الباب التمهيدى

أسباب الاباحة والدفاع الشرعى

البـــاب التمهيدى

أسباب الاباحة والدفاع الشرعى

نعقد هذا الباب للمبادىء العامة فى اســـباب الاباحة باعتبـــار ان الرأى الغالب فى الفقه الوضعى هو اعتبار الدفاع الشرعى أحد الاسباب الهامة لانتفاء عدم المشروعية الجنائية ، كما نعرض المقدمات العـــامة للدفاع الشرعى ، ونقسم الدراسة الى فصول ثلاثة :ـ

الفصل الاول : الاباحة فى الشريعة والقانون .

الفصل الثانى : تعريف الدفاع الشرعى واقسامه

الفصل الثالث : مصدر الدفاع الشرعى واساسه

الفصل الاول

الاباحة فى الشريعة والقانون

لا تقتصر التشريعات العقابيـة الحديثـة على نصـوص التجريم Normes incrimination وانما تتضمن الى جانب ذلك نصوصا تبيح الجريمة Normes permissives لان الفائدة الاجتماعية لاتتحقق من تطبيق نص التجريم ، او ان المصلحة من تطبيق نص الاباحة اولى بالرعاية من تطبيق نص التجريم .

وقد عرف الاصوليون نظـرية الاباحة ، وكان للفقهـاء نظرهم ، وسبق لولئك جميعا علماء اللغة فابانوا حقيقتها اللغوية .

وعليه نقسم هذا الفصل الى اربعة مباحث :ـ

المبحث الاول : الاباحة لغة
المبحث الثانى : الاباحة عند الاصوليين والفقهاء
المبحث الثالث : اسباب الاباحة فى الفقه الوضعى
المبحث الرابع : مقارنة بين الاباحة عند الاصـوليين والفقهـاء والاباحة فى الفقه الجنائى .

المبحث الاول

الاباحـة لغـة

يستعمل لفظ الاباحة فى اللغة ثلاثيا ، فيقال باح بمعنى ظهر ، وهو فى هـذا الاستعمال لازم ، كما يقـال باح بسره اظهـره ، فيكون متعديا ، ومصدر الاول البؤح ، ومصدر الثانى الاباحة ، والمباح اسـم مفعول من الاباحة وجاء فى **لسان العرب** (١) « البوح ظهور الشيء وباح بالشيء ظهر وباح به بوحا وبؤوحا وبؤوحة اظهره وباح ما كتمت وباح به صاحبه وباح بسره اظهره ورجل بؤوح بما فى صدره وبيحان بمـا فى صدره معاقبه واصلها الواو وفى الحديث الا ان يكون كفرا بواحا اى جهارا ويروى باراء واباحة سرا فباح به بوحا ابثه اياه فلم يكتمـه وفى

---

(١) لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الانصارى ٦٣٠ هـ ـ ٧١١ هـ ـ الجزء الثالث ـ مجموعة نرانتا ـ الدار المصرية للتاليف والترجمة ـ طبعة مصورة عن طبعـة بولاق ١٣٠٨ ـ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

الحديث الا ان يكون معصية بواحا او جهارا يقال باح الشيء واباحه اذا جهر به وبوح الشمس معرفة مؤنث سميت بذلك لظهورها وقيل يوح بياء بنقطتين .

وابحتك الشيء احللته لك ، واباح الشيء اطلقه ، والمباح خلاف المحظور والاباحة شبه النهبى، وقداستباحه اى انتهبه ، واستباحوهم اى استأصلوهم وفى الحديث حتى يقتل مقاتلكم ويستبيح ذراريكم اى يسبيهم وينهبهم ويجعلهم له مباحا اى لا تبعة عليه فيهم ، يقال اباحه يبيحه واستباحه يستبيحه (١) .

والباحة باحة الدار وهى ساحتها ، والباحة عرصة الدار والجمع بوح وبحبوحة الدار منها ويقال نحن فى باحة الدار وهى اوسطها وذلك قبل تبحيح فى المجد اى انه فى مجد واسع ، قال الازهرى جعل الفراء (٢) الشحيح من الباحة ولم يجعله من المضاعف ، وفى الحديث ليس للنساء من باحة الطريق شيء اى وسطه وفى الحديث نظفوا افنيتكم ولا تدعوها كباحة اليهود والباحة النخل الكثير .

والبوح الفرج وفى مثل العرب : ابنك ابن بوحك يشرب من صبوحك . قيل معناه الفرج وقيل النفس ويقال للوطء . ووقع القوم فى دوكة وبوح اى فى اختلاط فى امرهم ، وباحهم صرعهم وتركهم بوحى اى صرعى .

وجاء فى المعجم الوسيط (٣) (باح) بوحا ظهر ، باح فلان بالسر اظهره . فهو بائح ، ومبؤوح وباح خصمه : صرعه (اباحه) اظهره ، اباحه احله واطلقه . ويقال اباحه الشيء ، استباحه عده مباحا ، اباحه استأصله ، الباحة الساحة ، الباحة النخل الكثير ، وباحة الماء معظمه والجمع بوح ، والمباح لغة فقد ذكرنا انه اسم مفعول من اباح الشيء بالمعانى اللغوية التى اوردناها فهو اسم لكل ما وقعت عليه الاباحة بكل معنى من تلك المعانى

هذه هى الدلالات اللغوية للاباحة ، وهى عند علماء الاصول لها معنى اصطلاحيا نعرض له فى المبحث الثانى .

---

(١) قال عنترة : هلى استباحوا آل عوف عنوة بالشرفى وبالهيشيح الذبل

(٢) الفراء هو ابو زكريا يحيى بن زياد من ائمة النحو واللغة فى العصر العباسى مات بالرى سنة ١٨٩ المعارف لابن قتيبة ٣٢٨ .

(٣) اصدره مجمع اللغة العربية ـ الجزء الاول ـ مطبعة مصر ـ ١٣٨٠هـ ـ ١٩٦٠ م ـ ص ٧٥ .

المبحث الثـــــانى

الاباحة عند الاصوليين والفقهاء

يعرف الأصوليون الاباحة تعريفا مشهورا وهو انها « التخيير بين فعل الشيء وتركه » (١) ويعرفون المباح تعريفـا دارجا بأنه « ما خـير الشارع المكلف بين فعله وتركه » (٢) .

ولم يقف الأصوليون عند هذين التعريفين المشـهورين ، وانمـا تعددت تعريفاتهم للاباحة كما تعددت تقسيماتهم لهـا ، لذلك ندرس الاباحة عند الأصوليين فى مطلبين على التوالى ونخصص المطلب الثالث للاباحة عند الفقهاء .

المطلب الاول : تعريف الاباحة عند الاصوليين

المطلب الثانى : اقسام الاباحة عند الاصوليين

المطلب الثالث : الاباحة عند الفقهاء

المطلب الاول

تعريف الاباحة عند الاصوليين

نقل الآمدى تعريفات عدة للمباح واعترض عليهـا ثم انتهى الى التعـريف الذى رآه أقرب الى الصـواب ، كما ذكر الشـاطبى وابن السبكى ، والشوكانى . وصدر الشريعة تعريفات للاباحة ، ونعرض لهذه التعريفات على التوالى لننتهى الى التعريف المختار :

اولا : الاباحة عند الآمدى :

أورد الآمدى (٣) عدة تعريفات للمباح واعترض عليها وفيما يلى نعرض هذه التعريفات واعتراضات الآمدى عليها :

---

(١) الحكم التخييرى او نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء ـ استاذنا الدكتور محمد سلام مدكور ـ دار النهضة العربية ١٩٦٣ ص ٢٦ .

(٢) أصول الفقه الاسلامى ـ الدكتور زكى الدين شعبان ـ دار النهضة العربيـة ١٩٦٧ ـ ١٩٦٨ ص ٢٤٣ .

(٣) الاحكام فى أصول الاحكام ـ الجزء الاول ـ دار الكتب الخديوية ـ مطبعـة المعارف ١٣٣٢ هـ ـ ١٩١٤ م ص ١٧٥ وما بعدها .

أ ـ المباح هو « ما خير المرء فيه بين فعله وتركه شرعا »
واعترض الآمدى على هذا التعريف بأنه منقوض بخصال الكفارة المخيرة فانه ما من خصلة منها ، الا والكفر مخير بين فعلها وتركها ، وبتقدير فعلها لا تكون مباحة بل واجبة ، وكذلك الصلاة فى أول وقتها الموسع مخير بين فعلها وتركها مع العزم وليست مباحة بل واجبة .

ب ـ المباح « هو ما استوى جانباه فى عدم الثواب والعقاب »
ويرى الآمدى أن هذا التعريف منتقض بأفعال الله تعالى فانها كذلك ، وليست متصفة بكونها مباحة .

ج ـ المباح « هو ما أعلم فاعله او دل انه لا ضرر عليه فى فعله ولا تركه ولا نفع له فى الآخرة » .

واعترض الآمدى على هذا التعريف بأنه « غير جامع ، لأنه يخرج منه الفعل الذى خير الشارع فيه بين الفعل والترك ، مع اعلام فاعله او دلالة الدليل السمعى ، على استواء فعله فى المصلحة والمفسدة دنيا واخرى ، فانه مباح ، وان اشتمل فعله وتركه على الضرر .

التعريف المختار للآمدى : المباح هو ما دل الدليل السمعى على خطاب الشارع بالتخيير بين الفعل والترك من غير بدل ، فالقيد الاول فاصل له عن فعل الله تعالى ، والثانى عن الواجب الموسع فى أول الوقت والواجب المخير (١) .

ثانيا : الاباحة عند بعض الاصوليين :

أ ـ المباح عند الشاطبى :

عرف الشاطبى (٢) المباح بقوله « ان المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك » .

وهو بهذا التعريف يتلافى ما وجهه الآمدى لتعريف المباح بانه « هو ما خير المرء بين فعله وتركه شرعا » من انه منقوض بخصال الكفارة والصلاة فى أول وقتها لأن قوله من غير مدح ولا ذم لا على الفعل

---

(١) الاحكام فى اصول الاحكام ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٦ .
(٢) الموافقات ـ المطبعة السلفية ١٣٤١ هـ ـ الجزء الاول ـ ص ٦٨ ـ ٦٩ .

ولا على الترك يخرج الواجب بجميع اقسامه لأن الواجب من حيث هو واجب يمدح فاعله ويذم تاركه .

ب ـ المباح عند منلاخسرو :

عرف منلاخسرو (١) المباح حيث قال « ان المباح ما استوى طرفاه فى نظر الشارع بأن يحكم بذلك صريحا أو دلالة .

جـ ـ المباح عند ابن السبكى الشافعى :

سلك ابن السبكى (٢) مسلكا قريبا من مسلك منلا خسروا من المباح اذ أورد فى صدد تقسيم الخطاب ما يفيد أن الاباحة عبارة عن اقتضاء الخطاب التخيير بين فعل الشىء وتركه ، ومن هنا يكون المباح مادل خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف على التخيير بين فعله وتركه .

وهذا التعريف يعترض عليه ـ مثل التعريف الذى نقله الآمدى أولا وهو دخول الواجب المخير ، والواجب المؤقت بوقت موسع .

د ـ المباح عند صدر الشريعة :

عرف صدر الشريعة (٣) المباح بأنه فعل المكلف الذى يستوى فعله وتركه والمراد بالاستواء كما يقول الشارح (٤) استواء الفعل والترك فى نظر الشارع بأن يحكم بذلك صريحا أو دلالة .

هـ ـ المباح عند الغزالى :

يستعمل الغزالى لفظ الجواز كمرادف للاباحة لان الجواز عنده هو التخيير بين الفعل والترك .

وحد المباح عند الغزالى أنه « الذى عرف الشرع أنه لا ضرر عليه فى تركه ولا فعله ولا نفع من حيث فعله وتركه احترازا عما اذا ترك

---

(١) مرآة الاصول شرح مرقاة الوصول ـ طبعة الآستانة ١٢٩٦ هـ ـ ص ٢٧٨ .

(٢) جمع الجوامع ـ الطبعة الاولى ـ ١٣٦١ هـ ص ١٠٥ وابن السبكى هو تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى الشافعى المتوفى ٧٧١ هـ .

(٣) التنقيح والتوضيح ـ الطبعة الاولى ١٣٢٢ هـ وصدر الشريعه هو عبد الله بن مسعود الحنفى المتوفى ٧٤٧ وكتبه تجمع بين طريقة المتكلمين وطريقة الاحناف .

(٤) الشارح هو سعدالدين بن مسعود بن عمر التفتازانى الشافعى المتوفى ٧٩٢هـ .

المباح بمعصية ، فان يتضرر لا من حيث ترك المباح ، بل من حيث ارتكاب المعصية (١) .

هذه بعض التعريفات التى قال بها الاصوليون والتى رأينا الاكتفاء بها وننتقل الى التعريف الذى نختاره .

ثالثا : التعريف المختار :

نرى ترجيح التعريف الذى وضعه الآمدى (٢) وحيثيات هذا الترجيح يمكن اجمالها فيما يلى :

١ ــ التعريف واضح ومستقيم ولا يحتاج الى ما يبين المراد او يدفع الايراد مما هو ملاحظ فى التعريفات الاخرى .

٢ ــ قوله ما دل الدليل السمعى يخرج الدليل العقلى المختص وبذلك يكون قد احترس احتراسا واضحا عن دعوى أن الاحكام تدرك بالعقل من غير توقف على دليل شرعى وأن الشرع انما يجىء تأييدا لها، وهو مذهب المعتزلة فى التحسين والتقبيح العقليين .

٣ ــ ان اطلاق قوله ما دل الدليل السمعى يشمل أقسام ماثبتت به الاباحة ، وان لم يتعرض للتقسيم صراحة ، ومن شأن التعريفات عدم الاشتمال على التقسيم .

٤ ــ تعريف الآمدى تعريف بالحد الذى هو الحقيقة والماهية وقد اشترك معه بعض الاصوليين فهو لم يسلك طريقة التعريف بالرسم الذى هو التعريف بالخاصة والوصف المميز للمعرف ، وان لم يكن داخلا فى حقيقته (٣) .

---

(١) المستصفى من علم الاصول ــ تحقيق الشيخ محمد مصطفى ابو العلا ــ مكتبة الجندى بالقاهرة ١٣٩١ هـ ــ ١٩٧١ م ــ ص ٨١ .

(٢) راجع فى تأييد الآمدى استاذنا الدكتور محمد سلام مدكور ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦ .

(٣) يقسم علماء المنطق التعريف الى قسمين :

ا ــ التعريف بالحد : وهو تعريف بالجنس والفصل الذى يبين الماهية او بالفصل وحده .

ب ــ التعريف بالرسم : وهو تعريف بالجنس والخاصة التى تبين صفة مميزة للمعرف خارجة عن حقيقته ، الا بالخاصة وحدها .

وقد اعتبر الاصوليون التخيير بين الفعل والترك ذاتيا فى المباح فيكون التعريف به تعريفا بالحد .

المطلب الثـــانى

اقسام الاباحة عنـد الاصوليين

قسم الغزالى المباح من حيث ذاته الى اقسام ثلاثة ، ونظر اليه الشاطبى من زاويتين فقسمه أولا باعتبارما هو ذريعـة ، ومن زاوية اخرى من حيث الكلية والجزئية فى الشىء المباح ، وقسم القرافىالاباحة الى اباحة مطلقة واباحة منسوبة الى سبب .

ونعرض هذه التقسيمات على التوالى :

اولا ـ تقسيم المباح عند الغزالى :

نظر الغزالى (١) فى تقسيمه الى المباح من حيث ذاته ، فهو يقسم الافعال الى ثلاثة اقسام :

١ ـ قسم بقى على الاصل فلم يرد فيه من الشـارع تعريض ، لا بصريح اللفظ ولا بدليل من ادلة السمع ، فينبغى ان يقـال استمر فيه ما كان ولم يتعرض له السمع فليس فيه حكم .

وهذا القسم لا يدخل فى الاباحة الا اذا قلنـا برأى بعض المعتزلة من أن معنى المباح رفع الحرج عن الفعـل والترك وذلك ثابت قبـل السمع (٢) .

٢ ـ القسم الثانى ما صرح الشرع فيه بالتخيير وقال ان شئتم فافعلوه وان شئتم فاتركوه ، فهـذا خطـاب ، والحكم لا معنى له الا الخطاب ولا سبيل الى انكاره .

٣ ـ القسم الثالث : ما لم يرد فيـه خطـاب بالتخيير ولكن دل الدليل السمعى على نفى الحرج عن فعله وتركه ، فقـد عرف بدليـل السمع ولولاه لكان يعرف بدليل العقل نفى الحرج عن فاعله .

ويمكن القول ان المباح عند الغزالى قسمان :

أ ـ ما ثبت بالدليل السمعى ان حكم الشارع فيه التخيير .

ب ـ ما دل على التخيير فيه دليل سمعى غير صريح وأيده العقل .

---

(١) المستصفى ـ المرجع السابق ص ٩١ .

(٢) أستاذنا الدكتور محمد سلام مدكور ـ الحكم التخييرى ـ المرجع السابقص٨٧

ثانيا : تقسيم المباح عند الشاطبى :

قسم الشاطبى المباح من زاويتين الزاوية الاولى باعتبار ما هو ذريعة والزاوية الثانية بحسب الكلية والجزئية فى الشىء المباح ونتناول التقسيمين على التوالى :

١ ـ تقسيم المباح باعتبار ما هو ذريعة (١) :

قسم الشاطبى المباح باعتبار ما هو ذريعة الى ثلاثة أقسام :

أ ـ مباح يكون ذريعة الى منهى عنه فهو مطلوب الترك .
ب ـ مباح يكون ذريعة الى مأمور به وهو مطلوب الفعل كالمستعان به على امر أخروى ، وفى الحديث « نعم المال الصالح للرجل الصالح » وهو فى الشريعة كثير كما يقول الشاطبى .
جـ ـ مباح لا يكون ذريعة الى شىء فهو المباح المطلق .

ويرى البعض (٢) أن « النوع الاخير هو المباح الاصلى فى الحقيقة وهو ما قصد الشارع فيه الى تخيير المكلف يسرا وتوسعة وتحريرا للمكلف من القيود ، ثم استعمله المكلف على هذا الاعتبار ترفيها لنفسه وتوسعة عليها وتحررا ايضا من قيود التكاليف » .

٢ ـ تقسيم المباح بحسب الكلية والجزئية فى الشىء المباح :

قسم الشاطبى المباح بحسب الكلية والجزئية فى الشىء المباح الى اربعة اقسام :

أ ـ مباح بالجزء مطلوب بالكل على جهة الوجوب : كالاكل والشرب فهو مطلوب بالكل لان الامتناع عن الاكل والشرب على وجه العموم حرام لانه يؤدى الى الهلاك .

ب ـ مباح بالجزء مطلوب بالكل على جهة الندب كالتمتع بما زاد عن الحاجة من طيبات الاكل والشرب فهو مباح بالجزء فيجوز تركه فى بعض الاوقات مع القدرة عليه ، ولكنه مطلوب بالكل لأن الشارع ندب اليه فى عموم الادلة مثل ما رواه البخارى من قوله صلى الله عليه وسلم « اذا

---

(١) الموافقات ـ المرجع السابق ـ ص ٧٢ .
(٢) استاذنا الدكتور محمد سلام مدكور ـ الحكم التخييرى ـ المرجع السابق ص ٨٧
(٣) الموافقات ـ المرجع السابق ـ ص ٨٥ .

وسع الله عليكم فأوسعوا على أنفسكم ، وان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عبده « فهذا يدل على ان التوسعة مطلوبة فى الجملة شرعا على جهة الندب .

جـ ـ مباح بالجزء محرم بالكل كالمباحات التى تقدح المداومة عليها فى العدالة وان كانت مباحة فى الاصل الا انها تحرم بالاعتبار ومن امثلتها المجازفة فى الكلام وشتم الاولاد .

د ـ مباح بالجزء مكروه بالكل وهى اشياء مباحة بأصلها الا ان الاعتياد عليها مكروه : مثل التنزه فى البساتين واللعب المباح .

واذا ترتب على المباح بعض الضرر صار مكروها ، وان كان الضرر جسيما صار حراما .

ثالثا : تقسيم الاباحة عند القرافى :

قسم القرافى (١) الاباحة من جهة الاطلاق او النسبة الى سبب معين الى اباحة مطلقة واباحة منسوبة الى سبب :

أ ـ فالاباحة قد ثبتت مطلقا فلا يكون على المكلف حرج بالاقدام على الفعل مطلقا .

ب ـ وقد ثبتت الاباحة باعتبار سبب معين فلا يكون على المكلف حرج فى الاقدام على ذلك الفعل من جهة ذلك السبب ، ويكون عليه حرج فى الاقدام بسبب آخر على معنى أن التحريم يجتمع مع هذه الاباحة ولا يجتمع مع الاباحة الاولى ، وسبب ذلك ان الشىء قد يكون له عدة أسباب تقتضى تحريمه فيرتفع بعض تلك الاسباب ويبقى بعضها، فيكون الفعل مباحا من ناحية ما ارتفع من الاسباب ، ولكنه لا يباح للمكلف الاقدام على الفعل باعتبار أن هناك سببا آخر أو اكثر يقتضى التحريم .

كما انه يكون هناك سبب واحد للتحريم فيزول ويخلفه سبب آخر فتصدق الاباحة باعتبار السبب الاول ، ويصدق التحريم باعتبار السبب المتجدد .

ويذكر القرافى امثلة تنطبق عليها الاباحة المنسوبة الى السبب هى :

١ ـ تحريم البائنة بينونة كبرى الوارد فى قوله تعالى « فلا تحل

---

(١) الفروق ـ الجزء الثالث ـ ص ٧٣ ، ٧٤ ـ الطبعة الاولى مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٦ هـ والقرافى هو العلامة شهاب الدين ابى العباس احمد بن ادريس ابن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى .

له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » يقول القرافى ان المرأة بنكاح زوج آخر لا تحل لزوجها الاول اجماعا لوجود عدة اسباب للتحريم :

البينونة الكبرى ، وكونها ليست زوجة له ، وقد يوجد مع ذلك موانع أخرى كالحيض والصوم والاحرام فاذا تزوجها الزوج الثانى صارت مباحة من جهة البينونة الكبرى وزال التحريم الناشىء عنها ، وبقى التحريم بكونها زوجة لآخر ، وقد خلف السبب الزائل سببا آخر وزال التحريم القائم بالسبب الاول ، فاذا طلقها الزوج الثانى بقيت محرمة بسبب آخر وهو العدة من هذا الطلاق ، وبعد انقضاء العدة يكون هناك سبب آخر وهو كونها اجنبية عنه لا يحل له جماعها الا بعقد جديد فاذا عقد زال ذلك السبب المحرم ، وقد يوجد سبب آخر كالحيض أو الصوم فاذا زال كل هذا ثبتت الاباحة المطلقة .

٢ — اذا ترك الصلاة وزنى وهو محصن وارتد عن الاسلام وقتل النفس المحرمة أبيح دمه بكل واحد من هذه لاسباب ، فاذا ارتفع واحد منها كان عفا الأولياء عن القصاص ذهبت الاباحة الناشئة عن القتل وثبتت الاباحة الناشئة عن غير ذلك .

٣ — وهذا المثال يصور مضاعفة اثم التحريم وذلك كمن يزنى ببنته فى نهار رمضان فى جوف الكعبة فهذه عدة أسباب من التحريم اجتمعت والاثم فيها مضاعف بمقدارها ، فاذا تصورنا اجتماع التحريمات امكن تصور ارتفاع بعضها وحصول مطلق الاباحة بالنسبة لما ارتفع .

ويرى البعض (٢) أن هذا التقسيم يرجع الى بحث معروف عند الاصوليين فى اجتماع الاسباب أو العلل ، فاذا كان الحكم يضاف الى كل واحد منها بالاستقلال فان ارتفاع واحد منها لا يرفع الحكم لوجود ما يضاف اليه الحكم بعد ارتفاع هذا السبب ، وأما اذا كان الحكم يضاف الى كل واحد منها بالاستقلال فان ارتفاع واحد منها لا يرفع الحكم لوجود ما يضاف اليه الحكم بعد ارتفاع هذا السبب ، وأما اذا كان الحكم يضاف الى مجموع الاسباب فهى فى الحقيقة تعتبر سببا واحدا مركبا من أجزاء ، كما يقولون فى القتل العمد العدوان انه سبب فى القصاص ، وهو فى الحقيقة وصف مركب من أجزاء مجموعها هو السبب ، ولهذا يرتفع الحكم بارتفاع واحد من هذه الاجزاء لان ارتفاع الجزء برفع صلاحية الباقى لاضافة الحكم اليه .

---

(١) سورة البقرة الآية : ٢٣ .

(٢) استاذنا الدكتور محمد سلام مدكور — الحكم التخييرى — المرجع السابق ص ٩٣ .

المطلب الثالث

الاباحة عنـد الفقهـاء

سلك بعض الفقهاء مسلك الاصوليين فى تعريف الاباحة ، بينما لاحظ بعضهم المعنى اللغوى ، وكان للفقهاء المحدثين تعريفات للاباحة ونعرض لهذه التعريفات على التوالى :

أولا : التعريفات التى سلكت مسلك الاصوليين :

سلك هذا المسلك كل من الموصلى ، وتاثر به الشرنبلالى ، فقد عرفها الموصلى فقال ان الاباحة ضد الحظر وعرف المباح بانه ما أجيز للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب ولا ماخذ فيه (١) .

وعرف الشرنبلالى المباح بانه ما خير المكلف بين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب (٢) .

ثانيا : التعريفات التى لاحظت المعنى اللغوى :

ونكتفى بمثال لهذه التعريفات هو تعريف العينى فقد عرف الاباحة بانها ، الاطلاق فى مقابلة الحظر الذى هو المنع (٣) .

ثالثا : تعريف الفقهاء المحدثين :

عرف الفقهاء المحدثون الاباحة عدة تعريفات تذكر منها :

أ ـ الاباحة هى « اذن الانسان لغيره بأن ينتفع بما له او يستهلكه او يملكه وهى نوع من الهبة بمعناها الاعم » (٤)

وعرفت بأنها « تصرف او اذن يفيد الانسان حق انتفاع بطريق مباشر » (٥) .

---

(١) الاختيار ـ مطبعة الحلبى ١٣٥٠ هـ ـ الجزء الثالث ـ ص ١٢٧ .

(٢) حاشية على درر الحكام لملاخسرو ـ طبعة الآستانة ـ الجزء الثانى ـ ص ٣٨٠ .

(٣) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ـ المطبعة الميمنية ١٣٢٠ هـ ـ الجزء الثانى ص ٢٦٠ .

(٤) الاستاذ أحمد ابراهيم ـ التزام التبرعات ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة الثالثة ـ العدد الاول ـ ص ٦٥ .

(٥) أستاذنا المرحوم فضيلة الشيخ على الخفيف ـ المنافع ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة العشرون ـ العددان الاول والثانى ص ١٢٦ .

جـ ـ وعرفها البعض بأنها الاذن باستهلاك الشيء أو باستعماله وهى لا تجعله مملوكا بل هى دون التمليك (١) « والاذن قد يكون من الشارع كالاستيلاء على المال المباح وفى هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم » من سبقت يدة الى مال مباح فهو له ، وقد يكون باذن الافراد باستهلاك رقبة العين كنثر النقود فى الافراح أو باستهلاك منفعة العين كمن يدعو صديقه لركوب سيارته .

والاباحة ليست من قبيل التعاقد ولا يشترط فيها أن يكون المأذون له معينا معلوما للآذن ، لا بشخصه ، ولا باسمه كمن يضع اناء فى الطريق ليشرب منه المارة .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الاباحة عند الاصوليين والفقهاء وننتقل الى دراسة الاباحة عند شراح القانون الوضعى .

المبحث الثالث

اسباب الاباحة فى الفقه الوضعى

قلنا انه الى جانب نصوص التجريم تشمل التشريعات العقابية نصوصا أخرى تبيح الجريمة ، وهى التى درج الفقه المصرى (٢) على أن يطلق عليها « أسباب الاباحة » .

ويرى البعض (٣) أن الادق من الوجهة العلمية تسمية هذه الحالات « أسباب انعدام اللامشروعية (عدم المشروعية) الجنائية أو حالات انعدام الصفة الاجرامية » .

ونقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

المطلب الاول : ماهية الاباحة وأساسها .

المطلب الثانى : تمييز الاباحة عن الحالات الاخرى .

المطلب الثالث : آثار الاباحة .

---

(١) المدخل للفقه الاسلامى ـ الاستاذ مصطفى الزرقا ـ الطبعة السادسة ـ ص ٢٦٥ .

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ شرح قانون العقوبات القسم العام دار النهضة العربية ـ الطبعة الثامنة ١٩٦٩ ص (٤) ، واستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ شرح قانون العقوبات القسم العام ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٧٧ ص١٥٩ ، الدكتور رءوف عبيد ـ مبادىء القسم العام من التشريع العقابى ـ دار الفكر العربى١٩٧٩ ص ٤٩٤ ، الدكتور مامون محمد سلامة ـ قانون العقوبات القسم العام ـ دار الفكر العربى ١٩٧٩ ص ص ١٦٩ .

(٣) الدكتور يسر انور على ـ الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية ـ المجلة الجنائية القومية ـ المجلد الثالث عشر ١٩٧٠ ـ ص ٢٢٤ .

المطلب الاول

ماهية الاباحة واساسها

تعريف اسباب الاباحة :

القاعدة العامة هى العقاب على كل واقعة جنائية ، غير ان اسباب الاباحة تجعل الواقعة التى كان يجب أن توصف بعدم المشروعية الجنائية واقعة مشروعة طبقا لنص الاباحة ، فهناك نص يجرم الفعل ونص لظروف أو ملابسات خاصة ترتبط بالواقعة الجنائية التى يكتمل لها الشكل الخارجى للجريمة ، يجعل هذه الواقعة مشروعة فى نظر المشرع ، هذه الملابسات والظروف هى ما يطلق عليه اسباب الاباحة .

ويعرف البعض الاباحة بأنها (١) حالات انتفاء الركن الشرعى بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال .

واساس هذا الراى قيام الجريمة على اركان ثلاثة : الركن المادى ، الركن المعنوى ، والركن الشرعى ، ويقصد بهذا الركن الأخير الصفة غير المشروعة للفعل(٢) أو نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل (٣) وهو تقسيم منتقد لأن عدم مشروعية الفعل هو وصف للفعل أو حكم عليه بالقياس الى نص يجرم هذا الفعل وليس من المنطقى ان يكون النص الذى يخلق الجريمة ركنا فى الجريمة التى يخلقها ، كما يعيب هذا التقسيم أنه طالما اعتبر نص التجريم ركنا فى الجريمة فانه يجب أن يكون الفاعل عالما به ومن المسلم أن الجهل بقانون العقوبات لا ينفى القصد الجنائى (٤) .

ويعرف البعض (٥) اسباب الاباحة او حالات عدم المشروعية كما يطلق عليها انها » احداث او ظروف او مواقف معينة تلابس واقعة

---

(١) شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى الطبعة الرابعة ١٩٧٧ ـ ص ١٦٠ .

(٢) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ١٦٠ .

(٣) الاحكام العامة فى قانون العقوبات ـ الدكتور السعيد مصطفى السعيد ١٩٦٢ ص ٨٧ .

(٤) استاذنا الدكتور محمود مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦ ..

(٥) الدكتور يسر انو على ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٦ .

يكتمل لها شكلا المظهر الخارجى لجريمة ، فتمحو عن الواقعة صفة اللامشروعية الجنائية أى تعتبر عملا يبيحه المشرع » .

ويعيب هذا التعريف فى نظرنا شموله الكثير من التفصيلات ، وهذا ليس شان التعريفات .

ونرى تعريف اسباب الاباحة بانها » حالات تخصيص لنص التجريم تجعل الافعال الواردة به مباحة عند توافرها .

فنصوص التجريم نصوص عامة ، ونصوص الاباحة تخصص هذا العموم اذا توافرت شروط تطبيقها .

موقف التشريعات من اسباب الاباحة :

تجرى اغلب التشريعات الجنائية المعاصرة على نهج حصر اسباب الاباحة ويترتب على ذلك تقيد القاضى بالأسباب الواردة فى القانون على سبيل الحصر فلا يقضى باباحة فعل لايندرج فى اسباب الاباحة الواردة فى القانون ، وان كان له ان يلجا فى تفسير النصوص الى التفسير الموسع والقياس الذى يمكن الاخذ به فى قواعد الاباحة دون نصوص التجريم .

وتنهج قلة من التشريعات نهجا مخالفا ، فيكون للقاضى الفصل فى تطبيق نص التجريم او تعطيله ، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات السوفيتى فتقضى الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون سنة ١٩٦٠ بانه « مع وجود نص فى قانون العقوبات يقضى بتجريم الفعل فان هذا الفعل لا يعد جريمة اذا تجرد من الخطر الاجتماعى بسبب قلةاهميته(١)

وقد اخذ التشريع الفرنسى ، والتشريعات العربية بالنهج الأول ، فالتشريع الفرنسى نص على ممارسة اذن القانون وامر السلطة الشرعية L'autorite légitime فى المادة ٣٢٧ ، وعالج الدفاع الشرعى Légitime défense فى المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ ولم يتناول رضاء المجنىعليه Le consentement de la victime (٢) وعالج التشريع المصرى

---

(١) n'est pas considérée comme une infraction les élément d'une infraction prévue par la loi pénale, ne présenté cependant aucun danger social en raison de son minime. Les systéme penal souvietique, par A.A. Piontkovsky et V.M. Tchkhikvodge. Paris 1975, p. 18.

(٢) Cours de droit criminel et de science pénitentiaire par Georges Vidal et Joseph Magnal 1970, No. 185, p. 344.

استعمال الحق فى المادة ٦٠ ، أداء الواجب فى المادة٦٣ ، والدفاع الشرعى فى المواد ٢٤٥ — ٢٥١ ، ولم ينص على رضاء المجنى عليه وان كان يستفاد من النظام القانونى

والتشريعات العربية تتفق فى النص على ممارسة الحق ، أداء الواجب، الدفاع الشرعى ، ومنها ما يضيف الى هذه الأسباب حالة الضرورة ، وتشمل الاكراه المعنوى ، (المادة ٧٢ من القانون الليبى ، ٨٢ من القانون المغربى) ومنها ما يضيف رضاء المجنى عليه وهى قوانين السودان (المادة ٥١) ولبنان (المادة ١٨٧) وسوريا (المادة ١٨٦) والكويت (المادة ٣٩) (١) .

ويستعمل التشريع المصرى والليبى والكويتى والعراقى تعبير أسباب الاباحة بينما يطلق عليها القانون السورى واللبنانى والاردنى أسباب التبرير ، ويستعمل القانون التونسى تعبير « عدم المؤخذة بالجرائم » .

موضع اسباب الاباحة فى التشريعات الجنائية المعاصرة : —

الموضع الصحيح لاسباب الاباحة هو نصوص القسم العام من التشريع العقابى ، لأن الأصل فى تطبيقها سريانها على جميع الجرائم ، وقد اتبع هذه الخطة قانون العقوبات السورى والأردنى والعراقى ومشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، أما قانون العقوبات الليبى والسودانى فقد جمعا فى موضع واحد بين نصوص أسباب الاباحة وموانع المسئولية وهو جمع معيب واضاف القانون المصرى الى هذا العيب عيبا آخر فنص على الدفاع الشرعى فى الباب الاول من الكتاب الثالث المخصص لجرائم القتل والجرح والضرب وهو نفس مسلك قانون العقوبات الفرنسى .

اساس الاباحة : —

يقصد بأساس الاباحة الدوافع التى تدفع المشرع الى وضع نصوص تبيح الافعال التى تجرمها نصوص التجريم ويستعمل البعض(٢) تعبير

---

(١) اصول قانون العقوبات فى الدول العربية — استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — ص ٤٢ ، ٤٣ الطبعة الاولى — دار النهضة العربية ١٩٧٠ والنص الفرنسى للكتاب المذكور .

principes de droit pénal des pays Arabes préface de Marc Ancel, Paris 1972, P. 42.

(٢) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — المرجع السابق — ص ١٦٠ .

علة الاباحة وهو فيما نرى تعبير غير دقيق لان ما قيل به ليس وصفا ظاهرا منضبطا مناسبا للحكم بحيث يصدق عليه مدلول العلة كما يعرفها به علماء اصول الفقه (١) ، وقد قيل بعدة نظريات كأساس لنصوص الاباحة التى تتضمنها التشريعات العقابية ونعرض لأهمها فيما يلى :

١ — قيل بأن أسباب الاباحة أساسها شرف الباعث أو سمو الغاية ، وهو قول مردود لان الباعث لا يعد ركنا فى الجريمة كما أن الباعث الشريف لا يصلح سببا لمنع تطبيق أحكام القانون الجنائى .

٢ — وقيل بأن رضاء المجنى عليه بوقوع النشاط المادى عليه هو أساس الاباحة ويعيب هذا الرأى : —

أ — رضاء المجنى عليه لا يعتد به كقاعدة عامة فى التجريم ، الا حيث يكون عدم رضائه ركنا مفترضا ، كما فى الجرائم التى يستلزم فيها القانون صراحة أو ضمنا عدم رضائه بها مثل هتك العرض فى أحوال معينة (مادة ٢٦٨ (وفى حالة رضائه بهذه الجريمة على النحو الذى يقبله التشريع الوضعى . فان الشريعة الاسلامية لا تعتد بهذا الرضا (٢) ، فالرضا لا يغير من طبيعة الجريمة ولا يحيل الفعل الذى ينافى الاخلاق ويخرج عن المألوف الى فعل يتفق مع الاخلاق والعادات المألوفة .

ب — رضاء المجنى عليه ان توافر بالنسبة لبعض صور الاباحة مثل مزاولة مهنة الجراحة وممارسة الالعاب الرياضية فهو لا يتوافر فى صور أخرى مثل من وقع عليه التأديب .

٣ — وقيل أن أساس أسباب الاباحة يكمن فى انتفاء القصد الجنائى لدى الفاعل لأن الذى يقدم على نشاط مباح فى ذاته لا يتوافر لدية القصد الجنائى ويرى البعض (٤) أنه تعليل صحيح ولكن الى حد ما لأن من يقدم على سلوك معين عالما أن القانون لا يحظره ، يتوفر لدية عنصر الارادة فى القصد ، كما يتوفر لديه عنصر العلم بالوقائع ، ويتبقى ناقصا

---

(١) حيث يعرفون العلة بانها « الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم » أستاذنا المرحوم فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة — اصول الفقه — ص ٢٣٧ دار الفكر العربى ١٩٧٣ .

(٢) راجع فى عرض هذه الآراء الدكتور رءوف عبيد — المرجع السابق — ص ٤٩٦ — ٤٩٧ .

(٣) التشريع الجنائى الاسلامى — عبد القادر عودة — الطبعة الاولى ١٩٤٩ ص ٤٤٥ .

(٤) الدكتور رؤف عبيد — المرجع السابق — ص ٤٩٧ .

لديه عنصر العلم بأن هذا السلوك بالذات محظور فى القانون ، لأنه يعلم على العكس من ذلك علما حقيقيا او مفترضا ان هذا السلوك مباح ، فالقصد الجنائى بكامل عناصره غير متوافر ، ولكن انتفاء احد عناصر القصد سببه فى النهاية اباحة الفعل ذاته ، ثم ان انتفاء أحد عناصر القصد سببه فى النهاية اباحة الفعل فى ذاته ، ثم ان انتفاء القصد يعد بحسب الراجح من موانع المسئولية وهى تختلف عن اسباب الاباحة (١).

ذهب رأى(٢) الى ارتباط علة التجريم وعلة الاباحة ، فعلة التجريم هى حماية حق او مصلحة ، وعلة الاباحة هى انتفاء علة التجريم والتى تتحقق فى حالتين : —

ا — حالة مباشرة اذا ما ثبت أن الفعل الذى كان الاصل فيه ان يهدد حقا لم يعد فى ظروف معينة منتجا لهذا الاعتداء ، فالشارع يجرم أفعال الجرح حماية للحق فى سلامة الجسم ولكنه يبيح أعمال الجراحة الطبية لأنها تحمى سلامة الجسم ومن ثم لا يوجد اعتداء على الحق المراد حمايته فتتعين الاباحة .

