

الباب الاول

أركان الدفاع الشرعى

قلنا ان الدفاع الشرعى رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع
حال او على وشك الوقوع (١) .

ومن هذا التعريف يتبين ان للدفاع الشرعى ركنين هما الاعتداء
L'agression والدفاع La défense ولكل من هذين الركنين
شروط يلزم توافرها (٢) .

وعليه نقسم الدراسة الى فصلين على التوالى :

الفصل الاول : الركن الاول « الاعتداء » .

الفصل الثانى : الركن الثانى « الدفاع » .

(١) راجع ما سبق ص ٦٨

(٢) يهيز علماء أصول الفقه بين الركن ٦ والشرط ، فالركن جزء من حقيقة
الشيء ، واما الشرط فهو امر خارج عن حقيقته وليس جزءا من أجزائه ، فالركوع
ركن الصلاة ، لانه جزء من حقيقتها ، والطهارة شرط للصلاة لانها امر خارج عن حقيقتها
- أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى فضيلة الرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف
طبعة ١٩٥٦ ص ١٣٥

الفصل الأول

الركن الأول : الاعتداء

تقسيم :

يعتبر الاعتداء الركن الأول والأساسى فى الدفاع الشرعى ، اذ من البدهى أنه لا شرعية لدفاع غير موجه لرد اعتداء ويثير الاعتداء كركن أساسى للدفاع الشرعى العديد من المسائل التى تتعلق بمعناه ، وصورة ، وشروطه وموضوعه .

وعليه تنقسم الدراسة الى ثلاثة مباحث على الوجه التالى :

المبحث الأول : طبيعة الاعتداء وعناصره .

المبحث الثانى : شروط الاعتداء .

المبحث الثالث : موضوع الاعتداء .

المبحث الأول

طبيعة الاعتداء وعناصره

تمهيد وتقسيم :

الاعتداء لغة هو الظلم ومجاوزة الحد (١) ، وجاء فى القاموس « عدا عليه ظلمة كتمدى واعتدى » (٢) .

واما الاعتداء كركن جوهرى فى الدفاع الشرعى ، وان اعتبرناه ظلما فى معناه العام ، الا انه مجاوزة للحد بمعنى معين وصور خاصة .

ونتناول معنى الاعتداء وصورة فى مطلبين على التوالى :

المطلب الأول : معنى الاعتداء وعناصره .

المطلب الثانى : صور الاعتداء .

(١) المصباح المنير - احمد بن محمد بن على المقرئ - طبة ٢١٢ الجزء الثانى

ص ٢١ ، مختار الصحاح - الرازى ص ٤١٩

(٢) القاموس المحيط - الجزء الرابع - المرجع السابق - ص ٣٦٠

المطلب الأول

معنى الاعتداء وعناصره

يمكن القول أن الاعتداء نشاط من فعل أو قول أو امتناع بوصف بعدم المشروعية يبدأ أو يوشك أن يبدأ في الحاق أذى بآحاد الناس . ونعرض معنى الاعتداء وعناصره في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : معنى الاعتداء وعناصره في الفقه الاسلامي .

الفرع الثاني : معنى الاعتداء وعناصره في الفقه الوضعي .

الفرع الأول

معنى الاعتداء وعناصره في الفقه الاسلامي

قلنا ان الاعتداء عبارة عن نشاط من فعل أو قول أو امتناع بوصف بعدم المشروعية يبدأ أو يوشك أن يبدأ في الحاق أذى بآحاد الناس ويشترط البعض أن يكون الصائل أهلا لتحمل المسؤولية . وتناول العنصر المادي والعنصر المعنوي للاعتداء .

١ - العنصر المادي :

ويتصد به النشاط الصادر من الصائل والذي يشكل خطرا على حق تحميته الشريعة للمصول عليه أو لغيره ، وقد يكون النشاط تاما ولكن الاعتداء مستمر فيكون للمصول عليه الدفاع لانتهاء الاستمرار في الاعتداء ، وقد يكون النشاط شروعا في ارتكاب الجريمة وهو ما عرفه فقهاء الشريعة فقد جاء في الأحكام السلطانية للماوردي أن أبا عبد الله الزبيرى يرى وجوب تعزير من يوجد بجوار منزل ومعه مبرد ليستعمله في فتح الباب، وثبت قصده للسرقة أو كان معه ما ينقب به الحائط ، مع ثبوت القصد للسرقة ، كما قرر وجوب تعزير من يوجد مترصدا بجوار محل ليسرقه ويترصده لذلك غنوة الحارس (١) .

ولا يقع النشاط الذي يكون العنصر المادي للاعتداء تحت حصر فكل نشاط حرمة الشريعة يعتبر عنصرا ماديا للاعتداء وسواء شكل هذا النشاط خطرا على الحياة وسلامة الجسم أو العرض والشرف والاعتبار والحرية والمال (٢) ، وسواء كان هذا النشاط موجها الى المصول عليه ، أو الى الغير .

(١) الاحكام السلطانية للماوردي - المرجع السابق - ص ٦ ، ٧

(٢) راجع ما يلى في موضوع الاعتداء ص ٢٠١ وما بعدها .

ويمكن القول ان المقصود بالعنصر المادى للاعتداء هو ان يبدأ فى ارتكاب الركن المادى لجريمة من الجرائم . فالركن المادى للاعتداء فى السرقة ان يبدأ الجانى فى اخذ الشيء خفية (١) وهو ما يطلق عليه شرح القانون الوضعى الاختلاس (٢) soustraction او يوشك ان يبدأ فى ذلك ، ويكون للمصول عليه ان يدفع الصائل حتى يدخل المال المسروق فى حيازة السارق (٣) ، فاذا لم يصدر أى نشاط عدوانى لم نكن امام حالة من حالات الدفاع الشرعى وليس للاعتداء حد معين فقد يكون بسيطا وقد يكون جسيما فكلها يبرر الدفاع طالما يتجاوز المدافع حدود الدفاع (٤) .

٢ - العنصر المعنوى :

ويقصد به قصد العصيان او القصد الجنائى ، وهو تعمد اتيان الفعل المحرم او تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل او يوجب (٥) ، وهذا من الجرائم المعنوية ، وقد يتكون العنصر المعنوى من مجرد الخطأ ، وهو وقوع الشيء على غير ارادة فاعلة فالفاعل فى جرائم الخطأ لا يأتى الفعل عن قصد ولا يريده ، وانما يقع الفعل منه على غير ارادته وبخلاف قصده .

والعنصر المعنوى محل خلاف بين الفقهاء فقد اوجب الاخفاف عدا أبى يوسف الضمان لان القتل أبيح للضرورة وهى لا تنافى الضمان حيث لا وجود للدفاع الشرعى (٦) وذهب أبو يوسف انه لا ضمان فى قتل المجنون والصبى اذا صالا وذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى عدم اشتراط اهلية الصائل (٧) .

هذا فيما يتعلق بفعل غير المسئول وهو ما سوف نناقشه تفصيلا عند دراستنا لشرط عدم مشروعية الاعتداء (٨) .

- (١) التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى - المرحوم الاستاذ عبد القادر عودة - الجزء الثانى - القسم الخاص - الطبعة الثانية مكتبة دارالعربية ١٢٨٤ هـ - ١٩٦٤ م - ص ٥١٨
- (٢) شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - لاستاذنا الدكتور محمود مصطفى - الطبعة السابعة - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٥ ص ٤٤٢
- (٣) راجع ما يلى بصدد حلول الخطر بشرط الاعتداء .
- (٤) التشريع الجنائى الاسلامى - الجزء الاول - ص ٤٧٩ ، نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٥٩ .
- (٥) التشريع الجنائى الاسلامى - الجزء الاول - المرجع السابق - ص ٤٠٩
- (٦) تبين الخلافات شرح كنز الدقائق - طبعة سنة ١٢١٥ هـ - الجزء السادس ص ١١٠ ، البحر الرائق - الطبعة الاولى - الجزء الثامن ص ٢٤٤
- (٧) تبصرة الحكام - طبعة ١٢٠٣ هـ - الجزء الثانى - ص ٢٥٠ ، أسنى الطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٦ - حاشية فليوبى وعيمرة - الجزء الرابع - ص ٢٠٦ ، المهذب - الجزء الثانى - ص ٢٤٣ ، كشاف القناع - الجزء الثانى - ص ٩٢ ، الام - الجزء السادس ص ١٧٢ .
- (٨) راجع ما يلى فى شرط عدم مشروعية الاعتداء ص ١٦٧ .

أما إذا كان الصائل مسئولا جنائيا ، ولكنه لم يقصد الاعتداء وانما قصد المزاح فوفقا للمذهب الحنفى والحنبلى والشافعى لا يتوفر العنصر المعنوى للاعتداء ، فقد جاء فى حاشية الطحاوى « قوله ولا يقتل من شهر سلاحا على رجل اى اذا لم يقصد المزاح فان دل الحال على المزاح واللعب لم يجز قتله ولا يعتبر احتمال الجد واطهار المزاح للتمكن ولو دل الحال على الجد جاز قتله دفعا (١) وجاء فى شرح منتهى الارادات « ومع مزح يحرم على دافع قتل ويقاد به لأنه لا حاجة الى الدفع اذن (٢) وجاء فى اسنى المطالب « ويحرم رمى من لم يقصد الاطلاع » (٣) وهذه الصور هى ما نقصده بالعنصر المعنوى فى الاعتداء .

الفرع الثانى

معنى الاعتداء وعناصره فى الفقه الوضعى

تجرى أغلب التشريعات على استعمال لفظ الاعتداء Attaque الغير مشروع وبعبارة أخرى الاعتداء الذى يعتبر جريمة ومن هذه التشريعات القانون الاسمانى الصادر سنة ١٨٧٠ فى المادة ٢/٥٣ ، والقانون اليونانى الصادر سنة ١٩٥٠ فى المادة ٢٢ حيث استعمال لفظ aggression (٤) ويدخل فى نطاق هذه التشريعات التشريع المصرى الذى عبر عن الاعتداء فى المادة ٢٤٦ بقوله « كل فعل يعتبر جريمة ، وقانون العقوبات الليبى الصادر سنة ١٩٥٣ فقد عبر بلفظ جريمة وذلك فى المادة ٢/٧٠ ، وقانون العقوبات السودانى الصادر سنة ١٩٢٥ فقد عبر عن الاعتداء فى المادة ٥٦ بأنه جريمة او شروع فى ارتكاب جريمة .

والتعبير بكلمة « جريمة » لبيان الاعتداء فى الدفاع الشرعى تعبير يعوزه الدقة لأننا لو أخذنا بالمعنى الظاهرى لتصوص هذه التشريعات لانتبهنا الى القول بأن لا يبدأ الدفاع الا بعد وقوع الاعتداء ، وهى نتيجة مرفوضة ، لأن الدفاع فى هذه الحالة يكون من قبيل الانتقام غير المشروع ، ولذلك يذهب الشراح فى تفسير هذه النصوص الى البحث عن الهدف الذى يتفياه المشرع من اباحة الدفاع الشرعى ، وينتهون الى القول بأن المشرع انما يكتفى بقيام خطر ارتكاب جريمة سواء تمثل فى صورة البدء فى التنفيذ او مجرد عمل تحضيرى (٥) .

(١) حاشية الطحاوى - الجزء الرابع - المرجع السابق - ص ٢٦٥

(٢) شرح منتهى الارادات - البهوتى مطبعة أنصار السنة ١٣٦٩ هـ - ١٩٤٧ م -

ص ٣٧٨

(٣) أسنى المطالب المرجع السابق الجزء الرابع ص ١٧٠

(٤) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - الدكتور فوزية سيد الستار - المرجع

السابق - ص ١٦٥

(٥) أسنانا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق

ص ١٦٥ .

واغفلت قلة من التشريعات تعريف الاعتداء ومثال ذلك المادة ٣٢ من قانون العقوبات الفرنسي والمادة ١٦٦ من قانون العقوبات البلجيكي حيث استعمل نفس عبارات النص الفرنسي (١) .

وبين الكثرة التي جانبها الصواب في التعبير عن الاعتداء كركن من أركان الدفاع الشرعي ، والقلة التي اغفلت تعريفه ، نجد بعض التشريعات التي حالفها التوفيق في تصوير المعنى الدقيق للاعتداء الذي يبيح الدفاع وهو الخطر الذي يهدد بارتكاب جريمة ، ولذلك صح في نظرنا ما نص عليه قانون العقوبات العراقي الصادر سنة ١٩٦٩ في المادة ٤٢ منه التي قررت انه يوجد هذا الحق اذا توافرت الشروط الآتية :

١ - اذا واجه المدافع خطر حال من جريمة على النفس او على المال او اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة الخ (٢)

ووصف القانون الايطالي الاعتداء « بأنه الخطر الحال لفعل غير مشروع

Danger actuel d'une offence injusto (٣)

ولعل افضل تحديد للاعتداء هو ما انتهى اليه البعض من وجوب شموله الاعتداء نفسه ، وخطر الاعتداء أي الاعتداء الواقع أو الاعتداء وشيك الوقوع، والاعتداء الواقع هو الاعتداء الذي بدأ ولم ينته بعد ، أما خطر الاعتداء فهو الاعتداء المحتمل (٤) .

وللاعتداء كركن في الدفاع الشرعي في الفقه الوضعي — كما رأينا في الفقه الاسلامي (٥) — عنصران ، عنصر مادي ، وآخر معنوي :

١ - العنصر المادي :

وهو سلوك المعتدى لاصابة الحق الذي يحميه القانون ويبيح الدفاع

(١) خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي — الدكتور فوزية عبد الستار — المرجع

السابق ص ١٦٥

(٢) راجع المادة ٤٢ من القانون العراقي في الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية

في مصر والدول العربية — الجزء الاول — المرجع السابق — ص ٢١

De Legu. Les causes de justification p. 266.

(٣)

(٤) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسني — القسم العام المرجع السابق ص ٢٠٤

وخطر الاعتداء في الدفاع الشرعي — المرجع السابق — ص ١٦٧

(٥) راجع ما سبق ص ١٥٢

(٦) حيث تختلف القوانين عن الشريعة الفراء فتحدد الجرائم التي تبيح الدفاع

الشرعي — راجع ما يلي في موضوع الاعتداء ص ٢٠٠ وما بعدها ، النظرية العامة للقانون الجنائي

— الدكتور رمسيس بهنام — المرجع السابق ص ٣٧٩

عنه (١) . وقد يكون هذا النشاط تاما ولكنه لم ينته وهو ما يطلق عليه الجريمة المستمرة ، فيباح الدفاع لانتهاء حالة الاستمرار ولذلك حكمت محكمة النقض بأنه اذا دخل شخص فى منتصف الليل منزل شخص آخر بوجه غير قانونى ثم بقى فى المنزل مختفيا عن أعين من لهم الحق فى اخراجه فلا شك أن صاحب المنزل يكون فى هذا الظرف فى موقف يبيح له الدفاع الشرعى عن نفسه وعن ماله (١) .

والعمل التحضيرى ، وإن لم يجرمه المشرع ، وكذلك الشروع فى جميع المخالفات ، وأغلب الجنح ، وبعض الجنايات فإن هذه الاعمال تعتبر اعتداء طالما أن من شأنها — أن لم تدفع — اصابة الحق الذى يحميه القانون (٢) ويجيز الدفاع عنه ، أما اذا لم يكن من شأن العمل أن يصيب هذا الحق كان العمل مشروعاً ، ولذلك حكمت محكمة النقض بأنه اذا كان كل ما وقع من المجنى عليه هو أنه حاول حل بقرة المتهم من الساقية ليتمكن من ادارتها لرى أطيانه فإن اعتداء المتهم عليه لرده عن ذلك لا يعتبر دفاعاً شرعياً عن حقه فى ادارة الساقية اتاماً لرى أرضه ، لأن هذا الحق ليس مما تصح المدافعة عنه باستعمال القوة (٢) .

وقد ذهبت محكمة النقض الى اشتراط أن يكون الاعتداء ايجابياً ولكننا نرى جواز الدفاع ضد الاعتداء السلبي (٤) .

ومن المسلم به أنه ان لم يكن هناك نشاط بالمرة فإن حالة الدفاع الشرعى لا تقوم (٥) ، ولا يشترط فى الاعتداء أن يكون جسيماً فقد يكون بسيطاً وإنما يقتضى قدراً من القوة لدفعه بشرط عدم تجاوز المدافع حدود الدفاع (٦) .

٢ — العنصر المعنوى :

لا يختلف الاعتداء فى نظر البعض عن الجريمة الا فى العنصر المادى، ولذلك يشترطون أن يتوفر لدى المعتدى الركن المعنوى ، والأهلية لحمل

(١) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الثانى رقم

١١٢ ص ١٢٢

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

ص ٢١١

(٣) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الخامس رقم

١٣ ص ١٨ ، ونقض ٥ يناير سنة ١٩٥٩ القضية رقم ١٦٢٦ لسنة ٢٨ قضائية غير منشور وأشار اليه استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى القسم العام — المرجع

السابق — ص ٢١١

(٤) راجع ما يلى فى صور الابتداء — ص ١٥٨ وما بعدها .

(٥) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام المرجع السابق ص ٢١٠

(٦) نقض ١١ يناير ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٤٢ ص ٢٢١

المسئولية الجنائية ، وهذا العنصر قد يتوافر بالتقصير ، كاتجاه ارادة المعتدى الى ازهاق الروح فى القتل ، او اتجاه ارادته الى انتزاع الحيازة بقصد التملك فى السرقة ، وقد يتوافر هذا العنصر من مجرد الخطأ فيجوز استعمال القوة ضد من يقود سيارة بحالة خطرة يخشى معها ان تتسبب فى قتل أو اصابة أحد المارة ، ووفقا لهذا النظر لا يجوز الدفاع الشرعى ضد من شاب ارادته عيب من عيوب الأهلية كالأكراه (١) ومن لم تكتمل أهليته كالصغير .

وذهب البعض ان كل سلوك له قانونا وصف الجريمة يجوز دفعه حتى ولو كان صادرا من مجنون أو صبي مميز أو غير مميز ، لأن سلوك المجنون والصغير يوصف بالجريمة مادام ينطبق عليه نص من نصوص قانون العقوبات ، وان كانت الجريمة لا يوقع بسببها على الجاني عقوبة ، وانما اجراء جنائي آخر هو التدبير الوقائي (٢) ، فالصغير الذى يعطى له خطأ سلاح نارى ملائ بالرصاصة فيأخذ فى العبث به امام بعض الأشخاص ولا يمكن نزعها منه الا بضربه واخذ السلاح منه عنوة فلا شك ان المسؤولية الجنائية عن ضرب الصغير تكون منعقدة ، لأن ضرب الصغير قد اتاه مرتكبه دفاعا عن نفسه ونفس الغير من خطر موت أو جراح على وشك الوقوع ، ويرد هذا الرأى على من يرى انعدام المسؤولية على أساس حالة الضرورة ، بأن اعتبارها من قبيل الدفاع الشرعى أكثر تمسكيا مع نصوص القانون (٣) .

ومن هذا العرض لمعنى الاعتداء وعناصره فى كل من الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى ، يمكن القول ان العنصر المادى سميز الشريعة الفراء بأنها لم تقصره على افعال معينة يجوز مواجهتها ، بينما تجرى غالبية التشريعات الوضعية على تحديد الجرائم التى يجوز دفع خطرها ، وما انتهت اليه الشريعة الفراء هو ما يتجه اليه الرأى فى الفقه الوضعى الحديث (٤) وأما العنصر المعنوى فحاصل القول ان الخلاف بشأنه تردد صداه فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى .

المطلب الثانى

صور الاعتداء

يتخذ الاعتداء صوراً عديدة ، مما يثير التساؤل عن موقف كل من الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى من حيث اعتبار بعض هذه الصور خطراً

(١) استاذنا الدكتور محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق

ص ٢١١ ، ٢١٢ .

(٢) النظرية العامة للقانون - الدكتور رمسيس بهنام - المرجع السابق ص ٢٨٠ .

(٣) فى المسؤولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق ٢١٤

(٤) راجع ما يلى فى موضوع الاعتداء ص ٢٠٠

يبیح الدفاع ، ولعل أهم هذه الصور هي الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي ، الاعتداء الحقيقي والاعتداء التصوري أو الوهمي ، والاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي . . وعليه نقسم الدراسة الى فروع ثلاثة على الترتيب التالي :

الفرع الاول : الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي .

الفرع الثاني : الاعتداء الحقيقي والاعتداء التصوري (الوهمي) .

الفرع الثالث : الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي .

الفرع الأول

الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي

قد يكون الاعتداء ايجابيا وهو الغالب كمن يرفع السلاح على آخر قاصدا قتله ، ومن يدخل منزل الغير بقصد السرقة وقد يكون الاعتداء سلبيا أي امتناعا عما توجبه الشريعة الفراء أو القانون الوضعي كالأم التي تمتنع عن ارضاع طفلها مما يخشى معه وفاته أو اصابته بضرر . . وتناول هاتين الصورتين للاعتداء في الفقه الاسلامي والفقه الوضعي .

١ - الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي في الفقه الإسلامي :

الغالب في الاعتداء أن يكون ايجابيا بمعنى القيام بفعل حرسته الشريعة كالسرقة والزنا والضرب ، ولكن قد يكون الاعتداء بطريق الترك وهو ما يكون الجريمة الإيجابية التي تقع بطرق السلب ، ويرى مالك (١) والشافعي (٢) وأحمد (٣) أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق الترك، ويستحق فاعلها العقوبة اذا وقعت على هذا النحو ، فمن حبس انسانا ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو بردا فهو قاتل عمدا ان قصد بالمنع قتله .

وأما الامام ابو حنيفة فلا يرى في هذا الفعل قتلا لان الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد في الجوع والعطش ، ولكن أبا يوسف ومحمد يريان الفعل قتلا عمدا ، لانه لا بقاء لأدمي ، الا

(١) الشرح الكبير للدردير - الجزء الرابع ص ٢١٥

(٢) نهاية المحتاج - الجزء السابع - ص ٢٣٩

(٣) المغني لابن قدامة - الجزء التاسع ص ٢٢٨

بالأكل والشرب والدفع ، فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد عليه يكون اهلاكا له (١) .

والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمدا وان لم تقم بعمل ايجابي (٢) .

وهذه الأمثلة التي أوردها الفقهاء بتوفر فيها في نظرنا خطر ارتكاب جريمة ، وبعبارة أخرى يتحقق فيها معنى الاعتداء في الدفاع الشرعي ، اذ سينجم عن هذه الأفعال خطر الموت ، ومن ثم يجوز ارغام هذا الممتنع الذي يتحقق خطر ارتكاب الجريمة من مجرد امتناعه . بالوسيلة المناسبة ، وذلك لتدارك ما ينجم عن امتناعه المجرى أو سلوكه السلبي من خطر .

٢ - الاعتداء الايجابي والاعتداء السلبي في الفقه الوضعي :

اختلف شراح القانون الوضعي في الدفاع ضد الاعتداء السلبي فقد ذهب جارو Garraud الى وجوب أن يكون الاعتداء ايجابيا . فقد عرف الاعتداء بأنه فعل ايجابي — وليس امتناعا ارتكب أو بدأ تنفيذه بقصد المساس بحق يحميه القانون .

Une agression, c'est une action positive (non une omission) accomplie ou commencée dans l'intention de léser un bien protégé par la loi. (٣)

وبهذا النظر أخذت محكمة النقض المصرية في حكم لها فقضت بأنه يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع فعل ايجابي يخشى منه المنهم وقوع جريمة ، وأن يكون المتهم قد اعتقد على الأقل وجود خطر حال على نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله وأن يكون لهذا الاعتقاد سبب معقول (٤) .

والرأي الصحيح في نظرنا هو ما اتجه اليه الشراح في مصر من حيث جواز الدفاع ضد الاعتداء السلبي (٥) : اذ يستوي في السلوك أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، طالما أنه يصدق عليه وصف الاعتداء ، فالأم التي تمتنع عن أرضاع طفلها مما يخشى معه وفاته أو أصابته بضرر يباح

(١) بدائع الصنائع - الجزء السابع ص ٢٢٤ ، البحر الرائق - الجزء الثامن

ص ٢٩٥ .

(٢) الشرح الكبير للبردير - الجزء الرابع - ص ٢١٥

(٣) جارو - المطول - الجزء الثاني - طبعة ١٩١٤ - المرجع السابق ص ١٩

(٤) نقض ٣١ يناير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٤٠ ص ١١٨

(٥) الدفاع الشرعي - دراسة لبداء المشروعية - الدكتور يسر انور على - المرجع

السابق ص ٢٢٢

فعل الدفاع ضدها لحملها على ارضاعه (١) وصاحب الكلب الذى يمتنع عن ربطه لمنع اذاه عن أحد الأشخاص يجوز اكرامه على ذلك (٢) وسائق القطار الذى يمتنع عن ايقافه فى الوقت المناسب لوجود عائق فى الطريق يحتفل أن يؤدى الاصطدام به الى اصابة الركاب ، فالخطر فى هذا المثال ليس ناتجا عن فعل القيادة وانما هو ناتج عن فعل الامتناع عن ايقاف القطار ويتصور الدفاع ضده وذلك بارغام السائق على ايقاف القطار (٣) .

وحاصل القول ، أن الراى الغالب عند شراح القانون الوضعى من التسوية بين الاعتداء الايجابى والاعتداء السلبى فى جواز الدفاع يتفق مع ما جاء على لسان الفقهاء من وقوع الاعتداء بطريق الترك ، ومن ثم يمكن تدارك خطر الامتناع المجرد بالوسيلة المناسبة ، سواء فى الفقه الاسلامى او الفقه الوضعى .

الفرع الثانى

الاعتداء الحقيقى والاعتداء الوهمى فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

الأصل فى الدفاع أن يكون فى مواجهة عدوان حقيقى ، لأن الغالب فى الاعتداء أن يكون حقيقيا ، مثل أن يرفع المعتدى مسدسه تجاه المعتدى عليه قاصدا قتله ، ولكن قد يتصور شخص خطرا بالاعتداء على غير الحقيقة والواقع ، كأن يرى المالك شخصا فى الظلام يسير فى حديقة منزله فيعتقدده لصا فيطلق عليه الرصاص ، ثم يتضح أن الشخص الذى كان يسير فى الحديقة هو البستاني عاد ليأخذ سترته التى نسيها هناك . ونعرض موقف الفقه الاسلامى ، وموقف شراح القانون الوضعى من الاعتداء التصورى أو الوهمى على التوالى :

١ - موقف الفقه الاسلامى من الاعتداء التصورى أو الوهمى :

لم يقتصر الفقهاء على تناول الاعتداء الحقيقى ، بل سبقوا شراح القانون الوضعى فى بحث الاعتداء التصورى أو الوهمى ففى المذهب

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق ص ٢١٢ ، واستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٠٢

(٢) الدكتور أحمد فتحى سرور - اصول قانون العقوبات - النظرية العامة للجريمة - دار النهضة العربية ١٩٧٢ ص ٢٥٤

(٣) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - الدكتور فوزية عبد الستار - المرجع

السابق ص ١٧١

الشافعى لا يقتصر الدفاع على مواجهة الاعتداء الحقيقى وانما يمكن للشخص ان يرد ما يتصوره اعتداء فقد جاء فى الام « قال الشافعى اذا اقبل الرجل بالسيف او غيره من السلاح الى الرجل فانما له ضربة على ما يقع فى نفسه فان وقع فى نفسه انه يضربه وان لم يبداه المقبل اليه بالضرب فليضربه وان لم يقع فى نفسه ذلك لم يكن له ضربه » (١) .

وفى نفس المعنى يقول ابو الضياء الشيرازى (قوله عند غلبة ظن صياله اى فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة ولا يكفى لجواز دفعه توهمه بل ولا الشك فيه او ظنه ظنا ضعيفا على ما افهمه قوله غلبة ظنه لان معناها الظن القوى (٢) » والمراد اعتبار غلبة ظن الدافع (٣) » .

ووفقا لهذه النقول يمكن القول ان الراى فى المذهب الشافعى امكان رد الاعتداء التصورى ، اذا كان اعتقاد الموصول عليه مبنيا على اسباب مسقولة وهو ما يعبرون عنه بغلبة ظن الدافع .

وفى مذهب الحنابلة لا يشترط ان يكون الاعتداء حقيقيا وانما يمكن رد الاعتداء الذى يتصوره الموصول عليه فقد جاء فى شرح منتهى الارادات « ومن نظر فى بيت غيره من خصاص (٤) باب مغلق ونحوه كفروج بحائط وكوة ونحوها ، ولو لم يتعمد الناظر الاطلاع لكن ظنه رب البيت متممدا » (٥) .

وأجاز الاحناف قتل النفس بغلبة الظن كما اذا دخل عليه رجلا شاهرا سيفه وغلب على ظنه ان يقتله (٦) .

٢ - موقف الفقه الوضعى من الاعتداء التصورى او الوهمى :

اختلف شراح القانون الوضعى ، فى اعتبار الاعتداء التصورى مبيحا للدفاع ، فذهب فريق فى الفقه العربى والفرنسى الى القول بان

(١) الام للامام الشافعى - الجزء السادس - ص ٢٧ طبعة كتاب الشعب ١٩٦٨

(٢) حاشية ابي الضياء نور الدين على بن على الشيرازى الاقشاهرى على شرح

المنهاج مطبوع مع نهاية المحتاج - الجزء الثامن ص ٢٢ - شركة مكتبة مصطفى البابى

الحلبى واولاده بمصر ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م .

(٣) حاشية الشيخ عبد الحميد الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ومعه

حاشية الشيخ احمد بن قاسم المبادى - الجزء التاسع ص ١٨٦

(٤) نصوص بفتح الخاء اى الفروج والظل الذى فيه .

(٥) شرح منتهى الارادات - للبهوتى - المرجع السابق - ص ٣٧٩ .

(٦) ابن عابدين - الجزء الثالث - ص ٢٢٨ وأشار اليه احمد فتحى بهنسى

السياسة الجنائية فى الشريعة الاسلامية ١٣٥٨ هـ - ١٩٦٥ م ص ٦٣ .

(م ١١ - الدفاع الشرعى)

الاعتداء الوهمي يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعى (١) .

ويميل القضاء العربى والفرنسى الى هذا الرأى . فقد اضطردت احكام محكمة النقض المصرية على اعتبار الاعتداء التصورى أو الوهمي مبررا للدفاع الشرعى ، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة من أن « القانون لا يوجب بصفة مطلقة لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء حقيقيا بل يصح القول بقيام هذه الحالة ولو كان الاعتداء وهميا أى لا اصل له فى الواقع وحقيقة الأمر متى كانت الظروف والملابسات تلقى فى درع المدافع أن هناك اعتداء جديا وحقيقيا موجها اليه (٢)

أما اذا لم يتوافر الاعتقاد بوجود خطر ارتكاب الجريمة ، أو كان هذا الاعتقاد غير مبنى على أسباب معقولة ، فإن حالة الدفاع الشرعى لا تقوم ، لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه « اذا رأى خفيّر نظامى شخصين يقودان جاموسة ليلا ، ولما نادى عليهما ولم يجيبا نداءه اعتقد أنهما يقودان جاموسة مسروقة فأطلق عليهما عيارا ناريا أصاب أحدهما فى ظهره وفى أعلى فخذة فانه لا يمكن القول بأن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى عن مال غيره ، لأنه يشترط لقيام حق الدفاع أن يكون المتهم قد اعتقد على الأقل بوجود خطر على مال الغير وأن يكون لهذا الاعتقاد سبب معقول ، وظاهر من ظروف الواقعة أن المجنى عليه لم يحاول الفرار من وجه المتهم بالجاموسة التى ظن بأنها مسروقة ، بل ولا منفردا ، ومن التسرع أن يبتدره هذا بإطلاق النار لغير مبرر ظاهر » (٣)

وهذا الاتجاه هو ما أخذ به القضاء العراقى حيث قضى بعدم مسئولية المتهم من تهمة القتل باطلاقة عيارين ناريين على شبح كان يسير على قدميه نازلا من السطح فظن أن هذا الشبح إما أن يكون خنزيرا أو أن يكون دبا وأنه لم يستطع أن يلتجئ الى محل ما ولم يسعه الا أن يحمى

(١) السيد مصطفى السيد - الاحكام العامة - ١٩٥٢ - المرجع السابق ١٩٧ -

الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - المرجع السابق - ص ٥٣٤ ، الدكتور على راشد - القانون الجنائى - المرجع السابق ص ٥٢٦ ، شرح قانون العقوبات الكويتى - القسم العام - المطبعة المصرية بالكويت ١٩٧٢ ص ٢٣٧ . وفي الفقه الفرنسى جازو - المطول -

١٩١٢ - المرجع السابق - الجزء الثانى ص ٢٤ وما بعدها

Louis Hunguencez Revue de science criminelle de la droit compare 1956 P. 325.

(٢) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس

رقم ٤٣٧ ص ٥٧٢ ونقض ٩ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة احكام محكمة النقض السنة الثانية رقم ٢٤٠ ص ٩٢٠ ، نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض السنة السادسة رقم ٢٩٦ ص ١٣٥١ ، نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ السنة العاشرة رقم ٤٤ ص ١٩٨ ، ونقض ٢٣ بونيه سنة ١٩٦٩ السنة العشرين رقم ١٩٠ ص ٩٦٠

(٣) نقض ٢١ اكتوبر سنة ١٩٢٣ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الثانى رقم

نفسه باطلاق النار عليه لثبوت قيام المتهم بهذا العمل في حالة الدفاع الشرعى عن حياته نظرا لانه كان امرا يتخوف ان يحدث منه الموت (١) .

ويميل القضاء الفرنسى الى هذا الراى ففى قضية تتلخص وقائعها فى انه اثناء احدى مباريات الملاكمة القى أحد اللاعبين خارج حلبة اللعب ، فوقع على اقدام المشاهدين الذين اوسعوه ضربا بأيديهم وركلا بأقدامهم ثم عاد الى اللعب وعندما وقع مرة أخرى خارج الحلبة رأى أحد المشاهدين مقبلا نحوه فظن اللاعب انه سيضربه فبادره بالضرب وجرحه ، رفعت الدعوى على اللاعب أمام محكمة جنح السين واتهم بالضرب والجرح العمديين ولكنه يرى استنادا الى ان المشاهد الذى كان يعرف قواعد اللعبة ارتكب خطأ جسيما بتدخله مخالفا لهذه القواعد ، وواضح ان الخطر فى هذه الواقعة كان خطرا وهما « (٢) .

وذهب فريق آخر الى عدم الاعتداد بالخطر التصورى او الوهمى لإباحة الدفاع الشرعى ، ويرون تكييف هذا الوضع بأنه غلط فى الإباحة ينفى القصد الجنائى ، وتكون المسئولية عن جريمة غير عمدية طالما أن القانون يعاقب عليها بهذا الوصف وفى حالة ما اذا كان الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة فانه ينتفى الخطأ غير العمدى فلا تكون هنا مسئولية على الإطلاق (٣) .

والراجع لدينا هو الاعتداد بالخطر التصورى او الوهمى ونستند فى هذا الترجيح على نصوص التشريعات العربية فالمادتين ٢٤٩ - ٢٥٠ من قانون العقوبات المصرى تبيح أمورا من بينها « فعل يتخوف ان يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة » فالمرجع لم

(١) القضاء الجنائى المراقى - سايحان بيات ص ٩٢ مشار اليه فى قواعد

المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية - ١٩٧٢ ص ١٥٤

(٢) Tribunal correctionnel de la seine 25 Octobre 1955

Gez pal 4 — 6. Janvier 1950.

ومشار اليه فى - خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ١٧٥

(٣) استاذنا الدكتور محمود محدود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق

ص ٢٢٩ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام ص ٢٠٩ ، والدكتور

هامون سلامة - القسم العام - ص ٢١٢ ، والدكتور أحمد فتحى سرور - اصول قانون

العقوبات ص ٢٦٥ - ٢٦٦ وفى الفقه الفرنسى

Alfred Legal, les conditions de la legitime défense. Revue de science criminelle et de droit penal compare, 1955 P. 314.

حيث علق على حكم فرنسى صدر من الدائرة الجنائية فى ٢١ ديسمبر ١٩٥٤ بان

عدم العقاب فى حالة الخطر الوهمى لا يقوم على سبب الإباحة بقدر ما يقوم على

خلف الخطئة .

يشترط أن يكون من شأنه حدوث الموت وإنما اكتفى بخشية حدوث الموت ، وقانون العقوبات العراقي حيث تشير المادة ٤٢ منه الى أن الدفاع الشرعى يوجد اذا واجه المدافع خطرا حالا من جريمة على النفس أو المال أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة ، وقد اخذ بهذا النظر مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٦١ حيث نصت المادة ٣١ على أن الدفاع الشرعى حق يوجد اذا توافرت الشروط الآتية :

١ - اذا واجه المدافع خطرا حالا من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة الخ .

وجماع القول أن الراى الذى نراه راجحا من حيث الاعتداد بالخطر التصورى اذا كان مبنيا على أسباب معقولة فى الفقه الوضعى ، ويميل اليه - كما رأينا - القضاء العربى والقضاء الفرنسى هو ما سبق أن قرره الفقه الشافعى والفقه الحنبلى عندما اعتدوا بغلبة الظن وفهمه الشبراىملى بأنه الظن القوى انما يعبر عما يردده الشراح والقضاء والنصوص التشريعية من اشتراط كون الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة ، ويبقى الفضل للسابق كما يقولون .

الفرع الثالث

الاعتداء العمدى والاعتداء غير العمدى

فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

لا يعنى الفقه الوضعى فى دراسته الدفاع الشرعى ببحث الدفاع ضد الاعتداء غير العمدى (١) ، لأن الغالب فى الاعتداء أن يتوفر لدى المعتدى قصد الجنائى ، وبعبارة أخرى أن الاعتداء غالبا ما يكون عمديا . . غير انه يثور التساؤل عن دفع الاعتداء غير العمدى ، وموقف كل من الفقه الاسلامى والفقه الوضعى فى هذا الصدد ، وهو ما تعرضه على التوالى :

١ - الاعتداء العمدى والاعتداء غير العمدى فى الفقه الاسلامى :

الاعتداء قد يكون عمديا ، وقد يكون غير عمدى ، والاعتداء العمدى هو الذى يقصد الجانى فيه اتيان الفعل المحرم ، وهو عالم أنه محرم - والاعتداء غير العمدى هو الذى لا يقصد فيه الجانى المعتدى اتيان الفعل

(١) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٨٠

المحرم ، ولكن يقع الفعل نتيجة عدم تبصره واحتياطه — ويعرف الفقه الاسلامى نوعين من الخطأ (١) :

الأول : وفيه يقصد الجانى الفعل ، ولا يقصد الاعتداء ، ولكن الخطأ فى نفس الفعل ، أو فى الظن يؤدى الى وقوع الاعتداء ، ومثال الخطأ فى نفس الفعل ، أن يرمى حجرا ليتخلص منه فيصيب أحد المارة ، ومثال الخطأ فى الظن أن يرمى ما يظنه حيوانا ، فإذا هو انسان .

الثانى : وفيه لا يقصد الجانى الفعل ، ولا يقصد الاعتداء ، ولكن يقع الفعل نتيجة اهماله أو عدم احتياطه ، ومثال ذلك من يحفر بئرا فى طريق ، ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه .

والمخطئ كالعامد ، يسأل عما يقع منه من أفعال حرمتها الشريعة (٢) وإن اختلف السبب فى مسئولية المخطئ عن السبب فى مسئولية العامد ، فمسئولية المخطئ سببها أنه خالف أوامر الشارع لا عن قصد ولكن عن عدم تحرز ، ويدخل تحته كل ما يمكن تصوره من تقصير ومن اهمال وعدم احتياط ورعونة . أما سبب مسئولية العامد أنه قصد مخالفة أمر الشارع ، وتعمد اتیان ما حرمه أو ترك ما أوجبه .

والواقع أن الفقهاء المسلمين القدامى منهم والمحدثون مثلهم فى ذلك مثل شراح القانون الوضعى لم يعرضوا للاعتداء غير العمدى فى تناولهم لدفع الصائل .

وفى رأينا أن المخطئ مسئول عما يأتيه من أفعال ، ويجوز دفع أفعاله التى يتولد عنها خطر ارتكاب جريمة فمن يحفر بئرا فى طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه ، يمكن إجباره بالوسيلة المناسبة لاتخاذ هذه الاحتياطات .

٢ — الاعتداء العمدى والاعتداء غير العمدى فى الفقه الوضعى :

تجيز التشريعات الوضعية دفع كل خطر يعتبر جريمة والخطر قد يكون عمديا وقد يكون غير عمدى ، ولذلك فانه من المنطقى القول بجواز الدفاع ضد الاعتداء غير العمدى .

(١) نهاية المحتاج — الجزء السابع ص ٢٢٥ ، الفنى لابن قدامة — الجزء التاسع ص ٢٢٠ ، تبين الحقائق للزبلى الجزء السادس ص ٩٧ — بدائع المستفيع — الكاسانى — الجزء السابع — ص ٢٢٤

(٢) التشريع الجنائى لاسلامى — الجزء الاول — المرجع السابق — ص ٤٢٢ ، والجزء الثانى — ص ١١٠ ، ١١١

ولتصوير الدفاع ضد الاعتداء غير العمدى نسوق الأمثلة الآتية :

١ - انطلاق قائد السيارة بسرعة فائقة تهدد حياة الركاب والمارة بالخطر ، وفى هذه الحالة يجوز منعه من القيادة أو إبعاده فسرأ عنها دفاعا عن حق الناس المهدد بالخطر (١) .

٢ - إذا أخطأ الطبيب فملاً المحقن الذى سيحقن به المريض الذى يجلس أمامه ، بمادة سامة بدلا من المصل المخصص للعلاج فإنه يمكن للمريض الذى يلاحظ خطأ الطبيب أن يمنعه من حقنه بالمادة السامة وللغير أيضاً هذا المنع دفاعا عن نفس المريض ضد هذا الاعتداء غير العمدى من الطبيب .

