المعيار القانوني، الذي أخذت به بعض القوانين، كالقانون المصري، لا نجد له نظيرا في الشريعة الغراء التي لم تحدد الجرائم التي يباح فيها القتل دفاعا. وبعد الإنتهاء من هذا المطلب تنتقل إلى المطلب الثاني فيما يلي:

---

(1) انظر د/ داود سليمان العطار: تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن - مرجع سابق - ص 336.

## المطلب الثاني

### أثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي

(139) تمهيد وتقسيم:

الشريعة الغراء، والتشريعات الوضعية قبلها وبعدها، مجمعة على أن المدافع مسؤول إذا تجاوز حدود الدفاع، عن تجاوزه هذا.

فالشريعة الغراء نجد فقهاءها ينصون على أنه: «... متى قدر (أي المدافع) على التخلص بالأسهل فتخطى إلى الأشق ضمن»<sup>(1)</sup>.

ومثل هذا القول كثير عند فقهاءها، وفي مذاهبها المختلفة - وسيأتي ذكر نقول من المذاهب في الفرع الأول من هذا المطلب - .

ونجد تقنيا أقدم منها، وهو المتمثل في القانون الروماني، نص هو الآخر على مبدأ تضمين متجاوز حدود الدفاع الشرعي، أي تحميله المسؤولية.

فبعد أن قرر هذا القانون الدفاع الشرعي بنصوص، مثل: «من يقتل وهو يسرق ليلاً فقد استأهل أو فدمه هدر»<sup>(2)</sup> ومثل: «الدفاع [ضد] المجرم مباح، إذ الجمهور يرغبه والعادات تجري به، والإنسانية توجبه»<sup>(3)</sup>.

قرر مسؤولية التجاوز، إذ نص على أنه «ينتهي حق الدفاع الشرعي، بخروج الفعل عن حيز الإستنقاذ»<sup>(4)</sup>.

(1) انظر العنسي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني: التاج المذهب لأحكام المذهب، شرح متن الإزهار في فقه الأئمة الاطهار، ط سنة 1366 هـ - 1947 م، ج 4، ص 315.

(2) انظر مدونه جوستنيان، في الفقه الروماني، نقله إلى اللغة العربية عبد العزيز فهمي، ط 1، يوليو 1946، دار الكتاب المصري، ص 394.

(3) نفس المرجع، ص 394 وما بين المعقوفين في النص الأصلي [عن] ولا يفيد معنى ما قصد.

(4) نفس المرجع، ص 371.

ومبدأ مسؤولية المتجاوز عن تجاوزه، هو ما يعمل به في النظم القانونية  
الوضعية (تقنيا وقضا - وفقها) وإن كانت النظم الوضعية بحكم التعامل بها، وعلى أساسها  
كان لها بعض التفاصيل في المسألة خاصة فيما يتعلق بوجود مساءلة المدافع المتجاوز، عن  
أفعاله التي تجاوز بها حدود الدفاع الشرعي.

وهذه التفاصيل لا يعني أنها لما لم يتعرض لها فقهاء الشريعة الغراء أنه لا يمكن لهذه  
الشريعة إستيعابها، بل على العكس من ذلك فقد استوعبت أدق منها في موضوع الدفاع  
الشرعي ذاته - كما سبق الدفاع بالوسائل الآلية - وإنما المسألة لا تعدو مجرد كون القوانين  
الوضعية يعمل بها حاليا ولها هياكل تطبيقها وهياكل متابعة هذا التطبيق، وذلك ما جعلها  
تدون ما يحدث في رحابها تفصيلا.

ولحسن بحث هذا المطلب نقسمه إلى فرعين فرع نخصصه لبحث آثار تجاوز حدود  
الدفاع الشرعي في الشريعة الغراء، وفرع لبحث المسألة في النظم القانونية الوضعية على  
النحو التالي:

- الفرع الأول: آثار تجاوز الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.
- الفرع الثاني: آثار تجاوز الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية.



## الفرع الأول

### أثار تجاوز الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

(140) تمهيد وتقسيم:

إذا كان التناسب بين العدوان ودرته شرط من شروط دفع الصائل، ويعبر عنه عادة فقهاء الشريعة الفراء: بالدفع بالأسهل فالأسهل.

ويرتبون على من خرج عن مفهوم الدفع بالأسهل فالأسهل، أي متجاوز حدود الدفاع مسؤولية عن تجاوزه هذا، ويعبرون عن هذه المسؤولية في جانبها المدني بالدية أو الارش وفي جانبها الجزائي بالقصاص أو القود، أو بالتعزير إذا سقط القود أي القصاص.

ولحسن بحث هذا الفرع نقسمه إلى نقطتين على النحو التالي:

- أولاً: أقوال فقهاء الإسلام في مسؤولية متجاوز حدود الدفاع.

- ثانياً: العلاقة بين مسؤوليتي المتجاوز الجزائية والمدنية.

(141) أولاً: أقوال فقهاء الإسلام في مسؤولية متجاوز حدود الدفاع:

أفهم - كما سبق وأن أبديت رأيي عند بحث أساس الدفاع الشرعي - أن سبب حل دم الصائل هو تعليقه لعصمته بصياله، فإذا كف عن الصيال عادت له عصمته، وفي حال صياله لا يجوز دفعه بأكثر مما يندفع به.

وفي حالة كفه عن الصيال إن ألحق به أذى بدعوى الدفاع لم يقبل قول المدعي أنه كان في حالة دفاع، بل تعتبر الشريعة الفراء عمله هذا إنتقاماً يسأل عنه مسؤولية كاملة، والقول التالي لأحد فقهاء الأحناف يعزز رأيي في القول بتعليق العصمة، ويوضح كون من ارتكب عملاً ألحق أذى بمن كفه عن صياله بعد كفه يسأل مسؤولية كاملة بإعتباره متعدي. وهذا القول للزيلعي في كتابه تبين الحقائق، وهو: «...إذا شهر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر وانصرف ثم أن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله عليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً كما كان وحل دمه كان بإعتبار

شهره فلا حاجة إلى قتله لإندفاع شره بدونه فعادت عصمته فإن قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب القصاص»<sup>(1)</sup>.

ويعبر بوضوح عن التجاوز الناشئ من استعمال قوة في الدفع أشد مما هو لازم، ما أوردناه في التمهيد لهذا المطلب من قول العنسي في كتابه (التاج المذهب) الذي قال فيه: «...متى قدر على التخلص بالأسهل فتخطى إلى الأشق ضمن».

ونجد عند الحنابلة ابن قدامة يقول في كتابه (المغني): «...وإن ضربه (المدافع) فقطع يمينه فولى مديرا فضربه فقطع رجله، فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية لأنه في حال لا يجوز له ضربه وقطع اليد غير مضمون، فإن مات من سرايه القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة إثنين، وإن عاد بعد قطع رجله فقطع يده الأخرى فاليدان غير مضمونتين، وإن مات فعليه ثلث الدية كما لو مات من جراحة ثلاثة أنفس، فقياس المذهب أن يضمن نصف الدية...»<sup>(2)</sup>.

فهنا نجد الإمام ابن قدامة يصور الوضع وكأن الصائل علق عصمته فتعدى، ودفع دفاعا مشروعاً لا ضمان على المدافع فيه، ثم استعاد عصمته بكفه عن العدوان، ثم عاد للعدوان ثانية، ويعود الحكم الأول مع عودته.

وفي حالة كفه وإستمرار المدافع، يصور الإمام هذا الإستمرار تجاوزاً لحق الدفاع الشرعي، ويجعل المتجاوز مسؤولاً عنه، وهو الحالة التي صورها بقطع الرجل. وعند الشافعية: نجد الإمام - رضي الله عنه - يقول في كتابه (الأم) ما نصه:

(1) انظر الزيلعي: تبيين الحقائق، ج 5 - مرجع سابق - ص 111.

(2) انظر ابن قدامة: المغني، ج 8 - مرجع سابق - ص 330.

«...ولو ضربه ضربة في أقباله وضربه أخرى في إدماره فمات لم يكن فيه قود وجعلت عليه نصف الدية لأنني جعلته ميتا من الضربة التي كانت مباحة والضربة التي كانت ممنوعة، فلا قود عليه وعليه نصف الدية»<sup>(1)</sup>.

من هذه النصوص يتبين لنا بوضوح أن المدافع عندما يتجاوز حدود الدفاع الشرعي يقرر فقهاء شريعة الإسلام السمحة أنه مسؤول عن تجاوزه، أي ضامن لما ينتج عن تجاوزه وضمانه هذا قد يكون جزائيا ومدنيا، وقد يكون مدنيا فقط، أي قد يكون بالعقوبة المتمثلة في القصاص خاصة، وقد يعدل عنها إلى التعزير، وقد يكون الضمان بالدية أو الأرش، أي التعويض.

وفيما يلي تفصيل مسؤولية متجاوز حدود الدفاع:

(142) ثانيا: العلاقة بين مسؤوليتي متجاوز حدود الدفاع الشرعي، الجزائية والمدنية:

من الواضح أن المسؤولية الجزائية في الشريعة الغراء، أي العقوبة فيها، إما أن تكون حدا قد يصل إلى القتل - وهذا النوع لا مجال له في عقوبة المتجاوز - .  
وأما أن تكون قصاصا، وهذا ما يرد على المدافع المتجاوز من عقاب عادة، إلا أن يسقط - كما سنوضح - فيمكن تعزير المتجاوز أو تأديبه بالقدر الذي يرى الحاكم.  
أما المسؤولية المدنية، التي يعبر عنها فقهاء الشريعة الغراء بالدية أو الأرش في الجراح، وبالتعويض، فإن ذلك ما يرد على المتجاوز لحدود الدفاع، وقد يكون ما تجاوز به يتطلب رد الحالة إلى ما كانت عليه، فيتعين عليه ذلك كالحاقه عطا بأداة للمعتدي ويطلب إصلاحها.

(1) انظر الإمام الشافعي: الأم، ج 6 - مرجع سابق - ص 29.

والمهم في العلاقة بين المسؤوليتين أنهما قد لا تقومان معاً، لأن قيام إحداها قد يسقط الأخرى إذا اعتبرنا دائماً أن الدية تعويض لا عقوبة<sup>(1)</sup>.

فالقصاص الذي هو العقوبة الجزائية الأساسية في التجاوز الذي ينتج عنه القتل أو الجرح، قد يسقط للشبهة أو لعدول أحد أولياء الدم عن الدية وهو لا يتبعض، وعليه يتحول منه إلى الدية أو الأرش (التعويض) الذي هو مقابل للمسؤولية المدنية: وفي مثل هذه الحالة يقول ابن قدامة في كتابه المغني: «...فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية...»<sup>(2)</sup>. وأفهم هذا النص في الإطار السابق.

- 
- (1) انظر الدكتور عوض أحمد إدريس: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ط 1 لسنة 1986 م، دار مكتبة الهلال، بيروت - لبنان، ص 574.
- انظر د/ لزجيلي: نظرية الضمان - م.س. - ص 338 وما بعدها.
- انظر الدكتور بهنسي أحمد فتحي: الدية - مرجع سابق - ص 57 وما بعدها.
- وانظر الأستاذ علي الخفيف: نظرية لضمان في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 177 وما بعدها.
- وانظر الإمام أبو زهرة: العقوبة - مرجع سابق - ص 415.
- وانظر الإمام أبو زهرة: الجريمة - مرجع سابق - ص 450 إلى 454.
- (2) انظر ابن قدامة: المغني، ج 8 - مرجع سابق - ص 330.

ومسقطات القصاص كثيرة، منها عدم العمد أساساً ومنها صفرسن الجاني، ومنها كونه أباً أو ابناً للمجني عليه في تجاوز حدود الدفاع، وغيرها من مسقطات القصاص<sup>(1)</sup>. والعقوبة الجزائية لتجاوز حدود الدفاع الشرعي، لا تسقط كلية بالضرورة مع الدية أو الأرش، بل للحاكم تعزيز المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي بما يراه مناسباً، وفي هذا جاء نص لابن فرحون، أحد أئمة المالكية في كتابه (تبصرة الحكام) إذ يقول فيه: «... فلا يكون عليه قود (أي قصاص) وإنما عليه الأدب من السلطان لافتياته عليه بتعجيل قتله»<sup>(2)</sup> أي قتل من وجده يزني بزوجته وهو محصن. وهذا النص يفيد أن عقوبة المتجاوز - إذا سقط القصاص - يمكن للحاكم تقديرها بما يراه مناسباً.

إذ كما رأينا أنه من حيث المبدأ يجوز للحاكم إذا سقط القصاص أن يعزر. ويمكن أن يرد نقاش فيما إذا تعدد المدافع المتجاوز التجاوز، وما إذا أخطأ فيه فيما يتعلق بالعقوبة الجزائية في الفقه الإسلامي، على أي حال إذا أخطأ في التجاوز ولم يتعمد فإن هذا يسقط عليه القصاص، ويبقى النظر للحاكم في أمر تعزيره أو تأديبه، فإن رأى لزوماً لذلك فعل، ويمكن للدول التي تطبق أحكام الشريعة الغراء في قوانينها العقابية، أن يحدد المقتنون فيها الموقف بما يرونه مناسباً لمجتمعهم في عصرهم، طالما المسألة في دائرة المسكوت عنه.

أما في مجال المسؤولية المدنية وما يترتب عنها من تعويض، فإن القاعدة في الفقه الإسلامي أن العمد والخطأ سواء. فالمسؤولية المدنية عند فقهاء الإسلام يوجبها الضرر سواء نتج عن عمد أو عن خطأ.

وفي إتلاف الأموال يكون التعويض بالمثل في المثليات، والقيمة في المتقومات، وإذا فات المثل أي لم يوجد كانت القيمة هي التعويض.

(1) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، ط 2، سنة 1402 هـ - 1982 م - مرجع سابق - ص 246.

- وانظر الإمام أبو زهرة: العقوبة - مرجع سابق - ص 350 وما بعدها.

(2) انظر ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 2 - مرجع سابق - ص 185.

- وانظر الشيخ عليش: شرح منح الجليل - مرجع سابق - ص 560.

أما في إتلاف الأنفس فالتعويض يكون بالدية، أو الأرش فيما حدد له أرش بنص شرعي (من السنة)، وبتعويض يحكم به عدل فيما لم تحدد السنة أرشه من الجراح، ويمكن أن يستعان بالطبيب العدل في هذه الحالة.

والدية إما أن تكون على المتجاوز، وهذا هو الأصل فيها، وإما أن تكون على العاقلة في حالة القتل بالتجاوز لحد الدفاع الشرعي خطأ، أو في حالة ما إذا كان المتجاوز صبيا واختلف في تحميل العاقلة دية العمد، فقال الجمهور بعدم تحميلها إياها، وقال الإمام مالك رضي الله عنه تتحملها إذا رضيت<sup>(1)</sup>.

كما اختلف الفقهاء في كثير من الأحكام في هذا الباب، يرجع إليها في أحكام الديات في الفقه الإسلامي. أما إذا كان المتجاوز صبيا أو مخطئا في تجاوزه فإن الدية تتحملها العاقلة<sup>(2)</sup>، إلا ما دون ثلث الدية الكاملة عند بعضهم<sup>(3)</sup>.

وكل عضو منفرد في الجسم فيه الدية كاملة، وكل عضوين أتلف واحد منهما فيه نصف الدية، وإن أتلفا معا ففيهما الدية كاملة.

وإذا صالح متجاوز حدود الدفاع الشرعي مع من ألحق بجسمه تلفا، أو مع أولياء دم من قتل فإن العاقلة لا تتحمل معه الدية لحديث ابن عباس - رضي الله تعالى عنه - «لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا...»<sup>(4)</sup>.

والدية وإن قومت بالإبل، فقد قومها سيدنا عمر - رضي الله عنه - عند الحاجة بالذهب والفضة، وعليه فذلك ممكن لكن مع ربطها دوما بقيمة الإبل. وهي قدر متساو بين المتساوين من الناس، ودية المرأة نصف دية الرجل<sup>(5)</sup>.

---

(1) انظر د / بهنسي أحمد فتحي: الدية في الشريعة الإسلامية، ط 4 لسنة 1403 هـ - 1983 م، دار الشروق.

- وانظر د / عوض أحمد إدريس: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي، ط 1 لسنة 1986 م، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان.

(2) العاقلة: من العقل (عقل البعير) لأنها تعقل الدماء من أن تسفك واختلف في تحديد أعضائها فقال الأحناف هم أهل الديوان أي المقاتلين من الرجال الأحرار وقال الشافعي وأحمد هم العصابات واختلف في الآباء والبنين.

(3) و(4) الحديث «لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة».

(5) يرجع في أحكام الديات إلى كتب الفقه الإسلامي فهي زاخرة بها.

ومثل هذه الأحكام، غنى عن التنويه أنه لا وجود لها في النظم القانونية الوضعية. ويبقى فقط أن بعض العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها المتجاوز لا مثيل له في النظم الوضعية، كعقوبة منع من قتل متجاوزا عمدا حدود الدفاع الشرعي من الميراث، إذا كان من قتل مورثا له، وعقوبة الكفارة، التي هي عقوبة ديانية. كما أن الفقه الإسلامي يعرف فكرة تغليب دية العمد، وعدم تحميلها العاقلة ولا شيء من هذا في النظم القانونية الوضعية. وبعد الإنتهاء، من هذا الفرع ننتقل إلى الفرع التالي فيما يلي:

## الفرع الثاني

### أثار تجاوز الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية

(143) تمهيد وتقسيم:

في النظم الوضعية طرحت مسألة أثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي عدة قضايا، منها ما يتعلق بموقف القوانين والأحكام القضائية وبالتالي أقوال الشراح الفقهاء في المسألة. ومنها ما يتعلق بالعلاقة بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية للمتجاوز. ومنها ما يتعلق بسلطة القاضي، في القول بحدوث التجاوز وعدم حدوثه، وسلطة محكمة النقض والإبرام في رقابة ذلك.