ب — حالة غير مباشرة ، اذا ثبت أن الفعل وان كان ينتج اعتداء على حق معين فهو يصون حقا أولى بالرعاية فالتشريع يبيح الدفاع الشرعى بالقتل بشروط معينة دفاعا عن النفس او المال تقديرا منه أن حق المعتدى عليه فى الدفاع أجدر بالرعاية من حق المعتدى .

٥ — ويقرب من الراى السابق الراى الذى يقول بالمصلحة الاجتماعية واساس الاباحة وفقا لهذا الراى (٣) انعدام الضرر الاجتماعى الذى ينجم عن الفعل ويبرر تدخل الدولة بتحريمه فالواقعة حينئذ لا تضر بمصلحة الجماعة ، وبالتالى لاتتعارض مع هذه القاعدة القانونية فى حماية مصلحة أو حق معين .

واقرب الاسس الى الصواب هو معيار المصلحة الراجحة أو المصلحة الاولى بالاعتبار فى نظر المشرع فان راى فى ظروف معينة أو حالات خاصة ان اباحة الفعل تحقق المصلحة الراجحة عالج هذه الحالات كأسباب للاباحة وكحالات لانتفاء عدم المشروعية الجنائية ، غير اننا نرى

(١) راجع المطلب التالى.
(٢) استاذنا الدكتور — محمود نجيب حسنى — المرجع السابق — ص ١٦٠ .
(٣) الدكتور يسر انور على — المرجع السابق — ص ٢٢٥ .

فى ذلك تعميما لا ينفذ الى الاساس العميق الذى يحدو بالتشريعات الى تقرير أسباب تبيح الوقائع الاجرامية فى حالات معينة ، ذلك ان كل سبب من الاسباب له من الاسس المستقلة ما يجعل محاولة خلق اسس عامة غير المصلحة الاجتماعية التى يقدرها المشرع امرا لا يعلو على النقد ، وهو ما سنتبينه فى عرضنا لأساس الدفاع الشرعى .

اقسام أسباب الاباحة : يختلف تقسيم أسباب الاباحة بحسب ما اذا نظرنا الى الجرائم التى تبيحها أو الى الاشخاص الذين تشملهم الاباحة وبعبارة اخرى يمكن الاخذ بالتقسيم الموضوعى أو التقسيم الشخصى لاسباب الاباحة .

١ ـ التقسيم الموضوعى لاسباب الاباحة :

يقصد بالتقسيم الموضوعى النظر الى الجرائم التى يبيحها سبب انتفاء عدم المشروعية الجنائية ، وتنقسم أسباب الاباحة طبقا للمعيار الموضوعى الى نوعين :

أ ـ **سبب اباحة عام :** وهو ذلك السبب من أسباب الاباحة الذى يبيح اذا توفرت شروط تطبيقه أية جريمة ومثال ذلك استعمال الحق أو السلطة على وجه العموم (١) .

ب ـ **سبب اباحة خاص :** وهو السبب الذى يبيح جرائم معينة ، وليس له اثر فيما خرج عن هذه الجرائم ، كرضاء المجنى عليه (٢) واباحة السب والقذف فى بعض الاحوال (٣) .

وقد اختلف الرأى فى وضع الدفاع الشرعى بين الاسباب العامة أو الاسباب الخاصة وفقا لهذا المعيار الموضوعى فاعتبره البعض سببا عاما للاباحة(٤) بينما عده البعض من الاسباب الخاصة (٥) ووجهة نظرنا ـ فيما يتعلق بالتشريع المصرى ـ هى التفرقة بين الدفاع الشرعى عن النفس . حيث نراه سببا عاما ، والدفاع الشرعى عن المال . حيث يعتبر سببا خاصا يبيح الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٢/٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى .

---

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٣ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ المرجع السابق ص ١٤٩

(٢) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٧

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ المرجع السابق ص ١٤٩

(٤) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ المرجع السابق ص ١٤٩

(٥) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٣ .

٢ ـ التقسيم الشخصى لاسباب الاباحة :

ونقصد بهذا التقسيم النظر الى الاشخاص الذين يستفيدون من سبب الاباحة ، وطبقا لهذا المعيار الشخصى تنقسم اسباب الاباحة الى قسمين :

أ ـ اسباب مطلقة :

وهى اسباب الاباحة التى يستفيد منها الناس جميعا ، كالدفاع فيجوز للمعتدى عليه أن يدفع هذا الاعتداء ، كما يجوز للغير أن يدفع الاعتداء الواقع على المجنى عليه ويستفيد من توافر سبب الاباحة .

ب ـ اسباب نسبية :

وهى تلك الاسباب التى يستفيد منهـا اشخاص يعينهم كالموظف الذى ينفذ امر الرئيس ، أو الخصم الذى يرتكب القذف اثناء المدافعة.

المطلب الثانى

تمييز اسباب الاباحة عن الحالات الاخرى

تمهيد وتقسيم :

لئن اتفقت اسباب الاباحة مع بعض الحالات الاخرى من حيث الاثر القانونى وهو عدم توقيع العقاب ، فان اسـباب الاباحة فى ذلك تتميز عنها بطابعها الخاص ـ وسماتها الذاتية من حيث التكييف القانونى ، والشروط التى تتطلبها .

والحالات التى تجرى مقارنتها بأسباب الاباحة هى الاباحة القانونية و لاباحةالاصلية او مايطلق عليه عدم تجريم الفعل ، اسباب الاباحةوعدم انطباق النص الجنائى ، اسباب الاباحة وموانع المسئولية ، أسـباب الاباحة وموانع العقاب ، اسباب الاباحة وحالة الضرورة ، ونتناول كل من هذه الحالات على التوالى : ـ

١ ـ اسباب الاباحة والاباحة الاصلية

من المبادىء المستقرة فى التشريعات العقابية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، هذا المبدأ الذى يعنى حصر التجريم والعقاب فى نصوص

القانون المكتوب فتحديد الجرائم وتحديد العقوبات المقررة لها من اختصاص المشرع .

وترجع اهمية هذا المبدأ الى انه ضمان لحقوق وحريات الافراد ، فطالما لا يوجد نص يجرم الفعل يكون الفرد فى مأمن من المسئولية الجنائية (١) .

ولما كان هذا المبدأ يشكل حجر الزاوية فى حماية حقوق الافراد وحرياتهم فقد اقرته الدساتير المصرية المتعاقبة فى المادة السادسة من دستور سنة ١٩٢٣ ، والمادة ٣٢ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة الثامنة من دستور سنة ١٩٥٨ والمادة ٢٥ من دستور سنة ١٩٦٤ والدستور الحالى الصادر سنة ١٩٧١ تقر هذا المبدأ المادة ٦٦ التى تنص على انه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائى ولا عقاب الا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » ويرجع البعض(٢) الأصول الأولى لهذا المبدأ الى العهد الأعظم الذى منحه فى انجلترا الملك جون لرعاياه سنة ١٢١٦ م ، وذلك أثر من آثار الغزو الفكرى والذى يحاول أن يرجع كل أصل حضارى الى أوربا ؛ اذ من الثابت ان المبدأ معروف فى الشريعة الاسلامية ولنقرأ فى ذلك قوله تعالى « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » (٣) .

ويفترق الفعل أو الامتناع الذى لا يجرمه نص فى القانون عن الفعل أو الامتناع الذى يخضع لنص عقابى غير انه يطرأ وقت ارتكابه أحد أسباب الاباحة ، ففى الحالة الاولى لا يكون على القاضى لكى يحكم بتبرئة مرتكب الفعل الا ان يتحقق من عدم خضوع الواقعة لنص تجريم دون ان يبحث ظروف ارتكاب الفعل او ملابساته .

ويترتب على هذه التفرقة نتائج هامة :

١ ـ فى حالة عدم تجريم الفعل او الاباحة الأصلية قد ينص القانون على اجراء وقائى لما فى مسلك مرتكب الفعل او الامتناع من خطورة اجرامية بينما فى حالة توافر سبب من أسباب الاباحة فلا يتصور

---

(١) René Gaurraud Traite théorique et pratique du droit pénal Francais T : I. P. 213, Paris 1913.

(٢) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص٧٨

(٣) سورة الاسراء الآية : ١٥

اتخاذ اجراء وقائى لعدم توافر الخطورة الاجرامية فى مسلك مرتكب الفعل (١) .

٢ ـ فى حالة الاباحة الاصلية ولو أن الفعل لا يعد جريمة ، غير أنه قد ينطوى على خطأ ويسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى المصرى ، أما فى حالة تجريم الفعل وتوافر سبب من أسباب الاباحة فلا تترتب مسئولية من اى نوع لانه لا يمكن ترتيب مسئولية عن فعل يبيحه القانون وقد يأمر به .

٢ ـ اسباب الاباحه وعدم انطباق النص الجنائى

تحرص التشريعات العقابية على وضع قواعد تفصيلية لبيان مدى سلطان نصوصها من حيث الزمان والمكان (٢) ومن ثم لا يكون للنص الجنائى سلطان مطلق بل يتحدد بحدود زمانية واخرى مكانية ، فاذا ارتكب الفعل على نحو يخرجه عن السلطان الزمانى أو المكانى للنص الجنائى فانه لا يخضع لهذا النص (٣) .

وقد يقال أن هذا هو عين الحال اذا ما توفر سبب الاباحة حيث يخرج الفعل من نطاق التجريم وتنتفى عنه الصفه غير المشروعة ، غير أن ذلك لا يعنى انتفاء الفروق بين اسباب الاباحة ، وعدم انطباق النص الجنائى لعدم سريانه من حيث الزمان أو المكان او بالنسبة للاشخاص (٤)

١ ـ فبالنسبة لسريان القانون من حيث الزمان فتطبيقا لمبدأ الشرعية لا يمكن انطباق نص يجرم فعلا لم يكن مجرما وقت ارتكابه ، ويكون اساس الاعفاء من العقاب عدم تجريم الفعل لعدم وجود نص يجرمه وقت ارتكابه ، أما فى حالة توافر سبب الاباحة فأن النص الذى يجرم الفعل يكون قائما غير أن حكمه يتعطل للظروف الاستثنائية المكونه لسبب الاباحة .

٢ ـ ويختلف عدم انطباق القانون لعدم سريانه على المكان ، عن الاعفاء من العقاب لتوافر السبب المبيح ، فقد ترتكب جريمة فى الخارج

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٧

(٢) راجع المواد من ١ ـ ٥ من القانون المصرى ، المادة الثانية من القانون العراقى والمواد ١ ، ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من القانون الليبى .

(٣) اسباب الاباحة فى التشريعات العربية ـ استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ص ٤٠ معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٢ .

(٤) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ١٣٧ .

من الجرائم الضارة بمصالح الدولة على أحد رعاياها ، ومع ذلك لا يطبق قانون هذه الدولة اذ تكون الغلبة لقانون آخر ينازعه ، هو قانون الدولة التى وقعت الجريمة على أرضها ، وهنا يكون التنازع بين قانونى دولتين مختلفتين ، أما فى حالة توافر السبب المبيح ، فالتنازع ليس بين قانونين لبلدين مختلفين وانما يقوم التنازع بين قاعدتين قانونيتين لبلد واحد هما قاعدة التجريم وقاعدة الاباحة وتكون الأفضلية فى التطبيق لقاعدة الاباحة .

٣ — وفيما يتعلق بعدم تطبيق القانون على **الأشخاص** فهذا الاعفاء يكون بالنسبة لبعض الأشخاص ولاعتبارات شخصية ، أما أسباب الاباحة فالاصل فيها أنها لاتقوم على اعتبارات شخصية وانما ترجع الى ظروف مادية تتوفر وقت ارتكاب الجريمة وتبيحها لأى شخص وجد فى هذه الظروف التى تجعل الجريمة وقد أحاطت بها هذه الظروف المادية لا تستأهل التجريم .

٣ — اسباب الاباحة وموانع المسئولية

موانع المسئولية هى أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل ارادته غير معتبرة قانونا بأن تجردها من التمييز او حرية الاختيار او منهما معا(١)، ومثالها فى القانون المصرى حالة الضرورة (مادة ٦١ عقوبات) والجنون والسكر غير الاختيارى (مادة ٦٢ عقوبات)

ولما كانت موانع المسئولية تتعلق بارادة الجانى وحريته فى الاختيار فانها تكون من طبيعة شخصية ، بينما ترد أسباب الاباحة على الركن المادى فى الجريمة فتهدم الصفة الاساسية فيها وهى عدم المشروعية ومن ثم تكون ذات صفة موضوعية ويترتب على هذا الفارق أن سبب الاباحة يعطل نص التجريم بينما لا يؤثر مانع المسئولية على سلطان النص وكل ماله من أثر هو عدم سريان النص لفقدان شرط او أكثر من شروط تطبيقه (٢) .

وتترتب على التفرقة بين أسباب الاباحة ، وموانع المسئولية نتائج هامة يمكن ايجازها فيما يلى : —

---

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام — المرجع السابق ص ١٦٩ ومؤلفه اسباب الاباحة فى التشريعات العربية — المرجع السابق ص ٤٢

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق ص ١٣٨ .

١ ـ لما كان سبب الاباحة ينفى عن الفعل الصفة الاجرامية ، كما ان الفعل المباح لايشكل خطورة اجرامية فانه يمنع من تطبيق اى اجراء وقائى بينما لا تحول موانع المسئولية دون امكان خضوع الجانى لتدبير وقائى يتفق مع طبيعة الجرم الذى ارتكبه وما يكشف عنه من خطورة اجرامية (١) ولذا تنص المادة ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائيةالمصرى على انه « اذا صدر أمر بأن لا وجه لاقامة الدعوى أو حكم ببراءة المتهم ، وكان ذلك بسبب عاهة فى عقله ، تأمر الجهة التى اصدرت الأمر أو الحكم اذا كانت الواقعة جناية او جنحة عقوبتها الحبس ، بحجز المتهم فى احد المحال المعدة للامراض العقلية الى أن تأمر الجهة التى اصدرت الامر أو الحكم بالافراج عنه « .

٢ ـ نتيجة للصفة الموضوعية التى تتميز بها أسباب الاباحة يمتد اثرها الى كافة من ساهم فى الجريمة فاعلا كان أم شريكا ، لان المساهمة الجنائية لا تكون الا فى واقعة غير مشروعة ، بينما لا يحول توافر مانع من موانع المسئولية لدى احد المساهمين دون مساءلة باقى المساهمين فى الجريمة ، فيسأل شريك عديم الأهلية لأن عدم الاهلية سبب شخصى يؤثر فى مسئولية من قام به دون مسئولية باقى الشركاء (٢) .

٣ ـ لما كانت أسباب الاباحة تزيل عن الفعل وصف الجريمة فان توافرها لايرتب اية مسئولية جنائية كانت أم مدنية ، فلا يسأل الفاعل أوشريكه عن تعويض الاضرار التى تترتب على الفعل ، أما مانع المسئولية وان كان له اثره فى المسئولية الجنائية فيمن قام بالنسبة له المانع فان باب المسئولية المدنية يظل مفتوحا (٣) ، وتطبيقا لذلك تنص المادة ١٦٤ من القانون المدنى على انه « يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » (٤) كما قد يقضى بالتعويض

---

(١) الدكتور يسر انور على ـ الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية ـ المرجع السابق ص ٢٢٧ ـ واستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٠

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٠ ـ والدكتور يسر انور على ـ الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية ـ المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٣) استاذنا الدكتور محمودمحمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٠

(٤) وتقابلها المادة ١٦٥ من القانون السورى والمادة ١٦٧ من القانون الليبى والمادة ١٩١ من القانون العراقى ، والمادة ١٢٢ من القانون اللبنانى .

طبقا للمادة ١٧٣ (١) من القانون المدنى على من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز .

وخلاصة القول أن أسباب الاباحة تزيل الصفة الاجرامية عن الفعل فلا تترتب مسئولية جنائية او مدنية (٢) بينما موانع المسئولية وان أوصدت باب المسئولية الجنائية ، فان باب المسئولية المدنية يظل مفتوحا .

٤ ـ أسباب الاباحة وموانع العقاب

موانع العقاب أو الاعذار المعفية هى أسباب للاعفاء من العقاب بالرغم من توافر جميع أركان الجريمة وشروط المسئولية عنها ، وهى اسباب ذات طابع استثنائى ، ونظرا لهذه الطبيعة الاستثنائية فقد حددها القانون على سبيل الحصر ، وفى هذا تقول محكمة النقض المصرية « لا اعفاء من العقوبة بغير نص ، والنصوص المتعلقة بالاعفاء تفسر على سبيل الحصر فلا يصح التوسع فى تفسيرها بطريق القياس » (٣) .

واساس هذه الموانع ما يراه المشرع من اعتبارات المنفعة الاجتماعية التى يحققها اعفاء الجانى من العقاب ، والمنفعة الاجتماعية قد تتمثل فى كشف الجانى عن جريمته والمساهمين معه فيها وهذه مسألة لها اهميتها فى بعض الجرائم ، ومثال ذلك جريمة الاتفاق الجنائى حيث تنص الفقرة الاخيرة من المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصرى على اعفاء كل من بادر من الجناة باخبار الحكومة بوجود اتفاق جنائى ، وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جناية أو جنحة ، وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن أولئك الجناة ، فاذا حصل الاخبار بعد البحث والتفتيش تعين أن يوصل الاخبار فعلا الى ضبط الجناة الآخرين (٤) . وقد تتمثل المصلحة الاجتماعية فى تشجيع المجرم على عدم مواصلة مشروعه الاجرامى

---

(١) وتقابلها المادة ١٧٤ من القانون السورى والمادة ١٧٦ من القانون الليبى والمادة ٢١٨ من القانون العراقى والمواد ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٨ من القانون اللبنانى .

(٢) Marle et vitu : Traité de droit criminel, Paris 1967, P. 303.

(٣) نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٦٥ ص ١٣٠ .

(٤) ومثال ذلك ايضا ما تقضى به المادة ١٠٧ مكررا ، ٢٠٥ ، ٢١٠ من القانون المصرى .

فيؤدى توقفه الى تجنب المجتمع الاضرار التى كانت ستلحق به لو استرسل المجرم فى مشروعه ونجد تطبيقا لذلك فى نص المادة ١٠٠ من قانون العقوبات المصرى التى تعفى من العقاب من كان فى زمرةالعصابات المنصوص عليها ولم يكن له فيها رئاسة ولا وظيفة وانفصل عنها عند اول تنبيه عليه من السلطات المدنية او العسكرية ، وفى النهاية فان المنفعة الاجتماعية قد تتحقق فى اصلاح الجانى الضرر الذى نشأ عن جريمته ومثال ذلك الاعفاء الذى تقضى به المادة ٢٩١ من قانونالعقوبات المصرى للخاطف اذا تزوج بمن خطفها زواجا شرعيا فلا يحكم عليه بعقوبة ما وذلك تشجيعا للجانى على اصلاح الضرر الناشىء عن جريمته ورعاية الاسرة الجديدة (١) .

وتتفق موانع العقاب مع موانع المسئولية فالاعفاء لايعنى انتفاء الخطورة الاجرامية او الضرر المترتب على الجريمة ومن ثم فيجوزالنص على تطبيق تدبير وقائى ، كما لا يمنع من تعويض الضرر طبقا لقواعد المسئولية المدنية ، كما لا يستفيد من موانع العقاب كما هو الحال فى موانع المسئولية الا من توافر فيه المانع بينما يحكم بالعقوبة على باقى المساهمين فاعلين كانوا أم شركاء (٢) وبذلك تختلف عن أسباب الاباحة التى تنفى الحالة الخطرة فلا يكون هناك محل لتطبيق اى اجراءوقائى، كما انها تزيل عن الفعل الصفة الاجرامية فلا تكون هناك مسئولية من اى نوع جنائية كانت أم مدنية ، واسباب الاباحة لا تتعلق باعتبارات شخصية وانما ذات صفة موضوعية لتعلقها بالركن المادى ومن ثم يمتد اثرها الى جميع من ساهموا فى الجريمة فاعلين كانوا أم شركاء .

٥ ـ اسباب الاباحة وحالة الضرورة

حالة الضرورة هى مجموعة من الظروف تهدد شخصا بالخطر وتدفعه الى فعل اجرامى معين كطريق الخلاص منه (٣) .

وتنص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى على انه « لا عقابعلى من ارتكب جريمة الجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من

---

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ٨٦٤ ، الدكتور يسر أنور على ـ الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ص ٣٢٨ .

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٢ ـ واستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ اسباب الاباحة ـ المرجع السابق ص ٤٤ ـ والدكتور يسر أنور على ـ الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ص ٢٢٨

(٣) Garraud I. No. 358, P. 694.

واستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص٥٨٥

خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به او بغيره ولم يكن لارادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة اخرى ، وتعتبر حالةالضرورة فى قانون العقوبات المصرى مانعا من موانع المسئولية على اساس انها تؤثر فى حرية الاختيار لدى الفاعل لما تحدثه الظروف الخارجية من تأثير على الارادة ، ومثال حالة الضرورة لوقاية النفس أن تغرق سفينة فيتعلق شخصان بقطعة من الخشب طافية ثم يتبين انها لا تقوى على حملهما معا فيبعد احدهما الآخر فينجو بنفسه ويهلك زميله ومثال حالة الضرورة لوقاية الغير أن يقوم الطبيب باجراء عملية جراحية لوقاية مريض من خطر جسيم حال يهدد حياته دون حصوله على رضاء المريض .

ويترتب على اعتبار الضرورة مانعا من موانع المسئولية أن الفاعل وان كان لا يسأل الا أن مسئوليته المدنية تظل قائمة وهو ما تقرره المادة ١٦٨ من القانون المدنى المصرى بقولها .. من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به او بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا ، بينما لو اعتبرنا الضرورة سببا من أسباب الاباحة لانتفت المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية معا .

ويعتبر القانون الايطالى الضرورة من أسباب الاباحة مادة ٥٤ويرى البعض (١) ان هذا ما كان يجب الاخذ به فى القانون المصرى علىاساس أن الضرورة تتوفر فيها مقومات الاباحة وعدالة يجب أن يكون لها نفس الأثر لأن الضرورة تشمل صورا لا يكون فيها الخطر على الشخص او من يهمه أمره كالطبيب الذى يجهض الحامل انقاذا لحياتها ، ويجمع الاباحة وحالة الضرورة قيامهما على أساس تضحية حق لصيانة آخر يفضله أو يتساوى معه فى القيمة ، ولوحدة الاساس لأسباب الاباحة وحالة الضرورة كان يجب أن يتحد اثرها فى تعطيل نص التجريم ، واعتبار الفعل كان لم يكن ، كما يجب ان لا يسأل الفاعل فى حالة الضرورة عن تعويض ما يحدث من ضرر .

المطلب الثالث

آثار الاباحة واحكام الجهل والغلط فيها

أسباب الاباحة ليست أسبابا شخصية تتعلق بالجانى ، وانما تتعلق بالركن المادى للجريمة وكونها تجعل الفعل مباحا لا يترتب على

---

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤١ .

الفعل لا مسئولية جنائية ولا مسئولية مدنية فالشخص لم يرتكب الا ما اذن به القانون او امر به .

ونظرا للطبيعة الموضوعية لاسباب الاباحة فان الأصل امتداد اثرها الى الشريك ، ويجب ان يقوم سبب الاباحة فى مرحلة التنفيذ ، وقبل اتمام الجريمة ، ومن ثم وجب تعيين هذا الوقت الذى يختلف باختلاف نوع الجريمة وما اذا كانت من الجرائم المستمرة ام الجرائم المتتابعة ، كما يثور التساؤل عن اعمال هذا الاثر فى حالتى الجهل والغلط فى الاباحة واثر تجاوز حدود الاباحة .

وهذه الموضوعات نتناولها فى هذا المطلب على التوالى :

١) اثر الاباحة وتعيين وقت ارتكاب الجريمة

ان ارتكاب الجريمة التامة قد يتطلب بضع مراحل منذ بدءالتفكير فيها حتى تمام تنفيذها ، فالجريمة تبدأ عادة فكرة فى ذهن الجانى ، قد يتخلى عنها ، كما قد يعقد العزم على تنفيذها ، وقبل أن يقدم على التنفيذ الفعلى كثيرا ما يتطلب الحال بعض الاعداد أو التحضير له، واخيرا يبدأ التنفيذ الفعلى للجريمة بالاعتداء على الحق الذى يحميه القانون .

ومرحلتا التفكير والتحضير لا تدخلان فى نطاق التجريم ولا تعتبران شروعا فى الجريمة طبقا للفقرة الاخيرة من المادة ٤٥ من قانون العقوبات المصرى التى تنص على انه « ولا يعتبر شروعا فى الجناية او الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الاعمال التحضيرية لذلك » ، وترتيبا على ذلك فانه لا يلزم قيام السبب المبيح خلال هاتين المرحلتين لان ما يصدر عن الشخص فيهما لا يعد جريمة .

واذا توافر سبب الاباحة بعد تمام الجريمة انعدم اثره لانه يشترط لاعمال هذا الاثر « أن يكون الفاعل غير مكلف بمراعاة حق الغير عند الاعتداء على هذا الحق » (١) ومن ثم فانه يلزم أن يتوافر سبب الاباحة فى مرحلة التنفيذ ، وهو أمر يدق تعيينه بالنسبة للجرائم المستمرة والجرائم المتتابعة ، فالجرائم المستمرة Infraction Continues

---

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٤ .

وهى التى تقتضى من الجانى نشاطا ايجابيا أو سلبيا متجددا تستمر به الحالة الاجرامية وقتا يتوقف فى مداه على ارادته . وفى هذا النوع من الجرائم يجب أن يتوفر سبب الاباحة قبل تمام الجريمة أى قبل مرحلة الاستمرار لان ظروف سبب الاباحة فى مرحلة الاستمرار لا ينفى الصفة غير المشروعة للفعل وتطبيقا لذلك فان من يقبض على أى شخص أو يحبسه أو يحجزه بدون وجه حق يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٢٨ من قانون العقوبات ولا يصحح الحبس صدور أمر به بعد ذلك من السلطة المختصة .

والجرائم المتتابعة successive وهى الجرائم التى عرفتها محكمة النقض قائلة « ان من الجرائم جريمة يحصل التصميم عليها ، ولكن تنفيذها قد لايكون بفعل واحد ، بل بأفعال متلاحقة متتابعة كلها داخل تحت الغرض الجنائى الواحد الذى قام فى ذهن الجانى . فكل فعل من الافعال التى تحصل تنفيذا لهذا الغرض لا يكون العقاب عليه وحده ، بل العقاب انما يكون على مجموع هذه الافعال كجريمة واحدة ، بحيث اذا كان احد هذه الافعال لم يظهر الا بعد المحاكمة الاولى فان الحكم الاول يكون مانعا من رفع الدعوى بشأن هذا الفعل احتراما لمبدأ قوة الشىء المحكوم فيه (١) فالجرائم المتتابعة جرائم منفصلة ونظرا لوحدة الغرض المقصود منها ووحدة الحق المعتدى عليه فيها يعتبرها القانون جريمة واحدة ، وفى هذا النوع من الجرائم اذا توفر سبب الاباحة بالنسبة لبعض الافعال دون البعض الآخر انتج سبب الاباحة أثره بالنسبة للافعال التى توفر فيها شروط الاباحة فضرب المجنى عليه عدة ضربات توفر لبعضها شروط الضرب المباح بأن كان بسيطا مقصودا به التأديب أو التعليم بينما كان بعض الضرب جسيما أو كان بقصد الانتقام فانه يكون معاقبا عليه ولو توفر للضرب السابق سبب الاباحة .

٢) الاباحة والمساهمة فى الجريمة

اذا ساهم فى الجريمة أكثر من شخص بأن كان هناك فاعلان أو فاعل وشريك ثار التساؤل عن أثر الاباحة التى تقوم بالنسبة للبعض دون البعض الآخر .

---

(١) نقض ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية حـ ١ رقم ١ ص ١

ويرى البعض (١) أن القاعدة فى حالة تعدد الفاعلين عدم استفادة من لم يتوفر بالنسبة له سبب الاباحة من السبب الذى توفر بالنسبة لغيره لان المبدأ المقرر فى القانون المصرى أن الفاعل مع غيره يستعير اجرامه من فعله وكأنه ارتكب الجريمة وحده ، وهو ما قررته الفقرة الاخيرة من المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصرى والتى تنص على انه « ومع ذلك اذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة او العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها الى غيره منهم وكذلك الحال اذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة او كيفية علمه بها » .

بينما يرى البعض (٢) أن توافر سبب الاباحة يجعل الفعل مشروعا ويستفيد من ذلك كل من ساهم فيه ولا فرق فى الاصل بين فاعل وشريك على أساس أن الفعل المشروع لا يصلح محلا للمساهمة الجنائية .

ورغم هذا الخلاف فى المبدأ العام فالرايان يتفقان فى التفرقة بين أسباب الاباحة المطلقة واسباب الاباحة النسبية ، فاذا كان سبب الاباحة من النوع الاول استفاد منه الفاعلون جميعا ، اما اذا كان السبب نسبيا فانه لا يستفيد منه الا شخص يحتل مركزا معينا او يحمل صفة معينة قصد القانون أن يقتصر أثر الاباحة عليه وحده الا اذا أجاز القانون التفويض فى استعمال الحق كما فى حق التأديب المقرر للاب وحق الدفاع أمام القضاء والتفرقة بين الاسباب النسبية والاسباب المطلقة لا يتعارض مع الفقرة الاخيرة من المادة ٣٩ بل يتفق وحكمها (٣) لأن أسباب الاباحة النسبية تعتبر من الاحوال الخاصة للفاعل التى لا يتعدى أثرها الى غيره من الفاعلين .

والمبدأ العام بالنسبة للشريك أنه يستعير اجرامه من الفاعل الاصلى فاذا كان ما ارتكبه الاخير مباحا كان فعل الشريك غير معاقب عليه غير أنه يجب التفرقة بين توافر السبب المبيح بالنسبة للفاعل وتوافره بالنسبة للشريك ، فاذا توافر السبب بالنسبة للفاعل وكان السبب مطلقا استفاد منه الشريك ، أما اذا كان السبب نسبيا استفاد منه

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٢) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٠

(٣) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٥ .

الفاعل دون الشريك وهو المستفاد من نص المادة ٤٢ من قانون العقوبات المصرى التى تنص على أنه « اذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الاباحة أو لعدم وجود القصد الجنائى أو لاحوال خاصة به وجبت مع لك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانونا ، لان عبارة أو الاحوال الخاصة به تعنى سبب الاباحة النسبى .

وفى حالة توافر سبب الاباحة بالنسبة للشريك دون الفاعل الاصلى فنفرق أيضا بين ما اذا كان السبب الذى توفر سببا مطلقا أم سببا نسبيا ، فالسبب المطلق الذى يتوفر للشريك دون الفاعل الاصلى يستفيد منه كليهما ، أما السبب النسبى الخاص بالشريك فيستفيد منه وحده دون الفاعل الاصلى .

والخلاصة أن أسباب الاباحة المطلقة يستفيد منها كل من يساهم فى الفعل فاعلا كان أم شريكا ، أما أسباب الاباحة النسبية فلا يستفيد منها الا من قرر له القانون الاباحة (١) .

٣) الجهل بالاباحة

قد يتوافر سبب الاباحة بكل الشروط التى يتطلبها القانون ولكن مرتكب الفعل يعتقد أن السبب غير متوافر وأن فعله غير مشروع (٢) .

وأساس الجهل بالاباحة يرجع اما الى غلط فى القانون ومثال ذلك الشخص الذى يقبض على المتلبس بالجريمة وهو يجهل أن قانون الاجراءات الجنائية يبيح القبض فى أحوال التلبس بجناية أو جنحة يجوز فيها الحبس الاحتياطى (المادة ٣٧) واما الى غلط فى الوقائع كمن يقبض على شخص متلبس بالجريمة وهو يجهل قيام حالة التلبس .

وتعالج بعض التشريعات هذه الحالات بنصوص عامة ومثال ذلك المادة ٥٩ من القانون الايطالى التى تنص على أن « الفاعل يضار ويستفيد بالظروف المشددة أو المخففة أو الطاردة للعقوبة ، ولو كان يجهل قيامها ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . ولا يوجد فى

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ اسباب الاباحة ـ المرجع السابق ـ ص ٣٠.

(٢) Delogue. Les causes de justification, P. 165.

التشريع المصرى الحالى نص عام كنص القانون الايطالى وقد عالج مشروع القانون سنة ١٩٦٦ هذا القصور فنصت المادة ٢٩ على أنه « اذا جهل مأمور الضبط وجود ظرف مشدد للعقاب فلا يسأل عنه ما لم ينص على خلاف ذلك ، ولكنه يستفيد من الاسباب التى تحول دون توقيع العقوبة وكذلك الاعذار ولو جهل وجودها » .

ولما كانت اسباب الاباحة تتسم بالطبيعة الموضوعية فانه يترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها عدم الاعتداد بالعوامل الشخصية ومن ثم فانه اذا توافرت أسباب الاباحة بالشروط التى يتطلبها القانون فجهل الفاعل بوجودها لا يحول دون اعمال اثرها واستفادته منها ـ ويستثنى من هذه القاعدة قيام بعض أسباب الاباحة على عناصر شخصية يجب توافرها وقد يكون العلم أحد هذه العناصر (١) .

وقد تعرضت محكمة النقض فى حكم قديم لها (٢) للجهل بالاباحة وهى بصدد بحث جهل مأمور الضبط القضائى صدور اذن يخوله التفتيش فقضت بأن (تفتيش ضابط البوليس منزل المتهم بغير رضاه لا يكون صحيحا الا اذا كان الضابط مأذونا من النيابة العامة وعالما بهذا الاذن قبل اجراء التفتيش فعلا) فالتفتيش الحاصل بغير علم وفقا لهذا القضاء يعد عملا غير مشروع يعاقب مرتكبه بالعقوبة المقررة فى المادة ١٢٨ من قانون العقوبات . وفى حكم لاحق (٣) ذهبت المحكمة الى أن « ادعاء المتهم أن ضابط البوليس أجرى تفتيش منزله بناء على اذن من النيابة ولم يكن يعلم بهذا الاذن وقت اجرائه التفتيش هو من الامور الموضوعية التى لا يجوز عرضها على محكمة النقض . وماذهبت اليه المحكمة فى هذا الحكم تأييدا منها لحكمها السابق لانه لو ثبت من الاوراق بغير تحقيق فى الموضوع ان ضابط البوليس كان يجهل صدور الاذن فان التفتيش يكون باطلا ويعاقب بالعقوبة المقررة بالمادة ١٢٨ من قانون العقوبات .

وقد أثار هذا القضاء خلافا لدى الشراح فذهب البعض (٤) الى أن هذا القضاء غير سديد لأن موضوعية أسباب الاباحة تجعلها تحدث

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ اسباب الاباحة ـ المرجع السابق ص ٣٢ .

(٢) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٢٩٣ ص ٣٩٩

(٣) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ رقم ٣٩٠ ص ٥٤٩

(٤) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٠ .

أثرها من حيث تعطيل نص التجريم دون النظر للحالة النفسية للفاعل بينما ذهب رأى (١) الى أن من شروط اباحة فعل الموظف عنداستعماله سلطة تقديرية أو عند تنفيذه لأمر صادر اليه من رئيس تجب عليه طاعته أن يكون حسن النية بمعنى أن يستهدف بفعله تحقيق الغرض الذى يتغياه القانون أو يستهدفه الرئيس من تخويله هذه السلطة ،

وينتهى هذا الرأى الى أن قضاء النقض صحيح اذا استخلص من جهل الضابط الاذن بالتفتيش انتفاء حسن نيته ، ولكنه غير صحيح اذا تأسس على أن مجرد الجهل بصدور الاذن طبقا للقانون وهو الشرط الموضوعى للاباحة ناف للاباحة ذاتها .

وأرى تأييد الرأى الاول لان الطبيعة الموضوعية لاسباب الاباحة تجعلنا نطرح جانبا العوامل النفسية لمرتكب الفعل الا اذا تطلب القانون صراحة النظر لحالة الشخص النفسية (٢) ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصرى حيث اشترطت صراحة أن يكون استعمال الحق قد ارتكب بنية سليمة فنصت على أن « لاتسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرربمقتضى الشريعة ، وفيما عدا ما نص عليه القانون صراحة فان أسباب الاباحة تحدث أثرها بغض النظر عن حالة الفاعل النفسية .

٤) الغلط فى الاباحة

اذا كان الجهل بالاباحة يعنى توافر السبب المبيح وعدم علم مرتكب الفعل بتوفر هذا السبب ، فان الغلط فى الاباحة يأخذ صورة عكسية اذ يعتقد الجانى على خلاف الحقيقة والواقع توافر الوقائع أو الظروف التى ينشأ معها سبب الاباحة بينما أن هذا السبب لا وجود له .

ويأخذ الغلط فى الاباحة صورتان :

الصورة الاولى وفيها يعتقد الجانى أن القانون يقرر لفعله سببا معينا بينما لا يعرف القانون هذا السبب كالقاتل الذى يعتقد أن رضاء المجنى عليه سبب لاباحة القتل ، وكمن يتصرف فى المحجوزات ويقوم

---

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ اسباب الاباحة ـ المرجع السابق ـ ص ٣٧ .

(٢) Delogue : opp. P. 165.

بسداد الدين معتقدا أن القانون يجيز له ذلك وهذه الصورة هى صورة الغلط فى القانون ، وتخضع للحكم العام للغلط فى القانون والعلم بالقانون امر مفترض ومن ثم فان الغلط فى قانون العقوبات لا يصلح لدفع المسئولية ، ويسأل الجانى عن جريمة عمدية رغم اعتقاده وجود قاعدة تبيح فعله (١) .

والصورة الثانية ترجع الى غلط فى الوقائع اذ يعتقد مرتكب الفعل توافر الوقائع التى يقوم عليها سبب الاباحة بينما الظروف التى توفرت لا يقوم بها سبب الاباحة ومثال ذلك أن يكون الاب صاعدا السلم وينقطع التيار فجأة ويسمع صفيرا يعبث به فيضربه تأديبا معتقدا انه ابنه والحقيقة انه ابن الجيران وتورد بعض القوانين نصوصا عامة تعالج الغلط فى الاباحة فالمادة ٣/٥٩ من قانون العقوبات الايطالى تنص على أنه « اذا اعتقد الفاعل عن طريق الغلط وجود ظروف تستبعد العقاب قدرت هذه الظروف لمصلحته دائما ، ومع ذلك اذا كان الغلط أساسه خطأ فان العقاب لا يستبعد اذا نص القانون على الواقعة نفسها كجريمة غير عمدية » .

ولا يوجد فى القانون المصرى نص عام على غرار القانون الايطالى ، ولكنه أشار الى الغلط فى الاباحة فى تطبيقين الاول هو نص المادة ٦٣ التى تنص على أنه لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف اميرى فى الأحوال الآتية :

(أولا) — اذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر من رئيس وجبت عليه اطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه .
(ثانيا) — اذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن اجراءه من اختصاصه .

والتطبيق الثانى — فى رأى البعض — خاص بالخطر التصورى فى الدفاع الشرعى (المادتان ٢٤٩ ، ٢٥٠) وهو ما سيكون موضع دراسة خاصة فيما يلى .

والقاعدة أن الغلط فى الوقائع ينفى القصد الجنائى لان الفاعل لم

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق ص ١٤٩ واستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — النظرية العامة للقصد الجنائى دراسة تاصيلية مقارنة للركن المعنوى فى الجرائم العمدية — دار النهضة العربية ١٩٧٨ هامش ص ١٠٦ .

يقصد مخالفة القانون فلا تجوز مساءلة الفاعل عن جريمة عمدية فاذا ثبت ان الفاعل لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحرى فانه لا يكون مسئولا مدنيا أو جنائيا لانه يكون قد سلك مسلك الشخص العادى وهو المعيار الذى يعتد به القانون (١) أما اذا تبين أن الغلط فى الاباحة الذى وقع فيه مرتكب الفعل لم يكن مما يقع فيه الرجل العادى بل كان نتيجة الاهمال وعدم الاحتياط أو احدى صور الخطأ فان الفاعل يكون مسئولا عن جريمة غير عمدية اذا كان القانون يجرم ذات الوقائع باعتبارها جريمة غير عمدية (٢) .