٣ - إذا صوب شخص بندقية ليصطاد بعض الطيور فى حديقة كائنة بين المساكن ، فلاحظ آخر أن خلف الشجرة التى صوب الصائد بندقيته نحوها طفل يقف فى الشرفة فى امتداد اتجاه المقذوفات مما يحتمل معه أن يصيبه أحدها ، فإن الشخص الذى لاحظ ذلك يستطيع أن يمنع الصائد بالقوة عن مواصلة صيده دفاعا عن سلامة هذا الطفل .

ويشترط لامكان دفع الخطأ غير العمدى أن يكون معاقبا عليه فى القانون ، أما إذا كان الفعل لا يعاقب عليه قانون العقوبات فإنه لا يجوز دفعه إذ لا يصدق عليه أنه فعل يعتبر جريمة وهو ما تتطلبه المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى ، ومثال ذلك الاتلاف غير العمدى لمنقول مملوك للغير إذ لا يجوز الدفاع ضد خطر وقوعه لأنه لا يعتبر جريمة فى القانون المصرى (٢) .

وخلاصة القول أن الفقه الإسلامى ، والفقه الوضعى لا يتعرضان إلى الغالب لموضوع الخطأ غير العمدى عند تناولهم لموضوع دفع الصائل « الدفاع الشرعى » وإنما نرى جواز دفعه إذا كان بشكل خطر ارتكاب جريمة فى الفقه الإسلامى أو الفقه الوضعى على السواء .

وبذلك تكون قد انتهينا من المبحث الأول الذى خصصناه لطبيعة الاعتداء وعناصره ، وتتناول فى المبحث التالى شروط الاعتداء .

المبحث الثانى

شروط الاعتداء

يشترط فى الاعتداء الذى يمكن دفعه شرطان ، أن يكون غير مشروع ، وأن يكون خطر هذا الاعتداء حالا .

(١) دى لوجو - أسباب الإباحة - المرجع السابق - رقم ٤١ ص ١٠٢

(٢) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٨١

وتخصص لكل من هذين الشرطين مطلباً على الوجه التالى :

المطلب الاول : عدم مشروعية الاعتداء

المطلب الثانى : حلول خطر الاعتداء

المطلب الاول **عدم مشروعية الاعتداء**

يشترط فى الاعتداء الذى يمكن دفعه ان يكون غير مشروع ، وتنص على هذا الشرط اغلبية التشريعات العربية وان اختلفت الفاظها (١) .

فاذا كان الاعتداء مشروعاً كأن يكون صادراً من له حق التأديب فانه لا يجوز الدفاع ضده ، ويثير شرط عدم مشروعية الاعتداء تطبيقات عدة اهمها فعل غير المسئول وهجوم الحيوان ، والفعل المباح ، وفعل المعذور واعتداء مأمور الضبط ، واعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية . وهو ما يقتضى ان نتناول بالبيان موقف كل من الفقه الاسلامى والفقه الوضعى من هذه التطبيقات .

وعليه نقسم الدراسة الى ستة فروع :

الفرع الاول : فعل غير المسئول .

الفرع الثانى : هجوم الحيوان .

الفرع الثالث : الفعل المباح .

الفرع الرابع : فعل المعذور .

الفرع الخامس : اعتداء مأمور الضبط .

الفرع السادس : اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية .

الفرع الاول

فعل غير المسئول

فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

يقصد بفعل غير المسئول من توفر لديه عارض من عوارض الأهلية ، يؤثر فى مسئوليته كصغر السن ، والجنون والاكراه .

(١) فقد عبر القانون المصرى فى الماذ ٢٤٦ لعبارة « كل فعل يعد جريمة » ،

واستعمل القانون اللبنانى المادة ١٨٤ وكذلك القانون الاردنى فى المادة ١/١٥٥ عبارة غير معق ولا ماثار .

وقد اختلف ائمة الفقه الاسلامى ، كما اختلف فراح القانون الوضعى فى دفع صيال « الاعتداء » غير المسئول ، ونعرض لآراء الفقهاء والشرائح على النوالى .

١ - فعل غير المسئول فى الفقه الاسلامى :

يثير صيال غير المسئول التساؤل عما اذا كان يمكن دفعه من عدمه . وتختلف الاجابة بين الفقهاء على اقوال ثلاثة :

القول الاول : وهو قول الجمهور « المالكى ، الشافعية ، الحنابلة وهم لا يفرقون فى دفع الصيال بين من هو اهل لتحمل المسؤولية الجنائية ، وبين من ليس اهلا لتحملها فالعبرة عندهم بالصيال وخطر الاعتداء . ويستتبين هذا الراى بعرض ما جاء فى كتب المذاهب فبالنسبة للمذهب المالكى ، جاء فى تبصرة الحكام « ويجوز دفع الصائل عن النفس والاهل والمال كان الصائل صبيا او مجنونا » (١) كما جاء فى شرح منح الجليل « وجاز اى لا يمنع دفع آدمى مكلف او صلبى او مجنون (٢) وعند الشافعية جاء فى شرح المحلى على منهاج الطالبين له اى الشخص دفع كل صائل وصلى ومجنون (٣) كما جاء فى اسنى الطالب يجوز للمصول عليه وغيره دفع كل صائل من آدمى مكلف او غيره (٤) وعند الحنابلة جاء فى المغنى « ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه وغير المكلف كالمكلف فى هذا » (٥) .

القول الثانى : وهو راى الامام ابو يوسف من الاحناف حيث يرى ان فعل الصبى والمجنون معتبر فى الجملة (٦) لان فعلها جريمة ، ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الادراك (٧) ، ومعنى ذلك ان صيال الصبى والمجنون

(١) تبصرة الحكام - بهامش فتح العلى المالك - الجزء الثانى - ص ٢٥٦ مطبعة الطبى ١٢٧٨ هـ - ١٩٥٨ م .

(٢) شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عيش - المطبعة المامرة ١٢٩٢ هـ ص ٥٦١ ، وفى نفس المعنى تهذيب الفروق للشيخ محمد على بن الشيخ حسين

مطبوع بهامش الفروق للقراقى - الطبعة الاولى ١٣٤٦ هـ الجزء الرابع ص ٢١١

(٣) شرح جلال الدين محمد بن احمد المحلى على منهاج الطالبين للنووى الجزء الرابع - الطبعة الثالثة - مطبعة الطبى ١٣٧٠ هـ - ١٩٥٦ بهامش الفيومى وعميرة ص ٢٠٦ .

(٤) اسنى الطالب - المرجع السابق - الجزء الرابع - ١٣١٢ هـ ص ١٦٦ ١٣٨٤

(٥) المغنى لابن قدامه - الجزء الثامن - طبعة المار - ١٣٦٧ هـ - ص ٢٢٩ ،

نفس المغنى فى كشف القناع - الجزء الثانى - ١٣١٩ هـ - ص ٩٢

(٦) تكملة البحر الرائق - الجزء الثامن ص ٣٤٤ ، تبين الحقائق - الجزء السادس

ص ١١٠ .

(٧) التشريع الجنائى الاسلامى - الجزء الاول - المرجع السابق - ص ٤٧٦ .

يسقط عصمتها ، فاذا استوجب الدفاع قتلها فلا شيء على قاتلها جاء في تكملة البحر الرائق « وعن أبى يوسف رحمه الله » لا تجب الدية في الصبي والمجنون (٧) فالإمام أبو يوسف في هذا مع الجمهور .

القول الثالث : وهو مذهب الاحناف عدا الإمام أبى يوسف وعندهم يجب الضمان في دفع صيال الصبي والمجنون ، لأن الفعل من الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة لعدم الاختيار ومن ثم لا تسقط العصمة ، فاذا قتل المصلول عليه الصائل الصبي أو المجنون لا يجب القصاص لوجود السبب المبيح وهي الضرورة الملجئة (٢) التي لا تعفى من الضمان، وأن أعفى من العقاب . وقد جاء في تكملة البحر الرائق « وأن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية وعلى هذا الصبي » (٣) كما جاء في الفتاوى الهندية على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان « وأن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وعلى هذا الصبي » (٤) .

٢ - فعل غير المسئول في الفقه الوضعي :

اختلف شراح القانون الوضعي في جواز الدفاع ضد اعتداء غير المسئول ، فذهب فريق من الشراح الى وجوب توافر جميع أركان الجريمة، بما فيها الركن المعنوي سواء تمثل هذا الركن في القصد الجنائي أو في الخطأ غير العمدى ، ومن ثم لا يجوز الدفاع الشرعى ضد غير المسئول كالصبي والمجنون لأن فعلهما لا يوصف بعدم المشروعية ، وإنما تقاوم أفعال غير المسئول على أساس حالة الضرورة (٥) لأن حالة الضرورة تتوافر إزاء خطر لا يعتبر جريمة بينما يشترط في الدفاع الشرعى أن يكون لمواجهة خطر يعتبر جريمة .

وذهب فريق من الفقه الى القول بالدفاع الشرعى ضد غير المسئول، لأنه يلزم التفرقة بين عدم المشروعية الذاتية للفعل وبين حق الدولة في

(١) تكملة البحر الرائق - الجزء الثامن - ص ٢٤٤ .

(٢) التشريع الجنائي الاسلامي - المرجع السابق - ص ١٧٦ .

(٣) تكملة البحر الرائق - الجزء الثامن - المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٤) الفتاوى المالكية المعروفة بالفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة

النعمان - طبعة ١٢٨٢ هـ - الجزء السادس ص ٧ .

(٥) من هذا الرأي في الفقه المصرى استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى -

القسم العام - المرجع السابق - ص ٢١٢ ، وفي الفقه الفرنسى دى لوجو - اسباب

الإباحة - المرجع السابق - ص ٢٨١ وما بعدها ، جارسون الجزء الثانى - المرجع

السابق - المادة ٣٢٨ رقم ٩٦ ص ١٦٥ .

M. Hugenez - cours de droit criminel. Paris 1950 — P. 9

G. Stéfani et G. Levasseur — Droit pénal general et procedure penal;

T : I Paris 1964 No. 139 P. 133.

العقاب ، وانفعال غير المسئول تعتبر أفعالا غير مشروعة في ذاتها وإن انعدم حق الدولة في العقاب لعدم الإدراك ، ومن ثم فانه من الناحية الموضوعية تعتبر الأفعال الصادرة من غير المسئول جريمة تجيز الدفاع الشرعى (١) .

والراجع عندى هو الرأى الثانى — لأن اسباب الاباحة موضوعية لا تتوقف على أهلية الجانى ، والمقصود باعتبار الاعتداء غير مشروع هو اكتساب الفعل وصف عدم المشروعية باعتباره جريمة فى القانون بصرف النظر عن مسئولية مرتكبة وهو ما يكفى لقيام عدم المشروعية كشرط من شروط ركن الاعتداء فى الدفاع الشرعى ولأن رد الاعتداء ليس من قبيل العقاب وانما هو دفاع ضد هذا الاعتداء ، كما أن الرأى الأول لا يجدى المعتدى عليه فى دفع الاعتداء على المال والاعتداء غير الجسيم ، حيث لا تتوفر بالنسبة لهما شروط حالة الضرورة طبقا للقانون المصرى فضلا عن أن هذا الرأى يتفق مع رأى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وأبى يوسف من الأحناف (٢) .

وجماع القول أن فعل غير المسئول قد اثار خلافا فى كل من الفقه الإسلامى ، والفقه الوضعى ، فرأى الأحناف عدا أبى يوسف أن فعل غير المسئول لا يوصف بالحرمة أى بعدم المشروعية لعدم الاختيار الصحيح ، وهو ما ذهب اليه الرأى الأول فى الفقه الوضعى ، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الأحناف الى جواز دفع الصائل غير المسئول وهو ما ذهب اليه الدأى الراجع فى الفقه الوضعى .

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة - طبعة ١٩٥٢ ص ١٩١
شرح قانون العقوبات اللبنانى - القسم العام - لاستاذنا الدكتور محمودنجيباحسنى
- المرجع السابق ص ٢٢٢ - الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى
- المرجع السابق ص ٢٨٠ ، والدكتور أحمد فتحى سرور - اصول قانونالعقوبات -
القسم العام - ١٩٧٢ س ٢٥٥ . وفى الفقه الفرنسى جارو - المسؤل ١٩١٤ - الجزء
الثانى - المرجع السابق ص ٣٣ .

J. A. Roux cours de droit criminel Francais T. I Paris
1927 — P. 188.

فيدال ومانيول - المرجع السابق - طبعة ١٩٢٨ رقم ٢٠٤ مكرر ص ٢٢٢ - طبعة
١٩٤٧ رقم ٢٠٤ مكرر ص ٣٦٤ - شرح قانون العقوبات الجزائرى الدكتور رضا فرج -
المرجع السابق - ص ١٦١ . قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية - الدكتور
حسن صادق المصفاوى - المرجع السابق - ص ١٤٧

(٢) راجع ما سبق ص ١٦٨

الفرع الثانى

هجوم الحيوان (١)

فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى

على النحو الذى اثاره فعل الآدمى غير المسئول من خلاف فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى من حيث جواز الدفاع الشرعى لمواجهة افعاله غير المشروعة ، فقد اثار الدفاع ضد هجوم الحيوان خلافا فى الفقهاء الإسلامى والوضعى ، ونعرض موقف كل منهما على التوالى :

١ - هجوم الحيوان فى الفقه الإسلامى :

اثار الدفاع الشرعى ضد هجوم الحيوان خلافا فى الفقه الإسلامى فالجمهور يرى التسوية بين هجوم الحيوان وفعل الآدمى غير المسئول ، أما أبو يوسف فقد فرق بين صيال الصبى والمجنون وصيال الدابة فقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى جواز دفع الحيوان الصائل (١) وهو رأى الاحناف (٢) وخالفهم أبو يوسف حيث رأى أن فعل الصبى والمجنون معتبر فى الجملة لهذا اذا اتلفا مالا أو نفسا وجب عليهما الضمان بخلاف فعل الدابة لأنه غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر فى حق وجوب الضمان لأن

(١) الفرض أن يكون هجوم الحيوان تلقائيا ، أما اذا كان هجوم الحيوان نتيجة تحريض من أحد فإن الدفاع الشرعى يكون قائما بلا نزاع ، لأن الحيوان فى هذه الحالة يكون مجرد آلة مستخدمة فى الاعتداء - جارى - المطول - المرجع السابق - الجزء الثانى رقم ٤٤٧ ص ٣٣ ، شرح قانون العقوبات للأبناي - استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٢٢٣ - نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق - ص ١٧٤ ، شرح قانون العقوبات الليلى - القسم العام - الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى - طبعة ١٩٧٢ - ص ١٧١

(٢) راجع عند المالكية : تبصرة الحكام - المرجع السابق ص ٢٥٦ ، شرح منسج الجليل - المرجع السابق - ص ٥٦٢ ، تهذيب الفروع - الجزء الرابع - المرجع السابق - ص ٢١٢ ، عند الشافعية ، الأم - الجزء السادس - المرجع السابق - ص ١٧٢ ، شرح المحلى - الجزء الرابع - المرجع السابق ص ٢٠٦ ، أسنى المطالب الجزء الرابع - المرجع السابق - ص ١٦٦ . وعند الحنابلة : المنى لابن قدامة - الجزء الثامن - المرجع السابق ص ٣٢٨ ، كشاف القناع - الجزء الثانى - المرجع السابق ص ٩٢ ، منتهى الإرادات - الفتوحى الحنبلى الشهير بابن النجار - تحقيق عبد المنى عبد الخالق - التسم الثانى ص ٤٩٣ - مكتبة دار العروبة ١٩٦٢ .

(٣) تبين الحقائق - الجزء السادس ص ١١٠ ، تكملة البحر الرائق - الجزء الثامن - المرجع السابق - ص ٣٤٤ ، حاشية ابن عابدين الجزء الخامس - المرجع السابق ٣٨٢ ، ٣٩٢ .

المعجم جبار وكذا عصمتها بحقهما وعصمة الدابة لحق المالك ، فكان فعلهما مستقلاً لعصمتها فلا يضمنان ، وتضمن الدابة (١) .

ومعنى ذلك أنه ينظر الى العصمة (٢) ، فصيال الصبى والمجنون أبطل عصمتها ، ولكن عصمة الدابة لحق مالكها ولذلك لم يسو الامام أبو يوسف بين صيال الدابة ، وصيد الصبى والمجنون مراعاة لحق مالك الدابة .

٢ - هجوم الحيوان فى الفقه الوضعى :

اختلف شراح القانون الوضعى فى الدفاع الصادر ضد هجوم الحيوان ، فأجاز البعض الدفاع الشرعى ضد هجوم الحيوان على أساس أن الدفاع الشرعى فعل دفاع عن حق يحميه القانون ولا يعتبر مساهمة فى تحقيق العدالة الاجتماعية (٣) .

وذهب البعض الى أن دفع هجوم الحيوان أساسه حالة الضرورة عند توافر شروطها وليس الدفاع الشرعى ، لأن الدفاع الشرعى يستلزم عدم مشروعية الاعتداء وهو ما لا يتوافر فى هجوم الحيوان (٤) .

ويرى أغلب الفقه فى مصر أن من يهاجم حيوان يستطيع أن يدفع هذا الهجوم على نفسه أو ماله دون أن يكون مسئولاً جنائياً لعدم توافر أركان جريمة قتل الحيوان أو الاضرار به ضرراً كبيراً بدون مقتضى والمنصوص عليها فى المادتين ٣٥٥ ، ٣٥٧ من قانون العقوبات المصرى ، لأن وجود خطر هجوم الحيوان هو المقتضى لقتل الحيوان أو الاضرار به (٥) ، وهذا رأى أفضل من تبرير دفع هجوم الحيوان على أساس

(١) النص الوارد بالمتن جاء فى تكملة البحر الرائق - الجزء الثامن - المرجع

السابق ص ٣٤٤ ، تبين الحقائق - الجزء السادس ص ١١٠ .

(٢) وهو ما يؤكد نظرية بطلان العصمة التى طرحناها كأساس للدفاع الشرعى -

راجع النظرية فى موضعها من الباب التمهيدى من الرسالة - ص ١٢٣

(٣) راجع المرجع السابق ص ١٨٨ ، J. Grandmoulin،

Le droit Pénal Egyptien indigène. Tome Second. Le

Caire 1908 P. 394.

(٤) جارسون - الجزء الثانى - طبعة ١٩٥٦ مادة ٣٢٨ رقم ١١١ ، ١١٢ ص ١٦٧،

فيدال وماثيول - المرجع السابق - الجزء الاول رقم ٢٠٤ مكرر ص ٣٢٢ ، هامش ص ٣٣٣ ، شرح قانون العقوبات الليبى - القسم العام - المرجع السابق - ص ١٧١ .

(٥) الدكتور السعيد مع "نى السعيد - الاحكام العامة - المرجع السابق ص ١٩٣

واستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق هامش (١)

ص ٢١٢ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) المرجع

السابق ص ٢٠٨ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٥٨

حالة الضرورة لان المقتضى يتوافر سواء كان خطر هجوم الحيوان على النفس أو المال بينما يشترط فى حالة الضرورة ان يكون الخطر جسيميا وعلى النفس فقط (١) .

وذهب رأى الى ان ما قرره القانون المصرى يكاد يتفق مع ما يقول به جمهور الفقهاء ، لأن المقتضى دفع خطر الحيوان ووقاية النفس أو المال من شره واذاه ، بفض النظر عن الوصف القانونى لهذا الخطر (٢) . وهذا الرأى فى نظرنا محل نظر لأن جمهور الفقهاء — كما سبق ان راينا — يعتبر دفع هجوم الحيوان من قبيل دفع الصائل «الدفاع الشرعى» وهو ما يتفق مع الرأى الأول فى الفقه الوضعى اما القانون المصرى فقد اعتبر عدم وجود المقتضى ركنا فى الجريمة فاذا توافر المقتضى وهو هجوم الحيوان لم ينطبق النص ، وفرق بين الدفاع الشرعى باعتباره سببا من اسباب الاباحة ، وبين عدم انطباق النص الجنائى (٣) .
واما الرأى القائل بالاستناد الى حالة الضرورة فى الفقه الوضعى فيكاد يقترب من رأى الامام أبى يوسف الذى قال بالضمان ، والضرورة فى الفقه الوضعى لا تسقط الضمان « التعويض المدنى » .

الفرع الثالث

الفعل المباح

فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

يشترط فى الاعتداء ان يكون غير مشروع ، فاذا كان الفعل مباحا فلا قيام للدفاع الشرعى ، ولا خلاف بين الشريعة والقانون فى وجوب عدم مشروعية *illégitime* الاعتداء .. ولكن يأتى الخلاف فى نطاق الاباحة .

ونتناول الفعل المباح فى الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى تباعا .

١ - الفعل المباح فى الفقه الاسلامى :

اذا كان الفعل مما تبيحه او توجبه الشريعة ، وقام به صاحب الحق فيه ، فانه لا يعتبر اعتداء غير مشروع يخول لمن يوجه اليه الرد عليه ،

(١) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - الدكتور فوزية عبد الستار - المرجع السابق - ص ١٨٥ .

(٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق ص ١٧٥ .

(٣) راجع فى التمييز بين اسباب الاباحة والاباحة الاصلية ، اسباب الاباحات

انطباق النص الجنائى - ما سبق ص ٢٩ - ٤٠ .

لأنه عندئذ يعتبر استعمالاً لحق أو أداء لواجب (١) طالما كانت مباشرة الحق أو أداء الواجب في حدود ما قررتة الشريعة الفراء (٢) .

فمن يستعمل حقه في التأديب وفي الحدود التي رسمتها له الشريعة الفراء لا يعتبر ما يقوم به اعتداء غير مشروع يبرر الدفاع ومثال ذلك الأب الذي يضرب ولده يقصد تأديبه . والمعلم إذا ضرب الصبي بقصد تهذيبه وتعليمه ، والزوج إذا ضرب الزوجة استعمالاً لحقه في التأديب ، ففي هذه الصور جميعاً لا يتوافر شرط عدم مشروعية الاعتداء مادام صاحب الحق لم يتجاوز الحدود المقررة لاستعمال الحق .

وكذلك من يقوم بأداء واجبه لا يعتبر ما يؤديه اعتداء غير مشروع يبرر الدفاع ، ومثال ذلك الجلاد الذي يجلد الزاني ، أو يقطع يد السارق ، وكذلك ولي الأمر الذي يستوفى القصاص فكل هؤلاء لا يعتبر فعلهم اعتداءً ، لأنهم يقومون بأداء الواجب المقرر شرعاً . وليس للصائل أن يرد المصول عليه ويحتج بأنه كان يدافع عن نفسه مادام المصول عليه لم يتجاوز حدود الدفاع (٣) .

وهكذا فإن كل الحقوق والواجبات التي قررتها الشريعة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم ، لا تعتبر اعتداء غير مشروع يبرر الدفاع فليس للمحكوم عليه بحد أو قصاص أن يدفع تنفيذها فيه (٤) وقد صرح فقهاء الحنابلة بذلك فجاء في منتهى الإرادات « ومن أدب ولده أو زوجته في نشوز أو معلم صبية ، أو سلطان رعيته ولم يسرف فتلّف لم يضمنه » (٥) .

٢ - الفعل المباح في الفقه الوضعي :

يجب أن يكون الاعتداء غير مشروع ، لأن القانون لا يجرم فعلاً يبيحه أو يأمر به . فمن يتحمل ضرراً قانونياً لا يكون له الحق في دفعه (١) وإلا انتهكت القاعدة القانونية من أساسها لأنه لا يتصور أن يبيح القانون مقاومة أفعال يأمر بها أو يبيحها .

فأسباب الإباحة جميعها تعتبر أعمالاً مشروعة لا يجوز لمن تستعمل حياله أن يردها محتجاً بأنه كان في حالة دفاع شرعي إذ لا محل للدفاع

(١) التشريع الجنائي الإسلامي - الجزء الأول - ص ٤٧٩

(٢) نظرية الدفاع الشرعي - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٥٨

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي - الجزء الأول - ص ٤٧٩ ، ص ٤٨

(٤) أهلية العقوبة - رسالة دكتوراه - الدكتور حسين أحمد توفيق رضا ١٩٦٤

ص ٢١٨ .

(٥) منتهى الإرادات - الفتوحى الحنبلى - القسم الثانى - المرجع السابق -

ص ٤٢٧ .

(٦) جارسون - المرجع السابق - الجزء الثانى - مادة ٣٢٨ رقم ٧١ ص ١٦٣

طبعة ١٩٥٦

الشرعى طالما أن الخطر مترتب على فعل مشروع ، فلا يجوز للابن أن يقاوم والده الذى يضربه استعمالا لحقه فى تأديبه ولا يجوز مقاومة الطبيب الذى يجرى عملية جراحية استعمالا لحقه المقرر فى التطبيق والعلاج ، وهكذا سائر تطبيقات استعمال الحق التى نصت عليها التشريعات الوضعية كل فى نطاق تطبيقه ومنها المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصرى (١) .

ومن أوضح التطبيقات « الدفاع الشرعى » . فاللص لا يجوز له أن يرد دفاع صاحب المنزل ويستند الى أنه كان فى حالة دفاع شرعى وهو ما يعبر عنه الفقه بأنه « لا دفاع ضد الدفاع » (٢)

Il n'y a pas de Légitime defense contre de la légitime défense

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الاتجاه (٣) .

ولا يعتبر اعتداء غير مشروع إذا كان أداء لواجب فرضه عليه القانون فلا يجوز لمن يكون محبوسا بوجه قانونى أن يعتدى على حارسه مستندا الى أنه فى حالة دفاع شرعى عن حريته . وفى هذا تقول محكمة النقض « أن الدفاع عن الحرية لا يباح حيث يكون لتقييدها موجب قانونى ، فالتهم المحبوس حبسا قانونيا إذا اعتدى على من يكون قائما بتنفيذ القانون ليتخلص من الحبس فإنه يستحق العقاب وليس له أن يحتج فى هذا الصدد بمبدأ الدفاع الشرعى عن النفس » (٤) .

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة - طبعة ١٩٥٢ ص ١٩٢ ، الدكتور مامون سلامة - القسم العام - ص ٢١ ، قواعد المسؤولية الجنائية فى التشريعات العربية - الدكتور حسن صادق الرصفوى - طبعة ١٩٧٢ ص ١٤٣ ، شرح قانون العقوبات الليبى - الأولى - المرجع السابق ص ١٦٨ ، الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - الدكتور بسر انور على - المرجع السابق ص ٢٢٢ ، الدكتور محمد مصطفى القللى فى المسؤولية الجنائية - المرجع السابق - ص ٢٢٧ ، الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى - المرجع السابق ص ٢٩٧ ، محمود ابراهيم اسماعيل القسم العام - المرجع السابق - ص ٤٢٧ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٠٤ ، الدكتور رءوف عبيد - المرجع السابق ص ٥٢٧ فيدال ومانبول - المرجع السابق طبعة ١٩٢٨ رقم ٢٠٤ ص ٢٢٢ .

(٢) محاضرات عن النظرية العامة فى قانون العقوبات السورى - الدكتور عنان الخطيب طبعة ١٩٥٧ ص ١١٧ ، جرانمولان - المرجع السابق - الجزء الثانى - رقم ١٦٠٤ - ص ٣٩٥ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٢٠٤ ، الدكتور فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ١٨٦

(٣) راجع حكم النقض ١٩٣٠/١١/٢٧ سالف الذكر ص ٢٠٢

(٤) نقض ١٦ ابريل ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الثانى رقم ٢٣٦

ويرى البعض وجوب مراعاة شروط الإباحة وقيودها فإذا تخلف شرط من شروطها ، أو تجاوز صاحب الحق حدود استعماله فإن التجاوز يعتبر عملاً غير مشروع يجوز دفعه استناداً للدفاع الشرعى (١) .

ويرى البعض أن المعتدى لا يعتبر فى حالة دفاع شرعى إذا جاوز المعتدى عليه حدود الدفاع الشرعى ، لأن المعتدى هو الذى وضع نفسه فى هذه الظروف التى عرضته للاعتداء ، وما قامت هذه الظروف إلا بسبب عدوانه ، ثم أن الدفاع من المعتدى غير لازم لأنه كان يستطيع أن يتفادى هذا الموقف من أول الأمر بعدم الاعتداء على غيره (٢) .

والرأى الأول يتفق مع غالبية التشريعات العربية فهى لا تشترط إلا أن يكون المعتدى عليه هو الذى أنشأ الوضع الذى اضطر فيه المعتدى الى أتيان الفعل الذى تهدده بالخطر ، وإما الرأى الثانى فيتفق مع قوانين لبنان وسوريا والأردن التى تشترط أن يكون التعرض غير مثار ، فالذى يضع نفسه فى الظروف التى عرضته للخطر لا يقبل منه الاحتجاج بأنه كان فى حالة دفاع شرعى (٣) .

والخلاصة أن الفقه الإسلامى والفقه الوضعى يشترطان عدم مشروعية الاعتداء ، ولكن قد تختلف التطبيقات وفقاً لاختلاف نظرة كل منهما للتجريم ونطاق المشروعية وعدم المشروعية ، فمثلاً قتل الزوج لزوجته حال تلبسها بالزنا أمر مشروع يعفى من العقاب فى الشريعة الإسلامية باعتباره عذراً معفياً ، بينما يعتبر فعل الزوج فى القانون المصرى عذراً مخففاً للعقوبة ، لا ينفى وصف عدم مشروعية الفعل وهو ما سنتناوله تفصيلاً فى الفرع التالى .

(١) الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى - المرجع السابق ص ٢٨٠ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) المرجع السابق ص ٢٠٥ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق ص ١٩٢ . . . وجارو - المطول - المرجع السابق رقم ٤٤٧ ص ٣٠ وجرانمولا ن المرجع السابق رقم ١٦٠٤ ص ٢٤٧ وراجع :

Commentary en Egyptien criminal law, by Goodby, Government press, Cairo 1924. Part I No. 6 P. 191.

(٢) جارسون - المرجع السابق - طبعة ١٩٥٦ مادة ٣٢٨ رقم ٨٩ ، فيمالومانيول - المرجع السابق - رقم ٢٠٥ ص ٢٢٣

(٣) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - أصول قانون العقوبات فى الدول العربية - المرجع السابق ص ٥٤ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات اللبنانى - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، محاضرات عن النظرية العامة فى قانون العقوبات السورى - الدكتور عنان الخطيب ص ١١٧

الفرع الرابع

فعل المعنور

فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى

يختلف العذر عن سبب الإباحة فى أن الأول لا يرفع الصفة غير المشروعة عن الفعل . وتنقسم الأعذار القانونية فى القانون المصرى الى أعذار معفية من العقاب فى جرائم معينة (١) ، وأعذار قانونية مخففة للعقاب (٢) .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية هذين النوعين من الأعذار (٣) وأن اختلفت الشريعة الإسلامية عن القانون فى التطبيقات فقد تعتبر الشريعة عذرا معينا من قبيل الأعذار المعفية بينما يعتبره القانون الوضعى مجرد عذر مخفف ، والمثال الواضح لذلك العذر المقرر للزوج عند مشاهدته زوجته متلبسة بالزنا والمنصوص عليه فى المادة ٢٣٧ من القانون المصرى . ونظرا للخلاف بين الشريعة والقانون فى هذا فقد آثرنا أن نفرده بالبحث حتى يتبين مدى سمو الشريعة وعدالتها ومدى مجاناة التشريع الوضعى للعدالة وهو ما اعترف به البعض من شراح القانون الوضعى (٤) . ونعرض للعذر المقرر للزوج فى الفقه الإسلامى ، والفقه الوضعى ثم رأينا فى عدم دستورية نص المادة ٢٣٧ من القانون المصرى .

١ - عذر الزوج المتلبسة زوجته بالزنا فى الفقه الإسلامى :

أقرت الشريعة الفراء الدفاع عن العرض بنصوص صريحة (٥) ، ولم تقتصر ذلك على الزوج فقط كما نعمت غالبية التشريعات الوضعية وإنما أقرته للأب والأخ ، وجميع الأقارب الذين يتدنس عرضهم من الجريمة ، وسأوت بين الزوج والزوجة فى تطبيق هذا العذر وهو ما انتهت اليه بعض التشريعات الحديثة كالتشريع الايطالى والتشريع البلجيكى (٦) .

(١) ومثال ذلك اعفاء المخبر للحكومة فى جريمة الاتاق الجنائى المنصوص عليها فى المادة ٤٨ من قانون العقوبات .

(٢) ومثالها ما يتعلق بصغر السن المنصوص عليه فى القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الاحداث .

(٣) التميز فى الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - الدكتور عبد العزيز عامر المرجع السابق ص ٤٩٣ - ٤٩٧

(٤) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - الدكتور فوزية عبد الستار - المرجع السابق ص ١٩٠

(٥) راجع ما يلى موضوع الاعتداء المبحث الثالث من هذا الفصل - ص ٢١٢

(٦) جريمة الزنا فى القانون المصرى والقانون - رسالة دكتوراه - الدكتور أحمد

حافظ نور - مطبعة نهضة مصر ١٩٥٨ ص ٣٩٥

(م ١٢ - الدفاع الشرعى)

ويشترط لاعفاء الزوج من العقاب :

- ١ - أن يكون القتل حال رؤية الزوجة وهى تزنى ، أما لو أخبره شهود أنهم رأوا الزوجة وهى تزنى ، فلا يجوز له قتلها .
- ٢ - أن تكون الزوجة مطاوعة لمن يزنى بها ، وليست مكرهة وهذا منطقي لأنها اذا كانت مكرهة تكون مفتتحة مسلووبة الارادة ، فيكون من الظلم قتلها (١) .

ورأينا فى هذا الحال أن القتل يكون من قبيل « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » الدفاع الشرعى العام فلا تقتصر الاباحة على الزوجة فقط وانما لكل مسلم أن يمارسه حال قيام المنكر وذلك بعد أن ينهاهما أولا فان لم يرتجعا جاز له القتل (٢) .

- ٢ - **عذر الزوج المتلبسة زوجته بالزنا فى الفقه الوضعى :**
تنص المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات المصرى على أنه « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة فى المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ »

ويشترط لاعمال هذا النص ما يلى :

- ١ - أن يكون القاتل زوجا للفاعلة فى الزنا ، فلا تطبق المادة ٢٣٧ على الزوجة التى تقتل زوجها حال تلبسه بالزنا ، على اقارب الزوج (٣)

- ٢ - مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا ، ولا يعنى ذلك وجوب مشاهدة الزوجة أثناء العمل الجنسى ، وانما يكفى أن تشاهد الزوجة أو شريكها فى ظروف لا تترك مجالا للشك فى أن الزنا قد وقع (٤) .

كما اذا شاهدها الزوج بغير سراويل وقد وضعت ملابسها الداخلية جوار بعض (٥) .

- ٣ - يشترط أن يحصل القتل فى نفس اللحظة à l'instant même التى يشاهد فيها فعل الزنا .

(١) جريمة الزنا فى القانون المصرى والقانون - المرجع السابق - ص ٢٩٧

(٢) راجع ما يلى فى القسم الثانى من الرسالة .

(٣) أساذنا اندكود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم

الخاص - الطبعة السابعة - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٥ ص ٢٣٦

(٤) نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ٢٠٧ ص ٥٦٦

(٥) نقض ١٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الخامس رقم

٨٠ ص ١٤٢ .

٣ - مجافاة التشريع الوضعى للعادلة :

يعتبر المخذر المقرر للزوج فى التشريع الوضعى من الأعذار المخففة ، وهذه الأعذار لا تمحو عن الفعل وصف عدم المشروعية ومن ثم يكون معاقبا عليه وان كانت العقوبة مخففة ، ونتيجة لذلك يكون للزوجة وشريكها اذا قاوما الزوج أن يستندأ الى انهما كانا فى حالة دفاع شرعى عن النفس (١)

ولتصوير مدى مجافاة التشريع الوضعى للعادلة نفترض ان الزوج الذى فاجأ زوجته بطلبسة بجريمة الزنا واراد قتلها هى ومن يزنى بها ، خرج ليحضر آلة ينفذ بها القتل ، وتصادف أن كان شريك الزوجة يحمل سلاحا ، فلما عاد الزوج ، عاجله هذا الشريك برصاصة من مسدسه فقتله ، فان القانون يعتبره فى حالة دفاع شرعى عن النفس ويبرأ من جريمة قتل الزوج ، ولما كان من غير الجائز أن ترفع الدعوى الجنائية نى جريمة الزنا الا بناء على شكوى من الزوج المجنى عليه (٢) ، فانه وقد قتل الزوج فلا تستطيع النيابة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية قبله ، وبذلك يكون شريك الزوجة الزانية قد زنا وقتل ووقف القانون الوضعى عاجزا عن تحقيق العدالة (٣) .

٤ - علاج الوضع غير العادل فى القانون الوضعى :

ازاء هذا الوضع غير العادل الذى لمسه شراح القانون الوضعى فقد فكر البعض فى علاج هذه النتيجة الشاذة غير العادلة .

فلاذهب رأى الى انه بقتل الزوج تعود للنياية العامة حريتها فى تحريك الدعوى وتعتبر شكوى الزوج قائمة ضمنا ، او ان يصدر تعديل تشريعى يتيح لأقرب اقرباء الزوج تحريك الدعوى الجنائية (٤) ويعيب هذا الرأى أنه وان ادى الى امكان معاقبة الشريك عن جريمة الزنا - وهى عقوبة هينة لينة فى القانون الوضعى - بالقياس لجسامة الجرم المرتكب - فانه لا يقدم حلا لمعاقبة الشريك عن جريمة قتل الزوج .

-
- (١) شرح قانون العقوبات الجزائرى - الدكتور رضا فرج - المرجع السابق ص ١٦٢ - فى المسؤولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى ص ٣٢٩ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - الدكتور فوزية عبد الستار - المرجع السابق ص ١٩٠ ، الموسوعة الجنائية - جندى عبد الملك - مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣١ الجزء الاول - ص ٥٢٣ ، الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٥٧ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) المرجع السابق ص ٢٠٧ .
- (٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم الخاص - أرجع السابق ص ٣٢٨ والمادة ٢٧٧ من قانون العقوبات ، المادة الثالثة من قانون الاجراءات .
- (٣) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٩٠ .
- (٤) جريمة الزنا - المرجع السابق - ص ٤٠٠ .

وذهب رأى الى ان افضل الحلول هو ان يتدخل المشرع بوضع نص قانونى يحقق العدالة ، على النحو الذى فعله قانون العقوبات اللبنانى — حيث نص فى المادة ١٨٤ على أن « يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار » فوفقا لهذا النص لا يكون للزوجة الزانية أو شريكها الاستناد للدفاع الشرعى لأن الفعل مثار من جريمة الزوجة وشريكها (١) .

والرأى عندى أن المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات يعد الدستور الجديد الصادر سنة ١٩٧١ والذى نصت مادته الثانية على أن مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع غدا غير دستورى — لأنه فضلا عن مجافاته للعدالة الأمر الذى اعترف به شراح القانون الوضعى كما أوضحنا ، يصادم مصادمة صريحة وخطيرة بمبادئ الشريعة مما يصمه بعيب عدم الدستورية وتكون مبادئ الشريعة الفراء هى الواجبة التطبيق .

الفرع الخامس

اعتداء مأمور الضبط فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

تضع التشريعات الوضعية قيودا على الأفراد فى مواجهتهم لاعتداء مأمورى الضبط وهم الذين عبرت عنهم الترجمة الفرنسية للمادة ٢٤٨ من القانون المصرى بعبارة *agent de l'autorité publique* وهم بذلك يختلفون عن الموظف العلمى *Fonctionnaire public* الوارد ذكره فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات ، والمقصود بمأمور الضبط كما نفول تعليقات الحقانية « فريق من موظفى الدولة وهم الذين يقومون بالضبطية القضائية والإدارية وينفذون أوامر الحكومة بالقوة الجبرية عند اللزوم . فيدخل فى ذلك أعضاء النيابة العمومية ، ورجال البوليس ورجال القوات المسلحة عند الاستعانة بهم » ويبرر البعض القيود التى يضمها القانون على الأفراد فى هذا الصدد بأن مأمورى الضبط يمثلون هيئة الحكومة وسلطانها ولأعمالهم طابع السرعة والبت (٢) .

ويرى البعض — دون أن يدلنا على مراجع الفقه الاسلامى — أن النص لا يخالف الشريعة باعتباره أمرا مسلما به (٣) . . ولذلك رأينا أن

(١) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى — المرجع السابق ص ١٩٠

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الأحكام العامة — طبعة ١٩٥٢ ص ٢٠٢

(٣) الدكتور يوسف قاسم — نظرية الدفاع الشرعى — المرجع السابق ص ٢٢٥

بدعم هذا الرأي الصحيح فنعرض الموضوع فى الفقه الاسلامى والفقه
الوضى على التوالى :

١ - اعتداء مأمور الضبط فى الفقه الاسلامى :

اذ قام مأمور الضبط القضائى وهو يمثل السلطان بعمله فى حدوده
المقررة ، فانه وفقا لمذهب الحنابلة لا يجوز الدفاع ضده لأن عمله يعتبر
مشروعا ، أما اذا خرج عن حدوده المقررة - خروجا واضحا فانه يكون
ممسولا ومن ثم جاز دفعه وقد عبر عن ذلك صاحب منتهى الارادات بقوله
« وذن ادب ولده أو زوجته فى نشوز أو سلطان رعيته ولم يسرف فتلف
لم يضمنه ، وان أسرف أو زاد على ما يحصل به المقصود ضمن » (١) ،
وهذا رأى يتفق مع المذهب الظاهرى فقد جاء فى المحلى لابن حزم تعليقا
على واقعة ما يؤيد عدم مسئولية مبعوث السلطان اذا لم يباشر ضربا أو
نطحا ، وانما تجب الدية اذا باشر شيئا من ذلك (٢) وخلاصة القول أن
بعض فقهاء المسلمين ذهبوا الى مشروعية أعمال مأمور الضبط « مبعوث
السلطان » مادامت هذه الأعمال فى حدودها المشروعة ولم تصل الى حد
الاسراف أو الزيادة على ما يحصل به المقصود .

