

الباب الثاني

ثبوت الدفاع الشرعى واحكام تجاوزه

تمهيد وتقسيم :

اذا توافرت اركان الدفاع الشرعى ، وتوافرت لكل ركن شروطه ، فكان الاعتداء غير مشروع ، وحال او على وشك الوقوع ، وكانت افعال الدفاع لازمة لدرء خطر العدوان ومتناسبة معه ، ترتبت آثار الدفاع من حيث مشروعية الأفعال التى يأتىها المدافع .

ولكن يثور التساؤل عن الكيفية التى تثبت بها هذه الشروط وبعبارة أخرى ، ما هى ادلة اثبات هذه الشروط ؟ ومن يقع عليه عبء الإثبات ؟

ويرتبط ببيان آثار مشروعية أفعال الدفاع بيان الحكم الشرعى للدفاع من حيث كونه واجبا أو مباحا ، بالمعنى الذى يقصده الفقهاء عندما يعرفون الحكم الشرعى بأنه « الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى الفعل وكذلك بيان حكم الدفاع عند شرح القانون الوضعى .

وقد تتوافر شروط الاعتداء ويتوافر شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء بينما يتخلف شرط تناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء ، وفى هذه الحالة لا يمكن القول انتفاء مشروعية الأفعال التى قام بها المدافع انتفاء تاما ، وانما تظل هذه الأفعال مشروعة فى الحدود المناسبة لدرء خطر العدوان ، ويسأل المدافع عن أفعاله الزائدة عن هذه الحدود .

وبعبارة أخرى يكون المدافع مسئولا عن تجاوز حدود الدفاع وهو ما يقتضى تناول هذا التجاوز من حيث مدلوله ومعياره وآثاره .

وهكذا تتضح أمامنا معالم البحث فى ثبوت الدفاع الشرعى واحكام تجاوزه فنقسم الدراسة الى فصلين على النحو التالى : —

الفصل الأول : ثبوت الدفاع الشرعى وآثره .

الفصل الثانى : تجاوز حدود الدفاع الشرعى .

الفصل الاول

ثبوت الدفاع الشرعى وآثره

تدهيد وتقسيم :

يقصد بثبوت الدفاع الشرعى بيان الأدلة التى يقبلها القضاء لا ثبات توافر اركان الدفاع وشروط كل ركن ، وعلى من يقع عبء هذا الاثبات فاذا انتهينا من بيان ذلك ، ثار التساؤل عن حكم الدفاع فى الشريعة الاسلامية وعند شراح القانون الوضعى ، وآثار شرعية هذا الدفاع .

وعليه نقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة على التوالى . .

- المبحث الأول : اثبات الدفاع الشرعى .
- المبحث الثانى : حكم الدفاع الشرعى وطبيعته .
- المبحث الثالث : آثار الدفاع الشرعى .

المبحث الاول

اثبات الدفاع الشرعى

الاثبات لغة هو الحجة (١) او الدليل او البرهان ، ويعرف الاثبات فى المواد الجنائية بأنه « اقامة الدليل على وقوع الجريمة ، او عدم حصولها وعلى اسنادها الى المتهم او براءته منها » (٢) . ويمكن القول ان المقصود باثبات الدفاع الشرعى اقامة الحجة على توافر اركانه ، وشروط كل ركن .

وطرق الاثبات فى المواد الجنائية فى الشريعة الاسلامية هى على وجه العموم ، البينة ، الاقرار ، القرائن ، الخبرة ، معلومات القاضى ، الكتابة ، اليمين ، القسم ، اللعان ، (٣) والقاعدة فى الفقه الوضعى عدم

(١) القاموس المحيط - المجلد الاول - ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

(٢) الاثبات فى المواد الجنائية فى القانون المقارن - الدكتور محمود محمود مصطفى الجزء الاول النظرية العامة - الطبعة الاولى ١٩٧٧ - ص ٣ .

(٣) نظرية الاثبات فى الفقه الجنائى الاسلامى - احمد فتحي بهنسى - الطبعة الثانية ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م - ص ١٤ .

تقيد القاضى الجنائى بطريق مخصوص من طرق الاثبات ، الا اذا نص القانون على ادلة معينة فى جرائم معينة ، كالدلة التى نص عليها القانون المصرى لا ثبات جريمة الزنا .

ونتناول اثبات الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى فى مطلبين على التوالى : —

- المطلب الأول :** اثبات الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى .
المطلب الثانى : اثبات الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى .

المطلب الاول

اثبات الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

قلنا ان طرق الاثبات فى الشريعة الاسلامية هى البينة ، الاقرار ، القرائن ، الخبرة ، معلومات القاضى ، الكتابة ، اليمين ، القسامة ، اللعان ، وقد تحدث الفقهاء فى اثبات دفع الصائل عن الاقرار والبيينة واليمين .

وبين الفقهاء — كما سيتبين عند عرض المذاهب — ان المصول عليه (المدافع) هو الذى يقع عليه عبء الاثبات فعليه ان يقيم الدليل على ان افعال الدفاع التى قام بها كانت لازمة ومتناسبة لدفع عدوان غير مشروع حال او على وشك الوقوع على نفسه او عرضه او ماله ، او على نفس او عرض او على مال الغير . فلا يكفى ان يدعى المصول عليه انه قام بأفعال الدفاع الغير مشروعة أصلاً — لدفع صيال الصائل ، وانما عليه ان يقيم الدليل على صدق دعواه ، وفى عبارة اخرى لا تقبل دعوى الصيال الا ببينه ، لان الاصل كما يقول ابن قدامة — عدم ما يدعى فلا يثبت بمجرد الدعوى (١) .

والاقرار — طبقاً للراجع — اخبار بحق لآخر (٢) . ولا يفيد الاقرار فى اثبات الصيال الا اذا اقر الصائل بأنه صال على المصول عليه ، وتمسك المدافع بأنه لم يرتكب افعال الدفاع الا دفعا لهذا العدوان ، فاذا تم ذلك وتوافرت فى الاقرار شروط صحته ، ثبت الدفاع الشرعى —

(١) المفنى — الجزء الثامن — ص ٢٢٢ .

(٢) طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية — الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم — طبعة

وترتبت عليه اثاره وهى مشروعية افعال الدفاع متى كانت لازمة لمواجهة خطر الاعتداء .

ويثور التساؤل عن يملك الاقرار ، اذا كان المصول عليه لم يجد وسيلة لدفع عدوان الصائل غير القتل ، فقتله وقد اجاب الفقهاء على ذلك بأن ولى الدم هو الذى يملك هذا الاقرار ، فان اقر ولى الدم بأن القتل صال على القاتل وان المصول عليه لم يكن فى امكانه دفع هجوم الصائل (القتل) بغير القتل . فان هذا الاقرار من ولى الدم يكون كافيا فى اثبات الصيال واسقاط القصاص والدية .

وقد استند الفقهاء فى ذلك الى قضاء عمر رضى الله عنه لما روى عنه انه بينما هو يتفذى يوما اذ اقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل واقبل جماعة من الناس فقالوا يا امير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا مع امراته فقال عمر ما يقول هؤلاء ؟ قال ضرب الآخر فخذى امراته بالسيف فان كان بينهما اخذ فقد قتله ، فقال لهم عمر ما يقول قالوا ضرب بسيفه فخذى امراته فأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين فقال عمر ان عادوا نعد (١) .

فامير المؤمنين عمر رضى الله عنه قد اخذ باقرار اولياء الدم بأن صاحبهم قد اعتدى على عرض القاتل ، وان هذا الاعتداء يبرر قتله .
واما البيئة فهى فى اصطلاح الفقهاء شهادة رجلين عدلين من المسلمين ، على الواقعة ، فاذا شهد الرجلان بأن الصائل قد هاجم المصول عليه ، كان ذلك كافيا لاثبات الدفاع ، فالصيال على النفس والأعراض - فيما عدا جريمة الزنا والأموال يثبت بشهادة رجلين عدلين من المسلمين ، وقد ذهب الى ذلك **الحنابلة** يقول صاحب كشف القناع « وان شهدت بيته على أنهم رأوا هذا ، أى المقتول مقبلا الى هذا أى القاتل ، فدمه أى المقتول هدر لثبوت صيالته عليه » (٢) .

كما جاء فى المغنى « ولو قتل رجل وادعى انه قد هجم منزلى فلم يمكننى دفعه الا بالقتل لم يقبل قوله الا بيينة وعليه القودسواء كان المقتول يعرف بسرقة أو عيارة أو لا يعرف بذلك ، فان شهدت البيئة أنهم رأوا هذا مقبلا الى هذا بالسلاح المشهور فضربه هذا فهدر دمه ، وان شهدوا أنهم رأوه داخلا داره ولم يذكروا سلاحا أو

(١) المغنى - الجزء الثامن - ص ٣٣٢ .

(٢) كشف القناع - الجزء الثامن - ص ٩٣ .

ذكروا سلاحا غير مشهور لم يسقط القود بذلك لأنه قد يدخل لحاجة ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب اهدار دمه « (١) .

واما الأحناف فقد ذهبوا الى عدم وجوب القصاص اذا كان القاتل معروفا بالسرقة والشر لوجود شبهة في القصاص — وأوجبوا الدية استحسانا ، فقد جاء في حاشية ابن عابدين « وفي البزازية وغيرها رجل قتله رب الدار فان برهن انه كابره فدمه هدر والا فان لم يكن المقتول معروفا بالسرقة والشر قتل به قصاصا وان كان متهما تجب الدية في ماله استحسانا لأن دلالة الحالة او رثت شبهة في القصاص لا في المال « (٢) كما جاء شرح الدر المختار « وهل يقبل قوله انه كابره ان بينه نعم والا فان المقتول معروفا بالسرقة والشر لم يقتص استحسانا والدية في ماله لورثة المقتول « (٣) .

والبينة طريق لا ثبات دعوى الصيال عند **الشافعية** وهم في ذلك كالحنبلة فقد جاء في الأم « ولو جاء بينة فشهدوا انهم رأوا هذا مقبلا بسلاح شاهره ولم يزيدوا على ذلك فضربه هذا فقتله أهدرته ولو انهم رأوه داخلا داره ولم يذكروا معه سلاحا او ذكروا سلاحا غير شاهره فقتله اقتدت منه لا أ طرح القود الا بمكابرته على دخول الدار وان يشهر عليه السلاح وتقوم بذلك بينة قال الشافعي ولو شهدوا انهم رأوا هذا مقبلا الى هذا في صحراء لا سلاح معه فقتله الرجل اقتدته به لأنه قد يقبل الاقبال غير المخوف مريدا له ولا دلالة على انه أقبل اليه الاقبال المخوف فأى سلاح شهدوا انه أقبل به اليه العصا أو وهق أو قوس أو سيف أو غيره ثم قتله وهو مقبل اليه شاهره أهدرته « (٤)

ويفرق **المالكية** بين وقوع الصيال حال وجود اناس ووقوعه حال عدم وجودهم فاذا وقع الصيال أثناء وجود الناس تعينت البينة دليلا لاثبات الصيال ، أما اذا وقع الصيال في غير حضور أحد يقبل قول المصول عليه بيمينه ، فقد جاء في الشرح الكبير للعلامة . . أحمد الدردير « ويثبت ذلك ببينه لا بمجرد قول المصول عليه الا اذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه » .

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٢٢٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين — الجزء الثالث — ص ٢٢١ .

(٣) شرح الدر المختار — الحصكفي — الجزء الثاني — ص ٤٤٤ .

(٤) الأم — طبعة الشعب ١٩٦٨ — ص ٢٨ ، ٢٩ ، راجع حاشية قليوبى —

الطبعة الثالثة — ١٣٧٥ هـ — ١٩٥٦ م — الجزء الرابع — ص ٢٠٧ .

ويعلق على ذلك العلامة الدسوقي بقوله « فاذا صال جمل مثلاً على أحد فخاف منه على نفسه فقتله فلا شيء عليه أن قامت له بينة أنه صال عليه وأنه لم يندفع عنه إلا بقتله فإن لم تقم له بينة ضمن ولا يصدق في دعواه أنه صال عليه ولم يندفع عنه إلا بقتله إلا إذا كان بموضع ليس بحضرة الناس فإنه يصدق بيمينه » (١) .

وأما **اثبات الصيال في جريمة الزنا** فقد اختلف فيه الفقهاء ، لأن القاعدة العامة في البينة التي يثبت بها الزنا شهادة أربعة رجال عدول ، وقد ثبت ذلك بالقرآن والسنة ، ففي القرآن يقول تعالى « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » (٢) . وفي السنة النبوية ما روى عن جابر بن عبد الله قال : جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا فقال : اتنوني بأعلم رجلين منكم ، فأتوه بابني سوريا ، فنشدهما كيف تجدان امر هذين في التوراة ؟ قالا : نجد في التوراة : إذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما ، قال : فما يمنعكم أن ترجموهما ؟ قالا : ذهب سلطاننا فكرهنا القتل - فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاءوا بأربعة فذكروا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة - فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، برجمهما (٣) . أخرجه أبو داود .

ولما كانت هذه هي القاعدة العامة في اثبات جريمة الزنا لاقامة الحد فقد ذهب المالكية والشافعية وأحد وجهين عند الحنابلة إلى اشتراط أربعة شهود لاثبات الصيال في جريمة الزنا - بينما ذهبت رواية عن الحنابلة أن البينة في اثبات الصيال للزنا هي شاهدان لأن « البينة تشهد على وجوده مع المرأة وإنما الذي يحتاج إلى أربعة شهداء - هو - الزنا ، وهذا لا يحتاج فيه إلى اثبات الزنا » (٤) .

وأما أصحاب الرأي الأول فيشترطون الشهود الأربعة من أجل سقوط العقوبة عن القاتل مراعاة لأولياء الدم ، وأما قتل المتلبسين بالزنا فهو فعل مباح ديانة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي - طبعة الحلبي - الجزء الرابع ص ٣٠٧ ، ٣٥٧ .

(٢) النساء - الآية : ١٥ .

(٣) جامع الاصول - لابن الأثير الجزري - الجزء الرابع ص ٣٠٤ .

(٤) كشاف القناع - الجزء الثاني - ص ٩٢ .

النفس بالنفس » ، وفي هذا المعنى يقول الامام الشافعي رضي الله عنه :
« ويسمعه فيما بينه وبين الله عز وجل قتل الرجل وامراته اذا كانا
ثيبين » (١) ، وبهذا يقول الأحناف حيث جاء في الدر المختار « الاصل
ان كل من رأى مسلما يزني ان يحل له قتله وانما يمتنع خوفا من الا
يصدق انه زنى » (٢) .

وروى عن الأحناف (٣) وبعض المالكية ان البكر والشيب سواء في
اباحة القتل عند التلبس بالزنا فقد جاء في تبصرة الحكام « قال ابن
القاسم في المدونة عليه الدية في البكر وقال ابن دنانة وقال ابن عبدالحكيم
لا شيء عليه وان كان بكرا » (٤) .

ونفصل مذاهب الراي الاول الذي يشترط ان تكون البينة اربعة
شهود حتى يشب الصيال في جريمة الزنا وادله كل مذهب ، فعند
الشافعية جاء في شرح المهذب « وان وجد رجلا يزني بامرأته ولم
يمكنه المنع الا بالقتل فقتله لم يجب عليه شيء فيما بينه وبين الله عز
وجل ، لانه قتله بحق ، فان ادعى انه قتله لذلك وانكر الولي ولم يكن
بينة لم يقبل قوله ، فاذا حلف الولي حكم عليه بالقود لما روى أبوهريرة
ان سعد بن عباداه قال يا رسول الله ارايت ان وجدت مع امرأتي رجلا
أمله حتى أتى بأربعة شهداء ؟ قال نعم ، فدل على انه لا يقبل قوله
من غير بينة » .

وروى سعيد بن المسيب قال ارسل معاوية ابا موسى الى على
كرم الله وجهه يسأل عن رجل وجد على امرأته رجلا فقتله ، فقال على
كرم الله وجهه لتخبرني لم تسأل عن هذا ؟ فقال ان معاوية كتب الى
فقال على أنا ابو الحسن ان جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا والا
اعطى برمته يقول يقتل » (٥) .

(١) الام - طبعة الشعب ١٩٦٨ - الجزء السادس - ص ٢٦ .

(٢) الدر المختار - هامش حاشية ابن عابدين - الجزء الاول - ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

(٣) الدر المختار - هامش حاشية ابن عابدين - الجزء الاول - ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

(٤) تبصرة الحكام - طبعة ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م - بهامش فتح العلي الملك -

الجزء الثاني - ص ١٨٥ .

(٥) المجموع شرح المهذب - الجزء الثامن عشر - التكملة الثانية - للاستاذ محمد

حسين المقبي - ص ٣٤ . ومعنى اعطى برمته أي مسلم الى اولياء القتول يقتلونهم
قصاصا و (الرمة) قطعة من جبل لانهم كانوا يغودون القاتل الى ولي القتول بجبل
ولذا قيل القود . -

وعند المالكية جاء في تبصرة الحكام « فان قتله كان عليه القود الا ان يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود وانما عليه الادب من السلطان لافتياته عليه بتعجيل قتله » (١) .

وعند الحنابلة روايتان في عدد الشهود ، الاولى ان عدد الشهود اربعة ، والثانية انه يكفي شاهدان ، فقد جاء في زاد المعاد « وفي عدد البينة روايتان احدهما شاهدان اختارها ابو بكر لأن البينة على الوجود لا على الزنا ، والاخرى لا يقبل اقل من اربعة » (٢) . ويرى ابن القيم سقوط القصاص متى قامت البينة بأربعة شهود ، أو أقر الولي بصيال القتل (٣) .

وقد ذهب رأى معاصر (٤) الى التوقف وعدم الترجيح فى الخلاف الفقهي حول عدد الشهود ، والذي يتفدح فى ذهني ان اثبات الصيال فى الزنا يكون باقرار ولي دم القتيل انه صال على عرض القاتل الذى لم يكن فى وسعه رد هذا الصيال بغير قتله ، فاذا انكر ولي الدم ، كان على القاتل اقامة البينة ويكفى لاقامتها شهادة شاهدين لان المراد اثبات واقعة الصيال . وليس اثبات الزنا لاقامة الحد على الزانى ، ولعله مما يشفع لهذا الترجيح ما روى عن ابي هريرة رضى الله عنه ان سعد بن عباد رضى الله عنه قال يا رسول الله ارايت الرجل يجد مع امرائه رجلا فيقتله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا . فقال سعد : بلى والذي بعثك بالحق . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اسمعوا الى ما يقول سيدكم وفى اللفظ الآخر وان وجدت مع امراتي رجلا امهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم . قال والذي بعثك بالحق ان كنت لاعالجه بالسيف قبل ذلك . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اسمعوا الى ما يقول سيدكم انه لغيرور وانا اغير منه والله اغير منى (٥) .

فالحديث كما يرى البعض من القائلين بكفاية الشاهدين دليلا على انه لو قتله لم يقد به لانه قال بلى والذي اكرمك بالحق ولو وجب عليه القصاص بقتله لما أقره على هذا الحلف ، ولما اثنى على غيرته ولقال

(١) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى الملك - الجزء الثانى - ص ١٨٥ .

(٢) زاد المعاد فى هدى خير العباد - المطبعة المصرية ومكتبتها - للامام ابن القيم

الجوزية - الجزء الرابع - ص ١١١ .

(٣) زاد المعاد - الجزء الرابع - ص ١١١ .

(٤) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ٣٤٤ .

(٥) زاد المعاد - الجزء الرابع - ص ١١٢ .

لو قتلته قتلت به فاذا كان ذلك كذلك ، وكان النصاب العام للشهادة هو رجلين عدلين ، فانه يكتفى بشاهدين لاثبات واقعة الصيال (١) .

هذا اذا كانت أفعال اندفاع قد أدت الى قتل الصائل ، أما اذا كانت هذه الافعال لم تصل الى القتل ، ولكن تبادل كل من الصائل والمصول عليه المساس بما هو دون النفس ، وادعى كل منهما انه كان يدفع صيال الآخر فكيف يكون الاثبات ؟ . اجاب الحنابلة على ذلك بأن طريق الاثبات في هذه الحالة هو الحلف « اليمين » يقول ابن قدامة : « وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما انى جرحته دفعا عن نفس حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وعليه ضمان ما جرحه لأن كل واحد منهما مدع على الآخر ما ينكره والاصل عدمه » (٢) .

وعلى القاضى المسلم أن يبحث وقائع النزاع . ويستظهر وجود الصيال من وقائع الدعوى المعروضة عليه ، وذلك يقتضى منه أن يتناول بالبحث ظروف الاعتداء وملابساته ومدى توافر شروطه من حيث عدم مشروعيته . وكونه حالا أو على وشك الوقوع ، وكذلك بحث أفعال الدفاع ، وتبين ما اذا كانت هذه الافعال لازمة لرد الاعتداء ، وهل ظلت هذه الافعال في حدود التناسب مع الاعتداء ، أم ان المدافع قد تجاوز هذه الحدود ، ومدى مسئوليته عن هذا التجاوز .

والقاضى المسلم عندما يبحث هذه الظروف والملابسات ويتخصص وقائع القضية ويفحص في أعماقها له في رسول الله الاسوة الحسنة ، فقد كان صلى الله عليه وسلم عندما تعرض عليه قضية يبحث كافة ظروفها وملابساتها وأثرها في نفى التهمة أو اثباتها ، وقد روى عنه عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام الكثير من الاحاديث التى تؤكد هذا المعنى . ومن ذلك ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه قال : أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل من المسلمين وهو فى المسجد فناداه فقال : يا رسول الله انى زنيته ، فأعرض عنه ، فتنحى من تلقاء وجهه (٣) فقال يا رسول الله انى زنيته ، فأعرض عنه ، حتى ثنى ذلك عليه أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟ قال لا ، قال فهل أحصنت (٤)

(١) راجع فى عدم اشتراط الإربعة شهود - الإمام الأكبر محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - ص ٣٦٥ .

(٢) المغنى - الجزء الثامن - ص ٢٢٢ .

(٣) أى انتقل من الناحية التى كان فيها الى الناحية التى يستقبل بها وجهه .

(٤) أى تزوجت .

(م ١٩ - الدفاع الشرعى)

قال نعم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذهبوا به فارجموه .
متفق عليه (١) .

وقد علق الصنعاني على الأحاديث التي وردت في هذا المعنى بقوله
« فدل جميع ما ذكر على أنه يجب الاستفصال والتبيين » (٢) .
وقد سار الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أجمعين على نهج
رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن ذلك أن عمر رضى الله عنه عندما
عرضت عليه قضية سرقة لم يقم على السارقين الحد ، عندما تبين له
أنهما كانا مضطرين ، وأمر وليهما بالاحسان اليهما والا عوقب لأنه
أجاعهما ، وروى عن الإمام على كرم الله وجهه في قصة شراحة (وكانت
قد اعترفت بالزنا) فإنه قال لها لعلك استكرهت ؟ قالت لا ، قال :
فلعل رجلا أتاك في نومك (٣) .

وحاصل القول أنه يجب على القاضي أن يبحث ويستقصى جميع
جوانب النزاع حتى يتبين له وجه الحق فيه .

المطلب الثاني

إثبات الدفاع الشرعى في الفقه الوضعى

القاعدة العامة في القانون الوضعى أن المحكمة ليست ملزمة
بالأخذ بدليل معين ، في المواد الجنائية ، وإنما لها أن تأخذ بالدليل أو
تطرحه حسب اقتناعها به وتقديرها لقوته وصحته ، حتى ولو كان
هذا الدليل هو اعتراف المتهم ، وقد نصت المادة ٢٧١ من قانون
الإجراءات الجنائية المصرى على أنه « يسأل المتهم عما إذا كان معترفا
بارتكاب الفعل المسند اليه فان اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعتدائه
والحكم عليه بغير سماع شهود والا فلتسمع شهود الإثبات » فلاخذ
باعتداف المتهم أمر جوازى للمحكمة .

تمسك المتهم بالدفاع الشرعى :

إذا تمسك المتهم بأن أفعال الاعتداء التى قام بها إنما كانت للرد
على اعتداء غير مشروع ، حال أو على وشك الوقوع ومن ثم فهي مباحة

(١) سبل السلام - الجزء الرابع - ص ٦ - وراجع صحيح البخارى - الجزء
الرابع - ص ١١٢ وما بعدها .

(٢) سبل السلام - الجزء الرابع - ص ٧ .

(٣) سبل السلام - الجزء الرابع - ص ٧ .

باعتبارها دفاعا شرعيا وجب على المحكمة أن تبحث عناصر الدعوى وتناقش هذا الدفع والا كان حكمها مشوبا بالتصور . وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية أنه « من المقرر أن الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعى من الدفع الجوهري التى ينبغى على المحكمة أن تناقشها فى حكمها وترد عليها اذ أنه من شأن هذا الدفع - لو صح - أن يؤثر فى مسئولية الطاعن . ولما كان الحكم قد قضى بادانة الطاعن دون أن يعرض لهذا الدفع أو يرد عليه بما يفنده فانه يكون مشوبا بما يعيبه ويستوجب نقضه » (١) .

ولا يشترط فى التمسك بالدفاع صيغة معينة أو ان يرد بصريح لفظ الدفاع الشرعى (٢) ، فاذا كان المدافع عن المتهم قد تمسك بأن هذا الاخير لم يكن معتدبا وأنه على فرض صحة ما أسند اليه فهو انما كان يرد اعتداء وقع عليه من المجنى عليه فان مفاد ذلك تمسكه بقيام تلك الحالة » (٣) .