وهذه القاعدة العامة هى التى طبقها المشرع المصرى فى التطبيقين المشار اليهما ولذا نجد محكمة النقض توجه النظر الى أن ما أشار اليه الشارع من تطبيق يشكل قاعدة عامة واجبة الاتباع فتقول فى حكم لها(٣) « ان حسن النية المؤثر فى المسئولية عن الجريمة رغم توافر أركانها . هو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ، ويكفى أن يكون الشارع قد ضبطه فى نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضى من تلك القاعدة العامة الواجب الاتباع ... وليست هذه الاشارة الا تطبيقا لقاعدة اعتمدها قانون العقوبات، فى المادة ٦٣ الواردة فى باب الاحكام العامة وهذا اتجاه صحيح من محكمة النقض لأنه على أساس من الحالتين اللتين ذكرهما المشرع يمكن اقامة بنيان متكامل لنظرية الغلط فى الاباحة (٤) كما أن هذا الاتجاه من محكمة النقض تؤيده قواعد التفسير التى لا تأبى التوسع حيث لا يتعلق الامر بنصوص التجريم والعقاب .

والخلاصة ان الغلط فى الاباحة يؤثر فى القصد الجنائى فلا تقوم المسئولية العمدية ، وقد تقوم المسئولية غير العمدية اذا كان القانون ينص عليها وثبت أن الجانى لم يتصرف تصرف الشخص العادى بأن أتى فعله بغير التثبت والتحرى اللازمين ، أما اذا تصرف تصرف الرجل العادى لا تقوم المسئولية الجنائية عمدية أم غير عمدية ، كما لا تقوم مسئولية مدنية .

---

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٨ .

(٢) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القصد الجنائى ـ المرجع السابق ص ١٠٨ ، والدكتور يسر انور على ـ الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ص ٢٢٦ .

(٣) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٢٢٠ ص ١١٩.

(٤) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القصد الجنائى ـ المرجع السابق ص ١١٠ .

٥) تجاوز حدود الاباحة

يقصدبتجاوز الاباحة الخروج عن الشروط التى قررها القانون ، ليكون لسبب الاباحة اثره ، وتخلف احد هذه الشروط يجعل الفعل خاضعا لنصوص التجريم وتترتب عليه المسئولية الجنائية اذا توافرت سائر أركانها (١) .

وتضع بعض التشريعات نصوصا عامة لتجاوز الاباحة فقد عالجها القانون الايطالى فى المادة ٥٥ ، القانون السويسرى فى المادة ٢/٢٣ ، القانون الليبى الذى جاءت المادة ٧٣ منه ترجمة حرفية للمادة ٥٥ من القانون الايطالى فنصت على انه « اذا تعدت خطأ الافعال المنصوص عليها فى المواد السابقة الحدود التى يعينها القانون او امر السلطة او داعى الضرورة يعاقب مرتكبها بعقوبة الجرائم الخطئية للافعال التى يرتكبها ، اذا نص القانون على امكان ارتكاب تلك الجرائم خطأ » .

ولم ينظم القانون المصرى أحكام التجاوز بنص عام وكل ماورد فيه نص المادة ٢٥١ الخاص بتجاوز حدود الدفاع الشرعى (٢) وهذا النص لا يمكن اعتباره قاعدة عامة لأن التفسير الموسع لا مجال لاعماله فى قواعد التجريم والعقاب ، ولذلك فان هذا النص يعمل به فى الحالة التى ورد بشأنها ، أما حالات التجاوز الأخرى فتخضع للقواعد العامة والتى تقتضى التفرقة بين التجاوز المتعمد والتجاوز عن خطأ والتجاوز الذى يحدث بسبب لا دخل لارادة الفاعل فيه .

فالتجاوز المتعمد هو الذى يتوافر فيه القصد الجنائى بعنصريه العلم والارادة وفى هذا النوع من التجاوز يسأل الفاعل عن جريمة عمدية وكل ما هناك ان للمحكمة ان تراعى ظروفه وتخفف العقوبة فى الحدود المقررة بالمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى .

واما اذا كان خروج الجانى على الشروط المقررة لاسباب الاباحة يرجع الى صور الخطأ غير العمدى كاهمال أو عدم احتياط لا يصدر عن شخص عادى وجد فى نفس الظروف فأنه يسأل عن فعله مسئولية غير عمدية اذا كان القانون يجرمها بوصف الخطأ (٣) .

---

(١) Delogu : opp. P. 160.

(٢) والذى سنتناوله تفصيلا مع بيان موقف الشريعة منه فى موضعه من الدراسة

(٣) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٤٧ .

واما اذا حدث التجاوز بسبب لادخل لارادة الفاعل فيه كحادث فجائى او اكراه معنوى فانه فى هذه الحال ينتفى الركن المعنوى للجريمة لانتقاء القصد الجنائى والخطأ غير العمدى .

وهناك مثال يضرب لبيان الصور المختلفة لتجاوز الاباحة فالزوج اذا ضرب زوجته قاصدا قتلها يكون مسئولا عن القتل العمد اما اذ قصد من الضرب استعمال حقه فى التاديب ولكنه تجاوز حدود الحق عن رعونة فاصاب الضرب مقتلا فانه يسأل عن قتل خطأ ، اما اذا ترتب على الضرب البسيط اجهاض الزوجة ثم وفاتها فان هذه النتائج النادرة الحدوث لا يتحمل الفاعل مسئوليتها (١)

المبحث الرابع

الاباحة بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى

اذا القينا نظرة الى **الاباحة الأصلية** فى كل من القانون والشريعة وجدنا وحدة الاتجاه بين نظرة كل منهما ، وهو التخيير بين الفعل والترك دون ترتب ثواب او عقاب على هذا او ذاك ، وان كان هناك خلاف فى معنى المباح بين القانون الجنائى والفقه الاسلامى ، ففى القانون الجنائى يعتبر كل ما لم ينص على اعتباره جريمة مباحا تطبيقا لمبدأ الشرعية ، أما المباح فى الفقه الاسلامى فهو ما دل الدليل الشرعى على التخيير فيه ، وأما المسكوت عنه فهو مباح ايضا اباحة أصلية عند الجمهور فيما عدا المعتزلة (٢) الذين يرون ان للأفعال حسنا وقبحا يدركهما العقل وتجب مراعاته ولو بدون نص من الشارع لان أحكام الشرع جاءت مؤيدة لحكم العقل ، وما لم يرد بشأنه نص يمنعه ويجرمه قد يعتبر مأمورا به لورود الخطاب بذلك فيثاب المرء على فعله وفى هذا تشجيع على الامتثال والطاعة (٣) .

أما اذا قارنا بين الاباحة الطارئة فى كل من القانون الجنائى والفقه

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٧ .

(٢) أستاذنا الدكتور محمد سلام مدكور ـ مباحث الحكم عند الاصوليين ـ دار النهضة العربية ـ ومشار اليه فى مؤلفه الحكم التخييرى ـ ص ٥٤

(٣) الحكم التخييرى أو نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء ـ المرجع السابق ص ٥٣ .

الاسلامى ، فاننا نجد انها قريبة الشبه بالاطلاق الثانى الذى ذكره الشوكانى من علماء الأصول لأن الاباحة بهذا الاطلاق لا تستعمل الا فى الفعل الذى كان فى ذاته غير مباح تم عرض له ما جعله مباحا ، وهو ذات المعنى المقصود بالاباحة فى القانون الجنائى اذ يعتبر مباحا الوقائع المجرمة التى أجازها القانون لظروف أو ملابسات خاصة تقلبها من اعمال غير مشروعة فى الاصل الى اعمال مشروعة ولذلك يطلق على هذه الظروف والملابسات اسباب الاباحة . ومثال ذلك فى كل من الشريعة والقانون الدفاع الشرعى عن النفس . فالقتل لمعصوم الدم امر محرم شرعا اما اذا كان القتل دفاعا وتوفرت شروط الدفاع واهمها التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع فان القتل الذى كان محرما يصبح مباحا لما عرض من ظروف وملابسات اقتضت هذه الاباحة والتى تتمثل فى حظر ارتكاب جريمة من الصائل على المصول عليه ، وتقرب الاباحة الطارئة فى القانون ايضا مما هو معروف فى الشريعة من اشياء محظورة فى الاصل ثم ارتفع هذ الحظر لوجب اقتضى ذلك ومثال ذلك شرب الخمر واكل لحم الميتة للمضطر او المكره اذ يقول البزدوى وصاحب كشف الاسرار على البزدوى وتمام الاكراه بأن يجعل عذرا يبيح الفعل » ويقول صاحب كشف الاسرار فاذا ثبتت الاباحة فى حال الاكراه عرف ان الاضطرار قد تحقق وان الاكراه صار ملجئا (١) .

ورغم ماذكرناه من هذا الاتفاق بين نظرة كل من الشريعة والقانون للاباحة الا أن دائرة الاباحة تختلف فى الشريعة عنها فى القانون فالدائرة فى الشريعة أوسع منها فى القانون الجنائى لأن علماء الشريعة لم يفرقوا بين جزئى وجزئى آخر كما لم تختلف فى نظرهم المسميات فلم يفرقوا بين اسباب الاباحة والاسباب المانعة من المسئولية (٢) ويرجع ذلك الى أن علماء الشريعة يرون أن العبرة فى الاباحة كون الفعل لا يستحق ثوابا ولا عقابا فى الآخرة ، ولذلك يرتبون على بعض الافعال والتى هى مباحة فى رايهم بعض المسئوليات المادية الدنيوية كضمان المتلفات والتعويض ومن أجل هذا فسروا الحديث الشريف « رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » بمايتفق وترتيب هذه المسئولية المدنية طبقا للتعبير المعاصر أو الضمان كما يسمى فى اصطلاح الشرعيين فقالوا ان المقصود من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع الاثم الاخروى لا رفع

---

(١) جـ ٤ ص ١٥٠٥ — ١٥٠٦

(٢) الحكم التخييرى — المرجع السابق — ص ٥٥

المسئولية مطلقا بينما توافر السبب المبيح فى القانون يقلب العمل غير المشروع الى عمل مشروع لا يرتب مسئولية من أى نوع .

ونرى ان هذا التعميم فى الفقه الاسلامى التقليدى ليس ملزما ان يقف عنده علماء الفقه الاسلامى المعاصرون فى كتاباتهم فمن الممكن ان يطلق على ما جعله الفقهاء غير مرتب للمسئولية الجنائية أو للضمان (المسئولية المدنية) مصطلح أسباب الاباحة بينما يخصون ما جعله الفقهاء القدامى مرتبا الضمان (المسئولية المدنية) اصطلاح انعدام المسئولية وبذلك يقدمون الفقه الاسلامى فى ثوب معاصر دون الخروج على أصوله العامة اذ « لا مشاحة فى الاصطلاح ولاحجر فى التسمية مادامت الحقائق محل اتفاق » (١) .

---

(١) أستاذنا الدكتور حسين حامد حسان - المصلحة - المرجع السابق ص ٥٩٣.

الفصل الثانى

تعريف الدفاع الشرعى واقسامه

يطلق القانون المصرى على رد الاعتداء اصطلاح « الدفاع الشرعى » المواد من ٢٤٥ الى ٢٥١ من قانون العقوبات وهى ترجمة للاصطلاح الفرنسى Légitime défense ويطلق نفس الاصطلاح القانون العراقى (المواد ٤٣ ــ ٤٥) والقانون الليبى المواد ٧٠ و ٧٠ مكررة (أ) ، ٧٠ مكررة (ب) والقانون السودانى المواد من ٥٥ الى ٥٩ والقانون الكويتى المواد ٣٣ ــ ٣٥ ويستعمل القانون التونسى تعبير دفع الصائل (مادة ٣٩) وهو نفس الاصطلاح فى الفقه الاسلامى ونعرض فى هذا الفصل تعريف الدفاع لغة واصطلاحا وتاريخ الدفاع الشرعى واقسام الدفاع الشرعى فى القانون والشريعة ، وذلك على النحو التالى :

المبحث الاول : الدفاع الشرعى فى اللغة والاصطلاح
المبحث الثانى : تاريخ الدفاع الشرعى واقسامه

المبحث الاول

الدفاع الشرعى فى اللغة والاصطلاح

تستعمل بعض التشريعات اصطلاح الدفاع الشرعى ، بينما يعبر الفقه الاسلامى والقانون التونسى باصطلاح « دفع الصائل » وكلا الاصطلاحين له مدلول فى اللغة وآخر اصطلح عليه علماء الفقه الاسلامى وشراح القانون الوضعى وقد اكتفى الفقهاء المسلمون بوضوح المدلول اللغوى فجاءت تعريفاتهم من المعنى اللغوى مع تخصيص المعنى بما يفيد وجود شروط مخصوصة ، وجاء فقهاء الاسلام المعاصرون وحاولوا وضع تعريف للدفاع الشرعى ، اما شراح القانون الوضعى فقد قالوا بتعريفات كثيرة حاولوا فيها الوصول الى تعريف للدفاع الشرعى يجمع خصائصه الذاتية ويمنع من دخول غيره من أسباب الاباحة فى التعريف، وقد جاء معظم هذه التعريفات غير محقق لهدفهم فى ان يكون التعريف جامعا مانعا .

ونعرض فى هذا المبحث المعنى اللغوى والمدلول الاصطلاحى فى الفقه الاسلامى ثم معنى الدفاع الشرعى عند شراح القانون الوضعى

وتمييز الدفاع الشرعى وذلك فى مطالب ثلاثة على التوالى :

المطلب الاول : دفع الصائل فى اللغة والفقه الاسلامى

المطلب الثانى : الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

المطلب الثالث : تمييز الدفاع الشرعى

المطلب الاول

دفع الصائل فى اللغة والفقه الاسلامى

يعبر الفقهاء المسلمون عن الدفاع الشرعى بعبارة دفع الصائل وحتى نلقى الضوء على مدلول هذا الاصطلاح يجب أن نبين معناه اللغوى أولا ثم المعنى فى الفقه الاسلامى عند الاقدمين والمحدثين .

المعنى اللغوى لاصطلاح دفع الصائل :

يتكون الاصطلاح من مضاف ومضاف اليه ، فالمضاف هو كلمة دفع والمضاف اليه هو كلمة صائل ، فهو مركب اضافى وكما يقول علماء اللغة أن المضاف اليه يخصص المضاف فان بيان المضاف اليه يأتى أولا ثم بيان المضاف .

وكلمة الصائل اسم فاعل من الفعل صال ، وصال على قرنه صولا وصيالا وصئولا وصولانا وصالة ومصالة سطا قال :

ولم يخشوا مصالته عليهم وتحت الرغوة اللبن الصريح

والصؤول من الرجال الذى يضرب الناس ، ويتطاول عليهم ، فصال عليه اذا استطال ووثب ، صولا وصولة يقال رب قول أشد من صولة ، والمصاولة المواثبة وكذلك الصيال والصيالة ، والفحلان يتصاولان اى يتواثبان والصولة الوثبة (١) ويقال صال عليه أى سطا عليه ليقهره (٢) . وجاء فى المعجم الوسيط واصال عليه صولا وصولانا سطا عليه ليقهره (٣) ، ويستعمل الفقهاء مصدر الفعل الصيال وان كان للفعل مصدرا آخر هو صول الذى جاء فى أشعار العرب كقول الشاعر :

---

(١) لسان العرب ـ المرجع السابق ـ الجزء الثالث ـ ص ٤١٤

(٢) القاموس المحيط ـ تاليف محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم مجد الدين الشيرازى الفيروزابادى ـ الجزء الثالث ـ ص ٤ طبعة سنة ١٣٠٢ هـ ، اقرب الوارد فى فصيح العربية والشوارد تاليف سعيد بن عبد الله الياس المعروف بالشرتونى الماردونى اللبنانى ـ المجلد الاول ص ٦٧٠ طبعة بيروت سنة ١٨٨٩ م

(٣) المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ ص ٥٣١

فصالوا صولهم فيمن يليهم وصلنا صولهم فيمن يلينا (١)

ومن هذا البيان اللغوى يمكن القول أن مفهوم الصيال فى اللغة الاعتداء بالسطو على الغير بقصد القهر والغلبة أو الايذاء ، فى اى صورة من صور الاذى والاعتداء ، والصائل هو المعتدى بالسطو .... الخ .

وأما معنى المضاف وهو الدفع فيقصد به الازالة بقوة ، دفعه يدفعه دفعا ودفاعا ، ودافعه ودفعه فاندفع ، وندفع وتدافعوا الشيء اى دفعه كل واحد عن صاحبه ، وتدافع القوم اى دفع بعضهم بعضا(٢)، وجاء فى المعجم الوسيط (٣) دفع الشيء نحاه وازاله بقوة ، وفى القرآن الكريم « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض » ويقال دفعته عنى ، ودفع عنه الاذى والشر ، ودافع عنه مدافعه حامى عنه وانتصر له ، ويقال دفعه الى كذا اى اضطره اليه فهو مدفوع اليه اى مضطر (٤) ، ومن المعانى التى للفظ الدفع الرد ، وهو صادق ردالشيء الى صاحبه ، يقال دفعت الوديعة الى صاحبها رددتها (٥) اليه ، كما يقال دفع القول اى رده بالحجة والقول ، ويستعمل هذا المعنى فى قانون المرافعات فيما يعرف بنظرية الدفوع ، كما يقال بأن المتهم دفع بأنه كان يستعمل حقه فى الدفاع الشرعى ، أو التأديب اى أنه تمسك بحالة الدفاع الشرعى ، أو استعمل حقه فى التأديب ، ومن ثم فانه رد الجريمة المنسوبة اليه باثبات سبب الاباحة الذى ينفى عدم مشروعيتها.

ولكلمة دفع معانى اخرى مثل قولهم : هذا الطريق يدفع الى مكان كذا اى ينتهى اليه (٦) ، وقوله دفع الشيء فى آخر اى ادخله فيه (٧) ، والدفع بمعنى التنحية والازالة هو المعنى المقصود فى خصوص الصائل لأن المقصود بدفع الصائل تنحيته عن الصيال أو ازالة صياله الذى بداه وكلمة دفاع ترادف كلمة دفع (٨) ، فيقال دافع ما فيه

---

(١) اساس البلاغة ـ تاليف جاد الله ابى القاسم محمود بن عمر بن محمود المعروف بالزمخشرى الخوارزمى ـ الجزء الثانى ـ ص ٣٢ طبعة سنة ١٣٤١ هـ .

(٢) لسان العرب ـ المرجع السابق ـ الجزء التاسع ـ ص ٤٤١ .

(٣) الجزء الاول ص ٢٨٨ .

(٤) اقرب الوارد ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ ص ٣٣٩ .

(٥) المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرى ـ طبعة سنة ١٣١٢ هـ ـ ص ٩٠ ـ المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٨٨ .

(٦) المعجم الوسيط المرجع السابق ـ الجزء الاول ص ٢٨٨

(٧) اقرب الوارد ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ص ٣٣٩

(٨) مختار الصحاح للعلامة زين الدين محمد بن شمس الدين بن ابى بكر عبد القادر الرازى ص ٢٠٧

الاذى اى ابعده ونجاه . ولذا يكون استعمال كلمة دفع فى قولنا دفع الصائل يرادف كلمة دفاع فى تعبير الفقه الوضعى بمصطلح الدفاع الشرعى .

معنى دفع الصائل عند الفقهاء القدامى والمحدثين :

وقف أغلب الفقهاء القدامى عند المعنى اللغوى للصيال فقالوا انه الاستطالة والوثوب على الغير والصائل هو الظالم (١) ويبدو انهم اكتفوا فى تناولهم لموضوع الصيال على معناه اللغوى ثم تطرقوا الى احكامه اكتفاء بوضوح حقيقته اللغوية .

وهناك من الفقهاء القدامى من قيد الاستطالة والوثوب وهو الحقيقة اللغوية بأنها استطالة مخصوصة فى المعنى او المصطلح الفقهى فقال ان «الصيال لغة الاستطالة والوثوب وشرعا استطالة مخصوصة»(٢) ومفهوم ذلك انه ليست كل استطالة ووثوب فى المدلول اللغوى صيالا فى الحقيقة الشرعية ، وانما يقيد المدلول اللغوى بالشروط والاركان والقيود التى اشترطها الفقهاء فى بيان احكام الصيال فهو استطالة بشروط خاصة واوضاع معينة تميزه عن انواع عديدة من انواع الاستطالة والاعتداء ، فاستطالة حيوان على آخر وان اعتبرت استطالة فى المفهوم اللغوى للصيال فانها ليست صيالا اذا نظرنا اليها من خلال المنظور الفقهى لحقيقة الصيال ، لأن الصيال فى المفهوم الفقهى يقتصر على الاعتداء على النفس أو المال أو العرض فقد استخدم الفقهاء لبيان دفع صيال دولة غير اسلامية على الدولة الاسلامية اصطلاحا آخر هو الجهاد .

وهذا التعريف هو تعريف للصائل وليس تعريفا لدفع الصائل لأن الفقهاء عندما تعرضوا لبحث الموضوع لم يتناولوا كلمة دفع مكتفين بوضوح معناها اللغوى .

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ـ لابى زكريا الانصارى الشافعى ـ الجزء الرابع ص ١٦٦ المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٣ هـ ـ مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٩٤ ـ مطبعة الحلبى بمصر ١٣٥٢ هـ ـ ١٩٣٣ م ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ـ شمس الدين محمد بن ابى العباس احمد شهاب الدين الرملى المصرى الانصارى الشهير بالشافعى الصغير الجزء الثامن ـ ص ٢٣ مطبعة الحلبى بمصر ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٧ م .

(٢) حاشية شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبى المصرى ، حاشية عميرة على ، شرح منهاج الطالبين ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٦ ـ الطبعة الثالثة مطبعة الحلبى ١٣٧٥ هـ ـ ١٩٥٦ م

وقد حاول بعض الكاتبين فى العصر الحديث أن يضع تعريفا مستخدما التعبير الحديث للدفاع الشرعى بدلا من الاصطلاح القديم دفع الصائل فقال بعضهم (١) « الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة هو واجب الانسان فى حماية نفسه أو نفس غيره ، وحقه فى حماية ماله او مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء » وقد انتقد البعض هذا التعريف بأنه يعيبه الاطناب ورغم ذلك فهو غير جامع اذ أشار الى الدفاع عن النفس والمال ولم يشر الى الدفاع عن العرض وهو اولى بالنص عليه من المال ، وأنه اشتمل على الحكم بقوله هو واجب الانسان فى حماية نفسه او نفس غيره ، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره ، فقد ابان التعريف عن أن الدفاع واجب عن النفس ، وحق عن المال ، وبيان الحكم غير مطلوب فى التعريف لأن المقصود من التعريف بيان الماهية من حيث هى ، اما الحكم فهو خارج عنها طارىء عليها (٢) وقد يختلف باختلاف الظروف والاحوال وقد يكون الحكم الوارد فى التعريف ليس محل اتفاق بين الفقهاء . واذا كنا نسلم بالقول بشمول التعريف على الحكم وهو امر غير مطلوب فاننا لا نسلم بوصف التعريف بأنه غير جامع لأنه لم يشر الى الدفاع عن العرض لأن من قال بهذا النقد اجاز مادرج عليه شراح القانون الوضعى من التوسع فى مضمون جرائم النفس فاعتبروها تشمل كل جريمة تهدد الانسان فى عرضه أو تمسه فى شرفه او اعتباره (٣) ولم يعتبره تكلفا بينما يعتبر ذلك تكلفا فى مدلول الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى ، بالرغم من أنه يعيب على هذا التعريف الاطناب .

وعرفه البعض بأنه (٤) « حالة أو موقف يقوم فيه شخص يرد اعتداء على نفسه أو عرضه أو ماله او على نفس أو عرض أو مال غيره من شخص أو أشخاص آخرين » وناخذ على هذا التعريف الاطناب حيث كرر موضوع الحق المعتدى عليه ومن سمات التعريف الايجاز ، كما يعيب هذا التعريف استعمال كلمات غامضة لبيان طبيعة الدفاع

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى - المرجع السابق - ص ٤٧٢

(٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ٣٥ - دار النهضة العربية (القاهرة) ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م .

(٣) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق ص ١٠٤

(٤) الدفاع الشرعى بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية - الدكتور احمد على المجذوب - مجلة الوعى الاسلامى التى تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بالكويت العدد ٩٦ - ذى الحجة ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٣ م ص ٧٢ .

الشرعى فكلمة حالة او موقف تحتاج الى بيان ومن خصائص التعريف ان يكون واضحا فى الدلالة على المعرف .

وعرف البعض (١) الدفاع الشرعى 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 .

ويعيب هذا التعريف الاطناب والغموض ، وذلك بتكرار موضوع الحق المعتدى عليه ، وعدم وضوح كلمة موقف الواردة فى التعريف .

وعرفه البعض (٢) بأنه الحق الذى يقرره القانون لمن يهدده خطر اعتداء فى أن يصده بالقوة اللازمة .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يشتمل على التكييف الشرعى للدفاع بأنه حق رغم أن هذا التكييف مختلف فيه وهل هو حق أو رخصة أم يعتبر حالة خاصة من حالات الضرورة على تفصيل سنعرض له عند بحث التكييف الشرعى للدفاع الشرعى كما يعيب هذا التعريف أنه تضمن شرط لزوم الدفاع ولم يتضمن شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء .

ويرى البعض (٣) أن دفع الصائل معناه دفع التعدى ويعيب هذا الرأى أنه وقف عند المعنى اللغوى لكلمة الصائل ولم يقدم لنا تعريفا فقهيا للدفاع الشرعى ، ويعرفه الدكتور يوسف قاسم (٤) بأنه « رد اعتداء غير مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال » ...

وهذا التعريف وان تميز بالايجاز فى عبارته وشموله رد الاعتداء عن المعتدى عليه وعن الغير وذلك باطلاق النفس أو العرض أو المال فيتسع لنفس أو عرض أو مال الشخص المعتدى عليه أو غيره الا أن هذا التعريف منتقد فهو لا يشمل غير شرط عدم مشروعية الاعتداء ولا يتعرض لكون الاعتداء حالا أو على وشك الوقوع فليس كل اعتداء غير

---

(١) حالات الدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى - المستشار على عبد اللاه طنطاوى - مجلة منبر الاسلام السنة ٣٦ - العدد ١ سنة ١٣٩٨هـ ص ٦٩

(٢) الحكم التخييرى - المرجع السابق - ص ٤٢٦

(٣) الكفاح ضد الجريمة - المستشار محمد ماهر - المجلس الاعلى للشئون الاسلامية - مطابع الاهرام التجارية ١٩٧٢ ص ٤٠

(٤) نظرية الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ٣٦

مشروع يبيح الدفاع الشرعى فقد يكون الاعتداء غير مشروع ولكنه غير حال أو يمكن تداركه بالالتجاء للسلطات العامة ويعيب هذا التعريف انه لا يتعرض لشروط الدفاع من حيث لزومه لرد الاعتداء وتناسبه معه لأنه لا يكون الدفاع شرعيا أى مباحا الا اذا توفر فيه هذان الشرطان مما يجعل التعريف قاصرا عن بيان ذاتية المعرف وماهيته .

هذه بعض التعريفات التى قال بها الفقهاء القدامى والمحدثون وهى كما راينا لا توفى على الغاية ويمكن أن يوجه لها النقد ، واما تعريفنا للدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى ، فنذكره بعد بيان الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى لأننا نرى وحدة التعريف الذى تقول به فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى على السواء .

المطلب الثانى

الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

تناول الفقه الوضعى موضوع الدفاع الشرعى باعتباره اهم اسباب الاباحة وقد تعددت تعريفات الشراح سواء فى فرنسا او فى مصر ، ونعرض لأغلب هذه التعريفات ، محاولين معرفة أيها أجدر بالاعتبار ، وذلك لننتهى الى التعريف المختار .

ففى فرنسا عرفه جارو (١) R. Garraud بانه « استعمال القوة من أجل حماية مصلحة قانونية يريد المعتدى اهدارها او النيل منها » (٢) وهذا التعريف منتقد لأنه لم يوضح لنا عناصر الاعتداء وعناصر الدفاع وانما جاء مقتصرا على بيان الغرض الذى يستهدفه الدفاع الشرعى وهو حماية المصلحة القانونية التى يريد المعتدى المساس بها .

ويعرفه دونديه دى فابر (٣) Donnedieu de Vabres بقوله « حين يكون الشخص محلا لاعتداء غير مشروع فله أن يرتكب جريمة للدفاع عن نفسه » .

---

(١) Traité théorique et pratique de droit pénal Français. T. : 2éme Paris 1914. P. 9.
La défense coniste a souvegarder par

(٢) "L'emploi de la Force, un bien juridique qu'un agresseur veut enlever au diminuer".

(٣) Donnedieu de Vabres, Traité élémenataire de droit criminel et science peninitentiaire 9eme Paris 1947, p. 197.

وهو تعريف منتقد حيث لم يبرز فى التعريف كون الاعتداء حالا أو على وشك الوقوع بحيث لايمكن الالتجاء الى السلطة العامة اذ لم يذكر من شروط الاعتداء غير صفة عدم المشروعية ، واقتصر التعريف على الدفاع عن النفس فقط وهو تعريف يوحى بعدم جواز الدفاع عن المال أو عن غيره من المنافع ، كما انه يعتبر فعل الدفاع جريمة رغم كون فعل الدفاع مشروعا طالما كان الاعتداء مما يتوفر فيه شروط الاعتداء الجائز استعمال حق الدفاع الشرعى فى مواجهته .

وعرفه لارجير (١) Larguier-j بقوله « الدفاع الشرعى واقعة مباحة بنص القانون ، وهو تعريف منتقد اذ اقتصر على بيان أثر الدفاع الشرعى وهو الاباحة دون أن يتناول عناصر كل من الاعتداء والدفاع بحيث تتضح ذاتية المراد تعريفه .

وعرفه بوذات Bouzat بقوله (٢) ان من الحقوق استعمال القوة لمقاومة اعتداء حال غير مشروع .. وهو تعريف معيب لأنه يتناول صورا لاستعمال القوة فى غير الدفاع الشرعى فقد يستعمل رجل الشرطة القوة أداء للواجب وليس للدفاع الشرعى ومن ثم يفقد خصيصة هامة من خصائص التعريف وهو كونه غير مانع من دخول صور أخرى لاستعمال القوة .

ويعرفه ن. زايكور دنيكوف (٣) بقوله « ان الدفاع الاضطرارى هو دفاع مشروع ضد اعتداء ذى خطورة اجتماعية على مصالح وممتلكات الدولة أو المصالح والممتلكات العامة أو الشخصية بانزال الضرر بالمعتدى » ويعيب هذا التعريف انه يكتفى بتعبيره الاضطرارى للاشارة الى الحلول ولزوم استعمال القوة (٤) ، ويعيبه من وجهة نظرنا انه يخلط بين الدفاع الشرعى الخاص والدفاع الشرعى عن مصالح الدولة وهو ما عرفته القوانين الوضعية حديثا وهو أمر متميز عن الدفاع الشرعى الخاص ، ولذلك نجد أن فقهاء الشريعة الاسلامية استخدموا للدفاع

---

(١) Larguier, droit pénal generale et procédure penale. Paris 1972, p. 26.

(٢) Traité de droit pénal et de criminologie par pierre Bouzat et Pental. T : I, Paris 1963, P. 270.

(٣) ن. ساكيور دنيكوف لمحة موجزة عن القانون الجنائى الاشتراكى ـ دار التقدم موسكو لاريب ص ٢١٩ .

(٤) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن ـ رسالة دكتوراه ـ داود سليمان العطار ـ مطبوعة بالاستنسل ١٣٩٧ هـ ـ ١٩٧٧ م ـ ص ١٦٢ .

الشرعى الخاص اصطلاح دفع الصائل واطلقوا على الدفاع عن الصالح العام الامر بالمعروف والنهى عن المنكر وقد اطلق عليه حديثا المرحوم عبد القادر عودة اصطلاح الدفاع الشرعى العام ونتعرض للتمييزبينهما عند تناولنا لأقسام الدفاع للشرعى (١) .

ويعرفه ا. ابونت كوفسكى A.A. Piont kovsky وتكها كهيكفادير V. M. Tohkhike vadge

بقولهما « الدفاع الشرعى دفاع مباح ضد الاضرار بمصالح الدولة السوفيتية أومصالح اجتماعية لشخص او حقوق يحميها لنفسه أو لآخر » (٢) .

ويعيب هذا التعريف عدم الدقة ، فالدفاع لا يكون ضد الاضرار ، وانما ضد خطر الاعتداء ، أما اذا وقع الاعتداء وتحققت الاضرار فان ما يصدر من المعتدى عليه من افعال تالية يعتبر غير مشروع ، لانه لا دفاع بعد انتهاء الاعتداء ، كما يعيبه القصور فى بيان عناصر الاعتداء ، واغفاله لعناصر الدفاع ، واوضح التعريف تكييف الدفاع الشرعى وهو غير مطلوب فى التعريف ، فضلا عن انه يحدد المصالح المحمية بأنها مصالح الدولة السوفيتية ، وهو ما يجعل التعريف غير جامع للمصالح التى يراد حمايتها بالدفاع الشرعى .

وفى مصر عرفه الدكتور محمد مصطفى القللى بانه « اباحة درء الجريمة بالجريمة » (٣) . أو دفع القوةبالقوة (٤) ، ويعيب هذا التعريف انه غير مانع من دخول صورة من صور القوة الدافعة التى لا تعتبر من قبيل الدفاع الشرعى ، كما لو كانت هذه القوة تواجه قوة مستعملة فى نطاقها المشروع ، فلا يجوز للزانى ان يدفع الجلاد الذى يجلده ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى لايمكن وصف فعل الدفاع عند توافر الشروط فى الاعتداء بانه جريمة . وان عد كذلك بحسب الاصل ، وكلا التعريفين منتقد لخلوه من بيان أركان الدفاع الشرعى التى تتمثل فى الاعتداء والدفاع وشروط كل منهما من حيث وجوب ان يكون الاعتداء حالا أو على وشك الوقوع ، وان تكون افعال الدفاع لازمة لرد خطر العدوان ، ومتناسبة مع هذا الخطر .

ويصور البعض معنى الدفاع الشرعى بقوله » ان يحرس الانسان

---

(١) راجع المبحث الثالث من هذا الفصل .

(٢) Le système pénal souvietique, par A.A. Pionkouky et V.M. Tohkhikvadge, Paris 1976. P. 44.

(٣) فى المسئولية الجنائية ـ مطبعة جامعة فؤاد الاول ـ ١٩٤٨ ص ٣١٢

(٤) فى المسئولية الجنائية ـ المرجع السابق ـ ص ٣٠٣

نفسه أو غيره حين لا تتأتى حراسة البوليس (١) وهذا التصوير لمعنى الدفاع غير جامع ، لأنه يقصر الدفاع على النفس دون المال أو العرض ، واذا كان من الممكن التوسع فى تفسير عبارة النفس لتشمل العرض ، فان التعريف يظل قاصرا من حيث عدم شموله جرائم المال ، كما يعيب هذا التصوير أنه يكتفى بالاشارة الضمنية الى شرط وصفات الخطر (٢)

ويعرفه البعض بأنه «حق دفع اعتداء حال وغير مشروع » (٣) ، والتعريف غير مانع لأنه يغفل شروط الدفاع من حيث كونه لازما لرد الاعتداء فيمكن ان يدخل فى معنى الدفاع الشرعى ـ وفقا لهذا التعريف ـ الافعال التى يأتيها المعتدى عليه رغم امكانه اللجوء فى الوقت المناسب الى رجال السلطة العامة ، فضلا عن أن اشتراطه حلول الاعتداء قد يوحى بوجوب أن يكون الاعتداء قد بدأ ومازال مستمرا ، ومن المجمع عليه ان ان الاعتداء الوشيك الوقوع ـ وان كان لم يبدأ بعد ـ يبيح أفعال الدفاع .

والدفاع الشرعى كما يعرفه أحد الشراح «تخويل المدافع استعمال القوة اللازمة لدرء اعتداء غير مشروع يوشك أن يقع ، أو للحيلولة دون استمراره » (٤) والتعريف منتقد لأنه لا يذكر صراحة شرط تناسب الدفاع ولا يمكن القول بأن شرط لزوم الدفاع يغنى عن التصريح بشرط التناسب فكل منهما مستقل عن الآخر ، يتعلق الأول بكيفية الدفاع ، والثانى بكمية الدفاع .

والدفاع الشرعى عند البعض هو « استعمال القوة اللازمة لصد خطر اعتداء حال غير مشروع » (٥) ويؤخذ على هذا التعريف انه غير جامع فهو لا يشمل الاعتداء الوشيك الوقوع الذى يبيح الدفاع الشرعى كما أنه يغفل شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، ولا يصح القول ـ كما أسلفنا ـ بأن شرط اللزوم يغنى عن التصريح بشرط التناسب .

ويعرفه البعض بأنه « رد فعل من شخص غير مذنب لدفع خطر

---

(١) الدكتور رمسيس بهنام ـ النظرية العامة ـ ١٩٧١ ـ ص ٣٧٨

(٢) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن ـ المرجع السابق ـ ص ١٦١

(٣) الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية ـ الدكتور يسر انور على ـ المرجع السابق ص ٢٢٩

(٤) شرح قانون العقوبات الليبى ـ الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى ـ القسم العام ـ المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ـ الاسكندرية ١٩٦٩ ـ ص ٢٦٤

(٥) شرح قانون العقوبات الجزائرى ـ الكتاب الاول ـ الدكتور رضا فرج ـ الشركة الوطنية للنشر والتوزيع بالجزائر ـ لم تذكر سنة الطبع ـ ص ١٥٠

يحرمه القانون » (٥) ويؤخذ على هذا التعريف أنه يغفل شرط حلول خطر الاعتداء فقد يوجد الخطر ويكون غير حال ويمكن تداركه باللجوء لرجال السلطة العامة فى الوقت المناسب ، والتعريف غير مانع من دخول صور من الدفاع لا يمكن التسليم بمشروعيتها لأنه يغفل شرطى اللزوم والتناسب فى الدفاع .

ويبدو لى أن أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى يجعل التعريف يدور مع النص التشريعى موضوع الدراسة ، فقد عرفه فى شرحه للقانون المصرى بأنه « استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالايذاء حقا يحميه القانون» (٢) بينما عرفه فى شرحه للقانون اللبنانى بأنه « استعمال القوة اللازمة لصد تعرض غير محق ولامثار يهدد بالايذاء حقا يحميه القانون» (٣) فقد أدخل فى التعريف كون الاعتداء غير مثار وهو شرط ينفرد به القانون اللبنانى . وقد رأى البعض أن هذا التعريف فى القانون المصرى يمتاز بالدقة (٤) .

ولكننا نرى أن هذا التعريف منتقد لعدم شموله شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، لأن شرط اللزوم فى رأينا كما أسلفنا مستقل عن شرط التناسب ، اذ يتعلق شرط اللزوم بكيفية الدفاع بينما يتعلق شرط التناسب بكمية الدفاع .

ويعرفه البعض بأنه « حالة منع وقوع تعد حال غير مشروع بالقوة » (٥) ويؤخذ على هذا التعريف اغفاله شرطى اللزوم والتناسب فى الدفاع ، الأمر الذى يجعله غير مانع من دخول صور من الدفاع لايمكن تبريرها استنادا للدفاع الشرعى .