(١) منتهى الارادات فى جمع المتن من التنقيح - للفتوحى الحنبلى - تحقيق

عبد الفنى عبد الخالق - المرجع السابق - القسم الثانى ص ٢٧

(٢) جاء فى المحلى ومسألة : من أفرعه السلطان فتلف قال على : روبا من طريق

عبد الرازق عن معمر عن مطر الوراق وغيره عن الحسن قال : ارسل عمر الى امرأة
مفنية كان يدخل عليها فانكر ذلك فقيل لها اجيبى عمر فقالت : ياويلها مالها ولعمر .

قال : فيبينما هى فى الطريق فزعت فقصها الطلق فدخلت دارا فالتقت ولدها فصاح
الصبي صيغتين فمات فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فاشار عليه
بعضهم أن ليس عليك شيء انما انت والى ومؤدب قال : وصبت على فاقبل عليه عمر
فقال ما تقول ؟ فقال : ان كانوا قالوا برايبهم فقد اخطأ رايهم وان كانوا قالوا فى هواك
فلم ينصحوك لك ارى ان دينه عليك لانك انت أفرعتها والتت ولدها فى سبيك فامر
عليها أن يقسم عقله على قریش يعنى يأخذ عقله من قریش لانه اخطأ .

قال أبو محمد : فالصحابة رضى الله عنهم قد اختلفوا ، فالواجب الرجوع الى
ما أمر الله تعالى به بالرجوع اليه عند التنازع اذ يقول (١) فان تنازعتم فى شيء فردوه
الى الله والرسول ، الآية ، فوجدنا الله تعالى يقول « كونوا قوامين بالقسط » . (ولكن
منكم امة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف) الآية ، وقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ان استطاع فان لم يستطع فبلسانه » فصح
ان فرضا على كل مسلم قدر على الامر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يأمر بالمعروف
وينهى عن المنكر ، ومن المحال أن يفترض الله تعالى على الائمة او غيرهم امرا ان لم
يعملوه عصوا الله تعالى ثم يؤاخذهم فى ذلك ووجدنا هذه المبعوث فيها بعث فيها بحق
ولم يباشر الباعث فيها شيئا أصلا فلا شيء عليه وانما كان يكون عليه دية ولدها لو
يشر ضربها أو نطحها وأما اذا لم يباشر فلم يجن شيئا أصلا » .

المحلى لأبى محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ادارة الطباعة المنيرية ١٣٥٢ هـ

الجزء الحادى عشر ص ٢٢٤ ص ٢٢٥ .

١ - اعتداء مأمور الضبط في القانون المصرى والفقه الوضعى :

نصت المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات المصرى على ما يأتى :
« لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تحظى هذا المأمور حدود وظيفته الا اذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول » .

ويأخذ بحكم هذه المادة القانون السودانى (المادة ٦٠) والقانون الليبي (المادة ٧٠ مكررة ١) والقانون العراقى (المادة ٤٦) (١) .

واذا القينا نظرة على التشريعات الأجنبية وجدنا أن التشريع الانجليزى لا يجيز مقاومة الفرد لرجل الشرطة أو استخدام القوة فى مواجهة تنفيذ الأوامر المخالفة للقانون الا اذا كان ذلك بقصد درء خطر جسيم يهدد النفس ، أما المشرع الايطالى فقد ذهب الى أنه اذا كان تصرف ممثل السلطة العامة مخالفا للقانون فإن المقاومة لا تعد جريمة (٢) .

ويمكن اجمال الشروط الواجب توافرها لحرمان الأفراد من مواجهة الاعتداء الصادر من مأمور الضبط استنادا للدفاع الشرعى وبعبارة أخرى شروط أعمال المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات المصرى وما يقابلها من التشريعات العربية فيما يلى :

الشرط الاول :

أن يكون ما يأتية مأمور الضبط مما يدخل فى واجبات وظيفته وأن تخفى حدود اختصاصه (٣) ، ومثال ذلك كما تقول تعليقات الحقانية أن يتبض مأمور الضبط على شخص بمقتضى أمر باطل لعدم استكمال الشكل القانونى أو أن يشاهد مأمور الضبط داخل دائرة عمله فعلا يظنه خطأ جريمة فى حالة تلبس ما تجيز له القبض بينما الفعل فى حقيقته عمل مشروع ، ففي هذين المثالين لا يجيز القانون للأفراد دفع أعمال مأمور الضبط بالقوة استنادا الى الدفاع الشرعى .

(١) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية . أساتذتنا الدكتور محمود محمود

مصطفى - الطبعة الاولى ١٩٧٠ ص ٥٥

(٢) النظرية العامة للمسئولية الشرطية - جنائيا واداريا - الدكتور فدى عبدالفتاح

الشهاوى - منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٤ ص ١٦٤ .

(٣) الدكتور سر أنور على - الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - المرجع

السابق - ص ٢٤٤ ، الدكتور محمد مصطفى القللى ، فى المسئولية الجنائية - المرجع

السابق - ص ٣٣١ ، شرح قانون العقوبات الليبي - المرجع السابق ص ١٨٢ ، خبطر

الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ١٩٨ .

أما إذا كان العمل لا يدخل أصلاً في اختصاصه فلا حظر على الأفراد في مواجهته استناداً إلى الدفاع الشرعى ، فإذا قبض مأمور الضبط على شاهد لأرغامه على الحضور للمالداء بمعلوماته أمامه . فالدفاع جائز لأن القبض على الشاهد لا يدخل في اختصاصه أصلاً (١) . وقد اشترطت محكمة النقض وجوب أن يكون العمل داخلًا في اختصاص مأمور الضبط ، ففى حكم لها تقول « أنه إذا كانت أعمال الاعتداء المسندة إلى الفاعلين قد وقعت فى أثناء قيام رجال البوليس وموظفى الأوقاف بهدم الجدار الذى أنشأته الطاعنة بالأرض المتنازع عليها ، وكان الهدم مما لا يدخل فى اختصاص أولئك الموظفين ، فإنه لم يكن ثمة ما يمنع من دفع عدوانهم ولا يغير من ذلك أن الأمر بالهدم قد صدر من النيابة العمومية لأن النيابة لا تملك - بحسب اختصاصها - إصدار مثل هذا الأمر فإن الهدم لا يجوز إلا بحكم قضائى » (٢) .

الشرط الثانى :

أن يكون مأمور الضبط حسن النية ، ويقصد بحسن النية أن يكون معتقداً أن العمل مشروع ، ولكن تنقصه الأسباب المعقولة التى يستند إليها فى اعتقاده (٣) . وبعبارة أخرى يقصد بحسن النية *de bonne foi* اعتقاد مأمور الضبط أن عمله فى حدود القانون (٤) ، ودخلاً فى نطاق اختصاصه الوظيفى ، ومثال ذلك أن يقبض على شخص برىء معتقداً أنه هو الذى صدر أمر القبض عليه وجارى البحث عنه ، أو أن يحبس انسان بدون وجه حق معتقداً أنه المراد بأمر الحبس الصادر إليه من النيابة (٥) ، فإذا لم يتوافر حسن النية لدى مأمور الضبط كأن يقبض على انسان ويحبسه لأجباره على تحقيق مصلحة خاصة له ، أو أن يخالف القانون مخالفة صريحة بأن يعذب المتهم أو يبتك عرضه (٦) جاز للأفراد دفع أعماله استناداً إلى الدفاع الشرعى .

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) المرجع السابق - ص ٢٢٩ ، شرح قانون العقوبات الليبى - القسم العام - الدكتور احمد عبد العزيز الالفى - المرجع السابق ص ١٨٢ .

(٢) نقض ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم ٦١٦ ص ٧٦٨

(٣) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق ص ٢١٧ .

(٤) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - المرجع السابق - ص ٢٢٨ .

(٥) الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٢٢

(٦) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة - المرجع السابق ص ٢٠٤

استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - المرجع السابق

ص ٢٢٨ ، الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٢٣ - جرانمولان

- المرجع السابق - رقم ١٦١٣ - ص ٤٠٠

الشرط الثالث :

أن يكون فى أعمال مأمور الضبط ما يخشى منه موت أو جروح بالغة وكان لهذا التخوف أسباب معقولة .

وهذا شرط منطقى (١) ، لأنه لا يقبل أن يحرم الأفراد من الدفاع الشرعى وقد بلغت أعمال مأمور الضبط هذه الدرجة من الخطورة .

وعادة ما يكون تجاوز حدود القانون الى هذه الدرجة مصحوبا بسوء النية (٢) ، كما أن هذه الأعمال الخطيرة تتنافى مع المصلحة العامة والأضرار الناجمة عنها تكون من الجسامة بحيث لا يمكن احتمالها أو تدارك نتائجها فى المستقبل (٣) .

ويشترط أن يكون لهذا التخوف من المهدد بالخطر سبب معقول ، وتقدير ذلك متروك لتأضى الموضوع ، مع مراعاة الظروف التى أحاطت بالدافع وقت الخطر (٤) ، ومن أمثلة الحالات التى يجوز فيها الدفاع لانتفاء هذا الشرط ، أن يحاول مأمور الضبط تنفيذ امر باطل بالقبض على شخص سوف تجرى له عملية جراحية بعد قليل ، بينما ينطوى تأجيل العملية على تهديد لحياته بالخطر ، أو أن ينفذ أحد الجنود امرا خاطئا باطلاق الرصاص على أحد الأشخاص (٥) .

فاذا اتجهنا صوب الفقه الوضعى لنتعرف على موقفه ازاء حرمان الأفراد من الدفاع الشرعى لمواجهة اعتداء مأمور الضبط وجدنا تعددا فى الآراء ، فقد ذهب البعض الى أن للأفراد الحق المطلق فى مواجهة اعتداء مأمور الضبط لأنه يجب أن يستعمل سلطته استعمالا مشروعاً ، فاذا ابتعد عمله عن المشروعية أصبح فردا عاديا تجوز مقاومته ، وذهب رأى الى وجوب الطاعة ولو كان العمل غير مشروع ، لأن الأفراد عليهم أن يطيعوا السلطة فى صمت ودون مناقشة ، ونوسط رأى فقال بعدم مقاومة مأمور الضبط اذا كانت أعماله ظاهرة الشرعية ، فاذا كانت

(١) الدكتور يسر أنور على - الدفاع الشرعى دراسة لبدأ المشروعية - المرجع

السابق - ص ٢٤٥

(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسئولية الجنائية - المرجع السابق

ص ٣٣٢ ، الدكتور على راشد - الموجز - ص ٣٤١ ، الدكتور أحمد فتحى سرور -

القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٦٤

(٣) الدكتور السيد مصطفى السيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٥ ، استاذنا

الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢٩ ، جرانبولان - المرجع

السابق - رقم ١٦١٣ ص ٤٠٠

(٤) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٣٠

(٥) الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٦٤

هذه الأعمال تنطق بحسب الظاهر بعدم الشرعية جاز للأفراد مقاومة القائمين بها من رجل الضبط (١) .

والرأى الأول يتفق - فيما نرى مع رأى الامام على رضى الله عنه ، حيث رأى وجوب الضمان دون نظر الى مشروعية ما قام به مبعوث السلطان (مأمور الضبط) أو عدم مشروعيته (٢) ، وأما الرأى الثانى فتأباه الشريعة الغراء لأنه يؤدى الى تعسف السلطة وضياح النفوس وهو ما كفلت الشريعة الحفاظ عليه ، وأما الرأى الثالث فيتفق مع ما ذهب اليه الحنابلة والظاهرية (٣) ومع القانون المصرى

الفرع السادس

اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى

يتمتع الممثلون السياسيون للدول الأجنبية بحصانة دبلوماسية من مقتضياتها الاعفاء من الخضوع لقانون العقوبات فى الدولة المعتمدين لديها

ويثير هذا الاعفاء التساؤل عما اذا كان من الممكن رد اعتداء الممثل السياسى استنادا للدفاع الشرعى ، وموقف كل من الفقه الإسلامى والفقه الوضعى فى الإجابة على هذا التساؤل ، وهو ما نتناوله على التوالى :

اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية فى الفقه الإسلامى :

القاعدة العامة - فى رأى الجمهور من الفقهاء - سريان الشريعة الإسلامية على رجال السلك السياسى عما يرتكبونه من جرائم فى دار الاسلام ماداموا يقيمون فى هذه الديار لأن العقوبات الإسلامية ، قد تقررت لدفع الفساد وحفظ الجماعة الإسلامية ، ومن ثم وجب تطبيقها على جميع المقيمين فى دار الاسلام (٤) .

(١) راجع تفصيل هذه الآراء فى النظرية العامة للمسئولية الشريطية - المرجع السابق ص ١٦٠ - ١٦٣ ، الدكتور أحمد فتحي سرور - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٥٩ - ٢٦٠ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٩٢ - ١٩٥ (٢) راجع ما ورد بالهامش عند بحث الموضوع فى الفقه الإسلامى حيث ذكرنا نعى ما ورد بالحلى وفيه رأى الامام على رضى الله عنه - ص ١٨١ .

(٣) راجع ما سبق ص ١٨١

(٤) المدونة - الجزء السادس عشر ص ٩١ ، المهلب - الجزء الثانى - ص ٢٥٨ والمفنى - الجزء العاشر ص ٤٣٩ ، الشرح الكبير الجزء التاسع - ص ٢٨٣ ، التشريع الجنائى الإسلامى - المرحوم عبد القادر عوده - الجزء الاول - ص ٢٢٤ ، الجريمة لاستاذنا المفور له الشيخ محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص ٢٢٤

ومعنى ذلك أن ما يرتكبه رجل السلك السياسى ، من اعتداءات تعتبر غير مشروعة ، وتخضع لنصوص التجريم فى الدولة المعتمدين لديها وترتبط على ذلك فإنه يمكن رد اعتداءاتهم استنادا للدفاع الشرعى .

وأما الامام أبو حنيفة فقد فرق بين المستأمن والذمى ، فالذمى تسرى عليه كل العقوبات الإسلامية لأن له ما للمسلمين وعليه ما عليهم أما المستأمن فالعقوبات التى تثبت حقا للعبد أو حق العبد فيها غالب فإنها تثبت عليه ، أما العقوبات التى تكون حقا خالصا لله تعالى كحد الزنا أو التى يكون حق الله فيها غالبا فان العقوبة لا تكون على المستأمن لأنه لم يلتزمه (١) ، لأن أساسه الولاية ولا ولاية على المستأمن.

والرأى عندى أن الامام أبى حنيفة لم يصف المشروعية على اعتداءات المستأمن عندما تكون عقوبتها خالصة لله تعالى ، وإنما رأى عدم العقاب لعدم الولاية ، ومن ثم فإنه من الممكن مواجهة اعتداءات رجل السلك السياسى لعدم مشروعيتها استنادا للدفاع الشرعى .

وقد ذهب استاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة الى التفرقة بين التعازير ، الحدود والقصاص ، فالتعازير يمكن أن يسرى بشأنها ما يعطيه ولى الأمر من عهد واجب الوفاء بشرط أن يتأكد من أن المجرم سوف لا يفلت من العقاب ، وأما الحدود والقصاص فمصادر الشريعة لا تسوغ الاتفاق على ترك المجرم الذى ارتكب ما يوجبها ليحكم وفق قانون آخر لما فيه من تعطيل لحدود الله فى أرض الاسلام (٢) .

وهذه التفرقة — فى رأينا — تتعلق بنطاق تطبيق القانون والاختصاص القضائى ، وتظل اعتداءات رجال السلك السياسى غير مشروعة يستطيع من توجه اليه أن يردها استنادا للدفاع الشرعى .

ومحصلة القول أن الحصانة الدبلوماسية لا تضى شرعية على اعتداءات الدبلوماسى ، وأنه يمكن — وفقا لما ذكره الفقهاء — القول بأن للأفراد أن يردوا على اعتداء رجال السلك السياسى ويحتجون بأنهم كانوا فى حالة دفاع شرعى .

اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية فى الفقه الوضعى :

أثار الرد على اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية خلافا بين شراح القانون الوضعى .

فذهب البعض الى أن الحصانة سبب شخصى للأعفاء من العقاب والخضوع للقضاء الجنائى ، وليس لهذه الحصانة أى أثر

(١) فتح القدير - الجزء الرابع - ص ١١٥ - ١٥٦

(٢) الجريمة - المرجع السابق - ص ٣٣٥

على عدم مشروعية ما يرتكبه من يتمتع بها . ولذلك يجوز دفع اعتداءاتهم استنادا للدفاع الشرعي (١) .

ويرى البعض أن المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية لا توجه اليهم قاعدة قانون المقويات ولا تعد أفعالهم اعتداء فلا يجوز الدفاع الشرعي ضدها (٢) ويضيف البعض أن ذلك لا يعنى وجوب تحمل هذه الأفعال ، وانما يمكن الاستناد الى حالة الضرورة - بشرط توافر شروطها - لأنها لا تشترط عدم مشروعية الفعل المهدد بالخطر (٣) .

والراجع عندي هو الرأي الأول لأن الحصانة سبب شخصي ليس له أثر على سبب الإباحة باعتباره سببا موضوعيا لا يتأثر بالظروف والعوامل الشخصية ، كما أنه الرأي الذي يتفق مع ما سبق أن استخلصناه من أقوال فقهاء الشريعة الفراء .

وأما القول بأنه يمكن الاستناد الى حالة الضرورة ، فقد يكون مقبولا في ظل القوانين التي لا تفرق بين أسباب الإباحة والضرورة كالقانون الإيطالي (٤) . ولكنه غير مقبول في التشريع المصري الذي يجعل من الضرورة مانعا من موانع المسؤولية لما يترتب على التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية من آثار سبق الإشارة إليها .

والضرورة مجالها أضيق من الدفاع الشرعي ، لأنها لا تجيز غير درء الاعتداء الجسيم الواقع على النفس فقط .

المطلب التالي

حلول خطر الاعتداء

لا يكفى أن يكون الاعتداء غير مشروع للاحتجاج في رده بالدفاع الشرعي ، وانما يشترط أن يكون هذا الاعتداء غير المشروع له خطر حال .

وشروط حلول الخطر يثير العديد من التساؤلات حول معنى أن يكون الخطر حالا ، ومتى ينتهى الاعتداء فيكون الدفاع من قبيل الانتقام غير المشروع . وهل يمكن الدفاع ضد الخطر المستقبل وهل يتوافر شرط حلول

(١) الدكتور أحمد فتحي سرور - القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٥٨ ،

الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - المرجع السابق - ص ٢٨٠ ،

الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي - القسم العام (الليبي) - المرجع السابق - ص ١٧٠ ،

(٢) دى لوجو - أسباب الإباحة - المرجع السابق - ص ٢٨٩

(٣) خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي - المرجع السابق - ص ٢٠١

(٤) راجع ما سبق ص ٢٢

خطر الاعتداء في حالة نصب الأشرار والحبالات ، أو ما يطلق عليه شراح القانون الوضعي الدفاع الآلي وما هو موقف كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي من الإجابة على هذه التساؤلات .

وعليه نقسم الدراسة الى فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : حلول الخطر وانتهاء الاعتداء
الفرع الثاني : الخطر المستقبل والدفاع الآلي

الفرع الأول

**حلول الخطر وانتهاء الاعتداء
في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي**

يشترط أن يكون خطر الاعتداء حالا ، ويتصد بحلول الخطر (١) أن الاعتداء سيقع لا محالة إذا لم يتم المدافع بما يلزم لدرئه .

ويكون الخطر حالا في صورتين :

الصورة الأولى : أن يكون الاعتداء لم يبدأ بعد ولكنه وشيك الوقوع
الصورة الثانية : أن يكون الاعتداء قد بدأ فعلا ولكنه لم ينته بعد .

ونتناول حلول الخطر وانتهاء الاعتداء في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي على التوالي :

حلول الخطر وانتهاء الاعتداء في الفقه الإسلامي :

يشترط لتبرير الدفاع أن يكون خطر الاعتداء حالا ، بحيث لا يتمكن المصول عليه من طلب الفوئ والنجدة ، فإذا لم يكن خطر الاعتداء حالا كأن يكون الصائل في حالة لا يستطيع معها إيقاع الأذى بالمصول عليه في الحال فإن الفعل الذي يأتيه المصول عليه لا يكون من قبيل الدفاع المباح، وإنما هو في الواقع يشكل اعتداء غير مشروع . وكذلك لا يعتبر دفاعا مشروعاً ما يقوم به المصول عليه بعد انتهاء العدوان لأن المقصود من الدفاع الشرعي هو الدفع وليس الثار أو الانتقام

(١) يمر البعض عن حلول الخطر بحلول الضرر (نظرية الدفاع الشرعي - الدكتور

يوسف قاسم - المرجع السابق - ص ١٨١) والواقع أنه يجب التمييز بين الخطر والضرر ، فالخطر تهديد بوقوع نتيجة ضارة ، أما الضرر فهو حدث يقع في المصالح الخارجية بطريقة مادية ملموسة وفي الاعتداء يشترط الخطر لا الضرر .

وعبارات الفقهاء تؤكد وجوب حلول خطر الاعتداء ليكون الدفاع مشروعاً ، وأنه لا شرعية لما يأتيه المصول عليه من أفعال بعد انتهاء الاعتداء .

ففى المذهب الشافعى يقول الامام الشافعى رضى الله عنه معبراً عن صورة الخطر الحال ، وبعبارة أخرى الخطر الوشيك الوقوع « وان اراده وهو فى الطريق وبينهما نهر او خندق او جدار او مالا يصل معه اليه لم يكن له ضربة ولا يكون له ضربة حتى يكون بارزاً له مريداً له فان كان بارزاً له مريداً له كان له ضربة حينئذ اذا لم ير أنه يدفعه عنه الا الضرب (١) ويعبر الامام الشافعى عن عدم مشروعية أفعال المصول عليه بعد انتهاء العدوان بقوله « وان ضربه ضربة او لم يضربه حتى رجع عنه تاركاً قتاله لم يكن له أن يعود عليه بضرب » (٢) .

وفى المذهب الشافعى أيضاً يعبر صاحب مكنى المحتاج عن عدم جواز الدفاع بعد انتهاء العدوان فلا يجوز دخول منزل المص لا استرداد المتاع المسروق ، فيقول « ولو أخذ المتاع وخرج فله أن يتبعه ويقاومه الى أن يطرحه ، ولا يجوز دخول بيت شخص الا باذنه » (٣) .

ولا يجوز الدفاع بعد انتهاء العدوان عند الأحناف لأنه اذا انتهى الاعتداء عاد المصائل متمتعة بالعصمة التى بطلت بسبب عدوانه وفى هذا يقول الطورى صاحب تكملة البحر الرائق « ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل القاتل معناه اذا شهر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر فانصرف ثم أن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً مثل ما كان لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا رجع على وجه لا يريد ضربه ثانياً اندفع شره فلا حاجة الى قتله لارتفاع شره بدونه فعادت عصمته (٤) فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل رجلاً معصوماً ظلماً » (٥) .

وعند الحنابلة لا يجوز الدفاع بعد حصول المقصود منه وهو انتهاء الاعتداء ، فقد جاء فى شرح منتهى الإرادات « ولا يضمن من دخل منزله

(١) الام - طبعة الشعب ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٧

(٢) الام - طبعة الشعب ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٧

(٣) مكنى المحتاج - الشيخ محمد الشرينى الخطيب - طبعة الحلبي ١٣٥٢ هـ -

الجزء الرابع - ص ١٩٩ - وراجع أسنى المطلب - الرجوع السابق ص ١٦٧ ، ١٧٠ -

(٤) وهو ما يؤيد نظرية بطلان العصمة التى طرحها كأساس الدفاع الشرعى -

راجع النظرية فى موضعها من الباب التمهيدى ص ١٣٣

(٥) تكملة البحر الرائق - للطورى - الجزء الثامن - ص ٣٤٤ ، نفس المعنى فى

شرح الدر المختار - محمد علاء الدين الحصكفى - مطبعة صبيح - الجزء الثانى -

ص ٤٤٤ - وشرح الفناية على الهداية - البابرى - طبعة ١٣٢٨ ص ٢٦٩

متلصصا أن لم يندفع بدون قتل فيأمره رب المنزل أولا بالخروج فان خرج لم يفعل به شيء لحصول المقصود « (١) .

والمالكية لا يجيزون الدفاع بعد انتهاء العدوان فقد جاء في تبصره الحكام « أما لو كان قد تباعد - يعنى السارق - منه - يعنى المسروق منه - بهربه ولحق بالصحراء ولا متاع معه فأتبعه حتى أدركه فواقعه السارق أو لم يواقعه السارق فقتله فعليه القود لأنه قتله على غير متاع كان له معه فأراد استنقاذه منه ولا خوف من عدوانه عليه (٢) .

وإذا كان الفقه الاسلامي يستوجب حلول خطر الاعتداء فان السؤال الذى يقفز الى الذهن يكون عن معيار حلول خطر الاعتداء فى الفقه الاسلامي .

والمعيار فى نظرنا هو امكان تحقق الاعتداء فى الحال اذا لم يتم المصول عليه بدنه ، وان يكون الصائل جادا لا مازحا وذلك بحسب ظن الحصول عليه لأنه فى هذه الحال كما يقول صاحب كشف القناع « لو منع من ذلك لأدى الى تلفه وأذاه فى نفسه وحرمة وماله » (٣) ويؤيد هذا المعنى الامام الشافعى فقد جاء فى الام « فان رماه الرجل ومثل الرمي يصل اليه لقربه منه كان له رمية وضربه ، وان برز الرجل من الحصن حتى يصير الرجل يقدر على ضربه بحال فأراد فله ضربه » (٤) .

والخلاصة ان الفقه الاسلامي يشترط فى خطر الاعتداء ان يكون حالا أى وشيك الوقوع ، او ان يكون قد بدا ولكنه مازال مستمرا ، فيكون الدفاع بقصد انتهائه ، أما اذا انتهى اعتداء الصائل ، فان ما يأتیه المصول عليه بعد ذلك يكون من قبيل العدوان غير المشروع .

حلول الخطر وانتهاء الاعتداء فى الفقه الوضعى :

تشتترط التشريعات العربية أن يكون خطر الاعتداء حالا ، (٥) وتعتبر عن ذلك بأن فعل الدفاع قضت به ضرورة حالة ، والضرورة الحالة لا تكون الا لدفع خطر حال .

(١) شرح منتهى الإرادات - البهوتى - طبعة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م ص ٣٧٨

(٢) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالک - طبعة الطبى ١٩٥٨ - الجزء

الثانى - ص ١٨٦

(٣) كشف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢

(٤) الام - الجزء السادس - ص ٢٧

(٥) استأذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - اصول قانون العقوبات فى الدول

العربية - المرجع السابق - ص ٥٤

المادة ٢/٣٩ من قانون العقوبات الجزائرى تنص على أنه « لا جريمة
١ - ٢ - إذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة
للدفاع المشروع عن النفس الخ .

وتنص المادة ١/١٥٥ من قانون العقوبات الاردنى والمادة ١٨٤ من
قانون العقوبات اللبنانى على أنه « يعد ممارسة حق كل فعل قضت به
ضرورة حالية دفع تعرض غير محق ولا مثار .. الخ .

ويشترط القانون العراقى أن يواجه المدافع خطر حال من جريمة
(المادة ٤٢) (١) ، ويبدو لى أن التشريعات التى وصفت الدفاع بأنه قضت
به ضرورة حالة تأثرت بقانون العقوبات الفرنسى حيث استعمل فى المادة
٣٢٨ عبارة La Nécessité actuelle de la légitime défense

وشروط حلول خطر الاعتداء لم ينص عليه قانون العقوبات المصرى
صراحة ولكنه يستفاد ضمنا من نص المادة ٢٤٧ التى تنص على أنه « ليس
لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب الى
الاحتباء برجال السلطة العمومية » .

وشروط حلول الخطر مسلم به من شراح القانون الوضعى وان لم ينص
عليه لأن حالة الخطر المحقق التى يجد فيها المعتدى عليه نفسه بحيث لا
يتمكن من الاحتباء بالسلطات العامة هى التى تبرر الدفاع (٢) .

ويرى الشراح أن الخطر يكون حالا اذا كان لم يبدأ بعد ولكنه على
وشك أن يبدأ ، فيتجه الدفاع الى منع المعتدى من البدء فى الاعتداء أو
أن يكون الاعتداء قد بدأ فعلا ولكنه مازال مستمرا ، فيتجه الدفاع الى منع
استمرار العدوان (٣) ، وتتناول هاتين الصورتين لحلول الخطر على
التوالى :

١ - الخطر الوشيك :

لا يشترط القانون أن ينتظر المعتدى عليه حتى يقوم المعتدى بالضربة
الاولى ، وانما يكفى أن تصدر منه أفعالا تجعل من المحتمل أن تكون الجريمة

-
- (١) راجع نصوص التشريعات العربية فى الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية فى
مصر والدول العربية - المرجع السابق - ص ٢١ - ص ٢٩
(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق
ص ٢٢٢ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - طبعة ١٩٥٢ ص ١٩٤ ،
خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ٢٠٢ .
(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المصرى - ص ٢١٥
واللبنانى - ص ٢٣٠ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى - الدكتور رضا فرج - المرجع
السابق - ص ١٥٥ ، ١٥٦

فى مجرى نفاذها ، وأن الاعتداء سيقع على الفور (١) ومثال ذلك أن يهدد شخص آخر بأنه سيقطعه ثم يخرج مسدسه ويبدأ فى تعبئته بالطلقات ، فإن المهدد بالخطر يجوز له الدفاع ، لأنه أمام خطر حال وشيك الوقوع ، وأن لم يكن الاعتداء قد بدأ فعلا .

وقد صور بفندروف Puffendorf ذلك بقوله « إذا رايت شخصا يقبل نحوى ويده السلاح بصورة يبدو معها بما فيه الكفاية أنه سوف يطعننى ، ومن ناحية أخرى لم أجد مكانا احتمى فيه فاننى يمكننى أن أطلق عليه رصاصة قبل أن يصبح قريبا جدا منى بحيث أصبح فى متناول سلاحه ، وذلك لأن اقترابه أكثر من ذلك سيجعلنى فى وضع يستحيل على فيه استعمال سلاحى (٢) .
والخلاصة أنه لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يبدأ المعتدى عدوانه ، وإنما يكفى التهديد بخطر وشيك الوقوع لباحة الدفاع .

٢ - الاعتداء المستمر :

إذا كان المعتدى قد بدأ فى الاعتداء ، فإنه يشترط لباحة الدفاع ، أن يكون العدوان مازال مستمرا إذ يكون خطر الاعتداء مازال قائما ، فإذا كان الاعتداء قد انقضى باتهام الجريمة أو بانتهاء العدوان سواء بدفعة من المعتدى عليه أو غيره أو بتوقف المعتدى عنه ، فإن الدفاع بعد ذلك يكون من قبيل الانتقام غير المشروع (٣) .

وتختلف لحظة انتهاء العدوان حسب طبيعة الجريمة ، وذلك لاختلاف الركن المادى للجرائم (٤) ، ففى الجرائم الوقتية تنتهى بانتهاء النشاط الذى

(١) جارسون - المرجع السابق - مادة ٢٢٨ رقم ٦٩ ص ١٦٢ ، جارو - المطول الجزء الثانى رقم ٤٤٦ ص ٢٥ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام المصرى - ص ٢١٥ - والدكتور يسر أنور على - الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - المرجع السابق - ص ٢٣٥ . وفى القضاء - راجع نقض ١١ مارس ١٩٤٠ - مجموعة القواعد الفتوية - الجزء الخامس - رقم ٧٣ ص ١٢٦ ، ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ ..
الجزء السادس رقم ٤٨ ص ٦٧ ، ٥ ابريل سنة ١٩٤٣ الجزء السادس - رقم ١٥٢ ص ٢٢٠ ، ٦ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض - السنة الاولى رقم ١٢٨ ص ٢٨٠ ، ٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ السنة الثانية رقم ٦١ ص ١٥٢

(٢) M. Chauveau Adlophe et M. Faustin Helié

(٢)

١ Théorie du code pénal 5ème edition, Paris 1872 P. 176.

(٣) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٣ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة ١٩٥٢ - ص ١٩٥ ، شرح قانون الجسراء الكويتى - الدكتور عبدالوهاب حومد - ١٩٧٢ ص ٢٢٨ ، قواعد المسؤولية الجنائية فى التشريعات العربية - المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٤) الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٦٩

أثناء الجاني ، فجريمة السرقة لا تتم الا باستيلاء الجاني على الحيازة الهادئة للشئ المسروق فالسارق الذي يسرق حافظة المجنى عليه وينطلق بها هاربا ، يكون للمجنى عليه الحق - حماية لماله - فى اطلاق النار عليه (١) ، لان الجريمة لا تكون قد تمت بعد ، اذ ان الاختلاس لا يتم بامساك الاشياء المسروقة ، وانما بنقل حيازتها الى الجاني ، وهو ما لم يكن قد تم وقت القيام بفعل الدفاع (٢) .

وفى الجرائم الوقتية المتكررة وفيها يتم السلوك الاجرامى على مراحل كان يضرب شخص آخر على وجهه ، ثم يهجم بصفعة تالية .. فيكون للمعتدى عليه الدفاع لتفادى خطر الضربات التالية الذى يوشك ان يتحقق (٣) ، وفى الجرائم المستمرة يباح الدفاع حتى تنتهى حالة الاستمرار ففى جريمة الخطف يكون للمخطوف ان يدافع عن نفسه ضد مختطفه طالما كان مسلوب الحرية (٤) .

وقد تواترت احكام محكمة النقض على عدم مشروعية الدفاع بعد انتهاء الاعتداء ، لانه فى هذه الحال يكون من قبيل الثار والانتقام غير المشروع ، فنقول فى حكم لها « الدفاع الشرعى لم يشرع للقصاص والانتقام وانما شرع لمنع المعتدى من ايقاع فعل التعدى ، فاذا كانت الواقعة هى ان المتهم كان يغازل فتاة فاستجارت بالمجنى عليه فعنف المتهم على مسلكه معها وضربه بعضا ، فاستل المتهم بعد ذلك مديحة وطعن المجنى عليه بها فليس فى ذلك ما يثبت ان المتهم كان فى حالة دفاع شرعى عن النفس ، بل فيه ما يفيد ان ما وقع منه بعد ان كان المجنى عليه قد كف عن ضربه ولم يعد ثم محل للتخوف منه ، انما كان انتقاما » (٥) .

G. Dégois, Traite élémentaire de droit criminel. (١)

Paris 1911P. 167

(٢) جارو - الطول - المرجع السابق - الجزء الثانى - رقم ٤٤٦ ص ٢٦

(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المصرى ص ٢١٦ - اللبناني ص ٢٣١ ، الدكتور يسر انور على ، الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - المرجع السابق ص ٢٣٥

(٤) Tsaropapas, Le moment et la durée des infractions (٤) Pénalesthése, Paris, 1967 P. 65.

(٥) نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الرابع رقم ٢٢٠ ص ٤١٧ وراجع ايضا نقض ٣ مارس ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية الجزء الخامس رقم ٢٢١ ص ٤١١ ، نقض ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم ٢٢٢ ص ٢١٩ ، نقض ١١ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم ٦٠٢ ص ٧٣٦ ، نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام محكمة النقض السنة الاولى رقم ١٥٥ ص ٤٧١ ، نقض ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض السنة السابعة رقم ٢١ ص ٥٥ ، نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ رقم ١٨٢ ص ٩٠٥ ، نقض ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض - السنة ١٣ رقم ١٧١ ص ٧٠٠ ، نقض ٩٢ اكتوبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض - السنة ١٥ رقم ١١٢ ص ٥٧٢

(م ١٣ - الدفاع الشرعى)

وفى حكم حديث تقول المحكمة « اذا كان الحكم المطعون فيه قد رد على دفاع الطاعن بأنه كان فى حالة دفاع شرعى بقوله ان الثابت من اقوال الشاهد التى اطمانت اليها المحكمة ان المجنى عليه وابنه بعد ان اعتديا على اخ المتهم قد توجه الى الجرن الذى يبعد عن الحادث بنحو عشرين مترا واحضر فأسا عاد بها واعتدى بها على المجنى عليه بأن ضربه على رأسه وظهره ، ومن ثم فان المتهم عندما ضرب المجنى عليه لم يكن يرد عدوانا يقع على أخيه أو يخشى حصول عدوان عليه وإنما كان معتديا على المجنى عليه انتقاما منه لسابقة تعديه وابنه على أخ المتهم ولم يكن مدافعا ، وبذلك فان الدفع بأنه كان فى حالة دفاع شرعى عن أخيه يكون متعينا اطراحه ، ولما كان ما حصله الحكم من اقوال الشاهد لا يناقض ما أورده الطاعن فى أسباب طعنه من انه بعد ان تماسك المجنى عليه وابنه مع شقيق الطاعن اسرع الطاعن الى الجرن واحضر فأسا فأخذ الشاهد يحول بينه وبين الاشتراك فى المشاجرة حوالى ثلث ساعة ، وبعد ان أصيب أخوه دفعه الطاعن ثم جرى نحو المجنى عليه واعتدى عليه بالفأس ، مما مؤداه صحة ما حصله الحكم من ان اعتداء الطاعن على المجنى عليه كان انتقاما لما وقع من اعتداء على أخيه وبعد انتهاء ذلك الاعتداء ، واذا كان حق الدفاع الشرعى لم يشرع لمعاقبة معتد على اعتدائه وإنما شرع لرد العدوان فان ما اثبته الحكم فيما تقدم يكون سائغا وكافيا لتبرير ما انتهى اليه من نفي قيام حالة الدفاع الشرعى (١) .

وبعد هذا العرض لمفهوم حلول الخطر وانتهاء الاعتداء فى الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى ، وما تواترت عليه احكام محكمة النقض ، فانه يمكن القول انه لا جديد فيما قرره شراح القانون الوضعى وما استقرت عليه احكام القضاء ، بالنسبة لما سبق اليه الفقه الاسلامى من وجوب ان يكون الخطر حالا ، وأنه لا شريعة للدفاع بعد انتهاء الاعتداء وهو ما يؤكد سبق الفقه الاسلامى ، وسمو الشريعة الاسلامية وصلاحيتها للتطبيق فى كل زمان ومكان .

الفرع الثانى

الخطر المستقبل والدفاع الالى فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

رأينا ان الفقه الاسلامى والفقه الوضعى يوجبان ان يكون خطر الاعتداء حالا ، وان الدفاع بعد انتهاء العدوان ليس دفاعا وإنما ثار وانتقام غير مشروع .

ويثور التساؤل عن موقف كل من الفقه الاسلامى والفقه الوضعى من الدفاع ضد الخطر المستقبل ، ونصب الأشرارك وأنفاح أو ما يطلق عليه حديثا ، الدفاع الآلى :

La défense automatique

(١)

وهو ما نتناوله بالدراسة على التوالى :

الخطر المستقبل والدفاع الآلى فى الفقه الاسلامى :

ان المقصود من مشروعية دفع الصائل هو رد العدوان فاذا لم يكن هناك خطر اعتداء وشيك الوقوع انتفت علة مشروعية الدفاع ، ومن ثم فإن الدفاع ضد خطر مستقبل لا يعتبر دفعا مشروعاً لخروجه عن المقصود ففى المذهب المالكى يقول ابن العربى (لا يقصد المصول عليه القتل وانما يقصد الدفع) (٢) والخطر المستقبل هو خطر محتمل لا يجيز الدفاع ويمكن أن نستنتج ذلك فى المذهب الحنفى حيث لا يجيز الدفع اذا كان المصول عليه يلحقه الغوث (٣) ، والخطر المستقبل يمكن للمهدد به الاحتراز منه بطلب الغوث أو الاستعانة بالسلطان .

واما المذهب الشافعى ففيه ما يعتبر نصا صريحا فى عدم جواز دفع الخطر المستقبل فقد جاء فى الأم « وان اراده وهو فى طريقه وبينهما نهر أو خندق أو جدار أو ما لا يصل معه اليه لم يكن له ضربه وإذا كان المراد فى جبل أو فى حصن أو خندق فأرادته رجل لا يصل اليه لم يكن له ضربه » (٤) .

واما اتخاذ احتياطات لمنع الاعتداء كتصيب الأشرار والفخاخ والحبالات أو ما يطلق عليه شراح القانون الوضعى الدفاع الآلى ، فقد ذهب الحنفية والشافعية ، والحنابلة الى ان من حفر فى ملكه بئرا فوقع فيها انسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير اذن فلا ضمان على

Alfred Le gal. La défense automatique de bien, Revue de (١) science criminelle et de droit pénale compare, 1970. P. 373

(٢) التاج والاكلیل لمختصر خليل - للعلامة محمد بن يوسف المبردى الشنفرى

المواوى - الجزء السادس - ص ٢٢٢

(٣) بدائع الصنائع - الكاسانى - الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م - الجزء

السابع - ص ٩٢ ، حاشية سمعى جلى على الفتاوى شرح الهداية - الطبعة الاميرية

١٣١٨ هـ - الجزء الثامن ص ٢٦٩ .

(٤) الام - الجزء السادس - ص ٢٧

الحافر لأنه عدوان منه « (١). وفي الفقه الحنبل يفتكر ابن قدامه صراحة الشباك والفخاخ (٢) .

ويستخلص من ذلك أن جمهور الفقهاء يرون عدم الضمان على من يعدد الشباك والفخاخ « إجهزة الدفاع الآلى » إذا أصابت الداخل بغير إذن ، لأن الدخول بغير إذن عدوان ، وأصابته من الشباك والفخاخ دفع لهذا العدوان ومن ثم فلا ضمان .