واذا كانت المحكمة ملزمة بالرد على تمسك المتهم بالدفاع الشرعى ومناقشته فى حكمها فانه يشترط لذلك أن يكون هذا الدفع جديا (٤) لانه « من المقرر أن التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى يجب - حتى يلتزم الحكم بالرد عليه أن يكون جديا وصريحا أو ان تكون الواقعة كما اثبتها الحكم ترشح لقيام هذه الحالة ، وكان ما ورد على لسان الطاعن « أنا مضروب اربع سكاكين ، لا يفيد التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى ولا يفيد دفعا جديا حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه فلا يحق للطاعن أن يطالب المحكمة بأن تتحدث فى حكمها بادانته عن انتفاء هذه الحالة لديه ما دامت لم تر من جانبها بعد تحقيق الدعوى قيام هذه الحالة » (٥) .

(١) نقض ٢٤ ابريل سنة ١٩٧٢ - مجموعة احكام النقض - السنة الثالثة والعشرون رقم ١٢٦ - ص ٦٠٦ .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٩ ، ٢٤٠ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية - الدكتور حسن صادق الرصفاوى - ص ١٧٦ الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٧٧ .

(٣) نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ - مجموعة احكام النقض - السنة الثالثة عشر رقم ٢٤ ص ١٢٧ وراجع نقض ١٤ يناير سنة ١٩٦٢ السنة الرابعة عشر - رقم ٥ ص ٢٦ نقض ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٦٤ السنة الخامسة عشر - رقم ١٢٢ ص ٦٢٤ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٤٠ ، شرح قانون المفويات الليبي - القسم العام - الدكتور أحمد عبد العزيز الاثنى - ص ١٨٨ .

(٥) نقض ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٢ - مجموعة احكام النقض - السنة الرابعة والعشرون رقم ٢٦٦ ص ١٢٠٥ .

اعتراف المتهم والتمسك بالدفع :

ذهبت محكمة النقض في أحكامها القديمة الى وجوب أن يعترف المتهم بما وقع منه ، وأن يوضح الظروف التي دفعتة الى القيام بما وقع منه ومن هو المعتدى « وحلول خطر الاعتداء ، أو اعتقاده بوجود هذا الخطر وحلوله ، وذلك حتى يستطيع التمسك بالدفاع الشرعى .

فاذا كان المتهم نفسه قد أنكر بتاتا ما اسند اليه ودار دفاع محاميه على هذا الإنكار ، فإن ما جاء على لسان المحامى عرضا ، وعلى سبيل الفرض والاحتياط ، من أن المتهم كان في حالة دفاع شرعى لا يعتبر دفعا جديا تكون المحكمة ملزمة بالرد عليه ، ولا يقبل من المتهم الطعن في الحكم الصادر عليه بمقولة أنه أغفل الرد على هذا الدفع (١) .

غير أن المحكمة ومنذ سنة ١٩٤٢ (٢) بدأت تطرد أحكامها على خلاف هذا الرأى ، ففى حكم لها تقول : « ... كان من الواجب على المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تتحدث عن الدفاع الشرعى لما أوقع الطاعن فعل، الضرب المرفوعة به الدعوى عليه بما يشبهه أو ينفيه .

أما وإنما تقول أنه لا محل لهذا البحث لأن المتهم ينكر التهمة أمامها أو تقول بأن حالة الدفاع الشرعى منتفية لأن المتهم أصيب في شجار زج بنفسه فيه ففى هذا وذاك خطأ وقصور ظاهران .

وذلك لان المحكمة وهى مطلوب أن تفصل فى دعوى جنائية بالادانة منها أو البراءة لا يمكن فى القانون أن تكون مقيدة بمسلك المتهم فى دفاعه واعترافه بالتهمة أو إنكاره إياها ، ولأن الشجار ليس من شأنه فى ذاته أن يجعل كل من اشتركوا فيه مستوجب للعقاب بلا قيد ولا شرط اذ ليس من شك فى أن الشجار يبدأ اعتداء يخول المعتدى عليه حق الدفاع الشرعى متى اعتقد أن المعتدى سوف لا يكف عن التماهى فى

(١) نقض ٦ مارس سنة ١٩٢٣ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الثالث - رقم ٩٩ ص ١٤٩ وراجع نقض ٥ مارس سنة ١٩٢٤ مجموعة القواعد القانونية رقم ١٩٦ ص ٢٦٤ ، نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية رقم ٢٠٤ ص ٣٩٥ ونقض ٣ يونية سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية رقم ٢٨٤ - ص ٥٥١ ، نقض ٢٣ يونية سنة ١٩٤١ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الخامس - رقم ٢٨٣ ص ٥٥١ .

(٢) الدكتور رعوف عبيد - القسم العام - ص ٥٧٨ .

الاعتداء عليه ومتى التزم هو في دفاعه الحدود المرسومة له في القانون « (١) .

وما انتهت اليه المحكمة في أحكامها الأخيرة هو الأقرب الى الصواب ، لان المحكمة عليها ان تصل الى الحقيقة من خلال أقوال الشهود ، وتقارير الخبراء ، وأقوال المتهم ، والقرائن (٢) وإذا كانت المحكمة - كما قلنا (٣) - ليست ملزمة بالاخذ باعتراف المتهم طبقاً للمادة ٢٧١ من قانون الاجراءات الجنائية ، فان انكار المتهم لا يقيد المحكمة فالانكار غالباً ما يكون صادراً عن سوء دفاع ، وانكار المتهم لا ينفي ان تستظهر المحكمة من الوقائع والادلة ان ما اتاه من افعال انها كان يرد به اعتداء فهو من قبيل الدفاع المشروع .

عدم التمسك بالدفاع الشرعى :

إذا لم يتمسك المتهم بالدفاع الشرعى ، وتبينت محكمة الموضوع من خلال الوقائع وأوراق الدعوى ، أن المتهم لم يكن معتدياً ، وإنما كان يرد اعتداء غير مشروع ، وتوافرت أركان الدفاع الشرعى ، فإنه يكون عليها أن تعامله على هذا الأساس ومن تلقاء نفسها تحكم بالبراءة ولو لم يتمسك المتهم بالدفاع الشرعى (٤) .

سلطة محكمة الموضوع ورقابة محكمة النقض :

الدفاع الشرعى دفع موضوعى ، تملك محكمة الموضوع ازاءه كامل

(١) نقض ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ القضية رقم ٢٧٧٢ السنة ١٢ قضائية ومشار اليه في المسؤولية الجنائية الدكتور محمد مصطفى القللى ص ٢٤٩ ، راجع نقض ٢٧ يناير سنة ١٩٥٢ - مجموعة احكام النقض - السنة الرابعة - رقم ١٦٥ - ص ٤٣١ - نقض ١١ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض رقم ٩٧٩ - ص ٦٦١ - نقض ٢٨ ابريل سنة ١٩٥٨ رقم ١١٠ ص ٤٢٣ ، نقض ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٦٤ - - السنة الخامسة عشر - رقم ١٢١ - ص ٦١٥

(٢) في المسؤولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى - ص ٢٤٩ .

(٣) راجع ما سبق - ص ٢٩٠

(٤) الدكتور محمد مصطفى القللى - في المسؤولية الجنائية - ص ٢٥٠ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٤٢ ، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية - الدكتور حسن صادق المصفاوى - ص ١٧٦ ، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري - الدكتور عدنان الخطيب - ص ١٢٥ ، الدكتور روف عبيد - القسم العام - ص ٥٧٨ ، نقض ٢٢ يناير سنة ١٩٥١ - السنة الثانية - رقم ٢٠ ص ٥٣١ ، نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٧ - السنة الثامنة - رقم ٢٤١ ص ٨٨٧ .

سلطتها التقديرية (١) من حيث وجود وتحقق أركانه وشروطه ، فهي التي تقدر الوقائع المعروضة وماذا كان يستنتج منها أن المتهم كان معتديا ، أم أنه كان يرد اعتداء عن نفسه أو ماله أو عرضه أو نفس الغير أو ماله أو عرضه . ويدخل في سلطة محكمة الموضوع تقدير توافر شروط أركان الدفاع الشرعى ، فهي التي تقدر مدى حلول خطر الاعتداء ، وما إذا كان في وسع المتهم أن يركن إلى رجال السلطة العامة ، ومدى لزوم أفعال الدفاع لرد الاعتداء ، وما إذا كان المدافع قد ظل في حدود الدفاع المشروع أم أنه تجاوز هذه الحدود . فإذا نفت محكمة الموضوع وجود الدفاع الشرعى فلا معقب عليها من محكمة النقض طالما أن الوقائع المعروضة عليها تسوغ النتيجة التي انتهت إليها ، وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية « لما كان من المقرر أن تقدير الوقائع التي يستنتج منها قيام حالة الدفاع أو انتفاؤها متعلق بموضوع الدعوى ، لمحكمة الموضوع الفصل فيها بلا معقب عليها ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استدلال الحكم استدلالا سليما يؤدي منطقيا إلى ما انتهى إليه ، لما كان ذلك وإذا كان الطاعن قد تمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى عن نفسه ونفس غيره ، فقد عرض الحكم لهذا الدفاع وأطرحة تأسيسا على ما قرره من أنه لم يثبت من التحقيقات أن أحدا قد اعتدى على الطاعن أو دخل عليه المسجد ، وأنه هو الذى غادر المسجد حين سمع بالمشاجرة ، وعاد وحصل على البندقية وأطلق العيارين حين شاهد أقاربه مصابين وأن في مصاحبة الطاعن لابن عمه الذى يحمل سلاحا مرخصا له بحمله ووجود باقى أقاربه خارج المسجد دليلا على انتواء الطاعن التحرش بفريق المجنى عليه ، وأنه لم يثبت من التحقيقات أن خطرا داهما أصاب الطاعن ولم يكن في مكتنته درؤه إلا بهذه الوسيلة ، لما كان ذلك وكلن الثابت من تحصيل الحكم لواقعة الدعوى أن فريق المجنى عليه كان هو البادى بالعدوان على فريق الطاعن الذى أصيب بعض أفراده ، وأن الطاعن لما شاهد ما يلحق بذيى قريبه من اعتداء أخذ السلاح من ابن عمه وأطلق عيارين في اتجاه فريق المجنى عليه وكان مجرد حضور الطاعن إلى مكان الحادث ومعه ابن عمه وهو يحمل سلاحا

(١) قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية - الدكتور حسن صادق الرصافى - ص ١٧٥ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٤٢ ، الدكتور محمد مصطفى القللى - في المسؤولية الجنائية - ص ٣٤٧ ، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري - ص ١٢٥ ، شرح قانون العقوبات الليبي - القسم العام - ص ١٨٧ ، الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٧٥ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام المصرى - ص ١٢٧ .

مرخصا لا يستلزم حتما القول بأنه كان منتويا التحرش والعدوان على فريق المجنى عليه ، وكان يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد بدر من المجنى عليه فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التى يجوز فيها الدفاع الشرعى ويكفى أن يبدو كذلك فى اعتقاد المتهم بشرط أن يكون هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة ، لما كان ذلك وكان ما استدل به الحكم على انتفاء قيام حالة الدفاع الشرعى هو مما لا يسوغ حمل قضائه فى هذا الشأن فقد بات معييا بما يستوجب نقضا « (١) .

وعلى هذا النهج يجرى قضاء المحكمة العليا فى ليبيا فى حكم لها تقول « انه وان كان تقدير قيام حالة الدفاع الشرعى من شأن محكمة الموضوع الا اذا اثبتت فى حكمها من الوقائع ما يدل على أن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى واستخلصت من هذه الوقائع خلاف ما اثبتته ، كان لمحكمة النقض أن تصحح الاستنتاج بما يقضى به المنطق ، ذلك لان الاستنتاج الخاطيء لا يكون الا عن خطأ المحكمة فى تفهم تعريف حالة الدفاع الشرعى ومعنى أركانه القانونية ومثل هذا الخطأ تملك محكمة النقض تصحيحه لانه من المسائل القانونية ، وتفرض محكمة النقض راقبتها على توفر هذا الحق باعتباره عدرا قانونيا مبيحا للفعل ومسقطا للعقاب » (٢) .

واذا كان لمحكمة النقض أن تراقب صحة استنتاج محكمة الموضوع للنتيجة التى انتهت اليها من الوقائع المعروضة عليها ، وهو ما يطلق

(١) نقض ٢٥ مارس ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض - السنة الرابعة والعشرون - رقم ٨٢ - ص ٢٨٨ ، وراجع نقض ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض - السنة الرابعة والعشرون رقم ٢٦٦ - ص ١٢٠٥ ، نقض ٢ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض - السنة الرابعة والعشرون رقم ٢٦٢ ص ١٢٩٢ ، نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة الثالثة عشر رقم ٣٦ - ص ١٣٢ ، نقض ١٢ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض - السنة الرابعة رقم ١٤٤ - ص ٣٧٤ ، نقض ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ١٨٥ ص ٥٧١ ، نقض ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم ٣٤٠ ص ٤٦٤ ، نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم ٢٨١ ص ٣٦٩ .

(٢) جلسة ١٦ مارس سنة ١٩٥٥ قضاء المحكمة العليا الاتحادية - الجزء الاول رقم ٦ ص ٩٨ ، راجع جلسة ٢١ مارس سنة ١٩٥٦ الجزء الاول من مجلة المحكمة العليا رقم ٧٢ ص ٤٤١ ، جلسة ١١ ابريل ١٩٥٦ رقم ٨٥ ص ٤٩٧ ، جلسة ١٠ فبراير ١٩٦٨ - مجلة المحكمة العليا - السنة الرابعة - العدد الثالث - ص ٢٥

عليه المنطق القضائي (١) ، فان لها أيضا أن تراقب الخطأ في تكيف الدفاع الشرعى ، ويحدث هذا الخطأ « اذا استلزم الحكم المطعون فيه للدفاع الشرعى ركنا غير مطلوب فيه (٢) . ومثال ذلك أن تتطلب محكمة الموضوع أن يكون الاعتداء جسيما بينما القانون لا يشترط جسامته الاعتداء ، أو تنفى قيام الدفاع الشرعى لان المجنى عليه كان يستطيع تلافي الاعتداء بالهرب ، لان القانون لا يفرض الجبن لمنافاته للكرامة الانسانية ، أو أن ينتهى الحكم الى عدم اباحة الدفاع الشرعى عن المال بالمخالفة لنصوص القانون التى تبيح الدفاع عن النفس والمال أو تخطيء المحكمة في تطبيق أركان الدفاع على الوقائع المعروضة عليها مما يعتبر خطأ في تطبيق القانون أو تأويله فاذا نفت المحكمة قيام حالة الدفاع الشرعى فلا يجوز لها أن تبحث في أمر تجاوز حدود حق الدفاع بنية سليمة اذ أن التجاوز لا يكون له وجود الا حيث تكون حالة الدفاع الشرعى ذاتها موجودة (٣) .

خاتمة البحث :

بعد أن عرضنا اثبات الدفاع الشرعى في الفقه الاسلامى والفقه الوضعى يمكن القول في عبارة وجيزة أنه لا خلاف بينهما في وجوب أن يبحث القاضى وقائع الدعوى وظروف النزاع ومدى مسئولية الخصوم، وأما رقابة محكمة النقض للمنطق القضائي والتكيف القانونى دون المسائل الموضوعية فمسألة تنظيمية لا مخالفة فيها للشريعة الاسلامية ، لانه من المسلم به جواز تخصيص القضاء بنوع معين من الاقضية .

البحث الثانى

حكم الدفاع الشرعى وطبيعته

الحكم عند علماء الاصول هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين ، طلبا أو تخييرا ، أو وضعيا . فنفس النص الصادر من الشارع الدال على طلب أو تخيير أو وضع هو الحكم الشرعى فى اصطلاح الاصوليين (٤)

(١) الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية - الدكتور احمد فتحى سرور - دار النهضة العربية ١٩٨٠ - الجزء الثالث « النقض الجنائى » - ص ١٦٧ وما بعدها .

(٢) الدكتور وهزاف عبيد - القسم العام - ص ٥٨٢

(٣) نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض - السنة السادسة -

رقم ٤٢٣ - ص ١٤٣٤ نقض ٥ يناير سنة ١٩٦٠ السنة العادية عشر - رقم ٣ ص ١٧

(٤) علم أصول الفقه - المرحوم الاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف - الطبعة

الثامنة - دار القلم - ص ١٠٠

وأما الحكم الشرعى عند الفقهاء ، فهو الاثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى الفعل ، كالوجوب ، والحرمة ، والإباحة .
ونقصد بحكم الدفاع الشرعى معنى الحكم عند الفقهاء ، وبعبارة أخرى بيان ما إذا كان الدفاع الشرعى واجبا أم مباحا أم حراما .
وفى القانون المقارن الحديث يتميز الدفاع الشرعى بطبيعة عامة ومطلقة وهو ما أحرز فيه الفقه الإسلامى قصب السبق .
وعليه نقسم الدراسة الى مطلبين على النحو التالى :

المطلب الاول : حكم الدفاع الشرعى ..

المطلب الثانى : طبيعة الدفاع الشرعى ..

المطلب الاول

حكم الدفاع الشرعى

اختلف شراح القانون الوضعى فى حكم الدفاع الشرعى ، فذهب البعض الى اعتباره حقا ، بينما اتجه البعض الى اعتباره ترخيصا من القانون ، وانتهى البعض الى أنه تدبير من التدابير الاحترازية .

ويتميز الفقه الإسلامى بأنه لم يعط الدفاع الشرعى حكما واحدا ، وإنما وقف موقفا نسبيا حسب موضوع الاعتداء وظروف وقوع العدوان ، ونتناول حكم الدفاع الشرعى فى كل من الفقه الإسلامى ، والفقه الوضعى فى فرعين على التوالى :

الفرع الاول : حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى ..

الفرع الثانى : حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى ..

الفرع الاول

حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى

يقف الفقه الإسلامى من حكم الدفاع الشرعى موقفا نسبيا حسب موضوعه وظروفه ، ونعرض حكم الدفاع الشرعى عن النفس والعرض والمال ، وحكم الدفاع عند الاكراه ..

١ - حكم الدفاع عن النفس :

انقسم الفقه الاسلامى ازاء حكم الدفاع الشرعى عن النفس فذهب الجمهور الى وجوب الدفاع مطلقا . وقال فريق بجوازه مطلقا ..

الراى الاول : وجوب الدفاع عن النفس :

ذهب الراى الظاهر عند الحنفية ، والمالكية ، ورواية عند الحنابلة اذا كان الاعتداء فى غير فتنة ، والشافعية اذا لم يكن المعتدى عليه كافرا ، الى وجوب (١) الدفاع عن النفس . ففى المذهب الحنفى جاء فى تكملة البحر الرائق « ومن اشهر على المسلمين سيفا وجب قتله » (٢) ، وعند المالكية جاء فى حاشية الدسوقى « قوله فيصدق بالوجوب اى لان دفع الصائل واجب .. لانه يتوصل به الى نجاة نفسه » (٣) واما الحنابلة فيصور المذهب ما جاء فى شرح منتهى الارادات ونصه « وكذا يجب الدفع فى غير فتنة عن نفسه .. فكما يحرم عليه قتل نفسه يحرم عليه اباحة قتلها » (٤) واما المذهب الشافعى فيمبر عنه ما جاء فى حاشية الشيخ عميرة حيث يقول « قوله وكذا نفس بحث الزركشى استثناء النفس الكافرة فلا يجب الدفع عنها لانتفاء علة الوجوب » (٥) .

ويستند هذا الراى الى الكتاب والسنة والقياس ..

اما الكتاب فقول الحق تبارك تعالى « ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة » (٦) فالله سبحانه وتعالى نهى المؤمنين عن القاء أنفسهم الى

(١) الوجوب هو تحتم الفعل على الكلف على نحو يشمر بالمعسوية على تركه - اصول التشريع الاسلامى - الاستئلا على حسب الله الطبعة الرابعة - دار المعارف بمصر ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م ص ٢٧٢ ، علم اصول الفقه - الشيخ عبد الوهاب خلاف - الطبعة الثامنة - ص ١٠٥ .

(٢) تكملة البحر الرائق - الجزء الثامن ص ٣٤٤ ، فتح القدير بهامش الهداية وشرح العناية وحاشية سعدى جلى - الجزء الثامن - ص ٢٩٩ ، حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٤٨١ ، شرح الدر المختار - الجزء الثانى - ص ٤٤٢ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - الجزء الرابع - ص ٢٥٧ ، شرح منيع الجليل - العلامة الشيخ محمد عيش - طبعة ١٢٩٤ هـ - ص ٥٦٢ .

(٤) شرح منتهى الارادات - ص ٣٧٨ ، كشاف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ .

(٥) حاشية عميرة على شرح المحلى - الجزء الرابع - ص ٢٠٦ ، مناهج الطلاب على مناهج الطالبين - الشيخ زكريا الانصارى - ص ١٢٥ ، أسنى الطالب الجزء الرابع ص ١٦٨ .

(٦) سورة البقرة - الآية ١٩٥ .

التهلكة ، وترك الدفاع عن النفس هو من باب القاء النفس الى التهلكة الذى تنهى عنه الآية الكريمة فيكون الدفاع عن النفس واجبا .

وأما السنة فقد استدل اصحاب هذا الراى بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من شمر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه » (١) وما أخرجه أبو داود وصححه الترمذى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد » ، فالرسول صلى الله عليه وسلم قد أخبر أن من يقتل دفاعاً عن دمه يعتبر شهيداً فيكون الدفاع عن النفس واجبا (٢) .

وأما القياس فقد قاس اصحاب هذا الراى المصول عليه في نفسه على المضطر الى اكل الميتة ، فالمضطر يجب عليه اكل الميتة احياء لنفسه وانقاذها من الهلاك ، وكذلك المصول عليه يجب عليه أن يدافع عن نفسه انقاذاً لها من الهلاك ، وفي هذا يقول العلامة البهوتى فقيه الحنابلة « يجب الدفع في غير فتنة عن نفسه لقوله تعالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » فكما يحرم عليه قتل نفسه يحرم عليه إباحة قتلها » (٣) .

الراى الثانى : جواز الدفاع عن النفس :

ذهب بعض المالكية، والشافعية اذا كان الصائل مسلماً الى أن الدفاع عن النفس جائز لا واجب . فقد جاء في حاشية الدسوقي « وابن العربى صرح بأن الدفع جائز لا واجب فان شاء أسلم نفسه وان شاء دفع عنها ونقله ابن شاس والقراقى قاتلاً الساكت عن الدفع عن نفسه حتى يقتل لا بعد اثماً ولا قاتلاً لنفسه » (٤) كما جاء فى شرح المحلى « وكذا نفس قصدها كافر أو بهيمة أى يجب الدفع عنها لا مسلم فى الاظهر فيجوز الاستسلام له » (٥) .

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

(٢) استاذنا فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة - الجريمة - ص ٥٣ .

(٣) شرح منتهى الارادات - البهوتى - ص ٢٧٨ ، راجع اسنى الطالب - الجزء

الرابع - ص ١٦٨ ، حاشية قليوبى وعمرة - الجزء الرابع - ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٤) حاشية الدسوقي - الجزء الرابع - ص ٢٥٧ ، راجع تبصرة الحكام - الجزء

الثانى - ص ٢٥٦ ، التاج والاكلیل بهامش مواهب الجليل - الطبعة الاولى ١٢٢٩ هـ

ص ٣٢٣ .

(٥) شرح المحلى على منهاج الطالبين - الجزء الرابع - ص ٢٠٦ .

وأدلة القائلين بهذا الرأي (١) هي :

١ - ما وراء عبد الله بن خباب ، قال سمعت أبي يقول ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « تكون فتنة فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل » أخرجه ابن أبي خيثمة (٢) .

٢ - قصة ابني آدم اذ قربا قربانا فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر ثم قال انى أريد أن تبوء بائنى وأثمك ولم يدفعه عن نفسه لما أراد قتله ، وقد اعتمد على ذلك عثمان بن عفان رضى الله عنه ، فلم يقاتل رغم استطاعته القتال ، ومنع غيره من القتال ، ولم ينكر الصحابة رضوان الله عليهم ذلك عليه ، وهذا يدل على جواز ترك الدفاع عن النفس ، اذ لو كان الدفاع عن النفس واجبا لما تركه عثمان رضى الله عنه ولانكر عليه الصحابة رضوان الله عليهم هذا الترك (٣) .

والراجع عندي هو رأى الجمهور بوجوب الدفاع عن النفس وأدلة هذا الترجيح هي :

١ - قال تعالى « ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيمًا ومن يفعل ذلك عدوانًا وظلمًا فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا » (٤) .

فالله سبحانه وتعالى قد نهى عن ترك قتل المؤمن نفسه بصيغة تدل على تحريم المنهى عنه ، وترك الدفاع عن النفس مؤد دون شك الى قتلها ، فيكون ترك الدفاع حراما ولما كان ترك الدفاع حراما فان الدفاع عن النفس يكون واجبا بنص الآية الكريمة .

٢ - استدل جمهور الفقهاء على وجوب الدفاع عن النفس بأدلة قوية ، فقولته تعالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٥) صريح فى النهى عن القاء النفس الى التهلكة ، ولا شك ان ترك الدفاع عن النفس هو

(١) راجع فى هذه الأدلة تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية للشيخ محمد على بن الشيخ حسين - مقنن المالكية - الطبعة الاولى ١٣٤٦ هـ - الجزء الرابع - ص ٢١٠ ، ٢١١ .

(٢) سبل السلام - الجزء الرابع - ص ٣٩ .

(٣) سبل السلام - الجزء الرابع - ص ٤٠ ، ٤١ ، اسنى المطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٨ ، كشف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ .

(٤) سورة النساء - الآية ٢٩ ، ٣٠ .

(٥) سورة البقرة - الآية ١٩٥ .

القاء لها في التهلكة ، فيكون الدفاع عنها واجبا لا يجوز تركه كما ان قياس جمهور الفقهاء الموصول عليه بالمضطر الذي يأكل الميتة قياس صحيح لان كل منهما مضطر الى الفعل احياء لنفسه ، وانقاذ لحياته من الهلاك ، حقيقة انهما يختلفان في مصدر الخطر ، غير ان هذا الخلاف لا يؤثر في الحكم الشرعى » (١) .

واما ما استدل به الشافعية وبعض المالكية للقول بجواز الدفاع عن النفس فيمكن الرد عليه بما يلى : —

اولا : — استدل القائلون بجواز الدفاع بما رواه عبد الله بن خباب عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تكون فتن فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل » وهذا الاستدلال محل نظر للاسباب الاتية : —

١ — ان هذا الحديث قد اخرج من طرق كثيرة وفيها كلها راو لم يسم وهو رجل من عبد القيس كان مع الخوارج ثم فارقهم (٢) .

٢ — الحديث قد اخرجه احمد والطبرانى وابن قانع من غير طريق المجهول (٣) ، الا ان فيه على بن زيد بن جعدان وفيه مقال (٤) ، وهذا يجعل الاستناد الى الحديث محل شك كبير .

٣ — اننا لو افترضنا صحة الحديث ، برغم ما اصاب روايته من جرح ، فانه لا يعتبر دليلا على جواز الدفاع عن النفس وعدم وجوبه ، لانه يخرج عن محل النزاع حيث يتناول الدفاع عن النفس في وقت الفتن ، ولا يعتبر حجة لنفى وجوب الدفاع في الاوقات العادية ، فقد جاء في صدر الحديث « تكون فتن » ويؤكد ذلك ما اخرجه احمد وابو داود وابن حبان من حديث ابي موسى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الفتنة « كسروا فيها قسيكم واوتاركم واضربوا سيوفكم بالحجارة » فان دخل على احدكم بيته فليكن كخير ابني ادم » والحديث

(١) نظرية الدفاع الشرعى — الدكتور يوسف قاسم — ص ٧٦ .

(٢) سبل السلام — الجزء الرابع — ص ٣٦ .

(٣) جاء في نظرية الدفاع الشرعى للدكتور يوسف قاسم ص ٧٨ ان احمد والطبرانى وابن قانع قد اخرجوه من طريق مجهول والصحيح ما اوردناه في المتن — راجع سبل السلام — الجزء الرابع — ص ٣٩ .

(٤) سبل السلام — الجزء الرابع — ص ٢٩ ، نيل الاوطار — الجزء الخامس

كما يقول الحافظ ابا حجر دليل على ترك القتال عند ظهور الفتن والتحذير من الدخول فيها (١) .

والواقع ان أدلة القائلين بوجوب الدفاع عن النفس والقائلين بجوازه غير متعارضة لانه — كما يرى البعض بحق — يمكن الجمع بينها (٢) . فلاحاديث التي استدلت بها الجمهور على وجوب الدفاع عن النفس يعمل بها في الاوقات العادية ، اما الاحاديث التي استدلت بها القائلون بالجواز فيعمل بها في اوقات الفتن حيث يسقط الوجوب ويبقى الجواز ، وبذلك يزول التعارض الظاهري بين الادلة بالجمع والتوفيق بينهما والعمل بكل ما ورد لنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ثانيا : استدلت القائلون بجواز الدفاع عن النفس بما فعله سيثنا عثمان رضى الله عنه من عدم الدفاع عن نفسه ، وهذا الاستدلال في غير محل لنزاع ، لان سيدنا عثمان رضى الله عنه اراد بذلك ان يجنب الامة شر الفتنة ، وخطر حرب أهلية ، وهذه تضحية منه رضى الله عنه ، فالاحوال لم تكن عادية ، وانما كانت نذر الفتنة بادية في الافق ، فأراد رضى الله عنه ان يجنب الامة الاسلامية خطر ويلاتها ، وبذلك يكون رضى الله عنه قد عمل بالاحاديث التي رويت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في اوقات الفتن حيث يسقط الوجوب ويبقى الجواز .

٢ - حكم الدفاع عن العرض :

أجمع الفقهاء على وجوب الدفاع عن العرض ، فيجب على المرأة التي يراودها شخص عن نفسها ان تدفعه ، ولو أدى هذا الدفع الى ازهاق روحه .

وكذلك يجب على الرجل الدفاع عن عرضه وعرض محارمه لان تمكين المرأة من نفسها ، وكذلك تمكين الرجل من نفسه او من نفس محارمه حرام ، فيكون ترك الدفاع عن العرض حراما ويكون الدفاع واجبا .

والواجب هو الذى يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما على رأى ، وهو ما يعاقب على تركه فى رأى آخر (٣) . . وقد تكون العقوبة على ترك الواجب عقوبة دنيوية ، وقد تكون عقوبة أخروية .

(١) سبل السلام - الجزء الرابع - ص ٣٩ .

(٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ٧٩ .

(٣) الاحكام فى اصول الاحكام - الامدى - الجزء الاول ص ١٢٨ وما بعدها ، المستصلى - الفزائى - الجزء الاول - ص ٦٥ ، ٦٦ اصول التشريع الاسلامى . الشيخ على حسب الله - ص ٢٧٢ ، علم اصول الفقه . . الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٠٥ .

والعقوبة الدنيوية على ترك الدفاع عن المرض متروكة لولى الامر ، فهي عقوبة تعزيرية حيث لم يقرر الشارع الحكيم عقوبة محددة لتارك واجب الدفاع عن المرض ، وقد لا يصاقب ولى الامر على ترك الواجب فتكون العقوبة الاخرية ، باعتبار ان تاركه اثم مستحق للعقاب الاخرى (١) ، وعدم العقاب الدنيوى .

وعدم العقاب الدنيوى على ترك واجب الدفاع عن المرض لا يغير من صفة الواجب ولا يؤثر فى طبيعته ولا يعنى من ادائه ، ولا يسوى بينه وبين الحق ، لان الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك والواجب لا تخيير فيه ، كما ان صاحب الحق لا يعتبر اثما بالفعل او الترك ، اما تارك الواجب فاثم شرعا (٢) .

والاجماع على وجوب الدفاع عن المرض هو ما تؤكد عبارات الفقهاء فى **المذهب المالكى** يقول العلامة الدردير فى الشرح الكبير : « وجاز دفع مائل على نفس او مال او الحرى والمراد بالجواز الاذن فيصدق بالوجوب » ومعنى فيصدق بالوجوب - كما يقول العلامة الدسوقي فى حاشيته على الشرح الكبير « قوله فيصدق بالوجوب اى لان دفع المائل واجب » (٣) .

وفى **المذهب الشافعى** يقول صاحب كفاية الاخيار « وان قصد حريمه كزوجته .. وولده ونحوه بقتل او لينال من احدهم فاحشة كما قال الماوردى وجب عليه الدفع لتحريم اباحة ذلك لانه حق غيره ، وقد روى ان امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل يراودها عن نفسها فرمته بفهر فقتلته ، فدفع ذلك لمر فقال « قتيل الله والله لا يودى هذا ابدا ، ولم يخالفه احد فكان اجماعا » (٤) .

وفى **الفقه الحنفى** جاء فى الدر المختار « ولو كان مع امراته وهو يزنى بها او مع محرمة ، وهما مطوعان قتلها ، وافتنى الناصحى بوجوب قتل كل مؤذ (٥) .

(١) التشريع الجنائى الاسلامى - الجزء الاول - ص ٤٧٤ .

(٢) الاحكام فى اصول الاحكام - الامدى - الجزء الاول ص ٧٤ التشريع الجنائى الاسلامى الجزء الاول ص ٤٧٤ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الجزء الرابع ص ٢٥٧ .

(٤) كفاية الاخبار فى حل قايمة الاختصار للاصفهائى - الجزء الثانى ص ١٢١ ، منهاج الطالبين - ص ١٢٥ ، مضى المحتاج - الجزء الرابع - ص ١٩٥ ، اسنى الطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٨ ، حاشية قليوبى وعميرة - الجزء الرابع ص ٢٠٦ (هذا الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين - الجزء الثالث ص ٢٤٧ - ٢٤٩)

وعند الحنابلة جاء في شرح منتهى الإرادات « ويجب دفع عن حرمة إذا أريدت ، فمن رأى مع امراته أو بنته ونحوها رجلاً يزنى بها أو مع ولده ونحوه رجلاً يلوط به وجب عليه قتله أن لم يندفع بدونه ، لأنه يؤدي به حق الله تعالى من الكف عن الفاحشة وحق نفس بالمنع عن أهله فلا يسعه إضاعة الحتين » (١) .

وعند الشيعة جاء في المختصر النافع « رواية لعبد الله بن طلحة عن أبي عبد الله عليه السلام « أحد أئمة أهل البيت في امرأة أدخلت الحجلة صديقاً لها ليلة بنائها فاقتتل هو وزوجها فقتله الزوج والوجه أن دم الصديق هدر » (٢) .

ويرى الإمام ابن حزم الظاهري أنه إذا لم تكن هناك مهلة لمناشدة الصائل « ففرض على المظلوم أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه — أو عرضه — وأن كان في ذلك اتلاف نفس المعتدى » (٣) .

٣ — حكم الدفاع عن المال :

اختلف الفقهاء في الحكم الشرعي للدفاع عن المال ، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الدفاع عن المال جائز مطلقاً ، ويرى بعض الشافعية أن الدفاع عن المال واجب مطلقاً ، وعند الشافعية يجب الدفاع عن المال إذا كان فيه روح أو تعلق به حق الغير . ويقول المالكية بوجوب الدفاع عن المال إذا ترتب على تركه هلاك أو شدة أذى ، وتتناول تفصيل هذه الآراء على التوالي :

الرای الاول :

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن حكم الدفاع عن المال هو الجواز مطلقاً ، فعند الحنفية يقول ابن عابدين « ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً » (٤) .

(١) شرح منتهى الإرادات - البهوتي - ص ٣٧٨ ، كشف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ .

(٢) المختصر النافع ص ٢١٩ ، وفي نفس المعنى من لا يحضره الفقيه - طبعة سنة ١٣٧٦ هـ - ص ٥١٦ .

(٣) المحلى - الجزء الحادى عشر - ص ٣١٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٤٨٢ ، راجع للبحر الرائق - الطبعة الاولى - الجزء الثامن - ص ٣٤٥ .

ويقول البهوتى **الفقيه الحنبلى** « لا عن مال اى لا يجب عليه دفع من اراد ماله لانه ليس فيه من المحذور ما فى النفس ولا يلزمه (اى رب المال) حفظه عن الضياع والهلاك وله بذله لمن اراده منه ظلم » (١) .

ويتضح من عبارة العلامة البهوتى أن اساس هذا الراى هو جواز اباحة المال للغير ، فاذا كان لصاحب المال اباحته فانه يكون له الا يدافع عنه .

الراى الثانى :

يرى بعض **الشافعية** ومنهم الامام الغزالى أن الدفاع عن المال واجب مطلقا . فقد جاء فى حاشية العلامة القليوبى (قوله له اى ان لم يكن من الولاة والا وجب الدفع عليهم ولو عن المال) (٢) . كما جاء فى معنى المحتاج « قال الغزالى : مهما قدر على حفظ مال غيره من الضياع من غير أن يناله تعب فى بدنه ، أو خسران فى ماله أو نقصان فى جاهه . وجب عليه . وهو أقل درجات حقوق المسلم وهو اولى بالايجاب من رد السلام » (٣) .

ودليل هذ الراى قول الرسول صلى الله عليه وسلم « من قتل دون ماله فهو شهيد » (٤) لانه اذا كان المقتول دفاعا عن ماله شهيدا فان الدفاع يكون واجبا (٥) .

الراى الثالث :

ذهب جمهور **الشافعية** الى أن الدفاع عن المال يكون واجبا اذا كان فيه روح أو تعلق به حق الغير ، فاذا كان المال محل الصيال له روح كحيوان متقوم فانه يجب الدفاع عنه مراعاة لحفظ الروح وكذلك اذا تعلق بالمال حق الغير ، ويكون ذلك فى صورتين الاولى أن يكون المال مملوكا للغير ويد المصول عليه يد امانة كأن يكون المال مملوكا لقاصر أو موقوفا أو مودعا لديه فيجب الدفاع عنه مراعاة لحق الغير ،

(١) شرح منتهى الإرادات - البهوتى - ص ٣٧٩ ، راجع كشف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٣ .

(٢) حاشية قليوبى وعميره - الجزء الرابع - ص ٢٠٦ .

(٣) معنى المحتاج - الجزء الرابع - ص ١٩٦ .

(٤) فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر - طبعة الطبى ١٣٧٨ هـ - الجزء السادس - ص ٤٨ .

(٥) الجريدة - استاذنا الشيخ محمد أبو زهره - ص ٥٣٠ .

(م ٢٠ — الدفاع الشرعى)

والصورة الثانية أن يكون المال مملوكا للمصول عليه وتعلق به حق الغير كأن يكون مرهونا أو مؤجرا فيجب الدفاع عنه حفاظا على حقوق الغير .

فاذا كان المال لا روح فيه ، ولم يتعلق به حق للغير فان الدفاع عنه يكون جائزا لا واجبا . فقد جاء في أسنى المطالب « لا يجب عن المال غير ذى الروح لأن اباحة المال جائزة نعم ان كان ماله محجور عليه او وقف أو مالا مودعا وجب على من هو بيده الدفع عنه قاله الفزالي في الاحياء وكذا ان كان ماله وتعلق به حق للغير كرهن واجاره قاله الاذرى » (١) .

الراى الرابع :

يرى المالكية وجوب الدفاع عن المال اذا ترتب على ترك الدفاع عنه الهلاك أو الأذى الشديد ، وفي هذا يقول العلامة الدسوقي « وأما على المال فان ترتب على أخذه هلاك أو شدة أذى كان كدفع الصائل على النفس فيه الخلاف والا لم يجب اتفاقا وقولهم حفظ المال واجب أى عن اتلافه بلا انتفاع أحدا » (٢) .

والراى عندى :

أن ما قرره الأحناف والحنابلة من الجواز المطلق للدفاع عن المال يعتبر القاعدة العامة فى الحكم الشرعى للدفاع عن المال ، وهذا الجواز يرتفع الى مرتبة الوجوب اذا ترتب على ترك الدفاع عن المال الهلاك أو الأذى الشديد كما يقول المالكية ، لأن لقاء النفس فى التهلكة منتهى عنه بقوله تعالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٣) . ويأخذ الأذى الشديد والضرر الجسيم حكم التهلكة التى نهى الشارع الحكيم عن لقاء النفس فيها لأنهما — اذا لم يحل مانع — يؤدىان اليها طبقا للمجرى العادى للأمور ، واذا كان لقاء النفس الى التهلكة حرام طبقا للنص القرآنى الكريم فان كل ما يؤدى اليها يكون حراما .

ويمكن القول ان الحنفية والحنابلة لا يخالفون المالكية فى ذلك لأن الاعتداء على المال الذى يؤدى الى التهلكة والأذى الشديد هو — فى

(١) أسنى المطالب — الجزء الرابع — ص ١٦٨ .

(٢) حاشية الدسوقي — الجزء الرابع — ص ٣٥٧ .

(٣) سورة البقرة — الآية ١٩٥ .

الواقع - اعتداء على النفس ، والحنفية والحنابلة يقولون بوجوب الدفاع عن النفس (١) .

وأما دليل القائلين بوجوب الدفاع عن المال وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم « من قتل دون ماله فهو شهيد » فغير مسلم « اذ الحديث لا ينتج الوجوب فكم من مجاهد قتل شهيدا في سبيل الله - فمى قتال لم يكن واجبا عليه » (٢) .

الدفاع الشرعى رخصة :

ذهب رأى فى الفقه الاسلامى الى اعتبار الدفاع الشرعى رخصة (٣) فقد جاء فى شرح منح الجليل « قال العلماء بقتل الجراد اذا حل بأرض فأفسد زرعها أو ثمرها وقد رخص فى قتل المسلم الصائل اذا أراد أخذ المال فالجراد أولى » (٤) .

واعتبار الدفاع الشرعى ترخيص من المشرع هو - كما سنرى - رأى الراجح عند شراح القانون الوضعى المعاصرين (٥) .

حكم الدفاع عند الاكراه :

قلنا ان الفقه الاسلامى يجمع على وجوب الدفاع عن العرض سواء كان المصول عليه رجلا أو امرأة ، ولكن ما هو حكم الدفاع عن العرض اذا تعرض الرجل أو المرأة للتهديد بالقتل ما لم يمكن الصائل من نفسيهما وهل يتفق الحكم بالنسبة للمرأة والرجل كما اتفق فى حكم وجوب الدفاع ؟

أما اكراه المرأة فقد روى ان عمر بن الخطاب ، رضى الله عنه اتى بامرأة زنت فسألها فأقرت فأمر برجمها - فقال على : لعل لها عذرا ، ثم قال لها : ما حملك على الزنا ؟ قالت : كان لى خليط ، وفى ابلهماء

(١) راجع ما سبق ص ٣٠٤ .

(٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٣٠ .

(٣) الرخصة هى ما شرعه الله من الاحكام تخفيفا على المكلف فى حالات خاصة تنقضى هذا التخفيف ، أو هى ما شرع لمذر شاق فى حالات خاصة ، أو هى استباحة المحظور بدليل مع قيام دليل الحظر - علم اصول الفقه - الشيخ عبد الوهاب خلاف - الطبعة الثامنة - ص ١٢١ .

(٤) شرح منح الجليل - الطبعة العامة ١٢٩٤ هـ - ص ٥٦٢ .

(٥) راجع ما يلى ص ٣١٠ .

ولين ، ولم يكن في ابلى ماء ولا لبن ، فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسى ، فأبيت عليه ثلاثا ، فلما ظمئت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته الذى أراد : فسقانى . فقال على : الله أكبر « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه . ان الله غفور رحيم » (١) .

فى سنن البيهقى عن أبى عبد الرحمن السلمى قال : أتى عمر بامرأة جهدها العطش ، فحدث على راع فاستسقت ، فأبى أن يسقيها الا أن تمكنه من نفسها ، فشاور الناس فى رجمها . فقال على : هذه مضطرة ، أرى أن تخلى سبيلها ، ففعل . أما لو تعرض الرجل للاكراه ليمكن من نفسه ، فانه لا يجوز له ذلك ويصير للموت ، والفرق بينه وبين المرأة أن العار الذى يلحق المفعول به ، لا يمكن تلافيه وهو شر ما يحصل له بالقتل (٢) .

وهكذا يتبين أن الاكراه يسقط حكم وجوب الدفاع عن العرض إذا كان المكره امرأة ، أما الرجل فيظل حكم الوجوب ولو كان مكرها .

أولوية الدفاع :

من المسائل التى تفرد الفقه الاسلامى بمعالجتها مسألة تعدد موضوع الاعتداء فى وقت واحد بأن تكون هناك اعتداءات متعاصرة على النفس والعرض والمال فأى هذه الاعتداءات يكون أولى بالرد عليه من غيره ، اجاب على هذا التساؤل صاحب معنى المحتاج بقوله « ولو صال قوم على النفس والبضع والمال قدم الدفع عن النفس على الدفع عن البضع والمال ، والدفع عن البضع على الدفع عن المال ، والمال الكثير على القليل ، ولو صال اثنان على متساويين فى نفسين أو بضعين أو مالهين ولم يتيسر دفعهما معا دفع أيهما شاء ، ولو صال أحدهما على صلبى اللواط ، والآخر على امرأة بالزنا ففيه احتمالان لبعض المتأخرين أحدهما يبدأ بصاحب الزنا للاجماع على وجوب الحد فيه ، والثانى بصاحب اللواط اذ ليس الى حله سبيل . وقال بعضهم يبدأ بأيهما شاء وهو أوجه لعدم الأولوية » (٣)

(١) سورة البقرة - الآية ١٧٣ .

(٢) الطرق الحكيمية فى السياسة الشرعية - للإمام ابن القيم الجوزية تحقيق الدكتور محمد جميل غازى - مطبعة المدنى - ١٩٧٧ ص ٧٩ - ٨١ .

(٣) معنى المحتاج - الجزء الرابع - ص ١٩٤ .

الفرع الثانى

حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

يرتبط حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى ، بأساس الدفاع الشرعى (١) ، فوفقا للنظريات ذات الاتجاه الشخصى يعتبر الدفاع الشرعى مانعا من موانع العقاب ، بينما يعتبر سببا من أسباب الإباحة ، وفقا للنظريات ذات الاتجاه الموضوعى ، فى أساس الدفاع الشرعى مع ما يترتب على التفرقة بين موانع العقاب وأسباب الإباحة من آثار (٢) . وقد تعددت آراء شراح القانون الوضعى فى حكم الدفاع فقد اعتبر البعض الدفاع الشرعى حقا ، بينما يرى البعض أنه واجب ، واتجه فريق الى القول بأن الدفاع الشرعى مجرد ترخيص من المشرع ، وعده البعض تدبيرا من التدابير الاحترازية .

١ - الدفاع الشرعى حق :

يعتبر المشرع المصرى الدفاع الشرعى حقا ، فقد عبر عنه فى المواد ٢٤٥ وما بعدها بعبارة « حق الدفاع الشرعى » وهو ما تأخذ به غالبية القوانين فى الدول العربية .

واعتبار الدفاع الشرعى حق شخصى يجافى التعريف المقرر للحق من أنه « رابطة بين شخصين دائن ومدين تخول الدائن مطالبة المدين باعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل » (٣) . وينبنى على هذا أن حق المدافع يقابله التزام المعتدى بتحمل الدفاع وأن هذا الأخير يكون مسئولاً عن التعويض اذا عاق المدافع عن الدفاع الشرعى (٤) ، وهذه نتيجة لا يمكن قبولها .

ولذلك ذهب رأى الى اعتبار الدفاع الشرعى حقا عاما يقابله التزام الناس جميعا ومنهم المعتدى باحترامه ، وعدم العيلولة دون استعماله ، وكل فعل يعوق استعماله يعتبر غير مشروع وتعتبر مقاومة المعتدى لأفعال الدفاع غير مشروعة متى كانت هذه الأفعال فى الحدود

(١) راجع ما سبق - ص ١٢٢ .

(٢) راجع ما سبق ص ٤٢ .

(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى القانون الدنى الجزء الاول -

ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى - أصول قانون العقوبات فى الدولة العربية ص ١٥

المقررة للحق ، لأن المقاومة عندئذ تعتبر اعتداء على الحق المقرر قانونا (١) .

٢ - الدفاع الشرعى واجب :

ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا الى أن الدفاع الشرعى واجب (٢) فالدفاع الشرعى ليس ممارسة لحق فحسب وانما هو قيام بواجب . وهو ما عبر عنه دونديه دى فابر بقوله :

Elle n'est pas seulement l'exercice d'un droit, elle est l'accomplissement d'un devoir (٣)

وهذا الراى يتفق مع قلة من التشريعات تجعل الدفاع الشرعى واجبا قانونيا وتترتب على عدم القيام به تبعات قانونية ومثال ذلك المادة ٢٣٦٨ من القانون البرتغالى (٤) ، غير أنه لا يتفق مع التشريع المصرى والفرنسى وكافة التشريعات التى لا تجعل من الدفاع واجبا على المدافع أو الغير تترتب عليه تبعات قانونية (٥) .

ويرد البعض على هذا الاعتراض بأن المقصود ليس الواجب القانونى وانما يقصد الشراح اصحاب هذا الراى الواجب الاجتماعى الذى يفرضه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية (٦) .

٣ - الدفاع الشرعى ترخيص من المشرع :

لما كان القول بأن الدفاع الشرعى حق يجافى التصريف المقرر للحق (٧) ، فقد ذهب البعض الى اعتبار الدفاع الشرعى ترخيص من المشرع ، ذلك لأن الرخصة تفتقر عن الحق ، فالحق يقابله التزام فى مواجهة شخص معين ، ومن غير الممكن للانسان أن يتكهن مقدما

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى القسم العام المصرى - ص ١٩ والبنائى -

ص ٢٠٣ شرح قانون العقوبات الليبى - الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى ههش ص ١٤٨

(٢) فبدال ومانيول - الجزء الاول - رقم ١٩٧ ص ٢٢٥ .

Gaston stefani et Georges Levasseur, Droit pénal général, Paris 1976. P. 162.

H. Donne dieu de vabres, Précis de droit criminel, Paris, 1946, p. 74. (٣)

(٤) الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء الاول - ص ٧٨٨

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٠٦

(٦) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ١٩٦ .

(٧) راجع ما سبق - ص ٣٠٩ .

بالشخص الذى سيهم يوما بالاعتداء عليه حتى يقال ان له فى مواجهة ذلك الشخص حقا يسوغ له الاضرار به فى سبيل درء الاعتداء ، أما الرخصة فلا يقابلها هذا الالتزام (١) .

٤ - الدفاع الشرعى تدبير احترازى :

ذهب رأى الى ان الدفاع الشرعى تدبير من التدابير الاحترازية mesure de surete فالدفاع لم يقرر لعقاب المعتدى وانما لمنع الاعتداء ، فهو تدبير خاص دعت اليه الضرورة الاجتماعية لضمان حقوق الافراد وحياتهم .

وإذا كان من سلطة الدولة فى التشريعات الحديثة ان تفرض ماتراه من تدابير احترازية ليس فقط على من يرتكب جريمة ، وانما على من يشكل خطورة اجتماعية على الامن العام ، فان التشريعات القديمة والحديثة عندما تقر شرعية الدفاع ، انما تقر تدبيرا احترازيا بدافع المصلحة الاجتماعية ، وتعطى أقدر الناس على منع وقوع الجريمة سلطة تنفيذ هذا التدبير فى الحدود المقررة (٢) .