وعرف البعض الدفاع الشرعى بأنه « استعمال الشخص القوة اللازمة لمقاومة خطر حال أو وشيك غير مشروع يهدد بالاعتداء حقا يحميه القانون » (٦) ويؤخذ على هذا التعريف اغفاله لشرط التناسب ، وقد

---

(١) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - دراسة مقارنة - الدكتورة فوزية عبدالستار - (مجلة القانون والاقتصاد) - السنة ٤٢ (سبتمبر - ديسمبر ١٩٧٢) - ص ١٦١

(٢) شرح قانون العقوبات - القسم العام - المرجع السابق - ص ١٩٦

(٣) شرح قانون العقوبات اللبنانى - القسم العام - الطبعة الثانية - بيروت ١٩٧٥

(٤) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق - ص ٣٧

(٥) شرح القانون الجنائى - القسم العام - أحمد صفوت - مطبعة الاعتماد بمصر ١٩٢٨ - ص ٢١٢

(٦) تجاوز الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٦٢

حاول الكاتب أن يوضح شمول التعريف لهذا الشرط على أساس أن وصف اللزوم فى القوة المستعملة تقتضى تناسبها مع الاعتداء ، وهو قول مردود لأن اللزوم والتناسب شرطان وليسا شرطا واحدا اذ يتعلق الاول ـ كما قلنا ـ بكيفية الدفاع بنما يتعلق الثانى بكمية الدفاع .

ومن هذا العرض يتبين أن التعريفات المقدمة من الشراح لم توف على الغاية من التعريف من حيث كونه موجزا وجامعا ومانعا مبينا لخصائص المعرف الذاتية دون اغفال لشروط لازمة للادخال فيه أو الاخراج منه .

ولعل الاصوب أن نعرف الدفاع الشرعى بأنه « رد بقوة لازمة ومناسبة لا عتداء غير مشروع ، حال أو على وشك الوقوع » ، فهذا التعريف الذى نقول به يتميز بما يلى : ـ

١ ـ الايجاز فقد جاء فى عبارة قصيرة ، رغم انه يشمل على شروط الاعتداء من حيث وجوب أن يكون غير مشروع وحال أو على وشك الوقوع ـ وشروط الدفاع من حيث كونه لازما لرد الاعتداء ومتناسبا معه .

٢ ـ شمول التعريف لأركان الدفاع الشرعى وهى الإعتداء والدفاع مع التصريح بشروط كل ركن فى التعريف رغم عبارته الوجيزة يجعله جامعا مانعا بحيث يتميز عن غيره من التعريفات ، فاشتراط عدم مشروعية الاعتداء ، يخرج كافة صور القوة المشروعة ، كالقوة التى يستعملها الزوج فى تأديب الزوجة ، ورجل الشرطة فى القبض على المجرم ، والتصريح بشرط لزوم الدفاع يستبعد الافعال التى لا تكون لازمة لرد العدوان ، كما أن اشتراط التناسب صراحة فى التعريف ينفى مشروعية الأفعال التى تتجاوز حدود الدفاع .

٣ ـ لم يحدد الاعتداء من حيث موضوعه ، وبذلك يتناول كل صور الاعتداء سواء كان على النفس أو العرض أو المال أو الشرف والاعتبار ، كما أن اطلاق الاعتداء يجعله شاملا من حيث الموجه اليه ، فسواء كان الدفاع الذى يرد عليه صادرا من الشخص المعتدى على حقه الذى يحميه القانون ، أم كان الدفاع صادرا من الغير حماية لحق المعتدى عليه .

وبذلك نكون قد انتهينا من تعريف الدفاع الشرعى ، حيث عرضنا

التعريفات التى ذكرت سواء فى الفقه لاسلامى عند الفقهاء القدامى والمحدثين ، أو فى القانون الوضعى ، ولاحظنا ان التعريفات المذكورة محل نقد ، وانتهينا الى التعريف الذى نراه موفيا على الغاية .

المطلب الثالث

تمييز الدفاع الشرعى

قد تؤدى وحدة الاثر وهو انتفاء عدم مشروعيةالفعل ، الى الخلط بين الدفاع الشرعى وغيره من الحالات التى لها نفس الاثر ، ونعرض لهذه الحالات على التوالى : -

١) الدفاع الشرعى وسقوط القصاص :

يعتبر البعض الدفاع الشرعى من أسباب سقوط القصاص ، على اساس أن القتل دفاعا عن النفس هو من قبيل القصاص المتقدملأنه لو ترك المدافع مهاجمةالمعتدى حتى قتله لقتل هذا به قصاصا ، ولا مشاحة فى ان قتل واحد بالمدافعة أولى من قتل اثنين احدهما ظلما والآخر قصاصا (١) .

والحقيقة الفلسفية هى أن الدفاع الشرعى لا يصح أن يدرج بين أسباب سقوط القصاص ، لأن اثره أعمق فى الواقع من حيث انهلاتنشأ معه ابتداء فكرة العدوان الموجب للقصاص حتى يصح الحديث عن سقوطه ، فالدفاع هو نقيض العدوان ، ومن ثم فلا محل هناك لبحث الواقعة من زاوية المسئولية الجنائية وما تنتهى اليه من وجوب القصاص عند ثبوت كل شروطها المادية والمعنوية .

ورغم ذلك فان اعتبار البعض الدفاع الشرعى من أسباب سقوط القصاص بعد وجوبه يؤكد ما أدركه الفقه الاسلامى وغاب عن الكثيرين من رجال القانون الجنائى الحديث من انه فى حالة الدفاع الشرعى لا يتخلف شيء - من الناحية النظرية أو الشكلية - من الشروطاللازمة للمسئولية الجنائية والعقاب ، وبرهان ذلك أن الفقه الجنائىالاسلامى اذ يحتسب هذه الحالة من أسباب سقوط القصاص بعد وجوبه ، فانما يسلم بداهة بتكامل كل شروط هذا الوجوب (٢) .

---

(١) الجنايات المتحدة - المرجع السابق - ص ١٧٧ ، ١٧٨

(٢) القانون الجنائى الاسلامى دراسة تحليلية وفلسفية للاحكام والنظم الجنائية فى الشريعة الاسلامية الغراء - دروس الدكتور على راشد لدراسة الماجستير فى القانون الجنائى - جامعة بغداد فى العام ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٣٧

٢) الدفاع الشرعى وحالة الضرورة :

من الامور التى تتميز بالدقة البالغة التفرقة بين الدفاع الشرعى وحالة الضرورة وهو ما جعل بعض الفقهاء يذهبون الى القول بأن الدفاع الشرعى نوع من الضرورة (١) ويطلق على الدفاع الشرعى وحالة الضرورة فى المانيا تعبير Notreecht (٢) وقد ذهب البعض من الفقهاء المسلمين هذه الوجهة من النظر فاعتبروا الدفاع الشرعى تطبيقا من تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحظورات (٣) .

وفى الفقه الوضعى يعرفون الضرورة بانها « الوضع الذى يجد فيه الفاعل نفسه أو غيره مهددا بخطر حال لا سبيل الى دفعه الا بارتكاب جناية (٤) .

ويجمع الضرورة والدفاع الشرعى معنى واحدا فكلاهما ترتكب واقعة تعتبر اجرامية فى الظروف العادية ، وذلك لدفع خطر أو تجنب ضرر حال (٥) .

وفى الشريعة الاسلامية نجد فارقا اساسيا بين الدفاع الشرعى والضرورة ، فالاول يجيز الدفاع بالقتل او الجرح ، أما الضرورة فليس لها اثر على جرائم القتل والجرح والقطع ، فليس للمضطر بأى حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجى نفسه من المهلكة (٦) .

واذا كانت التشريعات الحديثة تسوى فى حالة الضرورة بين الاخطار التى تهدد الاموال والتى تهدد الاشخاص (٧) (القانون الايطالى مادة ٥٤ ، القانون السورى مادة ٢٢٨ ، وبذلك يزول الفرق بين الدفاع

---

(١) حالة الضرورة فى قانون العقوبات ـ رسالة دكتوراه ـ ابراهيم زكى اخنوخ ـ دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٩ ص ١٥٩ ، شرح قانون العقوبات اللبنانى ـ ص ٢١٠

(٢) Donnedieu de vabres. opp. P. 192 No,390.

(٣) الاشباه والنظائر للامام جلال الدين السيوطى ـ طبعة ١٩٥٩ ص ٨٤ ، الاشباه والنظائر لابن السبكى ـ مخطوط بجامعة الازهر ـ رقم ٥٢ الورقة رقم ١٢

(٤) بين النظريتين النفسية والمعيارية للاثم ـ الدكتور عمر السعيد رمضان ـ مجلة القانون والاقتصاد العدد ٣ سنة ١٩٦٤ ص ٦٦٩

(٥) يعتبر بعض فقهاء المسلمين الدفاع الشرعى من تطبيقات قاعدة الضرر يزال الاشباه والنظائر لابن نجيم وبهامشه تقييدات لما اطلق فيه من غوامض الاحكام لمحمد فريد الطرابلسى ـ مطبعة وادى النيل المصرية ١٣٠٨هـ ـ ص ٤٢ ، ٤٣

(٦) التشريع الجنائى الاسلامى ـ الجزء الاول ـ الطبعة الاولى ص ٥٧٨

(٧) الركن المعنوى فى المخالفات ـ رسالة دكتوراه ـ الدكتور عمر السعيد رمضان ١٩٥٩ ـ ص ١٩٧

الشرعى والضرورة فى هذه التشريعات ، فان هذا الفارق ما زال ملحوظا فى التشريع المصرى اذ تقتصر الضرورة على جرائم النفس دون المال (المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى) .

وتختلف الضرورة عن الدفاع الشرعى من حيث الخطر ، فالخطر الذى يشترط فى الدفاع الشرعى لا يتطلب فيه الجسامة بينما يشترط فى الخطر الذى تقوم به حالة الضرورة أن يكون جسيما (١) ، ومصدر الخطر فى الدفاع الشرعى فعل غير مشروع يصدر عن انسان معتدى ، بينما الفعل فى حالة الضرورة قد ينشأ عن قوى الطبيعة ، أو عن فعل لم يجرمه القانون (٢) ، ونتيجة لذلك فان الجريمة التى يرتكبها المضطر تقع على برىء بينما الدفاع الشرعى يتوجه ضد معتدى يقصد رد هذا الاعتداء وبعبارة أخرى يتوجه سلوك المدافع فى الدفاع الشرعى ضد شخص باغ يريد الاعتداء عليه ، اى أن المشروعية فى الدفاع تواجه عدم المشروعية فى الاعتداء ، بينما فى حالة الضرورة فان سلوك المضطر يتجه نحو شخص برىء بعيد كل البعد من الصراع (٣)

وهناك خلاف بين الدفاع الشرعى وحالة الضرورة من حيث التكييف ، ففى القانون المصرى تعتبر الضرورة مانعا من موانع المسئولية فى حين يعتبر الدفاع الشرعى سببا من أسباب الاباحة ، ويؤيد البعض (٤) هذا الاختلاف فى التكييف لأن من يوجد فى حالة ضرورة ليس له أن يتخلص من الخطر عن طريق وضع شخص فيه ، فان فعل كان مسلكه غير مشروع ولكن يلتمس له العذر فتمتنع مسئوليته . ويترتب على اعتبار الضرورة مانعا من موانع المسئولية ترتب المسئولية المدنية.

---

(١) حالة الضرورة فى قانون العقوبات - المرجع السابق - ص ١٦٤ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - المرجع السابق ص ١٩٨، شرح قانون العقوبات اللبنانى ص ٢١١ ، المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية - القسم الاول - الدكتور سليمان مرقس - معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١ ص ٢٩٠.

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام المصرى - ص ١٩٧ ،
Edouard Tawfik Hozain L'etat de nécessité-Thése Paris 1949. P. 24 «La Légitime dégnese suppose une agession injuste»

(٣) حالة الضرورة فى قانون العقوبات - المرجع السابق - ص ١٩٤
Andenaes Johannes, General part of crimmal law de Narway London, 1956 p. 165

ومشار اليه فى رسالة حالة الضرورة فى قانون العقوبات ص١٩٤ ونظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى - الدكتور يوسف قاسم - دار النهضة العربية - ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م - ص ٩١

(٤) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام المصرى ص ١٩٧

ويرى البعض(١) اعتبار الضرورة سببا من أسباب الاباحة على أساس أن المضطر امامه مصلحتان متعارضتان لابد أن تختفى احداهما بمراعاة المصلحة الافضل من الناحية الاجتماعية وهو عمل بعيد عن الانانية ، ويرد اصحاب هذا الراى على القول بأن الفعل يمس مصلحة برىء بأن هذا ليس وليد فعل شخصى من الفاعل وانما وليد الظروف الخارجية المادية المفاجئة ، بل ويتجه بعض اصحاب هذا الراى الى أن اعتبار حالة الضرورة سببا من أسباب الاباحة أقرب من الدفاع الشرعى المقترن بالانتقام وان فعل الضرورة أكثر من الدفاع الشرعى براءة وانسانية .

٣) الدفاع الشرعى والاكراه :

الاكراه فى الفقه الاسلامى هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول رضاه او يفسد اختياره ، أو هو تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضا (٢) .

والاكراه عند شراح القانون الوضعى (٣) مادى ومعنوى ، والمادى هو « محو ارادة الفاعل على نحو لا تنسب اليه فيه غير حركة عضوية او موقف سلبى مجردين من الصفة الارادية ، والمعنوى هو ضغط شخص على ارادة آخر لحمله على توجيهها الى سلوك اجرامى فعلا أو امتناعا .

والمعنى الذى يجمع الدفاع الشرعى والاكراه هو الاضطرار الى ارتكاب الفعل ، وكما ذهب علماء الشريعة الى اعتبار دفع الصائل تطبيقا من تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فقد ذهبوا أيضا الى اعتبار الاكراه تطبيقا للقاعدة المذكورة ، وفى هذا يقول العلامة الشيخ زين ابن نجيم « الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة واساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للاكراه

---

(١) النظرية العامة للاكراه والضرورة - دراسة مقارنة - زنون احمد الرجبو - رسالة دكتوراه - مطبعة مخيمر ١٩٦٨ ص ١٢٣ ، أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام ص ١٤١ .

(٢) تكملة فتح القدير - الطورى - الجزء الثامن - الطبعة الاولى - الطبعة العلمية - ص ٧٩

(٣) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ١٩٧٧ - ص ٥٧٩ ، ٥٨٤ .

وكذا اتلاف المال واخذ مال الممتنع من اداء الدين بغير اذنه ودفع الصائل ولو ادى الى قتله » (١) .

وهذا المعنى الجامع هو ما دفع البعض من شراح القانون الوضعى الى القول بنظرية الاكراه كأساس للدفاع الشرعى (٢) .

ورغم هذا المعنى الجامع بين الدفاع الشرعى والاكراه فان هناك خلافا اذ ان المدافع فى الدفاع الشرعى يرتكب فعل الدفاع دفعا لخطر حال او على وشك الوقوع من المعتدى ، اما المضطر فانه يرتكب الفعل خوفا من وقوع الامر الذى هدده به المكره والذى يحمله على ان يرتكب الفعل المطلوب منه كى يتفادى الخطر المهدد به (٣) .

٤) الدفاع الشرعى والمبارزة :

المبارزة هى اتفاق بين فريقين على القتال للقتال ، وتختلف المبارزة عن الدفاع من حيث التعاصر الزمنى للافعال ، ففى المبارزة نجد ان افعال الفريقين متعاصرة ومقترنة زمنيا ، اما فى الدفاع الشرعى فان الخطر الحال او وشيك الوقوع هو الذى يبدو اولا للمدافع فيثير عنده فعل الدفاع لمقاومة خطر الاعتداء ، وفى المبارزة نجد ان الاعتداء مقصود وعن علم وارادة من كلا الفريقين وهو اعتداء مقصود به من كل من الطرفين ايقاع الاذى بالطرف الآخر ، اما فى الدفاع الشرعى ففريق تتجه ارادته الى الاعتداء وآخر يريد مقاومة هذا الاعتداء (٤) .

ولذلك فقد ذهبت محكمة النقض الى انتفاء الدفاع الشرعى فى حالة المبارزة فقالت فى حكم (٥) لها انه « اذا كان مفاد ما أورده الحكم أن كلا من المجنى عليه والمتهم قد يقصدان الاعتداء ، وايقاع الضرب من كل منهما بالآخر فان ذلك ما تنتفى به حالة الدفاع الشرعى عن النفس والمال بغض النظر عن البادىء منهما بالعدوان » .

---

(١) الاشباه والنظائر ـ المرجع السابق ص ٤٣

(٢) راجع الفصل الثالث من الباب التمهيدى من الرسالة .

(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨٦ .

(٤) تجاوز الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ص ٢٥٨ ـ شرح قانون العقوبات المصرى ـ جرائم الاموال وجرائم التزوير للاستاذ محمود اسماعيل ـ الطبعة الثالثة ١٩٥٠ ص ٨١

(٥) نقض جلسة ١٩ مارس ١٩٦٢ ـ مجموعة احكام النقض ـ السنة الثالثة عشر رقم ٦٤ ص ٢٥٢ .

٥) الدفاع الشرعى الدولى والمعاملة بالمثل :

الدفاع الشرعى معروف فى المجتمع الدولى (١) ، كما هو معروف فى النطاق الداخلى ، والدفاع الشرعى الدولى كالمعاملة بالمثل يمارس وقت السلم كما يمارس وقت الحرب ، غير أن بينهما فروق عديدة ، وقد تعددت الآراء فى صدد بيان التفرقة بين الدفاع الشرعى والمعاملة بالمثل فى المجال الدولى (٢) وذلك بحسب الوجهة التى نظر اليها أصحاب الراى ، فالبعض اتجه وجهة موضوعية أساسها الواقعة المادية فراى ان المعاملة بالمثل تتميز عن الدفاع الشرعى ، بأنها تقوم على خطأ دولى وقع بينما الدفاع الشرعى يكفى فيه التهديد بالاذى ، وانها تتضمن الحق فى اصلاح الضرر بينما الدفاع الشرعى لا يتضمن مثل هذا الحق، ومن أصحا ب هذا الاتجاه الموضوعى من ذهب الى أن الفارق بين الدفاع الشرعى والمعاملة بالمثل يكمن فى الطريقة وفى الموضوع فالمعاملة بالمثل اجراء قسرى بينما الدفاع الشرعى رد فعل أو مقاومة حالة ، والمعاملة بالمثل وحدها ، يجب فيها استحالة القضية السلمية من جانب والتناسب بين الرد والمخالفة من جانب آخر .

البعض اتجه وجهة شخصية اساسها القصد من الاجراء ، فالمعاملة بالمثل تهدف الى عقاب المخالف بينما الدفاع الشرعى يهدف الى دفع العدوان ، واتجاه ثالث جمع بين النظرة الموضوعية والنظرة الشخصية للتفرقة بين الدفاع الشرعى والمعاملة بالمثل ، فالفارق بينهما وفقا لهذا الاتجاه أن طبيعة المخالفة الاولى فى المعاملة بالمثل تتجسد فى سلوك وقع والمثبى بينما تتجسد فى الدفاع الشرعى فى سلوك قائم بالفعل ، والهدف من الاجراء ، فى المعاملة بالمثل هو الرد بالمثل ، بينما الهدف منه فى الدفاع الشرعى ، دفع غزو حال أو وشيك لحقوق الدولة .

---

(١) راجع الباب الثالث من القسم الثانى من الرسالة .

(٢) راجع فى عرض هذه الآراء المعاملة بالمثل فى القانون الدولى الجنائى - رسالة دكتوراه - الدكتور محمد بهاء الدين باشات - الهيئة العامة لشئون المطابع الاميرية ١٩٧٤ ص ٢٤٧ - ٢٤٨ .

المبحث الثانى

تاريخ الدفاع الشرعى واقسامه

الدفاع الشرعى قديم قدم التاريخ ، جديد جدة العصر ، ومن هنا اكتسب الموضوع اهميته البالغة ، لان الخلاف بين بنى البشر طبيعة قد طبعوا عليها ؛ فهو جبلة من جبلاتهم وهو أمـر بدأ منذ النزاع بين ولدى آدم عليه‌السلام ، واستمر وسيبقى الى أن يرث الله الارض ومن عليها ، لانها سنة الله فى خلقه ولن نجد لسنة الله تبديلا (١) ، قال تعالى « و لايزالون مختلفين الا من رحم ربك ولذلك خلقهم » (٢) وليس هذا التنازع من خصوصيات الانسان فحسب ، فكل الكائنات الحية مطبوعة على ذلك (٣) . وهذا الخلاف فى دنيا البشرهو أساس العدوان الذى عرفته البشرية منذ أن قتل قابيل أخاه هابيل والعدوان لا يقبله المعتدى راضـيا مرضيا ، وانما ركبت فيه غريزة دفعـه . ولذا كان الدفاع الشرعى موضوعا حيا ومتجددا ، بدأ مع البشرية ويتطور بتطـورها ، وفى هذا المبحث نتناول فى ايجاز تطور نظرية الدفاع الشرعى فى الشرائع القديمة ، وتاريخها فى التشريع المصرى مع القاء الضوء عليها فى التشريعات العربية والتشريع الفرنسى القديم والحديث .

والدفاع الشرعى فى الشريعة الاسـلامية ، لا يقتصر على الدفع عن النفس أو المـال أو الشرف والاعتبار بل تعرف الدفاع عن أخـلاق المجتمع وقيمـه وهو ما يسمى بالامر بالمعروف والنهى عن المنـكر كما تعرف الدفاع الشرعى عن مصالح الدولة الاسلامية فيما تناوله الفقهاء فى أبواب المغازى والجهاد ونتناول فى هذا المبحث أقسام الدفاع الشرعى موضحين الخصائص الذاتية التى ينفرد بها كل قسم

وعليه نقسم الدراسة الى مطلبين :

المطلب الاول : تاريخ الدفاع الشرعى

المطلب الثانى : أقسام الدفاع الشرعى

---

(١) نظرية الحرب فى الاسلام ـ أستاذنا المرحوم فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة ـ مجموعة دراسات فى الاسلام ـ المجلس الاعلى للشئون الاسلامية ـ العدد الخامس ـ ذى الحجة ١٣٨٠ هـ ـ مايو ١٩٦١ م ص ٩ .

(٢) سورة هود الآية ١١٩ .

(٣) Priolaud (Andrien) Du droit de Légitime defense these poitiers P. 2-3

مشار اليه ايضا فى نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ص ١٥ .

المطلب الاول

تاريخ الدفاع الشرعى

اقرت جميع التشريعات الدفاع الشرعى ، ولكنها اختلفت فى بيان حالاته ورسم حدوده ، فاقرته القوانين القديمة للهند (١) واليونان(٢) والرومان ضد الاعتداء الذى يتهدد menacant الحياة او الشرف كما عرفته ضد اللصوص الليليين Les voleurs nocturues او لصوص النهار Les voleurs diurnes الذين يستخدمون القوة (٣) ، فالدفاع الشرعى فى الواقع امر تمليه الغريزة الانسانية غريزة حب البقاء فى الدفاع عن النفس ، وغريزة التملك التى تدفع الانسان الى رد الاعتداء عن ملكه فالدفاع عن اى موضوع يصيبه الاعتداء امر طبيعى فى الانسان سواء اصاب هذا الاعتداء نفسه او ماله او نفس او مال احد من ذويه (٤) .

ولا نقصد ببحث تاريخ الدفاع الشرعى ، ان نتناول دراسته فى كافة الشرائع القديمة والحديثة ، فذلك يخرج الرسالة عن نطاقها المرسوم ، وانما قصدنا ان نلقى ضوءا تاريخيا على بعض التشريعات التى ما زالت لها آثارها البعيدة العمق فى التشريعات المعاصرة ، لذلك اخترنا للدراسة القانون الرومانى لانه بحق الاب الشرعى للتشريعات اللاتينية او الآخذة بالاتجاه اللاتينى ، ورأينا أيضا أن نتناول الدفاع الشرعى فى المسيحية، ليس فقط لانها تمثل شريعة دينية سابقة على الاسلام ، وانما لما اثير من خلاف حول وضع الدفاع الشرعى فى هذه الشريعة . كما نعرض الموضوع فى القانون الفرنسى القديم والجديد لما كان لهما من تاثير عند وضع التشريعات فى بعض الدول ، ونتناول أخيرا الدفاع الشرعى فى التشريعات

---

(١) Thonissen, Etude sur l'his toire du droit criminel de peuples ancient : I. p. 75.

ومشار اليه فى

cours de droit criminel par George vidal, sep tieme ed. Paris 1928. P. 320.

(٢) Thonissen, Le droit penal de la Républiqui athée nienne ! II

واشار اليه فيدال ص ٣٢٠.

(٣) فيدال ص ٣٢٠.

(٤) Vincent oharles Bertolini, La Légitime défeinse dans la doctrine du droit musulman thése Paris 1931 p. 3..

ومشار اليه فى نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ ص ١٦ .

العربية الحديثة ، باعتبارها ستكون موضوعا للمقارنة مع مذاهب الفقه الاسلامى .

١ ـ الدفاع الشرعى فى القانون الرومانى :

اعترف القانون الرومانى بالدفاع الشرعى ، باعتباره حقا طبيعيا وليس فقط حقا من الحقوق المكتوبة وفى هذا يقول الخطيب الشهير سيشرون « هذا ليس من الحقوق المكتوبة بل من الحقوق الطبيعية (١) Haec est non script sed nato lex. وهى نفس الفكرة التى عبر عنها الفقيه جايوس بقوله Adversus periculum naturales ratio permittit se defendrie (٢)

كما أجازت اللوائح الاثنى عشر قتل السارق ليلا (٣) أو نهارا اذا شرع فى استعمال أسلحته ، ونص قانون كورنيلياوى ركاريس فى مادته السادسة عشر على ان الذى يقتل غيره لا يعاقب فى الحالة التى يكون فيها هذا الغير معتديا اعتداء يبرر قتله (٤) .

وترتيبا على اعتبار الدفاع الشرعى حقا من الحقوق الطبيعية ، وليس فقط حقا من الحقوق المكتوبة . فانه يكون للشخص الذى يتوفر له شروط الدفاع الشرعى ان يدفع الاعتداء او كما يقول الفقيه جايوس فى النص الذى اوردنا ان يأتى الفعل Permittit se défendre دون ان يرتب اتيان فعل الدفاع مسئولية جنائية او مسئولية مدنية (٤) .

٢ ـ الدفاع الشرعى فى المسيحية :

اشتهرت المسيحية بأنها ديانة المحبة والتسامح ، والله فيها محبة وجاء فيها من النصوص ما اذا أخذنا بظاهرها ، لاعتبرنا الدفاع الشرعى

---

(١) نظرية الدفاع الشرعى مقارنة بين القانون الفرنساوى والقوانين المصرية ـ رسالة مقدمة لجامعة باريس ـ الدكتور حامد اشريف ـ النص العربى ـ مطبعة الشباب لم تذكر سنة الطبع ـ ص ١٩ « النص الفرنسى ص ٣٢ » .

(٢) Garraud, Trate, II-1914 p. : 10 «en cas vol de nuit»

(٣) راجع ادوارد حزين ـ الرسالة السابقة ص ٥ .

Is qui agressorem vel quemcuque alium in dulio
Vitae discrim constituts acciderit mullam aluid factum
Calumnian metuere debet.

راجع De L'etat de necessite Paul Fariers. Paris 1961 P. 58.

(٤) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ المرجع السابق ص ٢٠ .

ممنوعا ، ومثال ذلك ما جاء فى انجيل متى (١) « سمعتم انه قيل عين بعين وسن بسن ، واما انا فأقول لكم لا تقاوموا الشر بالشر ، بل من لطمك على خدك الايمن فحول له الآخر ايضا ، ومن اراد ان يخاصمك ويأخذ ثوبك فاترك له الرداء ايضا ، ومن سخرك ميلا واحدا فاذهب معه اثنين » .

غير انه جاءت نصوص اخرى يمكن ان يستنبط منها جواز الدفاع الشرعى فى المسيحية فقد جاء فى انجيل متى(٢) « قد سمعتم انه قيل للقدماء لا تقتل ومن قتل يكون مستوجب الحكم ، واما انا فأقول لكم **ان كل من يغضب على أخيه باطلا** يكون مستوجب الحكم ومن قال رقا (٣) يكون مستوجب المجمع ومن قال يا احمق يكون مستوجب نار جهنم ... فان كان عينك اليمنى تعترك فاقطعها عندك لانه خير لك أن يهلك احد اعضائك ولا يلقى جسدك كله فى جهنم » فالقول بأن من يغضب اخيه باطلا يكون مستوجب الحكم ، أما الذى يغضب أخيه بحق فانه لا يكون مستوجب الحكم وهو موقف المدافع الذى يرد الاعتداء .

وقد كان موقف المسيحية من الدفاع الشرعى مثار خلاف بين الفقهاء ، فذهب جارو (٤) الى ان المسيحية عدلت افكار التشريعات القديمة التى كانت تعتبر الدفاع الشرعى حقا ففقد طبيعته كحق ليصير ضرورة ، ولا يكون اكثر من سبب بسيط للافلات من القصاص .

ويرى Léon Tolstoé (٢) ان السيد المسيح اعلن اوامر اساسية خاصة بالدفاع الشرعى منها قوله « لا تقتل » ، ولكن استبعاد الخطر الذى قد يؤدى الى القتل دون الشعور بالضغينة ضد احد يكون غير معاقب عليه ويعيش مرتكبه فى سلام مع الناس .

وقد قرر علماء اللاهوت عدم حرمان الانسان من الدفاع عن نفسه ضد الاعتداء وذلك فى حالة عدم وجود وسيلة اخرى لاتقاء هذا

---

(١) الكتاب المقدس ، اى كتب العهد القديم والعهد الجديد ـ اصدار جمعيات الكتاب المقدس فى الشرق الادنى ـ بيروت ١٨٧٠ مسيحية الاصحاح الخامس ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ص ٦ .

(٢) الكتاب المقدس ـ المرجع السابق ـ ص ٥ ، ٦ .

(٣) اى فارغا ـ الكتاب المقدس ـ المرجع السابق ـ ص ٦ .

(٤) Garaud. Traité : II Paris-1914 p. 10 et Garraud Precis de droit Criminel, Paris, 1934-p. 327

Le on Tolstio ulunes Parles

مشار اليه فى رسالة بيرتولينى ـ ص ٣٢ .

الاعتداء (١) فالدفاع الشرعى وفقا لهـذا الرأى يعتبر حالة من حالات الضرورة وفى هذا يقول Bert-olini (٢)

Il n'est pas prohibe de se défendre Contre l'agresseur et même le tuer en l'absence de tout moyen de défense, C'est l'affirmation d'un état de nécessité et non pas d'un droit.

ومعنى ذلك أن الدفاع ليس محرما ضد المعتدى وقتله فى حالة عدم وجود طريقة أخرى autre moyen للدفاع ، وهذا يؤكد انه حالة ضرورة وليس حقا .

ويرى prioloaud (٣) ان علماء الكنيسة Les docteur de l'Eglise يعتبرون الدفاع الشرعى كحق Comme un droit

والذى يظهر لى أن الدفاع الشرعى فى المسيحية لا يعدو ان يكون حالة ضرورة لا تبيح الفعـل وانما يظل الفعـل محـرما وان امتنعت المسئولية عنه ، ودليلنا فى ذلك أن المسيحية ديانة تنحو نحو المثاليـة المطلقة وتجـد اصولها فى المحبة والتسامح وجاءت النصوص ناطقـة بذلك ، فهى شريعة « من لطمك على خدك الايمن فحول له الآخر ايضا ، ومن أراد أن يخاصمك ويأخـذ ثوبك فاترك له الرداء ايضا » والعبارة الاخيرة الخاصة بترك الرداء تعبر فيما أرى عن المال وبذلك يقتصر الدفاع الشرعى فى المسيحية على النفس باعتباره حالة ضرورة كان له اثره كما سنرى ـ فى القانون الفرنسى القديم .

٣ ـ الدفاع الشرعى فى القانون الفرنسى :

تأثر القانون الفـرنسى القـديم بالفكر المسيحى ، ففقـد الدفاع الشرعى طبيعة الحق الطبيعى الذى كانت له فى القانون الرومانى .

ففى القانون الفرنسى الصادر سنة ١٦٧٠ كان الملك دون القاضى هو الذى يملك حق العفـو عن القاتل دفاعا عن النفس وهو الذى يمنحه خطاب الغفران (١) remission أو خطاب العفو grâce ولم يكن

---

(١) المرجع السابق ـ ص ٣٣ .

(٢) uincent charles Bertolini, la le gitime défens. opp. P. 33.

(٣) Priolaud (Adrien) Du droit de Lé gitime défense thése Potiers 1903 p-17

(٤) جارو ـ المطول ـ الجزء الثانى ـ ١٩١٤ ـ المرجع السابق ـ ص٥١ ـ الوجز المرجع السابق ص ٣٢٧ .

الملك يرفض اذا كان هناك ضرورة nécessite الدفاع المشروع عن الحياة (١) .

ونظر قانون ٢٥ سبتمبر سنة ١٧٩١ الى الدفاع الشرعى باعتباره حقا وسببا للاباحة ، وأعاد شرعية القتل المرتكب فى هذه الظروف وذلك فى المواد ٥ ، ٦ ، ١٨ (٢) .

وفى القانون الصادر سنة ١٨١٠ وما زال معمولا به — اقر المشرع نفس المبادىء وعالجه فى المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

ويرى البعض(٣) أن القانون الفرنسى فى هاتين المادتين قد أعطى للدفاع الشرعى نطاقا ضيقا étroite وأن المشرع الفرنسى قد قصر الافعال التى يمكن أن يبررها فعل الدفاع على القتل l'homicide والضرب les Coups والجرح les blesseurs بينما الافعال التى يمكن القيام بها دفاعا عن النفس أو المال يمكن أن تتعدى نطاق القتل والجرح والضرب .

ويذهب رأى (٤) الى أن قانون العقوبات الفرنسى لم يضع للدفاع الشرعى شروطا للتطبيق فأفسح بذلك المجال للفقه والقضاء لصياغة نظرية متكاملة للدفاع الشرعى ، ولكن تضاربت آراء الفقهاء واحكام المحاكم فى فرنسا بسبب قصور النص عن صياغة نظرية متكاملة تغطى جميع تطبيقات وشروط الدفاع الشرعى .

والرأى عندى أن ما يراه هؤلاء الفقهاء محل نظر ، لأن وضع الدفاع الشرعى فى الباب الاول من الكتاب الثالث الخاص بجرائم الجرح والضرب لم يمنع شراح القانون فى مصر (٥) من القول بأن « اعمال قواعد التفسير يؤدى الى القول بأنه اذا جاز القتل أو الضرب أو الجرح دفاعا عن النفس أو المال فمن باب أولى يجوز الالتجاء الى ما دون ذلك من الجرائم « فمتى

---

(١) فيدال — المرجع السابق — ص ٣٢١ .

(٢) ذكر الدكتور رضا فرج فى مؤلفه شرح قانون العقوبات الجزائرى — الكتاب الاول قانون العقوبات القسم العام — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع — الجزائر لم تذكر سنة الطبع — ان القانون الفرنسى الصادر عام ١٧٩١ عالج الدفاع الشرعى فى المادتين ٣٢٨، ٣٢٩ والصحيح ما ورد فى المتن اما القانون الذى عالجه فى المادتين المذكورتين فهو الصادر سنة ١٨١٠ — راجع فيدال — المرجع السابق ص ٣٢١ .

(٣) فيدال — المرجع السابق — ص ٣٢٢ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى — المرجع السابق ص ١٥١ .

(٤) شرح قانون العقوبات الجزائرى — المرجع السابق — ص ١٥١ .

(٥) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

كان فعل الدفاع لازما ومتناسبا مع الاعتداء فانه يكون مباحا ولو لم يكن من قبيل القتل والضرب والجرح .

وعدم وضع التشريع شروطا للدفاع الشرعى ليس عيبا لان وضع الشروط ليس من مقتضيات التشريع ، وعدم وضع شروط تقيد القضاء يجعل المجال واسعا أمام اجتهاد الفقه والقضاء ليضع نظرية تتسم بالمرونة وتستطيع مواجهة الوقائع المختلفة ، واختلاف الفقه والقضاء أمر محمود ويمكن لمحكمة النقض اذا عرضت عليها أحكام المحاكم أن تقوم بدورها فى توحيد المبادىء . وليس معنى ذلك اننا نؤيد وضع الدفاع الشرعى ضمن نصوص القسم الخاص من التشريع العقابى الفرنسى أو المصرى لان المكان الصحيح للدفاع الشرعى هو القسم العام من التشريع وهو ما سنزيده ايضاحا عند بحث مصدر الدفاع الشرعى فى التشريع الوضعى (١) .

٤ ـ الدفاع الشرعى فى التشريعات العربية :

دخل الاسلام البلاد العربية ، وطبقت الشريعة الاسلامية ، ومنها أحكام العقوبات ، وظلت مطبقة حتى أواخر القرن الماضى ، واوائل هذا القرن (٢) اذ نحيت الشريعة الاسلامية لعوامل عدة أولها ضعف الدول الاسلامية وخضوعها الاستعمار الاجنبى ، وسيطرة الفكر الاجنبى على ولاة الامور وقادة الفكر الثقافى والتشريعى فيها ، وصدرت تشريعات أجنبية ، بعيدة عن روح الامة الاسلامية وأصالتها ولم ينجو من هذا الغزو التشريعى غير المملكة العربية السعودية ، والجمهورية العربية اليمنية فهما تطبقان بصفة عامة أحكام الشرع الاسلامى .

ولسنا بصدد تطور جميع التشريعات العربية فى موضوع الدفاع الشرعى ، وانما نكتفى ببيان هذا التطور فى التشريع المصرى ، ثم نتناول وضع الدفاع الشرعى فى أغلب التشريعات العربية المعاصرة .

(أ) الدفاع الشرعى فى التشريع المصرى :

أصدر محمد على مجموعة من القوانين جمعها اخيرا فى قانون المنتخبات ، وفى ٢٤ يناير سنة ١٨٥٥ أصدر سعيد قانون الجزاء

---

(١) راجع المطلب الثانى من المبحث الثالث من الفصل الثالث من الباب التمهيدى.

(٢) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ـ الدكتور محمود محمود مصطفى ـ الطبعة الاولى ١٩٧٠ ، ص ٧ النص الفرنسى للكتاب .

Principes de droit pénal de pays arabes Paris 1972 p. 9.

الهمايونى ، وظل ممولا به حتى صدور قانون العقوبات الاهلى سنة ١٨٨٣ وتناول الدفاع الشرعى فى المواد ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨ ، وقد اخذت احكامها من المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسى(١).

وجاءت احكام هذه المواد مشوبة بالنقص ويعوزها الضبط والتحديد (٢) فقد اجازت المادة ٢٢٥ القتل دفاعا عن النفس او نفس الغير بغير قيود بينما اقتصر الدفاع عن المال طبقا لنص المادة ٢٢٦ على حالة انتهاك حرمة المساكن وما اليها من المساكن المسورة ليلا فقط ، على الرغم من أن دفع جريمة ترتكب فى منزل مسكون اقل اهمية من دفع جريمة فى الحقول (٣) .

وعدل القانون فى سنة ١٩٠٤ واستبدلت المواد ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨، ٢٢٩ فى قانون سنة١٨٨٣ بالمواد ٢٠٩ الى ٢١٥ والتى أخذت عن المواد٩٦ وما بعدها الى ١٠٥ من قانون العقوبات الهندى (٤) .

وفى هذه المواد عدلت أحكام الدفاع الشرعى تعديلا أساسيا أخذا بما نص عليه قانون العقوبات الهندى (٥) .

وعدل قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧ وهو القانون الذى ما زال ساريا بالرغم من اعداد عدة مشروعات لم يقدر لاحدها أن يرى النور - وتناول الدفاع الشرعى فى المواد ٢٤٥ الى ٢٥١ وهى بعينها نصوص المواد من ٢٠٩ الى ٢١٥ من قانون سنة ١٩٠٤ (٦) .

(ب) الدفاع الشرعى فى التشريع السودانى :

ظلت الشريعة الاسلامية مطبقة فى السودان حتى صدر قانون العقوبات الاول رقم ١١ لسنة ١٨٩٩ ، وفى سنة ١٩٢٥ صدر قانون

---

(١) الموسوعة الجنائية - جندى عبد الملك - مطبعة دار الكتب ١٩٣١ - الجزء الاول - ص ٥١٦ .

(٢) الاحكام العامة فى قانون العقوبات - الدكتور السعيد مصطفى السعيد١٩٥٢ - ص ١٨٥ .

(٣) تعليقات الحقانية على المواد ٢٠٩ وما بعدها من قانون سنة ١٩٠٤ .

(٤) تعليقات الحقانية الموضع السابق .