وأما مذهب المالكية : فقد أورد الخطاب فى مواهب الجليل حكاية عن أصبغ بن أفرج سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده فيريد صاحب الزرع أن يحفر حول زرعه حنيرا لمكان الدواب وقد تقدم إلى أصحابها وأنذرهم فيحفر فيقع ببعض تلك الدواب فى ذلك الحنير فتتوت أترئ عليه ضمانا ؟ فقال : ليس عليه شيء ولو لم ينذرهم ولم يتقدم اليهم قاتل أصبغ وهو قول مالك أن شاء الله ، قال محمد بن رشد هذا كما قال لأنه إنما فعل ما يجوز له أن يفعله من الحفر فى أرضه تحصينا على زرعه لا لاتلاف دواب الناس .

ولو فعل ذلك لاتلاف دواب الناس لزمه الضمان على ما قاله فى المدونة (٣) وجاء فى المدونة قال ، وقال مالك من حفر بئرا أو سربا للماء أو للريح مما مثله يعمل الرجل فى داره أو فى أرضه فسقط فيه انسان (قال) لا ضمان عليه (قال) وان جعل حباله فى دارة يتلف بهاسا رقا فعليه ضمانه (قال ابن القاسم السارق وغير السارق اذا وقع فيه سواء يضمنه) (٤) وقد صور البعض (٥) رأى المالكية وفقا لما أورده الخطاب دون الرجوع الى مدونة الامام مالك فذهب الى انهم - فى ، اظهر اقوالهم - يفرقون فى الحكم حسب مقصود من يتخذ وسيلة الدفاع عن نفسه أو ماله فان قصد الدفاع فلا ضمان وأما اذا كان القصد من هذه الوسائل هو الاضرار بالغير وليس الدفاع فانه يلتزم بالضمان .

وهو تصوير صحيح طبقا لما نقله الخطاب ، غير أننا لا نراه الاظهر فى المذهب لأن الراجح فى المذهب - فيما نرى - هو ما ورد فى المدونة لسببين :

١ - أن الخطاب نقل المسألة على أن ذلك « ما قاله فى المدونة » وقد ثبت أن ما جاء فى المدونة ليس كما نقله الخطاب .

(١) حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٥٢٤ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج للاتصارى الهيثمى - الطبعة الاولى - الجزء الرابع ص ٥٠ ، الفتى لابن قدامه - الطبعة الثالثة - دار المنار ١٣٦٧ هـ - الجزء التاسع - ص ٥٧١

(٢) الفتى - الجزء التاسع - ص ٥٦٦

(٣) مواهب الجليل - الخطاب - طبعة ١٣٢٩ هـ - الجزء السادس - ص ٢٤٢

(٤) المدونة الكبرى لامام دار الهجرة مالك بن انس الاصبغى برواية سحنون بن سعيد التلوخي عن الامام مالك بن انس - مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٣ هـ - ١٣٢٤ هـ - الجزء السادس عشر - ص ٢٥٤

(٥) الدكتور يوسف قاسم - نظرية الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٨٤

٢ - أن الأجدد بالترجيح ما روى عن امام المذهب فى المدونة .

ووفقا لما جاء فى المدونة يمكن القول أن الامام مالك يرى مسئولية من يتخذ هذه الوسائل اذا قصد بعمله اصابة الداخلين او اهلاكهم ولو كان الداخل سارقا اما اذا قصد سد حاجة من حاجات المكان او المسكن فلا مسئولية عليه - وبعبارة أخرى يمكن القول أن الامام مالك - طبقا لما ورد فى المدونة - لا يجيز استعمال الوسائل الآلية فى الدفاع .

وأما الإمامية فيرون أنه اذا كانت الوسائل قد اقيمت فى ملكه لم يضمن ، وأما اذا كانت قد اقيمت فى غير ملكه او فى طريق عام ضمن وأما نصب الميازيب ، وهو جائز اجماعا فعندهم بالنسبة له رايان الاول وهو ما تدل عليه أصول المذهب أنه لا يضمن ، ويرى الشيخ الطوسى الضمان ، وفى دخول المنازل يرون أنه اذا كان الدخول باذن اهل الدار فعليهم الضمان ، أما اذا كان بغير اذنهم فلا ضمان ، فقد جاء فى المختصر النافع « فى التسبب وضابطه ما لولاه لما حصل التلف لكن علته غير السبب كحفز البئر ، ونصب السكين ، وطرح المعائر والمزائق فى الطريق ، والقاء الحجر ، فان كان ذلك فى ملكه لم يضمن .. ولو كان فى غير ملكه او كان فى طريق مسلوب ضمن ، ومنه نصب الميازيب ، وهو جائز اجماعا ، وفى ضمان ما يتلف به قولان ، أحدهما : لا يضمن ، وهو الأشبه (١) . وقال الشيخ (٢) يضمن ، وهو رواية السوكانى ... ولو دخل دارا فعقره كلبا ضمن أهلها ان دخل باذنهم ، والا فلا ضمان » (٣) .

وذهب راي معاصر الى تأييد ما ذهب اليه المالكية - طبقا لرواية الخطاب - من وجوب النظر الى نية الفاعل فان كان يقصد الدفاع بالوسائل التى لجأ إليها فلا شيء عليه لأنه انما يقوم بفعل مشروع للمحافظة على أمواله ، وأما ان كانت نيته - من وراء فعله - الاذى فان عليه الضمان (٤) .

والواقع أنه يمكن القول أنه لا خلاف بين المالكية - طبقا لما نقله الخطاب - وجمهور الفقهاء على جواز اتخاذ الوسائل اللازمة للدفاع ،

(١) الاشيه يقصد به ما دلت عليه اصول المذهب - راجع الاصطلاحات ص ٢٢ من المختصر النافع .

(٢) الشيخ : اشارة الى أبى جعفر محمد بن الحسن بن على الطوسى - راجع الاصطلاحات ص ٢٢ من المختصر النافع .

(٣) المختصر النافع فى فقه الإمامية - لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن مطبعة وزارة الاوقاف ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م - ص ٢١٩

(٤) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق - ص ١٨٥

وأن الخلاف ينحصر - فيما نرى - في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، فالجمهور يرى أن الدخول بغير إذن قرينة على توافر قصد العدوان لدى الداخل ولذلك فلا ضمان على من استعمل هذه الوسائل لأن ما أصاب الداخل كان بسبب عدوانه الذي قامت عليه القرينة بدخوله من غير إذن . أما الملكية - فمى رواية الخطاب - فينظرون الى نية من اتخذ هذه الوسائل ولذلك يقع عليه عبء اثبات قصد الدفاع في اتخاذه لها.

ولما كان من شروط الدفاع أن يتناسب مع الاعتداء (١) فإننا نرى ترجيح رأى الجمهور واعتبار الدخول بغير إذن قرينة على قصد العدوان فإذا تناسبت الوسيلة مع الاعتداء كان من اتخذ الوسيلة في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله . ولأننا نرجح رواية المدونة والتي تبين منها أن الامام مالك يرى عدم جواز اتخاذ هذه الوسائل ، وهو رأى غير مسلم ، لأنه يجب أن لا يمنع الانسان من حماية نفسه وماله ، طالما أن الوسيلة المستخدمة تتناسب مع الاعتداء ولأن حماية النفس والأموال من مقصود الشرع .

وقد يثور التساؤل عن توافر حلول الخطر في هذه الحالات ، والرد على هذا التساؤل أن العبرة ليست بوقت وضع هذه الآلات في الأماكن المراد حمايتها ، وإنما العبرة بوقت عمل هذه الآلات ، وهو مرتبط بحلول خطر الاعتداء ، فمن يضع أسلحا كهربائية مكشوفة في طريق المعتدى ، يعتبر في حالة دفاع شرعى طالما توافر شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء .

الخطر المستقبل والدفاع الآلى في الفقه الوضعى :

لا يعتبر الخطر المستقبل خطرا حالا، فلا ينشأ به حق الدفاع الشرعى ، لانقضاء الحكمة من الدفاع (٢) ، إذ يمكن اتخاذ التدابير التي تمنع حلول الخطر ، ومنها الالتجاء الى السلطات العامة (٣) ، ولذلك تنص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات المصرى على أنه « وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب الى الاحتماء برجال

(١) راجع ما يلى - الفصل الثانى من هذا الباب .

(٢) جارسون - المرجع السابق - المادة ٢٢٨ رقم ٧٠ ص ١٦٢ دونديه دى لاير

المرجع السابق - ص ٢١٦ ، خطر الاعتداء في الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ٢٠٦.

(٣) الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٦٧ ، الدكتور مامون سلامة

القسم العام - ص ٢١٦ ، خطر الاعتداء في الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ٢٠٦.

وراجع ما يلى في شرط لزوم الدفاع - الفصل الثانى من هذا الباب .

السلطة العمومية . فإذا هدد شخص آخر بأنه سيقترله في تأويخ معين فإن الخطر لا يكون حالا (١) ، وإن كان يجوز للمهدد بالخطر أن يتخذ تدابير احتياطية mesures préventives لدفع هذه الخطر كحمل السلاح فإذا حان الوقت واستعمل السلاح ضد من سبق أن هددته فإنه لا يعني أن يسند إليه جريمة القتل مع سبق الإصرار ، إذ الواقع أن سبق الإصرار توافر بالنسبة لفعل الدفاع عن نفسه (٢) .

وللتفرقة بين الخطر الوشيك والخطر المستقبل يذهب الفقه ويؤيده قضاء النقض أن العبرة بتقدير المدافع في الظروف التي كان فيها بشرط أن يكون تقديره مبنيا على أسباب مقبولة من شأنها أن تبررها (٣) .

وأما بالنسبة لاستعمال الوسائل الآلية فقد اختلفت آراء الفقهاء حول مشروعية استعمالها ، فذهب جارسون إلى أنه إذا كانت هذه الآلات وضعت لاسر الحيوان أو قتله فلا جريمة مطلقا إذا قتلت أو جرحت من يصطاد خلصة في أرض الغير أو من يتسرب للتهب والسلب لأنه لا يوجد قصد جنائي ولا يوجد حتى قصد احتمالي ، ولكن إذا وضعت هذه الآلات في منزل مأهول بالسكان فإن الأمر يختلف لأن القانون لا يسمح بأن يبرر تصرف المالك الذي يتسبب في أحداث عاهة مستديمة أو يقتل بوسيلة ما طفلا لمجرد محاولته سرقة بضعة تفاحات من بستان لأن الحق يقف حيث تبدأ إساءة استعماله (٤) .

ويرى جاردو أن المالك لا يسأل عن القتل أو الجرح بشرطين الأول أن الوسيلة لا تعمل إلا عند وقوع الاعتداء والثاني أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء (٥) .

ويرى الفقه المصري أن استعمال الأدوات الآلية مثل وضع الفخ أو الأسلاك الكهربائية المكشوفة أو باحاطة الحديقة بأسلاك شائكة أمر جائز

(١) الدكتور أحمد فتحي سرور - القسم العام - ص ٢٦٧ ، للدكتور مامون

سلامة القسم العام - ص ٢١٦

(٢) جارسون - المرجع السابق - المادة ٢٢٨ - رقم ٩٨ ص ١٦٥ ، ١٦٦

(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسني - القسم العام (المصري) ص ٢١٦ ،

نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الأولى رقم ١٢٨ ص ٢٨٠

(٤) جارسون - المرجع السابق - المادة ٢٢٨ رقم ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ ص ١٦١

١٦٢ -

(٥) جاردو - الطول - طبعة ١٩١٤ - المرجع السابق رقم ٤٤٦ ص ٢٥

إذا توافر شرط تناسب فعل الدفاع مع فعل الاعتداء (١) . لأن العبرة في حلول الخطر ليست بوقت إطلاق التيار الكهربائي فعلا .. وإنما بوقت انفجار القذيفة وحدوث الصدمة الكهربائية (٢) ولأنه كما تقول محكمة لبيج البلجيكية (لا ينكر على المالك حقه في المحافظة على أمواله بكل الوسائل المشروعة ، بشرط عدم المساس بالحقوق المشروعة للغير وبناء عليه إذا لجأ صاحب غابة الى تسويرها وأحكم إغلاق بابها وعلق كتابت تحظر دخول الغابة وتحذر من خطر ذلك ووضع مدفعا يطلق قذائفه آليا على كل من يحاول الدخول فإذا أصيب شخص بجروح نتيجة انطلاق القذوفه عند محاولته اجتياز السور فانه يكون وحده مسئولا عما يحدث له » (٣) .

ومن هذا العرض يتبين ان الفقه الاسلامي قد سبق الفقه الوضعي الى بحث ادق المسائل ووضع لها الحلول منذ اربعة عتر مرنا ، وأن الفقه الوضعي لم يأت بجديد في هذه المسائل الدقيقه ، مما يزيد المؤمن ايمانا ويعيد الايمان لمن اثر فيهم الفزو الفكري بصلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق في كل زمان ومكان .

المبحث الثالث

موضوع الاعتداء

تمهيد وتقسيم :

أطلقت الشريعة الاسلامية الدفاع ضد خطر أى جريمة أيا كان موضوع الاعتداء ، ولم تحدد موضوعات الاعتداء التى تجيز الدفاع .

والشريعة الفراء تسبق بذلك الاتجاه التشريعي الحديث ، الذى يبيح الدفاع ضد خطر كل جريمة ، كالقانون الايطالى (المادة ٥٢) والاسبانى (المادة ٤/٨) والسويسرى (المادة ٣٣) .

(١) الدكتور احمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٢٦٨ ، استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ١٥٨

(٢) فى المسئولية الجنائية - الدكتور القنلى - المرجع السابق - ص ٢٤٦ واستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٢ ، والدكتور احمد فتحى سرور - المرجع السابق ص ٢٦٨

(٣) محكمة لبيج البلجيكية ٢١ نوفمبر ١٩٢٤ - جوميل قانون العقوبات البلجيكي - الجزء الثانى ص ١٦١ وأشار اليه استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - الطبعة الثامنة ١٩٦٩ ص ١٥٩

غير ان الغالبية العظمى من التشريعات ومنها القانون المصرى تحدد موضوع الاعتداء الذى يجوز دفعه استناد للدفاع الشرعى .

ونتناول موضوع الاعتداء فى مطلبين : -

المطلب الاول : موضوع الاعتداء فى الفقه الاسلامى .

المطلب الثانى : موضوع الاعتداء فى التشريعات المقارنه .

المطلب الأول

موضوع الاعتداء فى الفقه الاسلامى (١)

الاعتداء الذى يبرر الدفاع قد يكون على النفس او العرض او الشرف والاعتبار او المال .

وقد اقرت الشريعة الفراء شرعية الدفاع ضد خطر كل الجرائم .

ونعرض موضوع الاعتداء فى الفقه الاسلامى فى اربعة فروع على التوالى : -

الفرع الأول : جرائم النفس

الفرع الثانى : جرائم العرض

الفرع الثالث : جرائم الشرف والاعتبار

الفرع الرابع : جرائم المال

الفرع الاول

جرائم النفس

يقصد بجرائم النفس تلك الجرائم التى تقع على حياة الانسان متودى بها كالقتل ، او تمس جسمه كالجرح والضرب .

(١) سنقتصر على بيان موضوع الاعتداء دون بيان الحكم الشرعى للدفاع عن كل موضوع ، حيث سنتناول حكم الدفاع مقارنا بالفقه الوضعى فى الباب الثانى من هذا القسم .

وقد جاءت الشريعة الإسلامية بما يكفل حماية الحياة وسلامة الجسم فحرمت القتل في قوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » (١) ولا تفرقه في الحماية بين نفس ونفس ، فالكل في حق الحياة سواء يقول تعالى « من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا » (٢)

وقررت الشريعة الفراء القصاص حماية للحياة وسلامة الجسم ، فإذا وصل الاعتداء الى القتل كان الجزاء القتل وإذا وقف الاعتداء عند الجرح كان القصاص مثله وبحسبه يقول تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل » (٣) . . « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون » (٤) « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » (٥) ومصدر الدفاع الشرعي عن النفس الحديث الشريف « ومن قتل دون دمه فهو شهيد » (٦) .

فالشريعة الإسلامية الفراء وقد كفلت عصمة النفوس من الاعتداء ، أباحته (٧) لمن يتعرض لاعتداء على نفسه أو نفس غيره أن يرد هذا الاعتداء بالوسيلة المناسبة .

والاعتداء على النفس يتخذ صوراً كثيرة ، فقد يكون الاعتداء أو التهديد به في أفوى صورته وهو القتل ، كمن يهدد الغير بإطلاق النار عليه . وقد يتخذ الاعتداء صورة أقل خطورة على الحياة وإن شكلت مساساً بسلامة الجسم كالجرح والضرب ، وقد يكون التعدي بالإيذاء الخفيف الذي لا يصل الى هذه الدرجة من الجسامة كجذب الشعر أو عرك الأذن عركاً خفيفاً .

فإذا ما تعرض إنسان الى صورة من صور الاعتداء على النفس فقد أباحته الشريعة أن يرد هذا الاعتداء بالوسيلة الملائمة ، فإذا وجد الموصول

(١) سورة الأنعام : الآية ١٥١

(٢) سورة المائدة : الآية ٢٢

(٣) سورة البقرة : الآية ١٧٨

(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٩

(٥) سورة المائدة : الآية ٤٥

(٦) راجع الحديث كاملاً ما سبق في مصدر الدفاع الشرعي في السنة النبوية

(١) نقتصد بالإباحة مجرد أن الشارع راجع ما يلي في حكم الدفاع الشرعي .

عليه انه لا سبيل الى النجاء بغير قتل المعتدى كان له ان يقتله بشرط ان يكون القتل ، هو الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء وهو ما صرح به فقهاء المذاهب الاسلامية فقد جاء في الفتاوى المالكية « ومن شهر على المسلمين سيفاً وجب قتله ولا شيء بقتله » (١) وفي المذهب الشافعي جاء في منهاج الطالبين « ولو عضت يده خلصها بالاسهل من فك لحية وضرب شديقه فان عجز فسلها فتدترت أسنانه فهدر » (٢)

وحاصل القول ان الشريعة الفراء اباحت لمن يتهدده اعتداء على النفس في أى صورة من صورته ان يرد هذا الاعتداء ولو بقتل الصائل بشرط ان يكون القتل هو الوسيلة الوحيدة لرد العدوان .

الفرع الثانى

جرائم العرض

كفلت الشريعة الفراء المحافظة على الاعراض ، فعاقبت على الزنا واعتبرته من جرائم الحدود ، وأما ما دون الزنا فالعقاب عليه يكون بالتعزير .

وأباحت الشريعة لمن يتهدده اعتداء على العرض ان يدفع هذا العدوان بالوسيلة المناسبة ، فاذا كان الاعتداء لا يندفع بغير القتل جاز للمصول عليه قتل الصائل دفاعاً عن العرض .

ومصدر الدفاع الشرعى عن العرض في الشريعة الاسلامية الاحاديث الكثيرة التى قررت شرعية الدفاع عن العرض ، ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم « من قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون عرضه فهو شهيد .

فالمرأة التى يراودها رجل عن نفسها لها ان ترد هذا الاعتداء بالضرب أو الجرح ، فاذا تعين القتل وسيله للدفاع كان لها ان تقتله .

(١) الفتاوى المالكية المعروفة بالفتاوى الهندية طبعة ١٢٨٢ هـ - الجزء السادس

- ص ٧ .

(٢) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في فقه الامام الشافعي لابي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي - مطبعة الحلبي ١٣٢٨ هـ - ص ١٢٥ - وراجع تفصيل الدفاع الشرعى بالقتل ما يلى في شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء .

وقد روى عن الزبير انه كان يوما قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له ، فأتاه رجلان فقالا ، أعطنا شيئا فلقى اليهما طعاما كان معه فقالا أحل عن الجارية فكريهما بسيفه فقطعهما بضربه (١) وماروى عن الزبير ليس مجرد قول صحابى وانما تشهد له السنن النبوية الشريفة ، كما ان قول الصحابى يعتبر حجة فيما لم يعرف له مخالف من الصحابة (٢).

وكما ان للمرأة ان تدافع عن عرضها ولو بقتل الصائل ، فالرجل له الذب عن امراته ومحارمه بالوسيلة المناسبة ، فاذا كان الصائل لا يندفع بغير القتل كان له قتله دفاعا عن عرض امراته وعرض محارمه ، فقد روى أن عمر رضى الله عنه بينما هو يتفدى يوما اذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس ، فقالوا ياأمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا مع امراته فقال عمر ما يقول هؤلاء ؟ قال ضرب الآخر فخذى امراته بالسيف فان كان بينهما احد فقد قتل فقال لهم عمر ما يقول ؟ قالوا ضرب بسيفه فقطع فخذى امراته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر ان عادوا فعد (٣) .

ولمن يتهدهد خطر الاعتداء على عرضه فى أى صورة من صور الاعتداء وان لم يصل الاعتداء الى الزنا ان يدفعه كمن ينظر الى امرأة أجنبية نظرات مريبة ، أو يعاكس فتاة فى الطريق ، فانه يكون للمرأة أو الفتاة ان تدفع هذا الاعتداء بالوسيلة المناسبة .

ولم تقف الشريعة عند ذلك ، وانما أباحت الدفاع الشرعى ، فى حالة انتهاك حرمة المساكن ، فمن يقصد النظر الى مكان لا يجوز له الدخول اليه بغير اذن جاز للمنظور اليه ان يمنعه من النظر أو من الاستمرار فيه بالوسيلة المناسبة .

وقد ذهب الشافعية والحنابلة الى أنه يجوز دفع الناظر بأيسر وسيلة فان لم يندفع الا بما يفقأ عينه جاز للمنظور اليه ذلك ، ولا مسئولية عليه وفى هذا يقول الامام الشافعى « لو ان الرجل المطلع عليه حذفه بجصاة او وخره بعود صغير أو مدرى (٤) أو ما يعمل عمله نى ان لا يكون له جرح يخاف قتله وان كان قد يذهب البصر لم يكن عليه عقل

(١) المغنى - الجزء التاسع - ص ٢٢٦ - ٢٢٧

(٢) اعلام الموقعين - الجزء الرابع - طبعة ٢٧٤ هـ - ص ١٥٢ ، ١٩٥٣

(٣) المغنى لابن قدامة - طبعة النار سنة ١٣٧٦ هـ - الجزء الثامن - ص ٣٢٢

(٤) الدررى عود صغير كالشط .

ولا قود (١) فيما ينال من هذا وما أشبهه ولو مات المطلع من ذلك لم يكن عليه كفارة ولا اثم ان شاء الله تعالى ما كان المطلع مقيما على الاطلاع غير ممتنع من النزوع فاذا نزع عن الاطلاع لم يكن له ان يناله بشيء ومنااله به فعليه قود او عقل اذا كان فيه عقل ولو طعنه عند اول اطلاعه بحديدة تجرح الجرح الذى يقتك او رماه بحجر يقتل مثله كان عليه القود فيما فيه القود لانه انما اذن له الذى يناله بالشئ الخفيف الذى يردع بصره ولا يقتل نفسه » (٢) .

وقد استدلل الشافعية والحنابلة بالاحاديث الشريفة التي رويت في هذا الباب ومنها ما روى عن ابي هريرة رضى الله عنه قال : قال أبو القاسم صلى الله عليه وآله وسلم « لو أن امرأ اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاه ففقت عينه لم يكن عليك جناح » متفق عليه (٣) . وما روى عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع في جحر من باب النبي صلى الله عليه وسلم وكان الرسول عليه الصلاة والسلام يحك رأسه بمدرى في يده فقال صلى الله عليه وسلم : « لو علمت أنك تنظر لطعنت في عينك ، انما جعل الاستئذان من اجل البصر » . وبما روى عن انس ابن مالك رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في بيته رأى رجلا اطلع عليه فاهوى اليه بمشقص (٤) كان في يده لو لم يتأخر لم يبال ان يطعنه (٥) .

وفي كل من المذهبين الحنفى والمالكي روايتان الاولى لا تجيز للمنظور اليه ان يفتحا عين الناظر ، لانه لو نظر انسان الى عورة انسان غيره بغير اذنه لم يستبح فقا عينه فالنظر الى الانسان في بيته اولى ان لا يستباح به (٦) .

والاحاديث الواردة في هذا الباب وفقا لهذه الرواية واردة على سبيل التغليظ والارهاب ، والرمى في نظرهم لم يباح الا للتنبيه والمدافعة لا بقصد الايذاء او اصابة العين ، فاذا قصد فقا العين كان

(١) العقل هو الدية ، القود : القصاص

(٢) الام - طبعة الشعب سنة ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٨ ، وفي مذهب

الحنابلة راجع المغنى - الجزء الثالث ص ٢٥٥

(٣) سبيل السلام - الجزء الثالث - ص ٢٦٢

(٤) آلة صغيرة تشبه القص .

(٥) المغنى - الجزء الثالث - ص ٢٥٥ ، الام - الجزء السادس ص ٢٨

(٦) مواهب الجليل - الطبعة الاولى ١٢٢٩ هـ - الجزء السادس - ص ٢٢٢ -

٢٢٣ ، التاج والاكلیل - الطبعة الاولى بهامش مواهب الجليل نفس الموضع ، حاشية

ابن عابدين - الجزء الخامس ص ٤٨٥

عليه القود ، وأما ان قصد التنبيه فأصاب مینه خطأ كانت مسئوليته بهذا الاعتبار .

والرواية الثانية في المذهب الحنفى والمالکى تتفق مع مذهب الشافعية والحنابلة (١) .

وفرق بعض الفقهاء بين من كان من الناظرين في الشارع وفي خالص ملك المنظور اليه ، وبعضهم فرق بين من رمى الناظر قبل الإنذار وبعده وظاهر إحدایت الباب عدم الفرق (٢) .

وذهب رأى معاصر الى أن الأحاديث قد صرحت بعدم الجناح ويرى أن الالتزام بعبارة النص أولى من تأويلها على غير ما ترمى اليه (٣) .

والرأى عندى أن الدفاع بقفا العين لمجرد النظر يفتقد شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، ولذلك يصح في نظرنا الرأى القائل بأن الأحاديث الواردة في هذا الباب قد جاءت على سبيل التخليط والإرهاب لحماية حرمة المساكن ، ونرى أن المنظور اليه اذا قصد غداً حين الناظر فانه يكون مسئولاً وعليه القود ، أما اذا قصد الدفع والتنبيه فقط ولكنه أصاب عينه فانه يكون مسئولاً عن إصابة خطأ .

الفصل الثالث

جرائم الشرف والاعتبار

أسبغت الشريعة الإسلامية حمايتها على الإنسان ، فقررت عصمة نفسه ، وعرضه ، وماله . وامتدت هذه الحماية الى شرفه واعتباره فعاقبت على القذف والسب .

والقذف في الشريعة الإسلامية نوعان : قذف يحد عليه القاذف ، وقذف يعاقب عليه بالتعزير ، فأما ما يحد عليه القاذف فهو رمى

(١) مواهب الجليل - الجزء السادس - ص ٢٢٢ ، التاج والاكلیل بهامش مواهب الجليل - نفس الموضوع ، شرح منج الجليل - ص ٥٦٠ حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس ص ٨٥ .

(٢) نیل الاوطار - الشوكاني - الجزء السابع - ص ٢٦ .

(٣) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ٩٥

المحصن بالزنا أو نفى نسبه ، وأما ما فيه التعزير فهو الرمي بفسير الزنا ونفى النسب سواء كان من رمى محصنا أو غير محصن .

والاصل في تحريم القذف الكتاب والسنة ، فأما الكتاب فقول الله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » (١) وقوله تعالى « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة » (٢) .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا وما هن يا رسول الله ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » متفق عليه (٣) .

وقد يكون المساس بشرف الانسان واعتباره ليس من جنس ما يجب به القذف بل يعتبر اذاء بأقوال أخرى تمن قيمته الانسان عند نفسه ، أو تحط من كرامته أو شخصيته عند غيره ، وهذا هو السب ، ولم يحدد الشارع عقوبة هذه الجريمة مقدما ، ولذلك يستحق الجاني التعزير عليها .

فيعزر من يقول لآخر يا يهودى أو يا نصرانى أو يا مجوسى أو يا ابن اليهودى (٤) ، أو يازنديق (٥) ، أو يا كافر (٦) .

(١) سورة النور : الآية ٤

(٢) سورة النور : الآية ٢٣

(٣) كتاب الكبائر - للإمام محمد شمس الدين الذهبي الدمشقي - دار الوعى بحلب ص ٦

(٤) رمز الحقائق على كنز الدقائق - العيني - الجزء الاول ص ٢٣٥ ، شرح فتح القدير - الجزء الرابع ص ٢١١ ، الفتاوى الهندية - الجزء الثاني ص ١٥٥ ، الفتاوى الاسعدية - الجزء الاول - ص ١٥٩ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢١٨ .

(٥) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الجزء الثالث ص ٢٠٨ ، فتاوى قاضي خان - لقاضي خان الفرغانى - مطبعة شاهين بالقاهرة - ١٢٨٢ هـ - الجزء الثالث - ص ٤٩٣ .

(٦) الهداية شرح بداية المبتدى - الجزء الثاني - ص ٨٧ ، شرح فتح القدير الجزء الرابع - ص ٢١٣ ، فتاوى قاضيخان - الجزء الثالث - ص ٤٩٣ ، الفتاوى الهندية - الجزء الثاني ص ١٥٥ ، الفتاوى الاسعدية - الجزء الاول - ص ١٥٩ ، المفتى لابن قدامه - الجزء العاشر - ص ٢١٠ .

وكذلك يعزر من يقول لآخر يا فاسق أو يا خبيث (١) ، أو يا فاجر (٢)
أو يا ابن الفاجر (٣) ، أو الفاجرة (٤) ، أو يا ابن الفاسق (٥) ، أو
الفاسقة (٦) ، أو يا ابن الخبيثة (٧) ، أو يا منافق (٨) ، أو يامخنث (٩) ،
أو يا أكل الربا ، أو يشارب الخمر ، أو ياخائن (١٥) ، أو ياسارق (١١)
أو وصمه بالتستر على اللصوص أو الزناة (١٢) ، أو بلعب القمار (١٣) ،
أو قال له يا ديوس (١٤) ، إذا كان المجنى عليه غير متصف بما نسبته
إليه الجاني ، أما إذا كان المجنى عليه متصفا بما ذكره الجاني فإنه

(١) الجامع الصغير - للإمام محمد بن الحسن الشيباني - ص ٦٩ ، مختصر
القندوري ص ١١١ ، الجوهرة النيرة شرح العلامة أبي محمد المبادئ للمعنى الجزء
الثاني ص ٢٥٣ ، اللباب للميداني - الجزء الثالث ص ٦٤ .
(٢) شرح فتح القدير - الجزء الرابع ص ٢١٣ ، شرح الكنز للمعنى - الجزء
الاول ص ١٥٥ ، الفنى الجزء العاشر ص ٢١٠ ، المدونة الكبرى - الجزء السادس عشر
ص ٢٢ - ٢٣ .

(٣) الجوهرة النيرة - الجزء الثاني - ص ٢٥٣
(٤) الجوهرة النيرة - الجزء الثاني - ص ٢٥٠ - المدونة الكبرى - الجزء ١٦
ص ٢٢ - ٢٣
(٥) الجوهرة النيرة - الجزء الثاني - ص ٢٥٣ ، الفتاوى الهندية الجزء الثاني
ص ١٥٥ .

(٦) الجوهرة النيرة - الجزء الثاني ص ٢٥٠ ، المدونة - الجزء السادس عشر -
ص ٢٢ - ٢٣

(٧) الجوهرة النيرة - الجزء الثاني - ص ٢٥٣
(٨) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - للزيلعي - الجزء الثالث ص ٢٠٨ - ٢٠٩
(٩) درر الحكام - الجزء الثاني - ص ٩٦ وما بعدها .

(١٠) المبسوط للرخسى - الجزء التاسع - ص ١١٩ ، شرح الكنز للمعنى - الجزء
الاول - ص ٢٢٤ ، ٢٣٥ ، شرح فتح القدير - الجزء الرابع ص ١٥٥ ، المدونة
الكبرى - الجزء السادس عشر - ص ١٧ ، ٢٣

(١١) الجامع الصغير ص ٦٩ ، شرح فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢١٣ ،
الجوهرة النيرة - الجزء الثاني - ص ٢٥٣ ، اللباب للميداني - الجزء الثالث -
ص ٦٤ ، الفتاوى الهندية - الجزء الثاني - ص ١٥٥ ، المدونة الكبرى - الجزء
السادس عشر ص ٧٧ .

(١٢) شرح فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢١٣ ، الفتاوى الهندية - الجزء
الثاني ص ١٥٥ .

(١٣) الجوهرة النيرة - الجزء الثاني - ص ٢٥٣ ، شرح الكنز للمعنى - الجزء
الاول - ص ٢٣٥ ، الفتاوى الهندية - الجزء الثاني - ص ٢٥٦ .

(١٤) شرح الكنز للمعنى - الجزء الاول - ص ٢٣٥ ، شرح فتح القدير - الجزء
الرابع - ص ٢١٣

يكون قد الحق بنفسه الشبه قبل ان يوجه اليه القاتل ما قال ، فلا يكون في هذا شيء على القاتل (١) .

وملخص الكلام أن الشريعة الإسلامية تقرر عدم مشروعية الاعتداء على الشرف والاعتبار ، فإذا توفر الى جانب شرط عدم المشروعية ، شرط حلول خطر الاعتداء ، فإنه يكون لمن يتهدده الخطر أن يدفعه بالوسيلة المناسبة ، فمن يتهدده خطر نشر مقالة تخدش شرفه واعتباره ، يكون له أن يدفع ذلك ولو بالقوة كان يمزق المقالة المعدة للنشر ، وله أن يدخل المطبعة ليحول دون طبعها ونشرها (٢) استنادا الى الدفاع الشرعى .

والواقع أن الفقهاء لم يستعملوا عبارة الشرف والاعتبار ، فهم يتوسعون في معنى العرض ليشمل كل ما يمس الانسان في شرفه واعتباره ، وفي ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله « النصاص مشروع ايضا ، وهو أن الرجل اذا لعن رجلا ، او دعا عليه فله ان يفعل به كذلك ، وكذلك اذا شتمه شتيمة لا كذب فيها » (٣) ومما يؤيد ذلك قوله تعالى « وانتصروا من بعد ما ظلموا » (٤) . وقد سبق لنا تفصيل دلالة النص الكريم على شرعية الدفاع عن الشرف والاعتبار (٥) . ويرى بعض الفقهاء أن المساوى في عبارة السب لا يستلزم تعزير المتساين ، بينما يحد الرجلان اذا رمى كل منهما الآخر بالزنا يقول مثلا خسرو « واذا قال رجل لآخر يازانى فرد عليه بلا ، بل انت ، حدا بطلبهما ولا عفو ولا يلتزمان قصاصا . بخلاف ما يوجب التعزير من السب فانهما يتكافآن بشرط ان لا يكون في مجلس القاضى لانهما يعزران بتشاتمهما بين يدي القاضى » (٦) . وجاء مثل ذلك في المذهب الشافعى فلمن سبه شخص أن يسبه بمثل ما سبه (١) .

(١) البجوهرة النيرة - الجزء الثانى - ص ٢٥٣ ، حاشية الشلبى على الكنز - الجزء الثالث - ص ٢٠٨ ، فتاوى قاضيخان - الجزء الثالث ص ٤٣٩ ، شرح فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢١٣ ، الفتاوى الهندية - الجزء الثانى - ص ١٥٦ - الفتاوى الانقروية - الجزء الاول - ص ١٢٨ .

(٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٠٠ .

(٣) السياسة الشرعية في اصلاح الرأى والرعية - طبعة ١٣٠١ ص ١٥٣ .

(٤) سورة الشعراء : الآية ٢٢٧ .

(٥) راجع ما سبق ص ٦٥ - ٩٦ .

(٦) درر الحكام - الجزء الثانى - ص ٧٣ .

(٧) حاشية قابوبى - الجزء الرابع - ص ١٨٥ .

(م ١٤ - الدفاع الشرعى)

وقد اعتبر رأى معاصر عدم تعزيز المتساين تطبيقا من تطبيقات الدفاع الشرعى (٢) ، وهذا الرأى محل نظر لأن ذلك - كما قيل بحق - لا يعد تطبيقا للدفاع الشرعى بمعناه الدقيق ، بل هو الى القصاص اقرب ، ذلك أن تطبيق نظرية الدفاع الشرعى من شأنها درء الاعتداء قبل وقوعه ورد القول بمثله ليس كذلك (٢) .

ويمكن القول أنه تطبيقا لقوله تعالى « وفتصروا من بعد ما ظلموا » (٣) واعمالا للقواعد العامة فى الفقه الاسلامى يمكن منع المعتدى من التلفظ بالالفاظ التى تخدش الشرف والاعتبار ، بالوسيلة المناسبة كوضع يد على فمه حتى لا ينطق بهذه الالفاظ او لمنعه من الاسترسال فى الكلام ، واذا كانت العبارات مسجلة على شريط فيمكن تحطيم الشريط بلا ضمان تطبيقا للدفاع الشرعى .

الفرع الرابع

ج- جرائم المال

وضعت الشريعة الاسلامية القواعد التى تكفل حماية الاموال من اعتداء المعتدين ، فعاقبت على السرقة وجعلتها من جرائم الحدود مصداقا لقوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » (٤) ، فاذا تخلف او اختل شرط من شروط تطبيق الحد فان الحد لا يطبق على الجانى ، ولكنه يعزر ، اذ الفعل مع ذلك يعتبر جريمة على المال (٥) .

ومصدر الدفاع الشرعى عن المال ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم ، يقول « من قتل دون ماله فهو شهيد » (٦) .

-
- (١) تجاوز الدفاع الشرعى .. الرجوع السابق - ص ٢١٠ ، المسؤولية الجنائية فى الفقه الاسلامى - احمد فتحى بونسى - ١٩٦٩ م - ص ١٩٥
- (٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٠٢ - ١٠٣
- (٣) سورة الشعراء الآية ٢٧
- (٤) سورة المائدة الآية ٢٨
- (٥) التعزير فى الشريعة الاسلامية - رسالة دكتوراه - الدكتور عبد العزيز عامر ١٩٦٩ - ص ٢١٢
- (٦) التجريد الصريح لاحادث الجامع الصحيح لآبى العباس زين الدين احمد ابن احمد بن عبد اللطيف الشرحى الزبيدى الشهرى بالحسين المبارك مطبعة الحلبي - ١٣٤٧ هـ - الجزء الاول - ص ١٤٩ .

فالشرعية الاسلامية تقرر الدفاع عن المال دون تحديد لنوع الجريمة وهى بذلك الاطلاق تعافى غالبية التشريعات الوضعية ومنها القانون المصرى (١) والتي تجيز الدفاع الشرعى لمواجبة جرائم معينة من جرائم المال .

وعلى ذلك فان من يتهده خطر الاعتداء على ماله أو مال غيره . يكون له أن يدفع الاعتداء بالوسيلة المناسبة . كان يناشده ترك الاعتداء ، أو يهدده . أو يضربه ، فاذا تعين القتل طريقا للدفاع ، جاز للمصول عليه قتل الصائل . ولا يلزمه قصاص ولا دية ولا كفارة لانه ارتكب فعلا مباحا دفاعا عن ماله أو مال غيره .

ويكاد هذا الحكم يبلغ الاجماع فى المذاهب الاسلامية ، فيرى المالكية أن لصاحب المال قل هذا المال أو كثر أن يدفع السارق بالوسيلة المناسبة لاسترداد ماله ، فاذا امتنع السارق وبدأ يقاتل صاحب المال امعانا فى الامتناع ، كان لصاحب المال أن يقتله ودمه هدر لا قود ولا دية ، فقد جاء فى تبصرة الحكام « قال اصبح فى السارق يدخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه فيشعر به فيخرج فى اثره حتى اذا ارهقه تحول الى السارق فدافعه عن نفسه وامتنع منه وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو سكين أو عصا أو غير ذلك فيقتله الرجل فى مناعة ذلك حين لم يجد الى أخذه سبيلا . فان دمه هدر ولا شيء على قاتله من قود ولا دية » (٢) .

وكذلك يجيز الاحناف الدفاع عن المال قليله وكثيره ، بالوسيلة المناسبة ، فاذا لم يجد المصول عليه وسيلة للدفاع سوى قتل الصائل جاز له قتله .

ويستندون فى ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « من قتل دون ماله فهو شهيد » ، فقد جاء فى فتح القدير « ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ، وقتل من يقاتله لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد » (٣) . كما جاء فى واقعات المفتين « اذا رأى رجلا يسرق ماله فصاح به ولم يهرب أو رأى رجلا

(١) راجع مايلى ص ٢٢٥

(٢) تبصرة الحكام بهامش : العلى المالک - طبعة الحلبي - ١٩٥٨ - الجزء الثانى

- ص ١٨٥ - ١٨٦

(٣) فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢٧٦

ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ، وكذا لو قتل قاطع الطريق لا شيء عليه « (١) .

ويسوى الشافعية بين الدفاع عن النفس والدفاع عن العرض والدفاع عن المال وإن قتل ، ويبيحون قتل المعتدى على المال ، إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة للدفاع . فقد جاء في شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين « له دفع كل صائل . . على نفس أو طرف ، أو بضع ، أو مال وإن قتل . . إذا كانت المذكورات معصومة . . فإن قتله فلا ضمان فيه بقصاص ولا دية ولا كفارة » (٢) .