والواقع انه اذا كان من الممكن القول بأن التدابير الاحترازية خصوصا التدابير المنعوية فى غير حالة الادانة تطبيقا من التطبيقات المعاصرة للدفاع الشرعى العام « الامر بالمعروف والنهي عن المنكر » (٣) .

فانه من الصعوبة اعتبار الدفاع الشرعى الخاص تدبيرا احترازيا تفوض الدولة فى تنفيذه أقدر الناس على منع وقوع الجريمة لما فى فكرة تمثيل الفرد للسلطة العامة - كما سبق أن رأينا - من خطورة على الامن العام والنظام الاجتماعى (٤) .

خاتمة : حكم الدفاع الشرعى بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى :

عرضنا فى فرعين على التوالى حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى ، ويتضح جليا من هذا العرض مدى دقة التاصيل التى يتمتع بها الفقه الإسلامى ، حيث لم يعط حكما عاما

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٠٦ ، اصول قانون

العقوبات فى الدول العربية - ص ٥١ ، الدكتور رمسيس بهنام - ص ٣٧٨

(٢) محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى - الدكتور

عدنان الخطيب ص ١٠٩

(٣) راجع التطبيقات المعاصرة للدفاع الشرعى العام فى القسم الثانى من الرسالة .

(٤) راجع ما سبق - ص ١٢٥

الدفاع ، وانما وقف من الحكم موقفا نسبيا حسب الموضوع المراد بالاعتداء فميز في الحكم بين الدفاع عن النفس والدفاع عن العرض والدفاع عن المال - كما تفرد الفقه الاسلامى بمعالجة مسألة المفاضلة في الدفاع اذا تعاصرت الاعتداءات على موضوعات مختلفة ، الامر الذى لم يتناوله بالبحث شراح القانون الوضعى .

واما ما يقول به شراح القانون الوضعى من اعتبار الدفاع الشرعى حق او واجب او رخصة فقد سبق اليه فقهاء الشريعة الاسلامية فقالوا بالجواز ، والجواز فى حكم الشريعة حق يمكن استعماله ويمكن تركه (١) . كما ذكروا صراحة الواجب والرخصة ...

وهكذا يتبين مدى سبق الفقه الاسلامى ، والمدى الذى وصل اليه هذا الفقه الجليل من دقة التأصيل للمسائل وعمق التمييز بين الموضوعات .

المطلب الثانى

طبيعة الدفاع الشرعى

يتميز الدفاع الشرعى فى التشريعات الحديثة بطبيعة عامة ومطلقة، ويقصد بالطبيعة العامة انه يجوز بأية جريمة طالما انها لازمة لدرء الاعتداء ومتناسبة معه ، ولذلك تورد التشريعات الحديثة احكام الدفاع الشرعى فى القسم العام من قانون العقوبات . واما الطبيعة المطلقة فتعنى ان الدفاع الشرعى يستفيد منه اى شخص ، سواء من هدد بالاعتداء او غيره ، فلا جريمة اذا ارتكب فعل الدفاع من المعتدى عليه او من الغير دفاعا عن النفس او عن العرض او عن المال .

والطبيعة العامة والمطلقة التى يتميز بها الدفاع الشرعى فى التشريعات الحديثة هو ما سبق اليه الفقه الاسلامى .

ونتناول طبيعة الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى والتشريعات الوضعية فى فرعين على التوالى :

الفرع الاول : طبيعة الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

الفرع الثانى : طبيعة الدفاع الشرعى فى التشريعات الوضعية

(١) محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى - ارجع

الفرع الاول

طبيعة الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

تناولنا فيما سبق موقف الفقه الاسلامى من موضوع الاعتداء ولزوم الدفاع لدرء خطر الاعتداء ، وتناسبه معه . وقد تبين لنا أن الفقه الاسلامى لم يحصر الجرائم التى تبيح الدفاع كما لم يحدد أفعال الدفاع التى يباح للمدافع أن يأتىها لمواجهة العدوان فأباح القتل دون تحديد حالاته متى تحقق شرط لزومه لتلافى خطر الاعتداء وتناسبه معه (١) .

وهو ما يؤكد الطبيعة العامة للدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى . وأما الطبيعة المطلقة للدفاع الشرعى ، والتى تعنى أن إباحة أفعال الدفاع لا تقتصر على المهدد بالاعتداء ، وإنما تباح أفعال الدفاع التى يأتىها الشخص دفاعا عن غيره ، وهذه الطبيعة المطلقة للدفاع الشرعى قد أكدها الفقه الاسلامى سواء كان خطر الاعتداء على النفس ، أو على العرض أو على المال .

١ - الدفاع عن نفس الغير :

كما أباح الشريعة الاسلامية دفاع الشخص عن نفسه ، فقد أباح له أن يدافع عن نفس غيره ، ومصدر شرعية الدفاع عن نفس الغير قوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » (٢) .

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ، ومن كان فى حاجة أخيه ، كان الله فى حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة » (٣) . وقوله صلى الله عليه وسلم : « أنصر أخاك ظالما أو مظلوما ، قيل يا رسول الله ، كيف أنصره ظالما ؟ قال : تحجزه عن الظلم فان ذلك نصره » (٤) .

(١) راجع ما سبق ص ٢٠١ وما بعدها ، ص ٢٢٢ وما بعدها ، ص ٢٦٢ وما بعدها .

(٢) سورة المائدة الآية الثانية .

(٣) صحيح البخارى - طبة الشعب - الجزء الثالث - ص ١٦٨ .

(٤) الجامع الصغير من حديث البشر النذير - الجزء الاول - ص ٢٤٦ .

وقد صرح الفقهاء بعدم التفرقة بين شرعية الدفاع عن نفس المهدد بالاعتداء ، وشرعية الدفاع عن نفس غيره ، ففي **المذهب الشافعي** يقول الشيخ القليوبي « قوله والدفع عن غيره كهو عن نفسه الخ أى ذاتها » (١)

وعند **الحنابلة** يقول العلامة البهوتي « وكذا يجب الدفع فى غير فتنة عن نفس غيره لأنه لا يتحقق منه إثارة الشهادة وكأحيائه ببذل طاعمه ذكره القاضى وغيره فان كان ثم فتنة لم يجب الدفع عن نفسه ولا نفس غيره » (٢) ، فالذهب الحنبلى لا يفرق فى الحكم الشرعى ، بين دفاع الشخص عن نفسه ، ودفاعه عن غيره .

وعند **المالكية** جاء فى تبصرة الحكام « ويجوز دفع الصائل عن النفس والاهل والمال كان الصائل مكلفا أو صبيا أو مجنونا أو بهيمة قال ابن عبد السلام يجوز دفعه عن كل نفس معصومة كانت من المسلمين أو من اهل الذمة » (٣) .

وحاصل القول أنه لا تفرقة بين الدفاع عن نفس المهدد بالاعتداء، ونفس الغير سواء من حيث مشروعيته ، أو من حيث حكمه الشرعى .

٢ - الدفاع عن عرض الغير :

إذا كان الفقهاء - كما سبق أن بينا - قد أجمعوا على وجوب دفاع الشخص عن عرضه (٤) فانهم قد صرحوا أيضا بوجوب الدفاع عن عرض الغير ..

ومصدر شرعية الدفاع عن عرض الغير قول الرسول صلى الله عليه وسلم « ما من امرئ مسلم يخذل مسلما فى موضع ينتهك فيه حرمة وينتقص فيه من عرضه الا خذله الله تعالى فى موطن يحب فيه نصرته، وما من امرئ مسلم ينصر مسلما فى موطن ينتقص فيه من عرضه وينتهك فيه من حرمة الا نصره الله فى موطن يحب فيه نصرته (٥) .

(١) حاشية قليوبي - الطبعة الثالثة ١٩٥٦ - الجزء الرابع - ص ٢٠٧ ، منهاج الطالبين - ص ١٢٥ .
(٢) شرح منتهى الإرادات - ص ٢٧٨ ، ٢٧٦ ، كشف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ .

(٣) تبصرة الحكام - الجزء الثانى - ص ٢٥٦

(٤) راجع ما سبق - ص ٣٠٢

(٥) الجريمة - لاستاذنا المغفور له الشيخ محمد أبو زهرة - ص ١٠٧

وقد جاءت عبارات الفقهاء مؤكدة لوجوب الدفاع عن عرض الغير ،

ففى **المذهب الشافعى** يقول صاحب اسنى المطالب « ويجب دفع الزانى عن المرأة ولو اجنبية » (١) .

وعند **الاحناف** يقول الحصىفى « 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 » (٢) .

وعند **الحنبلة** يقول العلامة البهوتى « ويجب على كل مكلف الدفع عن حرمة غيره » (٣) .

ومن هذه العبارات يتبين لنا ان الفقه الاسلامى يسوى بين دفاع الشخص عن عرضه ، وبين دفاعه عن عرض الغير من حيث المشروعية ، ومن حيث الحكم الشرعى .

٣ - الدفاع عن مال الغير :

لم يفرق الفقه الاسلامى بين الدفاع عن مال الشخص المهدد بالاعتداء وبين مال الغير من حيث المشروعية . وان اختلف الفقهاء فى الحكم الشرعى لدفاع الانسان عن ماله ، ودفاعه عن مال غيره ..

فمشروعية الدفاع عن مال الغير امر مقرر فى مذاهب الفقه الاسلامى ،

ففى **المذهب الحنفى** جاء فى فتح القدير « ولو أن لصوصا اخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم وخرجوا فى طلبهم : اذا كان ارباب المتاع معهم حل قتالهم ، وكذا اذا غابوا عنهم ، والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم » (٤) . وورد فى الفتاوى الخانية « من رأى رجلا ينقب حائطه او حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه » (٥) .

(١) اسنى المطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٨

(٢) الدر المختار - الجزء الثالث - ص ٢٤٧ - ٢٤٩

(٣) شرح منتهى الارادات - ص ٣٧٩

(٤) فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢٧٦

(٥) الفتاوى الخانية - الجزء الثالث - ص ٤٢١ - وراجع الفتاوى الهندية -

الجزء الثماني - ص ١٧٥

وعند **الحنابلة** جاء في المغنى « واذا صال على انسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلما أو يريد امرأة ليزنى بها فلفير المصول عليه معونته في الدفع ، ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم ، لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » وفى الحديث أن المؤمنين يتعاونون على الفتان ولانه لولا التعاون لذهبت اموال الناس وانفسهم لان قطاع الطريق اذا انفردوا بأخذ مال انسان لم يمنه غيره فانهم يأخذون اموال الكل واحدا وواحد وكذلك غيرهم » (١) .

وعند **الشافعية** يقول الشيخ القليوبى فى حاشيته على منهاج الطالبين « قوله والدفع عن غيره كهو عن نفسه أى ذاتها أو ما تعلق به من مال » (٢) .

وأما من حيث الحكم الشرعى ، فقد اعطى الفقهاء الدفاع عن مال الغير ذات الحكم الشرعى لدفاع الشخص عن ماله وحرصا من الشافعية ومبالفتهم فى احترام حقوق الغير وصيانة اموالهم فقد أوجبوا الدفاع عن المال اذا تعلق به حق الغير (٣) ، بل لقد ذهب بعض الحنابلة الى وجوب معونة الغير فى الدفاع عن ماله عند ظن السلامة ، وأوجب بعضهم الدفاع عن مال الغير عند ظن السلامة (٤) .

وهكذا يتبين لنا أن الفقه الاسلامى يضمن على الدفاع الشرعى الطبيعة العامة والمطلقة ، وهو ما تتجه اليه — كما سنرى — التشريعات العقابية الحديثة .

الفرع الثانى

طبيعة الدفاع الشرعى فى التشريعات الوضعية

يعتبر الدفاع الشرعى — فى أغلب التشريعات — سببا مطلقا يستفيد منه كل شخص ، سواء من هدد بالاعتداء أو غيره ، وتكاد التشريعات العربية تجمع على ذلك ، ففي مصر تنص المادة ٢٤٥ على أنه « لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه اثناء استعمال حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو عن نفس غيره أو ماله » وتنص المادة ٤٢/جـ .

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٢٢

(٢) حاشية قليوبى — الجزء الرابع — ص ٢٠٧

(٣) راجع ما سبق — ص ٣٠٥

(٤) كشاف القناع — الجزء الرابع — ص ٩٣

من القانون **العراقي** على أنه « يستوى في قيام هذا الحق أن يكون التهديد في الخطر موجهاً الى نفس المدافع أو ماله أو موجهاً الى نفس الغير أو ماله » وتقضى المادة ٧٠ من القانون **الليبي** بأنه « يبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع أضراراً به أو بغيره » وتنص المادة ١٨٤ من القانون **اللبناني** على أنه « يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محقق ولا مثار على النفس أو الملك ، أو نفس الغير أو ملكه » وقد سار على نهج القانون **اللبناني** القانون **السوري** في المادة ١٨٣ والقانون **الأردني** في المادة ٦٠ وتنص المادة ٥٦ من القانون **السوداني** على أنه « يكون للإنسان الحق في الدفاع الشرعي :

أولاً : عن جسمه أو جسم أى إنسان آخر ضد أية جريمة تؤثر في
against any affence offlcting the human body الجسم .

ثانياً : عن مال ثابت أو منقول مملوك له أو لغيره ضد أى فعل يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة theft أو النهب robbery أو الاتلاف Mischief أو التعدي الجنائي criminal trespass أو أى فعل من أفعال الشروع في ارتكاب هذه الجرائم ..

كما تقرر المادة ٣٢ من القانون **الكويتي** ، والمادة ٨٣ من القانون **المغربي** ، والمادة ٣٩ من القانون **الجزائري** مشروعية الدفاع عن نفس ومال الغير .

ولم يشذ عن هذا الإجماع غير القانون **التونسي** حيث نص في المادة ٣٩ على أنه « لا جريمة على من دفع صائلاً صير حياته أو حياة أحد من أقاربه معرضاً لخطر حاتم ولم تمكنه النجاة منه بوجه آخر . والأقارب هم :

أولاً : الأقارب من طبقة الأصول والفروع ..

ثانياً : الإخوة والأخوات ..

ثالثاً : الزوج والزوجة ..

أما إذا كان الشخص المعرض للخطر أجنبياً فللحاكم الاجتهاد في تحرير المسؤولية ، فالدفاع عن غير الأقارب الذين ذكرتهم المادة بعد ظروناً مخففاً للمسؤولية (١) .

وأما الطبيعة العامة للدفاع الشرعي بمعنى أنه يجوز بأية جريمة

(١) تعليقات محمد الطاهر السنوسي على المادة ٣٩ مشار إليه في أصول قانون العقوبات

في الدول العربية - المرجع السابق ص ٥٢ .

فتجتمع عليها التشريعات العربية حيث وردت أحكام الدفاع الشرعى فى القسم العام من تشريعاتها الجزائية ولم تشترط أن يكون بالضرب أو القتل ولم يخرج عن هذا الإجماع سوى القانون المصرى حيث سار على نهج المشرع الفرنسى ، فلم ينص على الدفاع الشرعى فى الأحكام العامة وإنما فى نهاية الباب الأول من الكتاب الثالث الذى يتناول القتل والجرح والضرب (المواد ٢٤٥ — ٢٥١) ، (١) على أن أعمال قواعد التفسير يؤدى الى القول بأن المشرع اذا كان يبيح القتل والجرح والضرب دفاعا ، فإنه من باب أولى يبيح ما دون ذلك من الجرائم متى كانت لازمة للدفاع ومتناسبة معه ، ولذلك يذهب الشراح والقضاء الى أن الدفاع الشرعى فى القانون المصرى والفرنسى يعتبر سببا عاما على عكس ما يفيدته ظاهر النصوص (٢) .

المبحث الثالث

آثار الدفاع الشرعى

عندما تتوافر شروط الاعتداء من حيث حلول خطره وعدم مشروعيه وشروط الدفاع بأن يكون لازما لرد الاعتداء ، ومتناسبا معه فإنه يترتب على ذلك أن تصبح الأفعال التى يأتيتها المدافع — وهى فى الأصل تعتبر جريمة — أفعالا مشروعة من ناحيتين الجنائية والمدنية أو كما يقول فقهاء الشريعة لا قود (٣) ولا ضمان .

ونتناول آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى فى مطلبين على التوالى :

المطلب الأول : آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى ..

المطلب الثانى : آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى ..

(١) ويبدو أن المشرع الفرنسى توجه الى تدارك هذا العيب فجاءت أحكام الدفاع الشرعى فى القسم العام من مشروع قانون العقوبات (المادة ٤٤) راجع تطبيقات على مشروع قانون العقوبات الفرنسى — استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — المرجع السابق — ص ٧٤ .

(٢) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية — المرجع السابق — ص ٥٣ ، أسباب الإباحة فى التشريعات العربية — الدكتور محمود نجيب حسنى — مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٢ — ص ٢٦ ، جارسون — المرجع السابق — المادة ٢٢٨ رقم ١.٩ ص ١٦٦ ،
J.A. Roux, cour de droit criminel Francis. I. § 56, P. 194.

نقض أول فبراير سنة ١٩٢٧ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء الرابع — رقم ٤٠ — ص ٣٦ .

(٣) القود : القصاص ..

المطلب الاول

آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

قرر الفقهاء اباحة افعال الدفاع التى ياتيها الموصول عليه — طالما كانت لازمة لرد خطر الاعتداء ومتناسبة معه — فاذا قتل الموصول عليه الصائل دفاعا عن نفسه أو عرضه أو ماله فان دمه يكون هدرا ، ومعنى ذلك عدم ترتب اية مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية واما من ناحية التعويض المدنى (الدية) فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم وجوب الدية بينما ذهب الاحناف الى وجوب الدية اذا كان المعتدى مجنونا أو غير مسئول عن جرائمه فى نفسه ، بحيث اذا قتل لا يجب عليه القصاص ..

ويتعلق بآثار الدفاع الشرعى بيان مدى مسئولية الشريك فى دفع خطر الاعتداء ، وكذلك مدى مسئولية المدافع عند اصابته أثناء الدفاع حق الغير بالضرر ..

ونتناول هذه النقاط بالبحث على التوالى : —

الاثار الجنائية للدفاع الشرعى :

يقرر الفقه الاسلامى اباحة افعال الدفاع التى ياتيها الموصول عليه درءا لخطر الاعتداء متى كانت لازمة لمواجهة هذا الخطر . وظلت فى الحدود المناسبة لدفعه .

ويعبر الفقهاء عن ذلك بقولهم « فلا شئ عليه ، يقصدون لا شئ على المدافع ، أو بقولهم « فلا قصاص عليه » ، وعدم القصاص من المدافع هو ما يجمع عليه الفقهاء وفى ذلك يقول الحطاب « ولم يقل احد بالقصاص فيما علمت » ، ونفصل فيما يلى أقوال فقهاء المذاهب ..

ففى المذهب الشافعى يهدر دم الصائل اذا اقيمت البينة على صياله فقد جاء فى الام « قال الشافعى وكذلك اذا دخل فسطاطه فى بادية فيه حرمه أو لا حرم له فيه أو خزانته وان لم يكن فيها حرمه اذا رأى أنه يريد ماله أو نفسه أو الفسق وهكذا ان اراد دخول منزله

أو كابره عليه قال الشافعى وسواء كان الداخل يعرف بسرقة أو فسق أو لا يعرف به قال ولا يصدق على ذلك القاتل أن قتل ولا الجارح أن جرح الا ببينة بقيمها فان لم يقيم بينه أعطى منه القود ، ولو جاء ببينة فشهدوا انهم راوا هذا مقبلا الى هذا بسلاح شاهره ولم يريدوا على ذلك فضربه هذا فقتله أهدرته « (١) .

وعند **الحنابلة** يهدر دم الصائل لدفع عدوانه يقول ابن قدامة « فاما ان لم يمكنه دفعه الا بالقتل أو خاف ان يبدره بالقتل ان لم يقتله فله ضربه بما قتله أو يقطع طرفه أو اتلف منه فهو هدر لانه تلف لدفع شره فلم يضمن كالباغى « (٢) .

ويرى **الأحناف** عدم مسئولية من يدفع صائلا فقد جاء فى واقعات المفتين « رجلا رأى رجلا يزنى بأمراته أو بامرأة آخر وهو محصن فصاح به فلم يهرب ولم يمتنع عن الزنا فقتله لا شئ عليه « (٣) وعن اثر الدفاع عن المال عند الأحناف جاء فى الفتاوى الهندية « اللص اذا دخل دار رجل فعلم به صاحب الدار وعلم انه لا يقدر ان يأخذه بيده له قتله سواء دخل عليه مكابرة أو غير مكابرة رهو يريد ان يسرق ماله فقتله فلا قود عليه « (٤) ..

ويرى المالكية عدم مسئولية المصول عليه جنائيا عن الافعال التى ياتىها دفعا للصيال. فقد جاء فى تبصرة الحكام « فى حكم الذى يجد مع امراته رجلا أو فى بينه سارقا فيقاتلها وفى مختصر الواضحة قال ابن حبيب وسمعت ابن الماحشون يقول وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه هل عليه قصاص فقال لا وهو جبار لا شئ عليه فيها دون النفس فان قتله كان عليه القود الا ان يكون معه شهود على دخول الفرج فى الفرج فلا يكون عليه قود « (٥) .
والخلاصة ان الفقه الاسلامى يجمع على اباحة الافعال التى باتىها

(١) الام - طبعة الشعب - ١٩٦٨ الجزء السادس ص ٢٨ وراجع عند الشافعية - المحلى على منهاج الطالبين - على هامش قياوى وعميرة - الجزء الرابع - ص ٢٠٨ كفاية الاخيار - الجزء الثانى ص ١٢٠ ، منهاج الطالبين ص ١٢٥ ، اسنى الطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٩ .

(٢) المفتى - الجزء الثامن ص ٣٣٠ ، وراجع عند الحنابلة زاد المساد - الجزء الرابع ص ١١٢ ، متنبه الارادات - القسم الثانى - ص ٤٩٣ .

(٣) واقعات المفتين - ص ٦٣ .

(٤) الفتاوى الهندية - الجزء الثانى - ص ١٧٥ .

(٥) تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومنهاج الاحكام - الجزء الثانى - ص ١٨٥ .

الموصول عليه لمواجهة اعتداء الصائل طالما ظلت فى الحدود المشروعة للدفاع ومن ثم لا تترتب على الموصول عليه اية مسئولية من الناحية الجنائية ..

آثار المدنية للدفاع الشرعى :

إذا كان الفقهاء قد اجمعوا — كما رأينا — على عدم مسئولية الموصول عليه عن الافعال التى يأتيتها لمواجهة خطر اعتداء الصائل من الناحية الجنائية ، فقد اختلفوا فى مسئولية المدافع عن هذه الافعال من الناحية المدنية او كما يقول الفقهاء من حيث الضمان ، فذهب جمهور الفقهاء الى عدم الضمان « الدية » وقال الحنفية بوجوب الضمان « الدية » إذا كان المعتدى مجنونا او صغيرا غير مسئول عن افعاله ، كما حكى الضمان عن مالك وابن أبى ليلى وفى ذلك يقول ابن قدامة « ولو عض رجل يد آخر فله جذبها من فيه فان جذبها فوقعت ثنايا العاض فلا ضمان فيها ، وبهذا قال ابو حنيفة والثانعى وروى سعيد عن هشيم عن محمد عبد الله ان رجلا عض رجلا فانزع يده من فيه فسقط بعض أسنان العاض فاختمصا الى شريح فقال شريح انزع يدك من فى السبع وابطل أسنانه ، وحكى عن مالك وابن أبى ليلى عليه الضمان لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فى السن خمس من الابل » (١) ويستدل القائلون بوجوب الضمان « الدية » بالادلة الاتية : — (٢)

١ — الدفاع عن النفس الذى يؤدى الى القتل يأخذ معنى القصاص ، وغير المسئول لا يجب عليه القصاص اذا قتل ، ومن ثم فان دمه لا يكون مباحا بل معصوم ..

٢ — تشبيه المدافع عن نفسه بالمضطر الى اكل مال الغير خوف الموت جوعا ، فالاكل يكون واجبا ولكن يجب عليه تعويض صاحب الطعام عما اكل ، فالاكل وان اعتبر حقا لمن اكل الا ان هذا الحق لا يمنع من تعويض صاحب الطعام والمدافع حكمة حكم المضطر الى الطعام ..

(١) المفنى — الجزء الثامن — ص ٢٢٢ ، ٢٢٤ .

(٢) راجع فى أدلة الفريقين انوار البروق فى انواء الفروق — الفرائى — الطبعة الاولى ١٣٤٦ هـ — الجزء الرابع — ص ١٨٥ ، الضمان فى الفقه الاسلامى لاستاذنا المغفور له الشيخ على الخفيف — القسم الاول — ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، العقوبة لاستاذنا المغفور له الشيخ محمد ابو زهرة — ص ٤٧٩ ، ٤٨٠ .

(م ٢١ — الدفاع الشرعى)

٣ - ان غير المسئول لا يباح دمه ، ولا يمكن ان يكون اعتدائه قد اباح دمه .

٤ - واستدلوا اخيرا بقول النبی صلى الله عليه وسلم « فی المسن خمس من الابل » .