(٥) راجع موضوع الدفاع الشرعى فى القانون الهندى
Sir Hari sing Gour The Penal law of Brith India : I P. 36.

(٦) الاحكام العامة فى قانون العقوبات - الدكتور السعيدمصطفى السعيد - المرجع السابق - ص ١٨٥ .

العقوبات الحالى فى السودان ، وكلاهما مأخوذ أساسا عن قانون العقوبات الهندى الصادر فى ٦ أكتوبر سنة ١٨٦٠(١) ، وقد عالج القانون الحالى الدفاع الشرعى فى المواد ٥٥ - ٦٣ .

(جـ) الدفاع الشرعى فى التشريع التونسى :

صدر القانون التونسى فى ٩ يوليو سنة ١٩١٣ بعنوان « المجلة الجنائية » وقد نقل أحكام الدفاع الشرعى فى المادتين ٣٩ ، ٤٠ عن المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسى مع بعض التعديل الامر الذى جعل أحكام الدفاع الشرعى تختلف فيه اختلافا جذريا عن غالبية تشريعات الدول العربية .

(د) الدفاع الشرعى فى التشريع العراقى : -

أصدرت تركيا قانون الجزاء العثمانى فى سنة ١٨٥٨ واستمدت احكامه من القانون الفرنسى ، وطبق القانون المذكور فى العراق بحكم تبعيتها لتركيا ، وفى سنة ١٩١٨ أصدر القائد العام لقوات الاحتلال الانجليزى قانونا جديدا سماه قانون العقوبات البغدادى - وأخيرا صدر قانون العقوبات رقم ١٢١ لسنة ١٩٦٩ ، وقد تناول أحكام الدفاع الشرعى فى المواد من ٤٢ الى ٤٦ (٢) .

(هـ) الدفاع الشرعى فى قانون العقوبات اللبنانى :

استمر قانون الجزاء العثمانى مطبقا فى لبنان حتى صدر قانون العقوبات اللبنانى فى سنة ١٩٤٣ وعمل به فى سنة ١٩٤٤ ،وقد عالج المشرع اللبنانى الدفاع الشرعى فى المادة ١٨٤ ضمن نصوص الفصل الاول من الباب الثالث والذى تناول فيه « أسباب التبرير » .

(و) الدفاع الشرعى فى قانون العقوبات السورى :

خضعت سوريا لقانون الجزاء العثمانى الصادر سنة ١٨٥٨ بحكم تبعيتها لتركيا ، وصدر قانون العقوبات السورى فى سنة ١٩٤٩ ثم عدل تعديلا واسع النطاق بمقتضى المرسوم التشريعى رقم ٨٥ بتاريخ

---

(١) القانون الجنائى - مبادؤه الاساسية ونظرياته العامة فى التشريعين المصرى والسودانى - الدكتور محمد محيى الدين عوض - ١٩٦٣ ص ٢٦ .

(٢) الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية فى مصر والدول العربية - الجزء الاول محمد عبد الرحيم عنبر - المطبعة الاميرية ١٩٧٢ - ص ٢١ .

٢٨ سبتمبر سنة ١٩٥٣ (١) ، وقد تناول الدفاع الشرعى فى المادة ١٨٣ ضمن مواد الباب الثالث الذى عالج فيه « أسباب التبرير » وقد جاءت فيه هذه المعالجة شبيهة فى أحكامها بأحكام مواد القانون اللبنانى ، وان اختلفت عنها قليلا فى الصياغة مما لا يمس جوهر الاحكام (٢) .

(ز) الدفاع الشرعى فى القانون الاردنى :

خضعت الاردن كجزء من فلسطين لقانون الجزاء العثمانى ، اثناء الحكم العثمانى ، وظل مطبقا فى عهد الاحتلال والانتداب البريطانى (٣) ، بل وبعد أن اصبح شرق الاردن امارة مستقلة ثم اصدرت المملكة الهاشمية قانون العقوبات رقم ٨٥ لسنة ١٩٥١ الذى استبدل به القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ ، وقد نص على الدفاع الشرعى فى المادة ٦٠ — وقد تأثر القانون فى مجموعه بقانون العقوبات اللبنانى .

(ح) الدفاع الشرعى فى القانون الليبى :

احتلت ليبيا ايطاليا حتى نهاية الحرب العالمية الثانية ، وفى ٢٨ نوفمبر سنة١٩٥٣ أصدرت المملكة الليبية أول قانون عقوبات لها فى عهد الاستقلال ، وتتناول المواد ٧٠، ٧٠ مكررة(أ) ، ٧٠مكررة(ب) ، ٧٣الدفاع الشرعى (٤) وجدير بالذكر أن مجلس قيادة الثورة الليبية ابان اتجاهه الاسلامى — وللاسف نجده قد خفت — أصدر بعض التشريعات الخاصة بالحدود الشرعية — وهى موضوعات لا تمس موضوع الدراسة .

المطلب الثانى
أقسام الدفاع الشرعى

قسم البعض(٥) الدفاع الشرعى الخاص «دفع الصائل» الى أقسام ثلاثة هى :

١) الدفاع عن النفس ٢) الدفاع عن العرض ٣) الدفاع عن المال وهذا التقسيم فى الواقع ليس تقسيما للدفاع الشرعى ذاته ،

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — أصول قانون العقوبات فى الدول العربية المرجع السابق — ص ١٥ هامش (٢) .

(٢) الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية — المرجع السابق ص ٢٦ .

(٣) F. M. Goadby commentary on Egyptions law Part I P. 28.

(٤) الموسوعة الشاملة — المرجع السابق — ص ٢٢ .

(٥) نظرية الدفاع الشرعى — الدكتور يوسف قاسم — المرجع السابق ص ٦٩ .

وانما تقسيم للحق موضوع الاعتداء . وبعبارة أخرى تقسيم للحق الذى تحميه الشريعة أو القانون ، ويقصده الصائل بعدوانه .

ولذا نرى ان التقسيم الصحيح للدفاع الشرعى يكون بالنظر الى نطاقه ومن هذه الزاوية يمكننا تقسيم الدفاع الشرعى الى اقسام ثلاثة الدفاع الشرعى الخاص ، الدفاع الشرعى العام (١) وهو ما يعرف فى الشريعة الاسلامية بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر وأخيرا الدفاع الشرعى الدولى وهوحق الدولة فى التصدى لعدوان دولة أخرى وهو نوع من الدفاع تناوله الفقه الاسلامى فى ابواب السير والمغازى والجهاد واقره ميثاق الامم المتحدة فى المادة (٥١) .

وهذه الانواع من الدفاع ليست منفرطة العقد ، وانما تجمع بينها وشائج عدة كالاتفاق فى الشروط والهدف وهو توفير الامان سواء كان هذا الامان أمانا فرديا بالدفاع عن حق الشخص او حق غيره ، أم أمانا اجتماعيا بالدفاع عن قيم المجتمع واخلاقياته ، أم كان هذا الامان ، أمانا دوليا بالحفاظ على كيان الدولة وسلامة أراضيها .

وهذه الوشائج دفعتنا للبحث عن اساس واحد للدفاع الشرعى يتلافى كل أوجه النقد التى وجهت للاسس التى قيل بها كأساس للدفاع الشرعى فى التشريع ولم نقف عند حد القول بأن الشريعة الاسلامية سبقت الى النظرية الراجحة عند شراح القانون الوضعى لان هذه النظرية الراجحة فى الفقه الوضعى — كما سنرى لا تسلم من النقد(٢) .

والدفاع الشرعى الخاص كما قلنا (٣) رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع ، وهو دفاع تبيحه كافة التشريعات السماوية والوضعية ، وان اختلفت فى تحديد نطاقة ورسم حدوده ، باعتباره دفاعا تملية الغريزة الانسانية ، لأنه اذا كانت غريزة حب البقاء التى تدفع الانسان الى السعى نحو المحافظة على كيانه فهى بذاتها التى تحركه الى دفع الاعتداء (٤) وليس ثمة شك فيما تحققه اباحة التشريعات

---

(١) اول من أطلق على الامر بالمعروف والنهى عن المنكر مصطلح الدفاع الشرعى العام هو المرحوم عبد القادر عودة فى كتابة التشريع الجنائى الاسلامى — الجزء الاول .

(٢) انظر نظريتنا المطروحة كأساس للدفاع الشرعى الفصل الثالث من الباب التمهيدى .

(٣) راجع ما سبق فى تعريف الدفاع الشرعى ص ٦٨ .

(٤) الدفاع الاجتماعى ضد الجريمة ووضعه فى المجتمع العربى — الدكتور حسن صادق المرصفاوى — مجلة عالم الفكر الكويتية — المجلد الرابع — العدد الثالث ١٩٧٣ ص ٤١ .

الدفاع الشرعى من أمان للافراد ، لأن المعتدى اذا علم ان القانون يبيح للمعتدى عليه رد هذا العدوان ، فان هذا يجعله يعيد التفكير فيما عزم عليه من اعتداء ، مما يحقق ردعا خاصا عن الجريمة ، ويحقق الأمان للأفراد .

والدفاع الشرعى العام ، او كما تسميه الشريعة الاسلامية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وهو دفاع عرفته الشريعة الغراء واقرته بنصوص صريحة (١) ، **والمعروف** هو كل قول وفعل وقصد حسنه الشارع وأمثلته كثيرة كمساعدة الفقراء ، والتبرع لوجوه الخير كبناء المستشفيات ، اصلاح المرافق الحيوية ، وكل ما يؤدى الى جلب الخير للأمة والمجتمع ، والمنكر ، كل قول وفعل وقصد قبحة الشارع ونهى عنه وذلك كتعاطى المسكرات والغش والتدليس فى البيع ، والتطفيف فى المكاييل والموازين وبالجملة كل ما نفر منه الشارع ونهى عنه (٢) .

وقد اهتم المسلمون الاوائل بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر واعتبروه اساسا من اسس الدين وركيزة من ركائزه وفى هذا يقول الامام ابو حامد محمد بن محمد الغزالى « الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو القطب الأعظم فى الدين وهو المهم الذى ابتعث الله له النبيين اجمعين ، ولو طوى بساطة واهمل علمه وعمله ، لتعطلت النبوة ، واضمحلت الديانة ، وعمت الفترة ، وفشت الضلالة وشاعت الجهالة ، واستشرى الفساد واتسع الخرق وخربت البلاد ، وهلك العباد » (٣).

والحق ان احتفاء الاولين بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر هو احتفاء بأمر هام عليه يقوم المجتمع الفاضل وبه تسير امور الناس ، لأنه اذا كان المعروف هو القيام بوجوه الخير التى تيسر امور الناس ، ومنها اصلاح المرافق العامة ، فان المسلمين المعاصرين ، لو اهتموا بهذا الامر ما عسرت حياتهم ولقاموا باصلاح مرافقهم بجهودهم الذاتية ، ولما رأينا المجتمعات الاسلامية فى هذا الحال من التناحر والتأخر والذى ينسبه البعض للاسلام وهو من هذا الحال براء ولو اسلموا حقا لولوا جميعا وجوههم نحو الوحدة التى اساسها وحدة المعبود ، ولأمروا

---

(١) راجع الفصل الثالث من الباب التمهيدى من الرسالة .

(٢) التنسبة فى الاسلام - فضيلة الشيخ ابراهيم دسوقى الشهاوى - مكتبة دار العروبة ام تذكر سنة الطبع - ص ٩ .

(٣) احياء علوم الدين - الامام ابو حامد محمد بن محمد الغزالى - الجزء السابع - مطابع الشعب ١٩٦٩ - ص ١١٨٧ .

بالمعروف ونهوا عن المنكر ولأصبحوا بحق خير امة اخرجت للنـاس ، ولعمت الفضيلة وانتهت الرذيلة ، ولسادت الايجابية بدلا من السلبية التى اصبحت الطابع العام للمجتمعات الاسلامية ولعل هذا ما التفت اليه الباحثون حديثا فى مسميات اخرى اهمها ما يطلقون عليـه « دور الجمهور فى مكافحة الجريمة » (١) .

وقد يختلط الدفاع الشرعى الخـاص « دفع الصـائل » بالدفاع الشرعى العـام « الامـر بالمعـروف والنهى عن المنـكر ، وقد يكون مرد هذا الخلط هو ان كليهما يرد اعتداء وقع على حق من الحقوق ، وان الفرض من الدفاع فى الحالتين رد هذا الاعتـداء ، كما قـد تثور شبهة لأن الكثير من حالات دفع الصائل قد تبدو وكأنها دفعا للمنكر .

وهذا الخلط وتلك الشبهة تزول اذا عرفنا أن الاعتـداء فى حالة الصيال يكون موجها ضـد النفس او العرض او الشرف والاعتبـار او المال ، اما فى الدفاع الشرعى العام فالاعتداء يكون موجها ضـد اوامر الشريعة ونواهيها اى ينصب الاعتداء على حقوق الله تعالى ، او بتعبير العصر ، حقوق المجتمع ، وبعبارة اخرى فان معيار التفرقة بين الدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل وازالة المنكر هو وجود الصيال ، فاذا وجد الصيال كنا امام دفاع شرعى خاص اى دفعا للصـائل ، اما اذا انعدم الصيال فاننا نكون بصدد ازالة للمنكر والذى يدفع صائلا يقوم بذلك بحكم الطبع ويؤيده الشرع ، اما من يقوم بنهى عن المنـكر فانه يفعل ذلك بحكم الشرع فقط » (٢) .

وهناك الكثير من الامثلة التى توضح التفرقة بين دفع الصـائل ودفع المنكر ، فمثلا لو حاول شخص قتل آخر ، فانه يجب دفعه حفظا على حق المراد قتله فى الحياة الذى تحميه الشريعة ، ونكون هنا امام دفاع خاص عن النفس ، اما لو اراد شخص ان يتخلص من حيـاته بالانتحار فهنا يكون دفع محاولته الانتحار ليس دفعا لصيال اذ لايوجد صائلا وانما نكون بصدد دفع لمنكر .

وكذلك لو هجم رجل على امراة يريد اتيانها كرها ، فان منعـه من ارتكاب هذه الفحشاء يكون دفعا لصائل على العرض ، اما لو كان ارتكاب هذه الفحشاء برضا المراة فانه يجب دفعهما على أساس انهذه الفحشاء منكر واجب الازالة .

---

(١) راجع القسم الثانى من الرسالة

(٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق - هامش٢ ص ٢٧٥

والذى يحاول ارتكاب جريمة الاتلاف على مال الغير ، يكون منعه من باب دفع الصائل ، أما الذى يحاول اتلاف مال مملوك له ، فان منعه من باب دفع الصائل لاننا لسنا أمام صائل وانما يجب منعه من اتلاف المال المملوك على أساس دفع المنكر (١) .

والدفاع الشرعى الدولى مباح فى الاسلام ردا للاعتداء (٢) ، وهو أساس مشروعية القتال فى الاسلام ، قال تعالى «وقاتلوا الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين » (٣) وهـذا النص يدل على أمرين جليلين : —

الاول : ان اباحة القتال فى الاسلام أساسها رد الاعتداء بمثله ، فالاسلام لا يقاتل غير المعتدين على أهله .

الثانى : أن الاعتداء المباح هو الاعتداء الذى لايتجاوز حد الدفاع ولا يجوز الاعتداء فى الدفاع بقتل من لايقاتل ، أو يسعى للافساد فى الارض واهلاك الحرث والنسل (٤) .

وبعبارة أخرى يمكن القول بأن أساس مشروعية القتال فى الشريعة الاسلامية هو الدفاع الشرعى عند توافر شروطه ومع التقيد بحدوده . ولم تقف الشريعة الاسلامية عند حد الاعتراف بالدفاع الشرعى للدولة المعتدى عليها ، وهو ما يسمى الدفاع الشرعى الفردى ، وانمـا أقرت ما يطلق عليه فى ميثاق الامم المتحدة الدفاع الشرعى الجماعى (٥) يؤكد ذلك قوله تعالى « فان بغت احداهمـا على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله » (٦) .

وتوجد علاقة وثيقة بين الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، والدفاع الشرعى الدولى أو الجهاد — كما يطلق عليه الفقهاء — لأن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو من نوع الجهاد ، وذلك لأن الجهاد فى ذاته حمـاية للامة من أن يتحكم فيها عدوها ، وذلك باعداد الذخيرة الحربية واعداد الرجال وتربيتهم على الجندية ، والأمر بالمعروف فيه تقوية للامة بجمع وحدتها على الفضـيلة الدينيـة ، والخلق الكريم ، وتلك أمور لازمة للقيام بالدفاع الشرعى العام والجهاد ضد الاعداء لأنه يدون الراى العام الفاضل الذى يتكون من الامر بالمعـروف والنهى عن المنـكر فكل قوة

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى — عبد القادر عودة — ص ٥١٢

(٢) راجع الباب الثالث من القسم الثانى من الرسالة

(٣) سورة البقرة الآية : ١٩٠

(٤) تقديم استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة لكتاب السير الكبير للامام الشيبانى ، شرح الامام السرخسى — مطبعة جامعة القاهرة — ١٩٥٨ — الجزء الاول — ص ٤٤

(٥) راجع الباب الثالث من القسم الثانى من الرسالة

(٦) سورة الحجرات الآية : ٩

حربية مآلها الدمار (١) وهذا الذى سبقت به الشريعة الاسلامية من تقرير حق الدفاع الشرعى الفردى والجماعى هو ما ألمح اليه نص المادة ٣/١٦ من عهد عصبة الامم التى تنص على ما يلى « كل عضو فى العصبة عليه واجب تقديم المساعدة المتبادلة من قبل عضو تجاه آخر بقصد مقاومة دولة قامت بخرق العهد من طرفها » (٢) ويمكن ان نستنتج الدفاع الشرعى رغم عدم النص عليه فى عهد عصبة الامم من هذا النص، وفى ميثاق الامم المتحدة جاء النص الصريح على الدفاع الشرعى فنصت المادة ٥١ على أنه (٣) « ليس فى هذا الميثاق ، ما يضعف أو ينتقص من الحق الطبيعى للدول ، فرادى او جماعات فى الدفاع عن انفسهم اذا اعتدت قوة مسلحة على احد اعضاء الامم المتحدة وذلك الى ان يتخذ مجلس الامن التدابير اللازمة لحفظ السلم والامن الدولى والتدابير التى اتخذها الاعضاء استعمالا لحق الدفاع عن النفس تبلغ الى المجلس فورا ، ولا تؤثر تلك التدابير بأية حال فيما للمجلس ، بمقتضى سلطته ومسئولياته المستمدة من احكام هذا الميثاق ـ من الحق فى ان يتخذ فى اى وقت ، ما يرى ضرورة لاتخاذه من الاعمال لحفظ السلم والامن الدولى أو اعادته الى نصابه » .

واذا كانت التشريعات سماوية ووضعية قد اقرت الدفاع الشرعى وان اختلفت فى رسم معالمه وتعيين حدوده ، فان الخلاف قد احتدم بين الشراح فى أساس الدفاع وهو موضوع الفصل التالى .

---

(١) تعليق استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ـ السير الكبير ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٩

(٢) Tout les membres de la société ont le devoir de se prêter l'un à l'autre un mutuel appui pour résister à toute mesure speciale dirigee contre l'un d'eux par L'êtat en rupture pacte".

(٣) «Aucune déposition de la présente charte ne porte atteinte au droit naturel de lé gitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre de nation unies et l'objet d'une agression armee, jus qu'a ce que le conseil de securité ait prés les mesures nécess-aires pour maintener le paix et la sécurite internationales. les mesures prises par. des membres dans l'exercice de ce droit du lé gitime défense sont inmédiatement portées à la commiss-an ce du conseil de securite et n'offectent en rien le pouvoir et de dévoir qu'a le conseil en vertu de la présente charte. d'agir a tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurite internationales.

الفصل الثالث

مصدر الدفاع الشرعى واساسه

ذهب البعض (١) الى ان صراحة نصوص القرآن الكريم ، والسنة النبوية الشريفة ادت الى اتفاق الفقهاء ، فى اساس الدفاع الشرعى على الرغم من اختلافهم فى الكثير من المسائل الفقهية .

واذا كنا مع هذا الراى فى صراحة النصوص ، فاننا لسنا معه فى اتفاق الفقهاء على اساس وحيد للدفاع الشرعى ، لأن صراحة تقرير النصوص لأحكام الدفاع الشرعى لا تعنى اجماع الفقهاء ولا تحول دون اختلافهم على ما وراء النص من حكمة او من علة ، وسنرى ان البعض يرى فى دفع الصائل تطبيقا من تطبيقات قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » بينما يرى البعض فى تحقيق المصلحة اساسا للدفاع ، والمح البعض فى كلمة الى نظرية جديدة راينا ان نقيم عمادها لتكون نظرية مطروحة كأساس للدفاع الشرعى لاننا وجدناها تتلافى كل ماوجه الى نظريات شراح القانون الوضعى من نقد كما انها تضع اساسا واحدا لأقسام الدفاع الشرعى سواء كان دفاعا شرعيا خاصا أم دفاعا شرعيا عاما او كان الدفاع دوليا ولذلك نرى التفرقة بين تقرير الدفاع الشرعى بنصوص صريحة وبين الاساس النظرى للدفاع الشرعى ، يؤكد هذه التفرقة ان الدفاع الشرعى تقره جميع التشريعات الوضعية ويقره ميثاق الامم المتحدة ، ولم يمنع ذلك من احتدام الخلاف بين شراح القانون الوضعى الجنائى والدولى للوصول الى اساس صحيح للدفاع الشرعى .

واخذا بما نراه من التفرقة بين النص وهو مصدر الدفاع الشرعى وبين الحكمة او العلة من النص او هو ـ ان صح هذا التعبير ـ الفلسفة الكامنة وراء النص ، راينا ان نقسم هذا الفصل الى مبحثين : ـ

المبحث الاول : مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة والقانون .
المبحث الثانى : اساس الدفاع الشرعى فى الشريعة والقانون .

---

(١) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ ص ٤٧

المبحث الاول

مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة والقانون

تضافرت آيات القرآن الكريم ، والسنة النبوية الشريفة على تقرير الدفاع الشرعى ، وكذلك جاءت التشريعات الوضعية معترفة به، وفى هذا المبحث نعرض لمصدر الدفاع الشرعى فى القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والنصوص القانونية فى التشريعات الوضعية التى يغلب أن نقارنها بمذاهب الفقه الاسلامى ، وعليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين : -

المطلب الاول : مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية
المطلب الثانى : مصدر الدفاع الشرعى فى القانون الوضعى .

المطلب الاول

مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية

أباحت آيات كتاب الله العزيز والسنة النبوية الشريفة لمن يعتدى عليه أن يرد هذا العدوان ، وكذلك جاءت النصوص التى تقرر الدفاع عن الغير ونقسم هذا المطلب الى فرعين : -

الفرع الاول : مصدر الدفاع الشرعى فى القرآن الكريم
الفرع الثانى : مصدر الدفاع الشرعى فى السنة النبوية الشريفة

الفرع الاول

مصدر الدفاع الشرعى فى القرآن الكريم

قرر القرآن الكريم للمعتدى عليه أن يرد هذا الاعتداء ، وموما يعد مصدرا للدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل » كما جاءت آيات كتاب الله العزيز بالنص على الامر بالمعروف والنهى عن المنكر وهو الدفاع الشرعى العام وبينت آيات الذكر الحكيم أحكام الدفاع الشرعى الدولى، الفردى والجماعى ونورد فيما يلى الآيات القرآنية موضحين دلالتها على هذه الاحكام : -

١ ـ قال الله تعالى (١) « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين » .

وقد اعتبر الفقهاء الآية الكريمة الاصل فى دفع الصائل (٢) ، واختلفت الروايات فى الحكم الذى نزلت فيه الآية ، فعن ابن عباس أن الآية نزلت بمكة والمسلمون يومئذ قليل وليس لهم سلطان يقهر المشركين وكان المشركون يتعاطونهم بالشتم والاذى فأمر الله المسلمين من يجازى منهم أن يجازى بمثل ما أوتى اليه ، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة واعز الله سلطانه ، أمر المسلمين أن ينتهوا فى مظالمهم الى سلطانهم ، وأن لا يعدو بعضهم على بعض كأهل الجاهلية (٣) .

وقال البعض ان المعنى فمن اعتدى عليكم فى الحرم فقاتلوكم ، فاعتدوا عليه بالقتال نحو اعتدائه عليكم بقتاله اياكم ، لانى جعلت الحرمات قصاصا (٤) . والواقع أن الآية الكريمة عامة فى كل صور العدوان ، فهى تصدق على دفع الفرد للعدوان الموجه اليه مباشرة حال وقوعه ، أو الالتجاء الى الحكام اذا انتهى العدوان ، كما تصدق الآية على رد العدوان الموجه ضد المؤمنين جميعهم وهو ما يسمى الدفاع الشرعى الدولى ، وقد أشار الى هذا العموم الامام القرطبى رحمه الله حيث يقول قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » عموم متفق عليه اما بالمباشرة ان أمكن واما بالحكام (٥) .

ويتأكد هذا العموم اذا لاحظنا ما ذكره المفسرون فى معنى الاعتداء فقد فسره القرطبى بأنه التجاوز قال تعالى « ومن يتعد حدود الله اى يتجاوزها (٦) ، أو تفسير الاعتداء بأنه العدوان وهو مجاوزة الحد بغيا وظلما ، أو أن يكون الاعتداء بمعنى العدو الذى هو شد ووثوب

---

(١) سورة البقرة الآية : ١٩٤

(٢) نهاية المحتاج ـ المرجع السابق ـ ص ٢٣ ، أسنى المطالب ـ لابى زكريا الانصارى ج ٤ ص ١٦٦

(٣) جامع البيان فى تاويل آى القرآن لابى جعفر بن جرير الطبرى ج ٢ شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر ١٣٧٣ هـ ـ ١٩٥٤ م ص ١٩٩ .

(٤) تفسير الطبرى ـ طبعة الحلبى ـ الجزء الثانى ـ ص ١٩٩ .

(٥) الجامع لاحكام القرآن ـ القرطبى ـ دار الكاتب العربى ١٩٦٧ ـ الجزء الثانى ص ٣٦٠

(٦) تفسير القرطبى ـ المرجع السابق ـ الجزء الثانى ـ ص ٣٦٠

فيكون المعنى فمن شد عليكم ووثب بظلم ، فاعتدوا عليه . اى فشدوا عليه وثبو نحوه ، قصاصا لما فعل بكم لا ظلما (١) .

واما قوله تعالى « واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين » عقب قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فان الله سبحانه وتعالى لما اباح الاقتصاص بالمثل ، وشان النفس حب المبالغة فى الانتقام من العدو حذرهم من ذلك (٢) ، فالمعنى ان الله سبحانه ينهى المؤمنين عن تجاوز الحد الذى بينه لهم . فلا يجوز لهم تجاوز حدود الدفاع (٣) .

٢ - قال تعالى « والذين اذا اصابهم البغى هم ينتصرون ، وجزاء سيئة سيئة مثلها ، فمن عفى واصلح فاجره على الله ، ان الله لا يحب الظالمين ، ولمن انتصر بعد ظلمه فاولئك ما عليهم من سبيل » (٤) .

وفى هذه الآية يمدح الله سبحانه وتعالى الذين ينتصرون ممن ظلمهم لان الله سبحانه يكره التذلل وهو وصف لهم بالشجاعة بعد أن وصفهم بسائر مهممات الفضائل (٥) ويزول ما قد يتوهم من تناقض بين آيات العفو وآيات الانتصار من الظالم اذا علمنا ان العفو على قسمين احدهما أن يصير العفو سببا لتسكين الفتنة وجناية الجانى ورجوعه عن جنايته والثانى أن يصير العفو سببا لمزيد جراءة الجانى ولقوة غيظه وغضبه والآيات فى العفو محمولة على القسم الاول ، وهذه الآية محمولة على القسم الثانى (٦) ومن ثم فان وصفهم بالانتصار بعد ظلمهم لا ينافى وصفهم بالغفران لان كل منهما فضيلة محمودة فى موقع نفسه ورذيلة

---

(١) تفسير الطبرى - المرجع السابق - ص ١٩٩ - ٢٠٠

(٢) فتح البيان فى مقاصد القرآن - الامام صديق حسن القنوجى النجارى - المطبعة الكبرى الميرية ١٣٠٠ هـ - الجزء الاول - ص ٢٥٢

(٣) تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان للعلامة نظام الدين الحسين بن محمد ابن حسين القمى النيسابورى - بهامش الطبرى طبعة ١٣٢٣ هـ - الجزء الثانى - ص ٢٣٢ ، تفسير القرآن الحكيم المعروف بتفسير المنار - الشيخ رشيد رضا - ١٣٥٠هـ - ج ٢ ص ٣١٣

(٤) سورة الشورى الآيات ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ .

(٥) تفسير ابو السعود مطبوع بهامش تفسير مفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير للامام الرازى - المطبعة الخيرية ١٣٠٨ هـ - ج ٨ ص ٤١ - محاسن التاويل - القاسمى - مطبعة الحلبى ج ١٤ ص ٥٢٤٥ .

(٦) تفسير الرازى - المرجع السابق - الجزء السابع - ص ٢٨٧ .

مذمومة فى موقع صاحبه ، فان الحلم عن العاجز وعوراء الكرام محمود وعن المتغلب ولغواء اللئام مذموم فانه اغراء على البغى (١) .

وقد اختلفت الاقوال فى بيان الباغى الذى يحمد الانتصار منه فقيل ان المقصود بغى المشركين قال ابن عباس وذلك أن المشركين بغو على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى أصحابه وآذوهم واخرجوهم من مكة ، فأذن الله بالخروج ومكن لهم فى الارض ونصرهم على من بغى عليهم ، وقيل هو عام فى بغى كل باغ من كافر وغيره ، أى اذا نالهم ظلم من ظالم لم يستسلموا لظلمه ، وقيل : « أى اذا أصابهم البغى تناصروا عليه حتى يزيلوه عنهم ويدفعوه ، وبهذا المعنى يكون فى الآية - كما يرى القرطبى - اشارة الى الامر بالمعروف واقامة الحدود (٢) . وهذا العموم رجحه المفسرون لان الله لم يخصص من ذلك معنى دون معنى ، بل حمد كل منتصر بحق ممن بغى عليه (٣) .

وأما حد الانتصار فقد بينه سبحانه وتعالى فى قوله « وجزاء سيئة سيئة مثلها » فالانتصار من الظالم يكون من غير اعتداء بالزيادة على مقدار ما فعل به (٤) وقد رأى بعض المفسرين ان الانتصار يجب أن يكون مقيدا بالمثل فان النقصان حيف والزيادة ظلم ، والتساوى هو العدل » (٥) وهو المعنى الواضح فى قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله (٦) .

٣ - قال تعالى « وانتصروا من بعد ما ظلموا » (٧) .

وهذه الآية جاءت فى سياق الحديث عن الشعراء حيث ذمهم الله سبحانه وتعالى لانهم يقولون ما لا يفعلون ولكن الله جل وعز استثنى منهم « الذين آمنوا وعملوا الصالحات » ، وانتصروا من بعد ما ظلموا

---

(١) تفسير أبو السعود - المرجع السابق - الجزء الثامن - ص ٤١
(٢) تفسير القرطبى - المرجع السابق - الجزء السادس عشر - ص ٣٨
(٣) تفسير الطبرى - المرجع السابق - ص ٢٣
(٤) تفسير القرطبى - المرجع السابق - الجزء السادس عشر - ص ٤٠
(٥) تفسير الرازى - المرجع السابق - الجزء السابع - ص ٢٨١
(٦) تفسير القرآن العظيم للحافظ عماد الدين اسماعيل بن كثير - مطبعة الحلبى ج ٤ - ص ١١٨
(٧) سورة الشعراء الآية ٢٢٧

ويكون الانتصار بالحق وبما حده الله عز وجل ، فان تجاوز ذلك فقد انتصر بالباطل (١) .

وقد قال بعض المفسرين انه لما نزل قوله تعالى « والشعراء يتبعهم الغاوون » جاء حسان وكعب بن مالك وابن رواحه يبكون الى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقالوا يا نبى الله . انزل الله تعالى هذه الآية وهو تعالى يعلم انا شعراء فقال صلى الله عليه وسلم : اقرأوا ما بعدها . الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات » الآية انتم اى بالرد على المشركين . قال النبى صلى لله عليه وسلم « انتصروا ولاتقولوا الا حقا ولا تذكروا الاباء والامهات » وقال صلى الله عليه وسلم « ان المؤمن يجاهد بنفسه وسيفه ولسانه . والذى نفسى بيده لكأن ما ترمونهم به تفح النيل » (٢)

وهذه الآية أجازت للشعراء المسلمين الرد على الكفار الذين كانوا يهجون المؤمنين (٣) تعتبر مصدرا للدفاع الشرعى عن الشرف والاعتبار.

٤ - قال تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر واولئك هم المفلحون (٤) .

بعد ان امر الله سبحانه وتعالى فى الآيةالسابقة بتقوىالله والاعتصام بحبله ونهاهم عن التفرق ، امرهم فى هذه الآية بما يحفظ عليهم الاخوة والاعتصام ، ويقيهم شر التدهور والانحلال . ويبعث فيهم الشعور بالتضامن فى مسئولية بعضهم عن بعض ، وفى مسئوليتهم عن الناس جميعا ، فتطلب منهم دعوة الناس الى الحق ، وتطلب منهم الانتصار فيما بينهم بالمعروف والتناهى عن المنكر (٥) .. فالله سبحانه وتعالى يأمر المؤمنين بتكميل الغير وارشاده اثر امرهم بتكميل النفس وتهذيبها بما قبله من الاوامر والنواهى تثبيتا للكل على مراعاة ما فيها من الاحكام بأن يقوم بعضهم بموجبها ويحافظ على حقوقها وحدودها ويذكرها

---

(١) تفسير القرطبى - المرجع السابق - الجزء الثالث عشر ص ١٥٢ - ١٥٣

(٢) تفسير الرازى - المرجع السابق - الجزء السادس ص.٣٧ ، تفسيرابوالسعيد ج ٧ ص ١٢٣

(٣) تفسير الطبرى - مطبعة الحلبى - ١٩٥٤ - الجزء ١٩ ص ١٣

(٤) سورة آل عمران - الآية ١٠٤

(٥) تفسير القرآن الكريم - المرحوم الامام الاكبر الشيخ محمود شلتوت - الطبعة الخامسة - دار الشروق - ص ١٣٥

الناس كافة وينزعهم عن الاخلال بها (١) .

والمقصود من هذه الآية أن تكون فرقة من الامة منصوبة للامر بالمعروف والنهى عن المنكر (٢) فالآية الكريمة بهذا المعنى تعتبر مصدرا للدفاع الشرعى العام .

٥ ـ قال تعالى « كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (٣) .

وقد اختلف اهل التاويل فقال بعضهم هم الذين هاجروا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من مكة الى المدينة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال آخرون . كنتم خير امة اخرجت للناس ، اذا كنتم بهذه الشروط التى وصفهم جل ثناؤه بها ، فكان تأويل ذلك عندهم: كنتم خير امة تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله اخرجوا للناس فى زمانكم ، وقال آخرون انما قيل كنتم خير امة اخرجت للناس لانهم أكثر الامم استجابة للاسلام (٤) ، والراى عندى ان الآية عامة فى الامر بالمعروف والنهى عن المنكر «الدفاع الشرعى العام» لان خطاب المشافهة ـ كما يقول العلامة ابو السعود ـ وان كان خاصا بمن شاهد الوحى من المؤمنين لكن حكمه عام للكل (٥) .

٦ ـ قال تعالى « الذين ان مكناهم فى الارض اقاموا الصلاة واتوا الزكاة وامروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الامور » (٦) وقد اختلف حول هؤلاء الذين تشير لهم الآية الكريمة فقال ابن عباس المراد المهاجرون والانصار والتابعون باحسان ، وقال قتادة هم اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم ، وقال عكرمة هم أصحاب الصلوات الخمس وقال الحسن وابو العالية هم هذه الامة اذا فتح الله عليهم أقاموا الصلاة وقال ابن أبى نجيح يعنى الولاة وقد استحسن القرطبى ما قاله الضحاك

---

(١) تفسير ابو السعود ـ بهامش الطبرى المرجع السابق ـ الجزء الثانى ص ١٨٢
(٢) تفسير ابن كثير المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ ص ٣٩٠
(٣) سورة آل عمران ـ الآية ١١٠
(٤) تفسير الطبرى ـ طبعة الحلبى ـ ١٩٥٤ الجزء الرابع ـ ص ٤٣ ـ ٤٤
(٥) تفسير ابو السعود ـ هامش الطبرى طبعة ١٣٠٨ هـ ـ المرجع السابق ـ الجزء الثانى ـ ص ١٨٩
(٦) سورة الحج الآية ٤١

من أن الآية شرط شرطه الله عز وجل على من أتاه الملك (١) .. والراجح فى نظرنا هو ما قاله الحسن وأبو العالية من أن الخطاب موجه الى الامة وذلك لان الدفاع الشرعى العام له الاهمية فى المجتمع الاسلامى بل هو عماده الاساسى اذ يشكل السياج المتين لحفظ شرائع الله والذب عن حرماته واقامة المجتمع الاسلامى الفاضل وهو ما يتضح من اقترانه فى الآية بركنين من أركان الاسلام هما الصلاة والزكاة مما يجعل الامر بالمعروف والنهى عن المنكر له من العموم ما للصلاة ، ولان الامر بالمعروف والنهى عن المنكر دعوة الى الخير والصلاح ومقاومة للشر والفساد ولان فيه تحقيقا لصفة الامة الاسلامية التى لا تبقى على منكر وهى قادرة على تغييره ، ولا تقصر عن معروف وهى قادرة على تحقيقه (٢) .

٧ ـ قال تعالى « يا بنى أقم الصلاة وامر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك ان ذلك من عزم الامور » (٣) .

يحكى القرآن الكريم وصية لقمان لابنه التى ترسم طريق العقيدة توحيد لله ، وشعور برقابته ، وتطلع الى ما عنده ، وثقة فى عدالته ، وخشية من عقابه . ثم انتقال الى دعوة الناس ، واصلاح حالهم ، وامرهم بالمعروف ، ونهيهم عن المنكر (٤) .

والامر بالمعروف والنهى عن المنكر فى هذا السياق القرآنى امر الناس بطاعة الله واتباع أمره ، ونهى الناس عن معاصى الله ومواقعه محارمه (٥) .

وهذه الوصايا التى حكاها القرآن الكريم على لسان لقمان الذى أتاه الله الحكمة ترسم لكل مؤمن مسيرته فى الحياة وطريقه الى الله وذكرها فى القرآن ارشاد من الله سبحانه وتعالى للمؤمنين أن تكون هذه الوصايا هاديا لهم فى سلوكهم ومصباحا منيرا لحياتهم ، وتكون وصية لقمان لابنه بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر فى حقيقتها توجيها لكل المؤمنين أن يعملوا على تنفيذها ويسيروا على هداها .

---

(١) تفسير القرطبى ـ المرجع السابق ـ الجزء الثانى عشر ـ ص ٧٣ ، تفسير الطبرى طبعة الحلبى ـ ١٩٥٤ ـ الجزء السابع عشر ص ١٧٨ .

(٢) فى ظلال القرآن ـ سيد قطب ـ الطبعة الثالثة ـ دار الشروق ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م ـ المجلد الرابع ـ ص ٢٤٢٧

(٣) سورة لقمان الآية ١٧ .

(٤) فى ظلال القرآن ـ المرجع السابق ـ المجلد الخامس ـ ص ٢٧٩٠ .

(٥) تفسير الطبرى ـ طبعة الحلبى سنة ١٩٥٤ ـ الجزء الحادى والعشرين ص ٧٣ .

٨ ــ قال تعالى « واذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم حتى يخوضوا فى حديث غيره واما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين » (١) .

فالرسول صلى الله عليه وسلم ــ وينسحب الامر على كل مسلم ــ مأمور أن يهمل شأن الذين يتخذون دينهم لعبا ولهوا .. وهذا يتم بالقوة كما يتم بالفعل .. فالذى لا يجعل لدينه وقاره واحترامه باتخاذه قاعدة حياته اعتقادا وعبادة ، وخلقا وسلوكا ، وشريعة وقانونا ، انما يتخذ دينه لعبا ولهوا .. والذى يتحدث عن مبادىء هذا الدين وشرائعه فيصفها أوصافا تدعو الى اللعب واللهو . أولئك جميعا المسلم مأمور بمفاصلتهم ومقاطعتهم الا للذكرى (٢) .