وبمثل ما قال الشافعية ذهب الحنابلة الى التسوية بين الدفاع عن النفس والدفاع عن المال ، والدفاع عن العرض ، فلمن يتهدده اعتداء على ماله أو مال غيره أن يدفع هذا الاعتداء ، فإذا تعين قتل الصائل طريقاً لدرء العدوان جاز قتل الصائل . . فقد جاء في كشف القناع « ومن صال على نفسه أو على نسائه . . أو على ماله ولو قتل المال . . دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به لأنه لو منع من ذلك لأدى الى تلفه وأذاه في نفسه وحرمة وماله . . فإن لم يمكن دفعه الا بالقتل . . فله ضربه بما ينتله أو يقطع طرفه . . ويكون ذلك هدراً لأنه أظلم لدفع شره كالباغي » (٣) .

وجاء في المغنى « قال أحمد في اللصوص يريدون نفسك ومالك - قاتلهم لمنع نفسك ، وقال عطاء في المحرم يلقي اللصوص قال : يقاتلهم أشد القتال . . وقال ابن سيرين ما أعلم أحدا ترك قتال الحرورية (٤) واللصوص تأثماً الا أن يجبن ، وقال الصامت بن طريف : قلت للحسن انى أخرج في هذه الوجوه . اخوف شيء عندى يلقي المصلون يعرضون لى فى مالى ، فإن كفت يدي ذهبوا بمالى وإن قاتلت المصلى فيه ما قد علمت ؟ قال أنى بنى من عرض لك فى مالك فإن قتلته فالى النار وإن قتلته فمشهد » (٥) .

وجماع القول أن الشريعة الاسلامية تقرر شرعية الدفاع عن المال ، بالوسيلة المناسبة ، فإذا تعين القتل وسيلة للدفاع جاز قتل الصائل .

(١) واقعات المفتين للشيخ عبد القادر بن يوسف الشهرى بقدرى الفندى الحنفى - المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ - ص ٦١ .

(٢) شرح المحلى وحاشية قابوس وعميرة - الجزء الرابع ص ٢٠٦

(٣) كشف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢

(٤) الحرورية فرقة من البدع .

(٥) المغنى - الجزء العاشر - ص ٢٥٢

المطلب الثاني

موضوع الاعتداء

فى التشريعات المقارنة

تمهيد وتقسيم :

تبيح التشريعات الحديثة كالقانون الايطالى (المادة ٥٢)
والقانون الاسبانى (المادة ٨/٤) ، والقانون السويسرى (المادة ٣٣)
والقانون الحبشى (المادة ٧٤) ، والقانون الروسى (المادة ١٣) الدفاع
الشرعى ضد خطر كل جريمة ايا كان موضوعها .

وقد سبقت الشريعة الاسلامية هذا الاتجاه التشريعى الحديث
فاطلقت الدفاع ضد خطر كل الجرائم .

ويذهب اغلب التشريعات الى تحديد موضوع الاعتداء بأنه جريمة
على النفس او المال ، ومثال ذلك فى نطاق التشريعات العربية قانون
العقوبات الأردنى المادة ١/١٥٥ ، اللبناني (المادة ١٨٤) والعراقى
(المادة ١/٤٢) ، والجزائرى (المادة ٢/٣٩) وفى التشريعات الاجنبية
قانون العقوبات النمساوى (المادة ٢) .

وتقتصر بعض التشريعات على ذكر الاعتداء على النفس دون
المال ويفعل البعض الآخر ذكر موضوع الاعتداء ومثال ذلك القانون
اليونانى (المادة ٢٢٢) والقانون الفرنسى (المادة ٣٢٨) - وقد اثار
القانون الفرنسى خلافا فى الفقه الفرنسى حول تحديد الاعتداء الذى
يبيح الدفاع الشرعى وهل يقتصر على جرائم النفس ام يمتد الى
جرائم المال .

وقد اعتبر القضاء الفرنسى الدفاع عن الاخلاق دفاعا شرعيا ،
مما اثار نقاشا فى الفقه الفرنسى تردد صداه فى الفقه المصرى ، مما
يقتضى ان نعرض هذا القضاء فى ضوء الشريعة الاسلامية .
وعليه نقسم الدراسة الى فروع ثلاثة هى التوالى :-

الفرع الاول :- موضوع الاعتداء فى التشريع الفرنسى

الفرع الثانى : موقف القضاء الفرنسى من موضوع الاعتداء
فى ضوء الفقه الاسلامى .

الفرع الثالث : - موضوع الاعتداء فى التشريعات العربية .

الفرع الأول

موضوع الاعتداء في التشريع الفرنسي

نصت المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات الفرنسي على الدفاع عن النفس أو عن الغير ، ولذلك تار الخلاف في الفقه الفرنسى ، حول تحديد الاعتداء الذى يبيح الدفاع الشرعى وهل يقتصر على جرائم النفس ام يشمل جرائم المال ؟

فذهب فريق من الفقه الى ان نطاق تطبيق النص ، يقتصر على جرائم النفس دون جرائم المال ، فلا يمتد تطبيقها للدفاع عن الملكية ، ويستندون في ذلك الى عدة حجج اهمها : -

(١) ان الضرر الذى يحدثه الاعتداء على الملكية يمكن اصلاحه من طريق الالتجاء الى القضاء ، ويعتبر تجاوزا اهدار حق المعتدى في الحياة لمجرد تهديد بالسرقة ، فلذا التملك ليس لها قوة غريزة البقاء (١) .

(٢) يستطيع المالك ان يحمى ملكيته عن طريق وسائل آلية متعددة مثل وضع جهاز عند مدخل المنزل يحدث انفجارا عند الدخول عن طريق الكسر فيقتل او يجرح الداخل ، بشرط ان يتخذ المالك من الاحتياطات ما يجعل الغير يعرف أنهم غير مسموح لهم بالدخول (٢)

(٣) ان المالك له الحق ، بل عليه - شأنه شأن عامة الناس ، واجب القبض على المعتدى وذلك تطبيقا للمادة ١٠٦ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي التى تلزم كل شخص ان يقبض على المتلبس بالجريمة (٣)

وليس معنى ذلك منع الدفاع عن المال منعا مطلقا اذ في ظل هذا الراى يمكن الاسناد الدفاع الشرعى اذا هدد الاعتداء النفس والمال معا (٤) .

(١) فيدال ومانيول - المرجع السابق - ص ٢٢٠ ،

Chauveau et Mélie — Théorie du code pénal. T : IX. No 1460, p. 177.

(٢) فيدال ومانيول - المرجع السابق - ص ٢٢٠ ،

(٣) جارسون - المرجع السابق - مادة ٢٢٨ رقم ٥٩ ص ١٦١
J.I. Haus, Principes Généraux du droit pénal (٤)

Belge 3eme t : I — 1879, No. 619, p. 471.

وذهب أغلب الفقه الفرنسي الى رفض هذا الرأي وتقرير حق المالك في الدفاع عن ملكه (١) ، والرد على اسانيد الرأي الاول بما يلى :-

(١) لم يقصد المشرع الفرنسي أن يستبعد بالمادة ٣٢٨ كل دفاع آخر غير الدفاع عن سلامة الجسم وإنما أراد أن يضع مبدأ عاماً هو مبدأ الدفاع الشرعى دون تحديد المصلحة المعتدى عليها ، وبذلك يشمل الاعتداء على الاموال ، لأن اطار الدفاع الشرعى يتجاوز حدود العبارات الضيقة لنص المادة ٣٢٨ (٢) .

(٢) ان القول بأن الاعتداء على المال يمكن دائماً تعويضه غير سليم على اطلاقه ، لأن الفاعل قد يظل مجهولاً ، وهو غالباً معسر (٣) .

(٣) ان الذين لم يعترفوا بالدفاع الشرعى عن المال دفعهم الى ذلك استحالة اباحة قتل المعتدى على الملكية ، وهذا يعتبر خطأ بين وجود الحق ، وبين تحديد الحدود التى يجب أن لا يتجاوزها الحق . وعلى ذلك فالاعتداء البسيط على الملكية يبيح الدفاع الشرعى الذى لا يصل الى حد القتل أو الجرح الخطير (٤) .

(٤) المادة ١٠٦ من قانون الاجراءات الجنائية لا تفنى عن الدفاع الشرعى لأن القبض لا يكون جائزاً الا اذا كان المجرم متلبساً بالجريمة ، بينما الدفاع جائز حتى قبل البدء فى التنفيذ طالما أن خطر الاعتداء على المال حالاً .

كما ان هذه المادة لا تسمح بأى عنف يوقعه المجنى عليه بالجانى فى سبيل استعادة الشئ ، وليس لها غير هدف واحد هو القبض على المجرم ، وتسليمه الى رجال السلطة العامة ، بينما الدفاع الشرعى يبيح قدراً من العنف يتناسب مع الاعتداء ، يستطيع به المعتدى

(١) جارو - الطول - ١٩١٤ - الجزء الثانى - ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) جارسون - المرجع السابق - المادة ٣٢٨ - رقم ٥٠ - ٥٥ - ص ١٦٠ وما

بعدها .

G. Stefani et G. Levasseur : Droit pénal General (٣)
et procedure penale, Paris, 1964, No. 136. p. 131.

Andrien, Priolaud : Du droit de Légitime Défense — thèse pour Doctorat 1903 — P. 51.

(٤) جارسون - المادة ٣٢٨ - رقم ٥٢ ص ١٦١

عليه أن يسترد ماله طالما أن جريمة السرقة لم تنته بعد ، والدفاع
لشرعى يباح لانه ممارسة لحق بل لواجب المساهمة في الدفاع عن
النظام الاجتماعى ، المعتدى عليه ، ولذلك فانه يجب أن يمتد الى
كل اعتداء أيا كان موضوعه (١) .

وازاء عدالة تبرئة المدافع ، فقد اتجه القضاء أولا الى القول
بأن المعتدى عليه الذى ضرب المعتدى على ماله وجرحه يبرا لعدم
توافر القصد الجنائى ، وهذا القضاء غير صحيح ، لأن الفعل
المرتكب - بهدف الدفاع ، صدر من شخص تتوفر لديه حرية
الاختيار ، فهو صادر عن ارادة حرة بلا شك (٢) .

ولذلك ذهب القضاء - فى أغلب الاحكام - الى مد نطاق الدفاع
الشرعى الى جرائم المال ، مادام الدفاع لا يكون مشروعا الا اذا كان
متناسبا مع الاعتداء ، ومن ثم فلا خطر منه على النظام الاجتماعى ،
فمثلا المالك الذى قتل شخصا رآه يخفى بعض فواكه اقتطفها من
حديقته لا يكون فى حالة دفاع شرعى (٣) .

الفرع الثانى

موقف القضاء الفرنسى من موضوع الاعتداء فى ضوء الفقه الاسلامى

عرض على القضاء الفرنسى قضية تتلخص وقائعها فى ان أم فتى
فى السادسة عشرة من عمره قد صفعت فتاة فى الثامنة عشرة كانت
تلاحق الفتى باصرار .. وذلك لانقاذ مستقبل ابنها من خطر افساد
أخلاقه بتأثير علاقته بهذه الفتاة .

واعترفت الأم بارتكاب الفعل ، ولكنها دفعت التهمة بأنها
تستند الى الدفاع الشرعى او الى حالة الضرورة .

وقد حكمت المحكمة بالبراءة على أساس ان الأم اللتهمة قامت
بفعلها استممالا لحق الدفاع الشرعى عن أخلاق ابنها .

G. Stefani, et G. Leveau : droit pénal (١)
général et procédure pénal, Paris 1964. No. 136, p. 131.

(٢) جارسون - الملة ٢٢٨ - رقم ٥٢ - ص ١٦١
Crim. 4 aout, 1949, Rev. S. Crim 1950, p. 47. (٣)

واستندت المحكمة في ذلك الى توافر عدة ظروف استخلصت منها أن اخلاق الفتى كانت مهددة تهديدا خطيرا من تكرار اتصاله بالفتاة .

فالفتاة قد حرصت الفتى على ترك دراسته ، وقد ثبت سوء سلوكها من الصور الفاضحة التي وجدت لها معه . وزواجه منها يهدد بافساد مستقبله افسادا لا يمكن اصلاحه ، والام لم تلجأ الى منع الفتاة الا بعد أن قامت بمساع لدى أهل الفتاة ولكنهم لم يستجيبوا لها بل شجعوا ابنتهم على هذا السلوك وعليه فالأم لم يكن أمامها وسيلة أخرى لابعاد الخطر عن الابن ولا ينسب الى الأم انها تجاوزت حدود الدفاع لأن الوسيلة التي لجأت اليها تمثلت في القدر الضروري من العنف اللازم لتحقيق الهدف (١) .

وقد اثار هذا الحكم نقاشا في الفقه الفرنسى والفقه المصرى على النسواء .

فيرى الأستاذ تروس أن ما قضى به القاضى من أن الأم وهى تبحث فيما يخلص ابنها من الامر الذى يهدد مستقبله بالخطر ، قد قامت بفعالها في الحدود الضيقة لحقوقها وواجباتها الاموية ، انما هو قول لا شعورى من المحكمة بما يسمى بالباعث المبيح ، والاعتداد بهذا الباعث ، ان كان مقبولا لدى انصار الدفاع الاجتماعى ، الذين يرون أن الجريمة لا تقوم الا بسبب الصفة غير الاجتماعية للفاعل ، فانه من غير المقبول الاخذ به في ظل التشريع الفرنسى الذى لا يعتد الا بالصفة غير الاجتماعية للجريمة نفسها (٢) .

فالأستاذ تروس يرفض الاخذ بالباعث الشريف ، وهو في نظره الاساس للاشعورى الذى استند اليه الحكم للقول بالدفاع الشرعى في اباحة فعل الام (٣) .

اما الأستاذ ليجال فيرى صحة الاستناد الى الدفاع الشرعى في اباحة فعل الام ، لان فعل الفتاة يمثل خطرا حالا على اخلاق الفتى ،

Trébutan de police de valence 19 Mai 1960, s. 1960. (١)

Eric le pointe, Le diagnostic judiciaire de fait justificatifs R.S.C. et de droit pénal compare, 1969, p. 557. (٢)

P.E. Trousse, Le mobile justificatif, Revue de droit pénal et de criminologie, Février 1963, p. 418. (٣)

وبؤيد ذلك أن الفقهاء لا يترددون في الاعتراف للمرأة بحق استعمال العنف لمقاومة الاغتصاب أو الاعتداء على العرض (١) ، ويمكن الأخذ بهذا الحل بالنسبة للجرائم التي تؤدي بطبيعتها إلى الفساد (٢) (٣) ..

ويتقبل الاستاذ هيجيني فكرة الدفاع الشرعى ، ويرى أن المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات الفرنسى تنص على الدفاع الشرعى عن النفس أو عن الغير ، والام تدافع عن ابنها الذى يجب عليها حمايته ، واللطمه أتى وقعت منها كانت بسيطة بالمقارنة بالضرر المتوقع وهو افساد "صغير" والخطر الذى يفتح مجال الدفاع الشرعى يمكن أن يكون ماديا ومعنويا ، وينتهى الى القول بأن المحكمة قد انتصرت بحق للفضيلة (٢) . وفى الفقه المصرى ذهب رأى الى أن القول بالدفاع الشرعى يقتضى ضرورة توافر امرين :

- ١ - اعتداء حال أى على وشك الوقوع .
- ٢ - استحالة اللجوء الى السلطة العامة لتجنب وقوع الاعتداء.

وينتهى هذا الرأى الى أن هذين الشرطين معا غير متحققين مى هذه الواقعة ، فقيام علاقات بين الفتاة والفتى وان كان يهدد مستقبله ، وينذر بالفشل فى دراسته الا انه لا يكون جريمة فى نظر القانون ، وليس اعتداء بالمعنى القانونى .

واذا افترضنا أنه اعتداء ، فان شرط الحلول يكون غير قائم اذ يمكن اللجوء الى السلطات العامة لدفع هذا الاعتداء (٤) . والواقع اننا اذا وضعنا هذا الحكم فى ميزان الشريعة الاسلامية ، فان الواقعة وان لم يتحقق فيها المعنى الدقيق للصيال . فان ما قامت به الفتاة يعتبر منكرا يمكن دفعه ، وما قامت به الام هو نهى عن المنكر ، « دفاع شرعى عام » وهذا الحكم الذى انتصر للفضيلة كما يقول الاستاذ هيجينى فى تعليقه يتفق تمام الاتفاق مع أحكام الشريعة الاسلامية الفراء .

(١) جارسون - المرجع السابق - المادة ٢٢٨ رقم ٤٤ وما بعدها ، ص ١٦.
A. Légal, R.S.C. 1962, p. 321. (٢)

Tribunal de police de Valenciennes 19 mai, 1960, (٣)
Sirey, 1960, p. 270.

(٤) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ٢١٥

الفرع الثالث

موضوع الاعتداء في التشريعات العربية

يحدد القانون التونسي موضوع الاعتداء الذي يبيح الدفاع الشرعى ويطلق معظم التشريعات الدفاع ضد جرائم النفس والمال ، ويقف القانون المصرى موقفا وسطا فيطلق الدفاع ضد جرائم النفس ، ويحدد جرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى .

ونعرض على التوالى للتشريعات العربية ، ومنهج المشرع المصرى فى ضوء الفقه الاسلامى .

موضوع الاعتداء في التشريعات العربية :

يضيق القانون التونسى من نطاق الاعتداء الذى يبرر الدفاع ، فيقتصره فى المادة ٣٩ على خطر الاعتداء على حياة الشخص أو أحد اقاربه ، ويضيف بالمادة ٤٠ حالتين :

الاولى : اذا وقع القتل أو الجرح أو الضرب ليلا لدفع تسور أو خلع مسيجات أو ثقب جدران أو دخول مسكن أو توابعه ، والثانية : اذا كان الفعل واقعا لمقاومة مرتكبى سرقة وسلب بالقوة .
والقانون السودانى لا يبيح الدفاع ضد جرائم النفس الا اذا كانت من الجرائم الماسة بالحياة أو بسلامة الجسم .. ولا يبيح دفع جرائم المال الا اذا كانت من جرائم السرقة أو النهب أو الإساءة أو التعدى الجنائى أو شروعا فيها (١) (المادة ٥٦) .

والقانون السودانى بهذا التحديد يقرب من القانون التونسى .

أما قوانين الدول العربية الأخرى . كالقانون المغربى (المادة ٨٣) ، القانون اللبنانى (المادة ١٨٤) ، والقانون السورى (المادة ١٨٣) ، والقانون الاردنى (المادة ٦٠) ، والقانون الليبى (المادة ٧٠) ، والقانون الكويتى (المادة ٣٣) ، والقانون الجزائرى (المادة ٣٩) ، فتجيز الدفاع الشرعى ضد خطر أية جريمة على النفس أو المال .

(١) الإساءة تعنى الإيذاء (المواد ٣٦٣ - ٣٧١) والتعدى يعنى الاعتداء على حيازة العقار وخصوصا انتزله (المواد ٣٨٠ - ٤٠٣)

وهذا نظر صحيح يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية لانه لا يوجد ما يبرر اضرار جريمة على أخرى .

موقف المشرع المصرى من موضوع الاعتداء :

اطلق المشرع المصرى الدفاع ضد جرائم النفس ، بينما حدد جرائم المال التى تبيح الدفاع ، وقد اثار الخلاف بين الشراح حول الدفاع ضد الجرائم التى تقع على الشرف والاعتبار .

وأعرض على التوالى لجرائم النفس ، جرائم العرض والشرف والاعتبار ، وجرائم المال ، ثم اتناول موقف المشرع المصرى فى ضوء الشريعة الإسلامية .

١ - جرائم النفس :

نصت الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات على أن (حق الدفاع الشرعى يبيح للشخص الا فى الاحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوص عليها فى هذا القانون) .

فالقانون المصرى يبيح الدفاع الشرعى ضد خطر جميع الجرائم التى تقع على النفس ، وسواء نص عليها قانون العقوبات أو جاء النص عليها فى قوانين خاصة ، لان التفسير اللغوى لعبارة « منصوص عليها فى هذا القانون » لا يسع فى بيان قصد الشارع فأحكام الدفاع الشرعى، من الاحكام العامة ولو أنها لم ترد فى الباب الاول ، ولذلك تراعى بالنسبة للجرائم المنصوص عليها فى القوانين الخاصة طبقا للمادة الثامنة من قانون العقوبات (١) التى تنص على أن « تراعى أحكام الكتاب الاول من هذا القانون فى الجرائم المنصوص عليها فى القوانين واللوائح الخصوصية الا اذا وجد فيها نص يخالف ذلك » .

ومن المتفق عليه فقهاء وقضاء ان جميع الجرائم التى تصيب المجنى عليه فى جسمه فتهدد حياته ، كالقتل ، أو تمس سلامة الجسم

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٠ ، الدكتور يسر أنور على - الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - المرجع السابق - ص ٢٣٣ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - الدكتور فوزية عبد الستار - المرجع السابق - ص ٢١٧ .

كالضرب والجرح وكذلك جرائم الاعتداء على الحرية كالقبض والحبس بدون وجه حق تبيح الدفاع الشرعى (١)

ويمكن القول بأن الجرائم التى تقع على النفس هى :

١ - جرائم الاعتداء على الحياة وسلامة الجسم فيباح الدفاع الشرعى لدرء جرائم القتل والضرب والجرح والاسقاط وتعريض الطفل للخطر والمنصوص عليها فى المواد ٢٣٠ - ٢٤٤ - ٢٦٨ - ٢٦٩ - ٢٧٨ - ٢٧٩ - ٢٨٥ من قانون العقوبات .

٢ - جرائم الاعتداء على الحرية وتعدد هذه الجرائم بتعدد النشاط الانسانى ، وما يحميه قانون العقوبات منها ، فيباح الدفاع الشرعى لدرء جرائم القبض والحبس بغير وجه حق والخطف . والمنصوص عليها فى المواد ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٨ ، ٢٩٠ . الاعتداء على حرية العنيدة (المادة ١٦٠) وحرية الاحتفاظ بالاسرار (المواد ١٥٤ ، ٣١٠ ، ٣٢٧) وحرية المسكن المنصوص عليها فى المادتين ١٢٨ ، ٣٧٠ حرية العمل (المادة ٣٧٥) .

وبعض الجرائم يتضمن معنى الاعتداء على النفس والمال فى وقت واحد كالسرقات بالاكراه (المادة ٣١٤) واغتصاب السندات والتوقعات بالقوة والتهديد (المادة ٣٢٥) وهذه الجرائم تدخل فى مطلق عبارة « جريمة على النفس » وتبيح الدفاع الشرعى (٢) ولا يعتد بجسامة الفعل لتقرير الاباحة وانما يشترط تناسب الدفاع مع الاعتداء لانه تجب التفرقة بين وجود الحق واتساع نطاقه (٣) .

٢ - جرائم العرض والشرف والاعتبار :

افتصر القانون المصرى فى المادة ٢٤٦ على ذكر جرائم النفس والمال

(١) الدكتور السيد مصطفى السيد - القسم العام - ص ١٨٨ ، جرانمولان - المرجع السابق - الجزء الثانى - رقم ١٥٩٥ ص ٢٩٠ ، نقض ٤ ابريل سنة ١٩٤٩ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع رقم ٨٥٨ ص ٨٢١ ، ١٧ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة - السنة ٢٠ رقم ٥١١ ص ١١٨٣ .

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢١ ، ٤٢٢ ، الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٤٨

(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - اللبنانى - ص ٢٢٨ ، (المصرى) ص ٢١٢ ، الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٤٧ .

ويجمع التراجيح على أن عبارة « لدفع كل فعل يعد جريمة » تشمل كل صور الاعتداء على النفس ومنها جرائم العرض (١) .

وقد سار القانون المصرى على منوال القانون الفرنسى فلم يعاقب على كل صور الرذيلة ، وانما انتقى منها صوراً معينة تتميز عن غيرها بإصابة الغير بالاذى .

فمواقعة الانثى برضاها لا عقاب عليه ، فاذا كانت الانثى متزوجة اعتبر الفعل جنحة ، لان اثر الفعل يتعدى الى الزوج ، واذا حصل الفعل بالاكره عد جنابة اغتصاب (٢) .

وهذا المنهج يختلف عن منهج الشريعة الاسلامية التى تحمى الفضيلة ، وتحارب الرذيلة فى كل صورها ، فتعتبر الزنا من جرائم الحدود ، وكل ما دون الوقاع من الافعال التى تمس العرض تعتبر من المعاصى التى ليست فيها عقوبات مقدرة فيجب فيها التعزير (٣) .

وقد تناول القانون المصرى الجرائم الماسة بالعرض فى الباب الرابع من الكتاب الثالث تحت عنوان « هتك العرض وافساد الاخلاق » (المواد من ٢٦٧ - ٢٧٩) وهذه الجرائم هى :

- ١ - اغتصاب الانثى (المادة ٢٦٧) .
- ٢ - هتك العرض (المادتان ٢٦٨ - ٢٦٩) .
- ٣ - الفعل الفاضح المخل بالحياء (المادتان ٢٧٨ - ٢٧٩) .
- ٤ - الزنا (المواد ٢٧٣ - ٢٧٧) (٤) .

(١) أسنانذا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢١ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧١ ، الدكتور على راشد - الموجز ص ٢٧٥ الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسئولية الجنائية - ص ٣١٦ ، الدكتور السيد مصطفى السيد - القسم العام - ص ١٨٨ ، الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى - المرجع السابق - ص ٣٩١ .

(٢) أسنانذا الدكتور محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة السابعة ١٩٧٥ - ص ٢٩٩ .

(٣) التعزير فى الشريعة الاسلامية - الدكتور عبد العزيز عامر - الطبعة الرابعة ١٩٦٩ - ص ١٨٨ .

(٤) وقد كانت المادتان ٢٧٠ ، ٢٧١ تنصان على جريمة الاعتداء على تحريض الشبان على الفجور والفسق ، وكانت المادة ٢٧٢ تنص على جريمة التحويل فى الميمنة على ما تكسبه امرأة من الدعارة .. وقد ألغيت هذه النصوص من قانون العقوبات بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة الذى حل محل النصوص المذكورة ولائحة بيوت العاهرات الصادرة فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ (تراجع المادة ١٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١) ثم استبدل به القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١

فاذا تهدد انسان خطر اعتداء على عرضه . كان له ولغيره أن يدفع هذا الاعتداء بالوسيلة المناسبة ومنها القتل بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المادة ٢٤٩ / ١ والتي سأتناولها في شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء (١) .

واما جرائم الشرف والاعتبار ، فقد أثارت خلافا في الفقه الفرنسى والفقه المصرى على السواء .

فذهب البعض الى ان جرائم الشرف والاعتبار لا تبيح الدفاع الشرعى (٢) ويستند هذا الراى الى الأدلة الآتية :

١ - ان جرائم الشرف والاعتبار ترتكب دون استخدام العنف المادى من الجانى على المجنى عليه ، والنص يفترض هذا العنف (٣) لإباحة الدفاع الشرعى .

٢ - التعويض المدنى عادة مايكفى لجبر الضرر الذى أصاب المجنى عليه (٤) .

٣ - جرائم الشرف والاعتبار تتم عادة بمجرد قول العبارات أو نشر الكتابة التى تتضمن القذف والسب أو ما اليهما ، ومن ثم يكون الدفاع من قبيل الانتقام ، لانه يكون بعد وقوع القذف أو السب فعلا (٥) reputation

٤ - ذهب جودى الى أن جرائم الشرف والاعتبار ليست من جرائم النفس لان الاعتداء لا يقع على جسم المجنى عليه ، وانما يقع على السمعة (٦) .

(١) راجع الفصل الثانى من هذا الباب .

(٢) جارو - الطول - الجزء الثانى - رقم ٤٤٥ ص ١٩ ، جرسون - المرجع السابق - المادة ٣٢٨ رقم ٦٢ ص ١٦٢ ، فيدال وماتبول - الجزء الاول رقم ٢٠١ ص ٢٢٩ ، جودى - الجزء الاول - المرجع السابق - رقم ٤ ص ١٩٠ - دو - الجزء الاول - فصل ٥٦ ص ١٩٠ ، نقض ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ القضاء - السنة ٥ ص ١٨٩ ، فى المسؤولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى - ص ٢١٧ .

(٣) جرانملان ، الجزء الثانى - رقم ١٥٩٦

(٤) فى المسؤولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى - ص ٢١٨ .

(٥) فى المسؤولية الجنائية - ص ٣١٨ ، جرانملان - الجزء الثانى - رقم ١٥٩٦

(٦) جودى - الجزء الاول - المرجع السابق - رقم ٤ - ص ١٩٠ .

وذهب أغلب الفقه المصري الى امتداد اباحة الدفاع الشرعى الى جرائم الشرف والاعتبار (١) ، لان عبارة (لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصا عليها فى قانون العقوبات) الواردة فى المادة ٢٤٦ جاءت مطلقة وهى بذلك تشمل جميع جرائم النفس أيا كانت صورتها ، ومنها جرائم الشرف والاعتبار وقام أصحاب هذا الراى بالرد على الراى المعارض بما يلى :

١ - المادة ٢٤٦/١ صريحة فى اباحة الدفاع الشرعى ضد كل فعل يعتبر جريمة على النفس، ولا يشترط أن تكون الجريمة مما تستخدم فيها القوة المادية لارتكابها (٢) .

٢ - القول بأن التعويض المدنى يكفى لاصلاح الضرر - فيما نرى غير مسلم لان الجانى قد يكون معسرا .

٣ - القول بأن الدفاع لدرء الشرف والاعتبار من قبيل الانتقام تعميم غير صحيح ، فهو أن صح فى بعض الاحيان فهو لا يصح فيها جميعا ، ومثال ذلك اذا اعتلى شخص مكانا عاليا فى الطريق العام وبدأ توجيه الفاظ تعتبر قذفا أو سبا لشخص آخر ، فانه يكون لهذا الاخر أن يمسك لاسكاته ، وله حجزه فى مكان مطلق بالقوة مما قد تنشأ عنه بعض الجروح (٣) .

واذا علم شخص أن آخر يحمل منشورات تتضمن قذفا فى حقه ، فانه يكون له أن ينتزع منه هذه المنشورات بالقوة لاعدامها (٤) . وكذلك يكون للشخص أن يحطم الاسطوانة أو الشريط المسجل عليه عبارات تعتبر قذفا و سبا فى شرفه واعتباره (٥) .

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ١٨٩ ، استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢١ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - ص ٢١٢ ، الدكتور احمد فتحى سرور القسم العام - ص ٢٧١ ، الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٢٧ ، الموجز - ص ٢٣٠ ، الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى ص ٣٩١ ، الدكتور يسر انور على - الدفاع الشرعى دراسة لبدأ المشروعية - الرجوع السابق - ص ٢٢٤ ، خطر الاستثناء فى الدفاع الشرعى - الدكتور فوزية عبد الستار - المرجع السابق - ص ٢١٨ (٢) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - المرجع السابق - ص ٥٢٧ - الموجز ص ٢٣٠

(٣) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٢٨ ، الموجز - ص ٢٣٠

(٤) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٢٨

(٥) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ١٨٩ ، استاذنا

الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢١

ومن صور الدفاع والجريمة واقعة حالة ما اذا شاهد زيد بكرا وهو يغازل امرأة في الطريق العام فلزيد ان يمنع بكرا بالقوة من الاسترسال في هذا الغزل الذي يعد سببا (١) .

٤ - ان ما يراه جودبى من أن جرائم الشرف والاعتبار ليست من جرائم النفس ، لانها لا تقع على جسم المجنى عليه وانما على سمعته ، قول غير صحيح في رأينا ، لان النفس لا تقتصر على الجانب المادى ، وهو الجسم ، وانما تشمل الجانب المعنوى المتمثل في شرف الانسان واعتباره .

وازاء عموم نص المادة ١/٢٤٦ وعدم صعود أدلة الراى القائل بأن جرائم الشرف والاعتبار لا تبيح الدفاع الشرعى في وجه النقد - كما رأينا - فاننا نرجح ما ذهب اليه اغلب الشراح في مصر ، ونرى ان الاعتداء على الشرف والاعتبار يبيح الدفاع الشرعى ، وان جرائم الشرف والاعتبار تدخل في مفهوم جرائم النفس المنصوص عليها في المادة ١/٢٤٦ ويمكن درؤها اذا توافرت شروط الاعتداء والدفاع - استنادا للدفاع الشرعى .

٣ - جرائم المال :

نصت المادة ١/٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ (٢) على أن « وحق الدفاع الشرعى عن المال يبيح استعمال القوة لرد كل فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الابواب الثانى والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب » وفى الفقرة ٤ من المادة ٣٧٩ .

فالمشرع المصرى لم يطلق الدفاع عن المال كما فعل بالنسبة لجرائم النفس ، وانما حصر جرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى فلا يجوز القياس عليها (٣) . . واذا اتخذ الاعتداء صورة جريمة أخرى من جرائم المال ، فانه لا يبيح الدفاع الشرعى ، ولذلك قضت محكمة النقض بأنه اذا كان كل ماوقع من المجنى عليه هو انه حاول حل بقرة المتهم من الساقية

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢١ ، وراجع نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة الفوائد القانونية - الجزء الرابع - رقم ٢٢٠ ص ١٧ ، ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٠ - الجزء الخامس رقم ٦٨ ص ١١٦ (٢) الجريدة الرسمية - العدد ١٦ فى ٢٢ ابريل ١٩٨٢ (٣) الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٥٢ .
(م ١٥ - الدفاع الشرعى)

ليتمكن من ادارتها لرى اطيانه فان اعتداء المتهم عليه لرده عن ذلك لا يعتبر دفاعا شرعيا عن حقه فى ادارة الساقية اتماما لرى أرضه ، لان هذا الحق ليس مما تصح المدافعة عنه باستعمال القوة (١) .

وجرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى هى :

١ - جرائم الباب الثانى وهى جرائم الحريق عمدا الواردة فى المواد من ٢٥٢ الى ٢٥٩ وكلها جنائيات ، فيما عدا جنحة المادة ٢٥٩ التى تعاقب بالحبس على احراق بعض الاشياء عمدا ، اذا لم تستعمل مفرقات ولم تتجاوز قيمة الاشياء المحروقة خمسة جنيهات مصرية ولم يكن هناك خطر على الاشخاص أو خطر من الحاق ضرر بأشياء أخرى . وقد ألغيت المادة ٢٥٨ عقوبات بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٤٩ ونقلت الجرائم التى كانت تنص عليها الى المادتين ١٠٢ د ، ١٠٢ د ، ولا صعوبة بشأن المادة ١٠٢ ح لانها من جرائم النفس .

أما المادة ١٠٢ د فهى من جرائم المال ، وقد ذهبت محكمة النقض عند تطبيق المرسوم بقانون رقم ٢٤١ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالعفو فى بعض الجرائم الى أن الشارع لم يبلغ الاحكام التى تضمنتها المادة ٢٥٨ ولكنه نقلها الى موضع آخر ، واخذ بهذا الراى ذهب البعض الى أن الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٥٨ لم تلغ ولم تتغير الاحكام التى تخضع لها ومن بين هذه الاحكام اعتبارها مبررة للدفاع الشرعى (٢) - ونحن نؤيد هذا الراى ونرى أن المادة ١٠٢ د التى تعاقب من يستعمل أو يشرع فى استعمال المفرقات استعمالا من شأنه تفريض أموال الغير للخطر تبرر الدفاع الشرعى .

٢ - الجرائم المنصوص عليها فى الباب الثامن من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، وهى جرائم السرقة واغتصاب الاموال الواردة فى المواد من ٣١١ الى ٣٢٧ ، وبعضها جرائم اعتداء على المال والنفس معا كالسرقة بالاكراه (المادة ٣١٤) ، وكاغتصاب السندات والتوقيعات بالقوة أو التهديد (المادة ٣٢٥) .

(١) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ص ٥ رقم ١٢ ص ١٨ وراجع نقض ٢٨ ابريل سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ص ٥ رقم ٢٤٧ ص ٤٤٩ ، نقض ١٤ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام محكمة النقض ص ٧ رقم ٢٠٠ ص ٧١٢ .
(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - طبعة ١٩٦٢ - ص ٢١١ هامش (٢) ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - ص ٢١٣ هامش (٢) ، ٦ الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٢ هامش (٢)

وقد حكم بأنه اذا كانت الواقعة هى ان المتهم لم يطلق المقذوف النارى الذى اصاب به المجنى عليه الا حين رآه عند الفجر فى زراعة يسرق منها ، فهذه ، متى كانت الاصابة غير مميتة مما يسوغ القول بأنه كان فى حالة دفاع شرعى عن المال (١) .

٣ - الجرائم المنصوص عليها فى الباب الثالث عشر من قانون العقوبات وهى جرائم التخريب والتعيب والاتلاف سواء أوقعت على الجماد (المواد ٣٥٤ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦١ ، ٣٦١ مكررا) ام على الحيوان (المادتان ٣٥٥ ، ٣٥٧) .

٤ - الجرائم المنصوص عليها فى الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، وهى جرائم انتهاك حرمة ملك الغير الواردة فى المواد من ٣٦٩ الى ٣٧٥ وأهمها :

(١) دخول الجانى عقارا فى حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة او بقصد ارتكاب جريمة (مادة ٣٦٩) .

وقد حكم بأنه اذا كان المتهم قد لجأ الى القوة لرد المجنى عليه عن أرضه بعد ان دخلها عنوة لمنع من زراعتها فان المجنى عليه فى الضرب يكون قد ارتكب الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٦٩ عقوبات ويكون للمتهم الحق فى استعمال القوة اللازمة لردّه طبقا للمادة ٢٤٦ عقوبات (٢)

(ب) دخوله بيتا مسكونا أو معدا للسكنى .. فى حيازة آخر قاصدا منع حيازته بالقوة أو ارتكاب جريمة فيه (مادة ٣٧٠) (٣) .

(ج) تواجده فى أحد المحلات السابقة مختفيا عن أعين من لهم الحق فى إخراجه منها (مادة ٣٧١) .

(١) نقض ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية الجزء السادس رقم ٧٧

ص ١٠١ وفى نفس المعنى نقض ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ - الجزء السادس رقم ٢٢٨ ص ٢٥٠

ونقض ٧ أكتوبر سنة ١٩٤٧ - الجزء السابع - رقم ٣٨٧ ص ٣٦٨

(٢) نقض ٢٤ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية الجزء السادس رقم

٢٩١ ص ٢٨٨ ، نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة العاشرة رقم

٤٤ ص ١٩٨ ، نقض ٢٤ يولية سنة ١٩٦٨ السنة التاسعة عشر رقم ١٥٣ ص ٧٦٥

(٣) راجع فى رد محاولة اقتحام السكن عنوة ، نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨

مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع رقم ٧٢٩ ص ٦٨٦ ، نقض ٩ أبريل سنة

١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض - السنة ١٤ - رقم ٦٥ ص ٢٢٢ .

(د) ترك المستخدمين والاجراء الذين يقومون بخدمة عامة لعملهم
او الامتناع عنه عمدا (مادة ٣٧٤) .

(هـ) استعمال القوة أو العنف أو الارهاب أو التهديد أو تدابير
غير مشروعة في الاعتداء على حق الغير في العمل ، وفي الاستخدام وفي
الاشتراك في الجمعيات (مادة ٣٧٥) .

خامسا : احدى المخالفات المتعلقة بالامن العام او الراحة العمومية وهى:

دخول أرض مهيأة للزراعة أو مبدور فيها زرع أو محصول ، أو
مروره فيها بمفرده أو بهائمه أو ذوابه المعدة للجر أو الحمل أو الركوب،
أو ترك هذه البهائم أو الدواب تمر فيها أو ترعى فيها بغير حق (المادة
٣٧٩/٤) بعد استبدالها (١) وهى الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧/١ والتي
أصبحت الفقرة الرابعة من المادة ٣٧٩/٤ مع تعديل طفيف بعد ان الفت
المادة الثالثة من القانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١ المواد من ٣٨١ الى ٣٩٥ من
قانون العقوبات .

وحصر جرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى على هذا النحو
معيب ، لان هناك صورا من الجرائم المخلة بأمن الدولة فى الداخل أو
الخارج لاشك ان المصلحة والمنطق يقضيان بوجوب اباحة الدفاع الشرعى
فيها ومثل ذلك اتلاف المنشآت الحربية وأدوات الدفاع ، وغير ذلك
من أفعال الجاسوسية والخيانة العظمى (٢) .

موقف القانون المصرى فى ضوء الشريعة الاسلامية :

رأينا ان الشريعة الاسلامية قد اطلقت الدفاع ضد خطر كل الجرائم
بينما اطلق القانون المصرى الدفاع لدرء خطر الاعتداء على النفس ،
وحدد جرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى .

ولا خلاف بين المبادئ المقررة فى الشريعة الاسلامية بخصوص
الدفاع عن النفس ، وبين القانون المصرى ، فكل منهما يطلق الدفاع ضد
جرائم النفس (٣) .

(١) راجع المادة الثانية من القانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١

(٢) فى المسؤولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى - ص ٢١٩

(٣) مع الاخذ فى الاعتبار ان الشريعة لا تحدد جرائم قبيح القتل كوسيلة للدفاع ،
بينما يحدد القانون المصرى الجرائم التى تبيح القتل - راجع ما يلى فى شرط تناسب
الدفاع مع الاعتداء .

وأما جرائم العرض ، فقد رأينا أن الشريعة الإسلامية تقرر في وضوح اباحة الدفاع ضد خطر الاعتداء على العرض ومدت شريعة الحق تبارك وتعالى حمايتها الى حرمة المساكن فأباححت الدفاع ضد من ينظر الى مكان لا يجوز له دخوله ، وبذلك اتسع نطاق حماية عورات الناس وأعراضهم أما القانون المصرى فلم ينص صراحة على جرائم العرض في المادة ٢٤٦ ، وقد توسع الشراح في عبارة « كل فعل يعتبر جريمة على النفس » لتشمل جرائم العرض .

ولا خلاف بين الشريعة الإسلامية ، وبين القانون المصرى - طبقا للتوسع في تفسير النص الذى انتهى اليه الشراح - في تبرير اباحة الدفاع لمواجهة خطر الاعتداء على العرض .