وقد رد القائلون بعدم مسئولية المصول عليه المدنية وبعبارة اخرى بعدم وجوب الضمان هذه الادلة بما يلي : -

١ - القتل دفعا للصيال لا يعتبر قصاصا من كل وجه ولكنه في معنى القصاص رد الاعتداء بمثله ، ولا شك ان صورة الاعتداء قد وقعت ولا منجاة للمصول عليه الا اذا قتل المعتدى ، فهو مضطر الى القتل ، وليس مختارا فيه ، ولا ضمان لانه فعل مضطر ...

٢ - اضطرار المصول عليه الى القتل دفعا للصيال يخالف الاضطرار الى الطعام ، لان الاضطرار الى الطعام من ذات المضطر ، لا من امر خارج ، والاتلاف الذى يسببه الاضطرار الى الطعام هو اتلاف الطعام ، والطعام لا يقع منه اعتداء يوجد الاضطرار ، وهو قابل للتعويض وبأكمله يزول الاضطرار ، وتبقى حرمة المال ثابتة فيجب التعويض ، وهذا يخالف الاضطرار الى القتل ، لان المقتول هو الذى اوجد حالة الاضطرار ، تفقد العصبة ، ويكون تعويضه عن صورة الجريمة التى وقعت منه ، غير ان التعويض سيكون مستحقا لعاقلته وهى مسئولة عن تركه يعيث في الارض فسادا ..

٣ - القول بأن غير المسئول كالمجنون والصغير لقصورهم ليس لهم ان يبيعوا دمهم ، وهم لو رضوا بذلك لم يكن لرضاهم قبول او اعتبار غير صحيح لان البالغ ليس له ايضا ان يبيع دمه ، وليس للرضا دخل في القتل دفعا عن النفس ، وانما هو دفع لحال واقعة ، وانقاذا للنفس من الخطر الداهم .

٤ - روى يعلى بن امية قال كان لى اجيرا فقاتل انسانا فعض احدهما يد الآخر قال فانتزع العضوض يده من فى العاض فانتزع احدى ثنيتية فاتى النبی صلى الله عليه وسلم فاهدرثيته فحسبت انه قال قال النبی صلى الله عليه وسلم « أفيدع يده فى فيك تقضمها فضم الفحل ؟ متفق عليه ولانه عضو تلف ضرورة دفع شر صاحبه فلم يضمن كما لو صال عليه فلم يمكنه دفعه الا بقطع عضوه ، واما حديث « فى

السن خمس من الابل « فيدل على دية السن اذا قطعت ظلما وهذه لم تقطع وسواء اكان المعضوض ظلما او مظلوما لان العض محرم » (١)

والرأى عندى :

انه يمكن الجمع بين ادلة الفريقين فتكون ادلة الفريق القائل بالضمنان فى حالة تجاوز المصول عليه حدود الدفاع الشرعى ، أما ادلة القائلين بعدم الضمان فيعمل بها عندما لا يتجاوز المصول عليه الحدود المقررة للدفاع الشرعى (٢) وبذلك نكون قد اعملنا الاحاديث المروية عن الرسول صلى الله عليه وسلم كل فى نطاق تطبيقه ودون اغفال لقول من اقواله عليه افضل الصلاة وازكى السلام .

اشتراك الغير فى الدفاع الشرعى :

من المسائل التى يتناولها شراح القانون الوضعى مساهمة الغير فى الدفاع كاعطاء السلاح للمصول عليه ، او تعبئة السلاح بالطلقات ليتمكن المصول عليه من رد الاعتداء ، او شل حركة الصائل ليتمكن المصول عليه من درء خطره ، واذا كان الفقه الاسلامى - كما سبق ان راينا - يبيح أعمال الدفاع التى ياتىها الغير دفاعا عن المصول عليه فان مما لا ريب فيه ان افعال الاشتراك فى الدفاع كما فى الامثلة التى ضربناها تأخذ حكم الدفاع عن الغير من حيث المشروعية (٣) .

اصابة المدافع حق الغير بالضرر :

قد يصيب المصول عليه اثناء قيامه بأفعال الدفاع حق الغير بالضرر ومثال ذلك ان يخطئ المصول عليه فى توجيه فعل الدفاع وبدلا من ان يصيب الصائل يصيب شخصا آخر يتصادف مروره قرب مكان الاعتداء ، ويفرق شراح القانون الوضعى بين اصابة الغير باهمال من المصول عليه واصابته دون اهمال منه وقد تعرض الحنابلة لجزئية فى هذا الخصوص هى اتلاف ملك الغير فى سبيل القيام بأفعال الدفاع ، فقد جاء فى منتهى الارادات « ومن اضطر الى طعام غير مضطر او شرابه ، فطلبه فمنعه حتى مات ، او أخذ طعام غيره أو شرابه وهو عاجز فثلف أو دابته أو

(١) الفنى لابن قدامة - الطبعة الثالثة ١٢٦٧ هـ - الجزء الثامن - ص ٢٢٤ .

(٢) راجع الفصل التالى فى تجاوز حدود الدفاع الشرعى - ص ٢٢٢ .

(٣) راجع فى نفس المعنى - نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم -

هامش ص ٢٢٢ .

أخذ منه ما يدفع صائلا عليه ، من سبع ونحوه فاهلكه ضمنه » (١) .

وعليه يمكن القول ان المصول عليه يضمن ما يصيب الغير من ضرر من جراء أفعال الدفاع التى يقوم بها درءا للعدوان ، وسواء كان ذلك باهمال من المدافع أم بغير اهمال منه ، لأن القاعدة العامة فى الشريعة الاسلامية عصمة الانفس والأعراض والأموال ، وفى الحديث الصحيح يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « فان الله تبارك وتعالى قد حرم دماءكم وأموالكم وأعراضكم الا بحقها كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا » (٢) .

وهذا الغير الذى اصاب بالضرر وهو برىء لم يرتكب اعتداء لا يمكن اهدار حقه فى الضمان ولو كان ما أصابه من ضرر دون اهمال أو عدم احتياط من المصول عليه اثناء قيامه بأفعال الدفاع (٣) .

المطلب الثانى

آثار الدفاع الشرعى فى المفعلة الوضعى

عندما تتوافر اركان الدفاع الشرعى ، وشروط كل ركن فانه ينبنى على ذلك ان يعتبر ما يأتبه المدافع من أفعال مباحا فلا تتوجب عليه مسئولية جنائية أو مسئولية مدنية (٤) ، ونعرض على التوالى للآثار الجنائية والمدنية للدفاع الشرعى ، وآراء شراح القانون الوضعى فى مساهمة الغير فى أفعال الدفاع ، ومسئولية المدافع عما يصيب الغير من جراء هذه الأفعال .

الآثار الجنائية للدفاع الشرعى :

إذا توافرت اركان الدفاع وشروط كل ركن ، ولم يتجاوز المصول عليه حدود الدفاع فان أفعال الدفاع التى يأتبها لدرء خطر الاعتداء

(١) منتهى الإرادات - القسم الثانى - ص ٤٢٦ .

(٢) صحيح البخارى - الجزء الثامن - طبعة كتاب الشعب - ص ١٩٨ .

(٣) راجع آراء شراح القانون الوضعى ما يلى ص ٣٢٨ .

(٤) فى المسئولية الجنائية - الدكتور محمد مصطفى القللى - ص ٣٤٧ ، محاضرات من النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى - للدكتور عثمان الخطيب - ص ١٢٦ .

وهى فى الاصل جريمة — تعتبر مبررة تبريرا تاما ولا ترتب اية مسؤولية من الناحية الجنائية (١) .

وهذا التبرير لافعال المدافع من الناحية الجنائية هو ما تجمع عليه التشريعات العربية .. **فالقانون المصرى** ينص فى المادة ٢٤٥ على انه « لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره او اصابه بجراح او ضربه اثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه او ماله او عن نفس غيره او ماله » ويعبر فى المواد التالية بكلمة « يبيع » وينص **القانون الاردنى** فى المادة ٥٩ على ان الفعل المرتكب فى ممارسة حق دون اساءة استعماله لا يعد جريمة — ويعد ممارسة لحق وفقا للمادة ٦٠ كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محقق ولا مثار على النفس او المال او نفس الغير او ماله ، وهو ما نصت عليه المادتان ١٨٢ ، ١٨٣ من القانون انسورى والمادتان ١٨٣ ، ١٨٤ من القانون اللبنانى . وتنص المادة ٢٢ من القانون الكويتى على انه « لا جريمة اذا ارتكب الفعل دفاعا ، كما تنص المادة ٤٢ من القانون العراقى على انه لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق الدفاع الشرعى » . اما القانون الليبى فانه يعبر فى المادة ٧٠ بقوله لا عقاب اذا ارتكب الفعل اثناء استعمال حق الدفاع الشرعى ، غير ان هذا التعبير لا يجعل الدفاع الشرعى فى القانون الليبى مانعا من موانع العقاب حيث جاء فى صدر الفقرة الثانية من المادة المذكورة انه يبيع هذا الحق للشخص ارتكاب .. « وصدرت المادة ٣٩ من القانون التونسى بعبارة لا جريمة على من دفع ، وفى قانون البحرين جاءت احكام الدفاع الشرعى تحت عنوان حق الدفاع (المادة ٣٢) .

ولما كانت افعال الدفاع التى ياتىها المدافع تعتبر مبررة من الناحية الجنائية تبريرا تاما ، فانه يتعين على النيابة العامة حفظ الاوراق لعدم الجنائية (المادة ٦١ من قانون الاجراءات الجنائية المصرى) . واذا كانت النيابة العامة قد اجرت تحقيقا فى الواقعة اصدرت قرارا بالاوجه لاقامة الدعوى لان الواقعة لا يعاقب عليها القانون (المادتان ١٥٤ ، ٢٠٩ من قانون الاجراءات الجنائية المصرى) .

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢١٠ ، الدكتور محمود نجيب حسنى القسم العام (المصرى) — ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، الدكتور روف عبيد القسم العام — ص ٥٦٦ ، الدكتور حسن صادق المصفاوى — قواعد المسؤولية الجنائية فى التشريعات العربية — ص ١٧٤ ، الدكتور احمد عبد العزيز الاثلى — شرح قانون العقوبات الليبى — القسم العام — ص ١٨٨ ، ١٨٩ ، الدكتور مامون سلامة — القسم العام — ص ٢٢٩ ، الدكتور احمد فتحى سرور — القسم العام — ص ٢٨٥ .

واذا رفعت الدعوى امام المحكمة الجنائية وجب عليها ان تقضى بالبراءة ومن تلقاء نفسها اذا استبان لها من الوقائع ان المتهم قدتوفرت بالنسبة له شروط الدفاع (١) .

الآثار المدنية للدفاع الشرعى :

تنص المادة ١٦٦ من القانون المدنى المصرى على ان « من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه او ماله او عن نفس الغير او ماله كان غير مسئول ، على الا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » ويقابل هذا النص فى التشريعات المدنية العربية المادة ١٦٧ من القانون السورى والمادة ١٦٩ من القانون الليبى والمادة ٢١٢ فقرة ثانية من القانون العراقى والمادة ١٠٤ من القانون التونسى والمادة ٩٥ من القانون المغربى » (٢) .

وقد تناقشت لجنة مراجعة المشروع التمهيدي للقانون المصرى فيما هو الدفاع الشرعى المنصوص عليه فى هذه المادة واستقر الرأى على ان الدفاع الشرعى هو المحدد بشروطه فى القانون الجنائى (٣) .
ويجمع الفقه العربى على انه يترتب على توافر اركان الدفاع الشرعى وشروطه عدم مسئولية المدافع عن الأضرار التى يحدثها بالمدعى لأن أفعال الدفاع تعتبر مباحة وينتفى عنها صفة الخطأ وعدم المشروعية طالما ظلت فى الحدود اللازمة لدرء خطر الاعتداء (٤) .

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٤٣ ، نقض ٢٣ أكتوبر ١٩٥٦ - السنة السابعة رقم ٢٩٢ ص ١٠٦٥ ، نقض ١٧ مارس ١٩٥٨ - السنة التاسعة رقم ٨٥ ص ٣٠٥ ، نقض ١٠ يونيو ١٩٦٣ - السنة الرابعة عشر - رقم ٩٧ ص ٤٩٦ .
(٢) المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية - القسم الاول - الاحكام العامة - الدكتور سليمان مرقس - معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١ ص ٢٨١ ، الوسيط فى شرح القانون المدنى - الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهورى - الجزء الاول - نظرية الالتزام بوجه عام - الطبعة الثانية دار النهضة العربية ١٩٦٤ هامش ص ٨٩٣ .
(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية - الجزء الثانى - ص ٣٦٩ - ٣٧٢ ، الوسيط - الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الجزء الاول - المرجع السابق - ص ٨٩٢ فى المسئولية المدنية - الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٨٢٢ ، الفعل الموجب للضمان فى الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه - الدكتور محمد فاروق بدوى المكام - مطبوعة على الآلة النسخة - ص ١٥٥ .
(٤) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الاول ص ٨٩٣ ، المسئولية المدنية ، الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٢٨ ، مصادر الالتزام - الدكتور اسماعيل غانم - ١٩٦٨ - ص ٤٢٢ .

(٤) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الاول ص ٨٩٣ ، المسئولية المدنية ، الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٢٨ ، مصادر الالتزام - الدكتور اسماعيل غانم - ١٩٦٨ - ص ٤٢٢ .

وذهب رأى في فرنسا الى ان درجات الدفاع الشرعى متعددة ومن الجائز ان يبرر الدفاع جنائيا ولكن يكون هناك خطأ مدنى يستوجب التعويض (١) .

وهذا الرأى — كما قيل بحق — لا يمكن التسليم به فما دامت المحكمة الجنائية لم تر ان المتهم قد تعدى حدود الدفاع الشرعى لابسوء نية ولا بحسن نية فليس هناك محل مطلقا للحكم بالتعويض (٢) .
اما لو تجاوز المدافع الحدود المقررة للدفاع فلا شك — كما سنرى — فى مسئوليته عن هذا التجاوز (٣) .

مساهمة الغير فى الدفاع الشرعى :

لما كان الدفاع الشرعى من أسباب الاباحة المطلقة ، فان آثاره الجنائية والمدنية لا تقتصر على الفاعل الاصلى ، وانما يستفيد من نوافر شروط الدفاع ، كل من يساهم فيه ، وسواء كانت هذه المساهمة بطريقة أصلية او تبعية (٤) ، فيستطيع ان يدرا عن نفسه المسئولية استنادا للدفاع الشرعى من يبعد الخطر عن الغير ، ومن يساعد فى تعطيل حركة المعتدى ليتمكن من درء خطره ، وكذلك من يعطى سلاحا لمن يدافع به عن نفسه ، فكل هؤلاء يستفيدون من الاباحة (٥) .
واستنادا على أن الدفاع الشرعى سبب مطلق (٦) يستفيد من قيامه الغير فان فى وسع هذا الغير ان يحتج بسبب اباحة خاص به تنصب على فعله مباشرة (٧) .

-
- (١) رسالة الإثبات — أحمد نشأت — الطبعة السابعة — دار الفكر العربى — ١٩٧٢ — الجزء الثانى — ص ٢٧٦ والمراجع التى أشار اليها .
(٢) رسالة الإثبات — أحمد نشأت — المرجع السابق الجزء الثانى — ص ٢٧٦ .
(٣) راجع ما يلى فى تجاوز حدود الدفاع الشرعى — ص ٣٣٢ .
(٤) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢١ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٣ ، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى — الدكتور عدنان الخطيب — ص ١٢٦ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية — الدكتور حسن صادق الرصافوى ، ص ١٧٤ .
(٥) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢١ ، شرح قانون العقوبات الليبى — الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى ص ١٨٩ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى — القسم العام — ص ١٧٢ .
(٦) راجع ما سبق ص ٣١٦ .
(٧) الدكتور محمود نجيب حنتى — القسم العام (المصرى) ص ٢٢٦ ، اللبثانى ص ٢٤٠ .

اصابة المدافع حق الغير بالضرر :

قد يصيب المدافع أثناء قيامه بأفعال الدفاع شخصا آخر غير المراد درء عدوانه ، ومثال ذلك أن يتعرض شخص لاعتداء في الظلام فيطلق النار على من يسير خلفه معتقدا انه المعتدى بينما يكون المعتدى قد فر (١) ، وقد يخطئ المدافع في توجيه أفعال الدفاع فيحاول اصابة المعتدى ولعدم دقته في اصابة الهدف يصيب شخصا آخر تصادف مروره في محل الاعتداء (٢) .

ويعتبر المثال الاول غلطا في الشخص *erreur sur la personne*

ويعد المثال الثاني خطأ في توجيه الفعل *Fausse direction*

ويذهب جمهور الشراح الى ان حكم القانون في الحالتين واحد وهو التفرقة بين حالة اصابة المدافع حق الغير بسبب خطئه غير العمدى ، فيسأل المدافع عن جريمة غير عمدية ، وحالة ما اذا ثبت ان المدافع قد بذل كل العناية والاحتياط لاصابة المعتدى وحده ولكنه لاسباب خارجة عن ارادته ولا سيطرة له عليها حدثت اصابة الغير وفي هذه الحالة يكون فعل المدافع مباحا ولا يرتب مسئولية (٣) .

وذهب رأى في الفقه المصرى الى ان ما ذهب اليه جمهور الشراح محل نظر لان الاباحة تستند الى سقوط الحماية الجنائية عن مصلحة المعتدى بسبب اعتدائه ولذلك فان الدفاع الشرعى الذى يبيح فصل المدافع هو فقط الذى يؤدي الى الاضرار بمصلحة المعتدى، اما المدافع الذى يصيب حقا للغير أثناء ممارسة حقه في الدفاع سواء لفظ فى الشخص أو لخطأ في توجيه الفعل انما يحقق سلوكا غير مشروع جنائيا ،

(١) جارسون - المرجع السابق - المادة ٣٢٨ - رقم ٦٦ - ص ١٦٢ .

(٢) جارسون - المرجع السابق - المادة ٣٢٨ - رقم ٦٥ - ص ١٦٢ .

(٣) جارسون - المرجع السابق - المادة ٣٢٨ - رقم ٥٨ وما بعدها - ص ١٦١

وما بعدها جرانفولان - المرجع السابق - الجزء الثانى - رقم ١٦١٩ هامش رقم (١) ،
رو - المرجع السابق ص ١٩٣ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢١٠ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٣٦ ، شرح قانون العقوبات الليبي - الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى - ص ١٨٩ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى - القسم العام - ص ١٧٤ . الدكتور أحمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٨٦ ، احالة نظما ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية - السنة الرابعة عشر رقم ١١ ص ١٨ ، الحقوق - السنة ٢٩ - ص ٨٥ .

غير أن هذا الرأي يقترب في النتيجة التطبيقية من رأى جمهور الشراح حيث ينتهى الى أن مسئولية المدافع الجنائية من اصابة حق الغير تتوقف على مدى امكان نسبة الخطأ اليه من عدمه ، فاذا كان المدافع قد تصرف باهمال ورعونة وعدم احتياط فأصاب حقا للغير فانه يكون مسئولا عن فعله مسئولية غير عمدية (١) .

هذا عن اصابة المدافع حق الغير بغير تعمد للفعل وانما لغلط في موضوع الفعل او خطأ في توجيهه ، ويثور التساؤل عن مسئولية المدافع اذا اصاب حق الغير عن قصد وتعمد . ومثال ذلك أن يستولى المدافع على طلقات نارية مملوكة للغير يعبى بها سلاحه ، أو أن يتلف شجرة مملوكة للغير كى يحصل على عصا تكون أداته في الدفاع ، والدفاع الشرعى لا يبيح مثل هذه الأفعال (٢) . لأنها غير لازمة لرد الاعتداء حيث انها لم توجه الى مصدر الخطر وهو المعتدى (٣) . وانما وجهت الى شخص آخر لا علاقة له بخطر الاعتداء المحذوق بالمدافع . ويستطيع المدافع فى مثل هذه الاحوال أن يحتج بحالة الضرورة اذا توافرت شروطها وأهمها أن يكون الخطر جسيما ومهددا للنفس (٤) .

خاتمة البحث :

آثار الدفاع الشرعى بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى :

تناولنا فى فرعين على التوالى آثار الدفاع الشرعى الجنائية والمدنية فى كل من الفقه الإسلامى والفقه الوضعى ، ويمكن القول انه لا خلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بالآثار الجنائية للدفاع فكلاهما يقرر مشروعية أفعال الدفاع ، وانتفاء المسئولية الجنائية عن المدافع متى كانت هذه الأفعال لازمة لدرء خطر العدوان ، وظلت متناسبة مع درء هذا الخطر .

وأما عن الآثار المدنية فقد رأينا التشريعات الوضعية تقرر عدم المسئولية المدنية عند توافر شروط الدفاع الشرعى وفقا للقانون

(١) الدكتور مامون سلامة - القسم العام - ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٣٧ ، شرح

قانون العقوبات الجزائرى - الدكتور رضا فرج - ص ١٧٤ .

(٣) راجع ما سبق - ص ٢٣٣ ، ٢٤٤ .

(٤) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٣٧ ، (اللبناني)

ص ٢٤٢ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى - المرجع السابق - ص ١٧٤ .

الجنائي بينما اختلف الفقه الاسلامى فى موضوع المسؤولية المدنية (الضمان) عن افعال الدفاع التى يأتياها المصل عليه لمواجهة خطر عدوان الصائل فذهب الجمهور الى نفي الضمان « المسؤولية المدنية » بينما اتجه البعض الى ايجاب الضمان عن افعال الدفاع، وراى الجمهور يتفق مع ما تأخذ به التشريعات المدنية فى الدول العربية .

والواقع ان وجهة النظر التى انتهينا اليها ومؤداها امكان الجمع بين ادلة الفريقين واعمال ادلة القائلين بعدم الضمان فى حالة عدم تجاوز المصول عليه حدود الدفاع المشروع ، والاخذ بأدلة القائلين بالضمان متى تجاوز المصول عليه الحدود المشروعة للدفاع ، تزيل الخلاف بين القائلين بالضمان فى الفقه الاسلامى والمجمع عليه عند شرح القانون الوضعى ، لان من المتفق عليه — كما سنفى — عند هؤلاء الشراح ثبوت المسؤولية المدنية عند تجاوز المعتدى عليه حدود الدفاع (١) .

ولا خلاف بين الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى فى شرعية اشتراك الغير فى افعال الدفاع اللازمة لدرء خطر العدوان .

واما فيما يتعلق بمسئولية المدافع عن اصابة حق الغير بضرر من جراء افعال الدفاع ، فقد رأينا ان الحنابلة تناولوا مسألة اخذ المصول عليه من الغير ما يدفع به الصائل وانتهوا الى تضمين المصول عليه لما اخذ ، وهذا يتفق مع ما يقرره شراح القانون الوضعى من حيث مسؤولية المدافع العمدية عندما يستولى على سلاح الغير ليصد به الاعتداء ، واما التفرقة بين مسؤولية المدافع عند اصابة حق الغير دون تعمد ، والقول بمسئوليته اذا اصاب حق الغير باهمال وعدم احتياط مسؤولية غير عمدية فهو يتفق مع ما تقرره الشريعة الاسلامية من قواعد الخطأ الذى يودى الى القتل او الجرح ، او الاضرار بالغير حيث تنتفى المسؤولية عن جريمة عمدية وبسأل الفاعل عن جريمة غير عمدية ، واما ما يراه جمهور شراح القانون الوضعى من اعتبار فعل المدافع الذى يصيب الغير مباحا ما دام قد ثبت أنه قد راعى الحيطة والحرص والعناية الواجبة ، فهو لا يتفق مع المبادئ العامة فى الشريعة الاسلامية التى تقرر حرمة النفس والاعراض والاموال ، واهدار دم الصائل انها كان — فى — رأينا — لبطلان عصمته — فعلى أى أساس يمكن القول

(١) راجع ما يلى فى آثار تجاوز حدود الدفاع الشرعى ص ٣٥٧ .

باباحة أفعال المدافع التي تصيب هذا الغير البريء ، وما علاقة هذا الغير البريء بتوافر شروط الدفاع الشرعى أو عدم توافرها ، وما دخله في أن المدافع قد بذل العناية والحرص أثناء قيامه بالدفاع أو أن أفعاله كانت بسبب رعونته أو عدم احتياطه أن الأخذ بما يقرره شراح القانون الوضعى يؤدى الى ضياع دماء الأبرياء . وهو ما ترفضه الشريعة الغراء رفضا تاما ، حقيقة أن المصوّل عليه إذا أصاب الغير فقتله لخطأ في شخصية الصائل لا يكون عليه المقصاص شرعا لعدم توافر القصد الجنائى ، ولكن تجب العقوبة المقررة شرعا لقتل الخطأ وهى الدية وهو نفس الحكم الذى يجب الأخذ به فى حالة إصابة الغير بضرر ولو ثبت أن المدافع قد اتخذ الاحتياط الواجب لان الحرص والاحتياط لا يؤثر فى حقوق الغير الأبرياء وهذا لا يتعارض مع القول بأن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية ، لان أسباب الإباحة — كما ذهب الى ذلك أحد فقهاء القانون الوضعى فى مصر — تستند الى سقوط الحماية الجنائية عن مصلحة المعتدى بسبب عدوانه (١) ، أما اذا كان المدافع قد اعتدى بسلوكه على مصلحة آخر برىء ، سواء لغلط فى الشخص أو خطأ فى توجيه الفعل فليس هناك من مبرر قانونى لإباحة هذا الدفاع الذى تحقق فى غير موضعه .

الفصل الثانى

تجاوز حدود الدفاع الشرعى

اذا توافرت شروط الاعتداء من حيث حلول خطره ، وعدم مشروعيته وشروط الدفاع من حيث لزومه لدرء خطر العدوان ، وتناسبه مع هذا الخطر كانت الافعال التى يأتىها المدافع مشروعة وانتفت عنه المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية على السواء .