ولا تقف الآية الكريمة عند حد اجتناب مرتكبى المنكر وانما يدعو السياق القرآنى فى الآيات الى تذكيرهم وتخويفهم من ان ترهن نفوسهم بما كسبوا وأن يلاقوا الله ليس لهم من دونه ولى ينصرهم ، ولا شفيع يشفع لهم ، كما انه لا يقبل منهم فدية لتطلق نفوسهم بعد ارتهانها بما كسبت(٣) يقو ل تعالى « وذكر به أن تبسل نفس بما كسبت ليس لها من دون الله ولى ولا شفيع ، وأن تعدل كل عدل لا يؤخذ منها » (٤).

٩ ــ قال تعالى « التائبون العابدون الحامدون السائحون الراكعون الساجدون الآمرون بالمعروف والناهون عن المنكر والحافظون لحدود الله وبشر المؤمنين » (٥) .

فى هذه الآية الكريمة بيان لصفات المؤمنين الذين قال فيهم سبحانه وتعالى فى الآية السابقة « ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون ويقتلون وعدا عليه حقا فى التوراة والانجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم » (٦) فقد نعت المؤمنين بهذه الصفات الجميلة والخلال الجليلة وهم مع هذه الصفات ينفعون خلق

---

(١) سورة الانعام ــ الآية ٦٨ .
(٢) فى ظلال القرآن ــ المرجع السابق ــ المجلد الثانى ــ ص ١١٢٨ .
(٣) فى ظلال القرآن ــ المرجع السابق ــ المجلد الثانى ــ ص ١١٢٨ .
(٤) سورة الانعام ــ الآية ٧٠ .
(٥) سورة التوبة الآية ١١٢ .
(٦) سورة التوبة الآية ١١١ .

الله ويرشدونهم الى طاعة الله بأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر (١) فالامر بالمعروف والنهى عن المنكر صفة من صفات المؤمنين الذين بايعوا هذه البيعة (٢) وهى صفة تنسحب على كل مؤمن ومن ثم تكون هذه الآية الكريمة مصدرا للدفاع الشرعى العام .

١٠ ــ قال تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » .

ليس الامر بالمعروف والنهى عن المنكر صفة من صفات المؤمن فحسب ولكنه صفة للامة المؤمنة ، لان طبيعة المؤمن هى طبيعة الامة المؤمنة . طبيعة الوحدة وطبيعة التكامل ، وطبيعة التضامن ، ولكنه التضامن فى تحقيق الخير ودفع الشر .. وتحقيق الخير ودفع الشر يحتاج الى الولاية والتضامن والتعاون . ومن هنا تقف الامة المسلمة صفا واحدا ، لا تدخل بينها عوامل الفرقة ، وحيثما وجدت الفرقة فى الجماعة المؤمنة فثمة ولابد عنصر غريب عن طبيعتها ، وعن عقيدتها، هو الذى يدخل الفرقة . والمؤمنون يتجهون بهذه الولاية ــ التى تقررها الآية ــ الى الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (٣) وهكذا يكون الدفاع الشرعى العام صفة من صفات أفراد المجتمع المؤمن وخصيصة من خصائص هذا المجتمع مما يحقق التضامن ويخلق مجتمعا فاضلا يعمل من اجل اعلاء كلمة الله فى الارض فقوله تعالى « يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » . كقوله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر « (٤) .

١١ ــ قال تعالى « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا أن الله لا يحب المعتدين (٥) .

وقد اختلف أهل التأويل فى تأويل هذه الآية ، فقال بعضهم ، هذه الآية هى أول آية نزلت فى أمر المسلمين بقتال أهل الشرك ، وقالوا أمر فيها المسلمون بقتال من قاتلهم من المشركين ، والكف عمن كف

---

(١) تفسير ابن كثير ــ المرجع السابق ــ الجزء الثانى ــ ص ٣٩٣ .
(٢) فى ظلال القرآن ــ المرجع السابق ــ المجلد الثالث ــ ص ١٧١٤ .
(٣) فى ظلال القرآن ــ المرجع السابق ــ المجلد الثالث ــ ص ١٦٧٤ .
(٤) سورة آل عمران الآية ١٠٤ ــ راجع تفسير ابن كثير ــ المرجع السابق ــ الجزء الثانى ص ٣٦٩ .
(٥) سورة البقرة ــ الآية ١٩٠ .

عنهم ، ثم نسخت ببراءة — وقال آخرون : بل ذلك أمر من الله تعالى ذكره للمسلمين بقتال الكفار لم ينسخ ، وانما الاعتداء الذى نهاهم الله عنه ، هو نهيه عن قتل النساء والذرارى ، قالوا والنهى عن قتلهم ثابت حكمه اليوم — قالوا فلا شيء نسخ من حكم هذه الآية وهو قول عمر بن عبد العزيز (١) .

والراجح فى نظرنا هو ما رآه الطبرى أولى بالصواب هو القول الذى قاله عمر بن عبد العزيز ، لان دعوى المدعى نسخ آية يحتمل أن تكون غير منسوخة بغير دلالة على صحة دعواه تحكم ، والتحكم لا يعجز عند أحد (٢) والآية الكريمة وفقا لما انتهينا اليه من عدم النسخ تقرر الدفاع الشرعى بالقتل ، وهو ليس قتالا من أجل القتال ولكنه قتال لله ، لا لاى هدف من الاهداف التى عرفتها البشرية فى حروبها الطويلة، القتال فى سبيل الله . لا فى سبيل الامجاد والاستعلاء فى الارض ، ولا فى سبيل المغانم والمكاسب ، ولا فى سبيل الاسواق والخامات ، ولا فى سبيل تسويد طبقة على طبقة او جنس على جنس انما هو القتال لتلك الاهداف المحددة التى من أجلها شرع الجهاد « الدفاع الشرعى العام » فى الاسلام ، القتال لاعلاء كلمة الله فى الارض ، واقرار منهجه فى الحياة ، وحماية المؤمنين به أن يفتنوا عن دينهم ، أو أن يجرفهم الضلال والفساد (٣) .

والدفاع الشرعى الدولى فى الاسلام وقد تحدد هدفه فانه فى اطار هذا الهدف يتحدد نطاقه ومداه — وهذا المدى حدده الله سبحانه وتعالى بقوله « ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين » .

والعدوان يكون بتجاوز المحاربين المعتدين الى غير المحاربين من الآمنين المسالمين الذين لا يشكلون خطرا على الدعوة الاسلامية ولا على الجماعة الاسلامية ، كالنساء والاطفال والشيوخ والعباد المنقطعين للعبادة من أهل كل ملة ودين . كما يكون بتجاوز آداب القتال التى شرعها الاسلام (٤) فالحرب وفقا للاحكام الكلية فى الشريعة الاسلامية لا يمكن قبولها الا اذا كانت هى الوسيلة الوحيدة لابلاغ الدعوة الاسلامية ولنشرها لدى المجتمعات الانسانية ، فالاسلام لا يقر الحرب بوصفها

---

(١) تفسير الطبرى — طبعة الحلبى ١٩٥٤ — الجزء الثانى — ص ١٨٩ — ١٩٠ .
(٢) تفسير الطبرى — طبعة الحلبى — ١٩٥٤ — الجزء الثانى — ص ١٩٠ .
(٣) فى ظلال القرآن — المرجع السابق — المجلد الاول — ص ١٨٧ .
(٤) فى ظلال القرآن — المرجع السابق — المجلد الاول — ص ١٨٨ .

سياسة وطنية ، أو وسيلة لحسم نزاع ، او وسيلة لاشباع روح السيطرة أو وسيلة لكسب المغانم أيا كان نوعها (١) . وهو ما سنفصله عند الكلام عن الدفاع الشرعى الدولى (٢) .

١٢ — قال تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم ، ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون (٣)

فى هاتين الآيتين تحديد لموجبات الدفاع الشرعى الدولى ورسم للعلاقة بين المسلمين وغيرهم ، فالقاعدة أن الاسلام دين سلام وعقيدة حب ، ونظام يستهدف أن يظلل العالم كله بظله ، وأن يقيم فيه منهجه ، وأن يجمع الناس تحت لواء الله اخوة متعارفين متحابين وليس هناك من عائق يحول دون اتجاهه هذا الا عدوان اعدائه عليه وعلى أهله . فأما اذا سالموهم فليس الاسلام براغب فى الخصومة ولا متطوع بها (٤) . وبذلك تسبق الشريعة الاسلامية المواثيق الدولية فى تقرير الدفاع الشرعى الدولى فى حالة العدوان والتعايش السلمى مع المسالمين وان اختلفت عقيدتهم الدينية او اتجاهاتهم السياسية والفكرية .

١٣ — قال تعالى « فان اعتزلوكم فلم يقاتلوكم وألقوا اليكم السلم فما جعل الله لكم عليهم سبيلا » (٥) .

فى الآية الكريمة تقرير لمبدأ هام وهو انتهاء الدفاع بانتهاء الاعتداء من جانب أعداء الاسلام ، والكف عن اذى المسلمين وحينئذ لا يكون للمسلمين عليهم سبيلا اى لا يكون للمسلمين على أنفسهم وأموالهم وذريتهم ونسائهم طريقا الى قتل أو سباء أو غنيمة باباحة من الله ذلك للمسلمين ولا اذن منه سبحانه وتعالى ومن ثم فليس للمسلمين أن يعرضوا فى ذلك الا سبيل خير (٦) .

---

(١) أحكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلامية — أستاذنا الدكتور حامد سلطان — دار النهضة العربية — ١٩٧٠ ص ٢٤٨ .

(٢) راجع الباب الثالث من القسم الثانى من الرسالة .

(٣) سورة الممتحنة — الآية ٨ ، ٩ .

(٤) فى ظلال القرآن — المرجع السابق — المجلد السادس — ص ٣٥٤٤ .

(٥) سورة النساء — الآية ٩٠ .

(٦) تفسير الطبرى — طبعة الحلبى — ١٩٥٤ — الجزء الخامس ص ٢٠٠ .

١٤ - قال تعالى « الا تقاتلون قوما نكثوا ايمانهم وهموا باخراج الرسول وهم بدءوكم أول مرة أتخشونهم فالله أحق أن تخشوه ان كنتم مؤمنين » (١) .

تصور الآية الكريمة موقف المسلمين فى حالة نكث المشركين للعهد الذى قطعوه مع المسلمين ، وتذكرهم بما هم به المشركون من اخراج الرسول صلى الله عليه وسلم - من مكة قبل الهجرة ، تذكرهم بأن المشركين هم الذين بدأوهم بالاعتداء فى المدينة .. ثم تثير فيهم الحياء والنخوة أن يكونوا انما يخشون لقاء المشركين ، والله أولى أن يخشوه ان كانوا مؤمنين (٢) ، فالآية تحض المؤمنين على جهاد أعدائهم الذين نقضوا العهد **وبدأوهم أول مرة بالقتال** (٣) .

والآية بهذا المعنى تقرر مبدأ هاما وهو أنه لا قتال من المسلمين لغيرهم الا اذا بدأوهم وبعبارة أخرى لا دفاع دون اعتداء .

١٥ - قال تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا ان الله يحب المقسطين » (٤) .

تضع الآية الكريمة قاعدة تشريعية عملية لصيانة المجتمع المؤمن من الخصام والتفكك ، تحت النزوات والاندفاعات ، وتواجه امكان وقوع قتال بين طائفتين من المؤمنين ، وتستبقى لكلتا الطائفتين وصف الايمان مع اقتتالهما ، ومع احتمال أن احداهما قد تكون باغية على الاخرى ، بل مع احتمال أن تكون كلتاهما باغية فى جانب من الجوانب (٥) .

وتكلف الآية الكريمة الذين آمنوا - من غير الطائفتين المتقاتلتين طبعا - أن يقوموا بالاصلاح بين المتقاتلين (٦) بالدعاء الى حكم كتاب الله ، والرضا بما فيه لهما وعليهما ، وذلك هو الاصلاح بينهما بالعدل ، فان

---

(١) سورة التوبة - الآية ١٣ .
(٢) فى ظلال القرآن - المجلد الثالث - ص ١٦١٠ .
(٣) تفسير الطبرى - طبعة الحلبى - ١٩٥٤ - الجزء العاشر - ص ٨٩ .
(٤) سورة الحجرات - الآية ٩ .
(٥) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد السادس - ص ٣٢٤٣ .
(٦) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد السادس - ص ٣٢٤٣ .

أبت احدى هاتين الطائفتين الاجابة الى حكم كتاب الله له وعليه ، وتعدت ما جعل الله عدلا بين خلقه ، وأجابت الاخرى منهما قاتل المؤمنين التى تعتدى وتأبى الاجابة الى حكم الله ، حتى ترجع اليه فان رجعت الباغية الى الرضا بحكم الله قام المؤمنون بالاصلاح بينهما بالعدل .

والآية الكريمة بهذا المعنى تعتبر مصدرا لما يطلق عليه فى القانون الدولى المعاصر الدفاع الشرعى الجماعى وما اقره ميثاق الامم المتحدة فى المادة ٥١ .

٦ ـ قال تعالى « اذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ، وان الله على نصرهم لقدير ، الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق الا ان يقولوا ربنا الله (١) .

يقرر القرآن حق المؤمنين فى الدفاع وسلامة موقفهم من الناحية الادبية فهم مظلومون غير معتدين ولا متبطرين وأن لهم يطمئنوا الى حماية الله لهم ونصره اياهم ، وان لهم ما يبرر ـ خوضهم للمعركة فهم منتدبون لمهمة انسانية كبيرة ، لا يعود خيرها عليهم وحدهم ، انما يعود على الجبهة المؤمنة كلها ، وفيها ضمان لحرية العقيدة وحرية العبادة ، وذلك فوق انهم مظلومون أخرجوا من ديارهم بغير حق .. « الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق الا ان يقولوا ربنا الله » وهى أصدق كلمة يمكن ان تقال ، وأحق كلمه تقال . ومن أجل هذه الكلمة وحدها كان اخراجهم ـ فهو البغى المطلق الذى لا يستند الى شبهة من ناحية المعتدين، وهو التجرد من كل هدف شخصى من ناحية المعتدى عليهم (٢) .

والآية صريحة فى بيان مشروعية الدفاع الشرعى الدولى ..

ومن هذا العرض لآيات كتاب الله الكريم يتبين انها قررت مشروعية الدفاع الشرعى بأقسامه المختلفة ، وسواء أكان الاعتداء على حق تحمية الشريعة لفرد معين وهو « دفع الصائل » أو الدفاع الشرعى الخاص أم كان هذا الدفاع عن مبادىء المجتمع الاسلامى وقيمه المتمثلة فى شرائع الله التى أمر عباده باتباعها وهو ما يعرف بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر أو الدفاع الشرعى العام .. واما القواعد التى قررها القرآن الكريم فى الجهاد « الدفاع الشرعى الدولى » فهى تسبق القواعد

---

(١) سورة الحج ـ الآية ٣٩ ، ٤٠ .

(٢) فى ظلال القرآن ـ المرجع السابق ـ المجلد الرابع ـ ص ٢٤٢٤ ، ٢٤٢٥ .

المعروفة فى القانون الدولى المعاصر ويؤكد ذلك ما جاء به القرآن الكريم من قتال الفئة الباغية أو ما يسمونه حديثا «الدفاع الشرعى الجماعى» الذى نصت عليه المادة ٥١ من ميثاق الامم المتحدة ، ويبقى فضل النظام الاسلامى رغم ما انتهت اليه القواعد الدولية فى أن له الكمال والبراءة من العيب والنقص الواضحين فى كل محاولات البشرية البائسة القاصرة التى حاولتها فى كل تجاربها الكسيحة وله بعد هذا وذاك صفة النظافة والامانة والعدل المطلق ، لان الاحتكام الى أمر الله الذى لايشوبه غرض ولا هوى ، ولا يتعلق به نقص أو قصور .

وكما قرر القرآن الكريم مشروعية الدفاع الشرعى بأنواعه على النحو الذى رأينا فقد جاءت السنة النبوية الشريفة مؤكدة لهذه الشرعية كما سنرى فى الفرع التالى .

الفرع الثانى

مصدر الدفاع الشرعى فى السنة النبوية

ذخرت السنة النبوية بالاحاديث الشريفة التى أكدت وفصلت مشروعية رد الاعتداء ، عن الانفس والاعراض والاموال ، وشرعية الامر بالمعروف والنهى عن المنكر « الدفاع الشرعى العام » ومشروعية الجهاد الدفاع الشرعى الدولى وفيما يلى طائفة من هذه الاحاديث التى تعتبر مصدرا للدفاع الشرعى فى السنة النبوية الشريفة :

١ ـ ما رواه أبو داود والترمذى وصححه عن سعيد بن زيد قال « سمعت النبى صلى الله عليه وآله وسلم يقول « من قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد » (١) .

٢ ـ عن أبى هريرة قال « جاء رجل فقال : يا رسول الله أرايت ان جاء رجل يريد أخذ مالى ، قال فلا تعطه مالك ، قال أرايت ان قاتلنى قال قاتله ، قال أرايت ان قتلنى ، قال فانت شهيد ، قال أرايت ان قتلته ، قال هو فى النار رواه مسلم وأحمد وفى لفظه يا رسول الله أرايت ان عدا على مالى ، قال : انشد الله ، قال فان أبو على قال :

---

(١) نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ـ المرجع السابق ـ الجزء الخامس ص ٣٦٧، سبل السلام للعلامة محمد بن اسماعيل الامير اليمنى الصنعانى ـ الجزء الرابع ص ٤٠ ـ مطبعة الحلبى ١٩٥٠ .

اشد الله ، قال : فان ابو على ؟ قال قاتل فان قتلت ففى الجنة ، وان قتلت ففى النار » (١) .

٣ — روى ابو داود والنسائى والترمذى وصححه عن عبد الله بن عمر أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال « من قتل دون ماله فهو شهيد » (متفق عليه) وفى لفظ « من اريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » (٢) .

٤ — عن سهل بن سعد ان رجلا اطلع فى حجر فى باب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مدرى (٣) يرجل بها راسه ، فقال له : لو اعلم انك تنظر طعنت به فى عينيك ، انما جعل الاذن من أجل البصر » (٤) .

٥ — عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال « لو ان رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاه ففقأت عينه ما كان عليك جناح (٥) .

ومن هذه الأحاديث يتبين كيف استوعبت السنه الشريفة موضوعات الحق المعتدى عليه ، فشملت الدفاع عن النفس ، والعرض ، والمال والشرف والاعتبار ولم تقتصر السنة الشريفة على تقرير مشروعية رد الاعتداء لصاحب الحق المعتدى عليه وانما قررت هذه المشروعية بالنسبة للغير ، وقد تضافرت الاحاديث الشريفة التى تؤكد امكانية رد الغير الاعتداء : —

١ — عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما اخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلم اخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ، ومن كان فى

---

(١) نيل الاوطار — المرجع السابق — ص ٣٦٦ ، سبل السلام المرجع السابق الجزء الرابع ص ٤٠ ، حجة الله البالغة — الامام الدهلوى — الجزء الثانى — دارالتراث بالقاهرة ١٩٧٨ — ص ١٥٦ .

(٢) نيل الاوطار — المرجع السابق — ص ٣٦٦ — سبل السلام — المرجع السابق ص ٤٠ .

(٣) المدرى بكسر الميم وسكون الدال المهملة عود يشبه احد اسنان المشط .

(٤) نيل الاوطار — المرجع السابق — الجزء السابع — ص ٢٩ ، صحيح مسلم — الجزء الثانى — مطبعة عيسى البابى الحلبى — بدون تاريخ — ص ٢٦٤ .

(٥) نيل الاوطار — المرجع السابق — الجزء السابع — ص ٢٩ ، سبل السلام — المرجع السابق — الجزء الثالث — ص ٢٦٢ .

حاجة اخيه ، كان الله فى حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة (١) .

٢ ــ عن انس بن مالك رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انصر اخاك ظالما او مظلوما ، قال يا رسول الله هذا ننصره مظلوما ، فكيف ننصره ظالما ؟ قال تاخذ فوق يديه » (٢) .

واكدت السنة الشريفة مشروعية الامر بالمعروف والنهى عن المنكر « الدفاع الشرعى العام » ، وورد فى ذلك الكثير من الاحاديث :

(١) روى أحمد ومسلم واصحاب السنة الاربعة عن ابى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الايمان » (٣) .

(٢) ما رواه تميم الدارى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الدين النصيحة ، الدين النصيحة ، قلنا لمن هى يا رسول الله ؟ قال : لله ورسوله ولائمة المسلمين وعامتهم » (٤) .

(٣) ما رواه الترمذى وابن ماجه من حديث عمرو بن أبى عمرو عن حذيفة ابن اليمان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « والذى نفسى بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابا من عنده ثم تدعونه فلا يستجاب لكم » (٥) .

---

(١) صحيح البخارى ــ لابى عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخارى الجعفى ــ الجزء الثالث ــ طبعة الشعب ــ لم تذكر سنة الطبع ــ ص ١٦٨

(٢) الجامع الصغير من حديث البشير النذير ــ الجزء الاول ص ٣٤٦ ، صحيح البخارى ــ المرجع السابق ــ الجزء الثالث ــ ص ١٦٨ ، التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح لابى العباس زين الدين احمد بن احمد عبد اللطيف الشرجى الزبيدى ــ الجزء الاول ــ مطبعة الحلبى ١٩٤٧ هـ ــ ص ١٤٨

(٣) صحيح مسلم ــ الجزء الاول ــ مطبعة الحلبى ــ لم تذكر سنة الطبع ص ٣٩ ــ نيل الاوطار ــ المرجع السابق ــ الجزء الثالث ص ٣٤٥ .

(٤) سبل السلام ــ المرجع السابق ــ الجزء الرابع ــ ص ٢١٠ ــ صحيح البخارى ــ المرجع السابق ــ الجزء الاول ص ٢٣ .

(٥) رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ــ الامام النووى ــ طبعة الشمرلى ١٩٧٩ ــ ص ٦٥

(٤) عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما من نبى بعثه الله فى امة قبلى الا كان له من أمته حواريون واصحاب، يأخذون بسنته ويقتدون بأمره ثم انها تخلف من بعدهم خلوف يقولون ما لا يفعلون ويفعلون ما لا يؤمرون فمن جاهدهم بيده فهو مؤمن ومن جاهدهم بلسانه فهو مؤمن ومن جاهدهم بقلبه فهو مؤمن وليس وراء ذلك من الايمان حبة خردل » (١) .

(٥) عن ابى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اياكم والجلوس فى الطرقات ، قالوا يا رسول الله مالنا منه بد من مجالسنا نتحدث فيها، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا أبيتم الا المجلس فاعطوا الطريق حقه ، قالوا وما حقه قال : « غض البصر وكف الاذى ورد السلام والامر بالمعروف والنهى عن المنكر » متفق عليه (٢) .

(٦) روى عن أبى ثعلبة الخشنى انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تفسير قوله تعالى « لا يضركم من ضل اذا اهتديتم »(٣) فقال يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر ، فاذا رايت شحا مطاعا، وهوى متبعا ، ودنيا مؤثرة واعجاب كل ذى رأى برايه فعليك بنفسك ودع عنك العوام ، ان من ورائكم فتنا كقطع الليل المظلم المتمسك فيها بمثل الذى أنتم عليه أجر خمسين منكم قيل بل منهم يا رسول الله قال « لا بل منكم لانكم تجدون على الخير أعوانا وهم لا يجدون عليه أعوانا » أخرجه أبو داود والترمذى وحسنه وأخرجه ابن ماجه (٤) .

(٧) ما رواه أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه قال يا أيها الناس انكم تقرأون هذه الآية « يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل اذا اهتديتم وانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ما من قوم عملوا

---

(١) صحيح مسلم ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ ص ٣٩ ، ٤٠

(٢) سبل السلام ـ المرجع السابق ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٥ ، رياض الصالحين ـ المرجع السابق ـ ص ٦٥

(٣) الآية ١٠٥ سورة المائدة ، قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا عليكم انفسكم لا يضركم من ضل اذا اهتديتم الى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم تعملون » .

(٤) تخريج الحافظ العراقى عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن لاحاديث احياء علوم الدين ـ مطبوع بهامش احياء علوم الدين ـ الجزء السابع ـ ص ٧ طبعة لجنة نشر الثقافة الاسلامية ١٣٥٦ هـ

(٥) التاج الجامع للاصول فى احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ـ الشيخ منصور على ناصف ـ الجزء الخامس ـ طبعة ١٣٥٤ هـ ـ ص ٢٣٦ .

بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل الا يوشك أن يعمهم بعذاب من عنده (٥) وفى لفظ آخر وانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان الناس اذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه اوشك أن يعمهم الله بعقاب منه » (١) .

كما أوضحت أحاديث الرسول الكريم قواعد الدفاع الشرعى الدولى اذا تعرضت الارض الاسلامية للعدوان ، وفيما يلى أمثلة من هذه الاحاديث :

١ — عن عطاء بن يسار أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم بعث عليا رضى الله عنه مبعثا ، فقال له : « امض ولا تلتفت » اى لا تدع شيئا مما أمرك به ، قال : يا رسول الله ، كيف أصنع بهم ؟ قال : « اذا نزلت بساحتهم فلا تقاتلهم حتى يقاتلوك ، فان قاتلوك فلا تقاتلهم حتى يقتلوا منكم قتيلا ، فان قتلوا منكم قتيلا فلا تقاتلهم حتى تريهم اياه ثم تقول لهم ، هل لكم أن تقولوا : لا اله الا الله ، فان قالوا : نعم — فقل لهم : هل لكم أن تصلوا ؟ فان قالوا نعم — فقل فهل لكم أن تخرجوا من اموالكم الصدقة ؟ فان قالوا نعم — فلا تبغ منهم غير ذلك — والله لان يهدى الله على يديك رجلا — خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت » (٢) .

٢ — عن عبد الرحمن بن عائذ قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا بعث بعثا قال : تألفوا الناس وتأنوا بهم ، ولا تغيروا عليهم حتى تدعوهم ، فما على الارض من أهل بيت من مدر ولا وبر الا أن تأتونى بهم مسلمين أحب الى من أن تأتونى بأبنائهم ونسائهم وتقتلوا رجالهم » (٣) .

٣ — عن أبى موسى رضى الله عنه أن اعرابيا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله الرجل يقاتل للمغنم والرجل يقاتل ليذكر والرجل يقاتل ليرى مكانه . وفى رواية يقاتل شجاعة ويقاتل حمية وفى رواية يقاتل غضبا فمن فى سبيل الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قاتل لتكون كلمة الله هى العليا فهو فى سبيل الله » متفق عليه (٤) . فالاصل فى مشروعية القتال ليس المغنم المادى

---

(١) رياض الصالحين — المرجع السابق — ص ٦٦ — ٦٧ .
(٢) السير الكبير — المرجع السابق — ص ٢٣٤
(٣) السير الكبير — المرجع السابق — ص ٢٣٤
(٤) رياض الصالحين — المرجع السابق — ص ٢٩٥ — صحيح البخارى — المرجع السابق — الجزء الرابع — ص ٢٤ .

أو التسلط وبسط النفوذ وانما اعلاء كلمة الحق والعدل وذلك بتأمين وصول الدعوة الاسلامية الى الناس ولهم حرية الاعتقاد دون اكراه ، أما اذا وقف طاغية من الطغاة أو الحكام بين شعبة وبين الاستماع الى الدعوات الصالحة ، فان من حق صاحب الدعوة أن يزيل تلك الحجز التى تقف فى طريق دعوة الحق ، ثم يكون الناس أحرارا ان شاءوا اعتنقوها وان شاءوا انكروها ، ومن اهتدى فلنفسه ، ومن كفر فعليها (١) .

وحاصل القول ان السنة النبوية الشريفة قد جاءت مفصلة ومبينة ومؤكدة ما جاء به القرآن الكريم من شرعية الدفاع الشرعى الخاص أو دفع الصائل فى لسان الفقهاء والدفاع الشرعى العام » الامر بالمعروف والنهى عن المنكر كما أقرت السنة النبوية الدفاع الشرعى الدولى ووضعت أصوله وضوابطه وهى مسائل سبقت بها الشريعة الغراء التقنينات الوضعية المعاصرة الداخلية والدولية الامر الذى يتضح من عرض مصدر الدفاع الشرعى فى القانون الوضعى وهو ما نتناوله فى المطلب التالى :

المطلب الثانى

مصدر الدفاع الشرعى فى القانون الوضعى (٢)

تضع غالبية القوانين الدفاع الشرعى بين نصوص جريمة القتل ، فالقانون المصرى يدرج نصوص الدفاع الشرعى فى الباب الاول من الكتاب الثالث الخاص بجرائم القتل والجرح والضرب ، وكذلك فعل القانون الفرنسى ، ويبرر البعض ذلك بأن الدفاع الشرعى لا يكون الا فى جرائم الاعتداء ، وأنه لا يتصور الا فى الجرائم العمدية التى تتضمن اعتداء على النفس أو المال (٣) .

ولعل الصحيح أن تأصيل اسباب الاباحة الذى بداه الفقه الجنائى

---

(١) العلاقات الدولية فى الاسلام - أستاذنا المرحوم الشيخ محمد ابو زهرة - الدار القومية للطباعة والنشر بالقاهرة ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م ص ٩٢ ، الاستاذ المرحوم سيد قطب - معالم فى الطريق - دار الشروق - لم تذكر سنة الطبع - ص ٦١ - ٦٢

(٢) قد يبدو هذا المطلب مجرد عرض للنصوص التشريعية للقوانين التى يغلب مقارنتها بمذاهب الفقه الاسلامى ، وقد أردنا بذلك تجسيد التفرقة بين المصدر والاساس .

(٣) القانون الجنائى - الدكتور على راشد - دار النهضة العربية ١٩٧٤ - ص ٥٢١ .

منذ النصف الثانى للقرن التاسع عشر يقتضى وضع الدفاع الشرعى فى مكانه الصحيح من النظرية العامة للجريمة وكان فى مقدمة القوانين التى استجابت لدعوة الفقه القانون الالمانى الصادر سنة ١٨٧٠ الذى وضع الدفاع الشرعى فى مكانه الصحيح بين نصوص القسم العام وان كان قد قصر هذا الوضع على الدفاع الشرعى ، وما زالت الاسباب الاخرى فى غير موضعها الملائم (١) .

ويبدو أن الاتجاه التشريعى والفقهى فى مصر ينحو هذا المنحى ففى المشروعات التى أعدت ولم يقدر لها أن ترى النور جاءت نصوص الدفاع الشرعى ضمن أحكام النظرية العامة للجريمة (٢) ، كما حاول أحد فقهاء قانون العقوبات الاعلام(٣) وضع نموذج لقانون العقوبات خصص الباب الثانى لاحكام الجريمة (المواد ٧ — ٢٥) وتناول فى الفصل الرابع الاسباب التى تستبعد صفة الجريمة وجاء نص المادة ١٩ الخاص بالدفاع الشرعى فى الفرع الاول من هذا الفصل المخصص لاسباب الاباحة .

وقد عالج المشرع الفرنسى الدفاع الشرعى فى المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ من قانون العقوبات فنصت المادة ٣٢٨ على أنه « لا جناية ولا جنحة اذا كان القتل أو الجروح تقتضيها الضرورة الحالة للدفاع الشرعى عن نفس الانسان أو عن غيره .

وتناولت المادة ٣٢٩ حالتين من حالات الدفاع الشرعى يطلق عليهما الفقه الفرنسى (٤) الحالات الممتازة للدفاع الشرعى (٥) .

---

(١) عدم المشروعية فى القانون الجنائى — الدكتورة فوزية عبد الستار — مجلة القانون والاقتصاد — السنة الحادية والاربعون ١٩٧١ ص ٤٤٩

(٢) راجع مثلا مشروع ١٩٦١ (المشروع الموحد) حيث خصص الباب الثانى للجريمة تناول فيه أسباب الاباحة وخصص المادة ٣١ لاحكام الدفاع الشرعى ، مشروع ١٩٦٦ جاءت احكام الدفاع ضمن النظرية العامة للجريمة .

(٣) هو أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — نموذج لقانون العقوبات — مطبعة جامعة القاهرة الطبعة الاولى١٩٧٦ — ص ٤٣ وقد نصت المادة ١٩ على انه« تقوم حالة الدفاع الشرعى اذا واجه المدافع خطرا حالا من جريمة على نفسه او ماله او نفس الغير أو ماله ، وكان من المتعذر عليه الالتجاء الى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر فى الوقت المناسب ويجوز للمدافع عندئذ ان يدفع الخطر بما يلزم لرده وبالوسيلة المناسبة » .

(٤) Les cas privilégies de légitime défénse. par Alfréd Légal. Revue de science criminelle et de droit penal compare, 1965. p. 414.

(٥) Art : 328 : — Il n'y a ni crime ni délit,

Les cas privilagies de légitime défénse فنصت على انه «وتشمل الضرورة الحالة للدفاع الشرعى الحالتين الآتيتين :

١ ـ اذا ارتكب القتل أو حدثت الجروح أو وجه الضرب دفاعا ليلا ضد من يتسلق الحوائط أو يكسر الاسوار أو المنازل أو الغرف المسكونة أو ملحقاتها .

٢ ـ اذا ارتكب الفعل ضد مرتكبى السرقة أو النهب بالقوة »(١) وقد نقل المشرع التونسى المادتين ٣٩ ، ٤٠ عن المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ من القانون الفرنسى مع بعض التعديل فنصت المادة ٣٩ على أنه « لا جريمة

---

lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessite actuelle de la légitime défénse de soi-même sur d'autrui.

Art : 329 :— sont compris dans les cas de nécessite actuelle de défénse les des cas suivant :-

1. Si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, ou si les coups ont été portés en repoussant pendant la Nuit l'escalade l'effraction de clôtures, murs ou entrée de une maison ou d'un appartement habite ou de leurs dépendances.
2. Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages executes avec violence.

(١) ويبدو لى أن المترجمين القدامى كانوا أغرب الى لغة الفقه الاسلامى فقد استخدم المرحوم محمد قدرى لفظ الصيال فى ترجمته لهذين النصين وفيما يلى هذه الترجمة ..

بند ٣٢٨ : اذا كان الباعث على القتل أو الجرح أو الضرب هو ضرورة الذب عن النفس حال الصيال عليها كان رأى الانسان أو غيره فى حالة الخطر والهلاك وتعينت عليه المدافعة عن نفسه أو عن نفس أخرى فقاتل دونها لانقاذها من الهلاك وقتل الصائل عليه أو جرحه أو ضربه حال دفعه ومنعه فلا قصاص عليه .

بند ٣٢٩ : يدخل تحت قولنا ضرورة الذب عن النفس حال حلول الخطر بها حالتان يباح فيهما القتل او الجرح أو الضرب ويغتفر لفاعله .

الحالة الأولى : اذا صعد اللص ليلا على حائط دار أو بيت من دار مسكون او على حظيرة محرزة أو شرع فى كسر باب من أبوابها طلبا لدخول فيها حل لصاحب الدار منعه ولو بالقتل ، فان قتله حال منعه ودفعه فدمه هدر ولا قصاص على رب الدار .

الثانية : اذا أخذ اللصوص أو قطاع الطريق المال مكابرة ومغالبة حل لصاحب المال منعهم ولو بالقتل فان قتل احدا منهم حال منعه فدمه هدر ولا قصاص على صاحب المال راجع تعريب قانون الحدود والجنايات ترجمة من الفرنساوية الى العربية بالفقير محمد قدرى ـ المطبعة الخديوية ١٣٢٢ هـ ص ٨٢ .

على من دفع صائد صير حياته او حياة احـد من أقاربه معرضا لخطـر حاتم ولم تمكنه النجاة منه وجه آخر . والاقارب هم : أولا ـ الاقارب من طبقة الاصول والفروع . ثانيا : الاخوة والاخوات . ثالثا : الزوج والزوجة . أما اذا كان الشخص المعرض للخطر اجنبيا فللحاكم الاجتهاد فى تحرير المسئولية ونصت المـادة ٤٠ على أنه « لا جريمة : أولا : اذا كان القتل او الجرح أو الضرب واقعا ليلا لدفع تسور أو خلع مسيجات أو ثقب جدران أو دخول مساكن أو محلات تابعة له .. ثانيا : اذا كان الفعل واقعا لمقاومة مرتكبى سرقة وسلب بالقوة (١) .

وعالج المشرع المصرى الدفاع الشرعى فى المواد ٢٤٥ ـ ٢٥١ فتناولت المـادة ٢٤٥ مبدأ الدفاع الشرعى فى ذاته فنصت على انه « لا عقـوبة مطلقا على من قتل غيره أو اصابه بجراح أو ضربه اثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله وقد بينت فى المواد الآتية الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها ، وقد انطوت المادتان ٢٤٦ ، ٢٤٧ على شروط وجود الدفاع الشرعى ذاته وتضمنت المواد ٢٤٨ ـ ٢٥٠ حـدود الدفاع الشرعى وقيـوده ، أما المادة ٢٥١ فقد خصصها المشرع لتجاوز حدود الدفاع الشرعى .

وخصص المشرع السودانى المواد من ٥٥ الى ٦٣ (٢) للدفاع الشرعى ويتميز هذا القانون عن قوانين الدول العربية بما ورد فيه على الطريقة الانجلو سكسونية من تعريفات وتفسيرات وأمثلة ، فقررت المـادة ٥٥ المبدأ العام فنصت على أنه « لا جريمة فى فعل يقع عند استعمال حق الدفاع استعمالا مشروعا » (٣) وتناولت المواد التالية شروطه وحالاته وقيوده .

وتناول القانون العراقى الدفاع الشرعى فى المواد ٤٢ ـ ٤٦ فقررت المادة ٤٢ أنه « لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق الدفاع الشرعى » ثم أوضحت حالاته العامة ، ثم بينت المادتان ٤٣ ـ ٤٤ الحالات التى تجيز القتل دفاعا عن النفس او المال ، وانطوت المادة ٤٥ على تجاوز الدفاع وقيدت المادة ٤٦ استعمال الدفاع الشرعى ضـد افراد السلطة العامة اثناء قيامهم بواجبات وظائفهم .

وأفرد المشرع اللبنانى المادة ١٨٤ للدفاع الشرعى فنصت على انه

---

(١) الموسوعة الشاملة ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩ .

(٢) الموسوعة الشاملة ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦ .

(٣) no act in an offence which is done in the lawful exercise of the right of private defense.

« يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس او الملك ، أو نفس الغير او ملكه ، ويستوى فى الحماية النفس والشخص المعنوى .
La personne physique et la personne morale.

اذا وقع تجاوز فى الدفاع أمكن اعفاء فاعل الجريمة من العقوبة فى الشروط المذكورة فى المادة الـ ٢٢٨ .

وتنص المادة ٢٢٨ المشار اليها على ان المهابة وحالات الانفعال والهوى ليست مانعة للعقاب ، على انه اذا افرط فاعل الجريمة فى ممارسة حق الدفاع المشروع لا يعاقب اذا اقدم على الفعل فى ثورة انفعال شديد انعدمت معه قوة وعيه او ارادته .

وبنفس المعنى تناول القانون السورى الدفاع الشرعى فى المادة١٨٣ والقانون الاردنى فى المادة ٦٠ .

وتناول القانون الليبى الدفاع الشرعى فى المواد ٧٠ ، ٧١ مكررة(١)، ٧٠ مكررة (ب) ووضعت المادة ٧٣ القاعدة العامة لتجاوز الاباحة فاقرت المادة ٧٠ الدفاع الشرعى فنصت على انه « لا عقاب اذا ارتكب الفعل اثناء استعمال حق الدفاع الشرعى » .

ويبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع اضرارا به او بغيره ، وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب الى الاحتماء برجال السلطة العامة ، وعالجت المواد التالية قيود استعمال الدفاع الشرعى فى مواجهة الموظفين العموميين ، احوال الدفاع الشرعى التى تبيح القتل العمد ، احكام التجاوز على التوالى .