ولكن بأتى الخلاف الجذرى بين الشريعة الإسلامية ، والقانون المصرى في منهج التجريم ، فالشريعة الإسلامية تحمى الفضيلة ، وتحارب الرزيلة في كل صورها يقول سبحانه وتعالى « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (١) .

أما القانون المصرى فقد كان فاجرا عندما اقتفى اثر القانون الفرنسى وسار على منهجه ، ولم يقم للفضيلة وزنا رغم انه يحكم مجتمعا مسلما ، فاقصر على تجريم صور معينة تصيب الغير بالاذى ، فالزنا وهو من كبائر الاثم ، لا يعتبر جريمة في القانون المصرى ، الا اذا حصل من رجل متزوج أو امرأة متزوجة ، وبالنسبة للزوج يشترط أن يقع الزنا فى منزل الزوجية ولا تستطيع النيابة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية الا بناء على شكوى الزوج ، وقد سبق أن رأينا مدى مجافاة ذلك للعدالة ، ومدى مصادمة ذلك لاحكام الشريعة الإسلامية الفراء (٢) .

والرأى عندى وقد أصبحت الشريعة الإسلامية طبقا للدستور المصدر الرئيسى للتشريع فقد صارت نصوص القانون المصرى في هذا النطاق غير دستورية واحكام الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق .

وأما جرائم الشرف والاعتبار فقد رأينا أن الشريعة الإسلامية تعاقب على القذف والسب ، ومن ثم يكون الاعتداء على الشرف والاعتبار غير مشروع فاذا توفر الى جانب عدم مشروعية الاعتداء ، شرط حلول الاعتداء أبيح درء الخطر استنادا للدفاع الشرعى ، واذا كان الفقهاء لم

(١) سورة النحل - الآية ٩٠

(٢) راجع ما سبق ص ١٧٩

يستعملوا عبارة الشرف والاعتبار فان ذلك لا يعيب الفقه . لانهم توسعوا فى معنى العرض ، ليشمل الشرف والاعتبار وخبر شاهد على ذلك الامثلة التى ذكرها الفقهاء (١) والتى تعبر تعبيرا شاملا وصادقا عما يعبر عنه المعاصرون ، بالشرف والاعتبار .

واما فى القانون المصرى ، فقد اختلف الشراح ، فذهب راي الى ان جرائم الشرف والاعتبار لا تبيح الدفاع الشرعى ، وذهبت الغالبية من الشراح الى ان الجرائم المذكورة تبيح الدفاع الشرعى والراى الراجح الذى ذهبت اليه اغلبيه الشراح يتفق مع المبادئ العامة فى الشريعة الاسلامية .

وفيمما يتعلق بجرائم المال ، فقد رايانا ان الشريعة قد اطلقت الدفاع ضد جرائم المال وهو ما تتجه اليه التشريعات الحديثة .

اما القانون المصرى فقد حدد على سبيل الحصر جرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى فى المادة ٢/٢٤٦ ، وهو تحديد منتقد لان هناك صور من الجرائم المخلة بأمن الدولة فى الداخل والخارج تقضى المصلحة كما يقضى المنطق وجوب اباحة الدفاع الشرعى لمواجهة مثل جرائم اتلاف المنشآت الحربية وادوات الدفاع (٢) .

ولذلك اتجه مشروع قانون العقوبات المصرى فى المادة ١٨ منه الى اباحة الدفاع الشرعى ضد خطر أية جريمة من جرائم النفس والمال وهو ما سبقت اليه منذ اربعة عشر قرنا الشريعة الاسلامية الفراء .

(١) راجع ما سبق ص ٢٠٧ - ٢٠٨

(٢) راجع ما سبق - ص ٢٢٥ .

الفصل الثانى

الركن اثنائى : الدفاع

تمهيد وتقسيم :

الدفاع هو الركن الثانى للدفاع الشرعى ، وليس معنى أن الاعتداء غير مشروع ، وخطره حال أو على وشك الوقوع ، أن يباح للمصول عليه رد الاعتداء كيف شاء لان المقصود من اباحة الدفاع مجرد درء العدوان .

ولذلك يشترط فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، أن يكون الدفاع لازما لرد الاعتداء ، وأن تتناسب افعال الدفاع مع الاعتداء وعليه تقسم الدراسة الى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الاول : لزوم الدفاع المبحث الثانى : تناسب الدفاع

المبحث الاول

لزوم الدفاع

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالدفاع الافعال التى يأتىها المصول عليه (المعتدى عليه) أو غيره ردا على أفعال الاعتداء الصادرة من الصائل ، لكسر شوكته ودرء عدوانه .

وإذا كان الهدف من اباحة الدفاع هو مجرد درء الاعتداء فانه يجب أن تكون الافعال التى يأتىها المصول عليه لازمة لتحقيق هذا الهدف فإذا كان من الممكن تجنب الاعتداء دون ايقاع اذى بالمعتدى فانه لا يباح للمعتدى عليه ارتكاب أى فعل عدوانى ضد الصائل ، والا اعتبر معتديا.

وشرط اللزوم يعنى أن تكون الافعال التى يأتىها المعتدى عليه أو غيره وهى فى الاصل جريمة من شأنها رد الاعتداء .

ويشترط فى الفقه الاسلامى ، وفى الفقه الوضعى أن تكون أفعال الدفاع لازمة لرد الاعتداء .

وتتناول شرط اللزوم في الفقه الاسلامي ، والفقه الوضعي ، في
مطلبين على التوالي :

المطلب الاول : لزوم الدفاع في الفقه الاسلامي

المطلب الثاني : لزوم الدفاع في الفقه الوضعي

المطلب الاول

لزوم الدفاع في الفقه الاسلامي

يقصد باللزوم أن تكون الافعال التي يأتيها المعتدى عليه أو غيره من
شأنها رد اعتداء المعتدى .

ويشير شرط اللزوم العديد من المسائل التي تتعلق بعناصره ،
وتوجيه افعال الدفاع الى مصدر الاعتداء ، وموقف الفقه الاسلامي من
شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، وآراء الفقهاء في الهروب كوسيلة
للدفاع ، ومدى التزام المعتدى عليه باللجوء اليها .

عناصر الدفاع :

يمكن القول أن للدفاع عنصرين هما العنصر المادي ، والعنصر
المعنوي :

العنصر المادي :

ويقصد به الافعال المادية التي يقوم بها المصول عليه أو غيره لدرء
خطر الاعتداء الذي يتعرض له المعتدى عليه من الصائل .

ولم يحدد الفقه الاسلامي افعالا معينة للدفاع ، وبذلك يكون
المصول عايه أو غيره أن يدفع العدوان بكل ما من شأنه درء خطر
الاعتداء أو وقف استمراره ، فقد جاء في المذهب الشافعي « قال
الشافعي ولو عض يده رجل فانتزع يده فندرت ثنيتا العاض كان ذلك
هدرا واحتج بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايدع يده في فيك تقضمها
كانها في في فحل وأهدر ثنيتيه (قال) ولو عضه كان له فك لحية يده
الاخرى ، فان عض قفاه فلم تنله يده كان له أن ينزع رأسه من فيه ،
فان لم يقدر فله التحامل عليه برأسه الى ورائه ومصعدا ومنحدرا ،
وان غلبه ضبطا بفيه كان له ضرب فيه بيده حتى يرسله فان بعج بطنه

يسكين أو فقا عينه بيده أو ضربه فى بعض جسمه ضمن « (١) .

العنصر المعنوى :

والمراد به ان يكون المقصود من افعال الدفاع هو تجنب خطر الاعتداء أو وقف استمرار العدوان .

والواقع أن جمهور الفقهاء قد فصلوا القول فى اهلية الصائل (٢)، إلا أنهم لم يعرضوا للعنصر المعنوى للدفاع .

غير أن اشتراطهم أن تكون أفعال الدفاع لازمة ومتناسبة مع الاعتداء يملئ أن تكون الأفعال الصادرة من المصول عليه مقصودا بها دفع الاعتداء ويبدو أن الفقهاء لم يعرضوا لذلك ، لانه من البدهيات التى تملئها القواعد العامة فى الشريعة الفراء التى تعتبر أن أساس الاعمال هو النيات وأن الاعمال بمقاصدها . وقد ذكر ابن العربى العنصر المعنوى صراحة قائلا لا يقصد المصول عليه القتل إنما ينبغى أن يقصد الدفع (٣) .

توجيه افعال الدفاع الى مصدر الخطر :

ان اشتراط أن تكون الأفعال الصادرة من المدافع وهو الشخص المهدد بخطر الاعتداء أو من الغير لازمة لرد هذا العدوان ، يقتضى أن توجه أفعال الدفاع الى مصدر خطر الاعتداء ، وليس لغير هذا المصدر . وإذا كان الفقهاء لم يصرحوا بذلك ، فهو امر ثابت ومقرر طبقا للقواعد العامة للمسئولية فى الشريعة الإسلامية ، بقول تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » (٤) ويقول سبحانه وتعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » (٥) وشرط لزوم الدفاع يحتم أن يكون موجها ضد مصدر الخطر ، لأنه اذا ترك المعتدى عليه مصدر الاعتداء ووجه الدفاع ضبد الغير فان هذا الدفاع لا يكون لازما لرد الاعتداء .

وفضلا عن ذلك فان أساس الدفاع الشرعى - فى رأينا - هو بطلان العصمة (٦) ، فاذا وجهت أعمال الدفاع الى غير المعتدى ، فانها تكون

(١) مختصر المزنى لآبى ابراهيم اسماعيل بن يعى الزنى - بهامش الام طبعة الشعب ١٩٦٨ - الجزء الخامس - ص ١٨٧ - نهاية المحتاج - طبعة الحلبي - ١٢٨٦ هـ ١٩٦٧ م - الجزء الثانى - ص ٢٨ .

(٢) راجع ما سبق ص ١٦٨ .

(٣) التاج والاكليل - المواق - الطبعة الاولى - بهامش مواهب الجليل - الجزء

السادس - ص ٢٢٣ .

(٤) سورة فاطر - الآية : ١٨ .

(٥) سورة الدثر - الآية : ٢٨ .

(٦) راجع ما سبق - ص ١٢٣ وما بعدها .

قد وجهت ضد من يتمتع بالعصمة ومن ثم تكون هذه الافعال من قبيل العدوان غير المشروع .

فمن تدخل في ارضه دواب الفير لا يجوز له ان يتركها ثم يوجه دفاعه الى حائزها .

موقف الفقه الاسلامى من شرط اللزوم :

يؤكد الفقهاء وجوب ان يكون فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة التى يمكن للمعتدى عليه ان يتخلص من العدوان .

ففى المذهب الشافعى جاء فى الام « فمن اريد ماله فى مصر فيه غوث او صحراء لا غوث فيها ، او اريد وحريمه فى واحد منهما ، فلاختيار له ان يكلم من يريده ويستغيث ، فان منع او امتنع لم يكن له قتاله ، وان أبى ان يتمتع من اراد ماله أو قتله أو قتل بعض أهله أو دخولا على حريمه . . . فله ان يدفعه عن نفسه وعن كل ماله دفعه عن نفسه ، فان لم يندفع عنه ، ولم يقدر على الامتناع منه الا بضربه بيد أو عصا أو سلاح حديد أو غيره فله ضربه » (١) . وجاء فى المذهب « اذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد . فان لم يندفع الا باتلاف عضو دفعه باتلاف العضو فان لم يندفع الا بالقتل دفعه بالقتل » (٢) .

وفى المذهب الحنفى جاء فى حاشية ابن عابدين « وان علم المسروق منه أنه لو صاح عليه طرح ماله فقتله مع ذلك وجب القصاص لقتله بغير حق كالمفصوب منه اذا قتل الفاصب فانه يجب القودا لقدرته على دفعه بالاستغاثة » (٣) . كما جاء فى الدر المختار شرح تنوير الابصار عند تناول موضوع دفع الصائل وإباحة قتله . . . هذا اذا لم يعلم أنه ان صاح عليه طرح ماله ، وان علم ذلك فقتله مع ذلك وجب عليه القصاص لقتله كالمفصوب منه اذا قتل الفاصب ، فانه يجب عليه القود لقدرته على دفعه بالاستغاثة بالمسلمين والقاضى » (٤) .

(١) الام - طبعة الشعب ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٧ .

(٢) المذهب - لابی اسحق ابراهيم الشيرازى - الجزء الثانى - ص ٢٢٥ ، اسنى المطالب - الجزء الرابع من ص ١٦٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٣٨٣ .

(٤) شرح الدار المختار - محمد علاء الدين الحصكلى - الجزء الثانى - طبعة صبيح - الجزء الثانى - ص ٤٤٤ .

وعند الحنابلة جاء في المغنى « أن الرجل إذا دخل منزل غيره بغير اذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن لأنه معتد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبتة بترك التعدى كما لو غصب منه شيئاً فان خرج بالامر لم يكن له ضربه » (١) .

ويذهب المالكية الى وجوب مناشدة المصول عليه للصائل ، بأن يقول له « أناشدك الله أن تتركنى ومالى أو أن تدع لى مالى ، ونحو ذلك فإذا لم يستجب الصائل وأصر على عدوانه كان للمصول عليه أن يدفعه بأيسر ما يمكن دفعه به ، فإذا لم يندفع بغير القتل كان للمصول عليه أن يقتل الصائل (٢) . ويقول ابن العربى « لا يقصد المصول عليه القتل إنما ينبغى أن يقصد الدفع فان أدى إلى القتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فجائز قتله ابتداء » (٣) .

ويستدل القائلون بالمناشدة بما رواه النسائى عن أبى هريرة أن رجلاً جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أرايت ان عدى على مالى ، قال « فأناشد الله » قال فان أبو على . قال « فأناشد بالله » قال : فان أبو على . قال « فقاتل فان قتلت ففي الجنة وان قتلت ففي النار » .

وأخرجه البخارى ومسلم وليس فيه ذكر المناشدة (٤) وجماع القول أن الفقه الاسلامى يشترط أن تكون افعال الدفاع لازمة لرد الاعتداء .

لزوم الدفاع والاحتماء بالسلطات العامة :

ان اشتراط لزوم افعال الدفاع لرد الاعتداء يقتضى عدم اباحة الدفاع اذا كان من الممكن الركون للسلطات العامة ، والاحتماء بها وهو

(١) المغنى - طبعة المنار ١٢٦٧ هـ - الجزء الثانى - ص ٢٢٧ .

(٢) الشرح الكبير لآبى البركات سيدى أحمد الدردير ، حاشية النسوقى عليه - الجزء الرابع - ص ٣٥٧ .

(٣) التاج والاكلیل - للمواق - الطبعة الاولى ١٢٢٩ هـ - بهامش مواهب الجليل - الجزء السادس - ص ٢٢٣ .

(٤) الجامع لاحكام القرآن - القرطبى - دار الكتاب العربى للطباعة والنشر - القاهرة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م - الجزء السادس - ص ١٥٦ ، عند تفسير قوله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » سورة المائدة الآية ٣٣ - ٣٤ .

ما تنص عليه القوانين الوضعية (١) ، وهو ما سبق اليه الفقه الاسلامى ،
ففى المذهب الحنفى جاء فى درر الحكام « من شهر عصا نهارا فى مصر
قتل من قتله عمدا لان العصا ليس كالسلاح والظاهر **لحوق الفوٲ**
نهارا فى المصر فلا ينفى الى القتل » (٢) .

ويرى ابن عابدين أن المصول عليه اذا كان قادرا على الاستغائة
بالمسلمين والقاضى وقتل الصائل فانه يناد به ومى ذلك يقول « وان علم
المسروق منه أنه لو صاح عليه طرح ماله فقتله مع ذلك وجب عليه
القصاص لقتله بغير حق كالفضوب منه اذا قتل الفاصب فانه يجب القود
لقدرته على دمنه بالاستغائة بالمسلمين والقاضى » (٣) .

ويقول الكاسانى « ولو أشهر على رجل سلاحا نهارا او ليلا فى غير
مصر او فى مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شىء عليه وكذلك ان شهر
عليه ليلا فى غير مصر او فى مصر وان كان نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه
يقتل به والاصل فى هذا أن قصد قتل انسان لا ينفد دمه ولكن ينظر
ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له
القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات
الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع
الا بالقتل الا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الفوٲ
اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فقد قتل
شخصا مباح الدم فلا شىء عليه وكذا اذا شهر عليه العصا ليلا لان
الفوٲ لا يلحق بالليل عادة سواء كان فى المفازة او - المصر وان أشهر عليه
نهارا فى المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغائة بالناس وأن
كان فى المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغائة فلا يندفع شره الا بالقتل
فيباح له القتل » (٤) .

وخلصه الكلام أن المصول عليه اذا كان فى مكنته الالتجاء الى
السلطات العامة فى الوقت المناسب فان شرط اللزوم لا يكون متوفرا
وهو ما عبر عنه الفقهاء بالاستغائة بالمسلمين وبالقاضى وما يعبر عنه فى

(١) راجع ما يلى ص ٢٤٥ .

(٢) درر الحكام فى شرح غرر الأحكام - للقاضى منلاخسرو الحنفى - وبهامشه
حاشية الشرنبلالى - المطبعة الوهبية - ١٢٩٤ هـ - الجزء الثانى - ص ١١٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٣٨٣ .

(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين ابى بكر بن مسعود
الكاسانى - الطبعة الاولى - مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م - الجزء
السابع - ص ٩٢ ، ٩٣ .

القانون المصرى بالركون فى الوقت المناسب الى الاحتماء برجال السلطة العمومية (١) .

الهرب ولزوم الدفاع لرد الاعتداء :

إذا كانت مشروعية الدفاع تستلزم أن يكون لازماً لرد الاعتداء فإن ذلك يثير تساؤلاً عن مدى توافر شرط اللزوم ، إذا كان فى مكتة الموصول عليه أن يتفادى اعتداء الصائل عن طريق الهرب ؟

يرى المالكية أن المعتدى عليه إذا أمكنه الهرب دون أن يلحقه ضرر لزمه الهروب ولا يجوز له أن يلجأ الى القوة لدفع عدوان الصائل .

وفى ذلك يقول ابن فرحون « ولو قدر الموصول عليه على الهروب من غير مضرة تلحقه تعين ، ولم يجز له الدفع بالجرح ، والا فله الدفع بما قدر عليه » (٢) .

ويقول ابن العربى « لو قدر الموصول عليه على الهروب من غير ضرر يلحقه لم يجز له الدفع بالجراح فان لم يقدر فله دفعه بما يقدر » (٣) .

اما المذهب الشافعى فقد تعددت فيه الروايات :

الرواية الاولى :

وطبقا لها لا يلزم المعتدى عليه بالهروب ، وانما عليه أن يثبت ويدافع ، ويمثل هذه الرواية ما جاء فى الام حيث يقول الامام الشافعى « ألا ترى أن الرجل يلقي الرجل فيقتدر المراد على أن يهرب على قدميه من المريد ، فاجعل له أن يثبت ولا يهرب وأن يدفع ارادته عن نفسه بالضرب بالسلاح وغيره وان أتى ذلك عن نفس المدفوع » (٤) .

(١) راجع ما بلى ص ٢٤٥ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون - الجزء الثانى ص ٢٥٧ .

(٣) التاج والاكيل لمختصر خليل - النواق - مطبوع بهامش مواهب الجليل -

مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ - الجزء السادس - ص ٢٢٢ ، وراجع شرح منح الجليل على

مختصر خليل - المطبعة العامة ١٢٩٤ هـ - ص ٥٦٢ ، حاشية الدسوقي - الجزء

الرابع ص ٢٥٧ .

(٤) الام - طبعة الشعب - ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٨ .

الرواية الثانية :

وتوجب الهرب اذا تيقن ان الهرب يحقق له النجاة من الاعتداء
أما اذا لم يتأكد ان الهرب ينجيه من الصيال فلا يجب عليه الهرب ، فقد
جاء في حاشية الشيخ عميرة « وأما اذا أمكن الهرب فانه يجب ويحرم
الثبات » ويقول الشيخ القليوبى « ولو أمكن المصول عليه خلاص نفسه
بهرب أو غيره وجب عليه وحرّم عليه المقاتلة » (١) .

وجاء فى اسنى المطالب « ومتى أمكنه الهرب أو التخلص بنحو
تحصن بمكان حصين أو التجاء الى فئة لزمه ذلك لأنه مأمور بتخليص
نفسه بالآهون فالآهون قال الزركشى وقضيته أنه لو قاتله حينئذ فقتله
فعلية القصاص ، وقضية كلام البغوى المنع فانه قال تلزمه الدية قال
تبعا للاذرعى وكلامهم يقتضى ان وجوب الهرب انما هو فيما اذا دافع
عن نفسه لا عن ماله ولا عن حريمه الا ان يمكنه الهرب بهن » (٢) .

وقد صور جلال الدين المحلى هاتين الروايتين بقوله « فان أمكن
هرب فالذهب وجوبه وتحريم قتال . والقول الثانى لا يجب والفريق
الثانى حمل نص الهرب على من تيقن النجاة به ونص عدمه على من لم
يتيقن » (٣) .

ويصح صاحب كفاية الاختيار الرواية الثانية بقوله « ومن قصد
بأذى فى نفسه ، أو ماله ، أو حريمه فقتل دفعا عنه فلا شيء عليه .
ومن صال على شخص مسلم بغير حق يريد قتله : جاز للمقصود دفعه
عن نفسه ان لم يقدر على هرب أو تحصن بمكان أو غيره : فان قدر على
ملجأ وجب عليه ذلك لأنه مأمور بتخليص نفسه بالآهون : وهذا هو
الصحيح على اختلاف كثير » (٤) .

(١) حاشية قليوبى وعميرة على شرح المحلى - طبعة الحلبي ١٩٥٦ - الجزء الرابع
ص ٢٠٦ - ٢٠٨ .

(٢) أسنى المطالب - الطبعة اليمنية بمصر ١٣١٢ هـ - الجزء الرابع - ص ١٦٧ .

(٣) شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين - الطبعة الثالثة ١٣٧٥ هـ -

١٩٥٦ م - الجزء الرابع - ص ٢٠٧ - ٢٠٨ .

(٤) كفاية الاختيار فى حل غاية الاختصار للصفهاني للإمام تقي الدين أبى بكر بن

محمد محمد الحسن الحصى النمشقى الشافعى - طبعة الحلبي ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م

الجزء الثانى - ص ١٢٠ .

الرواية الثالثة :

وهذه الرواية تفرق بين الهرب المشين : والهرب غير المشين فإذا كان الهرب مشينا فإن الموصول عليه لا يتعين عليه الهروب : أما إذا كان الهرب غير مشين لزم الموصول عليه الهرب كوسيلة للدفاع (١) .

وهذه الرواية تتفق مع مذهب المالكية الذين يشترطون لازام الموصول عليه بالهرب كوسيلة للدفاع أن لا يلحقه مضرة من الهرب « (٢) »

الرواية الرابعة :

وتفرق هذه الرواية بين صيال المسلم وصيال المرتد أو الحربى: فيجب الهرب اذا امكن الموصول عليه أن يتفادى اعتداء الصائل المسلم أما اذا كان الصيال صادرا من مرتد أو حربى . فلا يلزم الموصول عليه بالهرب للنجاة من الاعتداء فقد جاء فى نهاية المحتاج « ومحل قولهم يجب الدفع عنه حيث تعين طريقا بأن لم يمكنه هرب أو نحوه ، ولو صال عليه مرتد أو حربى لم يجب هرب بل يحرم أن حرم الفرار » (٣)

وأما **الحضائبة** فمندهم فى البيروب - كما جاء فى المغنى وجهان (٥) :-

الاول : يلزمه لأنه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره فلزمه كالأكل فى الخمصة .

الثانى : لا يلزمه لأنه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال .

والرأى عندى : ترجيح مذهب المالكية والرواية الثالثة فى المذهب الشافعى (٥) ، فيجب على الموصول عليه الهروب اذا كان هذا الهروب غير مشين ، كما تعبر الرواية الثالثة فى المذهب الشافعى ، أو بلا مضرة كما يعبر المالكية .

(١) تحفة المحتاج - الجزء الرابع - ص ١٦٧ .

(٢) راجع ما سبق ص ٢٢٧ .

(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - طبعة الطبى - ١٢٨٦ هـ - ١٩٦٧ م -

الجزء الثامن - ص ٢٨ .

(٤) المغنى لابن قدامة - الطبعة الثالثة - دار المنار ١٢٦٧ هـ - الجزء الثامن -

ص ٣٢١ .

(٥) راجع ما سبق ص ٢٢٧ .

والضرر الذى اشار اليه الفقهاء لا يقتصر على الضرر المادى وانما يشمل ايضا الضرر الادبى (١) .

فاذا كان خطر الاعتداء يهدد المال ، ورأى صاحب هذا المال ، أن هروبه يؤدى الى ضياع كل ماله او جزء منه تحقق الضرر المادى ، فلا يلتزم المصول عليه بالهروب كوسيلة لتفادى الاعتداء .

واما الضرر الادبى فيرجع الى المصول عليه ، فيخلع عليه صفة الجبن الذى يتنافى مع الكرامة الانسانية ، ويبدو لنا أن هذا هو الهرب المشين الذى عبرت عنه الرواية الثالثة فى المذهب الشافعى .

فاذا لم يتحقق من الهروب ضرر مادى او ادبى وحب الهروب على المصول عليه كوسيلة للنجاة من العدوان ويمكن أن نتصور ذلك اذا كانت تربط الصائل عليه علاقة تجعل هروب المصول عليه غير مشين ولا محط من كرامته الانسانية كعلاقة الابن بأبيه ، والاخ الأصغر بالأخ الأكبر والزوجة بزوجها .

ومما يؤيد ترجيحنا لهذا الراى أن الله سبحانه وتعالى قد ذم الهرب واستثنى جل شأنه ما يترتب عليه مصلحة وذلك فى قوله تعالى « ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله وماواه جهنم وبئس المصير » (٢) .

ويمكن أن نقيس على ذلك ما أشبهه فيما يحقق الفرض ، ولا يكون منافيا للكرامة الانسانية .

وجماع القول أن الفقه الاسلامى يشترط أن تكون افعال الدفاع لازمة لرد الاعتداء ، الامر الذى يستوجب أن يقصد المصول عليه الدفع ، وأن لا يمكنه الاستعانة بالسلطات فى الوقت المناسب او كما يقول الفقهاء أن لا يلحقه الغوث من المسلمين او القاضى ، وأما فيما يتعلق بالهروب فاننا نراه وسيلة للدفاع اذا لم يكن منافيا للكرامة الانسانية .

(١) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ٢٠٠ .

(٢) سورة الانفال - الآية ١٦ .

المطلب الثاني

لزوم الدفاع في الفقه الوضعي

تشرط القوانين العربية صراحة أو ضمنا ، أن تكون أفعال الدفاع لازمة لرد الاعتداء .

ويستفاد هذا الشرط في القانون المصري من عبارة « استعمال القوة اللازمة » الواردة في المادة ٢٤٦ ، وعبارة « كل فعل يلزم » الواردة في المادة ٧٠ من القانون الليبي ، وتعتبر قوانين لبنان وسوريا والأردن عن هذا الشرط بعبارة « قضت به ضرورة » ويعبر عنه قانون المغرب بعبارة « توجبه ضرورة » ويستعمل القانون الجزائري تعبير « دفعت اليه الضرورة » (١) .

المقصود بلزوم الدفاع :

يقصد بلزوم الدفاع أن تكون الأفعال التي يأتيها المدافع - وهي في الأصل تعتبر غير مشروعة - هي الوسيلة الوحيدة لتفادي خطر الاعتداء (٢) .

فاذا استطاع المهدد بخطر الاعتداء أن يتفادي هذا الخطر بفعل مباح فان الدفاع عن طريق فعل يعتبر جريمة يكون غير لازم لرد الاعتداء (٣) . فاذا أمكن رجل الشرطة أن يوقف اللصوص حاملي المسروقات باطلاق أعيرة نارية في الهواء ، فانه لا يجوز اطلاق الرصاص عليهم مباشرة طالما كانت هناك وسيلة أخرى لايقافهم . وشرط لزوم

(١) راجع نصوص التشريعات العربية - الموسوعة الشاملة - المرجع السابق - الجزء الأول - ص ٢١ وما بعدها .

(٢) الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٨٨ ، الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة - ص ٣٩٢ ، الدكتور أحمد فتحي سرور - القسم العام - ص ٢٧٥ ، الدكتور علي راشد - القانون الجنائي - ص ٥٢٠ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٠٠ ، الدكتور مامون سلامة - القسم العام - ص ٢١٧ ، محمود إبراهيم اسماعيل - القسم العام - ص ٤٣٨ ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، الدكتور رضا فرج - ص ١٦٣ ، شرح قانون العقوبات الكويتي - القسم العام - ص ٢٤١ .

(٣) محاضرات عن النظرية العامة في قانون العقوبات السوري - الدكتور عفيف الخطيب - المرجع السابق - ص ١١٩ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسني - القسم العام المصري - ص ٢٢١ - جارسون - المادة ٣٢٨ رقم ٢٥ - ص ١٥٨ ، فيمال ومانيول ص ٢٢١ .

(م ١٦ - الدفاع الشرعي)

الدفاع لرد الاعتداء يتصل بالعنصر المادى فى الدفاع فهو يتعلق بكيفية الدفاع ، وهو يختلف عن شرط تناسب الدفاع الذى يتعلق بكمية الدفاع (١) .

عناصر الدفاع :

يتكون الدفاع من عنصرين هما العنصر المادى ، والعنصر المعنوى .

١ - العنصر المادى :

ويقصد به الأفعال المادية التى يأتىها المدافع ، وهو المعتدى على حقه الذى يحميه القانون ، أو الغير حيث لاتفرق التشريعات العربية فى إباحة الدفاع بين أن يكون المدافع هو المعتدى عليه أو الغير ، ولا يشذ عن هذا الاتجاه غير القانون التونسى الذى يبيح الدفاع الشرعى عن حياة المعتدى عليه ، أو أحد أقاربه ، ويحصر الأقارب فى الأقارب من طبقة الأصول والفروع ، والإخوة والأخوات ، والزوج والزوجة . أما إذا كان الشخص المعرض للخطر أجنبيا فالقاضى يجتهد فى تحديد مسئولية المدافع (٢) .

وفى القانون المصرى تنص المادة ٢٤٦ على أن حق الدفاع الشرعى يبيح للشخص استعمال القوة اللازمة لرد كل فعل يعتبر جريمة . فالقانون المصرى يشترط أن تكون القوة المستخدمة فى الدفاع لازمة لرد الاعتداء .

وقد افترض المشرع المصرى أن أفعال الدفاع تكون بالقتل أو الضرب أو الجرح ، حيث نصت المادة ٢٤٥ على أنه « لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » .

والواقع أن ظاهر النص لا يعبر عن مقصود الشارع ، لأنه لا يتناول غير الحالات الغالبة فى الدفاع (٣) ، وإذا كان المشرع يجيز هذه الأفعال الخطيرة لرد الاعتداء ، فإنه من باب أولى لا يمنع أفعال الدفاع التى

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٣١ ،
الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٥

(٢) المادة ٣٩ من القانون التونسى .

(٣) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢١٩

تقل خطورة عن القتل والجرح والضرب ، فيمكن للمعتدى عليه ، أن يحطم السلاح الذى يستعمله المعتدى ، أو أن يمزق ملابسه (١) .

والغالب أن يكون الدفاع بعمل إيجابى ، وليس ثمة ما يمنع من أن يتخذ الدفاع صورة سلبية ، كأن يتلقى المعتدى عليه ضربات المعتدى على درع يحتوى به ، مما يؤدى الى تحطيم الاداة التى يستخدمها المعتدى فى الضرب وقد يتخذ الدفاع صورة الامتناع ، ومثال ذلك أن يتهدد شخص خطر الاعتداء على حياته ، فيهاجمه كلب المعتدى عليه فيترك هذا الاخير الكلب حتى يصيب المعتدى بجروح ، فقد اتخذ الدفاع هنا صورة الامتناع ، لان المهدد بالاعتداء لم يحرش الكلب ليصيب المعتدى . وانما أحجم فقط عن منع الكلب من مهاجمة المعتدى ، فكانت الجروح التى أسببت نتيجة لهذا الامتناع (٢) .

ب - العنصر المعنوى :

الغالب الاعم أن يقصد المدافع فعل الدفاع الذى يواجه به خطر الاعتداء ، فتصرف ارادته الى درء خطر العدوان أو منع المعتدى من الاستمرار فى الاعتداء (٣) . فاذ كان كل من المتهمين معتديا لانه حين أوقع فعل الضرب كان قاصدا الضرب فى ذاته لا ليرد ضريبا موجهها الى فريقه فان حالة الدفاع تكون منتفية ، ويعاقب كل منهم على فعلته بغير تفريق بين من بدأ منهم بالعدوان ومن لم يبدأ (٤) .

واذا كان الغالب أن تكون أفعال الدفاع عمدية ، فانه من الممكن أن تتخذ هذه الافعال صورة الفعل غير العمدى ، ومثال ذلك أن يقتل شخص آخر أثناء اطلاقه النار بقصد الصيد ثم يتبين أن المقتول كان يترصد هذا الشخص ، وأنه لولا وقوع هذا الحادث لتمكن من قتله بعد لحظات (٥) .

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢١٩

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، الدكتور

محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، اللبناني -

ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٤ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٨ ، شرح قانون

العقوبات الليبى ، الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى - الرجوع السابق - ص ١٧٦ .

(٤) نقض ١٢ مارس ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض - السنة الثامنة رقم ٧٢ ص ٢٥٤

وراجع نقض أول ديسمبر سنة ١٩٥٨ السنة التاسعة رقم ٤٣ ص ١٠٠١

(٥) الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - الرجوع السابق - ص ٢٧٤ .

ويثير العنصر المعنوى فى الدفاع حالة ما اذا كان المهدد بخطر الاعتداء قد قام بأفعال الدفاع ليس فقط بقصد درء الاعتداء ، وانما كان مدفوعا الى ذلك بعوامل أخرى غير الدفاع ، ومثال ذلك أن يطلق شخص النار على عدو له فيقتله ثم يتضح أن هذا العدو كان يترصد للقاتل متأهبا لاطلاق النار عليه وأنه اذا لم يكن قد قتله لتعرض هو للقتل (١) والسائد فى الفقه الوضعى أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية وأنها تنفى الصفة غير المشروعة للفعل لمن توافرت لديه - بصرف النظر عن الحالة النفسية لمن قام لديه السبب المبيح (٢) ومن ثم فإن القاتل فى هذا المثال يعتبر فى حالة دفاع شرعى .

توجيه افعال الدفاع الى مصدر الخطر :

ان اشتراط أن تكون أفعال الدفاع لازمة لدرك خطر الاعتداء يستوجب أن تكون أفعال الدفاع موجهة الى مصدر الخطر ، لان توجيه هذه الأفعال لغير مصدر الخطر يعنى أنها غير لازمة لرد العدوان (٣) ، ومن ثم لا يمكن اعتبارها دفاعا وانما هى فى الواقع اعتداء غير مشروع ، ومثال ذلك ، أن يعتدى بعض الأشخاص على المجنى عليه فيدافع عن نفسه ضد من لم يوجه اليه الاعتداء (٤) ومن يهاجمه كلب لا يجوز له أن يتركه ويوجه دفاعه الى صاحب الكلب (٥) .

ومن تدخل فى أرضه مواشى الغير لا يجوز له أن يتركها ويوجه أفعال الدفاع الى حائزها (٦) .

والواقع أن اشتراط توجيه أفعال الى مصدر الخطر ليس نتيجة منطقية لشرط لزوم أفعال الدفاع لرد الاعتداء ، وانما يمليه أيضا أساس الدفاع الشرعى وفقا للنظرية التى طرحناها وهى نظرية بطلان

-
- (١) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢٠
(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٨ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢١ ، شرح قانون العقوبات الليبى - الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى - ص ١٧٦ .
(٣) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٢٣ ، الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٦ ، الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - ص ٢١٩ .
(٤) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض - السنة التاسعة رقم ٢٦٥ ص ١٠٩ .

- (٥) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢٣
(٦) نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية الجزء الاول رقم ٧٦ ص ٩٢

العصمة (١) ، لان توجيه افعال الدفاع لغير المعتدى يعتبر عدوانا لآثها
حينئذ تكون موجهة لمصوم ومن ثم فهي اعتداء غير مشروع .

لزوم الدفاع والالتجاء للسلطات العامة :

تشتراط بعض التشريعات العربية كالقانون العراقى (المادة ٤٢)
والقانون الليبي (المادة ٧٠) والقانون السودانى (المادة ٥٩) والقانون
الكويتى (المادة ٣٣) ان لا يكون فى مكنة المعتدى عليه اللجوء للسلطات
العامة فى الوقت المناسب .

وتنص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات المصرى على انه (ليس لهذا
الحق وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب الى الاحتماء
برجال السلطة العمومية) .

فاذا كان من الممكن درء خطر الاعتداء عن طريق الاحتماء برجال
السلطة العامة ، وجب على المهدد بخطر الاعتداء الركون الى هذه
السلطات لحمايته لان الاصل أن السلطة العامة هى التى تقوم بحماية
الافراد وتحملهم على احترام القانون ، ولذلك لا يجوز الدفاع الشرعى
لتحقيق هذا الغرض الا اذا عجزت السلطة العامة عن تحقيق واجبها فى
حماية الناس وحملهم على احترام القانون (٢) .

ويلزم ان يكون الركون الى السلطة العامة ممكنا بان يكون لدى
المهدد بخطر الاعتداء من الوقت ما يكفى للقيام بهذا الاجراء قبل وقوع
الاعتداء بالفعل (٣) ، او كما تقول محكمة النقض ان « امكان الرجوع
الى السلطة العامة للاستعانة بها فى المحافظة على الحق ، لا يصلح على
اطلاقه سببا لنفى قيام حالة الدفاع الشرعى بل ان الامر فى هذه الحالة
يتطلب ان يكون هناك من ظروف الزمن او غيره ما يسمح بالرجوع الى
هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل . والقول بغير ذلك مؤد الى

(١) راجع ما سبق ص ١٣٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٦ ، ٢٧٧

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠١ - الدكتور

محمود نجيب حسنى - القسم العام (المهرى) ص ٢٢٢ - الدكتور مامون سلامة -
القسم العام - ص ٢١٨ .

تعطيل النص الصريح الذى يخول حق الدفاع لرد أفعال التعدى على المال تعطيلًا تامًا» (١) .

الهروب ولزوم الدفاع لرد الاعتداء :

يشتر شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، التساؤل عن موقف المعتدى عليه إذا كان فى مكانه تفادى خطر الاعتداء عن طريق الهرب ولكنه قام بأفعال الدفاع ردا لما يتعرض من عدوان ؟

ففى فرنسا كان الشراح فى العهد القديم يميزون بين طبقات الناس ، ويرون وجوب الفرار على من كان من طبقة العامة ، وأما الاشراف فلا يلزمون بالهرب لأنه يجرح كبريائهم (٢) .

وقد عفا الزمن على هذه التفرقة بعد أن ساد مبدأ المساواة أمام القانون . والواقع أن الاعتداء عمل إجرامى ، والهرب عمل مشين يحط من الكرامة الانسانية ، ولذلك لا يوجب القانون على المهدد بخطر الاعتداء أن يلجأ الى الهرب لما فى ذلك من اذعان لسلوك المعتدى الاجرامى (٣) ، ومساس بكرامة المعتدى عليه لان الهرب عمل مشين يدل على الجبن .

ولذلك يذهب الشراح فى فرنسا والدول العربية الى أن الهرب لا يعتبر وسيلة صالحة لدرء العدوان (٤) .

(١) نقض ١٩٦٨/٦/٢٤ مجموعة احكام النقض - السنة ١٩ رقم ١٥٣ ص ٧٦٦ - وفى نفس المعنى راجع نقض ٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الخامس - رقم ٢٠٣ - ص ٣٩٤ ، نقض ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض السنة الاولى - رقم ١١٧ ص ٣٥٠ ، ٢٦ يناير سنة ١٩٥٩ - السنة العاشرة - رقم ٢١ ص ٢٨٣ ، نقض ٩ ابريل سنة ١٩٦٣ السنة الرابعة رقم ٦٥ - ص ٢٢٢ .

(٢) فيدال ومانيول - المرجع السابق - هامش ص ٣٢١ .

(٣) الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - الدكتور يسر انور على - المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٤) جارسون - المرجع السابق - المادة ٣٢٨ رقم ٢٦ ص ١٥٨ ، الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسئولية الجنائية - المرجع السابق - ص ٣٢٤ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٠ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٧ ، الدكتور رءوف عبيد - القسم العام - ص ٥٦٠ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المسمى) ص ٢٢٢ ، الدكتور على راشد - القانون الجنائي - ص ٥٢١ ، الدكتور ابراهيم زكى أخنوخ - حالة الضرورة فى قانون العقوبات - رسالة دكتوراه - ١٩٦٩ - ص ٢٧٧ ، الدكتور حسن صادق المرصفاوى - قواعد

وقد أبدت محكمة النقض المصرية الراى السائد فى الفقه الوضعى فقضت بأنه اذا كان المتهم قد تمسك بأنه كان فى حالة دفاع شرعى وكانت المحكمة مع تسليمها بواقعة تسلق المجنى عليه جدار بيته صاعدا اليه ليعتدى عليه ، قد أدانته بمقولة أنه كان فى استطاعته الاحتماء داخل داره ليتفادى اعتداء المجنى عليه ، فهذا منه قصور (١) .

كما قضت بأن القول بأن المتهمين كان فى وسعهما الابتعاد عن الاعتداء الذى بدأ عليهما ليس له ما يبرره من ناحية القانون (٢) . وانتهت المحكمة الى أن الحكم الذى ينفى ما دفع به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى بمقولة أنه كان فى مقدوره أن يهرب ويتجنب وقوع اعتداء منه أو عليه يكون مؤسسا على خطأ فى تطبيق القانون متعينا نقضه (٣) .