ولحسن بحث الفرع يتعين تقسيمه إلى نقاط ثلاث على النحو التالي:

- أولا: موقف النظم القانونية الوضعية من مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي.
- ثانيا: العلاقة بين المسؤولية المدنية والجزائية للمتجاوز.
- ثالثا: سلطة القاضي، ورقابة جهة النقض والإبرام عليه في قوله بوجود أو عدم وجود التجاوز.

(144) أولاً: موقف النظم القانونية الوضعية من مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي: لقد سبق معنا - في المطلب السابق، عند بحث نماذج من القوانين الوضعية لتبيين موقفها من مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي - سبق أن رأينا أن بعض القوانين، كقانون العقوبات الفرنسي وقانون العقوبات الجزائري - حسب وجهة نظري - تركت الأمر في تحديد وبحث مسألة التجاوز لحدود الدفاع تنظمها القواعد العامة، ويجتهد القضاء فيها في كل قضية على حدة.

وبعض القوانين خرج عن أحكام النظرية العامة في الموضوع سراحة، كالقانون الليبي، وبعضها كالقانون المصري للعقوبات حدد شروط وأحكام التجاوز في المادة 251 منه. والنوع الثاني والأول لا يثيران مشاكل، لأن الأول يترك الأمر كما قلنا للقواعد العامة والثاني خرج عن هذه القواعد، فيطبق بنصه كما ورد.

أما مثل قانون العقوبات المصري، فقد أثار جدلاً بين سراحه، حول ما إذا كان سبب التخفيف الوارد في المادة 251 ق.ع. مصري عذراً قانونياً أم ظرفاً من الظروف القضائية، أم هو وضع بين هذا وذاك.

فالقائلون بكونه عذراً قانونياً، يستندون على كون التجاوز حالة نص عليها القانون سراحة وعلى وجه التعديد، ومن شأن هذا العذر إذا توفر أن يجعل القاضي يقدر العقوبة في حدود عقوبة الجنحة، كما أنه من شأنه التأثير في طبيعة الجريمة<sup>(1)</sup> يجعلها بمثابة جنحة بدل أن تكون جنابة عادية كسائر الجنايات.

والقائلون بكونه ظرفاً من الظروف القضائية المخففة للعقاب، وإن تضمن حكماً استثنائياً في التخفيف لا يتفق مع الحكم العام المنصوص عليه في المادة 17 من ق.ع. يستندون في رأيهم هذا إلى كون القاضي يتمتع في تطبيقه بسلطة تقديرية واسعة تميز له تخفيف العقاب أو عدم تخفيفه. ولا يغير النص على الحكم سراحة من هذا في شيء، إذ العبرة بالسلطة التقديرية للقاضي<sup>(2)</sup>.

(1) انظر د/ يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 247.  
- وانظر د/ محمود إبراهيم إسماعيل: شرح الأحكام العامة - م.س. - ص 449.  
(2) انظر د/ محمود نجيب حسني: ش.و.ع/ق.ع. - مرجع سابق - (مصري) ص 246.  
- وانظر د/ محمود محمود مصطفى: ش.ق.ع./ق.ع. - مرجع سابق - ص 284.  
- وانظر د/ القللي: في المسؤولية الجنائية - مرجع سابق - ص 356.



والقائلين بكونه عذر من نوع خاص يجمع بين طبيعة العذر القانوني وطبيعة الظرف القضائي، يستندون في رأيهم هذا إلى أنه من ناحية مقرر بنص تشريعي يتناول شروطه التي لا بد منها للقول بقيامه. ومن ناحية أخرى ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية في إعتبار المتهم معذورا أو غير معذور.

فمن هنا يرى أصحاب هذا الرأي، بأن هذا العذر جمع معان من الظروف القضائية ومعان من الأعدار المخففة<sup>(1)</sup>. ومحكمة النقض المصرية خرجت برأي رابع خالفت فيه هذه الآراء الثلاثة، فاعتبرته عدرا قانونيا جازيا للقاضي، تظل معه الواقعة محتفظة بوصفها الأصلي كجناية.

ومع هذا يخير القاضي في إفادة المدافع المتجاوز من هذا العذر، بين أن يطبق عليه أحكام الأعدار القانونية، أو أحكام الظروف القضائية.

وقد سبق الإلماع إلى أن القانونين الجزائري - في نظري - والفرنسي تركا الأمر للقواعد العامة ولاجتهاد القاضي في كل قضية على حدة.

وهذا ما أميل إليه، لأن تنظيم العذر بنص قانوني لا يمكن أن يحصر ما قد يعرض على المحاكم من أحوال ولا حتى أن يكون شاملا للكثير منها فضلا عن الإحاطة بها<sup>(2)</sup>.

إذا المسائل تقديرية اعتبارية، فما يعتبر سوء نية مع شخص قد لا يعتبر كذلك مع آخر، وما يعتبر خطأ من شخص، قد لا يعتبر من آخر كذلك، وما يعتبر خطأ من الشخص ذاته في حال، قد لا يعتبر كذلك في غير ذلك الحال.

وبإنتهائنا من هذا التعليق على موقف النظم القانونية الوضعية من مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي تنتقل إلى النقطة الثانية الموالية:

- 
- (1) انظر الدكتور مامون سلامة: قانون العقوبات / ق.ع. - م.س. - ص 235.
  - وانظر د / يسر أنور علي: الدفاع الشرعي - مرجع سابق - ص 248.
  - وانظر د / السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة - م.س. - ص 216.
  - (2) انظر د / رؤوف عبيد: ش.ق.ع. / قسم عام - مرجع سابق - ص 273 و 274.
  - وانظر د / داود سليمان العطار: تجاوز الدفاع الشرعي - م.س. - ص 202.
  - وانظر مجموعة القواعد القانونية ج 2 - م.س. - نقض 45.5.5، ص 639.
  - وانظر مجموعة أحكام النقض للسنة 17، نقض 66.5.9، ص 587.
  - وانظر نفس المرجع، السنة 9 نقض 58.3.10، ص 262.

( 145 ) ثانيا: العلاقة بين المسؤولية المدنية والجزائية لتجاوز حدود الدفاع الشرعي:

ناقش شراح وفقهاء القانون الوضعي هذه المسألة ناظرين إليها من زاويتين:

- زاوية يرى أصحابها أن الخطأ الجزائي والخطأ المدني هما واحد<sup>(1)</sup> (وحدة الخطأ).

- وزاوية يرى أصحابها أن لكل من الخطأ الجزائي والخطأ المدني مضمون مختلف<sup>(2)</sup>

عن الآخر، ويختلف مضمون كل منهما تبعا للجزاء المقرر لكل واحد (إزدواجية الخطأ).

وكان إتجاه محكمة النقض المصرية بآدى، الأمر إلى القول بإزدواج الخطأ، كما في حكم

لها جاء فيه: «عدم المعاقبة على واقعة مما لا يترتب عليه حتما إخلاء صاحبها من المسؤولية

المدنية، بل أنه إذا ثبت للمحكمة وجود خطأ من جانبه ترتب عليه ضرر كان مسؤولا عن

تعويضه ولو برىء من العقوبة الجنائية»<sup>(3)</sup>.

ثم ما لبثت أن اتجهت إلى القول بوحدة الخطأين المدني والجزائي، وفي هذا جاء حكم

لها نص على أنه: «متى نفى الحكم عن المتهم في الدعوى الجنائية، وقضى له بالبراءة فإنه

يكون قد نفى الأساس الذي أقيمت عليه الدعوى ... بالتعويض، لوحدة الخطأ في كل من

الدعويين، ولما هو مقرر قانونا من حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية»<sup>(4)</sup>.

وبطبيعة الحال فإن المسؤولية المدنية لتجاوز حدود الدفاع الشرعي، تتأثر بهذا الخلاف

النظري (إزدواجية الخطأ الجزائي والخطأ المدني، ووحدة الخطأين) فإذا أخذنا بنظرية الإزدواج

كان معنى ذلك أنه حتى وإن نفينا الخطأ الجزائي لاثتفى بالضرورة المسؤولية المدنية. وإذا

أخذنا بنظرية وحدة الخطأ فإنه بالضرورة يتعين علينا عدم ترتيب المسؤولية المدنية، إذ كان

لابد في ترتيبها من توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما وقد نفينا الخطأ الجزائي

والمدني معا.

(1) انظر د/ رؤوف عبده: مبادئ القسم العام - مرجع سابق - ص 357.

(2) انظر القللي: في المسؤولية الجنائية - م.س. - ص 219.

(3) مجموعة القواعد القانونية ج 2، نقض 1931.5.7 م. ص 326.

(4) انظر مجموعة أحكام النقض السنة 15، نقض 64.2.3 - مرجع سابق - ص 110.

ولعل هذا الخلاف الفقهي يزول في بعض القوانين التي ترتب المسؤولية على الضرر من غير حاجة للخطأ.

وأرى أن النظام القانوني الجزائري سار في هذا الاتجاه، فالمسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ليست دائما في حاجة إلى الخطأ فالمادة 124 من القانون المدني تنص على أن: «كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض»<sup>(1)</sup>.

والضرر الناتج عن تجاوز حدود الدفاع الشرعي، سواء كان بنية حسنة أو لدقة الموقف أو بسوء نية، وعلى أي حال مهما كانت طريقة التجاوز وبواعثه يلزم المتجاوز بتعويضه من غير حاجة للبحث عن خطئه.

ومثل هذا الموقف في القانون الجزائري يسد الباب أمام الجدل الفقهي، المتمثل في التسؤال التالي: هل الخطأ الجزائري والخطأ المدني واحد أم كل منهما له طبيعته وخصائصه؟ وأرى أن هذا الموقف هو الأصح، وهو الموافق للمنطق الذي يقضي بأن الضرر لا ذنب له، سواء أخطأ من أضر به أم لم يخطئ. وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بجعلهم العمد والخطأ سواء في استحقاق التعويض. وبما أن التجاوز كثيرا ما يطرح مسائل ينظرها في حينها ويجب عنها قضاة الموضوع فإن ذلك يشير تساؤلا عن سلطة قضاة الموضوع، ما مداها؟ وما مدى رقابة محكمة القانون على ما ذهب إليه قضاة الموضوع؟ وهذا ما سنخصص له النقطة التالية:

---

(1) انظر القانون المدني، سلسلة قضائية، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، ص 24.

( 146 ) ثالثاً: سلطة قاضي الموضوع ورقابة جهة النقض والإبرام عليه، في قوله بوجود أو عدم وجود التجاوز: مسألة ثبوت تجاوز حدود الدفاع الشرعي كمسألة ثبوت قيامه بصفة عامة<sup>(1)</sup>، فلا رقابة بجهة النقض والإبرام على محكمة الموضوع في المسائل الموضوعية فالقول بتجاوز حدود الدفاع الشرعي أو بعدم تجاوزها مسألة يبت فيها قاضي الموضوع، لأن البحث فيها يتناول الوقائع ويقارن بين جسامة الخطر الصادر عن الاعتداء، وجسامة فعل دفاعه. وما يتبع ذلك من قول قاضي الموضوع بتوافر النية السليمة مع التجاوز أو أن التجاوز كان بسوء<sup>(2)</sup> نية، ويقصد إجرامي، وما يبينه على ذلك من الجزاء الذي يجعله على عائق المتجاوز.

فكل هذه الأمور من اختصاص محكمة الموضوع دون محكمة القانون<sup>(3)</sup>.  
غير أنه لا يخفى على أحد أن محكمة النقض تراقب دوماً التسبيب أو ما يسمى (بالمنطق القضائي) أي تراقب النتائج المتوصل إليها ومدى توافقها أو عدم توافقها مع المقدمات التي بنيت عليها والمستخلصة من الوقائع الثابتة بالحكم الذي بني عليه.  
فإذا اتفقت النتائج مع ما يقضي به العقل والمنطق في مثل الوقائع الواردة بالملف والحكم، فلا يسع محكمة النقض والإبرام إلا أن تبرم الحكم أي أن تصادق عليه رافضة الطعن موضوعاً، أما إذا اختلفت النتائج مع ما يقضي به العقل والمنطق في مثل تلك الوقائع فإن نقض الحكم يكون المصير المحتوم للقرار (الحكم) المطعون فيه.  
ومن الأمثلة على تناقض النتيجة التي يستخلصها قاضي الموضوع مع الوقائع الثابتة في حكمه والملف الذي بني عليه:

( 1 ) يرجع في هذا إلى مسألة ثبوت الدفاع الشرعي.  
( 2 ) انظر مجموعة القواعد القانونية، ج 4، نقض 1937.4.5 - م.س. - ص 62.  
( 3 ) انظر نفس المرجع، نقض 1945.2.5 م نفس الصفحة.

أن يثبت قاضي الموضوع إنتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعي غير شرط التناسب ومع هذا يعتبر من قام بالأفعال المجرمة متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي، إذ الصحيح في مثل هذه الحالة عدم قيام حالة الدفاع الشرعي من أساسها<sup>(1)</sup>.

أو أن يقرر القاضي توافر جميع شروط حالة الدفاع الشرعي عدا شرط التناسب ومع هذا ينفي قيام حالة الدفاع الشرعي من أساسها<sup>(2)</sup>.

أو أن يثبت، أن التجاوز كان بنية سليمة، أو لدقة الموقف، ومع هذا يطبق العقوبة القصوى<sup>(3)</sup> على المتجاوز أما إذا طبق عليه أقل من الحد الأدنى فإن ذلك لا يعيب حكمه فيما لم ينص فيه صراحة على أنه ليس للقاضي أن ينزل بالعقوبة عن حد معين كحالة نص المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(4)</sup>.

---

(1) و(2) انظر مجموعة القواعد القانونية ج 3، نقض 48.12.5 - م.س. - ص 617.

- وانظر مجموعة القواعد القانونية ج 7، نقض 1947.10.7 - م.س. - ص 378.

(3) انظر مجموعة أحكام النقض سنة 9، نقض 1958.3.10 - م.ص. - ص 262.

(4) حددت المادة: 93 ق ع جزائري تفاصيل تخفيض العقوبات في الجنايات التي يستفيد فيها المتهم بظروف التخفيف.

## الخاتمة

(147) - أنهى بحول الله - سبحانه وتعالى - وتوفيقه رسالتي هاته بخاتمة، أتناول فيها مسائل ثلاث، هي:

أولاً: خلاصة ما وصلت إليه من آراء، سواء كان الرأي قد إنفردت به عن غيري، أو انضمت فيه إلى قائل به سبقني وبنيتة على نفس الأساس الذي بنى عليه رأيه، أو وجدت ورأيت أساساً غير الذي أسس عليه رأيي.

وسواء كان ما رأيت عبرت عنه في حينه برأيي أو أرى أو أستنتج أو أذهب أو أصوب أو أنظم أو أميل أو عبرت عنه بالنفي كقولي: لا أرى، وأختلف. أو ما يشتق من هذه العبارات أو ما اشتقته منها ونحوه، وكل هذا أدرجه تحت هذه الفقرة.

ثانياً: ما وصلت إليه من حقائق وأنا أبحث الموضوع، وهي حقائق تطرح نفسها، ولم أعمل غير تسجيلها.

ثالثاً: ما أفرجه من مقترحات، أرى أن تحقيقها كفيل ببعث العمل بالشريعة الغراء. وفيما يلي تفصيل هذه النقاط الثلاث:

(148) أولاً: خلاصة ما وصلت إليه من آراء:

ولقد أدليت برأيي في سبع وأربعين مسألة وموضعا الخصها فيما يلي:

1 - رأيي في أن تعريف الصيال عند فقهاء الشريعة الغراء، بقولهم أنه: « إستطالة مخصوصة بغير حق » هو الأصح لتقييدهم الإستطالة بالمخصوصة، لما في هذا التقييد من إخراج أنواع من الإستطالة، كإستطالة من أذن له أو أمره القانون (فقرة 3 من الفصل التمهيدي لهذا البحث).

2 - تحفظي على الرأي القائل بأن معنى النفس شامل للعرض والشرف والإعتبار وأنه لا داعي لذكر العرض خصوصاً في تعريف الدفاع الشرعي.

إذ أرى أن الشريعة الغراء خصته بمكانة خاصة لما يتعلق بالعرض من نسب وشرف وإعتبار. وهذا أمر حسن في فقه شريعتنا نبرزه لغيرنا ليحذو حذونا، ولا نتخلي عنه لأن غيرنا لم يقدر أهميته كما قدرها فقهاؤنا (الفقرة الثالثة من الفصل التمهيدي للبحث).

3) - رأيي في كون تعريف الدكتور محمد سيد عبد التواب للدفاع الشرعي بقوله، أنه: «رد بقوة لازمة ومناسبة لإعتداء غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع» هو أقرب التعاريف التي ذكرت للدفاع الشرعي من الكمال، لو لا إغفاله كلية موضوع الحماية بالدفاع (فقرة 5 تعاريف مختلفة للدفاع الشرعي).

4) - رأيي إستنادا إلى تنبيه أستاذي الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح - رحمه الله - إثر مناقشة بيننا بالقول: أن الكاتبين الذين يعرفون الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية عادة ما ينطلقون من النصوص القانونية التي يشرحونها في صياغتها، وبرهنت على ذلك بكون الدكتور محمود نجيب حسني إختلف تعريفه للدفاع الشرعي، من شرحه لقانون العقوبات المصري، إلى شرحه لقانون العقوبات اللبناني (فقرة 5 تعاريف مختلفة للدفاع الشرعي).

5) - إعجابي بتعريف الدكتور محمود نجيب حسني للدفاع الشرعي، خاصة عند شرحه لقانون العقوبات المصري، والذي شهد له بالدقة الدكتور يوسف قاسم (فقرة 5 تعاريف مختلفة للدفاع الشرعي).