وأما الدفاع الشرعى الدولى فقد رأينا (١) انه يمكن استنتاج اقرار عهد عصبة الامم له من نص المادة ٣/١٦ ، ثم اقره صراحة ميثاق الامم المتحدة فى المادة ٥١ منه .

وبعد هذا العرض الذى يظهر بجلاء اتفاق التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية على اقرار مبدأ الدفاع الشرعى على الرغم من الخلاف حول حالاته وحدوده وقيوده ، فان هذا الاتفاق على اقرار المبدأ لم يمنع الخلاف الفقهى الذى احتدم بين شراح القانون الوضعى

---

(١) راجع ما سبق ـ اقسام الدفاع الشرعى ـ ص ٨٩ .

على اساس لهـذه النصوص وتعددت النظريات التى قيل بها ، وهـو موضوع المبحث التالى :

المبحث الثانى

أســاس الدفاع الشرعى

القاعدة العامة أنه لا يجوز للانسان ان ينتصف لنفسه ، والدفاع الشرعى يجىء على خلاف هذه القاعدة ، ولذلك اتجه شراح القـانون الوضعى الى البحث عن الاساس الذى استوجب التحلل من هذه القاعدة باباحة الدفاع الشرعى .

ويرى البعض (١) ان الشريعة الغراء وضعت أساس الدفاع بصورة بينة لا لبس فيها ولا غموض ، مما أدى بفقهائها ان يتقبلوا هذا الاساس من غير خلاف بينهم على الاطلاق .

ويبدو لنا أن الشريعة الاسلامية قد أفصحت — بوضـوح — فى مصدريها الاساسين القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة عن اقرارها للدفاع الشرعى (٢) ورغم ذلك فاننا نرى ان هناك وجهات نظر للفقهاء فى أساس الدفاع الشرعى وان وضوح المصدر واقراره للمبدأ لم يمنع تعدد الاسس التى قيل بها ، فقـد ذهب رأى الى ان الدفاع الشرعى تطبيق من تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، وبعبارة اخرى يعتبر الدفاع الشرعى نوعا من الضرورة ، وهو ما يتفق مع رأى البعض من شراح القانون المعاصرين ، وهى نظـرية منتقـدة فى الفقه الوضعى المعـاصر .

وذهب رأى الى ان الدفاع الشرعى تطبيـق لقاعدة الضرر يزال والتى أساسها لا ضرر ولا ضرار وهـو رأى — كما سنرى — لا يعلو على النقـد .

وأخيرا فقد الح البعض الى أساس للدفاع الشرعى رأيناه جدير بالتأمل لانه يتلافى أوجه النقد التى وجهت لكافة النظريات التى قال بها شراح القانون الوضعى ، ويصلح أساسـا حقيقيا للدفاع الشرعى عن النفس أو المال أو العرض أو الشرف والاعتبار سواء أكان الاعتداء

---

(١) نظرية الدفاع الشرعى — الدكتور يوسف قاسم — المرجع السابق — ص ٤٧

(٢) راجع ما سبق — مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية ص٩١ — ١١٤ .

على الشخص أو على غيره ، كما يصلح اساسا للدفاع الشرعى العام « الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ، والدفاع الشرعى الدولى » ، ولذا رأينا أن نقيم من هذا الذى المحوا اليه عماد نظرية جديدة فى أساس الدفاع الشرعى .

وعليه ينقسم هذا المبحث الى مطالب ثلاثة على النحو التالى :

المطلب الاول : اساس الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى ..

المطلب الثانى : اساس الدفاع الشرعى عند شراح القانون الوضعى

المطلب الثالث : النظرية المطروحة « نظرية بطلان العصمة » .

المطلب الاول

اساس الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

اشرنا فما سلف الى الرأى القائل بأن الشريعة الغراء قداوضحت اساس الدفاع الشرعى بصورة بينة لا ابس فيها ولا غموض ، مما ادى بفقهائها أن يتقبلوا هذا الاساس من غير خلاف بينهم على الاطلاق ورأينا وجوب التفرقة بين المصدر والاساس وأن الشريعة الغراء قد افصحت فى مصدريها الاساسيين القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة عن اقرارها للدفاع الشرعى وهذا الاقرار الصريح للدفاع الشرعى لا يستتبع بالضرورة القول بعدم الخلاف بين الفقهاء المسلمين فى أساس الدفاع الشرعى (١) ، الامر الذى يتضح جليا من عرض الآراء الفقهية فى هذا المطلب ونظريتنا المطروحة كأساس للدفاع الشرعى فى المطلب الثالث من هذا الفصل ، ونعرض على التوالى الآراء الفقهية التى استطعنا استخلاصها من خلال ما رجعنا اليه من مراجع الفقه الاسلامى :

اولا - الاكراه اساس الدفاع الشرعى :-

هناك رأى فى الفقه الاسلامى يتجه الى ان اساس دفع الصائل الدفاع الشرعى ، هو الاكراه جاء فى شرح العناية على الهداية «فاشبه المكره يعنى أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى الكره فكذلك المصول عليه » (٢) .

---

(١) راجع ما سبق ص ٩٠ .

(٢) شرح العناية على الهداية للامام اكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ مطبوع بهامش الجزء الثامن من تكملة فتح القدير - الطبعة الاولى المطبعة الكبرى الاميرية سنة ١٤١٨ هـ ص ٢٦٩ .

وهذه النظرية منتقدة فى راينا من عدة نواحى هى :

١ ـ الاكراه لا يتوفر الا فى حالة الخطر الجسيم على النفس بينما يجوز دفع كل صائل بما يناسبه .

٢ ـ القول بان فعل الصيال يفقد المصول عليه حرية الاختيار قول لايمكن التسليم به لأن الراى فى الفقه الاسلامى كما سنرى (١) مراعاة التناسب وعدم الالتجاء الى وسيلة اقوى من تلك التى يمكن بها رد الاعتداء ومعنى ذلك افتراض امكانية الاختيار بين الوسائل المتاحة للمصول عليه .

٣ ـ القول بأن المصول عليه يفقد حرية الاختيار يجعل الرد على الصيال المشروع جائزا وهذه نتيجة غير مسلم بها ، فضرب الزوج لزوجته او الاب لابنه فى حدود ما لهما من حق التاديب لايجوز الرد عليه باعتباره عملا مباحا ، وبذلك نرى ان هذه النظرية تؤدى بنا الى نتائج لايمكن التسليم بها .

ثانيا ـ التعزير اساس الدفاع الشرعى :

ذهب راى الى ان اساس دفع الصائل هو كونه تعزيرا فقد جاء فى مجمع الأنهر « ويكون التعزير بالقتل كمن وجد رجلا مع امراة لا تحل له ان كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون الصياح » (٢) .

وهذا الراى معيب لأن دفع الصائل ليس تعزيرا ، فالتعزير كما يعرفه الفقهاء عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة .

والمقصود من الدفاع الشرعى ليس توقيع عقوبة على الصائل ، ولذلك يشترط لدفع الصائل وجود الاعتداء ، ولو اعتبرنا القول بأن دفع الصائل يعد تعزيرا لأجزنا الرد على الصائل ولو بعد انتهاءالاعتداء وهو ما لا يجيزه الفقه الاسلامى .

---

(١) راجع مايلى فى شرط تناسب الدفاع .

(٢) مجمع الانهر شرح ملتقى الاسمر للفقيه عبد الله عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى ـ طبع القسطنطينية ١٣١٩ هـ ـ ص ٦٠٩ .

ثالثا ـ ازالة الضرر اساس الدفاع الشرعى :

هناك اتجاه فى الفقه الاسلامى الى أن الاساس الحقيقى الذى تقوم عليه نظرية الدفاع الشرعى أو دفع الصائل فى الفقه الاسلامى هو مبدأ ازالة الضرر (١) وأن ذلك مستفاد من الحديث الشريف الذى رواه احمد وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ضرر ولا ضرار » (٢) . والحقيقة أن الحديث الشريف من الاقوال الجامعة وقد كثرت فى شرحه الاقوال ، فقال ابن الأثير ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر اى لايفسد الرجل أخاه فينقص شيئا من حقه ، والضرار فعال من الضرر اى لا يجازيه على اضراره ، بادخال الضرر عليه ، والضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين ، الضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاءعليه (٣).

وذهب البعض فى تناوله لهذا الحديث الى القول بأن الضرر والضرار بمعنى واحد (٤) .

فوفقا لهذا الرأى يكون أساس أفعال الدفاع الصادرة من المعتدى عليه ازالة الضرر الواقع عليه والذى لا يجد وسيلة لدفعه الا ارتكاب فعل يدفع به عدوان الصائل .

وهذه النظرية وان كانت تستند الى حديث من جوامع الكلم ، الا أننا نرى عدم صلاحيتها لأن المقصود منالدفاع ليسازالة الضرر وانما منع الاعتداء أو الحيلولة دون استمراره ولذلك لا يجيز الفقهاء الدفاع بعد انتهاء العدوان ولو قيل بأن اساس الدفاع هو ازالة الضرر لأجزنا الدفاع بعد انتهاء العدوان طالما هو ازالة للضرر الذى وقع .

والرأى الحديث فى الفقه الاسلامى الذى أخذ بهذه النظرية حاول امام ضعفها أن يسندها بنظرية اخرى هى نظرية الموازنة بين المصالح والمفاسد معتبرا أن الموازنة بين المصالح والمفاسد تخرجبنتيجةأساسية

---

(١) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ المرجع السابق ص ٤١ .
(٢) سبل السلام ـ المرجع السابق الجزء الثالث ص ٨٤ .
(٣) النهاية فى غريب الحديث ـ لابن محمد بن احمد المعروف بابن الأثير طبعة ١٣٢ هـ ـ الجزء الثالث ـ ص ١٨ وبهامشه الدر النثير تلخيص نهاية ابن الاثير ص ١٧ ـ ١٨ .
(٤) سبل السلام ـ الجزء الثالث ـ المرجع السابق ص ٨٤ .

هى ازالة الضرر أينما وجد (١) ، وفضلا عن أن الاخذ بنظرية الموازنة بين المصالح والمفاسد كأساس للدفاع منتقد كما سنرى سواء فى الفقه الاسلامى أو التشريع الوضعى ، فان فى هذا خلط بين نظريتين ولذلك نجد صاحب هذا الرأى فى محاولة للتخلص من هذا الخلط يقول ان فائدة نظرية الموازنة تنحصر فى الوصول الى ذات الضرر الكامن وراء المصالح المتنازعة حتى يمكن تفاديه أو ازالته (٢) .

وفى هذا اعتراف من الباحث بعدم كفاية نظرية ازالة الضرر لبيان أساس الدفاع الشرعى على الرغم من اعتباره اياها الاساس الحقيقى الذى تقوم عليه نظرية الدفاع الشرعى .

رابعا ـ الضرورة أساس الدفاع الشرعى :

ذهب بعض العلماء الذين كتبوا فى القواعد العامة للفقه الاسلامى الى اعتبار الدفاع الشرعى تطبيق من تطبيقات قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » باعتبارها أيضا قاعدة من قواعد ازالة الضرر وفى هذا يقول ابن نجيم الحنفى « وتتعلق بها (يقصد قاعدة الضرر يزال) قواعد الاولى الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة واساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للاكراه وكذا اتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير اذنه **ودفع الصائل ولو أدى الى قتله** » (٣) .

والذى يبدو لى أن نظرية الضرورة لا تصلح اساسا للدفاع الشرعى ، فالضرورة الشرعية هى « الخشية على الحياة ان لم يتناول المحظور ، أو يخشى ضياع ماله كله ، أو أن يكون الشخص فى حال تهدد مصلحته الضرورية ، ولا تدفع الا بتناول محظور لا يمس حق غيره » (٤) .

واذا كان من الممكن التسليم بأن الدفاع الشرعى والضرورة يتفقان فى الجوهر وهو تحقق الاضطرار فالمصول عليه يجد نفسه أمام

---

(١) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ المرجع السابق ص ٥٥ .

(٢) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ المرجع السابق ص ٤٩ .

(٣) الاشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفه النعمان تاليف الشيخ زين بن نجيم وبهامشه تقييدات لما اطلق فيه من الاحكام محمد فريد الطرابلسى مطبعة وادى النيل المصرية سنة ١٢٠٨ هـ ص ٤٣ .

(٤) راجع رسالة نظرية الضرورة الشرعية ـ الدكتور وهبة الزحيلى ـ دمشق سنة ١٩٦٩ ص ٦٥ .

خطر حال ان لم يدفع عن نفسه عدوان الصائل (المعتدى) ، وكذلك المضطر يجد نفسه مهددا بخطر حال ان لم يرتكب فعلا معينا بأن يتناول مثلا طعاما أو شرابا محرما لينقذ به نفسه من الهلاك .

ولعل هذا المعنى الجامع وهو الاضطرار هو الذى حدا ببعض العلماء فى الشريعة الاسلامية والبعض من شراح القانون الوضعى خصوصا فى المانيا الى اعتبار الدفاع الشرعى نوع من الضرورة (١)

وعلى الرغم من هذا الاتفاق بين الدفاع الشرعى والضرورة فى تحقيق الاضطرار فان كلا منهما يختلف عن الآخر فى مصدر الخطر ، فالخطر فى الدفاع الشرعى يرجع غالبا الى انسان معتد اثيم ، بينما يرجع الخطر فى حالة الضرورة فى الغالب الى الظروف الطبيعية . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فالنظرية لا تقدم لنا تبريرا سليما لتدخل الغير فى الدفاع الشرعى .

خامسا ـ المصلحة كأساس للدفاع الشرعى :

ذهب البعض الى اعتبار المصلحة هى أساس الدفاع الشرعى فمنهم من اعتبرها أساس الدفاع الشرعى كنظرية مستقلة (٢) ومنهم من استعان بها لبيان الضرر الذى يراد مواجهته أو ازالته فجمع بينها وبين نظرية ازالة الضرر (٣) .

والحقيقة أن نظرية المصلحة تحتل مكانا بارزا فى الفقه الاسلامى فأفردوها بالبحث والدراسة (٤) .

والمصلحة كما يعرفها الامام الغزالى « اما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعنى به ذلك ، فان جلب

---

(١) راجع ما سبق فى تمييز الدفاع الشرعى عن الضرورة ص ٤٣ .

(٢) نظرية المصلحة رسالة دكتوراه استاذنا الدكتور حسين حامد حسان المرجع السابق ص ٨٤ ، ٤١٩ .

(٣) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ المرجع السابق ـ ص ٥٥

(٤) ففى القديم افردها العز بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٦٠ هـ سنة ١٢٦٢ ميلادية بالتاليف وذلك بكتابه « قواعد الاحكام فى مصالح الانام » وحديثا كانت نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامى موضوعا لعدد من رسائل الدكتوراه نذكر منها المصلحة فى التشريع الاسلامى للدكتور مصطفى زيد ، ضوابط المصلحة فى الشريعة الاسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطى ، نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامى لاستاذنا الدكتور حسين حامد حسان ، مدى الحاجة الى الاخذ بنظرية المصالح المرسلة الدكتور سعد محمد الشناوى ١٣٩٧ هـ ـ ١٩٧٧ .

المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم لكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الاصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الاصول فهو مفسدة ، ودفعه مصلحة»(١)

وقد اهتم العز بن عبد السلام بشرح نظرية المصلحة وتقسيم المصالح والمفاسد ، فقسم المصالح الى قسمين :

القسم الاول : وهو الذى اوجبه الله عز وجل ويتنوع الى الفاضل والأفضل والمتوسط بينهما ، وافضل المصالح هو ما كان شريفا فى نفسه ، دافعا لاقبح المفاسد ، جالبا لارجح المصالح .

ودليله فى ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، سئل عن اى الاعمال افضل قال « ايمان بالله » ، قيل ثم اى ؟ قال : الجهاد فى سبيل الله . قيل ثم اى : قال عليه الصلاة والسلام حج مبرور (٢)

القسم الثانى : ويتعلق بالمصالح التى ندب الله سبحانه وتعالى اليها اصلاحا لهم ، واعلى رتب مصالح الندب دون ادنى رتب مصالح الواجب ثم تتفاوت مصالح الندب فيما بينها حتى تنتهى الى مصلحة يسيرة لو فاتت لصادفنا مصالح المباح (٣) .

وقسم المفاسد الى قسمين : القسم الاول هو ما حرم الله قربانه وهذا القسم ينقسم الى رتبتين : الاولى وهى رتبة الكبائر وفيها نجد الكبير والاكبر والمتوسط بينهما ، والثانية وهى رتبة الصغائر وتتفاوت بين الصغير والاصغر وما توسط بينهما واستدل لهذا التقسيم بما روى من أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن اى الذنوب اكبر؟ فقال عليه الصلاة والسلام « أن تجعل لله ندا وهو خلقك » قيل ثم اى ؟ قال « أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك » قيل ثم اى ؟ قال « أن تزانى حليلة جارك » (٤) .

ووضع العز بن عبد السلام قواعد الترجيح فبالنسبة للمصالح يقول « اذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا فى التقديم والتاخير

---

(١) المستصفى ـ المرجع السابق ص ٢٨٦ ـ الجزء الثانى ـ المطبعة الاميرية .
(٢) صحيح مسلم ـ الجزء الاول ص ٦٢ .
(٣) قواعد الاحكام فى مصالح الانام ـ الجزء الاول ـ طبعة ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م ص٥٤
(٤) صحيح مسلم ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ ص ٦٣ .

للتنازع بين المتساويين كما اذا راينا صائلا يصول على نفسين من المسلمين وعجزنا عن دفعه عنهما فاننا نتخير » (١) .

وفيما يتعلق باجتماع المفاسد يقول « اذا اجتمعت المفاسد المحضة فان امكن درؤها درانا ، وان تعذر درء الجميع درانا الارزل فالارزل » (٢) .

وقد قسم الاصوليون المصلحة تقسيمات عديدة ، فقسمها الغزالى من حيث شهادة الشرع لها بالاعتبار الى اقسام اربعة : -

الاول : مصلحة اعتبر الشارع نوعها وهى ترجع عنده الى باب القياس الذى هو اقتباس الحكم من معقول والاجماع .

الثانى : مصلحة اعتبر الشارع جنسها ويسميها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، مثل فتوى الصحابة باعطاء الشارب عقوبة القاذف اقامة لظنة القذف مقام القذف .

الثالث : مصلحة تناقض نصا شرعيا ويطلق عليها المصلحة الباطلة او الملغاة وهى ما صدمت فى محل نصا للشرع ، بحيث يتضمن اتباعها تفويت الشرع .

الرابع : المصلحة المسكوت عنها فى الشرع ويطلق عليها المصلحة الغريبة وهى المصلحة التى سكتت شواهد الشرع ونصوصه عنها فلا يناقضها نص ولا يشهد لجنسها شرع (٣) .

ويقسم البعض المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها الى اقسام ثلاثة :

الاول : المصلحة الضرورية وهى ما لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفى الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين (٤) .

---

(١) قواعد الاحكام - المرجع السابق - ص ٨٨

(٢) قواعد الاحكام - المرجع السابق - ص ٨٨

(٣) شفاء العليل فى مسالك التعليل للغزالى ص ١٨٢ ، المستصفى المرجع السابق - الجزء الاول ص ٢٨٦ ، رسالة نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامى لاستاذنا الدكتور حسين حامد حسان - المرجع السابق - ص ١٨ - ١٩ .

(٤) الموافقات - الامام الشاطبى (ابراهيم بن موسى اللخمى) المطبعة التجارية - الجزء الثانى - ص ٨ .

ومجموع المصالح أو المقاصد الضرورية خمسة : حفظ الدين ، والنفس والنسل والمال والعقل (١) .

الثانى : المصلحة الحاجية وهى « ما افتقر اليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب الى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ، فاذا لم تراع دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع فى المصالح العامة(٢) .

الثالث : المصلحة التحسينية : وهى « الاخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الاحوال المدنسات التى تأنفها العقول الراجحات ، ويجمع ذلك مكارم الاخلاق » (٣) .

والقائلون بنظرية المصلحة كأساس للدفاع الشرعى ، لم يوضحوا أى قسم من اقسام المصلحة يقصدون ، فان كانوا يقصدون بها المحافظة على مقصود الشرع ، قلنا انها بهذا المعنى تعتبر أساسا للكثير من المسائل الفقهية المتفرقة ، بل اننا نقول انها بهذا المعنى تعتبر أساسا للشريعة فى مجموعها فحيث المصلحة فثم وجه الله ، واذا كان الاعتداء والدفاع من شريرين خطرين على المجتمع الاسلامى ، فان مقصود الشرع هو التخلص منهما معا تحقيقا لامن وطمأنينة المجتمع الاسلامى .

واذا قلنا انهم يقصدون مصلحة المعتدى عليه (المدافع) لأنها المصلحة الاولى بالاعتبار والرعاية عند الموازنة بينها وبين مصلحة الصائل (المعتدى) فان النظرية لا تقدم لنا تفسيرا لأساس تدخل الغير فى الدفاع الشرعى .

وجماع القول ان هذه النظريات التى قيل بها كأساس للدفاع الشرعى لا تسلم من النقد ، وقد المح البعض من الفقهاء فى عبارة قصيرة الى نظرية رأيناها جديرة بالاعتبار لأنها تقدم لنا اساسا متميزا للدفاع الشرعى الخاص والعام والدولى ، كما أنها تقدم أساسا واضحا يتلافى - فى رأينا ، كافة الانتقادات التى وجهت للنظريات التى قيل بها سواء فى الفقه الاسلامى أو فى شروح القانون الوضعى ،

---

(١) نظرية المصلحة - استاذنا الدكتور حسين حامد حسان - المرجع السابق ص ٢٤

(٢) الموافقات - المرجع السابق - الجزء الثانى ص ١٠ .

(٣) الموافقات - المرجع السابق - الجزء الثانى ص ١١ .

فأقمنا عمادها ونقدمها كأساس للدفاع الشرعى واطلقنا عليها « نظرية بطلان العصمة » .

وستكون موضوع المطلب الثالث ، بعد ان نتناول فى المطلب التالى اساس الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى .

المطلب الثانى

اساس الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

عنى شراح القانون الوضعى بتأصيل الدفاع الشرعى وتعددت النظريات التى قالوا بها كأساس لرد الاعتداء ، ويمكن ان نرجع جميع هذه النظريات الى اتجاهين اساسيين هما :

١ ـ الاتجاه الموضوعى :

واساس الدفاع الشرعى وفقا لهذا الاتجاه يكون بالنظر الى ذات الفعل الذى يرتكب فى موقف الدفاع ، وفى اطار هذا الاتجاه قيل بنظرية الحق الطبيعى ، نظرية ابطال البغى ، نظرية البواعث القانونية والاجتماعية ، نظرية التحلل من العقد الاجتماعى ، نظرية انتفاء حق المجتمع فى العقاب ، نظرية التفويض ، نظرية حماية اهم المصلحتين .

٢ ـ الاتجاه الشخصى :

ويجد هذا الاتجاه اساس الدفاع الشرعى فى شخص من وقف موقف الدفاع الشرعى ، باعتبار ان هذا الموقف ظرفا خاصا به يمنع مسئوليته وفى هذا الاتجاه قيل بنظرية الاكراه الادبى ، نظرية مقاومة الشر بالشر ، نظرية التضحية بأهون المصلحتين .

وليس الخلاف بين الاتجاهين خلافا نظريا فحسب ـ وانما يترتب على الاخذ بأحد الاتجاهين خلافا فى تحديد طبيعة الدفاع الشرعى وما يستتبعه ذلك من الآثار (١) فعلى الاساس الموضوعى الذى ينظر الى ذات الفعل يعتبر الدفاع الشرعى احد اسباب الاباحة بينما الاخذ بالاتجاه الشخصى ينتهى بنا الى اعتبار الدفاع الشرعى مانعا من موانع

---

(١) موجز القانون الجنائى ـ الدكتور على راشد ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٥٣ ص ٣٢٣ .

المسئولية مع ما يترتب على التفرقة بين أسباب الاباحة وموانع المسئولية من الآثار (١) .

وسنعرض فيما يلى لنظريات هذين الاتجاهين على التوالى :

اولا : نظريات الاتجاه الموضوعى فى أساس الدفاع الشرعى :

١ ـ نظرية الحق الطبيعى :

وهى فكرة قديمة مكررة (٢) تعتبر الدفاع الشرعى مشتقا من الحق الطبيعى droit naturel ووفقا لهذه النظرية يكون لكل انسان أن يحمى حياته بنفسه وله أن يستعمل السلاح اذا اقتضى الامر (٣) ويعبر جان جاك روسو عن ذلك بقوله « ان ضرورة الدفاع ترد الانسان الى حالته الطبيعية حيث كان له حق حماية نفسه بنفسه » .

"La nécessite de défense retablit l'homme dans l'eat de nature ou chacun a le droit de se faire justice." (٤)

ويعيب هذه النظرية أنها لا تقدم لنا أساسا مرضيا للدفاع عن المال ، اذ لا يعتبر المال حقا طبيعيا كحق الحياة « فالمرء يولد عريانا ويكتسب اكتسابا وهو مستخلف فيه » (٥) .

٢ ـ نظرية ابطال البغى :

ذهب هيجل Hégel الى أن الواقع يؤيد دور القانون لان الاعتداء هو نفى القانون ، والدفاع نفى لهذا النفى فهو اذن تطبيق للقانون ، وابطال لما ينطوى عليه هذا الاعتداء من بغى (٦) .

فهو بجزاء قانونى للاعتداء ومن ثم فلا عقاب عليه ، ويؤخذ على هذه النظرية :

---

(١) راجع ما سبق ص ٤٠ .

(٢) Garcon (Emile) Code penal annote, Paris 1956, T :2 - Art : 328, No. 2, P. 155.

(٣) رسالة Priolaud ـ المرجع السابق ص ٤ .

(٤) Marle et vito : Traité de droit Criminel. Paris 1967, P. 312.

(٥) تجاوز الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ـ ص ١٩ .

(٦) Hégel : Grundinien de Rphilosphie de Rechis. اشار اليه فيدال ـ طبعة ١٩٢٨ ـ رقم ١٩٦ ص ٣٢٥ .

١ — يؤدى الاخذ بهذه النظرية الى القول بعدم توقيع جزاء على المعتدى طالما ان الدفاع — وفقا لهذه النظرية — يعتبر جـزاء للمعتدى وهذه نتيجة غير سليمة .

٢ — ان اعتبار الدفاع تطبيق للقانون وجزاء قانونى للاعتداء يجعل كل فرد ممثلا للسلطة العامة فى توقيع العقاب وفى ذلك خطورة كبيرة على الامن العام والنظام الاجتماعى .

٣ — نظرية البواعث القانونية والاجتماعية :

ذهب فيرى Ferri الى اعتبار الدفاع الشرعى حقا اساسه البواعث القانونية والاجتماعية Caractère juridique et social de motifs لان رد المجنى عليه Reaction de la victime سادر عن بواعث حميدة من الناحيتين الاجتماعية والقانونية اذ من مصلحة المجتمع مقـاومة المعتدى بالقوة ، والقضاء على المعتدى الذى كشف بعدوانه عن خطورته الاجتماعية ، محافظة على المعتدى عليه وهو شخص شريف مستقيم (١).

واذا كانت هـذه النظرية تتفق مع المذهب الواقعى الذى يقيـم المسئولية على أساس المصلحة الاجتماعية ، ويجعل للبواعث اهميـة كبيرة فى تقدير المسئولية ، فانها لا تعطينا أساسا للدفاع الشرعى اذا صدر الدفاع من شرير ضد شرير آخر ، وليس للمجتمع مصلحة فى بقاء اى منهما (٢) .

٤ — نظرية التحلل من العقد الاجتماعى :

فى القرن الثامن عشر ازدهرت نظرية العقد الاجتماعى Contrat Social واعتبرت اساسا للحقوق ومنها الدفاع الشرعى (٣) .

ووفقا لتصوير روسو يرى انصار هذه النظرية انه تنفيذا للعقد الاجتماعى لا يكون للانسان أن يدرأ عن نفسه بنفسه ، غير أن الافراد

---

(١) تراجع نظرية فيرى Ferri
Tearia dell imputabilita e vegaz ione del libero arbitrio Freinze 1878, p. 534-552, 562.

انظر فيدال ومانيول — المرجع السابق رقم ١٩٨ ص ٣٢٦ .

(٢) تجاوز الدفاع الشرعى — المرجع السابق — ص ٢١ .

(٣) جارو — الجزء الثانى — المرجع السابق رقم ٤٣٨ هامش ٩ ص ٦ .

عند تنازلهم عن حق الدفاع للدولة قد احتفظوا برخصة الدفاع عن انفسهم فى حالة الخطر الوشيك الوقوع (١) .

وقد اخذ بهذه النظرية جروسيوس Gratuis وعرفت عند مونتسكيو Montes-quieu وبيكارا Beccaria وفورباخ Feerbach (٢) .

وقد ظلت هذه النظرية مسلما بها عند الالمان حتى بداية القرن التاسع عشر ، الا انها انهارت بانهيار نظرية العقد الاجتماعى باعتبار انها فكرة خيالية لا تتفق مع المنطق (٢) .

٥ ـ نظرية انتفاء حق المجتمع فى العقاب :

ذهب كرارا Carra الى أن الدفاع العام انما ينشأ اصلا ليحل محل الدفاع الخاص ، تحاشيا للافراط فيه ، وعندما يتعذر على المجتمع اغاثة الفرد ، فلا سبيل الا ان يدافع الفرد عن نفسه فى الحد اللازم ، اذ لا معنى لدفاع المجتمع ، والمجتمع عاجز عن التدخل (٤) .

وهذه النظرية متأثرة بفكر روسو فى تنازل الانسان للمجتمع عن حقوقه ولو أنها تنبذ فكرة العقد الاجتماعى لانها فكرة خيالية (٥) .

غير انه يؤخذ عليها انها تخلط بين وجود الدفاع وحق العقاب كما أنها لا تقدم اساسا للدفاع عن الغير او الدفاع عن المال ، والسير مع منطق هذه النظرية يؤدى الى القول بانه اذا كان الدفاع الخاص مجديا بينما دفاع المجتمع غير ذى أثر ، فان الفرد يسترد حقه فى الدفاع بينما يفقد المجتمع هذا الحق وهو منطق مرفوض (٦) .

---

(١) جارسون ـ المرجع السابق ـ مادة ٣٢٨ رقم ٣ .

(٢) جارسون ـ المرجع السابق ـ مادة ٣٢٨ رقم ٣ ص ١٥٥ .

(٣) Burdeau science politique T : II 2éme ed. 1967, No. 46
Burchein : De division du travail social 5ème Paris 1927, P. 179.

واشار اليه استاذنا الدكتور ثروت بدوى « النظم السياسية » ص ٦٦ طبعة ١٩٦٢

(٤) Carra Progryen Para 200 et 294.

(٥) فى المسئولية الجنائية ـ المرجع السابق ـ ص ٣٠٧ .

(٦) تجاوز الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢ .

٦ ـ نظرية التفويض لعجز السلطة :

ـذهب البعض فى فرنسا وايطاليا ومصر الى ان اساس الدفاع الشرعى هو عجز السلطة وهى صاحبة الحق فى الدفاع عن التدخل لحماية الافراد ومن ثم لزم أن تمنح الافراد حقهم فى حماية انفسهم بأنفسهم وحماية الآخرين (١) .

وفى هذا الاتجاه يرى البعض أن الفرد يحل محل السلطة العامة فى حفظ النظام (٢) وذلك باجازة من القانون (٣) ، فالدفاع الشرعى فى هذا النظر ليس الا وظيفة عامة يجوز للدولة أن تفوض الافراد فى القيام بها (٤) ، واعتبر البعض الدفاع الشرعى قضاء خاص يقوم مقام القضاء العام (٥) .

وفى مصر ذهب البعض الى اعتبار الدفاع الشرعى مقابلا منطقيا لاستعمال سلطة الوظيفة فى أداء الواجب القانونى (المادة ٦٣) فهذا الاخير سبب لمشروعية القوة التى يستخدمها الموظف العام ، والدفاع الشرعى سبب لمشروعية القوة التى يستخدمها اى فرد من أحاد الناس يحل محل ذلك الموظف فى اداء وظيفته لدفع العدوان (٦) فالفرد يحل محل رجل الامن لدفع العدوان او وقفه (٧) .

وهذه النظرية منتقدة من ناحيتين :

١ ـ القول بعجز السلطة ليس صحيحا ، فالسلطة لا تعجز عن الدفاع واغاثة المعتدى عليه ، سواء فى حالة الاعتداء الحال ، او الاعتداء

---

(١) Prodel (J.) : Droit pénal T : Ire. introduction droit penal general, Paris, No. 198, P. 199.

(٢) مرل وفيتو المرجع السابق ـ رقم ٣٢٧ ص ٣١٢ .

(٣) Levasseur (G.) : Droit pénal et procédure penalé T : I 4éme ed. No. 98, P. 59.

(٤) Manzini Trattoto de Dirito penale italiona, V. II, Torino 1961. P. 334.

مشار اليه فى يسرانور على ـ المرجع السابق ص ٢٣٠

(٥) فيدال ومانيول ـ المرجع السابق رقم ١٩٩ ص ٣٢٧ ، الدكتور عبد المنعم الصدة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المدنية ـ معهد البحوث العربية ١٩٧٠ ص ٣٧

(٦) الدكتور على راشد : القانون الجنائى ـ المرجع السابق ـ ص ٥٢٠

(٧) الدكتور على راشد : الموجز ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٠ .

الوشيك الوقوع ، وانما العجز هو عجز المعتدى عليه عن الالتجاء الى السلطة لاغاثته فى الوقت المناسب (١) .

٢ ـ من المقرر ان التفويض لا يمكن أن يعطى للمفوض اليه سلطات اوسع من السلطات المخولة للاصيل ، فان الثابت أن للمعتدى عليه أن يباشر افعالا ليست مخولة أصلا لسلطات الدولة وسلطة الدولة فى حماية الافراد هى سلطة عقاب بينما لم يشرع الدفاع الشرعى لعقاب المعتدى وانما لرد الاعتداء (٢) .

٧ ـ نظرية تنازع الحقوق والمصالح الاجتماعية :

يرى البعض ان أساس الدفاع الشرعى هو التنازع بين الحقوق وترجع بذور هذه النظرية الى ما يراه هيجل Hégel من ان الضرر الذى يصيب حق الحياة هو ضرر أكيد لا حد له لانه يمس جانبا كليا من الحقوق ، وعندما يتنازع حق الحياة مع حق الملكية فان حق الحياة هو الذى يتمتع بالافضلية تمتعا أكيدا لان الضرر الذى يصيب حق الملكية لا يعدو أن يكون ضررا ظاهريا ، ليس له من اثر على الارادة الا التضييق من نطاقها ولا اثرا له على الاهلية (٣) .

وانتقد بيرنر رأى هيجل موضحا أهمية الحقوق الاخرى ، ومؤكدا بوجه خاص ـ الصفة التى تميز الحقوق المالية (٤) .

والواقع ان التضحية بحق فى سبيل آخر مسألة تختلف باختلاف الظروف والملابسات ، وليس صحيحا القول بأن حق الحياة هو الحق الذى يسمو على كل الحقوق ، فحق الوطن فى الدفاع عنه مقدم على سائر الحقوق ولا يجوز للجندى أن يفر من ميدان القتال ايثارا لحقه فى الحياة (٥) .

وتلافيا للنقد استبدل شابر بعبارة تنازع الحقوق عبارة تنازع المصالح (٦) .

ويرى Frejavaille أن التنازع لا يكون بين الحقوق فقط وانما يكون بين الواجبات أيضا وأن هناك تناقضا مطلقا بين الواجبات

---

(١) تجاوز الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٣ .
(٢) يسر أنور على ـ المرجع السابق ـ ص ٢٣٠
(٣) Hégel : Philosophie du droit, 1839, P. 127.
(٤) نظرية الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ـ ص ٦٤
(٥) فى المسئولية الجنائية ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٨
(٦) فى المسئولية الجنائية ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٩

القانونية والخلقية ومن المستحيل احترامها جميعا وعلى الفاعل أن يضحى ببعض هذه الواجبات فى سبيل البعض الآخر عن طريق ترتيب المصالح التى تتحقق من القيام بهذه الواجبات (١) .

ومحور النظرية أن أساس الدفاع الشرعى هو الموازنة بين مصالح متعارضة وترجيح بعضها على البعض الآخر ، وذلك بحماية اكثر المصالح المتعارضة أهمية (٢) وهو ما تقتضيه المصلحة الاجتماعية التى هى أساس التبرير (٣) .

وهذه النظرية هى السائدة فى الفقه المصرى ويعبر البعض عن ذلك بالقول « اما أساس الدفاع الشرعى فيرجع الى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للافراد وايثار مصلحة اولى بالرعاية ، تحقيقا للصالح العام، وهو هدف كل نظام قانونى » (٤) ويرى البعض ان « اساس الدفاع الشرعى يرتكز على اختيار المشرع لمصلحة معينة من بين المصالح المتنازع عليها لكى يضفى عليها اهتمامه ، وهى مصلحة المعتدى عليه اذ يراها أجدر بالرعاية من مصلحة المعتدى » (٥) .

ولما كانت هذه النظرية هى السائدة فى الفقه الوضعى فقد حاول البعض التدليل على انها اساس الدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية(٦) رغم أنها لا تعدو أن تكون صورة من نظرية قال بها أصحاب الاتجاه الشخصى هى نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين (٧) مع محاولة تحاشى ما يوجه اليها من انتقادات . وهذه النظرية لا تستقيم مع آراء دعاتها ومنهم جارسون الذى يقول « الدفاع الشرعى — فى الاصل — لا يمارس ضد غير مرتكب الفعل غير المشروع ولكن يجب أن لا ننسى أن الدفاع الشرعى ليس الا تطبيقا خاصا لنظرية اكثر عمومية

---

(١) Frejavaille : Element de droit criminel 1935, P. 96 et 97. manuel de droit criminel, P. 113.

(٢) E javille et J. G. sayer manuel de droit criminel capacite, Paris 1964, No. 223, P. 120.

(٣) جارسون — المرجع السابق — مادة ٣٢٨ رقم ١٧ ص ١٥٧

(٤) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق

(٥) الدكتور أحمد فتحى سرور — اصول قانون العقوبات — دار النهضة العربية ص ٢٠٦ ١٩٧٩ — ص ٢٥٢

(٦) الدكتور يوسف قاسم — نظرية الدفاع الشرعى — المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها

(٧) راجع ما يلى ص ١٣٢ .

للضرورة ، فيصح أن انسانا فى حالة خطر الموت الحال ومن غير أن تكون لحالة الدفاع الشرعى اية علاقة ازاء احد الاغيار الاجانب تماما عن هذا الخطـر ، فتقتله أوتجرحه جناية المدافع دون ان يسأل عنها لانهـا ارتكبت من أجل انقاذ حياته المهددة » (١) .. ولذالا نرى الاخذ بها كأساس للدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية لان الفقه الاسلامى يعرف نظرية خاصة أكثر دقة واحكاما من النظريات التىعرفها الفقه الوضعى وهى نظرية اعتبرناهااعتصارا من الفقه الاسلامى وخصصنا لها المطلب التالى لتكون نظريتنا المطروحة فى اساس الدفاع الشرعى .

ثانيا : نظريات الاتجاه الشخصى فى أساس الدفاع الشرعى :

١ ـ نظرية الاكراه الادبى :

يرى بيفندروف Puffendorf ان اساس الدفاع الشرعى هو الاكراه الادبى Contrainte morale فالمدافع لا يسأل جنائيا لانه ارتكب افعال الدفاع وهو مكره وليس مختارا فالاعتداء الذى واجهه افقده السيطرة على قواه العقلية والارادية فلا ينقاد فىدفاعه لغيرغريزة حب البقاء (٢) التى أودعها الله سبحانه وتعالى فيه (٣) .