أما اذا كان الهروب لا يمس كرامة المدافع ولا يثنيه فى نظر المجتمع لان هناك من الاعتبارات ما ينفى دلالة على الجبن فانه يجب على المدافع أن يلجأ اليه (٤) .

ومثل ذلك أن يكون الاعتداء صادرا من مجنون ، أو صادرا من أحد الوالدين أو الاخوة ، ففى هذه الامثلة لا يكون الهرب مشينا أو ماسا بالكرامة ولا يوصم من يقوم به بالجبن .

=

المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية - ص ١٦٦ ، محمود ابراهيم اسماعيل - القسم العام - ص ٤٣٩ ، الدكتور احمد عبد العزيز الاثلى - شرح قانون العقوبات الليبي - القسم العام - ص ١٧٨ ، الدكتور عبد الوهاب حومد - شرح قانون الجزاء الكويتى - القسم العام - ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، الدكتور رضا فرج - شرح قانون العقوبات الجزائرى - القسم العام - ص ١٦٤ ، الدكتور رمسين بهنام - النظرية العامة - ص ٣٩٢ .

(١) نقض ٢٠ فبراير ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع - رقم

٧٢٢٩ ص ٦٨٦

(٢) نقض ٤ ابريل ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع - رقم ٨٥٧

ص ٨٢١ .

(٣) نقض ٦ اكتوبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض - السنة الرابعة - رقم ١ ص ١٠

(٤) شرح قانون العقوبات الجزائرى - المرجع السابق - ص ١٦٥ ، الدكتور يوسف

عبيد - القسم العام - ص ٥٦١ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام

(المصرى) ص ٢٢٣ ، الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٢١ ، الدكتور

السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٠ ، شرح قانون العقوبات الليبي -

ص ١٧٨ ، الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسئولية الجنائية - ص ٢٣٤ ، الدكتور

حسن صادق المرصافى - قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية ص ١٦٦

وللتفرقة بين الهروب المشين الذى لا يلزم المهدد بخطر الاعتداء بالجوء اليه ، والهروب غير المشين الذى يلتزم من يهدده خطر الاعتداء أن يلجأ اليه كوسيلة للدفاع يرجع فى كل حالة على حدة الى مجموع الظروف التى يوزن الهرب على ضوءها فى نظر التقاليد والفائيات الاجتماعية (١) .. والتى تختلف من واقعة لآخرى .

وبعد هذا العرض لشرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء فى كل من الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى يتبين لنا أن ما يقول به شراح القانون المعاصرون سواء فى فرنسا أو فى الدول العربية ، سبق أن عالجه الفقهاء المسلمون حيث تناولوا كافة النقاط التى يعرضها الشراح المحدثون فى الموضوع من حيث وجوب توجيه أفعال الدفاع الى مصدر الخطر ، وعدم توافر شرط اللزوم متى كان فى مكنة المعتدى عليه الاستعانة بالسلطات العامة ، وهو ما عبر عنه علماء الفقه الاسلامى بالاستغاثة بالناس والقاضى ، وأما ما يذهب اليه الشراح من حيث التفرقة بين الهروب المشين والهروب غير المشين والتزام المعتدى عليه بالثانى دون الاول ، فقد سبق اليه مذهب المالكية ، والرواية الثالثة فى المذهب الشافعى .

وبذلك يتبين بجلاء مدى ثراء الفقه الاسلامى ، وتفريده للمسائل وتأصيلها وهو ما يؤكد صلاحية الشريعة الاسلامية الفراء للتطبيق فى كل زمان ومكان .

المبحث الثانى

تناسب الدفاع

تمهيد وتقسيم :

أن توافر شروط الاعتداء ، وشرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، لا يعنى إباحة أفعال الدفاع التى يقوم بها المعتدى عليه ، بلا حدود ، وإنما يشترط أن تكون هذه الأفعال ، بالقدر المناسب لدرء خطر الاعتداء .

ويتعلق بتناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء ، ما تنص عليه بعض التشريعات كالقانون الفرنسى (المادة ٣٢٩) والقانون المصرى (فى

المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠) ومشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٦١ (المادة ٣٤) ، والقانون العراقي (في المادتين ٤٣ ، ٤٤) والقانون الليبي (المادة ٧٠ مكررة ب) والقانون الكويتي (المادة ٣٤) من حظر القتل العمد في غير حالات محددة على سبيل الحصر .

المطلب الاول : معنى التناسب ومعياره
المطلب الثاني : التناسب والدفاع بالقتل

المطلب الاول

معنى التناسب ومعياره

يشترط الفقه الاسلامي ، وشرح القانون الوضعي ، أن تتناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء ، مما يثير التساؤل عن المقصود بالتناسب وما هو المعيار الذي يحدد ما إذا كان المدافع ظل في حدود نطاق الدفاع ، أم تجاوز هذه الحدود فيكون مسئولاً عن هذا التجاوز وهو ما نتناوله في فرعين على التوالي :

الفرع الاول : معنى التناسب ومعياره في الفقه الاسلامي
الفرع الثاني : معنى التناسب ومعياره في الفقه الوضعي

الفرع الاول

معنى التناسب ومعياره في الفقه الاسلامي

ورد شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء في محكم التنزيل ، يقول تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا ان الله مع المتقين » (١) .

فإنه سبحانه قد أباح الدفاع بالمثل ، ولما كان من شأن النفس البشرية حب المبالغة في الانتقام من المعتدي ، فقد نهى سبحانه وتعالى المؤمنين عن تجاوز الحد الذي بينه لهم بقوله تعالى « واتقوا الله » (٢) .

(١) سورة البقرة الآية : ١٩٤

(٢) راجع ما سبق - ص ٩٢

وفي السنة النبوية الشريفة يمكن أن نستدل على شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء من قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لو أن امرأة أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح (١) ووجه الدلالة أن النظر المحرم يعتبر اعتداء غير مشروع والذي يناسبه هو حذف المعتدي بحصاة أو بشيء خفيف يماثلها ، حتى يكف عن الاعتداء (٢) .

أما لو استخدم المصول عليه حجرا ثقيلا فانه يكون متجاوزا لحدود الدفاع ، وكذلك لو أطلق على الصائل عيارا فأرداه قتيلا ، فإن المصول عليه يكون مسئولا ، لانه لا تناسب على الإطلاق بين الاعتداء وهو النظر المحرم وبين القتل كوسيلة للدفاع .

وقد نص الفقهاء على وجوب مراعاة التناسب بين الدفاع وبين الاعتداء .

ففي المذهب الشافعي ، جاء في الام ، « ولو طعنه عنداؤل اطلاعه بحديدة تجرح الجرح الذي يقتل أو رماه بحجر يقتل مثله كان عليه القود فيما فيه القود لانه انما اذن له الذي يناله بالشئ الخفيف الذي يردع بصره ولا يقتل نفسه » (٣) .

وبعبر فقهاء الشافعية عن شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء بقولهم ان الدفع يكون بالاسهل فالاسهل ، او بالاخف فالاخف (٤) .

وفي المذهب الحنفي جاء في تبين الحقائق فيما يتعلق بالدفاع عن المال أن المصول عليه ، لو علم أنه لو صاح عليه (يعني السارق) يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لانه قتله بغير الحق » (٥) .

كما جاء في الفتاوى الهندية « سئل الهندواني رحمه الله تعالى عن رجل وجد مع امراته رجلا أيحل له قتله ؟ قال أن كان يعلم أنه ينزجر

(١) نيل الاوطار - الجزء السابع - ص ٢٩ ، سبل السلام ، الجزء الثالث ص ٢٦٢

(٢) نظرية الدفاع الشرعي - الدكتور يوسف قاسم - ص ٢٠٥

(٣) الام - صفة الشعب ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٨ .

(٤) منهاج الطالبين - طبعة الحلبي ١٢٢٨ هـ - ص ١٢٥ ، نهاية المحتاج طبعة ١٢٨٦ هـ - ١٩٦٧ م - الجزء الثامن - ص ٢١ ، حاشية الشبراخيتي بهامش نهاية المحتاج - ص ٢٧ ، كفاية الاختيار في حل غاية الاختصار للاصفهاني - طبعة الحلبي - ١٢٥٦ هـ - ١٩٣٧ م - الجزء الثاني - ص ١٢٠ .

(٥) تبين الحقائق - الزيلعي - الطبعة الاميرية ١٢١٥ هـ - ص ١١١ .

عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يحل وان علم أنه لا ينزجر
الا بالقتل حل له القتل « (١) .

اما المذهب المالكي فيعبر عنه ما جاء في تبصرة الحكام ولو نظر من
كوة أو من باب ففقأ عينه صاحب الدار ضمن لأنه قادر على زجره
ودفعه بالأخف (٢) ، وما جاء في حاشية الدسوقي « والحاصل أن الصائل
إذا كان ممن يفهم فانه يناشد أولا ثم بعد المناشدة يدفعه شيئا فشيئا
أي يدفعه بالأخف فالأخف « (٣) .

ويشترط **الحنابلة** تناسب الدفاع مع الاعتداء ، فقد جاء في المغنى
« وقال ابن حامد يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به ، فيقول له أولا
انصرف فان لم يفعل ائثار اليه يوهمه ان يحضه فان لم ينصرف فله
حذفه حينئذ « (٤) وفي موضع آخر يقول ابن قدامة « وإذا دخل
منزله بالسلاح فامر بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرج به
به « (٥) .

ومن هذا العرض للعبارات الفقهية ، يمكن القول ان معنى **التناسب**
في الفقه الاسلامي ان يدرا الموصول عليه خطر اعتداء الصائل بأسهل ما
يمكن ان يندفع به ، ولا يلجأ الى الأشد الا اذا كان الصائل لا يندفع
بالأخف وهو ما يثير التساؤل عن معيار التناسب .

معيار التناسب في الفقه الاسلامي :

اهتم الفقهاء ببيان ما يطلق عليه شراح القانون الوضعي ، معيار
التناسب ومن عباراتهم يتبين أنهم اعتمدوا في تحديد هذا المعيار على
الوسيلة المستخدمة في الدفاع ، فاذا كانت الوسيلة التي استخدمها

(١) الفتاوى الهندية - الطبعة الثانية ١٣١٠ هـ الجزء الثاني - ص ١٦٧ .

(٢) تبصرة الحكام - طبعة الحلبي ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م - الجزء الثاني -

ص ٣٥٧ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الجزء الرابع - ص ٢٧٥ ، راجع
شرح منق الجليل - الطبعة العامرة - ١٢٩٤ هـ - ص ٥٦٠ ، الشرح الكبير بهامش
حاشية الدسوقي - الجزء الرابع - ص ٣٥٧ .

(٤) المغنى لابن قدامة - طبعة المثار ١٣٦٧ هـ - الجزء الثامن - ص ٢٢٥ ،
متمهى الارادات - تحقيق عبد الفتى عبد الخالق - مكتبة دار المروبة ١٩٦٤ - القسم
الثاني - ص ٤٩٣ ، شرح متمهى الارادات - مطبعة انصار السنة الحمدي ١٣٦٦ هـ -
١٩٤٧ م - ص ٣٧٨ .

(٥) المغنى - المرجع السابق - الجزء الثامن - ص ٢٢٩ .

الموصول عليه ، تتناسب مع الوسيلة التى يستخدمها الصائل فى صيالة توافر شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، فان لم يتحقق التناسب بين الوسيطتين كان يحاول الصائل ان يضرب الموصول عليه باليد أو بعضا ، فيبادره هذا الاخير باطلاق النار - كان الموصول عليه مسئولا عن تجاوز حدود الدفاع المشروع .

واذا كان الفقهاء . قد اعتمدوا على الوسيلة كمعيار لتحديد التناسب بين الدفاع والاعتداء . فانهم لم يغفلوا الظروف الاخرى الخاصة بالمعتدى عليه وكونه صحيحا أم عيلا ، قويا أم ضعيفا ، ذكرا أم أنثى ، وما يقابل هذه الظروف فى شخص المعتدى ، وكذلك النظر الى الظروف الزمانية والمكانية للاعتداء ، فالاعتداء فى الليل يختلف عن الاعتداء فى النهار ، والاعتداء فى مكان مأهول بالسكان ، يختلف عن الاعتداء الذى يقع فى البيداء .

وتوكيدا لهذا التاصيل الذى استخلصناه من اقوال الفقهاء ، نذكر امثله من عباراتهم ، **ففى المذهب الحنفى** يقول الكاسانى « والأصل فى هذا ان من قصد قتل انسان ينهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل فلا يباح له القتل ، وان كان لا يمكن الدفع الا بالقتل يباح له لانه من ضرورات الدفع ، فان شهر عليه سيفه يباح له ان يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ، الا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الفوئ اذ السلاح لا يلبث .. وكذا اذ شهر عليه العصا ليلا لأن الفوئ لا يلحق بالليل عادة ... وان اشهر عليه نهارا فى المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثه بالناس وان كان فى المفازة يباح قتله لانه لا يمكن الاستغاثه فلا يندفع شره الا بالقتل » (١) .

وعند **الحنابلة** يقول ابن قدامه « واذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرج به ... فان لم يخرج بالأمر فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به لأن المقصود دفعه فإذا اندفع بقليل فلا حاجة الى أكثر منه فان علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له اضربه بالحديد لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا » (٢) .

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى - الطبعة الاولى ١٢٢٨ هـ - ١٩١٠ م - مطبعة الجمالية - الجزء السابع ص ٩٢ - ٩٣ ، وراجع تكملة فتح القدير على شرح الهداية وبهامشه شرح العناية ، وحاشية سمعى جلى - الطبعة الاولى - ١٣١٨ هـ - المطبعة الكبرى الاميرية - الجزء الثامن - ص ٢٦٩ - تبين الحقائق - الزيلعى - الجزء السادس - ص ١١٠ .

(٢) الفنى - المرجع السابق - الجزء الثامن - ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ وراجع منتهى الارادات - المرجع السابق - القسم الثانى - ص ٤٩٣ .

ويشترط **المذهب الشافعي** ان يكون الدفع بالوسيلة الاخف فقد جاء في كفاية الاخيار « فان امكنه الدفع بالكلام أو الصياح أو الاستغفانه بالناس لم يكن له الضرب ، فان لم يندفع الا بالضرب فله ان يضربه ، ويراعى فيه الترتيب ، فان امكن باليد لم يضربه بالسوط ، وان امكن بالسوط لم يجز بالعصا ، وان امكن بجرح لم يقطع عضوا ، وان امكن بقطع عضو لم يذهب نفسه ، فان لم يندفع الا بالاتيان على نفسه فله ذلك (١) .

ويرى **المالكية** وجوب الانذار أولا . يقول صاحب شرح منح الجليل « ويجب الانذار في كل دفع » (٢) . والانذار كما جاء في حاشية الدسوقي « هو التخويف بوعظه وزجره وانشاد الله عليه لعله ينكف » (٣) فاذا استمر الصائل في صياله بعد الانذار كان للمصول عليه ان يدفعه بأيسر ما يندفع به . يقول الشيخ الدسوقي « والحاصل ان الصائل اذا كان ممن يفهم فاته يناشده أولا ثم بعد المناشدة يدفعه شيئا فشيئا ، أى يدفعه بالأخف فالأخف فان أبى الا الصول قتله » (٤) .

وليس معنى ان معيار التناسب هو الوسيلة المستخدمة في الدفاع انه يجب على المصول عليه عقد موازنة بين الوسيلة التي يستعملها الصائل في الاعتداء ، وبين الوسيلة التي يريد ان يستخدمها في الدفاع (٥) ، لأن الظروف الحرجة التي تحيط بالمدافع لا تمكنه من اجراء هذه المقارنة بين وسيلة الاعتداء ووسيلة الدفاع ، وانما المقصود ان يلتزم المصول عليه بأسهل الوسائل التي يراها في هذه الظروف الحرجة كافية لرد الاعتداء ، فاذا كان الاعتداء يمكن دفعه بالعصا غير ان المدافع لم يكن معه ليدفع العدوان غير سكين فله ان يستعملها في الدفاع باعتبارها الوسيلة الوحيدة لمواجهة الاعتداء .

وقد التفت الفقهاء الى هذا المعنى ، ففى **المذهب الشافعي** جاء فى أسنى المطالب « ولو كان يندفع بالعصا فلم يجد الا سيفا أو سكي

-
- (١) كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار - للاصفهانى - طبعة الحلبي ١٢٥٦ هـ -
 ١٩٣٧ م - الجزء الثانى - ص ١٢٠ ، وراجع نهاية المحتاج - الجزء الثامن ص ٢١ ،
 منهاج الطالبين - ص ١٣٥ ، مفنى المحتاج - الجزء الرابع ص ١٩٦ .
 (٢) شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل - للشيخ محمد عيش - المطبعة
 الطامرة ١٢٩٤ هـ - ص ٥٦١ ، وراجع مواهب الجليل - طبعة ١٢٢٩ هـ - ص ٢٢٢ .
 (٣) حاشية الدسوقي - المرجع السابق - الجزء الرابع - ص ٢٥٧ .
 (٤) حاشية الدسوقي - نفس الموضع السابق .
 (٥) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ٢٠٩ .

ضربه به ، اذا لا يمكن الدفع الابه ، ولا يمكن نسبته الى التقصير ، بترك استصحاب عصا ونحوه ، فان امكن دفعه بلا جرح له فجرحه ضمن ، بخلاف ما اذا لم يمكن « (١) .

ويرجع في تقدير تناسب الدفاع مع الاعتداء الى تقدير شخص المدافع لانه لايمكن محاسبته على اساس التفكير الهادىء المطمئن ، وهو يواجه ظروف الاعتداء الحرجة ، وهو ما عبر عنه صاحب كشاف القناع بقوله « فان اندفع بالقول لم يكن له ضربه بشئ ، وان لم يندفع بالقول فله (اى للمصول عليه) ضربه بأسهل ما يظن أن يندفع به ، فان ظن أنه يندفع بضرب عصا لم يكن له ضربه بحديد لانه آلة القتل « (٢) ، كما جاء في نهاية المحتاج أن الدفع يكون « بالأخف فالأخف باعتبار غلبه ظن المصول عليه « (٣)

وحاصل القول أن الفقه الاسلامى يشترط أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء ، ومعيار هذا التناسب هو الوسيلة المستخدمة في الدفاع ، فاذا دفع المصول عليه خطر الاعتداء بأسهل ما فى مكنه من وسائل كان الدفاع متناسبا مع الاعتداء على أن تراعى ظروف المدافع الحرجة ، فلا يسأل على أساس الظروف العادية والتفكير الهادىء المطمئن ، وانما على أساس ظروف الاعتداء الاستثنائية الدقيقة .

الفرع الثانى

معنى التناسب ومعياره فى الفقه الوضعى

تشترب بعض التشريعات العربية صراحة أن تكون أفعال الدفاع متناسبة مع الاعتداء ، فتنص المادة ٥٨ من القانون السودانى على أن حق الدفاع الشرعى لا يمتد بأية حال الى الحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع وتقضى المادتان ٢٩ ، ٣٠ من قانون البحرين بأن لا يستعمل المدافع درجة من القوة أو يحدث أذى أعظم مما هو ضرورى أو معقول تحت الظروف الخاصة لأغراض الدفاع عن نفسه

(١) اسنى الطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٧ .

(٢) كشاف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ ، وراجع منتهى الارادات - المرجع

السابق - القسم الثانى - ص ٤٩٣ .

(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - طبعة الحلبي ١٢٨٦ هـ - ١٩٦٧ م --

الجزء الثامن ص ٢٧ .

بصورة مشروعة ، وتنص المادة ٤٥ من القانون العراقي على ، ان « لا يبيح حق الدفاع الشرعى احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع .. وتشير المادة ٢٤٦ من القانون المصرى الى ان حق الدفاع الشرعى يبيح استعمال القوة اللازمة .

ويستفاد شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء في بعض التشريعات من النص على تجاوز حدود الدفاع الشرعى — لأن مفاد ذلك أن هناك حدودا يفترضها المشرع يجب أن يقف عندها المدافع والا كان مسئولا عن تجاوزها ، ومثال ذلك المادة ١٨٣ من قانون العقوبات السوري ، و ٢/١٨٤ من القانون اللبناني ، المادة ٣٦ من القانون الكويتى .

والواقع أن هذا الشرط يجب توافره وان لم ينص عليه المشرع ، باعتباره شرطا تقتضيه طبيعة الدفاع الشرعى (١) .

كما يستلزمه في رأينا — أساس الدفاع الشرعى طبقا لنظريتنا التى طرحناها وهى نظرية بطلان العصمة ، لأن هذا البطلان نسبى أى بالقدر اللازم لرد الاعتداء (٢) .

وقد فسر تعليقات الحقانية على المادة ٢١٠ من قانون العقوبات المصرى الصادر سنة ١٩٠٤ وهى المادة المقابلة للمادة ٢٤٦ من القانون الحالى معنى تناسب الدفاع مع الاعتداء بقولها « ان المادة ٢١٠ حددت بعبارة تقبل التوسع الأحوال التى يجوز استعمال هذا الحق فيها وقد قررت فيها فيما عدا ذلك مبدأ كون القوة التى تستعمل لا يجوز أن تتخطى الحدود الضرورية للوصول الى الغرض المقصود » (٣) .

ويعبر الشراح عن معنى التناسب بأنه يجب أن تكون أفعال الدفاع التى يلجأ اليها المدافع متناسبة مع الاعتداء بالنظر الى طبيعته وجسامته (٤) .

(١) محاضرات عن النظرية العامة في قانون العقوبات السوري — الدكتور عثمان الخطيب — ص ١٢١ ، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية — الدكتور حسن صادق المصفاوى — ص ١٦٢ .

(٢) راجع ما سبق — ص ١٤٤ .

(٣) تعليقات الحقانية على المادة ٢١٠ من قانون سنة ١٩٠٤ ، والموسوعة الجنائية جندى عبد الملك — الجزء الاول — ص ٥٢٩ .

(٤) جارسون — المادة ٢٢٨ رقم ١٠ وما بعدها ص ١٥٦ وما بعدها ، جرانمولان الجزء الثانى — رقم ١٦٠٨ ص ٣٩٧ ، جودبى الجزء الاول رقم ٧ ص ١٩٢ ، الدكتور

مقياس تناسب الدفاع مع الاعتداء :

يشترط تناسب الدفاع مع الاعتداء صعوبة في تحديد مقياس هذا التناسب ، فذهب البعض الى وجوب الموازنة بين الضرر المهدد به المعتدى عليه ، والضرر الذى يصيب المعتدى ، بينما اتجهت أغلبية الشراح الى ان الموازنة تكون بين الوسيلة التى كانت فى متناول المعتدى عليه ، والوسيلة التى استعملها بالفعل ونعرض الرايين على التوالى :

الراى الأول :

الموازنة بين الأضرار :

ذهب بعض الشراح الى ان مقياس التناسب يؤسس على درجة الضرر المتعلقة بالمصالح المتنازعة ، فيكون مناط التناسب درجة جسامه الخطر بالنسبة للمصلحة المعتدى عليها مع جسامه المصلحة الخاصة بالمعتدى والتى تضار بالدفاع « (١) » .

وقد اخذت محكمة النقض المصرية فى حكم لها بهذا الاتجاه حيث قالت « اذا كان الحكم لم يوازن بين الاعتداء الذى وقع على المتهمه — والذى خول لها حق الدفاع الشرعى — وبين ما اتته هى فى سبيل هذا الدفاع فانه اذ دانها بتهمة احدث العاهة المستديمة واعتبرها متجاوزة حدود حق الدفاع الشرعى دون ان يقوم بهذه الموازنة على ضوء ما تكشف له من ظروف الدعوى وملابساتها والتقارير الطبية فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه بما يستوجب نقضه » (٢) .

ويؤخذ على هذا الراى انه يتجاهل الفرض من اباحة الدفاع الشرعى ، فالدفاع لم يشرع لمجازاة المعتدى او القصاص منه او

السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - طبة ١٩٥٢ - ص ١٩٨ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٢ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢٤ ، الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٨ ، نقض {مارس سنة ١٩٠٥ - المجموعة الرسمية - السنة السادسة رقم ٧٢ - ص ١٥٢ .

(١) حالة الضرورة فى قانون العقوبات - رسالة دكتوراه - الدكتور ابراهيم زكى اخنوخ - دار النهضة العربية - ١٩٦٩ - ص ٢٢٧ ، الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - ص ٢٢٠ .

(٢) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٦١ - مجموعة احكام النقض - السنة الثانية عشر رقم ٢٠٩ ص ٩٩٦ .

لاجراء مقاصدة بين السيئات (١) . وانما شرع لمواجهة خطر الاعتداء والتخلص منه ، مما قد يستدعى قدرا من تجاوز الاعتداء ويبقى عمل المدافع مشروعا ، اذ يكفي الا يكون هناك « عدم تناسب ظاهر بين الدفاع والاعتداء » (٢) . كما يعيب هذا الرأي صعوبة الموازنة بين المصالح المتعارضة وتقدير مدى الأضرار التي تصيب هذه المصالح ، ومن ثم لا يجوز أن يكلف بها المعتدى عليه (٣) وهو يواجه ظروف الاعتداء الحرجة وملاساته الدقيقة . فضلا عن ذلك فان الموازنة بين الأضرار تبدو غير ممكنة لأن الضرر الذي يتوافر خطر وقوعه . ليس من اليسير تحديد مداه على وجه دقيق ، لأنه لم يحدث بالفعل ، اذ المفروض ان المدافع قد واجه خطر الاعتداء قبل حدوث الضرر (٤) .

الرأى الثانى :

الموازنة بين الوسائل المتاحة للدفاع :

ذهبت غالبية الشراح وأحكام القضاء الى ان الموازنة ليست بين الأضرار المهدد بها المعتدى عليه وبين الأضرار التي تصيب المعتدى من جراء افعال الدفاع ، وانما بين الوسائل التي تكون تحت تصرف المدافع ، فينظر الى التناسب بين الوسيلة التي كانت في متناول المعتدى عليه ، وبين الوسيلة التي استعملها بالفعل ، فاذا ثبت ان الوسيلة التي استعملها المدافع كانت انسب الوسائل أو كانت هي الوسيلة الوحيدة التي وجدت فى متناوله ، تحقق التناسب بين الدفاع والاعتداء (٥) :

وقد أخذت محكمة النقض الإيطالية بهذا الميار فقالت فى حكم لها « ان الفصل فى التناسب لا يكون على أساس الموازنة بين الضرر

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٢ .

(٢) جارسون - المادة ٣٢٨ - رقم ١٢ ص ١٥٦ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ١٩٨ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المهرى) - ص ٢٢٥ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٣ .

(٤) الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة - ص ٢٩٢ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٢ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٩ ، الدكتور احمد عبد العزيز الاغنى - شرح قانون العقوبات الليبي - ص ١٧٩ ، الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة ص ٢٩٦ جارسون المادة ٣٢٨ - رقم ١٧ - ١٨ ص ١٥٧ ، قواعد المسؤولية الجنائية - الدكتور المصفاوى - ص ١٦١ .

(م ١٧ - الدفاع الشرعى)

المهدد به المعتدى عليه والضرر الذى يوقعه بالمعتدى وانما على أساس الموازنة بين الوسائل التى كانت تحت تصرف المهدد بالاعتداء « (١) . وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا المعيار فى العديد من أحكامها فقالت فى حكم لها « انه لا يمكن اعتبار شخص يحمل بندقية سعدة لاطلاق النار فى خطر داهم اذا ما أبدى آخر يحمل مجرد عصا الرغبة فى تعقبه ، كما لا يمكن اعتبار ان هذا الخطر ليس فى الاستطاعة أن يدفع بشيء سوى القتل بالنار ، ولا سيما اذا كان حامل البندقية بين قومه وذويه (٢) وانتهت فى حكم لها الى أن « التماثل ليس شرطا من شروط الدفاع الشرعى ، بل ان للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء ، تلك الوسيلة التى تختلف تبعالاختلاف الظروف . ومتى كان الأمر كذلك وكان الواضح ان الطاعن وابن عمته هوجما وضرب ابن عمته ضربا كان من المحتمل أن تنشأ عنه جراح بالغة ، فلا شك ان الطاعن كان له أن يدافع عن ابن عمته بما يرد هذا الاعتداء بالوسيلة التى تيسر له استعمالها ولو كان ذلك باستعمال السلاح النارى » (٣) .

ومعيار الموازنة بين الوسائل التى كانت تحت تصرف المهدد بالاعتداء هو المعيار الذى يتفق مع نصوص الدفاع الشرعى فى القانون المصرى ، فالمادة ٢٤٦ تنص على استعمال القوة اللازمة ، والمادة ٢٥١ تشير الى الضرر الذى يستلزمه الدفاع ، وليس فى النصين ما يستوجب أن يكون هذا الضرر مساويا للضرر الذى يتهدد المدافع وانما يشترط فقط أن يكون بالقدر اللازم للدفاع وهو يعتبر كذلك اذا استعمل المدافع الوسيلة الوحيدة التى كانت تحت تصرفه ، او اذا كان من غير الممكن رد الاعتداء بوسيلة أدنى تأثيرا من الوسيلة التى استعملها (٤) . وقد أخذ بهذا المعيار القانون السويسرى فى المادة ٣٣ (٥) .

- (١) نقض أبطلى - ٣ مايو سنة ١٩٤٩ ، ٢٣ يناير سنة ١٩٥٠ وقد أشار إليهما دى لوجو - أسباب الإباحة - ص ٣١٧ وأشار إليهما الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٣ ، الدكتور ابراهيم زكى أخنوخ - حالة الضرورة ص ٢٢٦ .
(٢) نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الاول - رقم ٧٠ ص ٨٩ وراجع أيضا نقض أول ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة - رقم ٤٢ ص ١٢٨ .
(٣) نقض ٦ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض - السنة الثانية رقم ٢٧٤ ص ٧٢٤ وراجع نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض - السنة العاشرة - رقم ١٤٤ ص ١٩٩ .

- (٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٤ .
(٦) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٣ .

نسبية معيار التناسب :

ان القول بان معيار التناسب هو الموازنة بين الوسائل التى كانت تحت تصرف المدافع لايمنى أن هذه الموازنة تتم مجردة عن ظروف المدافع الشخصية والظروف الزمانية والمكانية للاعتداء ، وانما يجب مراعاة ظروف المعتدى عليه فى ضوء الظروف المقابلة للمعتدى ، فلا تستعمل مع امرأة أو شيخ هرم نفس القوة التى تستعمل مع رجل قوى البنية ، ولذلك يجب النظر الى كل واقعة على حدة وما يكتنفها من ظروف شخصية وموضوعية . وعليه فان تقدير التناسب امر نسبى (١) .

فقد تعتبر وسيلة معينة مناسبة فى ظروف معينة بينما لا تعتبر نفس الوسيلة مناسبة فى ظروف أخرى . ولذلك ذهبت محكمة النقض المصرية الى أنه « يكفى فى الدفاع الشرعى ان يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذى استوجب عنده الدفاع مبنيا على اسباب جائزة ومقبولة من شأنها ان تبرر ما وقع منه من الأفعال التى رأى هو - وقت العدوان الذى قدره - انها هى اللازمة لردده ، فاذا جاء تقدير المحكمة مخالفا لتقديره هو فان ذلك لا يسوغ العقاب ، اذ التقدير هنا لا يتصور ابدا الا ان يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجئ بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحيط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير فى كيفية الخروج من مأزقها مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ وهو فى حالته التى كان فيها » (٢) .

-
- (١) قواعد المسؤولية الجنائية فى التشريعات العربية - الدكتور حسن صادق المرصفاوى - ص ١٦١ ، محاضرات عن النظرية العامة فى قانون العقوبات السورى - الدكتور عدنان الخطيب - ص ١٢٢ ، الموسوعة الجنائية - جندى عبد الملك - الجزء الاول ص ٥٢ . فى المسؤولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى - ص ٢٢٩ ، القانون الجنائى الدكتور على راشد - ص ٥٤ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢٤ ، الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام ص ٩٨١ محمود ابراهيم اسماعيل - القسم العام - ص ٤٤٠ ، شرح قانون العقوبات الإلبى - الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى - ص ١٧٩ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة - ص ١٩٩ ، جارسون - المادة ٢٢٨ رقم ٥١ ، ٥٢ ، ٥٤ ص ٦٠ ، ٦١ ، جارو - الطول - الجزء الثانى رقم ٤٤٦ - ص ٢٤ وما بعدها .
- (٢) نقض ٦ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الخامس - رقم ١٨١ ص ٣٤٢ ، وراجع نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفس - السنة الاولى رقم ٧٥ ص ١٩١ ، نقض ٦ مارس ١٩٥١ - مجموعة أحكام التقصص - السنة ٢ رقم ٢٧٤ ص ٧٢٤ نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ - السنة العاشرة رقم ٤٤ ص ٦٩٨ .

ونسبية معيار التناسب بين الدفاع والاعتداء هو ما أخذت به المحكمة العليا الاتحادية في ليبيا حيث تقول في حكم لها « ان الممول عليه في تقدير وجود الخطر هو الرجوع الى الزمن والظروف التي وقعت فيها الجناية وامتاحتها ، لا بالكيفية التي تظهر للقاضي وهو يفكر في هدوء واطمئنان فيما يتعلق بوجود الخطر من عدمه على حياة الضارب أو حياة غيره ممن يهمه أمرهم ولكن بالطريقة التي ظهرت للمتهم وقت دفعه لهذا الخطر أى أنه يجب مراعاة الخوف الذى اعتراه أو حالة الضعف الموجودة أو الاحوال التي كانت سببا في ضياع رشده ، مع مراعاة سنه ودرجة ادراكه والظروف المحيطة به مما أوجب اعتقاده بنية سليمة ان الخطر حال به ، فالتقدير هنا لا يتصور الا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجيء بفعل الاعتداء في ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحوط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور في محاولة الخروج من مأزقها مما لا يصح معه مطالبته بمقتضى التفكير الهادى المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ » (١) .

موضوعية معيار التناسب :

ان مراعاة الظروف الشخصية للدافع ، والظروف الموضوعية للاعتداء لا يعنى الأخذ بمعيار شخصي في الموازنة بين الوسائل المتاحة للمهدد بالاعتداء فتعتبر افعال الدفاع مناسبة لشخص دون آخر يواجه نفس الظروف ، وانما معناه أن القاضي عند الفصل في التناسب ينظر الى تصرف الشخص المعتاد وهو الشخص الذى يقدر الامور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف والذى يتفق مع الخبرة الانسانية ، اذا واجه ظروف العدوان التى واجهها المدافع ، فاذا كان المدافع قد واجه الاعتداء على النحو الذى يتخذه الشخص المعتاد اذا وجد نفسه في مثل ظروفه توفر شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، أما اذا كان الشخص المعتاد في نفس ظروف المدافع يلجأ الى وسيلة اقل جسامة لدرء خطر الاعتداء ، من الوسيلة التى لجأ اليها المدافع ، فان المدافع يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعى . وغنى عن البيان ان الظروف التى يواجهها المدافع والتى يجب وضعها في الاعتبار لا تقع تحت حصر ، فهذه الظروف قد تكون ظروفًا نوعية ككون المعتدى رجلا بينما المعتدى عليها امرأة ، وقد تكون ظروفًا صحية ككون المعتدى

(١) جلسة ١٩ مارس ١٩٥٥ - قضاء المحكمة العليا الاتحادية - الجزء الاول رقم ٦ - ص ٩٩ .

قوى البنية بينما المعتدى عليه ضعيف الجسم ، اذ يباح للدفاع في هذا الحال قبلها اكبر من العنف ليستطيع مواجهة الموقف ، وقد تكون الظروف زمانية ، فالاعتداء اثناء الليل يختلف عن الاعتداء الذي يقع في وضوح النهار ، وقد تكون ظروفها مكانية ، فالاعتداء في مكان مأهول بالسكان ليس كالاغتداء في مكان يخلو من السابلة (١) .

فالمعيار موضوعي لانه معيار الشخص المعتاد اذا واجهه نفس ظروف الاعتداء التي وجد المدافع فيها نفسه .

ومجمل القول انه يشترط ان تكون افعال الدفاع متناسبة مع الاعتداء ومعيار هذا التناسب وفقا للرأى الراجع عند الشراح الموازنة بين الوسائل التي كانت تحت تصرف المدافع عند مواجهة خطر الاعتداء مع مراعاة كافة الظروف التي احاطت به ، ومناط الموازنة هو سلوك الشخص المعتاد اذا وجد نفسه معرضا لنفس ظروف الاعتداء التي تعرض لها المدافع .

خاتمة المطلب : التناسب بين الفقه الاسلامي والفقه الوضعي :

يتضح من عرضنا لشرط تناسب الدفاع مع الاعتداء في كل من الفقه الاسلامي ، والفقه الوضعي المعاصر انه لا خلاف بينهما من حيث وجوبه ، ومن حيث مراعاة الظروف التي يواجهها المدافع ، وأما من حيث التناسب فالرأى الراجع في الفقه وقضاء المحاكم العليا في ايطاليا ومصر وليبيا وما يأخذ به القانون السويسري وهو الموازنة بين الوسائل المتاحة للدفاع واستعمال أقلها جسامة لدرء خطر الاعتداء هو ما سبق اليه الفقه الاسلامي منذ قرون طويلة .

المطلب الثاني

التناسب والدفاع بالقتل

لم تحدد الشريعة الاسلامية جرائم معينة يباح بالنسبة لها القتل كوسيلة للدفاع ، بينما تحصر بعض التشريعات الوضعية كالقانون

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٥ ، الدكتور محمود نجيب حسني - القسم العام - المصري - ص ٢٢٥ ، اللبناني ص ٢٢٩ ، والدكتور احمد عبد العزيز الالفي - شرح قانون العقوبات الليبي - ص ١٧٩ - شرح قانون العقوبات الجزائري - الدكتور رضا فرج - ص ١٦٦ .

الفرنسي والقانون المصري والقانون العراقي والقانون الليبي والقانون الكويتي ، الجرائم التي تبيح القتل كسيلة للدفاع .

وعليه تقسم الدراسة في هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الاول : التناسب والدفاع بالقتل في الفقه الاسلامي

الفرع الثاني : التناسب والدفاع بالقتل في الفقه الوضعي

الفرع الاول

التناسب والدفاع بالقتل في الفقه الاسلامي

أباح الشريعة الاسلامية القتل وسيلة للدفاع متى توفر شرط لزوم الدفاع لدرء الاعتداء ، وشرط تناسب افعال الدفاع مع الاعتداء . سواء كان القتل دفاعا عن النفس أو عن العرض أو عن المال (١) .

١ - القتل للدفاع عن النفس :

إذا واجه المصول عليه خطر اعتداء على النفس ، ولم يجد وسيلة يتقوى بها صيال الصائل غير قتله أبيع له قتله خلاصا من شره ، وقد صرح فقهاء المذاهب بذلك ، ففي **المذهب الحنفي** يقول الكاساني « فإن شمر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل إلا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الفوئ اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله » (٢) وعند **المالكية** يقول ابن العربي « لا يقصد المصول عليه القتل إنما ينبغى أن يقصد الدفاع فان أدى الى القتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فجائز قصد قتله ابتداء (٣) . وعند **الشافعية** يقول الامام الشافعي في

(١) الاسلام عقيدة وشريعة - للمفغور له الامام الاكبر الشيخ محمود شلتوت - الطبعة الرابعة - دار الشروق - ١٩٦٨ - ص ٣٦٢ .

(٢) بدائع الصنائع - الطبعة الاولى ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م - الجزء السابع ص ٤٣ وراجع في المذهب الحنفي ، تكملة فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية للبابرني وحاشية سعدى جليبي - الطبعة الاولى - الطبعة الكبرى الامرية سنة ١٣١٨ هـ - الجزء الثامن - ص ٣٦٩ ، البحر الرائق - الطبعة الاولى - الطبعة العلمية - الجزء الثامن - ص ٣٤٤ ، حاشية الطحاوي - الجزء الرابع ص ٢٦٥ .

(٣) التاج والاكليل لمختصر خليل مطبوع بهامش مواهب الجليل - الجزء السادس - الطبعة الاولى - مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ - الجزء السادس - ص ٢٢٣ ، وراجع عند المالكية ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير طبعة الحلبي - الجزء الرابع - ص ٣٥٧ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي نفس الموضع - شرح منج الجليل - الجزء الرابع - ص ٥٦١ ، حاشية قليوبي وعميرة - الجزء الرابع - ص ٢٠٧ .

الام » واذا دخل الرجل منزل الرجل ليلا او نهارا بسلاح فأمره بالخروج فلم يخرج فله أن يضربه به وان أتى الضرب على نفسه « (١) كما جاء في مختصر المزني « قال الشافعي رحمه الله اذا طلب الفحل رجلا ولم يقدر على دفعه الا بقتله فقتله لم يكن عليه غرم ، كما لو حمل عليه مسلم بالسيف فلم يقدر على دفعه الا بضربه فقتله بالضرب فانه هدر » (٢) ، كما أباح **الحنابلة** القتل اذا تعين وسيلة للدفاع فقد جاء في شرح منتهى الإرادات « فان لم يندفع (يعنى الصائل) الا بالقتل أبيح قتله ولا شيء عليه » (٣) .

٢ - القتل للدفاع عن العرض :

قرر الفقهاء اباحة القتل دفاعا عن العرض ، اذا تعين القتل وسيلة للدفاع ، ففي **المذهب الشافعي** جاء في أسنى المطالب « فلو رآه قد أولوج في أجنبية فله أن يبدأ بالقتل وان اندفع بدونه فانه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالإنابة » (٤) .

وعند **الحنابلة** للمصول عليه ان يدفع الصائل على العرض بالقتل فقد جاء في منتهى الإرادات « ومن أريدت ... أو حرمة ... فله دفعه بأسهل ما يظن اندفاعه به ، فان لم يندفع الا بقتل أبيح ولا شيء عليه . (٥) .