غير ان الامور لا تسير دوما على هذا النحو فقد تتوفر شروط الاعتداء وشرط لزوم الدفاع لمواجهة الخطر ، ولكن المدافع لا يقتصر فى افعال الدفاع على القدر المناسب لدفع الخطر وانما يسترسل فى هذه الافعال الى حد الافراط وفى هذه الحال لا يمكن انكار ان المعتدى عليه كان يدفع دفاعا مشروعا بالنسبة للافعال التى تدخل دائرة التناسب ومن ثم دائرة المشروعية اما افعال الدفاع التى تخرج عن دائرة التناسب فانها تكون بالتالى خارجة عن دائرة المشروعية ويسأل عنها المدافع من الناحيتين الجنائية والمدنية لانه تجاوز حدود الدفاع الشرعى ..

ويثير التجاوز العديد من التساؤلات التى تتعلق بماهيته ومعياره وآثاره الجنائية والمدنية ، وموقف الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى من الاجابة على هذه التساؤلات .

وعليه نقسم الدراسة الى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الاول : ماهية التجاوز ومعياره

المبحث الثانى : آثار التجاوز

المبحث الاول

ماهية التجاوز ومعياره

التجاوز لغة هو الافراط ، جاء فى القاموس تجاوز عنه اغضى وفيه افراط (١) . وفى الاصطلاح يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعى ان يستخدم المعتدى عليه (المدافع) قدرا من القوة يزيد عن القدر الكافى

(١) القاموس المحيظ - الجزء الثانى - ص ١٧٠ .

لدرء خطر العدوان ، وقد تحدث الفقهاء عن مسئولية المصول عليه اذا تجاوز الحدود المشروعة في الدفاع . ومن خلال اقوالهم يمكن استخلاص نظرية عامة في ماهية التجاوز ومعياره . واما شراح القانون الوضعي فقد اهتموا اهتماما كبيرا ببحث تجاوز حدود الدفاع الشرعى من حيث المقصود به ومعياره وشروطه ..

وعليه ينقسم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالى :

المطلب الاول : ماهية التجاوز ومعياره فى الفقه الاسلامى .

المطلب الثانى : ماهية التجاوز ومعياره فى الفقه الوضعى .

المطلب الاول

ماهية التجاوز ومعياره فى الفقه الاسلامى

رأينا — فيما سبق — أن الفقهاء يوجبون ان تتناسب أفعال الدفاع مع خطر الاعتداء ، أو كما يقولون أن يكون دفاع المصول عليه بالاسهل فالاسهل (١) . وكل زيادة يأتياها المدافع تعتبر تجاوزا غير مشروع على أن يوضع فى الاعتبار ظروف المعتدى عليه . وملابسات الاعتداء من حيث الزمان والمكان .

ومن عبارات الفقهاء يمكن القول بأن التجاوز يتحقق اذا استعمل المصول عليه القدر الجسيم من القوة مع كفاية القدر اليسير — فى الظروف التى وجد فيها — لمقاومة خطر اعتداء الصائل .

نعمند الاحناف يقول الكاسانى « فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل .. فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله .. وكذا اذا شهر عليه العصا ليلا لأن الفوئ لا يلحق بالليل عادة سواء كا فى المفازة أو فى المصر وان اشهر عليه نهارا فى المصر لا يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة بالناس » (٢) .

(١) راجع عبارات فقهاء المذاهب التى اوردها عند تناول موضوع معنى التناسب ومعياره فى الفقه الاسلامى — ص ٢٥٠ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع — الجزء السابع — ص ٩٢ ، راجع ايضا تكملة البحر الرائق الطوى — الجزء الثامن — ص ٢٤٥ ، تكملة فتح القدير وحاشية سعدى دابى — الجزء الثامن — ص ٢٦٩ .

ومعنى ذلك ان خطر الاعتداء بالقتل — عند الاحناف — لا يبيح للمصول عليه القتل ما دام فى امكانه مقاومة الصيال بما هو دون القتل فان ارتكب القتل — رغم ذلك — فانه يكون متجاوزا لحدود الدفاع المشروع لان القتل فى هذه الحال لا يكون من ضرورات الدفع ..

وعند الشافعية يكون الدفع بالوسيلة الاخف فالاخف ، فان امكن بالقول او الصياح او الاستفائه لا يباح الضرب ، فان كان الصائل لا يندفع الا بالضرب ابيح له مع مراعاة الترتيب ، فان كان الصائل يندفع بضربه من اليد لم يكن للمصول عليه ان يضربه بالسوط (١) ، وفائدة هذا الترتيب عند الشافعية كما جاء فى معنى المحتاج « انه متى خالف وعدل الى رتبة مع امكان الاكتفاء بما دونها ضمن » (٢) .

ويتضح من هذه العبارة ان التجاوز عند الشافعية يتحقق اذا كان فى مكنة المصول عليه ان يدرا عدوان الصائل بقوة اخف فليجأ الى قوة اشد لا يستلزمها الدفاع ..

وعند الحنابلة يسأل المصول عليه عما يأتية من افعال الدفاع زيادة على ما يقتضيه دفع لاعتداء ، يقول ابن قدامة « وان ضربه ضربة عطلته لم يكن له ان يثنى عليه لانه كفى شره ، وان ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص او الدية لانه فى حالة لا يجوز له ضربه » (٣) .

كما جاء فى كشف القناع « وان ضربه فقطع يمينه فولى هاربا فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونه بقصاص او دية لان الزائد على ما يحصل به الدفع لا حاجة اليه فلم يكن له فعله » (٤) .

وعند المالكية يمكن القول انهم يقررون مسئولية المدافع عن افعاله التى لا يستلزمها الدفاع ، فلا يجوز للمدافع ان يقتل رجلا وجد عند امرأة الا اذا اقام البيئة على حالة التلبس بالفاحشة ، فان لم يقم الدليل على التلبس كان مسئولا لانه يكون قد تجاوز حدود مشروعية الدفاع .. فقد جاء فى تبصرة الحكام « قال ابن حبيب وسمعت ابن الماجشون يقول

(١) راجع ما سبق — ص ٢٥١ .

(٢) معنى المحتاج — الجزء الرابع — ص ١٩٦ ، انتهى المطالب — الجزء الرابع — ص ١٦٧ ، الام — الجزء السادس — ص ٢٩ ، حاشية الشيراملى مع نهاية المحتاج — الجزء الثامن — ص ٣١ .

(٣) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣ .

(٤) كشف القناع — الجزء الرابع — ص ٩٢ .

وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه هل عليه قصاص فقال لا وهو جبار لا شيء عليه ، فيما دون النفس . فان قتله كان عليه القود الا ان يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود وانما عليه الادب من السلطان لافتياته عليه بتعجيل قتله « (١) .

وعند الظاهرية لا تباح افعال الدفاع الا بالقدر المناسب لدفع العدوان فاذا تجاوز المدافع الحد المناسب لدفع الخطر أصبح مسئولا عن هذا التجاوز فقد جاء في المحلى « فمن أراد اخذ مال انسان ظلما من لص أو غيرة فان تيسر له طرده منه ومنعه فلا يحل له قتله فان قتله حينئذ فعليه القود ، وان توقع اقل توقع ان يعاجله اللص فليقتله ولا شيء عليه لانه مدافع عن نفسه » (٢) .

ويقول الزيدية « ويجب في المدافعة تقديم الاخف فالأخف ، فان عدل الى الأشد وهو يندفع بالأخف ضمن » (٣) .

وخلاصة القول ان تجاوز حدود الدفاع الشرعى في الفقه الاسلامى تتحقق ماهيته اذا زادت افعال الدفاع عن القدر المناسب لدفع خطر عدوان الصائل ومعيار ذلك هو النظر الى القوة الدفاعية التى يستعملها الموصول عليه في دفع الخطر ، فاذا كان في امكانه ان يرد الصائل بقوة دفاعية اقل من تلك التى استخدمها فعلا في مواجهة الخطر فانه يكون قد تجاوز الحدود المشروعة للدفاع مما يجعله مسئولا عن هذا التجاوز .

والنظر الى القوة الدفاعية التى يستعملها الموصول عليه في مواجهة الصائل ، ليست نظرة مجردة وانما يراعى فيها كافة الاعتبارات التى حاطت بالموصول عليه وقت العدوان من حيث الظروف الشخصية ، والزمانية ، والمكانية ، فقد اخذ الفقهاء في الاعتبار حال المدافع وتقديره لدى العدوان وارتضوا بالمعقول من توقعاته (٤) ، ولذلك اعتدوا بغلبة ظن الموصول عليه .

(١) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك - الجزء الثانى - ص ١٨٥ ، راجع شرح منح الجليل - ص ٦٥٠ ، الشرح الكبير - بهامش حاشية النسوى - الجزء الرابع ص ٢٥٦ .

(٢) المحلى - المطبعة النورية - ١٣٥٢ هـ - الجزء الحادى عشر - ص ١٢ .

(٣) التاج المذهب - احمد بن قاسم العنسى - الجزء الرابع - ص ٢١٥ ، البحر

الزخار - الجزء الخامس - ص ٢٦٩ .

(٤) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون الثامن - رسالة دكتوراه - الدكتور داود

سليمان المطار - مطبوع على الرونيو ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م - ص ٢١ .

فمعد الاحناف يقول السرخسى « ولكنلو رايت رجلا ينقب عليك دارك من خارج ، او دخل عليك ليلا من النقب بالسيف ، وخفت ان اندرته يضربك وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله » (٢) .

وبيج **الشافعية** للمصول عليه ان يستخدم في دفع الصيال القوة الدفاعية الأشد اذا كانت - بحسب ظروف الاعتداء هي الوسيلة الوحيدة التى فى متناول يده .. فقد جاء فى اسنى المطالب « ولو كان يندفع بالعصا فلم يجد الا سيفا اوسكينا ضربه به ، اذ لا يمكن الدفع الا به ، ولا يمكن نسبته الى التقصير ، بترك استصحاب عصا ونحوه » (٢) ..

ويعتد **الحنابلة** بظن المصول عليه تقديرا منهم للظروف الحرجة التى يسببها له موقف العدوان ، فيقول صاحب كشاف القناع « فان اندفع بالقول لم يكن له ضربه بشيء ، وان لم يندفع بالقول فله (يقصد المعتدى عليه) ضربه بأسهل ما يظن أن يندفع به ، فان ظن أنه يندفع بضرب عصا لم يكن له ضربه بحديد لانه آلة القتل » (٣) ..

ويعتد **الظاهرية** أيضا بظروف المدافع فى تقدير التجاوز فقد جاء فى المحلى « وان توقع (أى المصول عليه) أقل توقع ان يعالجه اللص فليقتله ولا شيء عليه لانه مدافع عن نفسه » (٤) .

كما يعتدون بالظروف الشخصية ففى موضع آخر يقول صاحب المحلى « فأما لو كان اللص من الضعف بحيث لا يدافع أصلا ، او يدافع دفاعا يوقن معه أنه لا يقدر على قتل صاحب الدار فقتله صاحب الدار فعليه القود لانه قادر على منعه بغير القتل فهو معتد » (٥) ، والاعتداء بظروف المصول عليه هو ما يأخذ به **الزيدية** يقول صاحب التاج المذهب « ولو غلب فى ظنه (المعتدى عليه) أنه لو لم يقتله قتله ولا محيص له فى الحال او المال جاز قتله » (٦) .

وموجز القول أن الفقه الاسلامى قد عالج تجاوز حدود الدفاع

(١) الميسوط - الجزء الرابع والعشرين - ص ٥٠ ، ٥١ .

(٢) اسنى المطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٧ .

(٣) كشاف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ ، وراجع متأهى الارادات - المرجع السابق - القسم الثانى - ص ٤٩٣ .

(٤) المحلى - الجزء الحادى عشر - ص ١٣ .

(٥) المحلى - الجزء الحادى عشر - ص ٣١٤ .

(٦) التاج المذهب - احمد بن قاسم العنسى - الجزء الرابع - ص ٢٧٤ .

الشرعى ومعنى التجاوز كما يتبين من عبارات فقهاء المذاهب استعمال المصول عليه قدرا من القوة يفوق القدر الكافى لدفع الصيال ، ومعيار هذا التجاوز هو النظر الى القوة الدفاعية التى استعمالها المصول عليه لدفع الصائل فاذا كانت القوة التى استعمالها فى درء الصيال اشد من القوة اللازمة لدفع العدوان فانه يكون قد تجاوز الحدود المشروعة للدفاع ويكون مسئولا عن هذا التجاوز من الناحيتين الجنائية والمدنية . .

ومعيار القوة الدفاعية التى استخدمها المصول عليه فى دفع العدوان ليس معيارا مطلقا ومجردا عن الملابس والظروف التى أحاطت المصول عليه وقت العدوان ، سواء تمثلت هذه الملابس فى ظروف شخصية ، أم مكانية أم زمانية ، للمصول عليه وانما يجب وضعها فى الحسبان ، ولذا يمكن القول أن المعيار المأخوذ به فى الفقه الاسلامى يعتبر معيارا نسبيا يأخذ فى اعتباره ظروف العدوان الواقعية الدقيقة .

المطلب الثانى

ماهية التجاوز ومميّاره فى الفقه الوضعى

تعريف التجاوز :

يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعى انتفاء التناسب بين أفعال الدفاع وخطر الاعتداء الذى هدد المعتدى عليه . . وبعبارة أخرى يمكن القول أن التجاوز معناه استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافيا لدرء الخطر .

ومن هذا التعريف يتبين أنه لا يقصد بالتجاوز انتفاء أى شرط من شروط الدفاع الشرعى ، وإنما المقصود هو انتفاء شرط معين بالذات هو شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، أما انتفاء شرط آخر من الشروط فانه ينفى وجود الدفاع الشرعى من أساسه ولا يكون هناك محل للبحث فى تجاوز حدوده (١) .

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (اللبئانى) - ص ٢٤٢ ،
(المصرى) ص ٢٤١ ، الدكتور رموف عبيد - القسم العام - ص ٥٦٩ ، الدكتور أحمد
فتحي سرور - القسم العام - ص ٢٨٨ ، الدكتور مامون سلامة - القسم العام -
ص ٢٣١ - قواعد المسؤولية الجنائية فى التشريعات العربية - الدكتور حسن صادق
المرصاوى - ص ١٧٣

تنظيم التجاوز في التشريعات العربية :

على الرغم من أن التجاوز يتعلق بأسباب الإباحة جميعها ، فإننا نجد أن التشريعات العربية — فيما عدا القانون الليبي — قد تناولت تجاوز حدود الدفاع الشرعى دون غيره من أسباب الإباحة الأخرى (١) . والتجاوز — طبقا للقواعد العامة — قد يكون متعمدا فيسأل المتجاوز عن جريمة عمدية ، وقد يكون التجاوز نتيجة إهمال فيسأل فاعله عن جريمة غير عمدية إذا كان القانون يجرم فعله بهذا الوصف ، أما إذا كان التجاوز نتيجة حادث فجائى أو إكراه معنوى ، فإن المتجاوز لا يكون مسئولا . . وقد نظمت بعض التشريعات العربية أحكام تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، على نحو يخالف القواعد العامة في التجاوز . .

فالقانون **الليبي** يتناول الصورة الثانية من صور التجاوز ويترك الصورتين الأخرتين للقواعد العامة ، حيث نصت المادة ٧٣ عقوبات والتي تقابل المادة ٥٥ من القانون **الإيطالى** على أنه « إذا تعدت خطأ الأفعال المنصوص عليها في المواد السابقة الحدود التي يعينها القانون أو أمر السلطة أو داعى الضرورة يعاقب مرتكبها بمقوبة الجرائم الخطئية للأفعال التي يرتكبها ، إذا نص القانون على إمكان ارتكاب تلك الجرائم خطأ ، وعلى نهج واحد جاءت نصوص المواد ٣/١٨٣ . . من القانون **السورى** ، ٣/٦٠ من القانون **الأردنى** ، ٢/١٨٤ من القانون **اللبنانى** والتي تنص على أنه « إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة ٢٢٨ » والمادة ٢٢٨ والتي تقابل المادة ٢٢٧ من القانون **السورى** تنص على ما يلى « ان المهابة وحالات الانفعال والهوى ليست مانعة للعقاب ، على أنه إذا أفرط فاعل الجريمة في ممارسة حق الدفاع المشروع لا يعاقب إذا أقدم على الفعل في ثورة انفعال شديد انعدمت معها قوة وعية أو ارادته » .

وقد ذهب رأى الى أن نص القانون السورى وما يماثله هو أفضل النصوص (٢) ، والصحيح فى نظرنا هو ما ذهب اليه البعض من أنه كان الأمفضل ان يترك المشرع اللبناى (وهو ما ينطبق على موقف المشرع السورى) التجاوز لحكم القواعد العامة ، لأن أمر هذه الحالة المنصوص

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى — أصول قانون العقوبات في الدول العربية — ص ٥٧ ، شرح قانون العقوبات الليبي — القسم العام — ص ١٩٠ .
(٢) محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السورى — الدكتور عدنان الخطيب — ص ١٢٣

عليها غير مفهوم » اذ يتعذر فقد الوعي او الارادة نتيجة الانفعال مهما كان شديدا ، وان صح اضعافه للارادة « (١) ، وتنص المادة ٥٥ من القانون العراقي على انه « اذا تجاوز المدافع عمدا او اهمالا حدود هذا الحق او اعتقد خطأ انه في حالة دفاع شرعى ، فانه يكون مسئولا عن الجريمة التى ارتكبها ، وانما يجوز للمحكمة فى هذه الحالة ان تحكم بعقوبة الجنبه بدلا من عقوبة الجناية وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنبه » أما قانون البحرين فقد نص فى المادة ١٧/١ منه « لا يكون الا استفزاز عدرا للقيام بفعل غير مشروع ، ولكن اذا ارتكب فعل فى الحال نتيجة لا استفزاز خطر مفاجئ ، مما يجعل شخصا عاديا معتدلا يفقد ضبط نفسه تحت ظروف مماثلة وقبل ان يكون الشخص المختص قد استعاد ضبط نفسه ، فيعتبر ذلك الا استفزاز انه قد حال دون وجود العمد او يؤخذ بعين الاعتبار فى تخفيف العقوبة وقد عالج القانون الكويتى تجاوز حدود الدفاع اشرعى فى المادة ٣٦ التى تنص على انه . اذا جاوز الشخص بحسن نية حدود الدفاع الشرعى، بأن استعمل لدفع الاعتداء قوة تزيد على لقدر الذى كان يستعمله الشخص المعتاد اذا وجد فى ظروفه دون ان يكون قاصدا احداث اذى اشد مما يستلزمه الدفاع جاز للقاضى اذا كان الفعل جنائية ان يعده معذورا وان يحكم عليه بعقوبة الجنبه » وهذا النص يتفق مع القانون المصرى - الذى سنتناوله تفصيلا فيما بعد - فى الحكم . . . واما القانون التونسى فتتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٩ على ما يلى « اما اذا كان الشخص المعرض للخطر اجنبيا فللحاكم (القاضى) الاجتهاد فى تحرير المسؤولية ، وجاء فى التعليقات على هذه الفقرة انه « يظهر انه اعتبر الاعتذار بالدفاع على الاجنبى من باب ظروف التخفيف ، اذ او كل بفقرته الأخيرة حق تحرير درجة المسؤولية الى الحاكم » وتناول القانون المغربى تجاوز الدفاع الشرعى فى المادة ٨٤ التى تقضى بأنه « ان نتج عن الأفعال الصادرة فى حالة الدفاع عن النفس عواقب متجاوزة الحد بالنسبة الى ماكان ينشأ عن التعدى الواقع ظلما فان المسؤولية الجنائية تبقى على المجرم ويقدر الحاكم درجة المسؤولية حسب نوع الجريمة .

وعبارة حسب نوع الجريمة تشير الى التخفيض الوارد فى المادة ٩٣ بحسب ما اذا كانت جريمة التجاوز من الجنائيات أو الجنب ، ومعنى ذلك ان التجاوز قد يكون متعمدا او باهمال ، وعلى هذا الأساس

يكون التخفيف (١) .

ومن هذه النصوص التشريعية يمكن القول في عبارة وجيزة ان التشريعات العربية بصفة عامة تقرر عذرا مخففا عند التجاوز وبجيز بعض هذه التشريعات اعفاء المدافع من العقوبة وفقا لشروط يحددها القاتون او وفقا لتقدير القضاء حسب ظروف الواقعة .

تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المصرى : —

عالج المشرع المصرى تجاوز حدود الدفاع الشرعى فنصت المادة ٢٥١ من قانون العقوبات على أنه « لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله اياه دون ان يكون قاصدا احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع . . ومع ذلك يجوز للقاضى اذا كان الفعل جنائية ان يعده معذورا اذا رأى لذلك محلا وان يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون » .
والذى يبدو لأول وهلة ان النص ركيك الصياغة ، اذ على الرغم من انه يفترض ان الفاعل لم يكن قاصدا احداث ضرر اشد مما يستلزمه الدفاع يجعل سلوك الفاعل رغم عدم انصراف قصده جنائية مع ان عدم انصراف القصد الى اقصى درجة من الضرر وهو الموت يعتبر جنحة هى القتل الخطأ ، ولا يقلل من عيب صياغة النص انه أجاز للقاضى توقيع عقوبة الجنحة (٢) .

ويقضينا بحث تجاوز حدود الدفاع الشرعى فى القانون المصرى ان نعرض شروط التجاوز ، والتمييز بينه وبين سوء استعمال الحق ، ومعيار التجاوز فى الفقه الوضعى وأخيرا موقف الفقه الوضعى من التجاوز فى ضوء الفقه الإسلامى .

شروط تجاوز حدود الدفاع الشرعى :

يشترط لى يستفيد المدافع من العذر المخفف للعقاب ، المنصوص عليه فى المادة ٢٥١ من قانون العقوبات الشروط الآتية : —
١ — نشوء الدفاع الشرعى : قلنا فيما سبق ان المقصود بتجاوز حدود الدفاع الشرعى هو انتفاء شرط التناسب بين أفعال الدفاع وخطر

(١) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية — الدكتور محمود محمود مصطفى

— ص ٥٨

(٢) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية — الدكتور محمود محمود مصطفى

— ص ٥٩ ، النظرية العامة للقانون الجنائى . الدكتور رمسيس بهنام — ص ٤٦٧ ،
الدكتور احمد فتحى سرور — القسم العام — ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

الاعتداء (١) فإذا انتفى شرط آخر من شروط الاعتداء أو الدفاع لم يكن للدفاع الشرعى وجود ولا يصح الكلام عن التجاوز لعدم نشوء شرعية الدفاع ذاتها (٢) . وبناء على ذلك حكم بأنه « إذا كانت محكمة الموضوع — بما لها من سلطة فى تقدير الوقائع التى يستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعى أو انتقاؤها لتعلق ذلك بموضوع الدعوى — قد نفت قيام حالة الدفاع الشرعى بأسباب كافية وسائفة وكان البحث فى تجاوز حدود الدفاع الشرعى لا يكون الا بعد ان ينشأ الحق فى ذاته ، فلا على المحكمة ان هى التفتت عما أثاره الطاعن أمامها بشأن تجاوز هذا الحق » (٣) .

٢ — حسن النية ، فيشترط أن يكون تجاوز المدافع لحدود الدفاع بنية سليمة وقد عبرت المادة ٢٥١ عن هذا الشرط بقولها « دون ان يكون قاصدا احداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع ، وفى عبارة أخرى ان يعتقد المدافع انه ما يزال فى الاطار المشروع للدفاع ، وأن افعال الدفاع الصادرة منه مازالت متناسبة مع قدر القوة اللازم لدفع خطر العدوان (٤) ، لأنه بغير توازن حسن النية فان ما يأتيه المدافع من سلوك لا يعتبر من قبيل الدفاع المشروع ، وإنما هو فى الواقع من قبيل الانتقام غير المشروع (٥) . والقول بتوازن حسن النية أمر موضوعى

(١) راجع ما سبق — ص ٢٢٧ .

(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٢٥٢ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٤ ، الدكتور السيد مصطفى السيد — الاحكام العامة — ص ٢١٤ ، الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة — ص ٤٦٨ ، الدكتور يسر أنور على — الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٢٦ ، الدكتور رؤوف عبيد — القسم العام — ص ٥٦٧ .

(٣) نقض ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٧٢ — مجموعة أحكام النقض — السنة الثالثة والشرون — رقم ٣٠٢ — ص ١٢٥ ، وفى نفس المعنى نقض ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٣ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء السادس — رقم ٤٣٤ — ص ٢١٣ ، نقض ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٠ — مجموعة أحكام النقض — السنة الثانية رقم ٥٣ ص ١٢٣ ، نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ٤٢٣ ص ١٤٢٤ ، نقض ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ — مجموعة أحكام النقض — السنة الثانية عشر — رقم ١٨٢ — ص ٩٠٥ .

(٤) الدكتور رؤوف عبيد — القسم العام — ص ٥٧٠ ، الدكتور السيد مصطفى السيد — الاحكام العامة — ص ٢١٥ ، الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة — ص ٤٦٩ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٥ ، الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٣٥٤ ، الدكتور يسر أنور على — الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٤٧ .

(٥) الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة — ص ٤٦٩ .