6) - وأهم رأي لي بخصوص تعريف الدفاع الشرعي هو تعريفي له، بقولي أنه: «رد بقوة لازمة ومناسبة لإعتداء غير مشروع ولا مشار، حل أو وشيك الوقوع على نفس أو عرض أو مال. (فقرة 6 من الفصل التمهيدي).

7) - رأيي المتعلق باقتراحي أن يأخذ المشرعون الوضعيون برأي محاكم الإستئناف الفرنسية، التي ترى أن مقاومة الفرد لمثل السلطة العمومية دفاعا شرعيا. إذ أرى أن هذا أكثر تماشيا مع متطلبات الديمقراطية في الظروف العادية على الأقل. (فقرة 12 من الفصل التمهيدي لهذه الرسالة نطاق الدفاع الشرعي).

8) - تأييدي لرأي الدكتور محمد محمود خلف، في قوله بوجود قانون جنائي دولي بعد أن وجدت أن كثيرا من المؤلفين ناقشوا مسألة الشرعية الدولية والجريمة الدولية، أي الواقعة من دولة على غيرها (فقرة 12 السابقة).

9) - إختلافي مع الدكتور رمسيس بهنام، ومن حذى حذوه في القول بأن مفهوم النفس في الدفاع الشرعي ينطبق على متعلقات النفس التي من بينها العرض مستدلا بكون المادة 277 من قانون العقوبات المصري التي يشرحونها تجعل لمن قتل زوجته حال تلبسها بالزنا هي ومن يزني بها مجرد عذر تخفيف، وهذا هو الحال في قوانين العقوبات للبلاد

العربية الأخرى. ولم تجعل من المسألة دفاعا شرعيا عن النفس مس فيها العرض. (فقرة 15 من الفصل التمهيدي لهذا البحث).

10 ) - رأيت أن الإكراه لا يشكل أساسا للدفاع الشرعي، وكذا كل من التعزير وإزالة الضرر، مخالفا في هذا الدكتور يوسف قاسم خاصة.. وكذلك أن كلا من الضرورة والمصلحة لا تشكلان أساسا له مخالفا في هذا الدكتور حسين حامد حسان. وأختلف في هذا الموضوع بالخصوص مع الدكتور محمد سيد عبد التواب في رأيه الذي يجعل فيه بطلان العصمة أساسا للدفاع الشرعي.

مع إحترامي لرأيه، وإقرارى أنه هو الرأي الذي كان لي سلما للوصول إلى الرأي الذي قلت فيه: بأن فكرة تعليق العصمة هي أساس الدفاع الشرعي، إذ الصائل تعود له عصمته بعد إنتهائه من صياله، فلا يجوز الإنتقام منه بعد ذلك بدعوى الدفاع (الفقرتان 17 و 18 من الفصل التمهيدي لهذا البحث أساس الدفاع الشرعي في الشرعية وفي النظم القانونية الوضعية).

11 ) - كما رأيت في معرض الرد على نقد نظرية التفويض لعجز السلطة كأساس للدفاع الشرعي، في الفقه الوضعي، والذي يجعل السلطة مالكة لحق العقاب وليست مالكة لحق الدفاع. أنها تملك هذا الحق الأخير إلى جانب امتلاكها للحق الأول (فقرة 18 السابقة). 12 ) - رأيت بأن الضرورة لا يجب أن ترقى إلى حد الإباحة لما ينال بسببها من حق برى، لا دخل له في الضرر الذي حل بالمضطر. (فقرة 29 من الفصل التمهيدي لهذا البحث علاقة الدفاع الشرعي بحالة الضرورة).

13 ) - توصلت إلى أن كل من الدفاع الشرعي (دفع الصائل) والنهي عن المنكر بينهما عموم وخصوص، فكل دفع لصائل نهى عن منكر وليس العكس بالضرورة. وأن الصيال منكر بالضرورة. وأن الناهي عن المنكر يفعل ذلك بحكم أمر الشرع ودافع الطبع معا.

وأن من يحاول الإنتحار صائل على نفسه مرتكب منكر كما ينهى عنه يدفع صياله (فقرة 35 من التمهيد لهذا البحث الدفاع الشرعي والنهي عن المنكر).

14 ) - كما رأيت أن موضوع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يشكل أساسا وخلفية فلسفية للدفاع الشرعي. (نفس الفقرة السابقة).



15 ) - إنضمامي إلى الرأي القائل: بأن كل سلوك له قانونا وصف الجريمة يجوز دفعه إستنادا إلى أحكام الدفاع الشرعي، ولو صدر من صبي أو مجنون لأن هذين تطبق عليهما تدابير الأمن، وهذا يعني تجريم فعلهما. (فقرة 35 من الفصل التمهيدي لهذه البحث).

16 ) - إنضمامي إلى رأي كل من الأئمة مالك والشافعي وأحمد وتلميذي أبي حنيفة (محمد وأبي يوسف) في قولهم بكون الجريمة الإيجابية تقوم بالترك، وبالتالي صحة الدفاع الشرعي ضد جريمة الترك، بما يناسب، ومهما كانت النتيجة التي قد تحصل من جريمة الإمتناع (فقرة 43 من هذا البحث).

17 ) - رأيت أن الخطر الوهمي لا يبرر الدفاع الشرعي، ورأيت أن الفقهاء الشرعيين وكذا الوضعيين، والمقنين والقضاة منهم إنما قصدوا الخطر الظني ولو جاء في بعض عباراتهم ما يفيد الوهمي، إذ القيود التي يوردونها تستبعد أن يكون الخطر الذي يقصدونه هو الخطر الوهمي. (الفقرتان 44 و 45 من هذا البحث).

18 ) - إستنتاجي، من استلهاام روح كل من الشريعة الغراء، والقانون الوضعي، اللذان يعاقبان على الخطأ، بأن جريمة الخطأ يجوز دفعها بما يناسب أن تدفع به. (فقرة 46 من هذا البحث).

19 ) - رأيت أن يدفع الحيوان إذا صال (هاجم) على أساس أحكام الدفاع الشرعي كما قال جمهور الفقهاء، وكثير من شراح القوانين الوضعية. وأرى في هذا المقام أن رأي القائلين بدفعه على أساس الضرورة، والقائلين بدفع الصبي والمجنون على أساسها كذلك ينطوي على نوع من غياب المنطق عندما يقولون بأن الصبي والمجنون أهدرا عصمتها وبيقون عصمة الحيوان لصاحبه. فرأيت مبني على أن كل من الحيوان والصبي والمجنون إذا صال وهاجم يتعين دفع صياله وهجومه دون النظر إلى عصمته لنفسه أو عصمته لصاحبه. فبصياله علق عصمته سواء أكانت لنفسه أو لملك الحيوان. (فقرتان 49 و 50 من هذا البحث).

20 ) - ذهابي في الإتجاه الذي ذهب فيه من صاغوا النصوص، في قوانين العقوبات السورية واللبنانية والأردنية، التي تقول: بأن الدفاع الشرعي يكون ضد عدوان غير مثار. (فقرة 51 من هذا البحث).

- 21 ) - رأيي في من يقتل أو تقتل حال المفاجأة في اللبس بالزنا، أو انتهاك العرض أن ينص في قوانين البلاد الإسلامية على أن الزوج أو المحرم القائل للزاني أو منتهك العرض معذور، وأنه في حالة دفاع شرعي، إذا أثبت الحالة التي دافع عنها، وإلا فهو معذور عذر تخفيف إذا وجدت ملابس توشي بقيام الفعل. (فقرة 55 من هذا البحث).
- 22 ) - تصويبي للرأي القائل بجواز دفع من له الحصانة الدبلوماسية إذا تعدى على أساس الدفاع الشرعي لا على أساس الضرورة. (فقرة 57 من هذا البحث).
- 23 ) - رأيي في أن من سرق مالا ودخل به منزلا بغير إذن صاحبه، وكان المدافع لإخراجه أو أحد المدافعين صاحب المال المسروق، أو من رأى الدفاع لاسترداد هذا المال فإن له ذلك لإنتفاء إستقرار الحيابة، إذ السارق لازال في حالة هروب. (فقرة 60 من هذا البحث).
- 24 ) - رأيي إستنتاجا من أقوال الفقهاء، بأن معيار حلول الخطر، هو إمكان تحقق الإعتداء في الحال، إذا لم يدفع حسب ظن المدافع. (الفقرة السابقة).
- 25 ) - إنضمامي إلى الدكتور محمد سيد عبد التواب في رأيه القائل: بأن رأي الإمام مالك - رضي الله عنه - لا يجيز الدفاع بالفخاخ والأحابيل أظهر في الفقه المالكي خلافا لما ذهب إليه الدكتور يوسف قاسم. (فقرة 64 من هذا البحث).
- 26 ) - رأيي في مسألة الدفاع الآلي، بأنه يجب أن يتخذ المشرعون بشأنه تدابير تشريعية، حتى لا يكون ذريعة لإلحاق الأذى بالناس، وتحدد ضوابطه متى يكون دفاعا ومتى لا يكون كذلك. (نفس الفقرة والفقرة 66 من البحث).
- 27 ) - ذهابي في إتجاه الرواية الثانية الواردة عن المالكية والأحناف، في قولهم بعدم جواز رمي الناظر إلى عينه دفاعا، وفهمي معهم الأحاديث المروية في الموضوع على أنها جاءت على سبيل التخويف والتغليط، وذلك تماشيا مع روح الشريعة، وشروط الدفاع الشرعي (فقرة 69 من هذا البحث).
- 28 ) - رأيي تماشيا مع ما قال به الدكتور يوسف قاسم، من أن المعيار في الهرب الذي يلزم به المدافع قبل الدفاع، هو الذي ليس فيه أذى لا مادي ولا معنوي للمدافع. وزيادة عليه، أرى أنه لا فرق في الهرب من مسلم معصوم الدم، ومن غيره، إذ قد لا تعرف ديانة المعتدي حال إعتدائه، كما أن الدفاع سبب موضوعي وعمام للإباحة. (فقرة 82 من هذا البحث).

29 ) - رأيي أن الدفاع عن المال، سواء في الشريعة الغراء، أو القانون الوضعي يتعين أن يبيح القتل، إن كان لا مفر منه، لكون المعتدي علق عصمته، والمال معصوم، سواء قل أم كثر، والأحاديث مطلقة في إباحة القتل دفاعا عن المال. ثم أن المعتدي لا يعلم المدافع مسبقا أينال من المال القليل أم الكثير في كل الأحوال. ثم أن المعتدي قد لا يقف عند تعديه على المال فقط فقد يقتل إن أدرك أن أمره اكتشف. (فقرة 93 من هذا البحث).

30 ) - رأيي أن التعدي على المال، إذا اقترن بالتعدي على النفس، كانت أعمال الدفاع مبررة، على أساس الدفاع عن النفس، لأنها أهم من المال، في مقابل من يرى أن مثل هذه الحالة تبرر فيها أفعال الدفاع على أساس الدفاع عن المال.

ثم أنني أرى أن المشرعين الذين قيدوا إباحة القتل، في حالة التعدي على المال، بأن يكون التعدي يشكل جنائية، لم يوفقوا. ولو سكتوا عن ذلك لكان خيرا فتطبق القواعد العامة، إذ لا يتأتى للمدافع معرفة ما إذا كان التعدي بجنائية أو بما دونها.

وأمام قاعدة إباحة الدفاع الشرعي، وعدم إمكان تمييز تكيف الوقائع حين دفعها، يقع المدافع في الحرج ثم أن أفعال الدفاع نفسها لا يمكن التحكم فيها بحيث لا ينتج عنها القتل بالذات، إذ قد ينجم القتل عن ضرب بسيط، ولعله بلكمة ونحوها. وبما أن الدفاع ليس قصاصا ولا عقوبة فلا عبرة بنتيجته، كما هو الموقف في الشريعة الغراء عدا ما ورد عن الحنابلة من تقييد القتل دفاعا عن المال، بالمال الكثير، وقد رد الحنابلة أنفسهم الرواية هذه (الفقرتان 93 و94 من هذا البحث).

31 ) - رأيي مع الدكتور رضا فرج في أن المادة (40) من ق.ع. الجزائري هي ومثيلاتها تضع قرينة قانونية بسيطة يكون القتل في الحالتين المنصوص عليهما فيهن مبرر بالدفاع الشرعي.

ويترجح عندي هذا الرأي - زيادة علي ما يستند إليه د<sup>ر</sup> فرج - أنه لو جعلت القرينة فيهما - أي المادتين - قاطعة لأمكن لأحدا أن يستدرج ضحيته ليقتلها داخل منزل مثلا ليلا، ويدعي الدفاع ولا ترد دعواه. (فقرة 94 من هذا البحث).

32 ) - رأيي - مع عدم الترجيح بين الأحاديث الواردة في الموضوع - أن القول بإثبات دفع الصائل عن العرض بزنا، يكفي فيه شاهدان، وأن هذا القول أوفق من القول بإثباته بأربعة. لأن وجود الصائل مع المرأة غير المحرم كاف في حد ذاته لدفعه، وإن أدى الدفع إلى قتله.

وهذا في نظري متوافق مع أحكام الشريعة الغراء، وحكمتها من تشريع أحكام الدفاع الشرعي. واستثناسا برأي ابن قيم الجوزية في الموضع. كما أرى أن استدلال المستدلين بحديث: «لا يحل دم امرئ مسلم» على قتل الزاني المحصن دفاعا، إستدلال في غير محله، إذ القتل في الحديث للسلطان لا للمدافع، ثم أنه لا يتأتى للمدافع أن يعلم دائما إذا كان الزاني الذي سيدفعه محصنا أو غير محصن (فقرة 98 من هذا البحث).

33 ) - لا أرى مانعا من أن يتم إثبات الدفاع الشرعي باليمين، إذا كان إثباته بصدد دعوى مدنية طبقا لقواعد القانون المدني إذا دفع به أمام الجهة الجزائية ولم تقل بقيامه لكون الدفع به قرينة لصالح مدعيه، واليمين المتممة بوجهها القاضي متى لم يكن هناك دليل قاطع وكانت الدعوى ليست خالية تماما من أي دليل، وهذه القرينة هي الدليل الغير مكتمل. ولا مانع إذا وجه المدعى عليه به مدنيا باليمين الحاسمة للمدعى ولم يردها هذا الأخير. (فقرة 98 من هذا البحث).

34 ) - رأيي إنضماما إلى رأي أستاذي د/ محمد الأخضر مالكي في كون الإثبات في الدفاع الشرعي، يقع على عاتق النيابة إتباعا للنظرية المؤسسة على ذاتية القانون الجنائي، وتأسيسا على قرينة البراءة الأصلي، مخالفا لإتجاه المجلس الأعلى الجزائري للقضاء (المحكمة العليا حاليا) (راجع الفقرات: 101 و 102 و 103 من هذا البحث).

35 ) - إنضمامي إلى رأي الفقه في مصر، بشأن تفضيله للإتجاه الذي أستقرت عليه أخيرا محكمة النقض المصرية، والذي ترى فيه أن الدفاع الشرعي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، إذا كانت الوقائع ترشح لقيامه وإن انكر المتهم التهمة، توسيعا لدور القضاء في البحث عن الحقيقة في المادة الجزائية.

وهو ما أخذ به أستاذي الدكتور مالكي، (فقرة 105 من هذا البحث).

36 ) - إنضمامي إلى ما ذهب إليه الخليفة الراشد سيدنا عمر ابن عبد العزيز - رضي الله عنه - في قوله بإبطال القسامة والزام الناس البينة لما في القسامة من خطر على إثبات وإسقاط الحقوق، (فقرة 104 من هذا البحث).

37 ) - رأيت إنضماما إلى جمهور الفقهاء في كون الدفاع عن النفس واجب لقوة أدلتهم، ولما يقتضيه في نظري طبع البشر بسبب ما كمن في فطرتهم من غريزة حب البقاء (فقرة 108 من هذا البحث).

38 ) - رأيت كذلك إنضماماً إلى الحنفية والحنابلة القائلين بجواز الدفاع عن المال مطلقاً، للسبب الذي بنوا عليه، وهو كون المال يجوز بذله، ولأن رأي المالكية المخالف له القائل بكون الدفاع عن المال كالدفاع عن النفس، إذا ترتب على أخذ المال هلاك أو شدة أذى ماله في النهاية إلى الدفاع عن النفس.

وأرى أن هذا هو الرأي الوجيه. وأرى في هذا المقام، مع الدكتور يوسف قاسم خطأ من يستدل بحديث «... من مات دون ماله فهو شهيد...» على وجوب الدفاع عن المال، إذ الشهادة ليست بالضرورة الموت في قتال واجب على الشهيد. وأرى أن قول الشيخ عليش هو نفس قول الحنفية والحنابلة فقد قال: «... وقد رخص...» (فقرة 110 من هذا البحث).

39 ) - رأيت أن المشرع عندما ينص صراحة في حالة من الحالات على وجوب الدفاع فإنه يقصد أن يكون هذا الواجب قانونياً كما ذهب الفقيه دي فابر، إذ يقول بعقاب تارك هذا الواجب. (فقرة 113 من هذا البحث).

40 ) - رأيت في القول بكون الدفاع الشرعي حكمه الترخيص في القانون الوضعي ونظمه، وأن هذا القول ينسب عليه أن المدافع دائماً يبقى له الحق في أن يدافع أولاً يدافع. والأمر ليس كذلك، إذ قد ينص المشرع صراحة على وجوب الدفاع. وأرى أن الدفاع في النظم القانونية الوضعية كذلك يختلف حكمه من حال إلى حال. كما يختلف في الشريعة الإسلامية من موضوع إلى موضوع. (فقرة 114 من هذا البحث).

41 ) - رأيت أنه لا مانع من القول بوجود ركن رابع للجريمة، هو ركن غير المشروعية، طالما أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تحليل نظري للواقع. (فقرة 117 من هذا البحث).