وهذه النظرية لا تصلح أساسا للدفاع الشرعى للاسباب الآتية :

١ ـ القول بأن الاكراه هو أساس الدفاع لا يقدم لنا تفسيرا للدفاع عن الغير والدفاع عن المال ، فالاكراه لا يتحقق فى كثير من حالاتالدفاع الشرعى اذ يظل المعتدى عليه محتفظا بهدوئه ورغم ذلك يظل الدفاع مشروعا .

٢ ـ ادعاء النظرية بان المدافع يفقد حرية الاختيار لا يطابق الواقع اذ يكون المـدافع مدركا لفعله موجهـا ارادته نحو رد الاعتداء الذى

---

(١) جارسون ـ المرجع السابق ـ مادة ٣٢٨ رقم ٦٤ ص ١٦٢

(٢) Puffendrof . De officio hominis et civis secundum legem naturalem Liv : I, ch. V. P. 12-20.

اشار اليه فيدال وماتيول ـ المرجع السابق ص ٣٢٢

وجارسون ـ المرجع السابق ـ المادة ٣٢٨ رقم ٥ ص ١٥٥ ، الدكتور يسر انور على ـ المرجع السابق ص ٢٣٠ ، الدكتور الالفى ـ المرجع السابق ص ٣٠٥

(٣) قواعد المسئولية الجنائية فىالتشريعات العربية ـ الدكتور حسن صادق المرصفاوى ـ معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٢ ص ١٤١

(٤) Grand Moulin : Le droit pénal Egyptien, T : II, No. 1587, P. 337.

يهدده .. فالجندى وهو بشر يقف صامدا فى مواجهة نيران العدو لينفذ ما يوجه اليه من أوامر (١) .

٣ ـ القول بان المدافع وقد فقد حرية الاختيار توجهه غريزة حب البقاء يؤدى بنا الى نتيجة شاذه مؤداها جواز الدفاع ضد الاعتداء المشروع وهو ما يخالف ما تقضى بـه التشريعات من وجوب أن يكون الاعتداء غير مشروع (٢) .

٤ ـ الاكراه لا يتوفر الا فى حالة الخطر الجسيم . والراى الراجح ان الدفاع لرد كل اعتداء بما يناسبه دون اشتراط جسامة معينة (٣) .

٥ ـ ان هذه النظرية لا تتفق مع ما تشترطة التشريعات من وجوب عدم تجاوز حدود الدفاع الشرعى لأن هـذا الشرط يعنى توافر ارادة حرة ومدركة لدى الفاعل (٤) .

٣ ـ نظرية مقاومة الشر بالشر : ـ

يرى جوير (٥) وبعض الشراح الألمان (٦) أن الدفاع هو مجازاة للشر بالشر Rétribution du mal par le mal فمن المعلوم ان حق العقاب منوط بالدولة ، والدفاع عن الافراد منوط بها ، وشرعية الدفاع لا تعنى أن أفعال الدفاع ليست جريمة ، وانما العدالةالمطلقة اقتضت القول بشرعية هذه الافعال باعتبارها مقاصة بين شر الاعتداء وشر أفعال الدفاع .

ويؤخذ على هذه النظرية انها تصور الدفاع عقابا ينزله المدافع بالمعتدى ، والدفاع الشرعى لم يشرع لمعاقبة المعتدى وانما شرع لمنع المعتدى من ايقاع فعل التعدى (٧) . والسير مع منطق هذه النظرية

---

(١) الدكتور يسر انور على ـ المرجع السابق ص ٢٣٠ ، الدكتورة فوزية عبد الستار : خطر الاعتداء ـ المرجع السابق ـ ص ١٦٢ ـ ١٦٣

(٢) جرانمولان ـ المرجع السابق رقم ١٥٨٧ ص ٣٣٧ ، الدكتور القالى ـ المرجع السابق ص ٣٠٥

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ المرجع السابق ـ ص ٢٠٦

(٤) تجاوز الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ـ ص ١٦

(٥) Geyer : Die lehre von der nathuchr jera 1857.
أشار اليهفيدال وماتيول ـ المرجع السابق ـ رقم ١٩٤ ص ٣٢٣

(٦) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ١٩٨ رقم ١٩٦

(٧) نقض مصرى ـ السنة ٢٣ جلسة ٢٦ مارس ١٩٧٢ ص ٤٧٠

يؤدى الى القول بانه لا محل لمجازاة المعتدى لانه نال هذا الجزاء بالدفاع ، وقد حاول جوير أن يرد بنفسه على هذا الاعتراض بوجوب التفرقة بين الأذى الذى يصيب المعتدى ويقابله الدفاع ، وبين الاذى الذى يحل بالمجتمع وهو مايجب أن يواجه بالعقاب ، ولكن هذا الرد تقويض للاساس الذى ترتكز عليه النظرية (١) ، ومقابلة الشر بالشر — كما يقضى منطق النظرية يستلزم وجود مقاصة بين أفعال الدفاع وبين الاعتداء ومن النادر أن يتحقق هذا التعادل ، ولهذا يكتفى المشرع بأن لا ينعدم التناسب بينهما (٢) .

٣ — نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين :

يرى Buri أن أساس الدفاع الشرعى هو قيام تنازع مصلحتين على البقاء مما يستوجب التضحية باحداهما وبالموازنة بين أفعال الاعتداء ، وبين أفعال الدفاع ، يتبين أن حق المعتدى هو الاقل والاخف مما يستوجب التضحية به لحماية حق سليم يتعارض معه هو حق المعتدى عليه (٣) .

وهذه النظرية تتجه وجهة شخصية ، فهى تنظر الى حق كل من المعتدى والمعتدى عليه ، وهى بذلك تختلف عن نظرية تنازع الحقوق والمصالح الاجتماعية التى يقول بها أصحاب الاتجاه الموضوعى (٤) .

وهذا التصوير لاساس الدفاع الشرعى منتقد لان الدولة ملزمة بالحفاظ على كافة مصالح الافراد دون النظر الى درجة اهميتها .

وحاصل القول أن جميع النظريات التى قيل بها كأساس للدفاع الشرعى فى القانون الوضعى لا تعلو على النقد فى جانب من جوانبها بما فى ذلك النظرية السائدة عند شراح القانون فى فرنسا ومصر والتى حاول البعض أن يجعلها أساسا للدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية .

وهو ما دفعنا الى محاولة بناء نظرية جديدة من الفقه الاسلامى تصلح أساسا لنظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى والتشريع الوضعى على السواء وهو موضوع المطلب التالى .

---

(١) جارسون — المرجع السابق — مادة ٣٢٨ رقم ٤٢٣ ص ١٥٥

(٢) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام — المرجع السابق — ص ١٩٨ رقم ١٩٦

(٣) تجاوز حدود الدفاع الشرعى — المرجع السابق — ص ١٨

(٤) راجع ما سبق ص ١٢٨

المطلب الثالث

النظـرية المطـروحة

نظرية بطلان العصـمة

حرصت الشريعـة الاسـلامية على تأكيد النهى عن الاعتـداء ، فتواترت آيات القرآن الكريم فى هذا المعنى مثل قوله تعالى « ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين » (١) . وجاءت السنة النبوية الشريفة مؤكدة حرمة الدماء والاموال والاعراض . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع الا اى شى تعلمونه اعظم حرمة ؟ قالوا الا شهرنا هذا . قال الا اى بلد تعلمونه اعظم حرمة ؟ قالوا بلدنا هذا . قال الا اى يوم تعلمونه اعظم حرمة ؟ قالوا الا يومنا هذا قال فان الله تبارك وتعالى قد حرم دماءكم واموالكم واعراضكم الا يحقها كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا الا هل بلغت ثلاثا كل ذلك يجيبونه الا نعم قال ويحكم او ويلكم لا ترجعن بعدى كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض « (٢) .

ولم تقف الشريعة الغراء عند هذا التأكيد العام للنهى عن الاعتداء . وحرمة الدماء والاموال والاعـراض ، وانما وضعت السياج القانونى الذى يكفل امن المجتمع وطمأنينة الافراد ضد اعتداء المعتدين ، واجرام المجرمين ، فشرعت الحدود ، القصاص ، والتعزير .

والحد فى اللغة المنع (٣) ، وقد سميت بعض العقوبات الشرعيـة بالحدود لانها تمنع من اقتراف الجرائم .

والحد عند الفقهاء « عقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى » (٤) ومن هذا التعريف يتضح أن العقوبة فى الحدود مقدرة مقدما من الشارع ، وانها تجب حقا لله تعالى لان المصلحة العامة هى التى استوجبت توقيعها.

وجرائم الحدود هى السرقة وقطع الطريق والزنا وشرب الخمر والردة ، والبغى على خلاف فيه .

---

(١) سورة البقرة ـ الآية ١٩٠

(٢) صحيح البخارى ـ الجزء الثامن ـ طبعة كتاب الشعب ـ ص ١٩٨

(٣) القاموس المحيط ـ الجزء الاول ص ٢٨٦

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ الزيلعى ـ الطبعة الاولى ـ الطبعة الاميرية ببولاق مصر ١٣١٣ هـ ـ الجزء الثالث ـ

وجريمة السرقة كما يعرفها الفقهاء « أخذ البالغ العاقل نصاب القطع خفية . مما لا يتسارع اليه الفساد ، من المال المتمول للغير ، من حرز بلا شبهة » (١) وعقوبة السرقة ثابتة بالنص وهو قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله »(٢)

والاصل فى عقوبة جريمة قطع الطريق قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض» (٣) .

والنظرة العجلى غير المتأنية لهذه العقوبات قد تستبشع تطبيقها خصوصا فى هذا العصر الذى يتصايح فيه البعض مطالبين بالرفق بالمعتدين المجرمين ، غافلين عن حقوق الافراد الوادعين فى الامن والامان.

والذى يتأمل فى هذه الجريمة ، ويتصور ما يكون فيها من الضرر العام ، وانتشار الفوضى فى الطرقات بسبب الفزع والرعب الذى بسببه هؤلاء المعتدون باعتدائهم على حرمة النفوس والاموال ، وما يؤدى اليه ذلك من اختلال الامن فى البلاد لا يستكثر هذه العقوبات على هؤلاء المجرمين الذين يروعون أمن البلاد وطمأنينة أفراد المجتمع .

والزنا كما يعرفه الامام ابو حنيفه « الوطء المحرم فى قبل المرأة الحية وطئا عاريا عن الملك والنكاح والشبهه ، وهو بالنسبة للمراه ان تمكن الرجل من مثل هذا الفعل » (٤) وهو عند المالكية « كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهه نكاح ولا ملك بمين » (٥) ، ويعرفه فريق آخر من الفقهاء بما يقرب من هذا غير انهم يجعلون منه الاتيان فى الدبر ، ومن هؤلاء الشافعية والحنابلة (٦) .

وعقوبة الزنا تختلف تبعا لما اذا كان الجانى محصنا أو غير محصن فعقوبة الزانى المحصن ، هى عند الجمهور رميا بالحجارة ، او ما يقوم

---

(١) فتح القدير ـ الجزء الخامس ـ المطبعة الميمنية ١٣٢٩ هـ ـ ص ١٢٠

(٢) سورة المائدة الآية ٣٨

(٣) سورة المائدة الآية ٣٣

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى ـ المطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ ـ الجزء السابع ص ٣٣ ، ٣٤ ، فتح القدير ـ المرجع السابق ـ الجزء الخامس ص ٣٠ ، ٣١

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ لابن رشد الحفيد ـ مكتبة الخانجى ودار الفكر ـ الجزء الثانى ص ٣٦٢

(٦) الاحكام السلطانية لابى يعلى تصحيح وتعليق الشيخ حامد الفقى ـ طبعة ١٣٨٦ هـ ـ ص ٢٤٧ ، الاحكام السلطانية للماوردى ـ طبعة ١٣٨٦ هـ ـ ص ٢١٢

مقامها (١) .. وهذا الحد ورد بالسنة الصحيحة ، وقد خصص بها الجمهور عموم آية الجلد (٢) فقد جا فى حديث العسيف الذى زنا بالمراه مخدومه قول الرسول صلى الله عليه وسلم « واغد ياانيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها » فغدا عليها انيس فاعترفت ، فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فرجمت ، وكذلك حديث ما عز الذى زنا واعترف للرسول صلى الله عليه وسلم فأمر برجمه ، وحديث الغامدية التى اعترفت للرسول صلى الله عليه وسلم بالزنا وهى محصنة فرجمها ، وقد ورد الحديثان من اكثر من جهة ، وقد بينت حكم الزنا فى حالة الاحصان ، وهو الرجم ، فهى تخصص الكتاب (٣) .

وقد اختلف الفقهاء فى الجمع بين الجلد والرجم ، والجمهور على عدم الجلد مع الرجم ، وهو ادنى الى القبول عندى ، لان عموم آية الجلد قد خصص بالنسبة المحصن باحاديث الرجم التى ذكرناها ، كما ان جلد الجانى قبل رجمه المنتهى باعدامه فيه نوع من الزيادة غير اللازمة .

اما عقوبة الزانى غير المحصن ، وهو الذى لم يطأ زوجته بنكاح ، فقد اتفق الفقهاء على انها الجلد مائة جلدة لقوله تعالى « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة »(٤) ولكن اختلف فى حد غير المحصن على التغريب مع الجلد ، فعند أبى حنيفة واصحابه حده الجلد مائة ليس غير ، أما اذا رأى الامام أن يغرب مع الجلد فان ذلك من باب السياسة ، والتغريب عند البرذية ليس حدا ولكنه عقوبة . وعند الشافعى التغريب واجب ، وهو من حد غير المحصن مع الجلد مائة ،

---

(١) المغنى لابن قدامه — طبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ — الجزء الاول ص ١٢٠ — ١٢١

(٢) جاء فى المغنى لابن قدامه الجزء الاول ص ١٢٠ — ١٢١ طبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ — ان الرجم للزانى المحصن قول أهل العلم عامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فى جميع الامكنة ، ولا يعلم فى ذلك خلاف ، الا الخوارج فقدقالوا بالجلد للبكر وللثيب الآية « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وقالوا لا يجوز ترك الكتاب الثابت بطريق القلم واليقين لاخبار آحاد يجوز فيها الكذب ، لان هذا يفضى الى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز .

(٣) المبسوط للسرخسى — مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٤ هـ — الجزء التاسع ص ٣٦ وما بعدها ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للطرابلسى طبع بولاق سنة ١٣٠٠ هـ — ص ١٨٢ ، بداية المجتهد — المرجع السابق — الجزء الثانى — ص ٣٦٣ ، الاحكام السلطانية للماوردى — المرجع السابق — ص ٢١٢ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى — المرجع السابق ص ٢٤٧ ، المغنى — المرجع السابق — الجزء الاول ص ١٢٠ وما بعدها .

(٤) سورة النور الآية : ٢ .

والتغريب يكون لمدة عام لكل من الزانى والزانية بلا تفرقة ، ويغربان عن بلدهما الى مسافة اقلها يوم وليلة ، وعلى هـذا الرأى الحنابلة والظاهرية .

وعند مالك يغرب الرجل دون المرأة ، وبهذا الرأى قال الاوزاعى(١) والمقصود بالقذف الذى يستوجب الحد هو الرمى بالزنا أو نفى النسب وغير ذلك لا يستوجب الحد وانما فيه التعزير .

ودليل هذا الحد قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شـهادة ابدا واولئك هم الفاسقون » (٢) ، وهذا الحد لا يختلف فيه أحد لثبوته بنص القرآن الكريم ، وقد انعقد عليه الاجماع ، فلا يزيد ، ولا ينقص، وفضلا عن الجلد ، فا نالقاذف لا تقبل شهادته ، لقوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا . » .

واما حد الشرب فقد ورد تحريم الخمر فى القرآن الكريم ، فى قوله تعالى « انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » (٣) .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الاشربة عام حجة الوداع « حرام بعينها والسكر من كل شراب» وروى مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة انها قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع (٤) ، وعن نبيذ العسل ، فقال « كل شراب اسكر فهو حرام» وخرج مسلم عن ابن عمران النبى صلى الله عليه وسلم قال « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » (٥) .

---

(١) معين الحكام ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٢ ، بداية المجتهد ـ المرجع السابق الجزء الثانى ـ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ ، الاحكام السلطانية للماوردى ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٢ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ـ المرجـع السـابق ـ ص ٢٤٧ ، البحـر الزخار ـ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٧ هـ ـ ١٩٤٨ م ـ الجزء الخامس ص١٤٧ و١٤٨ ، المحلى لابن حزم ـ دار الطباعة المنيرية سنة ١٣٥٢هـ ـ الجزء الحادى عشر ص ٢٢١ ـ ٢٢٧

(٢) سورة النور الآية : ٤

(٣) سورة المائدة الآية : ٩٠

(٤) البتع : هو شراب يصنع من البر والشعير .

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ـ المرجع السابق ـ الجزء الأول ص ٣٨٢ ومـا بعدها ـ أحكام القرآن للجصاص ـ المطبعة البهية بالقاهرة سنة ١٣٤٧ بالقاهرة ـ الجزء الأول ص ٣٢٤ .

واما العقوبة فلم يرد بشانها نص فى القرآن الكريم ، وروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم عدة آثار ، مما جعل الجمهور يرى ان العقوبة هى الجلد ثمانين جلدة ، وقال الشافعى وابو ثور وداود بان الحد اربعون (١) .

والردة هى الكفرة بعد الاسلام ، سواء باعتناق دين آخر أو بعدم اعتناق دين آخر (٢) .

وقد جاء عنها فى القرآن الكريم قوله تعالى « ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت اعمالهم فى الدنيا والآخرة ، واولئك اصحاب النار هم فيها خالدون » (٣) .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله « من بدل دينه فاقتلوه » وكذلك حديث لمعاذ بن جبل لما بعثه الى اليمن بضرب عنق المرتد او المرتده بعد دعوتهما ، كما روى قتل المرتد عن كثير من الصحابة ، منهم ابو بكر وعمر وعثمان ومعاذ بن جبل وابن عباس ولم يخالف احدهم فى ذلك فصار اجماعا . فجريمة الردة ثابتة بالكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة وعقوبة المرتد بالسنة والاجماع (٤) .

واما حد البغى — عند من يعتبره حدا — فخاص بالبغاة وهم فى تعريف الفقهاء « الذين يخرجون على الامام ، ويخالفون الجماعة وينفردون بمذهب يبتدعونه ، وذلك بتاويل سائغ مع وجود المنعة والشوكة لهم » (٥) .

---

(١) راجع ادلة كل راى فى معين الحكام — المرجع السابق — ص ١٧٩ ، ١٨٠ ، بداية المجتهد — المرجع السابق — الجزء الثانى — ص ٣٧١ ، تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلى المالك — طبعة الحلبى ١٣٧٨ هـ ١٩٥٨ م — الجزء الثانى ص ٣٦٦ ، الاحكام السلطانية للماوردى المرجع السابق ص ١٢٦ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى — المرجع السابق — ص ٢٥٣ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى — المرجع السابق ص ٥١ ، ٥٢ ، معين الحكام — المرجع السابق ص ١٨٦ ، المغنى لابن قدامه — المرجع السابق الجزء العاشر ص ٧٤ .

(٣) سورة البقرة — الآية ٢١٧ .

(٤) بداية المجتهد — المرجع السابق — الجزء الثانى ص ٣٨٣ ، احكام القرآن الكريم للجصاص — المرجع السابق — الجزء الثانى — ص ٢٨٦ .

(٥) الاحكام السلطانية لابى يعلى — المرجع السابق — ص ٢٨ ، التشريع الجنائى الاسلامى — المرجع السابق — ص ٦٦٢ — ٦٦٣ .

والأصل فى ذلك قوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الأخرى ، فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله » (١) .

وروى الاعمش عن سويد بن غفلة ، قال : سمعت عليا يقول : اذا حدثتكم بشىء عن الرسول صلى الله عليه وسلم فلأن أخر من السماء فتخطفنى الطير احب الى من ان اكذب عليه ، واذا حدثتكم فيما بيننا فان الحرب خدعة ، وانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « يخرج قوم فى آخر الزمان ، أحداث الاسنان ، سفهاء الاحلام ، يقولون من خير قول البرية ، لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فان لقيتموهم فاقتلوهم ، فان قتلهم أجر . من قتلهم يوم القيامة » .

ولم يختلف الصحابة رضى الله عنهم فى قتال البغاة بالسيف اذا لم يردعها غيره فقد رأوا جميعا قتال الخوارج (٢) . والبغاة يختلف حكمهم حسب الاحوال . ففى احوال يكون للامام تعزيرهم بالحبس وبغيره ولا يصل الى القتل ، وفى أحوال اخرى يجوز قتلهم ، كما فى حالة الحرب . او اذا خيفت عودتهم اليها على قول البعض ، واذا لم يندفع شرهم الا بالقتل فان قتلهم يكون متعينا دفاعا عن النفس (٣) .

وهذه الجريمة تشبه جريمة محاولة قلب نظام الحكم فى القوانين المعاصرة ، ففى قانون العقوبات المصرى تنص المادة ٨٧ على أنه « يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة كل من حاول بالقوة قلب أو تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهورى أو شكل الحكومة. فاذا وقعت الجريمة من عصابة مسلحة يعاقب بالاعدام من الف العصابة وكذلك من تولى زعامتها أو تولى فيها قيادة ما » .

واما القصاص فمأخوذ من القص ، والقص فى اللغة أصله القطع ، وقد أخذ من هذا المعنى اللغوى القصاص فى الجراح اذا اقتص للمجنى عليه من الجانى بجرمه اليه ، أو قتله به (٤) .

والقصاص عند الفقهاء عقوبة مقدرة ، تجب حقا للفرد ، فهو

---

(١) سورة الحجرات الآية ٩ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص — الجزء الثانى — طبعة ١٣٤٧ هـ — ص ٤٩١ وما بعدها .

(٣) التعزير فى الشريعة الاسلامية — رسالة دكتوراه — الدكتور عبد العزيز عامر الطبعة الرابعة — دار الفكر العربى — ١٣٨٩ هـ — ١٩٦٩ م — ص ٣٥ ، ٣٦

(٤) لسان العرب — المرجع السابق — الجزء الثامن — ص ٣٤١ ، القصاص فى الشريعة الاسلامية — رسالة دكتوراه — الدكتور احمد محمد ابراهيم — طبعة سنة ١٣٦٣ هـ — ١٩٤٤ م — ص ٣٦

يشترك مع الحدود فى كونه عقوبة مقدرة مثلها ، ولكنه يختلف عنها فى كونه يجب حقا للفرد بخلاف الحدود ، اذ تجب حقا لله تعالى ، ومعنى ان العقوبة مقدرة انها معينة ومحددة اى ليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، وكون القصاص يجب حقا للافراد فانه يجوز للمجنى عليه أو لولى الدم - اذا شاء العفو عنه ، وبهذا العفو تسقط العقوبة (١) .

والجرائم التى أوجبت فيها الشريعة الاسلامية القصاص هى القتل العمد وبعض جرائم الاعتداء على البدن وهو ما يطلق عليه فى الفقه الوضعى الاعتداء على الحياة ، فحق الحياة من الحقوق المطلقة فى الشريعة الاسلامية جاء القرآن الكريم بتحريم الاعتداء عليها الا بالحق ، قال تعالى « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق »(٢) وجميع النفوس متساوية فى هذا الحق ، فقتل نفس واحدة يعدل قتل الناس جميعا ، لأنه يشكل الاعتداء على حق الحياة ذاته بصرف النظر عمن وقع عليه الاعتداء ، فالكل فى حق الحياة سواء ، وشريعة الحق سبحانه وتعالى تتضمن هذا المبدأ فى كل زمان ، يقول سبحانه وتعالى « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الارض فكأنما قتل الناس جميعا ، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا » (٣) . ويقول جل شأنه « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » (٤) . ولم تقف الشريعة فى حمايتها لحق الحياة وسلامة الجسم عند التحذير من العقاب فى الحياة الاخرى أو تترك الامر للضمير فى الحياة ، وانما قررت القصاص فى حالة القتل العمد ، والدية والفدية فى حالات الخطأ ، وجعل القصاص مساويا لما وقع على الحياة أو سلامة الجسم من الاعتداء ، فان وصل الاعتداء الى القتل كان الجزاء القتل ، أما اذا وقف عند الجراح كان القصاص مثلها . يقول تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى»(٥). ويقول سبحانه « ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب لعلكم تتقون » (٦) . ويقول عز وجل « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى - الجزء السادس ص ٩٧ ومابعدها بداية المجتهد - المرجع السابق - الجزء الثانى ص ٣٣٠ وما بعدها

(٢) سورة الانعام - الآية ١٥١

(٣) سورة المائدة - الآية ٣٢

(٤) سورة النساء - الآية ٩٣

(٥) سورة البقرة : الآية ١٧٨

(٦) سورة البقرة : الآية ١٧٩

والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » (١) .

وابان القرآن الكريم حكم القتل الخطأ في قوله تعالى « وما كان لمؤمن ان يقتل مؤ منا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمةالى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، توبة من الله وكان الله عليما حكيما » (٢) .

واما التعزير فمدلوله اللغوى مصدر من الفعل عزر من العذر ، وهو الرد والمنع ، ويقال عزر فلان اخاه بمعنى نصره ، لأنه منع عدوه من أن يؤذيه ، ومن ذلك قوله تعالى « وتعزروه وتوقروه » ويقال عزرته بمعنى وقرته وأيضا أدبته . وهو من أسماء الاضداد ، وهو يكون بمعنى التوقير ، لانه اذا امتنع بالتعزير وصرف عماهودنيء فان الوقار يحصل له بذلك ، وقد سميت العقوبة تعزيرا لأن من شأنها أن تدفع الجانى وترده عن ارتكاب الجرائم أو العودة الى اقترافها (٣)

والتعزير عند الفقهاء عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة وهو كالحدود فى انه تأديب استصلاح وزجر (٤) .

واذا كانت الحدود والقصاص عقوبات مقدرة ومحدودة ، وكانت الشريعة الاسلامية الغراء صالحة لكل زمان ومكان فقد جاءت التعزيرات لتواكب التطورات التى تحدث فى المجتمعات على مرالازمان والعصور ، ومن هنا قيل بحق أن قوانين العقوبات الوضعية هى من قبيل التعزيرات التى يقررها ولى الامر (٥)

---

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥

(٢) سورة النساء : الآية ٩٢

(٣) لسان العرب ـ المرجع السابق ـ الجزء السادس ص ٢٣٧

(٤) المبسوط لشمس الائمة ابى بكر محمد السرخسى ـ مطبعة السعادةبالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ ـ الجزء التاسع ص ٣٦ ـ سبل السلام ـ المرجع السابق ـ الجزء الرابع ص ٤٩ ـ الاحكام السلطانية ـ الماوردى ص ٢٢٤ ، الاحكامالسلطانية لابى يعلى ـ المرجع السابق ص ٣٨

(٥) المذكرة الايضاحية لقانون الجزاء الكويتى رقم ١٦ سنة ١٩٦٠ ، استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ـ الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى ـ الجريمة ـ دار الفكر العربى ـ بدون تاريخ ص ١٢٦ فقرة ١٢٢

وجرائم التعازير كثيرة ومتنوعة فهى تشمل جرائم الحدود اذا اختلت شروط تطبيقها ، كما تشمل جرائم الاعتداء على النفس وما دونها ، اذا تخلف شرط من شروط القصاص ، وجرائم الاعتداء على العرض وافساد الاخلاق والقذف والسب ، وكذلك جرائم الاعتداء على المال كالسرقة التى لا يتوفر فيها شروط اقامة الحد . الجرائم التى تقع على المال كجريمة النصب ، ومن جرائم التعزير الجرائم التى تحصل لآحاد الناس كشهادة الزور والبلاغ الكاذب وقتل الحيوانات المستأنسة او الاضرار بها ، انتهاك حرمة ملك الغير . والجرائم المضرة بالمصلحة العامة وهى الجرائم المضرة بأمن الدولة من جهة الخارج كالتجسس . الجرائم المخلة بأمن الدولة من جهة الداخل كالرشوة وتجاوز الموظفين حدود وظائفهم وتقصيرهم فى اداء الواجبات المتعلقة بها ، وسوء معاملة الموظفين لافراد الناس، ومقاومة الحكام وعدم الامتثال لاوامرهم والتعدى عليهم . وهرب المحبوسين، وجرائم تزييف المسكوكات وتزويرها والجرائم التموينية (١) .

واما العقوبات التعزيرية فتشمل العقوبات البدنية ، الاعدام ، والجلد ، العقوبات المقيدة للحرية كالحبس والنفى والعقوبات المالية كالغرامة والمصادرة . وهناك عقوبات تعزيرية متنوعة اخرى مثل التعزير بالاعلام والاحضار لمجلس القضاء والوعظ والتوبيخ ، والعزل والتشهير (٢) .

وجماع القول ان الشريعة الاسلامية الغراء قد أكدت النهى عن الاعتداء ، أيا كانت الصورة التى يقع بها هذا الاعتداء وسواء وقع العدوان على الأنفس او الأموال او الأعراض ولم تترك شريعة الحق تبارك وتعالى هذا النهى لعذاب الآخرة وانما كفلت له السياج القانونى الذى يحميها فقررت العقوبات الرادعة لأولئك الذين تسول لهم انفسهم الخروج على ما قررته الشريعة من حرمة للأنفس والأموال والأعراض .

وهذا النهى عن الاعتداء وتلك الحرمة للانفس والاموال والاعراض هى ما يسمى بالعصمة ، فالعصمة هى الحرمة والقاعدة فى الشريعة الاسلامية أن الدماء والاموال والاعراض معصومة ، اى

---

(١) راجع فى تفصيل الجرائم التعزيرية - رسالة التعزير فى الشريعة الاسلامية المرجع السابق ص ٨٣ - ٢٩٢ والمراجع المشار اليها .

(٢) راجع فى تفصيل العقوبات التعزيرية رسالة التعزير فى الشريعة الاسلامية - المرجع السابق ص ٢٩٣ - ٤٦٢ والمراجع المشار اليها .

انها ليست مباحة ، وأساس هذه العصمة الايمان أو الامان ، ومعنى الايمان فى نطاق هذه النقطة موضوع بحثنا هو الاسلام ، واما الأمان فمعناه العهد كعهد الذمة وعهد الهدنة (١) ، فالحربى وهو الذى لا يرتبط بالدولة الاسلامية بعقد أمان ، لا يعتبر معصوم الدم ، حيث لم تتحقق بالنسبة له حالة من حالتى العصمة وهما الايمان والامان، وأساس انتفاء العصمة فيما نرى هو العدوان ، فالحربى اما محارب فى ميدان القتال ضد المسلمين ، واما أنه قد دخل خلسة دار الاسلام راغبا فى الاعتداء والتخريب الداخلى ، فهو فى كلا الحالين محارب لا يتمتع بعصمة الدم .

والصائل فى الدفاع الشرعى فى حقيقته معتديا كالحربى ومن ثم يكون الاساس الصحيح للدفاع هو بطلان عصمة المعتدى ولا نقول انتفاء العصمة كالحربى ، لأن الحربى لم يكتسب العصمة فهى ليست له اصلا حتى يمكن القول بأنه قد دخل عليها ما يبطلها ، أما الصائل فهو اما مسلم اكتسب العصمة بالايمان ، واما انه غير مسلم وانما اكتسب هذه العصمة بالامان ، ولكن دخل على عصمة كل منهما ما يبطلها ، هذا اذا اردنا أن نفرق تفرقة دقيقة بين انتفاء عصمة الحربى، وبطلان عصمة الصائل وان لم يكن ثمة ما يمنع من الجمع بينهما فى اصطلاح واحد وهو البطلان .

وبطلان عصمة الصائل قد صرح به الفقهاء وان لم يشيروا صراحة الى أن هذا البطلان هو اساس دفع الصائل «الدفاع الشرعى» ففى المذهب الحنفى جاء فى حاشية العلامة الطحاوى « فيمن شهر على المسلمين سيفا وقصد قتلهم حق لهم أن يقتلوه ولاشىء عليهم ، لأنه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حربا عليهم فكان كالباغى فبطلت عصمة دمه للمحاربة » (٢) ، فالصائل وفقا للنص الصريح يعتبر فى مذهب الحنفية محاربا تبطل عصمته .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ص ٥٢٩

(٢) حاشية العلامة الطحاوى على الدر المختار شرح تنوير الابصار فى فقه الامام الاعظم ابى حنيفة النعمان ـ المطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٢٨٢ هـ ـ الجزء الرابع ص ٢٦٥ وفى نفس المعنى ـ تكملة البحر الرائق ـ الجزء الثامن ـ الطبعة الاولى ـ ص ٣٤٤ ـ تكملة فتح القدير ـ قاضى زادة ـ طبعة ١٣١٨ هـ ـ الجزء الثامن ـ ص ٣٦٩ .

وفى مذهب امام دار الهجرة الامام مالك يعتبر الصائل كالمحارب ومن ثم تبطل عصمته فقد جاء فى جواهر الاكليل « لاتجب الكفارةعلى من قتل شخصا هذا مسلما صائلا عليه لانه ليس معصوما » (١) ومن ثم يكون بطلان العصمة هو اساس الدفاع الشرعى فى المذهبالمالكى.

وفى تعليل الامام الشافعى رضى الله عنهلجواز رد العدوانالصادر عن غير العاقل ما يفيد أن أساس التسوية بين رد العدوان الصادر عن العاقل والعدوان الصادر عن غير العاقل هو المساواة فى العصمة فقد جاء فى الام « ان الله عز وجل منع دماء المسلمين الا بحقها ، وان المسلمين لم يختلفوا .. فيما علمت او من علمت فعله منهم — فى ان مسلما لو أرادنى فى الموضع الذى لا يمنعنى منه باب اغلقه ولا قوة لى بمنعه ولا مهرب امتنع به منه وكانت منعتى منه التى ادفع عنى ارادته لى انما بضربه بسلاح فحضرنى سيف او غيره كان لى ضربه بالسيف لأمنع حرمتى التى حرم الله تعالى انتهاكها فان اتى الضرب على نفسه فلا عقل على ولا قود ولا كفارة ، لأنى فعلت فعلا مباحا لى ، فلما كان هذا فى المسلم هكذا كان البعير اقل حرمة واصغر قدرا واولى ان يجوز فيه هذا » (١) .

والذى يهمنا من هذا الذى نقلناه فى هذه الجزئية التى نعرفها الآن هو اعتبار الرد فعلا مباحا ومعنى أن الرد على الصائل فعلمباح يعنى انه قد أصبح غير معصوم وانه اصبح جائزا للمعتدى عليه انتهاك حرمته التى كانت ثابتة له قبل الصيال .

ومن هذه النقول التى أوردناها يتبين لنا أن النظرية التى اردنا طرحها وهى نظرية بطلان العصمة تضرب بجذورها فى أعماق الفقه الاسلامى وان الفقهاء قد المحوا اليها . الأمر الذى رأينا معه أن نشيد بناءها مما دعانا الى أن نتناول النهى عن الاعتداء والسياج القانونى الذى أقامته الشريعة الاسلامية من حدود وقصاص وتعزير .

وهذا التناول وان طال فهو مقدمة ضرورية لأن النهى عن الاعتداء وحرمة الأنفس والاموال والاعراض فى القرآن الكريم والسنة

---

(١) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبدالسميع الابى الازهرى مطبوع بهامش مختصر خليل — دار احياء الكتب العربية — بدون تاريخ — الجزء الثانى — ص ٢٨٢ .

(٢) الام — المرجع السابق — الجزء السادس — ص ١٧٢

النبوية الشريفة والسياج القانونى الذى وضعته الشريعة الاسلامية هو مصدر هذه العصمة والتى أساسها كما أسلفنا الايمان أو الأمان.

ونظرية بطلان العصمة التى نراها أساسا للدفاع الشرعى تتميز بما يلى : —

١ — انها نظرية جديدة — لم يقل بها فى الفقه الوضعى وهى تتلاقى جميع الانتقادات التى رايناها بالنسبة لجميع النظريات التى قال بها شراح القانون الوضعى بما فى ذلك رجحان المصلحة وهى النظرية السائدة فى الفقه الوضعى والتى حاول البعض ان يجعلها أساسا لدفع الصائل فى الفقه الاسلامى ويرجع ذلك الى أن البعض من فقهاء الشريعة المحدثين يقف عند مجرد اثبات أن النظريات الراجحة فى القانون الوضعى معروفة فى الفقه الاسلامى ، وهذا فيما نرى لا يخدم الشريعة الغراء ، وانما الذى يخدمها هو عرض نظرياتها المبتكرة التى تعبر عن روح الفقه الاسلامى المتميزة وصنعته القانونية المستقلة .

٢ — تعتبر نظرية بطلان العصمة أساسا للدفاع الشرعى بكافة أقسامه سواء كان دفاعا شرعيا خاصا وهو ما يطلق عليه فى الفقه الاسلامى دفع الصائل أم دفاعا شرعيا عاما أو كان هذا الدفاعدوليا.

٣ — ان نظرية بطلان العصمة تؤكد التناسب بين أفعال الدفاع وأفعال الاعتداء لأن المدافع اذا تجاوز حدود الدفاع فانه يعتبرصائلا ومن ثم تبطل عصمته ، فبطلان العصمة نسبى اى بالقدر اللازم للدفاع فاذا أراد الصائل أن يزهق روح المصول عليه فان اعتدائه يبطل العصمة عن روحه هو بحيث يباح للمصول عليه أو الغير أن يزهقها دفاعا عن نفسه أو عن نفس غيره ، واذا قصد الصائل باعتدائه عضو من أعضاء المصول عليه بطلت العصمة بالقدر الذى يدفع هذا الاعتداء سواء تم دفع العدوان من المصول عليه أو الغير .

٤ — القول بنظرية بطلان العصمة يوصلنا الى تفسير واضح وسليم للدفاع الشرعى والى تبرير سليم لتدخل الغير فى الدفاع الشرعى ، وكلا الامرين ، اى التفسير والتبرير ، يستندان الىمبادىء الشريعة الاسلامية ، فالمسلم يحب لأخيه ما يحب لنفسه ، فمن اراد أن يعتدى على غيره فعليه أن يدرك أن هذا العدوان سيؤدى الى بطلان عصمته وأن عمله سوف ينقلب عليه مما يجعله يتريث قبل العدوان ويعمل على حل الخلاف بطريقة سلمية هادئة وبذلك يقل الاعتداء وينعم أفراد المجتمع بالطمأنينة والأمن .

واما التبرير الاسلامى لتدخل الغير وهـو التبرير الذى عجزت عنه النظريات الوضعية كما رأينا فهو التبرير المنطقى الوحيد الذى يجعل تدخل الغير مقبولا ومباحا . فطالما ان الصائل (المعتدى) قـد فقد عصمته بسبب اعتدائه وصيرورته فى منزلة الحربى فانه يصبح لاى شخص ان يعتدى عليه لصيرورة الاعتداء عليه مباحا بالقدراللازم والمناسب لرد عدوانه عن المعتدى عليه ، والنظرية بذلك تقدم لنا فى بساطة حلا لمشكلة التناسب بين أفعال الدفاع وافعال الاعتداء والتى شغلت شراح القانون الوضعى طويلا خصوصا بالنسبة للاعتداءبالقول الذى يرد عليه باعتداء بالفعل .

ومن هذا نرى أن فى تراثنا الفقهى الحلول لمشاكل اساس الدفاع الشرعى والتناسب بين أفعال الدفاع وافعال الاعتداء واساس تدخل الغير فى الدفاع الشرعى وهو ما عجزت عنه نظريات شراح القـانون الوضعى فى مصر وفرنسا ولعل هذا ما يجعلنا ننادى بابراز النظريات المتميزة للفقه الاسلامى فهى تثرى فقهنا وتشريعاتنا كما انها تستطيع أن تحرز احترام الفقه الاجنبى وتحصل على تقديره لأنها ستفتح له الطرق للوصول الى حلول سليمة لمشاكل قانونية عويصة كما رأينـا فى نظرية بطلان العصمة كأساس للدفاع الشرعى .

وبذلك نكون قد انتهينا من الباب التمهيدى الذى عرضنا فيـه لأسباب الاباحة والدفاع الشرعى وتنقسـم الرسـالة بعـد ذلك الى قسمين : -

القسم الاول : الدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل »

القسم الثانى : الدفاع الشرعى العـام « الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » والدفاع الشرعى الدولى « الجهاد » .