يفصل فيه قاضى محكمة الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (١)

٣ - ان يكون التجاوز المادى لحدود الدفاع قد تمخض عن جناية لا عن جنحة ، وهذا الشرط فى الواقع يعتبر تحديدا لمجال تطبيق نص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصرى ، والحكمة فى قصر العذر المخفف الوارد فى النص على الجنايات دون الجنح ، عدم الحاجة الى تخفيف عقوبة الجنح اكتفاء بنص المادتين ١٨ ، ٢٢ من قانون العقوبات اذ يجوز للقاضى ان يخفف عقوبة الحبس لمدة يوم واحد والغرامة الى مائة قرش ، فى حين ان الجناية لولا نص المادة ٢٥١ لما استطاع القاضى التخفيف أكثر من الحدود المقررة فى المادة ١٧ والتي تنص على أنه « يجوز فى مواد الجنايات اذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاء بتبديل العقوبة على الوجه الآتى : —

— عقوبة الإعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . .

— عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة

أو السجن . .

— عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة بعقوبة السجن أو الحبس الذى

لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور . .

— عقوبة السجن بعقوبة الحبس التى لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة

شهور . .

ومن النص يتبين ان أقصى ما يستطيعه القاضى من تخفيف لعقوبة السجن هو الحبس مدة لا تنقص عن ثلاثة شهور ، وقد يكون فى درجة التجاوز وظروف وقوعه ، ما يستحق التخفيف الى اقل من الحد المنصوص عليه فى المادة ١٧ ، وهو ما يستطيعه القاضى وفقا للمادة ٢٥١ حيث يمكنه ان يهبط بالعقوبة الى الحبس لمدة يوم واحد (٢) .

(١) الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٧ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢١٥ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - التسميم العام - ص ٢٤٥ ، الدكتور يسر انور على - الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ الشرعية - المرجع السابق - ص ٢٤٧ .

(٢) الموسوعة الجنائية - جندى عبد الملك - الجزء الاول - ص ٥٣٥ ، فى السنوالية الجنائية ، الدكتور محمد مصطفى القللى - ص ٣٥١ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٨٤ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢١٥ ، الدكتور مامون سلامة - التسميم العام - ص ٢٣٤ ، الدكتور رهسيس بهنام - النظرية العامة - ص ٤٦٩ ، الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٥١ ، الموجز - ص ٣٥٦ .

التمييز بين التجاوز وسوء استعمال الحق :

ذهب رأى الى التمييز بين تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، وبين اساءة استعمال الحق ، وذهب رأى الى عدم التفرقة بينهما، ونعرض لكليهما على التوالى : —

الرأى الأول :

ويميز بين تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، وبين اساءة استعمال الحق ، واساءة استعمال الحق — وفقا لهذا الرأى — تكون بالخروج عن الغاية التى شرع هذا الحق من أجلها (١) ، ولاساءة استعمال الحق صورتان : —

الأولى : ان يكون توجيه القوة بداءة بقصد الانتقام ومثال ذلك صاحب الأرض الذى يرى فتاة ترعى قطيعا من المعز وتركتها ترعى زرعاً فى أرضه ، فينهض ويضرب الفتاة ، فإنه يكون منتقما منذ البداية لأنه ليس من شأن ضرب الفتاة ان يجعل المعز تكف عن رعى الزرع (٢)

الثانية : ان يتجاوز المدافع القوة اللازمة لرد العدوان بسوء نية والذى يفرق بين تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، وبين سوء استعمال الحق فى هذه الصورة ، هو توافر حسن نية المدافع فى حالة التجاوز ، بينما هذه الصورة من صور اساءة استعمال الحق بتوافر سوء النية (٣) وبقصد الانتقام ..

الرأى الثانى :

وقد جعل هذا الرأى اساءة استعمال الحق ، وتجاوز الدفاع الشرعى مترادفان فى المدلول فيعتبر الرد اعتداء اذا أساء المعتدى عليه (المدافع) استعمال حقه بأن تجاوز حد التناسب مثلا فإنه يعاقب فى هذه الحالة (٤) .

(١) الدكتور على راشد - الموجز - ص ٢٥٣

(٢) نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ - مجموعة الأتواعد القانونية - الجزء الاول -

رقم ٧٦ - ص ٩٢

(٣) الدكتور على راشد - الموجز - ص ٢٥٣

(٤) قانون العقوبات السودانى مطلقا عليه ، الدكتور محمد محيى الدين عوض -

١٩٧٠ - ص ٧٧ .

وقد انتقد البعض كلا الرأيين ، فالرأى الأول - فى نظره - وان امتاز بالفرقة بين اساءة استعمال الحق ، والتجاوز فى حق الدفاع الشرعى فانه يعطى لاساءة استعمال الحق مدلولامغايرا لمدلوله الاصطلاحى الذى لا يستلزم الخروج عن حدود الحق ، فضلا عن ان هذا الرأى قد وقع فى تناقض ، حيث يوصف ارتكاب جريمة بعد زوال الحق بأنه اساءة لا استعماله ، واما الرأى الثانى فيعيبه الخلط بين تجاوز حق الدفاع الشرعى، وبين اساءة استعمال هذا الحق نظرا لوضوح التفرقة بين المدلولين ، وينتهى هذا الرأى الى ان التجاوز فى الدفاع « خروج عن حدود الاباحة » بينما اساءة استعمال حق الدفاع الشرعى من صور « الخروج عن علة الاباحة » ونتيجة لهذا الفرق يكون التجاوز غير مشروع لذاته ، اما اساءة استعمال الحق فعدم مشروعيتها طارئ وليس ذاتيا وبوضوح صاحب هذا الرأى ذلك بأن من يستعمل من القوة ما يزيد عن ما يناسب الخطر حسب ظروف الدفاع يتجاوز حدود الدفاع الشرعى ، وهذه الزيادة غير مشروعة اساسا لانها وقعت خارج حدود الاباحة ، اما من يدافع دفاعا شرعيا متناسبا ولكنه يستطيع الهرب بأسلوب غير ضار ولا مشين ، يكون قد أساء استعمال حقه فى الدفاع ، لأنه خرج عن علة الاباحة وعارض القانون فى اهدافه العامة (١) .

معيار التجاوز فى الفقه الوضعى :

اختلف الرأى فى الفقه الوضعى حيال معيار تجاوز حدود الدفاع الشرعى فقال البعض بمعيار موضوعى ، بينما اتجه البعض الى ان معيار التجاوز يكمن فى الظروف الشخصية للمعتدى عليه ، والصحيح فى نظرنا هو المزج بين المعيار الموضوعى والمعيار الشخصى ، مع القول بمعيار يمكن ان يطلق عليه المعيار التكميلى او التشريعى ،لانه يتعلق وحسب بتلك التشريعات التى تحدد وعلى سبيل الحصر الحالات التى تبيح الدفاع الشرعى بالقتل (٢) .

المعيار الموضوعى :

ذهب الشراح من أنصار هذا المعيار الى ان التجاوز وعدمه يكون على أساس شخص مجرد معتاد وهو الشخص المعتاد الذى يقدر الامور ويتصرف فى مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الانسانية

(١) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن - رسالة دكتوراه - الدكتور داود سليمان العطار - ص ٢١٦ ، ٢١٧ .
(٢) راجع ما سبق ص ٣٥٤ .

العامة — فإذا كان المدافع قد أتى من أفعال الدفاع ما يأتية هذا الشخص المجرّد عند ما يتعرض لنفس ظروف العدوان التي واجهها المعتدى عليه (المدافع) فإنه لا يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، أما إذا كان المعتدى عليه قد أتى من أفعال الدفاع ما هو أشد قوة من هذا الذى يواجه به هذا الشخص المجرّد المعتاد العدوان فى مثل ظروف المدافع فإنه يكون قد تخطى الحدود المشروعة للدفاع . . فالمعيار — فى أصله كما يقول أصحابه — موضوعى قوامه الشخص المعتاد ولكنه ليس موضوعيا خالصا ، اذ لا يجوز أغفال الظروف التى جعلته يتصرف على النحو الذى تصرف به ، بل يتعين افتراض الشخص المعتاد محاطا بالظروف نفسها (١) .

المعيار الشخصى :

ينظر أصحاب هذا المعيار الى المدافع شخصا وظروفه التى على أساسها يقوم معيار التناسب ، فجسامة الاعتداء لا يتم تقديرها بناء على ما ينجم عنه فعلا ، ولا على الخطر الحقيقى ، الذى يواجه المعتدى عليه ، وإنما على التقدير الذاتى *S'apprécier subjectivement* للمدافع وعلى القاضى أن يفحص الدعوى ، ويدقق فى تسلسل الوقائع ليصل الى الاثر النفسى الذى أحدثه العدوان لدى المعتدى عليه والذى دفعه الى ما أتاه من أفعال لانه فى ضوءه تتحدد ضرورة الدفاع (٢) — فتحديد القدر اللازم لرد الاعتداء ، وبعبارة أخرى تحديد معيار التجاوز — فى نظر أصحاب الراى — امر تقديرى يعود الى قضاة الموضوع يقدرونه طبقا لما يرونه بحسب ظروف كل جريمة وبحسب كل معتدى عليه ، وأثر الاعتداء فى نفسه « (٣) . وفى ذلك نقول محكمة النقض المصرية : « يكفى فى الدفاع الشرعى أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذى استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع منه من الأفعال التى رأى هو — وقت العدوان الذى قدره — أنها هى اللازمة لرده ، فإذا جاء تقدير المحكمة مخالفا لتقديره هو فإن ذلك لا يسوغ العقاب — اذ التقدير هنا لا يتصور ابدا الا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجئ بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) — ص ٢٢٥

(٢) جارسون — المادة ٢٢٨ — رقم ١٩ — ص ١٥٧

(٣) محاضرات عن النظرية العامة فى قانون العقوبات السورى — الدكتور محمدان

الخطيب — المرجع السابق — ص ١٢٢

المحوط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور في كيفية الخروج من مأزقها مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذي كان يستحيل عليه وقتئذ وهو في حالته التي كان فيها (١) .

المعيار المزدوج :

راينا ان انصار المعيار الموضوعي وان اقاموا تقدير التجاوز على أساس الشخص المجرى المعتاد الا انهم لا يفعلون — على الاطلاق — الظروف الشخصية والموضوعية للدفاع ، وانما ينظرون الى هذا الشخص المجرى المعتاد وقد احاطت به كافة الظروف التي واجهها المعتدى عليه ، كما ان أصحاب المعيار الشخصي يوجبون ان يكون تقدير المدافع — كما تقول محكمة النقض « مبني على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها ان تبرر ما وقع منه » وعليه يمكن القول ان ما يراه انصار المعيارين يجعلهما يقتربان .

فمعيار التجاوز — في الواقع — مزدوج يقوم على أساس موضوعي هو تصرف الشخص المعتاد ، ولكنه ليس موضوعيا بحتا وانما ينظر الى تصرف هذا الشخص المجرى في ضوء الظروف الشخصية للدفاع من حيث سنه وجنسه وقوته البدنية والنفسية ، وكذلك الظروف الموضوعية للعدوان من حيث الزمان والمكان .

المعيار التكميلي (التشريعي) :

راينا فيما سبق ان بعض التشريعات تحظر القتل كوسيلة للدفاع في غير جرائم محددة على سبيل الحصر (٢) .

وفي هذه التشريعات يلزم للقول بعدم التجاوز ان يكون القتل العمد دفعا لجريمة من الجرائم المنصوص عليها في التشريع ، فاذا وقع القتل العمد لدفع جريمة من الجرائم التي لا يباح فيها القتل وسيلة للدفاع ، فان المدافع يكون مسئولا عن هذا التجاوز سواء توافر التناسب من حيث الواقع او لم يتوافر هذا التناسب « لان القانون لن يقبل دليل على اثبات تناسب القتل مع الاعتداء فيما لم ينص عليه من حالات (٣) .

(١) نقض ٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الاول رقم ٤٦ — ص ١٧٧ .

(٢) راجع ما سبق — ص ٢٥٤ .

(٣) تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن — المرجع السابق — ص ٣٣٦ .

وإذا كان القتل العمد دفعا لأحدى الجرائم التى يبيح القسانون دفعها بالقتل تعين — كما رأينا (١) — توافر التناسب كشرط عام فى الدفاع الشرعى والا كان المدافع مسئولا عن تجاوز الحدود المشروعة للدفاع ، ولذلك جاء فى تعليقات الحقانية على المواد ٢٠٩ و ٢١٥ من قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٠٤ أنه « اذا كان دفع الخطر مستظاما بوسيلة دون القتل فعلى المهدد بالاعتداء أن يلجأ الى هذه الوسيلة والا كان متجاوزا حدود الدفاع » .

موقف الفقه الوضعى من معيار التجاوز فى ضوء الفقه الإسلامى :

رأينا فيما سبق أن الفقه الإسلامى يوجب على المصول عليه أن يدفع صيال الصائل بأقل قوة هجومية ممكنة ، ويعبر عن ذلك بأن يكون الدفع بالأسهل فالأسهل ، وفى تقدير هذه القوة الهجومية يأخذ فقهاء الاسلام فى الاعتبار الظروف الشخصية للمصول عليه والظروف الموضوعية للعدوان .

كما رأينا أن الفقه الوضعى قد تردد فى معيار تجاوز حدود الدفاع الشرعى بين معيارين ، المعيار الموضوعى وقوامه الشخص المجرد المعتاد عندما يواجه ظروف الاعتداء التى واجهها المعتدى عليه ، والمعيار الشخصى الذى ينظر الى المدافع شخصا ، واثرا لاعتداء على حالته النفسية ، وتقديره الذاتى للعدوان ، على أن يكون هذا التقدير مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة تبرر ما قام به من أفعال الدفاع . وانتهينا الى التقريب بين الميارين ، والأخذ بمعيار مزدوج يقوم على تصرف الشخص المجرد المعتاد وقد وضع فى ظروف المعتدى عليه من الناحيتين الشخصية والموضوعية .

وقلنا بمعيار التكملى (تشريعى) يطبق فحسب فى نطاق التشريعات التى تحظر القتل العمد فى غير حالات معينة ومحددة على سبيل الحصر .

ويمكن القول أن المعيار التكملى الذى نقول به لا محل لأعماله فى الشريعة الإسلامية ، لأنها لم تحصر حالات إباحة القتل العمد دفعا ، وانما تركت ذلك للقواعد العامة فى لزوم الدفاع ومعيار التناسب وهو الموقف السديد — كما رأينا — فى نظر بعض شراح القانون الوضعى (٢)

(١) راجع ما سبق — ص ٢٧٩ .

(٢) راجع ما سبق ص ٢٧٩ .

والواقع انه بعد هذا العرض يمكن القول في عبارة وجيزة ان ما يقول به شراح القانون الوضعى هو ما سبق اليه الفقه الاسلامى سواء من حيث ماهية التجاوز ومعناه ، أو من حيث مراعاة الظروف الشخصية للمعتدى عليه ، والظروف الموضوعية للعدوان ، ويبقى الفعل للسابق فى التناول والعرض والتأصيل .

المبحث الثانى

آثار تجاوز الدفاع الشرعى

تجمع التشريعات الوضعية القديمة كالقانون الرومانى ، وكذلك شريعة الحق الصالحة لكل زمان ومكان ، والقوانين المعاصرة على مسئولية المدافع متى تخطى الحدود المشروعة للدفاع .

ففى القانون الرومانى تنص مدونة جوستينيان على أن « ينتهى حق الدفاع الشرعى بخروج الفعل عن حيز الاستنقاذ » (١) .

وفى الشريعة الاسلامية يقرر الفقه الاسلامى المسئولية الجنائية والمدنية للمدافع عندما تتجاوز أفعال الدفاع حدوده المشروعة .

وما قرره الشرائع القديمة ، والشريعة الاسلامية ، هو ما انتهت اليه القوانين الحديثة - وان اختلفت نظرتها - من حيث وجوب مساءلة المدافع عن أفعاله المتجاوزة للدفاع باعتبارها أفعالا غير مشروعة .

ونتناول آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى فى مطلبين على التوالى :

المطلب الأول : آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

المطلب الثانى : آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى .

(١) مدونة جوستينيان فى الفقه الرومانى - نقلها الى اللغة العربية عبد العزيز فهمى - دار الكتاب المصرى - ١٩٤٦ - الملاحق الثانى - الاصول الفقهية - رقم ١١٨ ص ٣٧١ .

المطلب الاول

آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى

رأينا فيما سبق ان الفقه الإسلامى يقرر وجوب أن يكون ماياتيه المدافع من أفعال الدفاع متناسبا مع الاعتداء ، فلا يستعمل قوة هجومية أكثر مما يستلزمه الدفاع ، أو كما يعبر الفقهاء أن يكون الدفاع بالأسهل فالأسهل (١) .

فإذا كان المدافع يستطيع أن يدرا العدوان بقوة هجومية أقل من القوة الهجومية التى استخدمها فعلا ، فانه يكون مسئولاً عن الأفعال الزائدة باعتباره متجاوزاً لحدود الدفاع المشروعة أو كما يقول صاحب أسنى المطالب « أنه — يقصد المدافع — متى خالف وعدل الى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن » (٢) .

ومرجع ذلك فى رأينا ، ووفق النظرية بطلان العصمة التى طرحناها كأساس للدفاع الشرعى أن الصائل بطلت عصمته بعدوانه ، فيكون للمصول عليه « المدافع » أن يأتى من أفعال الدفاع ما يعتبر لازماً ومتناسباً مع هذا العدوان (٣) ، أما اذا استرسل المصول عليه فى أفعال الدفاع ، فانه يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، وتكون الأفعال التى تجاوز بها هذه الحدود المشروعة اعتداء صادر منه يسأل عنه لأنه أثاره بعد انتهاء بطلان عصمة الصائل بدراء عدوانه وعودته معصوماً كما كان قبل العدوان . ومن ثم يكون مسئولاً كما يقرر الفقهاء من الناحيتين المدنية والجنائية .

ففى المذهب الحنفى يقول الزيلعى « اذا شهر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر وانصرف ثم أن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله عليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً كما كان وحل دمه كان باعتباره شهراً فلا حاجة الى قتله لاتدفاع شره بدونه فعادت عصمته فان قتله بعد ذلك فقد قتل شخصاً معصوماً ظلماً فيجب القصاص » (٤) .

(١) راجع ما سبق ص ٢٥٠ .

(٢) أسنى المطالب - الجزء الرابع - ص ١٦٧

(٣) راجع ما سبق ص ١٤٤

(٤) تبين الحقائق - الزيلعى - الجزء الخامس - ص ١١١

وعند **الحنابلة** يقول ابن قدامة « وان ضربه » يقصد المدافع « فقطع يمينه فولى مديرا فضربه فقطع رجله ، فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص او الدية لأنه في حال لا يجوز له ضربه وقطع اليد غير مضمون فان مات من سرية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين ، وان عاد بعد قطع رجله فقطع يده الأخرى فاليدان غير مضمونتين ، وان مات فعليه ثلث الدية كما لو مات من جراحة ثلاثة انفس فقياس المذهب أن يضمن نصف الدية لأن الجرحين قطع رجل واحد فكان حكمهما واحدا كما لو جرح رجل رجلا مائة جرح وجرحه آخر جرحا واحدا ومات كانت ديته بينهما نصفين ولا تقسم الدية على عدد الجراحات كذا ههنا « (١) .

كما جاء في كشف القناع « فان مات الصائل من السرية القطعين فعليه « يعنى المدافع » نصف الدية لأنه مات من فعل مأذون فيه وغير مأذون فيه وان رجع الصائل اليه — أى الى الموصول عليه « المدافع » بعد قطع يده ثم رجع فقطع الدافع يده الأخرى لكونه لم يدفع فاليدان غير مضمونتين بخلاف الرجل التى قطعها بعد أن ولى هاربا « (٢) .

ويقرر **المذهب الشافعى** المسؤولية الجنائية والمدنية متى تجاوز المدافع حدود الدفاع المشروعة فقد جاء فى الام « قال الشافعى ولو شهدوا انه اقبل اليه فى صحراء بسلاح فضربه فقطع يدي الذى أريد ثم ولى عنه فأدركه فذبحه أقدته منه وضمنت مقتول دية يدي القتال ولو ضربه ضربة فى اقباله وضربه أخرى فى ادباره فمات لم يكن فيه قود وجعلت عليه نصف الدية لأنى جعلته ميتا من الضربة التى كانت مباحة والضربة التى كانت ممنوعة فلا قود عليه وعليه نصف الدية « (٣) ويرى **المالكية** مسؤولية من يتجاوز الحد الشرعى للدفاع (٤) ، فقد جاء فى تبصرة الحكام « سئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله او جرحه هل عليه قصاص فقال لا وهو جبار لا شئ عليه فيما دون النفس فان قتله كان عليه القود الا ان يكون معه شهود على

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣٠

(٢) كشف القناع — الجزء الرابع — ص ٩٢ .

(٣) الام — طبعة الشعب ١٩٦٨ — الجزء السادس — ص ٢٩ ، وراجع — أسنى الطالب — الجزء الرابع — ص ١٦٧ ، حاشية الشبراملى — المرجع السابق — الجزء الثامن ص ٣١ ، مغنى المحتاج — الجزء الرابع — ص ١٩٦

(٤) الفهمان فى الفقه الاسلامى — لاستاذنا المنفور له الشيخ على الخليل — المرجع السابق — القسم الثانى — ص ١٧٢ .

دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود وانما عليه الادب من السلطان
لامتياته عليه بتمجيل قتله « (١) .

ويقول الزبدي « فان عدل الى الأشد وهو يندفع بالأخف
ضمن » (٢) .

ويرى الشيعة الامامية ان المصول عليه « متى قدر على التخلص
بالأسهل فتخطى الى الأشق ضمن » (٣) .

وحاصل القول ان المصول عليه عندما يتجاوز حدود الدفاع
المشروع ، يقرر الفقه الاسلامي مسئوليته عن هذا التجاوز من
الناحيتين الجنائية وهو ما يعبر عنهما الفقهاء بالقود او القصاص
والمدنية وهي في لسان فهاء الاسلام ما يعبر عنه بالضمان .

المطلب الثاني

آثار تجاوز الدفاع الشرعي في الفقه الوضعي

أسلفنا ان التشريعات العربية تقرر عذرا مخفيا للعقاب عند تجاوز
حدود الدفاع الشرعي — وأن القانون المصري قد عالج تجاوز الدفاع
في المادة ٢٥١ ، وبيننا شروط هذا التجاوز وبعبارة أخرى شروط
أعمال حكم العذر المخفف المنصوص عليه في هذه المادة ، وأوضحنا
معيار تجاوز الدفاع (٤) .

ويقتضينا تناول آثار التجاوز أن نعرض صوره وآراء الشراح في
تكييف هذا العذر حيث اختلفوا في اثره على نوع الواقعة اذا كانت جنائية
وهل تنقلب الى جنحة ام تظل جنائية كما هي .. والعلاقة بين المسؤولية
الجنائية للتجاوز ومسئولية المدنية والمسئولية عن التجاوز في حالة
المساهمة الجنائية وسلطة القاضي في القول بالتجاوز وسلطة محكمة
النقض عليه في ذلك .

(١) تبصرة الحكام - المرجع السابق - الجزء الثاني - ص ١٨٥ ، شرح منج
الجليل - العلامة الشيخ محمد علبش - ١٢٩٤ هـ - ص ٥٦٠ - الشرح الكبير - الجزء
الرابع ص ٣٥٦ .

(٢) اتاج المذهب لاحكام المذهب - احمد قاسم العنسي - الجزء الرابع - ص ٢١٥

(٣) شرائع الاسلام - المحقق الحلي - الجزء الرابع - ص ١٩٠

(٤) راجع ما سبق - ص ٢٢٧ وما بعدها .

هذه هى المسائل التى يثيرها اثر التجاوز فى الفقه الوضعى والتى سنتكلم عنها تباعا ، لنتناول فى النهاية موقف القانون المصرى فى ضوء الفقه الاسلامى .

صور تجاوز حدود الدفاع الشرعى واثرها :

يتخذ التجاوز فى الدفاع صور ثلاث :

الصورة الاولى :

تجاوز حدود الدفاع بنية سليمة ، والمدافع ذا النية السليمة ، كما عرفته المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصرى هو من لا يقصد احداث ضرر اشد مما يستلزمه الدفاع ، وباعتبار محكمة النقض اعتقاد المدافع ان القانون يخوله ارتكاب ما ارتكبه ، وان ما ارتكبه هو السبيل الوحيد والملائم لدرء الخطر (١) .

وفى هذه الحالة يجوز للقاضى ان يخفف العقوبة فى الحدود المنصوص المنصوص عليها فى المادة ١٧ من قانون العقوبات الخاصة بالظروف المخففة والتى تجيز له ان يهبط بعقوبة السجن الى الحبس مدة لا تنقص عن ثلاثة شهور ، فاذا رأى القاضى من ظروف الواقعة وملابسات التجاوز ان المدافع جدير بتخفيف لا تسعفه فى تطبيقه المادة المذكورة جاز له ان يطبق المادة ٢٥١ وهى تسمح له ان يحكم بالحبس وان يصل به الى حده الأدنى ، وهو اربع وعشرون ساعة (٢) .

وحكم القانون فى هذه الصورة يتضمن خروجاً على القواعد العامة للتجاوز ، والتى تقضى ، بأن يسأل المتجاوز فى هذه الحالة عن جريئة غير عمدية ، وتوقع عليه العقوبة المقررة لها اذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف . . ولكن المادة ٢٥١ تقرر تخفيف العقاب دون التقيد بهذه القواعد (٣) .

(١) نقض اول يونية سنة ١٩٤٢ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الخامس رقم ٤١٥ ص ٦٧ .

(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسئولية الجنائية - ص ٢٥١ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٨٤ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢١٥ .

(٣) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٤٤ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٨٤ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٩٠ .