42 ) - لا أرى معنى للقصاص في الدفاع الشرعي، إلا من حيث مماثلة أفعال الدفاع لأفعال التعدي. (فقرة 112 من هذا البحث).

43 ) - ولا أرى تطابقاً بين عمل المدافع وعمل المضطر لأكل طعام غيره، لأن المضطر لطعام الغير إضطراره من نفسه، والمدافع إضطره المعتدي. (نفس الفقرة السابقة).

44 ) - رأيت أن الإستدلال بحديث النبي صلى الله عليه وسلم القائل: «في السن خمس من الإبل» إستدلال في غير محله، ولا أرى الحديث يعني المدافع في شيء. وإنما يقصد به السن التي تسقط عدواناً، فهي التي لا تسقط ديته بأي حال من الأحوال. والقول بغير هذا قد يمنع المعتدى عليه من الدفاع خوفاً من التعويض على الأقل. (نفس الفقرة السابقة).

45 ) - رأيت أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي، سواء كان في معنى إساعة إستعمال الحق، أولم يكن في معناه، طالما أنه بقصد سيء، فإن المدافع المتجاوز يسأل عن تجاوزه. (فقرة 135 من هذا البحث).

46 ) - رأيت خلافا للدكتور رضا فرج، ومن سار في الإتجاه الذي سار فيه، أن المادتين 277 و278 ق.ع. جزائري لا تعنيان تنظيم عذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، بل تنظمان مسألة أخرى معروفة في القانون والفقهاء الوضعيين بعذر الإستفزاز، لتخلف أركان تجاوز الدفاع الشرعي أساسا بتخلف قيام الدفاع الشرعي أصلا في حالة المادتين، وأنه في ظل قانون العقوبات والقانون المدني الجزائريين يرجع إلى القواعد العامة التي سنها الفقه المقارن في هذا الموضوع. وهذه القواعد مطابقة لما عليه الحال في فقه الشريعة الغراء. (فقرة 137 من هذا البحث).

( 149 ) - ثانيا: ما وصلت إليه من حقائق:

هذه الحائق تأكدت لدي، وأنا أبحث وأنقب في مصادر ومراجع هذا التراث الحضاري العتيق، والثقافي المجيد، وجذبت هذه الحقائق إنتباهي وسيطرت على عقلي فأليت على نفسي أن أعبر عنها، عساها نجد طريقها إلى عقل ووجدان غيري، كما احتلت عقلي ووجداني، وأكتفي بتلخيص ثلاث منها، هي:

1 ) - حقيقة أن شريعة الإسلام صالحة لكل زمان ومكان:

لقد وقفت على هذه الحقيقة، إذ وجدت أن كثيرا من المسائل الدقيقة جدا، والتي وصل إليها فقهاء الشريعة الغراء وصاغوا لها حلولا رائعة قبل قرون من الزمن، وبعدها وصلت إليها النظم الوضعية معتبرة إياها من مبتكرات العصر وشوارد الفكر، وكمثال على هذا نأخذ مسألة الدفاع الآلي.

2 ) - حقيقة أن الشريعة لا بد من العمل بها لتواكب العصور:

ووقفت كذلك على حقيقة، أن الشريعة لكي تبقى حقيقة حية مواكبة للعصور واجدة الحلول لمشكلات الحياة عبرها، لا بد من العمل بها حتى تتطور مفاهيمها وحلولها بتطور ما يستجد من الأمور، وقد قيل: تستجد أفضية الناس بقدر ما يستجد من معاملات، ولا يخفى على أحد ما يستجد اليوم من معاملات، فهذه بنوك الأعضاء، وتلك بنوك اللقاعات المخصبة، وبنوك أخرى لأنابيب حضن الأجنة. وهذه معاملات مالية مستجدة، وهذه علاقات

دولية متطورة، وذاك غزو للفضاء.

كل ذلك يجب أن تقول فيه شريعة الإسلام قولنا. وقد كانت أغنت عن غيرها لما كانت حضارة أهلها مزدهرة، وافتقر أهلها إلى غيرها لما خبي نور حضارتهم.

3 ( - حقيقة تقبل الناس بطبعهم لأحكام الشريعة الغراء:

كما وقفت على حقيقة، أن الشريعة الغراء لو علمت للناس صحيحة خالصة لما أخذوا غيرها، ولما عملوا إلا بها. وقد سبق أن أخذ بها نابليون عندما قن أحكام القانون المدني الفرنسي، إذ قال عندما سئل عن أحكام حقوق الارتفاق التي سنها فيه لأول مرة: أنه وجدها عند العرب في مصر، وما وجود ذلك عند العرب في مصر إلا استقاء من الشريعة الغراء التي كان أهلها يطبقونها، وكانت لهم مصدر التشريع ومعينه، وإن ضعف أحيانا استفازهم منها في ذلك العصر، خلافا لعصور سابقة كعصر الإمام أبي حنيفة النعمان - رضي الله عنه - وما كان في مستواه وقريبا منه من الضعور الزاهرة قبل أبي حنيفة - رضي الله عنه - وبعده.

(150) ثالثا: ما أقترحه من مقترحات:

هذه المقترحات أرى أنها ضرورية لبعث العمل بالشريعة الغراء، وازدهار فقهاها، وإمكان الإستغناء بعد ذلك بها عن غيرها؛ ولم لا إقناع العالمين بالأخذ بها. وأرى أنه في سبيل الوصول إلى ذلك لابد من القيام بالآتي:

1 ( إعادة النظر في تراثنا الإسلامي كله، وفرزه، ودراسته دراسة نقدية، تحليلية موضوعية، واعية مخلصية.

2 ( تكثيف الدراسات المقارنة، بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية.

3 ( في سبيل تكثيف الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية لابد من العناية بما يلي:

أ - إنشاء معاهد للشريعة والقانون في كل الدول الإسلامية، ولم لا حتى في الدول غير الإسلامية.

ب - تكثيف البرامج في معاهد الحقوق القائمة حاليا في الدول الإسلامية، لتشمل مواد شرعية لا تقف عند حد دراسة قوانين الأحوال الشخصية وتاريخ الفقه، بل لتتعدى ذلك إلى توسيع دراسة أصول الفقه، ودراسة القواعد الفقهية، وأصول التفسير وتفسير آيات

الأحكام، ودراسة السنة باعتبارها المصدر الثاني للتشريع الإسلامي. وأن تكون الدراسات في هذه المعاهد مقارنة بين الشريعة والنظم الوضعية.

ح - القيام بندوات وملتقيات علمية، يستقدم لها المتخصصون في القانون مهما كانت ديانتهم، والمتخصصون في الشريعة الإسلامية، قصد تبادل الأفكار، وفتح الحوار بين الشرعيتين (الإسلامية من جهة، وكل ما هو غير إسلامي من جهة ثانية).

ي - إنشاء معهد عالمي للشريعة الإسلامية، يعمل على أن تواكب أحكام الفقه الإسلامي كل ما هو مستجد من أحكام النظم القانونية الوضعية في أي موضوع فيه تعامل بين الناس.

هـ - وفي سبيل جعل الفقه الإسلامي يواكب النظم القانونية الوضعية فيما يستجد من أحكام، لابد من بعث مؤسسة الإجتهد، وجعلها مؤسسة عصرية تتوفر فيها الشروط العلمية الموضوعية في مجموع أعضائها، وتتوفر الفعالية في وسائلها.

وأختتم كلامي بقول الله سبحانه وتعالى: «قال يا قوم أرأيتم إن كنت على بهنة من ربي ورزقني منه رزقا حسنا وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عنه إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب» (الآية رقم 88 من سورة هود).

**انتهى بحمد الله وحسن عونه.**



عبد اللطيف

جامعة الأمير

عبد القادر للعلوم الإسلامية

## الملحق رقم « 1 »

### الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

#### الجريدة الرسمية

- مرسوم تنفيذي رقم 04.97 مؤرخ في 24 شعبان عام 1417 الموافق 4 يناير سنة 1997، يحدد شروط ممارسة عمل الدفاع المشروع في إطار منظم.....

إن رئيس الحكومة،

بناء على الدستور، لا سيما المواد 32 و33 و34 و35 و39 و1.40 و4.85,66 منه،  
وبمقتضى الأمر رقم 155.66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، لا سيما المادتان 39 و40 منه،....  
يرسم ما يأتي:

**المادة 1 :** يحدد هذا المرسوم شروط ممارسة عمل الدفاع المشروع وإطار تنظيمه.

**المادة 2 :** يقصد بعمل الدفاع المشروع عمل التصدي، بصفة فردية أو في إطار منظم، لكل عدوان، أو عمل إرهابي أو تخريبي، أو بصفة عامة، لكل عمل إجرامي أو جنوحي منظم، موجه ضد الأشخاص والأماكن.

**المادة 3 :** يخضع عمل الدفاع المشروع الممارس بصفة فردية، لأحكام المادتين 39 و40 من قانون العقوبات.

يمارس عمل الدفاع المشروع الموجه لانتفاء أعمال الإرهاب أو التخريب أو التصدي لها، الموجهة ضد مواقع السكن، أو أماكن الحياة الاجتماعية، وكذلك ضد التجهيزات العمومية للمنشآت والتجهيزات العمومية الاجتماعية، في إطار منظم، وتحت مسؤولية السلطات المكلفة بحفظ النظام العمومي والأمن، ومراقبتها.

**المادة 4 :** يمكن تأسيس مجموعات للدفاع المشروع، في إطار الدفاع المشروع المنظم، تدعى باختصار "م د م" وتتكون من مواطنين متطوعين ويجب أن ترخص السلطات العمومية لهذه المجموعات قانونا، ويقودها مسؤول مجموعة، منبثق من أعضاء المجموعة أو عند الاقتضاء، عون تابع لقوات النظام العمومي أو الأمن، يقيم في نفس التجمع السكاني أو بالموقع المعني.

**المادة 5 :** يسلم الوالي المختص إقليميا رخصة إنشاء مجموعات الدفاع المشروع، بناء على طلب السكان وعلى موافقة مصالح الأمن.

**المادة 6 :** تحدد شروط إنشاء مجموعات الدفاع المشروع، وتنظيمها، ومجال تدخلها وكيفية،

وكذلك مراقبتها، بقرار وزاري مشترك بين وزير الدفاع الوطني والوزير المكلف بالداخلية.

**المادة 7:** يمارس رئيس الدائرة. تحت سلطة الوالي، المراقبة العامة على نشاطات مجموعات الدفاع المشروع، ولهذا الغرض، يمكن أن يساعده مندوب معتمد، يكلف بمتابعة نشاط المجموعات المذكورة ومراقبتها. وبهذه الصفة، يتمتع مندوب الدائرة لعمل الدفاع المشروع بسلطة سلمية إزاء مسؤولي المجموعات ويؤمن التنسيق مع السلطات الإدارية والشرطة المختصة إقليميا.

وعلى المستوى البلدي، يمكن أن تلحق، بقرار من رئيس الدائرة، متابعة نشاطات مجموعات الدفاع المشروع، ومراقبتها، بمندوب بلدي.

**المادة 8:** تجهز المصالح العمومية المختصة أعضاء مجموعات الدفاع المشروع بأسلحة. ويجب عليهم أثناء ممارسة عملهم، أن يضعوا علامات ظاهرة وبعيدة عن كل ما يجعلهم محل اشتباه أو لبس. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بقرار وزاري مشترك بين وزير الدفاع الوطني والوزير المكلف بالداخلية.

**المادة 9 :** يتم عمل مجموعات الدفاع المشروع بتدابير وقائية وأمنية يمكن أن تتضمن، عند الحاجة، أعمال رد وتصدي.

ويمكن أن تمتد أعمال الرد والتصدي إلى استعمال القوة واستعمال السلاح في حالة العدوان، أو في حالة وجوب تقديم المساعدة لشخص في خطر.

**المادة 10 :** يتم عمل مجموعات الدفاع المشروع، بصفة أساسية، على امتداد حدود الموقع أو التجمع السكاني الذي يتبعونه، وبصفة تكميلية، على الأماكن المجاورة، أو الملاصقة، أو التابعة له. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بقرار وزاري مشترك بين وزير الدفاع الوطني والوزير المكلف بالداخلية.

**المادة 11 :** لا يمكن أعضاء مجموعات الدفاع المشروع الدخول إلى داخل أو مجال مغلق إلا إذا اعتصم هاربون، أو في حالة الضرورة لتقديم الغوث بناء على طلب الغير.

**المادة 12 :** يمكن أن يترتب على الإخلال الخطير بتعليمات عمل الدفاع المشروع طرد مرتكبيه من المجموعة، دون المساس بالجزاء المدنية أو الجزائية المنصوص عليها في القانون.

يترتب على الطرد من مجموعة الدفاع المشروع سحب رخصة حيازة السلاح إذا كانت هذه الرخصة قد منحت بسبب الانضمام إلى المجموعة.

لا يمكن المواطنين المطرودين من مجموعة الدفاع المشروع أن ينضموا بعد ذلك إلى مجموعة أخرى.

**المادة 13 :** لا تخول صفة عضو في مجموعة الدفاع المشروع الحق في أي مرتب، أو منحة، أو تعويض مهما كانت طبيعته.

إلا أنه، إذا أصبح عضو في مجموعة الدفاع المشروع عاجزا عن الممارسة العادية لنشاطاته المهنية بسبب انشغاله الدائم بعبء عمل الدفاع المشروع، يمكنه أن يتلقى تعريضا تؤديه له الجماعة المحلية المعنية.

**المادة 14 :** يستفيد أعضاء مجموعات الدفاع المشروع المتوقفون أو المصابون بأضرار بدنية، أثناء

أداء واجبهم في الدفاع المشروع، تعويضا عن الضرر وجبره وفق الشروط المحددة بالقانون.  
**المادة 15 :** يتم حل مجموعة الدفاع المشروع بقرار من الوالي المختص إقليميا بعد الأخذ برأي مصالح الأمن عندما تزول الأسباب التي دعت إلى إنشائها.  
تترتب عن إجراء الحل جميع التدابير الأخرى الكفيلة بالحفاظ على أمن الأشخاص الذين كانوا منتسبين للمجموعة المحلة.

**المادة 16 :** تلغى جميع الأحكام السابقة المخالفة لأحكام هذا المرسوم.

**المادة 17 :** ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.  
حرر بالجزائر في 24 شعبان عام 1417 الموافق 4 يناير سنة 1997.

أحمد أويحي

---

**الملاحق رقم « 2 »**  
**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

في 3 ديسمبر سنة 1968

القتل خطأ: الظروف المخففة.

العذر: العذر المبرئ ( المادة 279 )

الطعن: الوجه الجديد.

يعذر القتل إذا ارتكبه أحد الزوجين على الآخر في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا. ويؤدي العذر الشرعي إلى سقوط العقوبة مع إبقاء ثبوت الجريمة ( المادة 279 ق.ع ) ولا يمكن للأوجه المستظهر بها في الطعن أن تكون جديدة، ولا بد أن يكون قاضي الموضوع سبق أن نظر فيها.

الأعراب برينيس - ضد - النيابة العامة.

.إن المجلس الأعلى:

فاصلا في الطعن بالنقض في الحكم الصادر في 22 أبريل سنة 1968 من المحكمة الجنائية عنابة على الأعراب برينيس، للقتل العمد مع الاستفادة من الظروف المخففة بعقوبة الحبس لمدة خمس سنوات؛ وحيث إن الأعراب برينيس استظهر في طعنه بوجه واحد وهو مأخوذ من مخالفة القانون إذ لم تعمل المحكمة الجنائية، في حكمها، بالعذر المبرئ الذي في الالتباس بجنحة الزنا؛

وحيث إنه، حسب المادة 279 من قانون العقوبات، يعذر القتل إذا ارتكبه أحد الزوجين على الزوج الآخر في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا؛ وأن المسألة هنا مسألة عذر قانوني يسقط العقوبة ولكنه لا يحو مع ذلك الجريمة.

وحيث إنه يجب اقتراح عذر مثل هذا أثناء المرافعات ليفترض على الرئيس إلقاء هذا السؤال، وبعبارة أخرى يجب تقديم طلبات بهذا الشأن من طرف المتهم فعند ذلك وبه فقط سيستحيل على المحكمة رفض وضع المسألة اللهم إلا إذا كانت ملوثة باللاشعية.

وعليه فإنه ليس لذلك الدفاع أن يعرض أمام المجلس الأعلى مثل الوجه المذكور؛

فلهذه الأسباب:

قبل الطعن شكلا وقال بعدم تأسيسه ورده وعلى الطاعن بمصاريف هذا الطعن البالغ قدرها مائتي دينار.

السادة: ولد أوديع، رئيسا؛ فابرون، مستشار مقرر؛ سكفالي مدعيا عاما.

الملحق رقم « 3 »  
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

قوار

أصدر المجلس الأعلى الغرفة الجنائية الثانية

بجلسته المنعقدة عليه بتاريخ 09 /03 /1982 بعد المداولة

والقرار الآتي بيانه:

بين: دحمان مقران ( م ) الساكن أيت رابع بلدية تيميزارت ولاية تيزي وزو.

دحمان أحمد ( م ) الساكن ساحة الشهداء بالجزائر العاصمة.

القائم في حقهما الأستاذ قردو، محامي مقبول لدى المجلس الأعلى المدعيان في الطعن بالنقض.

وبين: باجة طاهر، أجير، ساكن أيت رابع بلدية تيميزارت ولاية تيزي وزو. المدعي العمومي.

المدعي عليهما في الطعن بالنقض من جهة أخرى.

بعد الاستماع إلى السيد صالحني المأمون المستشار المقرر في تلاوة وتقريره وإلى السيد بلحاج عمر

المحامي العام في طلباته.

فصلا في الطعن بالنقض المؤرخ في: 06 مارس 1978 الذين رفعهما المسمان:

1 ) دحمان مقران متهم.