وفى **الفقه الحنفي** جاء في الدر المختار ، ولو كان مع امرأته وهو يزني بها أو مع محرمة وهما مطوعان قتلها وأفتى الناصحي بوجوب قتل كل مؤذ .

وأما المالكية فقد سبق أن ذكرنا ما قاله ابن العربي من جواز قتل

(١) الام - طبعة الشعب ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٨ .

(٢) مختصر المزني - بهامش الام - طبعة الشعب ١٩٦٨ - الجزء الخامس - ص ١٧٨ ، وراجع عند الشافعية ، المجموع شرح المذهب - التكملة الثانية للاستعلام محمد حسين العقبي - مطبعة الامام بمصر - الجزء الثامن عشر ص ٢٩ ، منهاج الطلاب على منهاج الطالبين - طبعة ١٣٢٨ هـ - ص ١٣٥ ، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار - للاصفهاني - الجزء الثاني - ص ١٢٠ .

(٣) شرح منتهى الإرادات - ص ٢٧٨ ، منتهى الإرادات - دار العروبة ١٩٦٤ - القسم الثاني - ص ٤٩٣ ، المغني لابن قدامة - الجزء الثامن - ص ٣٢٩ ، كشاف القناع - طبعة ١٣١٩ هـ - الجزء الرابع ص ٩٢ .

(٤) أسنى المطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٧

(٥) مخدبي الإرادات - القسم الثاني - طبعة ١٩٦٤ ص ٤٩٣

(٦) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين - الجزء الثالث ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

الصائل اذا كان لا يندفع الا بالقتل (١) ويمثل مذهب الشيعة ما جاء فى المختصر النافع رواية عن عبد الله بن طلحة عن ابي عبد الله عليه السلام فى امرأة ادخلت الحجلة صديقا لها ليلة بنائها فاقتل هو زوجها فقتله الزوج فقتلت المرأة الزوج ضمنت دية الصديق وقتلت بالزوج ، والوجه ان دم الصديق هدر « (٢) وعند الظاهرية ان كان المدخول عليه منزله فى المصر ليلا او نهارا فى اخذ ماله او فى طلب زنا او غير ذلك مهلة فالمناشدة حسنة لقول الله تعالى « ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى احسن فان لم يكن فى الامر مهلة ففرض على المظلوم ان يبادر الى ما يمكنه به الدفاع عن نفسه - او عرضه - وان كان فى ذلك اتلاف نفس المعتدى » (٣)

وأما دفاع المرأة عن عرضها بقتل الصائل فقد اوجبه الفقهاء اذا تعين وسيلة للدفاع (٤)، فعند الحنابلة يقول ابن قدامة « وقال أحمد فى امرأة ارادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها فقال اذا علمت انه لا يريد الا نفسها فقتلها لتدفع عن نفسها فلا شئ عليها وذكر حديثا يرويه الزهرى عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير ان رجلا اخاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر والله لا يودى أبدا « (٥) .

وكما يباح للرجل القتل دفاعا عن محارمه ، والمرأة دفاعا عن عرضها ، فانه يباح القتل دفاعا عن عرض الغير وفى ذلك يقول الحصكفى من الاحناف « من وجد رجلا مع امرأة لا تحل له - وقد اكرهها على الزنا - فله قتله ودمه هدر ، ان كان يعلم انه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح « (٦) .

(١) راجع ما سبق - ص ٢٦٣

(٢) المختصر النافع - المرجع السابق - ص ٢١٩ وراجع من لا يضره الفقيه للعلامة ابي جعفر بن ابي الحسن بن على بن الحسين بن موسى بن بابويه القمى - طبعة ١٣٧٦ هـ - ص ٥١٦

(٣) المحابى - الجزء الحادى عشر - ص ٣١٤

(٤) العقوبة - استاذنا المرحوم الشيخ محمد ابو زهرة - دار الفكر العربى

١٩٧٤ - ص ٤٩٢

(٥) المفتى - طبعة المنار - الجزء الثامن - ص ٣٣١

(٦) الدر المختار - الجزء الثالث - ص ٢٤٧ - ٢٤٩

٣ - القتل للدفاع عن المال :

إذا كان موضوع الصيال مال الموصول عليه ، فإن له أن يدفع الصائل بأسهل ما يقلب على ظنه انه يندفع به ، فإن كان الصائل لا يندفع بغير القتل ، ابيع للموصول عليه قتله حماية لماله ، ويكون فعل الموصول عليه مباحا ، فلا يلزمه قصاص ، ولا دية ، ولا كفارة وقد اتفق نقهاء المذاهب الأربعة على هذا الحكم .

فالأحناف يبيحون الدفاع عن المال بكل وسيلة ممكنة ، فإذا تعين القتل وسيلة للدفاع جاز للموصول عليه قتل الصائل دفاعا عن المال ، وبغير تفرقة بين قليل المال وكثيره ، ويستندون في ذلك الى عموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم « ومن قتل دون ماله فهو شهيد » وفي رواية أخرى أن للموصول عليه أن يقتله ان عشرة أو أكثر اما ان كان أقل فإن للموصول عليه أن يقاتله ولا يقتله (١) .

ويمثل الرواية الأولى ما جاء في تكملة البحر الرائق « ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك أى لاجل مالك ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء ، فإن لم يقدر على أخذه منه ولو علم انه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لان قتله بغير حق » (٢) .

وما جاء في فتح القدير « ويحوز للرجل أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ، ويقتل من يقتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد » (٣) .

واما الرواية الثانية فيصورها ما جاء في شرح الدر المختار « ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة من بيته فاتبعه رب البيت فقتله فلا شيء عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك وكذا لو قتله قبل الاخذ اذا قصد ماله ولم يتمكن من دفعه الا بالقتل صدر شريعة

(١) صور البعض رأى الاحناف واحدا بعدم التفرقة بين كثير المال وقليله ، (نظرية الدفاع السريع - الدكتور يوسف قاسم - ص ١١٨) رغم استناده على ما جاء في الدر المختار لتأييد رأيه في التفرقة بين الدفاع عن المال الكثير والمال القليل ، راجع ما يلي ص ٢٦٩ .

(٢) تكملة البحر الرائق ومعه متن الكنز - الطبعة الأولى - المطبعة - الجزء الثامن - ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ .

(٣) فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢٧٦ ، راجع حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٤٨٢ .

وفي الصغرى قصد ماله ان عشرة او اكثر له قتله وان قل قاتله ولم يقتله « (١) » .

ويرى **الحنبلة** التسوية بين الدفاع عن النفس والدفاع عن العرض والدفاع عن المال دون تفرقة بين المال الكثير والمال القليل ، فقد جاء فى كشف القناع « ومن صال على نفسه او على نسائه .. او على ماله ولو قل المال دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به لانه لو منع من ذلك لادى الى تلفه واذا فى نفسه وحرمة ماله ... فان لم يمكنه دفعه الا بالقتل ... فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه ، ويكون ذلك هدرا لانه اتلف لدفع شره كالباغى » (٢) .

كما جاء فى المفتى : وقال أحمد فى اللصوص « يريدون نفسك ومالك قاتلهم تمنع نفسك ومالك ، وقال عطاء فى المحرم يلقى اللصوص قال يقتلهم أشد القتال ، قال ابن سيرين ما أعلم أحدا ترك قتال الحرورية واللصوص تأثما الا أن يجبن وقال الصائت بن طريف قلت للحسن أخرج فى هذه الوجوه أخوف شيء عندى يلقانى المصلون يعرضون لى فى مالى فان كفت يدي ذهبوا بمالى ، وان قاتلت المصلى فيه ما قد علمت ؟ قال اى بنى من عرض لك فى مالك فان قتله فالى النار وان قتلك فشهد ، ونحو ذلك عن أنس والشعبى والنخعى » (٣) .

ويرى **المالكية** انه يجوز للمصول عليه أن يسترد ماله من يد الصائل ، فان أبى أن يرد المال كان للمصول عليه أن يدفع الصائل بكل ما يستطيع ليسترد ماله ، فان امتنع الصائل وبدأ فى قتال المصول عليه مبالغة فى الامتناع عن رد المال كان لصاحب المال أن يقتل الصائل دفاعا عن ماله وسواء كان هذا المال قليلا أم كثيرا ، فقد جاء فى تبصرة الحكام « قال أصبغ فى السارق يدخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه فيشعر به فيخرج فى اثره حتى اذا ارهقه تحول الى السارق فدافعه عن نفسه وامتنع منه وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو سكين أو عصا أو غير ذلك فيقتله الرجل فى متاعه ذلك حين لم يجد الى أخذه سبيلا ، فان دمه هدر ولا شيء على قاتله من قود ولا دية » (٤) .

(١) شرح الدر المختار - الحصكفى - الجزء الثانى - ص ٤٤٤ .

(٢) كشف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ .

(٣) المفتى .. لابن قدامة - الطبعة الثالثة - دار المعارف ١٣٦٧ هـ - الجزء الثامن

ص ٢٢١ .

(٤) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك - طبعة الحلبي - ١٩٥٠ - الجزء

الثانى .. ص ١٨٥ - ١٨٦ .

وجاء في الشرح الكبير « وان كان الدفع عن مال وبالع عليه لثلا يتوهم أن قتل المعصوم لا يجوز الا اذا كان الدفع عن نفس أو حريم لسهولة المال بالنسبة لقتل المعصوم » (١) .

ولا يفرق الشافعية بين الدفاع عن النفس والدفاع عن الممرض والدفاع عن المال وان قل في اباحة قتل الصائل متى كان القتل هو الوسيلة الوحيدة للدفاع ، فقد جاء في شرح العلامة جلال الدين المحلي ، « له دفع كل صائل ... على نفس أو طرف أو يضع ، أو مال وان قل .. اذا كانت المذكورات معصومة ، فان قتله فلا ضمان فيه بقصاص ولا دية ولا كفارة » (٢) .

وقد ذهب رأى معاصر (٣) الى أن الاعتداء على المال يعطى صاحبه الحق في الدفاع عنه بالوسيلة التي يراها مناسبة للدفاع عن ماله حتى ولو كانت هذه الوسيلة هي قتل الصائل متى كان المال كثيرا أما اذا كان المال قليلا فلا يباح قتل المعتدى في غير حالتين :

الحالة الأولى :

أن يبدأ الصائل في مقاتلة الموصول عليه في سبيل الاستيلاء على المال ، فيجوز - وفقا لهذا الرأي - للموصول عليه أن يقتل الصائل دفاعا عن ماله فان لم يندفع جاز للموصول عليه قتله ، لان الدفاع في هذه الحالة يكون عن النفس والمال معا .

الحالة الثانية :

اذا كان صاحب المال القليل في حاجة ماسة اليه ، فيترتب على ترك الدفاع ضرر جسيم للموصول عليه .. اما اذا كان صاحب المال القليل يستطيع الاستغناء عنه ؛ فلا يجوز - بحال - للموصول عليه قتل الصائل بل عليه أن يتهاون في هذا المال ، حفظا للنفس التي حرم الله قتلها الا بالحق ولان الموصول عليه يستطيع الرجوع على الصائل لاسترداد ماله أو أخذ قيمته حسب الاحوال .

(١) الشرح الكبير - دار احياء الكتب العربية - الجزء الرابع ص ٢٥٧ .
(٢) شرح جلال الدين المحلي - الطبعة الثالثة - ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م - بهامش فليوبى وعميرة - ص ٢٠٦ .
(٣) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٢١ وما بعدها .

ويستند هذا الراى الى عبارتين احدهما جاءت فى الفقه المالكى والثانية وردت فى الفقه الحنفى ، اما الاولى فقد جاءت فى حاشية الدسوقى ونصها « واما على المال فان ترتب على اخذه هلاك أو شدة اذى كان كدفع الصائل عن النفس .. والا لم يجب اتفاقا » (١) واما العبارة الثانية فقد جاءت على لسان صاحب الدر المختار ونصها « قصد ماله ان عشرة أو اكثر له قتله وان اقل قاتله ولم يقتله » (٢) .

والراى عندى ان هذه الوجهة من النظر تخطئ بين وجود الدفاع ، وبين الحدود التى يجب ان لا يتجاوزها هذا الدفاع فالاعتداء البسيط على المال يبيح الدفاع الشرعى ، ولكنه لا يبيح القتل كوسيلة للدفاع ، وفرق كبير بين وجود الدفاع ، وبين تحديد نطاقه ومداه .

واما الاستدلال بالعبارتين الواردتين فى الفقه المالكى والفقه الحنفى فهو - فى رأينا - موضع نظر - لان عبارة العلامة الدسوقى نفت وجوب الدفاع ، ولم تعرض لاباحة الدفاع ولا يجوز الخلط بين الاباحة والوجوب فكل منهما قسم مستقل من اقسام الحكم التكليفى (٣) ، واما عبارة صاحب الدر المختار فقد كفانا مثونة الرد عليها العلامة ابن عابدين حيث يقول « يريد تقييد ما اطلقت المتون والشروح مع انها لا تقييد بما فى الفتاوى ، قال الماتن فى آخر قطع الطريق ، ويجوز ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه وقال فى المنع عن البحر استقبله اللصوص ومعه مال لا يساوى عشرة حل له ان يقاتلهم لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك » واسم المال يقع على القليل والكثير (٤) .

والعبارة - فى رأينا - ليست بقلّة المال أو كثرته وانما بتوافر شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، وشرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، فاذا توافرت شروط الدفاع من حيث اللزوم والتناسب ، أبيع للمصنوع عليه قتل الصائل دون نظر الى قيمة المال موضوع الصيال . وحاصل القول ان الفقه الاسلامى يبيح القتل اذا تعين وسيلة للدفاع عن النفس والعرض والمال بأن توافرت شروط الدفاع من حيث لزومه لدرء العدوان وتناسبه معه .

(١) حاشية الدسوقى - الجزء الرابع - ص ٢٥٧ .

(٢) الدر المختار - هامش حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٤٨٧ .

(٣) راجع ما يلى فى حكم الدفاع الشرعى - المبحث الثانى من الفصل الاول من

الباب الثانى من هذا القسم - ص ٢٧٦ .

(٤) حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - طبعة ١٢٢٦ هـ ص ٢٦٢ .

الفرع الثاني

التناسب والدفاع بالقتل في الفقه الوضعي

تجبه التشريعات المعاصرة في شأن إباحة القتل كوسيلة للدفاع اتجاهين ، الاول يطلق الدفاع بالقتل لدفع خطر جميع الجرائم ، متى توافرت شروط الدفاع من حيث اللزوم والتناسب طبقا للقواعد العامة في تحديد معنى اللزوم ومعيار التناسب .

ويأخذ بهذا الاتجاه في نطاق التشريعات العربية قوانين لبنان وسوريا والاردن ، فلم تورد حالات الدفاع بالقتل تاركة ذلك للقواعد العامة (١) . والاتجاه الثاني يحدد الجرائم التي يباح القتل كوسيلة لدفعها على سبيل الحصر ومن هذا الاتجاه القانون الفرنسي والتشريعات العربية في العراق ، والسودان وليبيا وتونس والجزائر والمغرب ومصر . ونتناول على التوالي حالات الدفاع الشرعي بالقتل في القانون الفرنسي والتشريعات العربية . وموقف القانون المصري في ضوء الفقه الاسلامي .

١ - حالات الدفاع الشرعي بالقتل في القانون الفرنسي :

نصت المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسي على حالتين متميزتين للدفاع الشرعي فقضت بأنه يدخل في حالة الضرورة المباشرة للدفاع الشرعي الحالتان الآتيتان :

١ - اذا كان فعل القتل او الجرح او الضرب قد حدث ليلا ردا لتسور او كسر سور او حائط او مدخل منزل او شقة مأهولة بالسكان او للحفاتها .

٢ - اذا حدث الفعل دفاعا عن السرقة او النهب الذي يتم بالقوة . وقد اثار هذا النص جدلا عنيفا حول مضمونه وما اذا كان قد أدخل تعديلا على النظرية العامة للدفاع الشرعي فيما يتعلق بشرط اللزوم والتناسب .

فذهبت بعض احكام القضاء الفرنسي الى ان المادة قد انشأت قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، ومن هذه الاحكام قضية مدام

(١) اصول قانون العقوبات في الدول العربية - استلانا الدكتور محمود محمود مصطفى - الطبعة الاولى ١٩٧٠ - ص ٥٧ .

بجو فوس التي قتلت بواسطة حارسها أحد جيرانها الذي كان يحضر أثناء الليل بعد تسلق سور حديقة قصرها لوضع خطاب غرام أسفل شبالة غرفة ابنتها (١) .

وكذلك قضية بوشون الذي اتهم هو وابنه بقتل عشيق ابنته الذي كان يتسلق سور الحديقة في الظلام لمقابلتها (٢) .

فقد برأت محكمة الجنايات كل من السيدة رجوفوس وحارسها وكذلك بوشون الوالد والابن استنادا الى المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات وهي الحالات الممتازة للدفاع الشرعى التى احتج بها المتهمون .

وذهبت بعض احكام القضاء الفرنسى الى ان القرينة التى اقامتها المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات ليست قرينة قاطعة وانما هي قرينة بسيطة يمكن اقامة الدليل على عكسها ، فقد اصدرت محكمة الجنايات فى باريس حكما ادانت فيه أحد الاشخاص لانه جرح آخر بعد أن فاجأه فى مكتبه ليلا وكان الاخير قد حضر الى مكتب الجانى بناء على موعد معه ، وقد ادعى المتهم عدم تعرفه على هذا الشخص عندما فاجأه ليلا فى منزله (٣) ، فقد اعترفت محكمة الجنايات فى هذا الحكم بأن القرينة التى تنشئها المادة ٣٢٩ ليست قاطعة ، وانما قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس . وحكمت محكمة النقض الفرنسية بأن احداث الجرح بشخص دخل منزل الجارح أو أحد ملحقاته ليلا ، مجرد قرينة قانونية على أن الجرح حدث دفاعا شرعيا عن النفس أو المال ولكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، وبناء على ذلك عوقب مالك المنزل على جرح عمده لانه اطلق النار ليلا على سكان تسلق جدران الحديقة المحيطة بالمنزل بغية زيارة الخادمة ودون اكتراث بالانتهاز الموجه اليه (٤) .

وكما اثارت المادة ٣٢٩ خلافا فى القضاء الفرنسى فقد اثارت نقاشا فى الفقه الفرنسى ، فقد ذهب رأى الى ان المشرع قد اراد بالمادة ٣٢٩ سجرد ذكر امثلة لحالات من الدفاع الشرعى ، وقيل بأن المشرع قد

Cour d'Assises d'eureu 18 dec. 1857. Le droit, (١)
19/12/1857.

وبشار اليه فى شرح قانون العقوبات الجزائرى - المرجع السابق - ص ١٧٠
Cour d'Assises de la maselle 27, Fev. 1858, (٢)
Le droit, 3/3/1858.

Cour d'Assises de Paris, 18-2-1933, Rec. Sirey, (٣)
1933-11-107.

Cass, 19 Févr., 1959 — D.H. 1959, J. 161. (٤)

استهدف من هذا النص أن يمد الدفاع الشرعى الى الاعتداء على المال لكى لا يكون مقتصرًا على الدفاع عن النفس فقط . وقد هجر هذان الرأيان لأنه ليس من اختصاص المشرع أن يورد أمثلة تطبيقية فى النصوص التشريعية ، لأن ذلك مهمة القضاء .

كما أن الدفاع الشرعى مقرر أصلا لحماية النفس والمال ، وليس ثمة ما يدعو المشرع لأن يؤكد فى نص خاص ما سبق أن قرره كقاعدة عامة . والسائد فى الفقه الفرنسى الحديث أن المشرع أراد بهذا النص وضع قرينة *présomption* لمصلحة من يوجد فى حالة من الحالتين المنصوص عليهما على توافر شروط الدفاع الشرعى (١) ، ولذلك يطلق الفقه الفرنسى على الحالتين الواردتين فى المادة ٣٢٩ الحالات الممتازة للدفاع الشرعى (٢)

Les cas privilégiés de Légitime défense.

وقد استبقى مشروع قانون العقوبات حالات القرينة المنصوص عليها فى المادة ٣٢٩ فنصت المادة ٢/٤٤ من المشروع على أنه « ويفترض أنه كان فى حالة دفاع شرعى من ارتكب الفعل لدفع الدخول ليلا بالتسلق أو الكسر فى مكان مسكون » .

وقد بررت اللجنة التى وضعت المشروع استبقاءها بمقولة أنها حالة متميزة تتطلبها مقتضيات الحماية الاجتماعية فالغرض الأساسى منها تأكيد فكرة حصانة المسكن ومع ذلك فهى قرينة قابلة لاثبات العكس (٣) .

٢ - حالات الدفاع الشرعى بالقتل فى التشريعات العربية :

تحدد بعض التشريعات العربية على سبيل الحصر حالات الدفاع الشرعى بالقتل ، فالقانون السودانى يحدد هذه الحالات فى المادتين

(١)- فيدال ومانيول - الجزء الاول - الطبعة السابعة - باريس ١٩٢٨ - رقم ٢٠٨ ص ٢٢٥ ، ٣٢٦ بوذا وبنثال - الجزء الاول - باريس ١٩٦٦ - رقم ٢٩٣ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، دونديه دى فابر - رقم ٤٠٧ ص ٢٣٥ .

(٢) Gaston Stefani et Georges Levasseur, Droit pénal général, Paris 1967, No. 143. P. 167, et Alfréd Légal, Les cas privilégiés de légitime défense, Revue de science criminelle et de droit pénal compare, 1965. P. 414.

(٣) تعليقات على مشروع قانون العقوبات الفرنسى - الدكتور محمود محمود مصطفى الكتاب الاول - القسم العام - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٨٠ - ص ٧٥ .

٦١ ، ٦٢ وتنص المادة ٦١ على أنه « مع مراعاة القيود المنصوص عليها في المادتين ٥٨ ، ٥٩ لا يمتد حق الدفاع الشرعى عن الجسم الى تعمد تسبب الموت الا اذا كان الفعل المراد دفعه من الافعال الآتية :

- (أ) اعتداء يتخوف ان يحدث منه الموت أو الاذى الجسيم اذا قام هذا التخوف على أسباب معقولة .
- (ب) الاغتصاب أو التهجم بقصد اشباع شهوة غير طبيعية .
- (ج) خطف انسان أو استدراجه .

وتنص المادة ٦٢ على أنه « مع مراعاة القيود المنصوص عليها في المادتين ٥٨ ، ٥٩ لا يمتد حق الدفاع عن المال الى تعمد تسبب الموت الا اذا كان الفعل المراد دفعه من الافعال الآتية :

(أ) النهب .

(ب) السطو على الامكنة ليلا .

- (ج) الاتلاف بوضع النار فى بناء أو خيمة أو سفينة ، متى كان البناء أو الخيمة أو السفينة مستعملا لسكن الانسان أو لحفظ الاموال .
- (د) السرقة أو الاتلاف أو التعدى على الامكنة اذا وقعت احدى هذه الجرائم فى ظروف تسبب تخوفا معقولا من موت أو اذى جسيم يكون نتيجة لعدم استعمال حق الدفاع الشرعى .

ويحصر القانون العراقي الحالات التى تبيح الدفاع بالقتل فى المادتين ٤٣ ، ٤٤ ، فتنص المادة ٤٣ على أن حق الدفاع الشرعى عن النفس لا يبيح القتل عمدا الا اذا أريد دفع أحد الامور التالية :

- ١ - فعل يتخوف ان يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .
- ٢ - مواجهة امرأة أو اللواطة بها أو بذكر كرها .
- ٣ - خطف انسان .

وتنص المادة ٤٤ على أن « حق الدفاع الشرعى عن المال لا يبيح القتل عمدا الا اذا أريد به دفع أحد الامور التالية :

- ١ - الحريق عمدا .
- ٢ - جنابات السرقة .
- ٣ - الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته .
- ٤ - فعل يتخوف ان يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

وحدد القانون الليبي حالات اباحة الدفاع الشرعى بالقتل فى المادة ٧٠ مكرر التى تنص على أن « حق الدفاع الشرعى لا يبيح القتل العمد الا اذا كان مقصودا به دفع أحد الامور الآتية :

- ١ - فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جروح بالغة اذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة .
- ٢ - مواجهة انسان أو هتك عرضه بالقوة أو التهديد .
- ٣ - خطف انسان .
- ٤ - سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات .
- ٥ - الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته .

وقد أجاز القانون الكويتى القتل فى حالات ثلاث فنصت المادة ٣٤ منه على أن « لا يبيح الدفاع الشرعى القتل العمد الا اذا قصد به دفع جريمة من الجرائم الآتية » :

- ١ - جريمة يتخوف أن يحدث منها الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة .
- ٢ - مواجهة اثنى بغير رضاها أو هتك عرض انسان بالقوة .
- ٣ - اختطاف انسان بالقوة أو التهديد .

اما قوانين تونس (فى المادتين ٣٩ - ٤٠) والمغرب (فى المادتين ٨٣ ، ٨٥) والجزائر (فى المادة ٤٠) فقد أجازت القتل فى حالات ثلاث :

الاولى : لدفع خطر الاعتداء على الحياة (١) .

الثانية : لدفع تسور أو كسر أو دخول مسكن أو أحد توابعه متى حصل ذلك ليلا .

الثالثة : لدفع السرقة أو النهب بالقوة .

٣ - موقف القانون المصرى :

القاعدة العامة فى قانون العقوبات المصرى حظر القتل كوسيلة للدفاع الشرعى فى غير الحالات الواردة على سبيل الحصر فى المادة ٢٤٩ بالنسبة لجرائم النفس ، والمادة ٢٥٠ بالنسبة لجرائم المال وترتيباً على

(١) مع مراعاة أن القانون التونسى يشترط أن يكون الخطر محدداً بحياة المدافع أو أحد أقاربه وهم طبقاً للمادة ٢٩ :

أولاً : الأقارب من طبقة الأصول والفروع ، ثانياً : الاخوة والاخوات ، ثالثاً : الزوج والزوجة وهذا الشرط غير وارد فى قانون المغرب والجزائر .

(م ١٨ - الدفاع الشرعى)

هذا الحظر فانه لا يجوز القتل حتى ولو كان لازما للدفاع في نظر المدافع (١) في غير هذه الحالات .

وفىما يتعلق بجرائم النفس فقد نصت المادة ٢٤٩ على أن « حق الدفاع الشرعى عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد الا اذا كان مقصودا به دفع أحد الامور الآتية:

اولا : فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف اسباب معقولة ...

والمقصود بالجراح البالغة الجراح التى يتخوف لاسباب معقولة أن تفنى الى الموت أو الى عاهة مستديمة كفقد عضو أو عجز خطير ، وظروف الحال هى التى تحدد مدى معقولة سبب التخوف ، وتطبيقا لذلك قضى بأن مفاجأة شخص أثناء سيره وسط المزروعات فى ليلة حالكة الظلمة يستحيل معها الرؤية وفى مكان بنأى عن العمران بطلق نارى نحوه هو فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة يبرر رد الاعتداء بالوسيلة التى تصل الى يد المدافع ويعتبر فى حالة دفاع شرعى عن نفسه ، اذ أن تقدير ظرف الدفاع الشرعى ومقتضياته امر اعتبارى يجب أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيه مختلف الظروف الدقيقة التى احاطت بالمدافع وقت رد العدوان مما لا يصلح معه محاسبته على مقتضى التفكير البادى البعيد عن تلك الملابسات « (٢) .

ثانيا : اتيان امرأة كرها أو هتك عرض انسان بالقوة .. ويقصد المشرع بذلك جرائم الاعتصاب المنصوص عليها فى المادة ٢٦٧ عقوبات ، وجرائم هتك العرض المنصوص عليها فى المادة ٢٦٨ عقوبات ..

ثالثا : اختطاف انسان : ويقصد المشرع بذلك جرائم الخطف المنصوص عليها فى المواد ٢٨٣ ، ٢٨٨ ، ٢٩٠ من قانون العقوبات .

واما جرائم المال التى تبيح القتل كوسيلة للدفاع فقد حصرتها المادة ٢٥٠ عقوبات التى تنص على أن « حق الدفاع الشرعى عن المال

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٥ ، الدكتور محمد مصطفى القنلى - فى المسؤولية الجنائية - ص ٣٤٠ ، الدكتور محمود محمود مصطفى القسم العام - ص ٢٢٥ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٣١ .

(٢) نقض ٣٠ اكتوبر ١٩٥٦ - مجموعة احكام النقض - السنة السابعة - رقم ٢٠٧ - ص ١١١٣ .

لا يجوز أن يبيح القتل العمد الا اذا كان مقصودا به دفع احد الامور الآتية :

- اولا : فعل من الافعال المبينة في الباب الثانى من هذا الكتاب .
- ثانيا : سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات .
- ثالثا : الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى احد ملحقاته .
- رابعا : فعل يتخوف ان يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

والملحوظ ان الفقرتان ثانيا وثالثا تقابلان مضمون المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسى (١) .

ونتناول هذه الحالات على التوالى :

الحالة الاولى :

الجرائم المنصوص عليها في الباب الثانى من الكتاب الثالث وهى جرائم الحريق العمد واستعمال المفرقات والمنصوص عليها في المواد ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ (٢) . . وهذه الجرائم من الخطورة مما حدا بالمشرع الى اباحة القتل درءا لخطورها ، ويستثنى من ذلك الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٥٩ فخطورة الجريمة الواردة فى هذه المادة لا تقاس بخطورة الجرائم التى يتناولها هذا الباب (٤) .

الحالة الثانية :

سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات وهذه السرقات هى المنصوص عليها فى المواد ٣١٣ - ٣١٦ .
اما اذا كانت الجريمة من السرقات المعدودة من الجنح فانها لا تبيح القتل العمد ، ولكن اذا قتل المعتدى عليه السارق فانه لا يعتبر

(١) استعمال الحق كسبب للإباحة - رسالة دكتوراه - الدكتور عثمان سعيد عثمان - القاهرة ١٩٦٨ - ص ٢٨١ .

(٢) أضيفت بالقانون ٦٣ لسنة ١٩٧٥ - الجريمة الرسمية العدد ٢١ فى ٥٧/٧/٢١

(٣) المادة ٢٥٨ الفيت بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٤٩ .

(٤) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٧ .

معتديا الا بالقدر الذى تجاوز به حدود الدفاع الشرعى حيث استخدم قنرا من القوة لا يجوز له أن يستخدمه فى رد العدوان (١)

الحالة الثالثة :

الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته ، والشارع فى هذه الحالة لا يحدد جريمة معينة يريد الجانى ارتكابها ، وإنما يعتبر مجرد الدخول ليلا فى منزل مسكون أو أحد ملحقاته قرينه على أن الداخل ينتوى سوءا أو يقصد شرا (٢) ومن ثم فقد اعتبر المشرع مجرد الدخول مبررا للقتل (٣) لما لعنصر المفاجأة من أثر نفسى على المدافع (٤) ، خصوصا وأن الدخول ليلا ، والليل يسهل للمعتدى تنفيذ غرضه الإجرامى لصعوبة طلب المعونة وقد خلد الناس للراحة فى مساكنهم ، فضلا عن أن المدافع لا يعرف مقصد الداخل وقد يكون مقصده ارتكاب جريمة خطيرة على النفس أو على المال . على أنه يجب أن يكون المدافع قد اعتقد أن الجانى يقصد ارتكاب جريمة وأن يكون هناك من ظروف الحال ما يجعل هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة (٥) .. وبعبارة أخرى يجب أن يكون المدافع جاهلا نوايا الداخل .. فإذا كان اعتقاد المدافع لا يستند الى أسباب معقولة فإن القتل يكون قد حدث بغير تبصر فيسأل عنه بوصفه جريمة غير عمدية ، أما إذا كان المدافع يعلم أن الدخول برىء وبغير قصد ارتكاب جريمة فإنه يسأل عن قتل عمد .. ولذلك حكم بأنه إذا كان الثابت أن المجنى عليه تسلق جدار منزل المتهم ليلا ليدخل فيه ، وأن المتهم حين شاهده على هذه الحالة وهو فوق السطح أطلق عليه المذوف النارى بقصد قتله ، فإنه لما كان الاقدام على تسلق جدار المنزل تتوافر فيه بلا شك جميع معانى الدخول فى المنزل ، ثم لما كان نص المادة ٢٥٠ لا يشترط فى عبارة صريحة أن يكون الدخول بقصد ارتكاب جريمة أو فعل آخر من أفعال الاعتداء ، وهذا مفاده بالبداهة أن القانون يعتبر أن دخول المنازل ليلا بتلك الطريقة يحمل بذاته قرينة الاجرام ، بحيث يصح لصاحب الدار أن يعده اعتداء على المال أو فعلا يتخوف منه الأذى ، ويحق له رده كما ترد

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٧ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٧ ، الدكتور

محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٢٣ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٧ .

(٤) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٤٤ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٨ ، الدكتور احمد

لشجى سرور - القسم العام - ص ٢٤٨ .

سائر الاعتداءات ، ما لم يغم دليل على أنه كان يعلم حق العلم أن الدخول الذى يقول بأنه يرده قد كان فى نظره بريئاً خالياً من فكرة الاجرام » (١)

ويشترط فى هذه الحالة الشروط الآتية :

١ - أن يكون الدخول فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته ويقصد بالمنزل السكن الخاص ، فلا يدخل فى معناه المحلات العامة التى يجوز ارتيادها ليلاً ، كالمستشفيات والفنادق كما لا يدخل فى معناه المنازل غير المسكونة ، ولا المساكن المعدة للسكنى لأنها فى الواقع غير مسكونة ، وقد سوى المشرع بين المنزل المسكون وبين ملحقاته ، ويقصد بالملحقات الامكنة المتصلة بالمنزل المسكون مباشرة والمخصصة لمنافعه سواء كانت بجواره أو فوق سطحه ، مثل غرف الفسيل ، عيش الطيور والحديقة (٢) ، ولا يشترط الدخول فعلاً وإنما يكفى أن يكون المهاجم فى سبيل الدخول بأن يتسلق جدران المنزل (٣) وقد ذهب رأى الى وجوب أن يكون هناك سكان فعلاً وقت الاعتداء (٤) ، غير أن جمهور الشراح لا يوجبون ذلك ويكفى فى نظرهم ، أن يكون المنزل مسكون فعلاً وأن كان سكانه فى الخارج مؤقتاً وقت حصول الاعتداء (٥) .

٢ - أن يكون الدخول ليلاً ، ولم يضع المشرع تعريفاً يحدد المقصود بالليل ، لذلك قام الخلاف حول تحديده ، فقيل أنه الفترة التى يخيم فيها الظلام وهى الفترة التى تلى غياب الشفق وتمتد الى ما بعد الفجر بقليل (٦) . وذهبت محكمة النقض فى احكامها القديمة الى أن تحديد الليل مسألة موضوعية يترك الامر فيها لتقدير المحكمة (٦) ، غير أنها فى

(١) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم

٤٣٧ - ص ٥٧٢ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٨ ، الدكتور

محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٨ .

(٣) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس

رقم ٤٣٧ - ص ٥٧٢ .

(٤) الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسؤولية الجنائية - ص ٣٤١ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٨ ، الدكتور محمود

نجيب حسنى - القسم العام (المسمى) ص ٢٣٣ ، الدكتور مامون سلامة - القسم

العام - ص ٢٢٧ .

(٦) الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسؤولية الجنائية - ص ٣٤١ .

(٧) نقض ٢٢ نواب سنة ١٩١٠ - الجمعية السبعة - السنة العاشرة - رقم ٤٣

٢٦ يونيو سنة ١٩١٥ - الشرائع - السنة الثانية - ص ٢٠٤ .

أحكام حديثه حددت الليل بأنه الفترة بين غروب الشمس مساءً وشرورها صباحاً وهو ما تواضع عليه الناس (١) .

الحالة الرابعة :

فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة وهذه الحالة هي عين الحالة الأولى الواردة في حالات القتل للدفاع عن النفس (المادة ٢٤٩ / ١) ، هي هناك تبيح القتل دفاعاً عن النفس ، وهنا تبيح الدفاع عن المال والنفس معاً (٢) .

وقد ذهب رأى إلى أن هذه الحالة في حقيقتها من قبيل الدفاع الشرعى عن النفس ، وليس ثمة ما يدعو لتكرارها في حالات الدفاع عن المال (٢) .

ولعل الصحيح هو ما ذهب إليه غالبية الشراح من أن تكرار هذه الفقرة مقصود من المشرع ، فكثيراً ما يقترن الاعتداء على المال بأنفعال يخشى منها موت أو جراح بالغة (٤) ، ومن أمثلة ذلك استعمال المفرقات استعمالاً من شأنه تعريض أموال الغير للخطر (٥) أو سرقة معدات أو آلات لازمة لإجراء عملية جراحية عاجلة لمريض مهدد بخطر الموت أو بالجروح البالغة إذا لم يتم إسعافه فوراً إذا كانت السرقة مقصودة لذاتها ، ولم يكن المقصود منها إحداث الوفاة بعدم الإسعاف (٦) ، أو محاولة تعطيل ماكينة مصعد كهربائى أثناء حركته وبه بعض الأشخاص مما يؤدي إلى سقوط المصعد وموت هؤلاء الأشخاص أو إصابتهم بجراح

(١) نقضى ٦ يناير سنة ١٩٤٨ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع رقم ٤٨٣ - ص ٤٤٦ .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٩ .

(٣) الدكتور السيد مصطفى السيد - الأحكام العامة - ص ٣٠٩ ، والدكتور محمد كامل مرسى ، الدكتور السيد مصطفى السيد - شرح قانون العقوبات المصرى الجديد - الجزء الأول - ص ٤٧٩ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٩ ، الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٤٥ ، الدكتور محمود نجيب حسنى .

القسم العام (المصرى) ص ٢٣٥ الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام ص ٢٨٥ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٩ .

(٦) الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - ص ٢٢٨ .

بالفة « (١) أو أن يحاول شخص اتلاف آلة فيهدد ذلك بانفجارها بحيث تقضى على حياة العاملين عليها أو تصيبهم بجراح بالفة (٢) .

اثر تحديد اباحة القتل دفاعا عن النفس والمال في القانون المصرى :

عرضنا فيما سبق الخلاف فى القضاء والفقه الفرنسيين حول مضمون المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسى (٣) مما يشير التساؤل حول ما اذا كان لهذا الخلاف صدها فى الفقه المصرى بالنسبة للمادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات المصرى .
والواقع ان هذا الخلاف لم يثر فى الفقه المصرى ، حيث اوضحت تعليقات الحقانية على المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من قانون سنة ١٩٠٤ المادتان ٢٤٩ ، ٢٥٠ من القانون الحالى ان توافر حالة من الحالات المذكورة ليس الا قرينة نسبية بسيطة على تناسب الاعتداء مع القتل ، فلا يسلب المحاكم سلطة تقدير التناسب ، بمعنى انه اذا كان دفع الخطر مستطاعا بوسيلة دون القتل فعلى المهدد بالاعتداء أن يلجأ الى هذه الوسيلة والا كان متجاوزا حدود الدفاع .
وبعبارة اخرى يمكن القول انه بالنسبة لاباحة القتل يقيد المشرع المدافع بنوعين من التناسب .

الاول :

تناسب قانونى . فالقتل لا يكون مناسبا الا لرد الاعتداءات الواردة على سبيل الحصر فى المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات .

الثانى :

تناسب واقعى ، يخضع تقديره لسلطة المحكمة حسب ظروف الحال ويستظهره قاضى الموضوع بحسب ظروف كل قضية (٤) .

موقف القانون المصرى فى ضوء الفقه الاسلامى :

ذهب رأى الى أن التحديد المنصوص عليه فى المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠

(١) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ٥٤٥ ، الدكتور احمد لطفى سرور القسم العام - ص ٢٨٥ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - ص ٢٣٥ ، الدكتور على راشد القانون الجنائى - ص ٥٤٥ .

(٣) راجع ما سبق ص ٢٧٠ .

(٤) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٤٢ .

من قانون العقوبات المصرى بخصوص الجرائم التى تبيح القتل العمد للدفاع عن النفس والمال، ليس فيه أى مخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية، لأن القتل العمد هو أخطر الجرائم ، فاذا رأى المشرع حصر حالاته فان مسلكه يكون محمودا (١) .

والواقع ان اطلاق الشريعة الفراء حالات الدفاع الشرعى بالقتل طالما تعين القتل وسيلة للدفاع بأن كان لازما لدفع الاعتداء ، ومتناسبا معه ، هو الموقف السديد ، لأنه قد يدخل فى الحصر جرائم تافهة لا تبرر القتل ، ومثال ذلك الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٥٩ من قانون العقوبات المصرى حيث يرى البعض - بحق - انها جريمة تافهة لا تقاس خطورتها بخطورة باقى الجرائم التى بررت اباحه القتل دفعا لها (٢) ، فى حين قد لا يشمل الحصر جرائم أخرى لها من الخطورة ما يوجب تبرير القتل وسيلة لدفع خطرها .

ولذلك ذهب احد اعلام قانون العقوبات فى مصر الى تفضيل مسلك قوانين لبنان وسوريا والأردن التى لم تحدد حالات الدفاع بالقتل حيث يقول انه « نظر أفضل من ايراد حالات معينة قد لا يكون القتل مبررا رغم توافرها . وقد يوجد غيرها مما يبرر القتل » (٣) .

وهكذا يتبين مدى تفوق الشريعة الاسلامية الفراء فى الصياغة والصنعة القانونية ، ولا ريب فى ذلك فهى شريعة الحق شريعة الله «

(١) الدكتور يوسف قاسم - نظرية الدفاع الشرعى - ص ٨٨ ، ١٤١ ، ١٤٢ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٧ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - اصول قانون العقوبات فى الدول العربية