الصورة الثانية :

التجاوز دون نية سليمة ، وللتفرقة بين هذه الصورة وصورة التجاوز بنية سليمة ينظر الى توافر الخطأ غير العمدى ، وهو أن يخل المدافع بواجبات الحيطة والحذر التى يفرضها القانون ، وعدم حيولته دون وقوع التجاوز دون ارادة وقوعه ، وتوافر العمد حيث تتجه الارادة الى النتيجة الاجرامية وهى تجاوز الدفاع ، فاذا توافر الخطأ غير العمدى (١) فان التجاوز يكون بنية سليمة ، أما اذا تعمد المدافع تجاوز حدود الدفاع ، فان التجاوز يكون بدون نية سليمة وتطبق بشأنه القواعد العامة فى التجاوز وهى تقضى بأن يسأل المدافع عن جريمة عمدية وتوقع عليه عقوبتها ، ما لم يلتمس له القاضى ظرفا مخففا للعقاب (٢) .

الصورة الثالثة :

وهذه الصورة لم ينص عليها القانون وهى حالة عدم توافر الخطأ غير العمدى او العمد فى التجاوز ، وتخضع فى حكمها للقواعد العامة التى تقضى بمسدم عقاب المدافع لعدم توافر الركن المعنوى لجريمة التجاوز ، وهذه القاعدة تقيد مطلق نص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات حيث لا دليل على أن المشرع قد اراد مخالفة احدى القواعد الاساسية فى قانون العقوبات (٣) .

تكيف الحكم البوارد فى المادة ٢٥١ من القانون المصرى :

لا شك فى الاهمية البالغة لتكيف سبب التخفيف (٤) النصوص

-
- (١) استعملنا اصطلاح الخطأ غير العمدى وفقا لما درج عليه شراح القانون وهو تعبير منتقد لانه يوحي بوجود خطأ عمدى يقابله وهذا مستحيل من الناحية المنطقية لان الخطأ يتعارض مع التعمد او العمد ، ويحسن ان نطلق على الركن المعنوى للجريمة لفظ القصد intention فى الجرائم العمدية ، ولفظ الخطأ Faute فى الجرائم غير العمدية ، وهو اللفظ الذى استعمله القرآن الكريم فى قوله تعالى (وما كان المؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا) سورة النساء الآية : ٩٢ ، وراجع فى هذا المعنى النظرية العامة للخطأ غير العمدى ، الدكتور فوزية عبد الستار - ١٩٧٧ - هامش ص ٣
- (٢) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٤٢
- (٣) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٤٤ .
- (٤) اسباب التخفيف نوعان : - اطار قانونية : وهى التى ينص عليها القانون، ويحدد الوقائع التى تقوم عليها ، وعند توافرها يكون التخفيف وجوبيا على المحكمة

عليه في المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصري ، لما يترتب على هذا التكييف من آثار في نواحى عديدة كالتقادم والعود والشروع (١) .

وقد اختلف شراح القانون في تكييف السبب المذكور فاتجه البعض الى القول بأنه نوع من الظروف القضائية ، بينما اعتبره فريق من الاعذار القانونية المخففة ، وعده بعض الشراح عذرا من نوع خاص يجمع بين الاعذار القانونية والظروف القضائية ونعرض هذه الآراء على التوالى :

الراى الاول :

ذهب فريق من الشراح الى أن سبب التخفيف المنصوص عليه في المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصرى يعتبر عذرا قانونيا ، لان التجاوز « حالة نص عليها القانون على وجه التحديد ، ومن شأن هذا العذر أن يقيد القاضى بعقوبة الجنحة اذا اعتبر المدافع معذورا كما أن من شأنه أن يؤثر فى طبيعة الجريمة » (٢) .

وقد اعتبر البعض الدكتور على راشد من انصار هذا الراى استنادا لقوله أن تجاوز الدفاع الشرعى « حالة عينها القانون على وجه التخصيص ، ونص على الشروط التى لا قيام لها بدون توفرها وهذا الوضع يخالف الحال فى تطبيق الظروف القضائية المخففة وفقا لاحكام المادة ١٧ » (٣) والواقع أن هذه العبارة وردت فى معرض بيان اعتبارات القول بأن سبب التخفيف المنصوص عليه فى المادة ٢٥١ عذرا قانونيا ، والصحيح أنه — كما سنبين — من انصار الراى الثالث (٤) .

ظروف قضائية متروكة لتقدير القاضى فالتخفيف جوازى له — راجع شرح قانون العقوبات — القسم العام (المصرى) — الدكتور محمود نجيب حسنى — ص ٢٤٦ (١) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن — رسالة دكتوراه — الدكتور داود سليمان المطار — ص ٤٠٤ .

(٢) راجع فى عرض هذا الراى المشكلات العملية الهامة فى الاجراءات الجنائية — الدكتور رؤوف عيسى — ١٩٧٣ — الجزء الاول — ص ٥٨ ، ٥٩ ، الدكتور يسر انور على — الدفاع الشرعى دراسة لبدأ المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٤٧ ، محمود ابراهيم اسماعيل — القسم العام — ٤٤٩

(٣) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن — المرجع السابق — ص ٥٨ والعبارة التى استند اليها وردت بالصحيحة ٥٥٣ — القانون الجنائى — طبعة ١٩٧٤ .

(٤) راجع ما يلى — ص ٢٥٦ .

الرأى الثانى :

ذهبت بعض الشراح انى اعتبار سبب التخفيف الوارد فى المادة ٢٥١ عقوبات ظرفا من الظروف القضائية المخففة التى اشارت اليها المادة ١٧ من القانون وان تضمن حكما استثنائيا فى التخفيف لايتفق مع الحكم العام المنصوص عليه فى هذه المادة الاخيرة (١) . وحجة هذا الرأى ان القاضى يتمتع فى تطبيقه بسلطة تقديرية واسعة تجيز له تخفيف العقاب او عدم تخفيفه ، وأن النص عليه فى القانون مرجعه ان المشرع يرى عدم كفاية السلطة التقديرية المخولة للقاضى فى المادة ١٧ فاراد التوسع فيها ، فمناطق التفرقة بين العذر القانونى والظرف القضائى هو السلطة التقديرية المقررة للقاضى ، وإطالما ان القاضى يحتفظ بسلطة تقديرية فى تطبيق سبب التخفيف الوارد فى المادة ٢٥١ فان هذا السبب يعتبر ظرفا فضائيا رأى المشرع ان ينص عليه لعل خاصة (٢) .

الرأى الثالث :

يرى البعض - وهو ما نميل اليه - ان سبب التخفيف المقرر بالمادة ٢٥١ يجمع بين طبيعة العذر القانونى والظرف القضائى فهو من ناحية مقرر بنص تشريعى يتناول شروطه التى لا بد من توافرها للقول بقيامه وهذا يخالف طبيعة الظرف القضائى المخفف حيث لا يتقيد القاضى بشروط معينة يقررها المشرع . وتملك محكمة النقض فى صدد تطبيق المادة ٢٥١ سلطة الرقابة على ما يقدره القاضى من قيام او عدم قيام العذر تبعا لتوافر الشروط المنصوص عليها فى التشريع او عدم توافرها ، بينما لا تملك هذه السلطة على ما يقدره القاضى عند تطبيق الظروف القضائية المخففة وفقا لاحكام المادة ١٧ من قانون العقوبات وهو من ناحية اخرى يتمتع بخصيصه هامة من خصائص الظروف القضائية وهى سلطة القاضى فى أن يعتر المتهم معذورا او غير معذور، فالمشرع لم يلزم القاضى بالتخفيف ، وانما أجاز له بحسب

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٤٦ ، على زكى العربى - شرح القسم العام من قانون العقوبات - ١٩٢٥ - ص ٧٤ وما بعدها ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٨٤ ، الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسؤولية الجنائية - ص ٣٥٦ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٤٦ .

تقديره أن يعده معزورا ويحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة أصلا للمفعل الذى تجاوز به الحدود المشروعة للدفاع . وينتهى هذا الراى الى أنه لما كان الحكم الوارد بالمادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصرى يجمع بين خصائص العذر القانونى ، وطبيعة الظرف القضائى المخفف فإنه يعد فى الواقع عذرا من نوع خاص جمع معان من كل من النوعين معا الظروف القضائية المخففة والاعذار القانونية (١) .

وقد أسلفنا الإشارة الى الراى القائل بأن الدكتور على راشد من انصار اعتبار تجاوز الدفاع الشرعى من الاعذار القانونية (٢)، والصحيح أنه من انصار القول بالطبيعة الخاصة للعذر ، ويعبر عن ذلك بأنه « فى ضوء كل هذه الاعتبارات بوسعنا أن نصف الحكم الذى تقررره المادة ٢٥١ ع - عند تجاوز حدود الدفاع الشرعى بفعل من قبيل الجنايات بأنه « عذر قانونى - قضائى » أى أنه عذر مخفف يسهم فيه كل من المشرع والقاضى بنصيب وفقا لما تسمح به طبيعة مثل كل منهما وقدرته ، فذلك يملك التقرير ، وهذا يملك التقدير » (٣) .

وأما عن اتجاه القضاء فى تكييف عذر تجاوز الدفاع فيبدو أن السائد من أحكام محكمة النقض المصرية يأبى حتى مع تسليمه بصفة العذر القانونى لا الظرف القضائى المخفف لتخفيف العقوبة عند تجاوز حدود الدفاع الشرعى أن يضفى عليه الصفة الإلزامية للقاضى ، وإنما يعتبره عذرا قانونيا جوازيا للقاضى (٤) . ولذلك تظل الواقعة محفظة بوصفها الأصلية كجناية (٥) ، وما يترتب على هذا الوصف من آثار

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة - ص ٢١٦ ، الدكتور يسر أنور على - الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - المرجع السابق - ص ٢٤٨ ، الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - ص ٢٣٥ ، الدكتور عبد الواحد جمال الدين المبادئ الرئيسية فى القانون الجنائى - ١٩٧٤ - ص ٤٨٠ - ٤٨٢ .

(٢) راجع ما سبق - ص ٣٥٥ .

(٣) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ١٩٧٤ - ص ٥٥٤ وهو المرجع نفسه الذى أشار اليه صاحب الراى المخالف .

(٤) الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٧٣ ، المشكلات العملية العامة فى الإجراءات الجنائية - المرجع السابق - ص ٦٢ ، نقض أول يونية ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية - رقم ٤١٥ ص ٦٧ ، نقض ٥ مايو سنة ١٩٤٥ - مجموعة الفتاوى القانونية - الجزء الثانى - رقم ٤٩١ ص ٦٣٩ .

(٥) الدكتور رؤوف عبيد - القسم العام - ص ٥٧٤ ، تجاوز النطاق الشرعى فى القانون المقارن - رسالة دكتوراه - المرجع السابق - ص ٤٠٢ - ٤٠٣ ، الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - ص ٢٣٥ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام ص ٢٨٤ .

وتقرر المحكمة انه لا ارتباط بين العذر المقرر في المادة ٢٥١ وبين الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في المادة ١٧ من قانون العقوبات (١) .

العلاقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية عند التجاوز :

من المسائل التي اثارَت خلافا في الفقه والقضاء ، العلاقة بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي ، ومدى اتفاقهما او اختلافهما ومرد هذا الجدل اختلاف صياغة القانون المدني عن القانون الجنائي ، فالمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري تنص على ان « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » وهذا يعنى ان أى خطأ مهما قلت جسامته يرتب المسؤولية المدنية ، بينما لا يتضمن قانون العقوبات مثل هذا النص العام وانها يعدد صور الخطأ الذي تقسم به المسؤولية الجنائية (٢) ، وقد اختلف اتجاه الشراح فذهب البعض الى القول بازدواج الخطأين فكل منهما له مضمونه الذي يتحدد وفقا لاختلاف الهدف من الجزاء المقرر لكل منهما (٢) ، واتجه فريق من الشراح الى القول بوحدة الخطأين لان الصور التي ينص عليها قانون العقوبات تتناول كل درجات وحالات الخطأ مما يؤكد وحدة الخطأين في كل من القانونين وأن الخلاف بينهما شكلى بحت (٤) .

وقد اتجهت محكمة النقض في احكام قديمة الى القول بازدواج الخطأين وأن « عدم المعاقبة على واقعة ما لا يترتب عليه حتما اخلاء صاحبها من المسؤولية المدنية ، بل انه اذا ثبت للمحكمة وجود خطأ من جانبه ترتب عليه ضرر كان مسئولا عن تعويضه ولو برىء من العقوبة الجنائية » (٥) ثم اتجهت الى القول بوحدة الخطأ المدني والخطأ الجنائي

(١) نقض ٩ مايو ١٩٦٦ - مجموعة احكام النقض - السنة السابعة عشرة - رقم

١٠٥ ص ٥٨٧ ، نقض ١٠ مارس ١٩٥٨ - السنة التاسعة - رقم ٧٢ - ص ٢٩٢ .

(٢) النظرية العامة للخطأ غير العمدى - الدكتور فوزية عبد الستار - المرجع

السابق ص ١١٥ - ١١٦

(٣) النظرية العامة للخطأ غير العمدى - المرجع السابق - ص ١٢٤ ، الدكتور علي

راشد - القانون الجنائي - ١٩٧٤ - ص ٢٨٤ ، الدكتور رموف فريد - القسم العام -

ص ٢٥٧ .

(٤) الاستاذ على بدوى - الاحكام العامة في القانون الجنائي - ١٩٢٨ - ص ٢٨٠ ،

الدكتور محمد مصطفى الفللى - في المسؤولية الجنائية - ص ٢١٩ ، الدكتور انوار

غالى الدبى - حجية الحكم الجنائي امام القضاء المدني - رسالة دكتوراه - ١٩٦٠ -

ص ٢١١ .

(٥) نقض ٧ مايو سنة ١٩٣١ - مجموعة الاتواعد القانونية - الجزء الثانى رقم

٢٦ - ص ٢٢٦ .

وانه « متى نفى الحكم عن المتهم فى الدعوى الجنائية ، وقضى له بالبراءة فانه يكون قد نفى الاساس الذى اقيمت عليه الدعوى الجنائية بالتعويض لوحدة الخطأ فى كل من الدعويين ولما هو مقرر قانونا من حجية الحكم الجنائى على الدعوى المدنية » (١) .

والقول بترتيب المسؤولية المدنية عند تجاوز حدود الدفاع الشرعى يأخذ صورة الخلاف بين نظرية ازدواج الخطأ الجنائى والخطأ المدنى وبين نظرية وحدة الخطأين ، فالأخذ بنظرية الازدواج يجعل انتفاء الاثم الجنائى عند التجاوز غير مانع من ترتب المسؤولية المدنية استنادا الى التمييز بين الخطأ الجنائى والخطأ المدنى ، واما القول بوحدة الخطأين فيترتب عليه أن انتفاء المسؤولية الجنائية معناه عدم وجود خطأ مدنى يرتب المسؤولية المدنية ..

والراجع عندى هو القول بازدواج الخطأين ، وذلك لاختلاف معيار كل منهما فهو فى الخطأ المدنى يقتصر القاضى على ثبوت مخالفة الفاعل لسلوك الشخص المعتاد ، أما فى القانون الجنائى فان القاضى يتوغل فى نفسية الجانى لمعرفة المحرك لهذا السلوك وما اذا كان محلا للوم الاجتماعى ، والقول بازدواج الخطأين يعطى للقاضى حرية اكثر فى تقدير الخطأ (٢) .

وفضالا عن هذا الذى يسوقه شراح القانون الوضعى لترجيح القول بنظرية الازدواج ، **فان القول بالتمييز بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامى** ، فقد جاء فى الام « ولو ضربه ضربة فى اقباله وضربه اخرى فى ادباره فمات لم يكن فيه قود ، وجعلت عليه نصف الدية لأنى جعلته ميتا من الضربة التى كانت مباحة والضربة التى كانت ممنوعة فلا قود عليه وعليه نصف الدية (٣)

المسؤولية عن التجاوز فى حالة المساهمة الجنائية :

المساهمة الجنائية وفقا للنظام التقليدى الراجح فى تشريعات الدول

(١) نقض ٣ فبراير سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض - السنة الخامسة عشرة رقم ٢٣ ص ١١٠ ، نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة السابعة عشرة - رقم ٦٩ - ص ٢٤٨ .

(٢) النظرية الدائمة للخطأ غير العمدى - الدكتور فوزية عبد الستار - ص ١٢٤

- ١٢٥ -

(٣) الام - الجزء السادس - ص ٢٩

العربية قد تكون أصلية وقد تكون تبعية (١) ، والقاعدة أن الشريك يستعير أجرامه من الفاعل الاصلى ، فلا تتحقق المساهمة الجنائية بغير ارتكاب الفاعل الاصلى لفعل يعتبر جريمة ، غير أن عقاب الشريك لا يتوقف على عقاب الفاعل الاصلى طبقاً للمادة ٤٢ من القانون المصرى التى تنص على أنه « اذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة أو لعدم وجود القصد الجنائى أو لاحوال خاصة به وجبت مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً » (٢) .

ولما كان المدافع يعتبر مسئولاً عن تجاوز الحدود المشروعة للدفاع فان المساهم معه فى هذا التجاوز قد تقوم مسؤوليته عنه ، وتتوقف العقوبة على درجة ما يسند لكل مساهم من خطأ بمعناه العام مع مراعاة الاحوال والظروف الخاصة به ..

سلطة قاضى الموضوع ورقابة محكمة النقض :

لا تختلف رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع بخصوص التجاوز عن رقابتها على ثبوت الدفاع الشرعى بصفة عامة (٣) ، فلا رقابة لها على المسائل الموضوعية فالقول بتجاوز الدفاع أو عدم تجاوزه يستقل به قاضى الموضوع ، لانه يتناول البحث فى الوقائع والمقارنة بين جسامة خطر الاعتداء ، وجسامة أفعال الدفاع ومن اطلاقات قاضى الموضوع القول بوافر النية السليمة أو انتفاؤها (٤) ، وكذلك تحديد ما اذا كان المتجاوز حسن النية جديراً بتطبيق التخفيف المنصوص عليه فى المادز ٢٥١ ، أم أنه يكفى تطبيق المادة ١٧ من قانون العقوبات ، أم أنه جدير بالعقوبة الاصلية لجريمته ، فكل هذه الامور يختص بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فيها من محكمة النقض (٥) .
واما سلطة محكمة النقض فتقتصر على رقابة صحة المنطق القضائى

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - اصول قانون العقوبات فى الدول العربية - ص ٦٨ ، واجع فى التفرقة بين المساهمة الاصلية والمساهمة التبعية ، المساهمة الاصلية فى الجريمة - الدكتور فوزية عبد الستار - رسالة دكتوراه - ١٩٦٧ - ص ٧
(٢) تقابل المادة ٥٠ من القانون العراقى .

(٣) راجع ما سبق ص ٢٩٣ .

(٤) نقض ٥ ابريل سنة ١٩٣٧ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الرابع رقم ٦٨ - ص ٦٢ ، نقض ١٨ مايو سنة ١٩٥٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة الرابعة - رقم ٢٩٨ - ص ٨٢٠ ، نقض ايل ديسمبر سنة ١٩٥٣ - السنة الخامسة - رقم ٤٢ - ص ١٢٨ .

(٥) نقض ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الرابع - رقم ٦٨ ص ٦٢ ، نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٨ - مجموعة أحكام النقض - السنة التاسعة رقم ٧٢ - ص ٢٦٢ .

للحكم الصادر من محكمة الموضوع ، وبعبارة أخرى مراقبة النتيجة التي وصل إليها ومدى اتفاقها أو تنافرها مع الوقائع الثابتة بالحكم ، فإذا كانت النتيجة المستخلصة لا تتفق عقلا ومنطقا مع ما ورد في الحكم من وقائع ، فلحكمة النقض ان تنقض حكمه ، ولذلك حكم بأنه « اذا كانت المحكمة قد انتهت الى أن الاعتداء لم يكن مما يصح رده بالقتل ، ولكنها لم تعرض الى مساءلة المدافع عن تجاوزه حدود حقه في الدفاع ، فان حكمها يكون قاصرا قصورا يعيبه بها ويجب نقضه » (١) . ومن أمثلة تعارض النتيجة المستخلصة مع الوقائع الواردة في حكم قاضى الموضوع أن يثبت انتفاء شرط من شروط الدفاع المشروع غير شرط التناسب ، ثم ينتهى الى اعتبار المدافع متجاوزا حدود الدفاع لان الصحيح عدم نشوء الدفاع في هذه الحالة ، أو أن يحصل العكس فيثبت توافر شروط الدفاع فيها عدا شرط التناسب ثم ينكر نشوء حالة الدفاع أصلا (٢) ، فالقاضى في هذه الحالات قد أخطأ في فهم القانون وتطبيقاته ، ومن الصور التى يعتبر قاضى الموضوع مخطئا فيها ، أن يثبت فى الحكم أن التجاوز كان بنية سليمة ، ثم يقضى بالحد الأقصى المقرر للعقاب على الجريمة (٣) ، لانه من التناقض أن يعتبر المتهم متجاوزا للدفاع بحسن نية ، ثم يحكم عليه بأقصى عقوبة يقررها القانون للجريمة ، أما اذا كانت العقوبة أدنى من الحد الأقصى الذى ينص عليه القانون ، فان ذلك يدخل في حدود السلطة التقديرية لقاضى الموضوع (٤) .

موقف القانون المصرى في ضوء الفقه الاسلامى :

لا خلاف بين الفقه الاسلامى ، والقانون المصرى في مسئولية المتجاوز الذى يعتمد اتيان أفعال يعلم أنها غير لازمة للدفاع .

- (١) نقض ٤ اكتوبر سنة ١٩٤٨ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع - رقم ٦٤٦ - ص ٦١٧
- (٢) نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية - الجزء الثالث - رقم ٥٢ ص ٥٨ ، نقض اول يونية ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية - الجزء الخامس رقم ٤١٥ - ص ٦٧٠ ، نقض ٧ اكتوبر سنة ١٩٤٧ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع - رقم ٣٨٧ - ص ٣٦٨ ، ٤ اكتوبر سنة ١٩٤٨ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع - رقم ٦٤٦ - ص ٦١٧ ، نقض ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة الخامسة - رقم ٥٩ - ص ١٧٦
- (٣) نقض ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس - رقم ٤٩١ - ص ٦٣٥ نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٨ - مجموعة أحكام النقض - السنة التاسعة رقم ٧٢ - ص ٢٦٢ .

(٤) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العظم (المصرى) - ص ٢٤٥

تكفل من الفقه الاسلامى ، والمبادئ العامة لتجاوز حدود الإباحة في الفقه الوضعى تقرر مسئولية المتجاوز عنها مسئولية كاملة ..

وأما الأفعال التى يأتىها المتجاوز بحسن نية ، أو بتعبير المادة ٢٥١ من القانون المصرى دون أن يكون قاصدا أحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع

فقد ذهب رأى معاصر الى أن المتجاوز لا يعتبر مسئولا عنها في الفقه الاسلامى ، مادام يعتقد لزومها حسب ظنه الراجح ، وأن الفقهاء لم يتعرضوا لمثل هذا النوع من التجاوز ، وينتهى هذا الرأى الى أن نص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات لا يخالف روح الشريعة (١) .

ونحن نتفق مع هذا الرأى في النتيجة ، ولكننا نختلف معه في تفسير الظن الراجح ، لأن المقصود به كما قال العلامة الشبرايملى الظن القوى (٢) ، ومدى قوة هذا الظن ومعقولة تخضع لتقدير القاضى المسلم ، الذى يضع في اعتباره الظروف الشخصية للمصول عليه ، والملايسات الموضوعية للعدوان ، فضلا عن ذلك فقد جاء في القرآن الكريم ما يفيد وجوب التناسب في قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (٣) .

وأما القول بأن الفقهاء لم يتعرضوا لمثل هذا النوع من التجاوز فمحل نظر ، لأن بعض الفقهاء لا ينظر الى القصد وإنما الى أثر الفعل نفسه لأن الأثر الذى يترتب على الفعل دليل على تجاوز حدود الدفاع الشرعى فقد جاء في الضمان لأستاذنا المغفور له الشيخ على الخفيف « أما الأب إذا ضرب ولده أو المعلم إذا ضرب صبيه أو الزوج إذا ضرب زوجته فأدى ذلك الى تلف نفس أو عضو فانه يضمن بفعله في قول أبى حنيفة والشافعى إذ لا يكون ذلك الا عند تجاوز الحد الشرعى فان لم يجاوز الحد كان ذلك من باب القضاء والقدر ، وذهب مالك وأحمد الى سؤاله لأن الأثر الذى يترتب على فعله دليل تجاوزه الحد » (٤) .

(١) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ٢٥٩ - ٢٦١

(٢) راجع ما سبق ص ١٦١

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٤ - راجع ما سبق - ص ٢٤٩

(٤) الضمان في الفقه الاسلامى - أستاذنا المغفور له الشيخ على الخفيف - معهد

البحوث والدراسات العربية - ١٩٧٢ - القسم الثانى - ص ١٧٢ .

ويتبين من هذه العبارة ان مالك وأحمد يعتدون في المسؤولية بالاثـر الذي يـرتبه فعل من تقرر له سبب الاباحة ، وبعبارة اخرى لا ينظرون الى حسن النية أو سوءها طالما تحقق التجاوز ، ومن ناقلـة القول ان العقوبة فى مثل هذه الاحوال عقوبة تعزيرية متروك تقديرها لولى الامر ، وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصرى .

واما التفرقة فى رقابة محكمة النقض بين المسائل الموضوعية واعتبارها من اطلاقات قاضى الموضوع ، وقصر رقابة محكمة النض على خطأ محكمة الموضوع فى تطبيق القانون وتاويله ، فلا مخالفة فيه للفقـه الاسلامى ، لانه من المسلم به جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والاقضية .