2 ) دحمان أحمد ( م ).

ضد القرار الصادر في: 28/02/1978 من مجلس قضاء تيزي وزو الغرفة الجزائرية القاضي عليهما

بأربعة أشهر حبسا موقوفة التنفيذ بتعيين الدكتور صالحني لفحص الضحية بحجة الطاهر وتحرير محضر عن

أعمالها من أجل الضرب والجروح العمدية، الأفعال المنصوص والمعاقب عليها بالمادة: 264 من ق.ع.

وحيث أن الرسم القضائي قد تم دفعه.

وحيث أن الطعنين استويا أوضاعهما القانونية فهما مقبولان شكلا.

وحيث أن تدعيما لطعنهما أودع الطاعنان بواسطة وكيلهما الأستاذ: مولود قردو المحامي لدى

المجلس، مذكرة أثار فيها وجهين للنص.

عن الوجه الأول المأخوذ من خرق القانون والخطأ في تطبيقه وبالأخص المادتين: 39 و212 إجرآت

بدعوى أنه ينتج من الملف وخاصة من الشهادات الطبية المقدمة من طرف الطاعن الأول والطرف المدني أن

هذين الخصمين تبادلوا الضرب ما بينهما وتلقيا الضربات في نفس الوقت. ورغم هذا فإن قضاة الموضوع لم

يطبقوا أحكام المادة: 39 ع التي تقضي أنه: «... لا مخالفة عندما يكون الفعل تمليه ضرورة الدفاع عن

الفسن... عندما يكون الدفاع متناسبا مع ضرورة الاعتداء.

ولكن حيث أنه من جهة ثانية لم يثبت أصلا من الملف أن الضحية قد ضربت المتهمين وأثر هذا وهذا

من أجله تهمة الضرب والجروح العمدية لم توجه إلا ضد الطالبين في الطعن وحدهما.  
ومن جهة أخرى فإن الدفاع الشرعي عن النفس نظرا لطابعه الاستثنائي هو من أوجه الدفاع التي  
يجب إثارتها في أوانها أمام الجهات المختصة بالموضوع، وعلى الأشخاص الذين يريدون الاستفادة منه الإتيان  
بالدليل المبرر لمواجهة النيابة العامة والطرف المدني.

وحيث أن المدعيان في الطعن لم يشيروا إلى قيام حالة الدفاع الشرعي في أوانه بل إنهما لم يحاولا  
البرهنة أمام قضاة الموضوع على وجود هذه الأفعال المبررة وأسباب الإباحة التي يثيرها الآن.  
حيث أن هذا الوجه التالي بوجه جديد ويتعين التصريح بعدم قبوله عن الفرع الثاني: بدعوى أنه من  
الثابت أيضا في الملف أن دحمان أحمد الطاعن الثاني كان متغيبا وقت الوقائع إذ كان بمكان عمله بالعاصمة  
بعيد عن قرية آيت رابع مكان المشاجرة بمسافة: 200 كيلومتر وأن الشاهد: مرني أحمد قد أكد ذلك لبعد  
إداء اليمين الشرعية.

ولكن حيث إنه بالرجوع إلى القرار المنتقد فيتضح إقرار هذا الشاهد قد قاومتها أربع شهادات أخرى  
أدلتها أربعة من سكان القرية أين وقعت الواقعة أكد فيها أولئك الشهود أن الطاعن الثاني كان يتواجد  
بمكان المشادات مع أخيه الطاعن الأول.

وحيث أن هذه الأدلة ووسائل الإثبات قد نوقشت حضوريا أمام قضاة الموضوع أنهم قضوا بعد ذلك بما  
توصل إليه اقتناعهم الشخصي وعملا بالأدلة المنشورة أمامهم طبقا للمادتين: 312-213 إجراءات.  
لذا فإن هذا الوجه غير سديد في فرعه الثاني أيضا وما يستتبع رفض الوجه بأكمله.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام التسيب بدعوى أن قضاة الاستئناف لم يبرروا قضاهم بتبرير  
خاص بل اعتمدوا على ما توصل إليه محضر الدرك مع حكم القاضي الأول لتأسيس قرارهم.

ولكن حيث أن قضاة الاستئناف قد برروا قضاهم بما فيه الكفاية بتسيب بنطبق وأحكام المادة:  
379 إجراءات وهذا علاوة على أن القرار المنتقد قرار تزييد للحكم الأول الذي كان بدوره معللا بتعليل سليم  
ومنطقي لا يشوبه أي عجز بما أن القاضي الأول ذكر فيه أن المتهم الأول قد اعترف بالأفعال المنسوبة إليه  
على الإطلاق وأن المتهم الثاني رغم إنكاره فإن هذا الإنكار لا أساس له من الصحة لأن أقوال الشاهد الوحيد  
الذي أحضره لم يثبت وجوده بالعاصمة بصفة واضحة ودقيقة مما يجعل أن مشاركته في المشادات لم تثبت  
كما يجب شرعا.

كما يستتبع أن هذا الوجه الثاني غير سديد كسابقه .../.

بهذه الأسباب ومن أجلها

يقضي المجلس الأعلى بقبول الطعن شكلا وبرفضه موضوعا وبترك المصاريف على الطاعنين.

## الملحق رقم « 4 »

### الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أصدر المجلس الأعلى الغرفة الجنائية الثانية القسم الأول بتاريخ: 1982/1/4، بعد المداولة القرار الآتي: بين/ لجدل يحيى الساكن، حوش عمار سدي ولاية الجلفة، القائم في حقه الأستاذ: زيد المال المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى.

المدعي في الطعن بالنقض من جهة

وبين / المدعي العمومي.

المدعى عليها في الطعن من جهة أخرى

بعد الاستماع إلى السيد المستشار المقرر المأمون صالح في تلاوة تقريره وإلى المحامي العام السيد: بلحاج عمر في طلباته.

فصلا في النقض المؤرخ في: 27/ و 28 جانفي 1980 الذي رفعهما المسمون: لجدل يحيى

خليد لعجال

خليد عبد القادر

المتهمون ضد القرار الصادر في: 1980/1/22 من مجلس قضاء: الجلفة الغرفة الجزائرية أيد حكم محكمة عين وسارة المؤرخ في: 5/11/79 الذي قضى عليهم.

شهر حبسا مع إيقاف التنفيذ و500 د ج غرامة من أجل: الضرب والجرح العمد والمتبادل. وهي الأفعال المنصوص والمعاقب عليها بالمادة: 442- ع وحيث أن الرسم القضائي قد تم دفعه.

حيث أن طعون لجدل يحيى وخليد لعجل وخليد عبد القادر، استوفت أوضاعها القانونية فهي مقبولة شكلا.

وحيث أن تدعيما لظعنهم أودع الطاعنون بواسطة وكيلهم الأستاذ: زيد المال المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى مذكرة آثار فيها وجهين للنقض كما أن نفس العريضة تذكر أن لجدل بوخارس - المتهم هو الآخر كطاعن.

ولكن حيث أنه يستنتج من تصريحات الطعن المرفقة بالملف أن لجدل بوخارس لم يطعن في القرار المذكور ولم يتم بالإجراءات المنصوص عليها المسترطة في مقتضيات المادة: 504 ق 1. ج .

وحيث أنه يستوجب إذن القول بأنه لا وجه للنظر في هذا الجانب من العريضة المودعة من طرف الأستاذ: زيد المال في حق الطاعنين لجدل يحيى، وخليد لعجل، وخليد عبد القادر، والمأخوذ من تناقض الأسباب بدعوة أن القرار - 23808 - (2)

المنتقد قد أيد الحكم المستأنف واحتفظ للأطراف بالحقوق المدنية ولكن حيث أنه لا يوجد أي تناقض بالحكم في الشق الجزائي والتصريح بحفظ حقوق الأطراف المدنية كما أن لهذه الأطراف المدنية أن تقوم بمرافعة أمام الجهات القضائية المختصة لطلب حقوقها متى شاعت القيام بذلك لأن حفظ الحقوق المدنية لا يعني منعها من ممارسة حقوقها.



وعليه كان هذا الوجه غير وجيه ويرفض.

عن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة المواد: - 39 - 40 - 277 ع . بدعوى أن المتهمين كانوا في حالة دفاع شرعي.

ولكن حيث أن حجية الدفاع الشرعي عن النفس نظرا لطابعها الاستثنائي هي من أوجه الدفاع التي يجب إثارتها في أوانها أمام الجهات المختصة بالموضوع وعلى الأشخاص الذين يريدون الاستفادة منه الإتيان بالدليل المبرر لمواجهة النيابة العامة والطرف المدني.

وحيث أن المدعون في الطعن لم يشيروا إلى قيام حالة الدفاع الشرعي في أوانه بل إنهم لم يحاولوا حتى التنبيه أمام قضاة الموضوع على وجود هذه الأفعال المبررة وأسباب الإباحة التي يشيرونها الآن. حيث أن هذا الوجه بالتالي وجه جديد لا يمكن إثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى، ويتعين التصريح بعدم قبوله.

لهذه الأسباب

يقضي المجلس الأعلى بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا والحكم على المدعين بالطعن بالمصاريف. بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف الغرفة الجنائية الثانية القسم الأول للمجلس الأعلى.

## الملحق رقم « 5 »

### الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أصدر المجلس الأعلى الغرفة الجنائية الأولى في جلسته المنعقدة علنيا بتاريخ: 1981/2/24 وبعد  
المدافلة قانونا القرار الآتي نصه بين:

1) لعللى بوعللى يامنة - متهمه - النائب عنها الأستاذ: صالح باي المحامي المقبول لدى المجلس  
الأعلى.

2) كورتال رافع - طرف مدني - .

المدعيين في الطعن بالنقض من جهة

المدعي العمومي

المدعى عليه من جهة

بعد الاستماع إلى السيد المستشار: معطاي أحمد في تلاوة تقريره السيد: عمر بلحاج في طلباته.  
بعد الاطلاع على الطعن اللذين رفعهما لعللى بوعللى يامنة متهمه وكورتال رافع طرف مدني ضد  
الحكم الصادر في: 17 جوان 1979 عن محكمة الجنايات بقسنطينة الذي أدان المتهمه من أجل ضرب وجرح  
عمدية أدت إلى الموت بدون قصد إحداثها وقضى عليها بخمس سنوات سجنًا وبمنحة للطرف المدني مبالغ  
مالية على وجه التعويض.

فيما يخص طعن كورتال رافع:

حيث أن الأستاذ: ابن زقوطة المحامي المقبول أعلن توكيله عن الطاعن إلا أنه لم يودع المذكرة  
المنصوص عليها في المادة: 505 من قانون الإجراءات الجزائية  
الملف ومنحه أجل شهر لوضع المذكرة وعليه فالطعن لا يقبل شكلا.

فيما يخص طعن لعللى بوعللى يامنة:

حيث أودعت الطاعنة بواسطة الأستاذ: صالح باي المحامي المقبول مذكرة إستند فيها إلى وجهين  
للتنقض.

عن الوجه الأول: المأخوذ من خرق القواعد الجوهرية للإجراءات المنقسم إلى فرعين:

عن الفرع الأول: المبني على مخالفة المادة: 271 من قانون الإجراءات الجزائية بدعوى أن قرار  
الإحالة لم يبلغ للمتهمه كما لم يحقق من ذلك رئيس محكمة الجنايات لكن حيث أن مطالعة أوراق الملف تبين  
بان هذا الإجراء قد وقعت مراعاته حسبما يثبت ذلك محضر تبليغ قرار الإحالة الذي حرره الرئيس المشرف  
على سجن قسنطينة بتاريخ: 79/4/14.

إضافة إلى ذلك فإن رئيس محكمة الجنايات تحقق بوقوع هذا التبليغ لما استوجب المتهمة في 21 ماي 1979.

عن الفرع الثاني: يعيب الحكم المطعون فيه بدعوى أن رئيس محكمة الجنايات لم يتل قبل أن تغادر المحكمة قاعة الجلسة التعليمات الخاصة بالمحلفين. لكن حيث أنه بالرجوع إلى محضر المرافعات المحرر في: 17 جوان 1979 يبين بأن هذا الإجراء قد وقعت مراعاته أن يشير بأن رئيس محكمة الجنايات وجه إلى القضاة والمحلفين التوصيات المضمنة بالمادة: 307 من قانون الإجراءات الجزائية ما يجعل الوجه مخالفا للواقع.

.../... 2 رقم الملف: 22680

عن الوجه الثاني: المأخوذ من القانون بحجة أنه تبين من التحقيق ومن المرافعات أن التهمة لعلى بوعلی يامنة كانت في حالة الدفاع الشرعي لكن حيث بالرجوع إلى ورقة الأسئلة يتبين بأن الدفاع في حق الطاعنة كان وضع سؤالا في هذه النقطة بالذات كان مضمونه: « هل المتهمة كانت في حالة تنافى معها مسؤوليتها الجنائية عندما ارتكبت الوقائع المنسوبة إليها هي السؤال الأول ». وأجابت محكمة الجنايات بالنفي بأغلبية الأصوات.

وفعلا عن ذلك حيث أنه من المستقر قضاء أن طرح سؤال خاص بالدفاع الشرعي غير لزومي لأن السؤال المتعلق بالإدانة يشمل ضمنا على هذا الفعل المبرر. فل هذه الأسباب

يقضي المجلس الأعلى بعدم قبول طعن كورتال رافع شكلا وبقبول طعن لعلی بوعلی يامنة شكلا ويرفضه موضوعا وبالزام الطاعنين بالمصاريف. بهذا أصدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف الغرفة الجنائية الأولى التابعة للمجلس الأعلى والمترتبة من السادة:

بغدادی جیلالی - رئيس الغرفة

مطاري أحمد - مستشار مقرر

ماندي أحمد - مستشار

بمحضر السيد: عمر بلحاج - المحامي العام

بمساعدة السيد: ربيع الباز - كاتب الضبط

الرئيس

المستشار المقرر

الكاتب

## الملحق رقم « 6 »

### الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أصدر المجلس الأعلى الغرفة الجنائية الأولى في جلسته المنعقدة علنيا بتاريخ: 29 جانفي 1980،  
وبعد المداولة قانونا القرار الاتينصه بين:

(1) النائب العام لدى مجلس المدينة.

(2) للماية مصطفى طرف مدني.

المدعين في الطعن بالنقض من جهة

وكحلي إبراهيم متهم

المدعى عليه من جهة أخرى

بعد الاستماع إلى السيد المستشار لبني مختار تلاوة تقريره وإلى المحامي العام السيد: قسول عبد  
القادر في طلباته.

وبعد الاطلاع على الطعن بالنقض الذي رفعه كل من النائب العام لدى مجلس المدينة، والأطراف المدنية  
وهم للماية مصطفى وأولاده القصرء التسعة ضد الحكم الصادر بتاريخ: 28 ديسمبر 1978 من محكمة  
الجنایات بالمدينة القاضي ببراءة كحلي إبراهيم المتهم بالقتل العمد، وبرفض مطالب الأطراف المدنية.

أولا/ فيما يخص طعن النيابة العامة:

حيث أثار النائب العام لدى مجلس المدينة في مذكرته وجها وحيدا مأخوذا من خرق الإجراءات  
الجزهرية، ولا سيما المادة: 305 إجراءات جزائية باعتبار أن محكمة الجنایات طرحت على أعضائها سؤالا  
واحدا وهو: « هل أن المتهم كحلي إبراهيم مذنب لارتكابه جريمة إزهاق عمدا روح للمادية بن مالك » الذين  
أجابوا: بلا، معتبرين أنه كان في حالة دفاع شرعي بينما السؤال المتعلق بالدفاع الشرعي لم يطرح أصلا لا  
ضمن السؤال الأصلي، ولا ضمن سؤال مستقل، والحالة أن دفاع المتهم نفسه قدم مذكرة طلب فيها أمرين:

أولهما: تكيف الجريمة من جنایة قتل عمدا إلى جنحة قتل خطأ.

وثانيهما: إعتبار المتهم أنه كان في حالة دفاع شرعي عملا بالمادة: 40 عقوبات، إلا أن المحكمة  
تغافلت عن طرح السؤالين الاحتياطين، مما يجعل حكمها قابلا للبطلان.

لكن حيث أن النيابة العامة لا يجوز لها أن تطعن في الأحكام الصادرة بالبراءة لصالح القانون وحده،  
وشرط أن لا يضر ذلك بالشخص المقضى ببراءته عملا بالمادة: 496 إجراءات جزائية.

وفضلا عن ذلك، حيث أن سؤال المتعلق بالدفاع الشرعي، لا يشترط فيه أن يكون صريحا، بل يمكن

أن يكون مندرجا ضمنيا في السؤال الرئيسي كما في هذه الحالة.

وحيث أن طرح سؤال احتياطي هو غير لزومي بل هو متروك لتقدير رئيس المحكمة.

ثانيا/ فيما يخص طعن الأطراف المدنية:

حيث قدم الأطراف المدنية مذكرة بواسطة وكيلهم الأستاذ: روجي سعيد المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى ضد الحكم المدني.

حيث أثارَت هذه المذكرة وجها وحيدا مأخوذا من خرق المادة : 316 إجراءات جزائية في فقرتيهما الثانية والثالثة، والمادتين: 127 و128 مدني باعتبار أن الأطراف المدنية في حالة البراءة، يمكن لهم أن يطالبوا بالتعويض علما بأن الوقائع تثبت من دون نقاش بأن المتهم هو الذي قتل الضحية بسلاحه، وإن لم يعاقب جنائيا من طرف المحلفين، فإنه كان على المحكمة أن تشهد بوجود خطأ وتمنع تعويضات عليه، وإن إشارتها إلى المادتين: 127 و128 مدني في الحكم المطعون فيه كان من غير تسبب، لأنها لم تقل في حكم البراءة أن المتهم كان في حالة دفاع عن النفس أو كانت هناك قوة قاهرة.

لكن حيث جاء في تعليل الحكم المدني ما يلي: حيث ثبت من جواب محكمة الجنايات عن السؤال المطروح عليهما أن المتهم كحلي إبراهيم لم يذنب لارتكابه جريمة القتل العمدي على شخص المسمى: للماية بن مالك.

وحيث أنه بمقتضى المادة : 127 مدني أن الشخص إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة إلى آخره، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر.

وحيث أن المادة : 128 من نفس القانون تقول: « من أحدث ضررا وهو في دفاع شرعي عن نفسه أو ماله الخ... كان غير مسؤول الخ ... ».

وحيث أن الحكم الجنائي اعترف للنتهم: كحلي إبراهيم أنه كان في حالة دفاع شرعي، لذلك فإنه أصبح بعيد عن كل مسؤولية فيما يخص موت الضحية، وأن ذوي هذا الأخير ليس لهم ما يؤهلهم للمطالبة بالتعويض.

وحيث أن تعليلا مثل هذا لا يشوبه تقصيرا وغموض.

لهذه الأسباب

يقضي المجلس الأعلى بعدم قبول طعن النائب العام لدى مجلس المدينة، بقبول طعن الأطراف المدنية شكلا ورفضه موضوعا. وبإبقاء مصاريف القضية على عاتق الخزينة العامة.

بهذا أصدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه، من طرف الغرفة الجنائية الأولى التابعة للمجلس الأعلى، والمرتبة من السادة:

رئيس الغرفة

بغداد الجليلي

مستشار مقرر

ليني مختار

مستشار

ناصر العمري

وبحضر السيد: قسول عبد القادر المحامي العام.

وبمساعدة السيد: رابع الباز كاتب الضبط.

الكاتب

المستشار

الرئيس

# الفهارس

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	موضعها من القرآن الكريم	الآية
60	1 - الآية رقم 33 من سورة المائدة	1 - «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله»
66	2 - سورة البقرة، الآية رقم 194.	2 - قوله تعالى: « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله وأعلموا أن الله مع المتقين »
67	3 - سورة الشورى الآيات رقم 39 و40 و41.	3 - قوله تعالى: « والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون، وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله إن الله لا يحب الظالمين ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل»
69	4 - سورة البقرة الآية رقم 190.	4 - قوله تعالى: «وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين»
155	5 - سورة الأنعام، الآية 151	5 - « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق »
155	6 - سورة البقرة، الآية 178	6 - « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »
155	7 - سورة البقرة، الآية 179	7 - قوله: « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون »
155	8 - سورة المائدة، الآية 45	8 - « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص»
158	9 - الآية رقم 4 من سورة النور.	9 - « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا»
159	10 - الآية رقم 38 من سورة المائدة	10 - « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله »
177	11 - الآية رقم 39 من سورة النجم.	11 - « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى »
177	12 - الآية رقم 18 من سورة قاطر.	12 - « ولا تزر وازرة وزر أخرى »

- 177 13 - « كل نفس بما كسبت رهينة » - الآية رقم 38 من سورة المدثر.
- 216 14 - « واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاشهدوا عليهن أربعة منكم » - الآية رقم 15 من سورة النساء.
- 235 15 - « ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة » - الآية رقم 195 من سورة البقرة.
- 237 16 - « واتل عليهم نبأ ابني آدم بالحق إذ قربا قربانا فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر، قال لأقتلنك قال إنما يتقبل الله من المتقين لئن بسطت الي يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك إني أخاف الله رب العلمين إني أريد أن تبوأ بإثمي وإثمك فتكون من أصحاب النار وذلك جزاء الظالمين » - الآيات من 27 إلى 29 من سورة المائدة.
- 237 17 - « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما. ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا » - الايتان رقم 29 و30 من سورة النساء.
- 241 18 - « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم » - الآية رقم 137 من سورة البقرة.
- 267 19 - قوله تعالى: «...وجاوزنا ببني إسرائيل البحر... » - آية 138 من سورة الأعراف.
- 313 20 - « قال يا قوم أرميتم إن كنت على بينة من ربي ورزقني منه رزقا حسنا وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عنه إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب » - الآية رقم 88 من سورة هود.



## فهرس تفريغ الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	تخريجه	الحديث
160	1- رواه البخاري في الصحيح: 131/2، كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: «إن الذين ياكلون أموال اليتامى ظلما» صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت (د/ت).	1 - حديث «اجتنبوا السبع الموبقات.»
	ومسلم: 92/1، كتاب الإيمان(1)، باب بيان الكبائر وأكبرها(38)، رقم(89).	
	انظر صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت.	
216	2- رواه البخاري، باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ورفعوا إلى الإمام، رقم: 6841، انظر فتح الباري: 138/14، دار الفكر، ط/1411، ومسلم، باب رجم اليهود، أهل اللمة، في الزنى، رقم: 1699/26، انظر صحيح مسلم: 1326/3، بتحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب المصري القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت.	2 - « رجم صلى الله عليه وسلم يهوديين زنيا» في قصة: «مجيء اليهود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعهم يهوديان، فذكرت له أنهما زنيا فرجمهما»
217	3 - رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب، كتاب الأفضية(36)، باب(19) القضاء فيمن وجد مع امراته رجلا حديث رقم(18) ج2 ص 737 - 738.	3 - حديث سعيد بن المسيب إذ قال: «أرسل معاوية أبا موسى إلى علي - كرم الله وجهه - يسأل عن رجل وجد مع امراته رجلا فقتله، فقال علي - كرم الله وجهه - لتخبرني لم تسأل عن هذا؟ فقال: إن معاوية كتب إلي، فقال: علي أنا أبو الحسن إن جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا وإلا أعطى برمته يقول يقتل»

- 4 - حديث سعد ابن عبيدة الذي قال فيه سعد للنبي - صلى الله عليه وسلم- : « يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال - صلى الله عليه وسلم - : نعم»
- 4 - رواه مالك في الموطأ عن سعد بن عباد، كتاب 217 الأفضية(36)، باب(19) القضاء فيمن وجد مع امراته رجلا حديث رقم(17) ج2 ص 737.
- 5 - قول النبي - صلى الله عليه وسلم - « من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه »
- 5 - رواه النسائي في سننه، بلفظ: « من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر.» كتاب تحريم الدم، باب من شهر سيفه، ج7 ص117
- 6 - حديث عبد الله بن خباب، إذ قال: سمعت أبي يقول: «تكون فتنة فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل»
- 6 - رواه مسلم، عن أبي بكر، كتاب الفتن، باب تكون فتنة القاعد فيها خير من القائم، انظر مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري: 531 - 532، تحقيق محمد ناصر الدين اللباني، ط3، 1397 هـ - 1977 م.
- 7 - صلى الله عليه وسلم - : « في السن خمس من الإبل ».
- 7 - رواه مالك مرسل في الموطأ، في كتاب العقول، باب(13) العمل في عقل الأسنان.
- 8 - حديث يعلى بن أمية إذ قال: « كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يد الآخر، قال: فانتزع المعضوض يده من في العاض فانتزع إحدى ثناييه فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأهدر ثناييه فحسبت أنه قال: قال النبي - صلى الله عليه ولم - « أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل»
- 8 - رواه البخاري، كتاب الإجارة، باب(5) الأجير في الغزو، انظر اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، محمد فؤاد عبد الباقي: 2/180. دار الريان للتراث، 1407 هـ - 1986 م

## المصادر والمراجع المعتمدة في البحث

### أولاً - المصادر والمراجع باللغة العربية:

أ - مصادر تفسير القرآن العظيم:

1 ( ابن العربي (ت 543 هـ): أبو بكر محمد بن عبد الله ابن أحمد:

1 - أحكام القرآن، بتحقيق علي محمد البجاوي، ج 2، دار الفكر، وطبعتي سنة 1331 هـ وسنة 1376 هـ - 1957 م، هذه الأخيرة للحلبي.

2 ( أبو السعود (ت 951 هـ): قاضي القضاة محمد ابن مصطفى العمادي الحنفي:

2 - تفسير أبي السعود، وإرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، بتحقيق عبد القادر أحمد عطا، ج 2، ط 2، لسنة 1402 هـ - 1982 م، دار الفكر بيروت، الناشر مكتبة الرياض الحديثة.

3 ( الجصاص (ت 370 هـ): أبو بكر أحمد بن علي الرازي

3 - أحكام القرآن، ط 2، لسنة 1370 هـ، نشر دار المصحف القاهرة.

4 ( الرازي (ت 606 هـ): زين الدين محمد بن شمس أبي بكر عبد الرزاق.

4 - تفسير مفاتيح الغيوب المشتهر بالتفسير الكبير، ط سنة 1308 هـ، المطبعة الخيرية، وطبعة 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

5 ( الطبري (ت 310 هـ): أبو جعفر بن جرير:

5 - جامع البيان في تأويل آي القرآن، ج 2 وج 25، مجلد 11، دار الفكر، وطبعة سنة 1373 هـ - 1954 م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، وطبعة سنة 1398 هـ - 1978 م، دار الفكر، بيروت.

6 ( النيسابوري: نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي:

6 - تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان (على هامش تفسير الطبري، جامع البيان) ج 2، ط سنة 1389 هـ - 1978 م، دار الفكر بيروت.

7 ( القرطبي (ت 671 هـ): أبو بكر عبد الله بن محمد أحمد الأنصاري الحزرجي:

7 - الجامع لأحكام القرآن، ج 1 وج 6، دار الكتاب العربي، وطبعة سنة 1387 هـ - 1967 م، دار الكتاب العربي بالقاهر.

8) سيد قطب إبراهيم:

8 - في ظلال القرآن، ط سنة 1397 هـ - 1977 م، دار الشروق.

ب) مصادر الحديث الشريف:

1) ابن الأثير الجزري (ت 505 هـ): أبو محمد بن أحمد بن محمد:

9 - النهاية في غريب الحديث والأثر، بتحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد

الطناحي، ج 3، دار الفكر وط 1 منه لسنة 1322 هـ.

2) البخاري (ت 256 هـ) الإمام أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة

بروذيته الجعفي:

10 - الجامع الصحيح، مجلد 3، ج 3 وج 8، طبعة كتاب الشعب وطبعة سنة

1401 هـ - 1981 م، دار الفكر.

3) الزبيدي أبو العباس زين الدين أحمد بن أحمد عبد اللطيف الشرجي:

11 - التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح، ج 1، ط سنة 1347 هـ، مطبعة

الخليبي.

4) العسقلاني (ت 852 هـ): أحمد بن علي بن حجر:

12 - فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه محمد فؤاد عبد الباقي، أخرجه

محب الدين الخطيب، ج 12، دار المعرفة.

5 - القسطلاني (ت 923 هـ): أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد:

13 - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، وبهامشه صحيح مسلم بشرح النووي،

ط سنة 1404 هـ - 1984 م، دار الكتاب العربي لبنان.

5) السيوطي (ت 911 هـ): جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر:

14 - الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، ط. سنة 1321 هـ بالمطبعة الخيرية

بمصر، وط دار الفكر بيروت.

6) الشوكاني (ت 1250 هـ): محمد بن محمد بن علي بن محمد:

15 - نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج 5، ط سنة

1391 هـ، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، ج المعاجم.

ج - المعاجم:

- (1) ابن منظور (ت 711 هـ): محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري:  
16 - لسان العرب المحيط، معجم لغوي علمي، قدم له العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف يوسف خياط، ج 2.  
(2) أبو جيب سعدي:  
17 - القاموس الفقهي، لغة وإصطلاحاً، ط 2 لسنة 1408 هـ - 1988 م، دار الفكر، دمشق.  
(3) الرازي (ت 666 هـ): محمد بن أبي بكر بن عبد القادر:  
18 - مختار الصحاح، ط سنة 1401 هـ - 1981 م، نشر دار الكتاب العربي، بيروت.  
(4) المناوي (ت 1031 هـ): محمد بن عبد الرزاق:  
19 - التوقيف على مهمات التعاريف، معجم لغوي مصطلحي، تحقيق د/محمد رضوان الدابة، ط 1، سنة 1410 هـ - 1990 م، دار الفكر المعاصر، بيروت ودار الفكر، دمشق.  
(5) الزمخشري (ت 538 هـ): جاد الله أبو القاسم محمود بن محمد الخوازمي:  
20 - أساس البلاغة، ج 4، ط 2 لسنة 1973، دار الكتاب.  
(6) الفيروز آبادي (ت 817 هـ): مجد الدين محمد بن يعقوب:  
21 - القاموس المحيط، ج 4، ط سنة 1302 هـ.  
(7) د/قلعجي محمود رواس ود/قنبيبي حامد صادق:  
22 - معجم لغة الفقهاء، ط 1 لسنة 1405 هـ - 1985 م، دار النفائس.  
(8) القوني (ت 978 هـ): الشيخ قاسم.  
23 - أنيس الفقهاء، بتحقيق د/الكبيسي أحمد بن عبد الرزاق، ط 2 لسنة 1407 هـ - 1987 م، نشر دار الوفاء للنشر والتوزيع، مؤسسة الكتب الثقافية.  
(9) المقرئ (ت 770 هـ) أحمد بن محمد بن علي:  
24 - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، طبعة سنة 1312 هـ.

د - التاريخ والعقائد والمعارف العامة:

( 1 ) ابن خلدون (ت 808 هـ): العلامة عبد الرحمن.

25 - المقدمة الجزء الأول من كتاب (العبر وديوان المبتدأ والخبر...)، طبعة حجرية

من مكتبة الشيخ خير الدين بجامعة الأمير عبد القادر.

( 2 ) ابن حزم (ت 456 هـ): الإمام أبي محمد علي بن أحمد.

ابن سعيد الظاهري:

26 - الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج 4 بتحقيق الدكتورين محمد إبراهيم نصير

وعبد الرحمن عميرة، شركة مكتبة عكاظ.

( 3 ) الأشعري (ت 324 هـ): الإمام أبي الحسن علي بن إسماعيل:

27 - مقالات الإسلاميين، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج 2.

هـ 1 - مصادر الفقه العام

( 1 ) البحر اروي عبد الرحمن الحنفي، ومجموعة من علماء الهند:

28 - الفتاوي الهندية أو العالمكزية، ج 2، ط 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

( 2 ) البخاري (ت 546 هـ): أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن:

29 - محاسن الإسلام وشرائع الإسلام، بهامشه مراتب الإجماع لابن حزم، نقد مراتب

الإجماع لابن ثيمية، ط 2، نشر دار الكتاب العربي، بيروت.

( 3 ) دكتور الزحيلي وهبة

30 - الفقه الإسلامي وأدلته، ط 1، لسنة 1404 هـ - 1984 م، دار الفكر بدمشق.

( 4 ) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية:

31 - الموسوعة الفقهية، ط 3 لسنة 1405 هـ - 1984 م.

هـ 2 - مصادر الفقه المالكي

( 1 ) الأبى صالح بن عبد السميع الأزهرى:

32 - جواهر الإكليل، شرح مختصر خليل، ج 2، دار إحياء الكتب العربية.

( 2 ) ابن رشد (ت 595 هـ): الإمام أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد

القرطبي الأندلسي:

- 33 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 8 لسنة 1406هـ - 1986م، دار المعرفة، بيروت، وطبعة دار الفكر ومكتبة الخانجي.
- (3) ابن فرحون (ت 799هـ): برهان الدين إبراهيم ابن الإمام شمس الدين علي بن محمد المالكي:
- 34 - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 2، ط سنة 1300هـ ببولاق وطبعة سنة 1303هـ وطبعة سنة 1378هـ - 1958م، بهامش فتح العلي المالك.
- (4) البناني محمد:
- 35 - حاشية على شرح الزرقاني، مجلد 4، ج 8، دار الفكر بيروت.
- (5) الخطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرغيني:
- 36 - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 6، ط سنة 1329هـ، مطبعة السعادة بمصر.
- (6) الدردير (ت 1201هـ): أبو البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العدوي:
- 37 - أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، سلسلة الثقافة الإسلامية، مكتبة رحاب الجزائر.
- 38 - الشرح الكبير على مختصر خليل، ج 4، ط سنة 1373هـ، المكتبة التجارية، المطبعة الأزهرية.
- د - التاريخ والعقائد والمعارف العام
- (7) الدسوقي (ت 1230هـ): شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة:
- 39 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير وبهامشه تقارير لعليش الشيخ محمد، ج 4، دار الفكر وطبعة سنة 1373هـ، المطبعة الأزهرية، وطبعة بولاق.
- (8) الزرقاني (ت 1122هـ): عبد الباقي:
- 40 - شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، مجلد 4، ج 8، دار الفكر بيروت.
- (9) محمد علي بن الشيخ حسين مفتي الديار المالكية:
- 41 - تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية (بهامش الفروق لقرافي)، ج 4، عالم الكتب، وط 1 لسنة 1346هـ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية

10 (المواق (ت 797هـ): محمد بن يوسف العبددي:

42 - التاج والإكليل مختصر خليل، ج 6، ط سنة 1313هـ، مطبعة الميمنية بالقاهرة  
وطبعة سنة 1329 هـ مطبعة السعادة بمصر، وطبعة بهامش مواهب الجليل، ج 6 ط 1329هـ،  
مطبعة السعادة بمصر.

11 (مالك (ت 179 هـ): الإمام مالك بن أنس الأصبحي:

43 - المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التلوخي عن الإمام عبد الرحمن  
بن القاسم عن مالك - رضي الله عنهم - ج 16، ط 1 لسنة 1323هـ، مطبعة السعادة  
بمصر.

12 (عليش (ت 219 هـ) الشيخ محمد:

44 - شرح منح الجليل على مختصر خليل، طبعة سنة 1394 هـ المطبعة العامرة  
بمصر.

13 (القرافي (ت 684 هـ): أبو العباس أحمد ابن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي:

45 - الفروق، ج 4 عالم الكتب، وط 1 لسنة 1346هـ، مطبعة دار إحياء الكتب  
العربية.

3 هـ - مصادر الفقه الحنفي:

1 (ابن عابدين (ت 1252 هـ): محمد أمين بن عمر ابن عبد العزيز الدمشقي:

46 - حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3 طبعة سنة 1349هـ، وطبعة  
سنة 1324هـ.

2 (ابن الهمام (ت 861 هـ): كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الحنفي:

47 - فتح القدير، شرح الهداية للمرغيناني، ج 4، طبعة سنة 1329هـ المطبعة  
الميمنية بمصر، وطبعة سنة 1356هـ، مطبعة مصطفى محمد.

3 (ابن النجار محمد تقي الدين أحمد الفتوح:

48 - منتهى الإرادات قسم 2، بتحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، مكتبة دار  
المعرف.

4 (البابرتي (ت 876 هـ): الإمام أكمل الدين محمد بن محمود:

49 - شرح العناية على الهداية، ج 8، ط 1 لسنة 1418هـ، مطبوع بهامش تكملة



فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية.

(5) الخصكفي (ت 1088هـ): محمد بن علي محمد علاء الدين:

50 - الدر المختار، شرح تنوير الأبصار على هامش حاشية ابن عابدين، ج 2، طبعة سنة 1324هـ، مطبعة صبيح.

51 - شرح الدر المختار، مطبعة صبيح.

(6) الزيلفي (ت 742هـ): عثمان بن علي:

52 - تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق، ج 6، ط 1 لسنة 1313هـ، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق.

(7) الطوري محمد بن حسن بن علي:

53 - تكملة البحر الرائق، ط 1، المطبعة العلمية.

(8) الطحاوي (ت 321هـ): أحمد بن محمد بن سلامة ابن سلمة الأزدي:

54 - حاشية على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط 4، طبعة سنة 1383هـ، المطبعة الأميرية ببولاق.

(9) الكاساني (ت 587هـ): أبو بكر مسعود الحنفي:

55 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 1 لسنة 1328هـ، مطبعة الجمالية بمصر.

56 - درر الأحكام، شرح غرر الأحكام ج 2 طبعة سنة 1394هـ، المطبعة الوهبية بمصر.

(10) منلا خسر ومحمد بن فراهوز:

57 - رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج 1، طبعة سنة 1320هـ، بالمطبعة اليمينية بمصر.

(11) العيني (ت 855هـ): بدر الدين محمود أحمد.

12 - سعدي جلي (ت 945هـ): سعد اله بن عيسى لمفتي الشهير بسعدي أفندي.

58 - حاشية على العناية شرح الهداية، ج 8، ط 1 لسنة 1318هـ، المطبعة الأميرية الكبرى.

(13) اليميني (ت 800هـ): أبو محمد العابدي:

59 - الجوهرة النيرة، ج 2، طبعة سنة 1301هـ بالأستانة وطبعة سنة 1322هـ بالمطبعة

الخيرية بالقاهرة.

هـ 4 - مصادر الفقه الحنبلي:

- (1) ابن قدامة (ت 620 هـ): موفق الدين عبد الله ابن أحمد بن محمد المقدسي.  
60 - المغني على مختصر الخرقي، بتحقيق وتعليق محمد سالم محسن وشعبان محمد إسماعيل المدرسان بالأزهر الشريف، ج 8، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، وط 1 و 2 لسنتي 1348 هـ، 1367 هـ، دار المنار.
- (2) ابن قدامة (ت 682 هـ): شمس الذي عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي:  
61 - الشرح الكبير على متن المقنع، ج 8، مطبوع بذييل المغني، ط 1 لسنة 1348 هـ، مطبعة المنار، وط 2 لسنة 1367 هـ.
- (3) ابن مفلح (ت 763 هـ): الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد:  
62 - كتاب الفروع وعلى هامشه تصحيح الفروع لأبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الصالحي، راجعه عبد الستار أحمد فراح سنة 1388 هـ - 1967 م، ج 9، عالم الكتب.
- (4) ابن النجار (ت 972 هـ): محمد تقي الدين بن أحمد الفتوح:  
63 - منتهى الإرادات بتحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، طبعة سنة 1962 م، مكتبة دار العروبة.
- (5) ابن القيم (ت 751 هـ): أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية:  
64 - زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 4، طبعة سنة 1381 هـ بمطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.
- 65 - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، قدم له وعرف به محمد محي الدين عبد الحميد، طبعة سنة 1380 هـ - 1960 م.
- (6) أبو البركات (ت 652 هـ): الشيخ مجد الدين:  
66 - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بتحقيق محمد حامد الفقي، ج 2، دار الكتاب العربي بيروت.
- (7) البهوتي (ت 1051 هـ): منصور بن يونس:  
67 - شرح منتهى الإرادات، طبعة سنة 1369 هـ - 1947 م، مطبعة أنصار السنة.  
68 - كشف القناع على متن الإقناع، طبعة سنة 1319 هـ.

5هـ - مصادر الفقه الشافعي:

1 (الأنصاري (ت 926هـ) زكرياء بن محمد بن زكرياء:

69 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 4، مطبعة الميمنية بمصر

2 ( - ابن دقيق العيد الشيخ تقي الدين ابن الفتح

70 - إحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام، ج 3، دار الفكر.

3 (البجرمي الشيخ سليمان:

71 - حاشية على مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 4، دار الفكر.

4 ( - الباجوري: الشيخ إبراهيم:

72 - حاشية على شرح العلامة ابن قاسم الغربي على متن الشيخ ابن شجاع، ج 2،

دار الفكر.

5 (الدمشقي تقي الدين أبو بكر محمد الحصني:

73 - كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ج 2، عنى بطبعة عبد الله بن إبراهيم

الأنصاري، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر. وطبعة سنة 1356هـ - 1937م،  
مطبعة الحلبي.

6 (الرملي (ت 1004هـ): شمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد:

74 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة سنة 1292هـ ببولاق وطبعة سنة

1292هـ ببولاق وطبعة سنة 1380هـ - 1967م بمطبعة الحلبي بمصر.

7 ( - الكوهجي الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن:

75 - زاد المحتاج بشرح المنهاج، بتحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، طبع على

نفقة الشؤون الدينية بقطر، ج 4، ط 1.

8 (المحلى (ت 862هـ): جلال الدين محمد بن أحمد:

76 - شرح منهاج الطالبين للنووي، ج 4، ط 3 لسنة 1375هـ - 1956م بهامش

حاشية قلوبوي وعميرة، مطبعة الحلبي.

9 (المزني أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى:

77 - مختصر المزني بهامش كتاب الأم للإمام الشافعي - رضي الله عنه - ج 5

طبعة سنة 1968م، طبعة الشعب.

9 (النووي محي الدين أبو زكرياء يحيى بن شرف:

78 - منهاج الطالبين وعمدة المفتين في فقه الإمام الشافعي، طبعة سنة 1338هـ، مطبعة الحلبي.

(10) عميرة (ت 957هـ): شهاب الدين أحمد البرلسي.

79 - حاشية على منهاج الطالبين، ج 4، دار الفكر، ط 3 لسنة 1375هـ - 1956م، مطبعة الحلبي.

(11) العقبي محمد حسين:

80 - المجموع، شرح المذهب - التكملة الثانية - مطبعة الإمام بمصر.

(12) الغزالي (ت 505هـ): الإمام محمد بن محمد أبو حامد.

81 - إحياء علوم الدين، مجلد 2، مكتبة الوكيل الدروبي، دمشق وطبعة سنة

1311هـ للمطبعة اليمينية بمصر، وطبعة سنة 1326هـ بالمطبعة المشرقية بمصر، وطبعة سنة 1958م بمطبعة محمد علي صبيح.

(13) القليوبي (ت 1069هـ): أبو العباس أحمد بن أحمد بن سلامة شهاب الدين:

82 - حاشية على شرح منهاج الطالبين للنووي شرح المحلى، ج 4، دار الفكر، وط 3

لسنة 1375هـ - 1956م مطبعة الحلبي، وطبعة 1368هـ، مطبعة الحلبي

(14) الشربيني (ت 977هـ): محمد بن أحمد الخطيب.

83 - مفني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 4، طبعة سنة 1352هـ 1933م،

مطبعة الحلبي بمصر، وطبعة سنة 1374هـ - 1955م، نشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

(15) الشافعي (ت 204هـ): الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس:

84 - الأم، ج 6، ط 1 لسنة 1324هـ، المطبعة الأميرية الكبرى وطبعة سنة 1968م

طبعة كتاب الشعب، طبعة دار المعرفة، لبنان.

(16) الشبراملسي (ت 1087هـ): أبو الضياء نور الدين علي بن علي:

85 - حاشية على شرح المنهاج، ج 8، مطبوع مع نهاية المحتاج، طبعة سنة 1292هـ

بيولا، وطبعة سنة 1386هـ - 1967م بمطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

(17) الشرواتي الشيخ عبد الحميد:

86 - حاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، طبعة سنة 1315هـ، المطبعة اليمينية

بمصر.

(87) الهيثمي أحمد بن حجر:

88 - تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ط 1، المطبعة اليمينية بمصر.

هـ 6 - مصادر الفقه الظاهري:

- 1 - ابن حزم (ت 456 هـ): المحافظ أبي محمد علي بن أحمد ابن سعيد:
- 89 - المحلى، ج 11، بتحقيق محمد منير الدمشقي، نشر وتصحيح إدارة الطباعة المنيرية، ط 1، لسنة 1352 هـ، وطبعة دار الفكر.
- 90 - مراتب الإجماع مطبوع مع محاسن الإسلام.. للبخاري، ط 2، دار الفكر العربي بيروت، لبنان.

هـ 7 - مصادر الفقه الشيعي:

- 2 (الخلبي (ت 676 هـ): أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن:
- 91 - المختصر النافع في فقه الإمامية، ط 2 لسنة 1378 هـ - 1958 م.
- 3 (المرتضى (ت 840 هـ): أحمد بن يحيى:
- 92 - البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، طبعة سنة 1368 هـ - 1949 م، مطبعة أنصار السنة بمصر.
- 4 (العنسي أحمد بن قاسم اليماني الضعاعي:
- 93 - التاج المذهب لأحكام المذهب، شرح متن الإزهار في فقه الأئمة الأطهار، طبعة سنة 1366 هـ - 1947 م.

هـ 8 - مصادر الفقه الإباضي:

- 1 (أطفيش محمد بن يوسف:
- 94 - شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج 4 مكتبة الإرشاد، جدة.

و - المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي المقارن:

- 1 (أبو زهرة الإمام محمد:
- 95 - العقوبة، طبعة سنة 1974 م، دار الفكر العربي.
- 2 (بكوش المستشار يحيى:
- 96 - الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ط 2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

(3) د/ بهنسي أحمد فتحي:

97 - المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، ط 3 لسنة 1404 هـ - 1984 م، دار

الشروق.

98 - الدية في الشريعة الإسلامية، ط 4 لسنة 1403 هـ - 1983 م، دار الشروق.

99 - نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط 4 لسنة 1403 هـ - 1983 م،

دار الشروق.

(4) د/حسن يوسف علي محمود:

100 - الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد وأجزئتها المقررة في الفقه

الإسلامي، طبعة سنة 1982 م، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

(5) د/الحكيم سعيد عبد المنعم:

101 - الحريات العامة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، مطبوعة على الآلة

الكاتبة، ومنسوخ منها نسخة على آلة النسخ، تاريخها 1.1.1976، توجد النسخة بمكتبة  
جامعة الأمير عبد القادر.

(6) د/الخفيف علي:

102 - نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط

1 لسنة 1389 هـ - 1970 م، دارالفكر.

(7) د/خضر عبد الفتاح:

103 - النظام الجنائي أسسه العامة في الإتجاه المعاصر والفقه الإسلامي، ج 1،

طبعة سنة 1402 هـ - 1982 م.

(8) د/الدريني فتحي:

104 - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، نظرية التعسف في استعمال الحق، بين

الشريعة والقانون، دار الفكر.

(9) د/الزحيلي وهبة:

105 - نظرية الضرورة الشرعية، ط 2 لسنة 1399 هـ - 1979 م، مؤسسة الرسالة.

106 ( نظرية الضمان، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة

مقارنة، طبعة 1982، دار الفكر، دمشق.

(10) د/مذكور محمد سلام:

- 107 - الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، ط 2 لسنة 1965 م، دار النهضة العربية.
- ( 11 ) النواوي عبد الخالق:
- 108 - التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط 2 لسنة 1974 م، دار الثقافة، لبنان.
- ( 12 ) د/عوض محمد:
- 109 - دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، شرح قانون العقوبات الليبي.
- ( 13 ) د/عوض أحمد إدريس:
- 110 - الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ط 1 لسنة 1986 م، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان.
- ( 14 ) عودة عبد القادر:
- 111 - التشريع الجنائي الإسلامي - مقارنا بالقانون الوضعي - ج 2، ط 5 لسنة 1404 هـ - 1984 م، مؤسسة الرسالة.
- ( 15 ) د/سلطان حامد:
- 112 - أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، طبعة سنة 1970 م، دار النهضة العربية.
- ( 16 ) د/وهبة توفيق علي:
- 113 - الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية، شركة عكاظ للنشر والتوزيع.
- ز - مصادر ومراجع أصول الفقه
- ( 1 ) الأمدي (ت 631 هـ): سيف الدين الحسن علي بن علي بن محمد:
- 114 - الإحكام في أصول الأحكام، ج 1، مكتبة محمد علي صبيح.
- ( 2 ) ابن نجيم (ت 970 هـ): الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفى:
- ( 115 ) الأشباه والتظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة، طبعة سنة 1308 هـ، مطبعة وادي النيل المصرية.
- ( 3 ) خلاف عبد الوهاب:
- 116 - علم أصول الفقه، ط 9 لسنة 1390 هـ - 1970 م، نشر دار القلم.

- 4 ( الحضري بك الشيخ محمد:
- 117 - أصول الفقه، ط 2 لسنة 1352هـ - 1933 م، المطبعة الرحمانية بمصر، نشر المكتبة التجارية الكبرى.
- 5 ( مغنية محمد جواد:
- 118 - علم أصول الفقه في توبه الجديد، ط 2 لسنة 1980 م، دار العلم للملايين.
- 6 ( العز بن عبد السلام (ت 660 هـ) أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز السلمي.
- 119 - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 2 راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، ط 2 لسنة 1400هـ - 1980 م، دار الجيل، وطبعة سنة 1388هـ - 1968 م مكتبة الكليات الأزهرية.
- 7 ( الفزالي (ت 505 هـ) أبو حامد محمد بن محمد:
- 120 - المستنصفى من علم الأصول، تحقيق محمد مصطفى أبو العلا، ج 1، ط سنة 1971، مكتبة الجندي.
- 8 ( السيوطي (ت 911 هـ) جلال الدين:
- 121 - الأشباه والنظائر، طبعة سنة 1959 م.
- 9 ( الشافعي (ت 204 هـ) الإمام محمد بن إدريس.
- 122 - الرسالة، بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، ط 1 لسنة 1358هـ - 1940 م، مطبعة الحلبي.
- ح - المراجع القانونية باللغة العربية:
- 1 ( د/ الألفي أحمد عبد العزيز:
- 123 - شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، طبعة سنة 1969 م، المكتب المصري للطباعة والنشر الإسكندرية.
- 2 ( د/ أبو الفتوح أبو المعاطي حافظ:
- 124 - شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، طبعة سنة 1984 م، مطبعة النجاح الجديدة.
- 3 ( د/ أبو عامر محمود زكي:
- 125 - قانون العقوبات، القسم الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.



- 126 - قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، طبعة سنة 1981 م، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.
- (3) مكر د/ باشات محمود بهاء الدين:
- 127 مكر - المعاملة بالمثل في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، مقدمة لكتبه حقوق القاهرة، طبعت سنة 1974 م، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية.
- (4) بسيسو سعدي:
- 127 - مبادئ قانون العقوبات، الكتاب الأول، ط 1 لسنة 1964 م، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب.
- (5) بهنام رمسيس:
- 128 - النظرية العامة للقانون الجنائي، ط 3 لسنة 1971، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 129 - الجريمة والمجرم والجزاء.
- (6) التونجي عبد السلام:
- 130 - موانع المسؤولية الجنائية، طبعة سنة 1971 م، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية،
- (7) جمعة عبد المؤمن لطفى، رئيس نيابة النقض المدني:
- 131 - المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية، الكتاب الأول، ج 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- (8) جندي عبد المالك:
- 132 - الموسوعة الجنائية، ج 1، دار المؤلفات القانونية، بيروت.
- (9) د/ حمزة محمود جلال:
- 133 - العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للإلتزام، طبعة سنة 1405 هـ - 1985 م، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- (10) د/ حسني محمود نجيب:
- 134 - شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 4 لسنة 1977، دار النهضة العربية.
- 135 - الإعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، معهد البحوث العربية، طبعة سنة 1979، القاهرة.

- (11) د/حومد عبد الوهاب:
- 136 - شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، طبعة سنة 1972م، المطبعة  
العصرية، الكويت.
- (12) الخطيب عدنان:
- 137 - محاضرات عن النظرية العامة في قانون العقوبات السوري، طبعة سنة  
1957م.
- (13) د/الذهي إدوارد غالي:
- 138 - حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، المكتبة الوطنية بن غازي، ليبيا.
- (14) د/راشد علي أحمد:
- 139 - القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة.
- 140 - موجز القانون الجنائي، ط 3 لسنة 1953.
- 141 - القانون الجنائي، طبعة سنة 1974م، دار النهضة العربية.
- 15 - محمد رشاد متولي:
- 142 - جرائم الإعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، طبعة 2 سنة  
989، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- (16) محمود إبراهيم إسماعيل.
- 143 - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، ط 1 لسنة 1364هـ -  
1945م.
- (17) مصطفى محمد محمود:
- 144 - شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 2 لسنة 1967، دار النهضة العربية،  
القاهرة، وط 8 وط 9 لسنة 1974م.
- (18) مرقس شليمان:
- 145 - المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، طبعة سنة  
1971م، معهد البحوث والدراسات العربية.
- (19) د/المرصفاوي حسين صادق:
- 146 - قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، طبعة سنة 1972م، معهد  
البحوث والدراسات العربية.

(20) د/ نواصر العايش:

147 - تقنين العقوبات، مطبعة عمار قرفي، باتنة.

(21) د/ صفوت أحمد:

148 - شرح القانون الجنائي، القسم العام، طبعة سنة 1928م، مطبعة الإعتدال

بمصر.

(22) د/ عبید رؤوف.

149 - جرائم الإعتداء على الأشخاص والذموال، ط 6 لسنة 1974م، دار الفكر

العربي.

150 - في التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون، طبعة سنة

1971 م، الهيئة العامة للكتاب والأجهزة العلمية، مطبعة جامعة عين شمس.

151 - شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 3 لسنة 1966م.

(23) د/ عاطف النقيب.

152 - النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر - ط

1 لسنة 1983 م، منشورات عويدات، بيروت وباريس.

(24) عامر حسين وعبد الرحيم، المستشارين:

153 - المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط 2 لسنة 1979 م، دار المعارف.

(25) غوريف وسيدوغين:

154 - النشاط التشريعي في الإتحاد السوفياتي، طبعة سنة 1977م، دار التقدم

مسكو.

(26) د/ فرج رضا:

155 - شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، الشركة الوطنية للنشر

والتوزيع، الجزائر.

(27) الفاضل محمد:

156 - المبادئ العامة في التشريع الجزائري، طبعة سنة 1398/1397هـ -

1978/1977م، مطبعة الداودي، دمشق.

(28) القللي محمد مصطفى:

157 - في المسؤولية الجنائية، طبعة سنة 1948، مطبعة جامعة فؤاد الأول.

- 29) السعدي حميد:
- 158 - مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، طبعة سنة 1971م، مطبعة المعارف، بغداد.
- 30) السعيد مصطفى السعيد:
- 159 - الأحكام العامة في قانون العقوبات طبعة سنة 1962م.
- 31) السنوسي محمد الطاهر:
- 160 - المرشد الدقيق في أعمال التحقيق، ج 1، ط 2 لسنة 1381هـ - 1961م، المطبعة الفصرية بتونس.
- 32) سليمان عبد الله:
- 161 - شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج 1، دار الهدى، عين أمليلة.
- 33) سلامة مؤمن محمد:
- 162 - قانون العقوبات، القسم العام، ط 2 لسنة 1976م، دار الفكر العربي.
- 34) د/ السنهوري عبد الرزاق/
- 163 - الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ط 2 لسنة 1964، دار النهضة العربية وطبعة دار إحياء التراث العربي.
- 35) د/ السباصي إبراهيم:
- 164 - الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني.
- 36) د/ الشاوي توفيق محمد:
- 165 - تعليقات وشرح مقارن على مجموعة القانون الجنائي المغربي الجديد.
- 37) يكن زهدى: رئيس غرفة لدى محكمة التمييز:
- 166 - المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، ط 1، منشورات المكتبة العصرية صيدا وبيروت.

ط - الرسائل العلمية:

1) د/ اخنوخ إبراهيم زكي:

167 - حالة الضرورة في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه دولة، قدمت لكلية حقوق

القاهرة، طبعة سنة 1969 م، دار النهضة العربية.

(2) جبر محمد الفضيلات (أستاذ بجامعة الأمير عبد القادر سابقاً):

168 - سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة مقدمة للمعهد العالي لقضاء المملكة العربية السعودية سنة 1404 هـ - 1984 م، ج 2، ط 1 لسنة 1408 هـ - 1987 م، نشر دار عمار، الأردن.

(3) دحماني الزهراء:

169 - نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، قدمت لمعهد الحقوق جامعة الجزائر سنة 1985 م.

(4) متيجي رشيدة:

170 - تجاوز الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير قدمت لمعهد الحقوق جامعة الجزائر سنة 79/78 م.

(5) مالكي محمد الأخضر:

171 - قرينة البراءة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة، قدمت لجامعة قسنطينة، معهد الحقوق في السنة الدراسية 93/92 م مطبوعة على الآلة الراقنة.

(6) د/ نور أحمد حافظ:

172 - جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه دولة قدمت لكلية حقوق القاهرة، طبعة سنة 1958 م، مطبعة نهضة مصر.

(7) د/ عبد التواب محمد سيد:

173 - الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 1 لسنة 1983 م، نشر عالم الكتب.

(8) د/ العطار داود سليمان:

174 - تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه دولة، قدمت لكلية الحقوق جامعة القاهرة، طبعت سنة 1397 هـ - 1977 م.

(9) د/ عامر عبد العزيز:

175 - التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه دولة، قدمت لكلية حقوق القاهرة، ط 4 لسنة 1389 هـ - 1969 م.

(10) د/ قاسم يوسف:

176 - نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، رسالة دكتوراه دولة مقدمة لكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، طبعة سنة 1399هـ - 1979م، دار النهضة العربية، القاهرة.

س - البحوث والمقالات:

(1) د/رمضان عمر السعيد:

177 - بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم. مجلة القانون والاقتصاد، عدد 3 لسنة 1964م.

(2) طنطاوي المستشار علي عبد الإله:

178 - حالة الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. مجلة منبر الإسلام العدد الأول من السنة 36 بتاريخ سنة 1398هـ.

(3) د/المجنوب أحمد علي:

179 - الدفاع الشرعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. مجلة الوعي الإسلامي، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، عدد 96 لشهر ذي الحجة من سنة 1392هـ - 1973م.

(4) فوزية عبد الستار:

180 - خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة. مجلة القانون والاقتصاد، السنة 42 بتاريخ سبتمبر - ديسمبر 1972م.

(5) د/السباصي إبراهيم:

181 - تطبيق نظرية الدفاع الشرعي على عذر الإستفزاز في قانون العقوبات الجزائري. مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، عدد جويلية لسنة 1982م.

(6) د/يسر أنور علي:

182 - الدفاع الشرعي، دراسة لمبدأ المشروعية. المجلة الجنائية القومية، مجلد 13 لسنة 1970م.

ي - مجموعات القوانين والأحكام القضائية:

(1) 183 - المجلة القضائية الجزائرية، عدد 4 لسنة 1989م، صادرة عن المصالح

التقنية للمحكمة العليا.

- (2) 184 - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد الجنائية بمصر، الأجزاء 1 و2 و3 و4 و5 و6 و7.
- (3) 185 - مجموعة أحكام محكمة النقض بمصر، نشر المكتب التقني لمحكمة النقض للسنوات 1 و2 و3 و4 و5 و6 و7 و8 و9 و12 و13 و15 و17 و19 و23 و24.
- 4/186 - مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، نقله إلى العربية عبد العزيز فهمي، ط 1 لسنة 1946 م، دار الكتاب المصري.
- 5/187 - مجموعة إجتهاادات محكمة التمييز الجزائرية اللبنانية، ج 4، ط 2 لسنة 1407 هـ - 1987 م، للدكتور سمير عالية، قاض وأستاذ بالجامعة اللبنانية.
- 6/188 - قانون العقوبات الجزائري، مع التعديلات التي أدخلت عليه، إعداد محمد الطالب يعقوبي، طبعة سنة 1977 م، مكتبة الشركة الجزائرية.
- 8/189 - سلسلة قضائية نشرت بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل.
- 8/190 - القانون المدني الجزائري: سلسلة قضائية نشرت بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 9/191 - مشروع القانون الجنائي لسنة: 1988 معلقا عليه من طرف كل من الأستاذ حافظ الشيخ، ود/ حسن عبد الله الترابي، إعداد: رابطة المحامين الإسلاميين بالسودان، نشر دار هاييل.

### ثانيا: المصادر والمراجع باللغة الفرنسية:

- : 1) BOUZAT Pierre et Pental Jean  
- Traité de Droit pénal et de criminologie (Thèse). E. Paris, 1331.
- : 2) BOUZAT Pierre  
- Traité théorique de Droit pénal. E. Paris, 1951.
- : 3) BURDEAU  
- Science politique, Tome 2ème E. 1967. S.L.
- : 4) BUCHEIN  
- Division de travail social, 5ème E. Paris, 1927.
- : 5) DEGOIS (G)  
- Traité théorique élémentaire de Droit criminel. E. Paris 1911.
- : 6) DONNEDIEU (H) de Vabre  
- Traité élémentaire de Droit criminel et Science pénitentiaire, 9ème E., Paris 1947.

- 7) Précis de Droit criminel. E. Paris 1946.
- : 8) GARRAUD René  
- Traité théorique et pratique de Droit pénal français; T. 2, E. Paris 1914.
- : 9) GARÇON Emile  
- Code pénal annoté; T. 2, Article 328. E. Paris 1956.
- : 10) GRANDMOULIN  
- Le Droit pénal égyptien, indigène; E. Le Caire 1908.
- : 11) GEORE (Vidal) et Manol (Joseph)  
- Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire; E. Paris 1970.
- : 12) HEGEL  
- Philosophie de Droit; E. Paris 1839.
- : 13) HUGNEZ  
- Cours de Droit criminel; E. Paris 1950.
- : 14) HAUS (J.I.)  
- Principes généraux de Droit pénal Belge, E. 1979.
- : 15) LARGUIR (J)  
- Droit pénal général et procédure pénale, E. Paris 1931.
- : 16) MARLE et VITO  
- Traité de Droit criminel, E. Paris 1967.
- : 17) PRODEL (J)  
- Droit pénal, T. 1, Introduction Droit pénal général; E. Paris S.D.
- : 18) ROMACHKINE (P) Professeur  
- Droit Soviétique, traduit au français par LEON PIATEGORSKI, S.E. et D.
- : 19) ROUX (JA)  
- Cours de Droit criminel français, E. PARIS 1927.
- : 20) STEFANI (G) et LEVASSEUR (G)  
- Droit pénal général et procédure pénale, T. 1. E. Paris 1964.
- : 21) SAMMIR CHAMMAS  
- La légitime défense, Etude de Droit comparé en Droit français et Droit Libanais (Thèse D.E.), Paris (1973), dactylographiée.
- : 22) TSARBALAS  
- Le moment et la durée des infractions pénales (Thèse), E. Paris 1967.
- : 23) VIDAL GEORE et MAGNOL JOSEPH  
- Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire, E. Paris 1967.



# فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
1 - هـ	المقدمة
	<b>الفصل التمهيدي:</b>
1	بحث سيع مسائل أولية تتعلق بالدفاع الشرعي
3	المبحث الأول: التعريف بالدفاع الشرعي
3	المطلب الأول: معنى الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية
9	المطلب الثاني: معنى الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
14	المطلب الثالث: التعريف الذي أراه للدفاع الشرعي
	المطلب الرابع: معنى الدفاع الشرعي في نظامين اجتماعيين وقانونيين مختلفين
16	الفرع الأول: معنى الدفاع الشرعي في النظم الاجتماعية والقانونية الليبرالية
17	الفرع الثاني: معنى الدفاع الشرعي في النظم الاجتماعية والقانونية الاشتراكية
19	
22	المبحث الثاني: نطاق الدفاع الشرعي
22	المطلب الأول: نطاق الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية
26	المطلب الثاني: نطاق الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
31	المطلب الثالث: نطاق الدفاع الشرعي في بعض النظم العربية
31	الفرع الأول: نصوص المواد التي تتضمن نظرية الدفاع الشرعي
	الفرع الثاني: مناقشة نصوص المواد المتضمنة نظرية الدفاع الشرعي في قوانين العقوبات العربية
35	
43	المبحث الثالث: أساس الدفاع الشرعي

43	المطلب الأول: أساس الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية
49	المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
61	المبحث الرابع: حكم الدفاع الشرعي
62	المطلب الأول: حكم الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية
64	المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
65	المبحث الخامس: مصدر الدفاع الشرعي
66	المطلب الأول: مصدر الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية
73	المطلب الثاني: مصدر الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
75	المبحث السادس: التفرقة بين الدفاع الشرعي والنظم المشابهة له
76	المطلب الأول: علاقة الدفاع الشرعي بموانع المسؤولية
78	المطلب الثاني: علاقة الدفاع الشرعي بموانع العقاب
80	المطلب الثالث: علاقة الدفاع الشرعي بسقوط القصاص
81	المطلب الرابع: علاقة الدفاع الشرعي بحالة الضرورة
84	المطلب الخامس: علاقة الدفاع الشرعي بالإكراه
85	المطلب السادس: علاقة الدفاع الشرعي بالمبارزة
86	المطلب السابع: علاقة الدفاع الشرعي الدولي بالمعاملة بالمثل
88	المبحث السابع: علاقة الدفاع الشرعي بالنهي عن المنكر
89	المطلب الأول: مصدر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
91	المطلب الثاني: تحليل النهي عن المنكر وإبداء الرأي فيه
95 - 96	الفصل الأول: أركان الدفاع الشرعي
97 - 98	المبحث الأول: الركن الأول: الاعتداء
99	المطلب الأول: طبيعة الاعتداء وعناصره
100	الفرع الأول: معنى الاعتداء وعناصره
106	الفرع الثاني: صور الاعتداء
119	المطلب الثاني: شروط الاعتداء
119	الفرع الأول: عدم مشروعية الاعتداء

143	الفرع الثاني: حلول خطر الاعتداء
156	المطلب الثالث: موضوع الاعتداء
156	الفرع الأول: موضوع الاعتداء في الفقه الإسلامي
163	الفرع الثاني: موضوع الاعتداء في النظم القانونية الوضعية
173	المبحث الثاني: الركن الثاني: الدفاع
174	المطلب الأول: لزوم الدفاع
175	الفرع الأول: لزوم الدفاع في الفقه الإسلامي
182	الفرع الثاني: لزوم الدفاع في النظم القانونية الوضعية
187	المطلب الثاني: تناسب الدفاع
188	الفرع الأول: معنى التناسب ومعياره
196	الفرع الثاني: التناسب والدفاع بالقتل
	الفصل الثاني: إثبات الدفاع الشرعي، وحكمه، وآثاره، وتجاوز حدوده
207	وآثار التجاوز
209	المبحث الأول: إثبات الدفاع الشرعي، وحكمه، وآثاره
210	المطلب الأول: إثبات الدفاع الشرعي
213	الفرع الأول: إثبات الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية
220	الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
223	المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي
234	الفرع الأول: حكم الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية
244	الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
248	المطلب الثالث: آثار الدفاع الشرعي
249	الفرع الأول: منطوق تبرير الدفاع الشرعي للجريمة
253	الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية
258	الفرع الثالث: آثار الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
266	المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وأثره
267	المطلب الأول: مفهوم التجاوز ومعياره

268	الفرع الأول: معنى التجاوز ومعياره في الشريعة الإسلامية
272	الفرع الأول: معنى التجاوز ومعياره في النظم القانونية الوضعية
288	المطلب الثاني: آثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي
290	الفرع الأول: آثار تجاوز الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية
296	الفرع الثاني: آثار تجاوز الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية
303	الخاتمة:
314	الملاحق
327	الفهارس:
328	فهرس الآيات القرآنية
330	فهرس تخريج الأحاديث النبوية الشريفة
332	المصادر والمراجع
354	فهرس الموضوعات

**\*\* رسالة الدفاع الشرعي \*\***

**\* جدول تصويب الاخطاء \***

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
3	18	صنول	صنول
3	19	صناله	صغاله
5	26	(1) و (2)	(3) و (4)
7	17	محمد سلام مذکور	محمد سلام مذکور
36	4	المادة 227	المادة 327
36	25	المادتين 281 و...تفيدان	المادة 281 تفيد
37	11	و تطبيق القرار المشار اليه سابق لهذا النص لا يترك لبسا	و تطبيق القرار المشار اليه غير سابق لهذا النص و لا يترك لبسا
44	2	هو اكراه	هو الإكراه
51	7	المسؤولية	المسؤولية
88	10	اصطلاحا	و اصطلاحا
90	18	نهى	نهى
90	19	تنتهي	تنتهي
101	6	نشاد	نشاط
113	14	أسباب معقولة ((	اسباب معقولة .
120	10	(49) فعل	(49) اولاً : فعل
121	14	صيال	صياله
124	2	و عله	و عليه
133	12	عن انفسهما	عن نفسيهما
167	9	للزوج فقط	للزوج فقط ذكرا كان او انثى دون جمهور الناس
191	9	في الصياله	في صياله
199	22	نفه	نفسه
205	2	مقرونة نظرنا	مقرونة به نظرنا
215	11	هل يشترط تمسك المدافع بالدفاع الشرعي :	هل يشترط تمسك المدافع بالدفاع الشرعي ؟ :
237	2	النبي آدم	ابنى آدم
241	8	سنين	سنين
248	الاخير	الفرق	الفرع
255	4	و عند الشالعي	و عند الشافعية
256	10	و يأكله	و يأكله
266	11	شروطا	شروط
280	8	بوجوده و تترتب	بوجوده و يترتب
300	11	التسؤال	السؤال

الإحاطة: وقع خلط ص 318 مثلاً ذكرت آية من سورة الأتعام 151

أيضاً في الصفحة 155 والواقع في الصفحة 154