

الباب التمهيدي
اسباب الاباحة والدفاع الشرعي

الباب التمهيدي

أسباب الإباحة والدفاع الشرعي

نعقد هذا الباب للمبادئ العامة في أسباب الإباحة باعتبار أن الرأي الغالب في الفقه الوضعي هو اعتبار الدفاع الشرعي أحد الأسباب الهامة لانتفاء عدم المشروعية الجنائية ، كما نعرض المقدمات العامة للدفاع الشرعي ، ونقسم الدراسة الى فصول ثلاثة :-

الفصل الاول : الإباحة في الشريعة والقانون .

الفصل الثاني : تعريف الدفاع الشرعي وأقسامه

الفصل الثالث : مصدر الدفاع الشرعي وأهميته

الفصل الأول

الإباحة في الشريعة والقانون

لا تقتصر التشريعات العقابية الحديثة على نصوص التجريم Normes incrimination وإنما تتضمن إلى جانب ذلك نصوصاً تبيح الجريمة Normes permissives لأن الفائدة الاجتماعية لا تتحقق من تطبيق نص التجريم ، أو أن المصلحة من تطبيق نص الإباحة أولى بالرعاية من تطبيق نص التجريم .

وقد عرف الأصوليون نظرية الإباحة ، وكان للفقهاء نظرهم ، وسبق لولئك جميعاً علماء اللغة فأبانوا حقيقتها اللغوية .

وعليه تقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :-

المبحث الأول : الإباحة لغة

المبحث الثاني : الإباحة عند الأصوليين والفقهاء

المبحث الثالث : أسباب الإباحة في الفقه الوضعي

المبحث الرابع : مقارنة بين الإباحة عند الأصوليين والفقهاء والإباحة في الفقه الجنائي .

المبحث الأول

الإباحة لغة

يستعمل لفظ الإباحة في اللغة ثلاثياً ، فيقال باح بمعنى ظهر ، وهو في هذا الاستعمال لازم ، كما يقال باح بسرّه أظهره ، فيكون متعدياً ، ومصدر الأول البوّح ، ومصدر الثاني الإباحة ، والمباح اسم مفعول من الإباحة وجاء في **لسان العرب** (١) « البوح ظهور الشيء وباح بالشيء ظهر وباح به بوحاً وبؤوحاً وبؤوحة أظهره وباح ما كتمت وباح به صاحبه وباح بسرّه أظهره ورجل بؤوح بما في صدره وبيحان بما في صدره معاقبه وأصلها الواو وفي الحديث إلا أن يكون كفراً بواحاً أي جهاراً ويروى بارأء وإباحة سرا فيباح به بوحاً بئسه إياه فلم يكتمه وفي

(١) لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري ٦٣٠ هـ - ٧١١ هـ - الجزء الثالث - مجموعة نرائنا - الدار المصرية للتأليف والترجمة - طبعة مصنوعة عن طبعة بولاق ١٣٠٨ - ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

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

وابحتك الشيء احلته لك ، واباح الشيء اطلقه ، والمباح خلاف المحذور والاباحة شبه النهي، وقد استباحه اى انتهه ، واستباحوهم اى استأصلوهم وفى الحديث حتى يقتل مقاتلكم ويستبيح ذراريتكم اى يسبيهم وينهبهم ويجعلهم له مباحا اى لا تبعة عليه فيهم ، يقال اباحه يبيحه واستباحه يستبيحه (١) .

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

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

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

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

(١) قال مختارة : حتى استباحوا آل عوف عنوة بالشري وبالشيح الذبل
(٢) الفراء هو أبو زكريا يحيى بن زياد من أئمة النحو واللغة فى العصر العباسى
ات بالرئ سنة ١٨٩ المعارف لابن قتيبة ٣٢٨ .
(٣) أصدره مجمع اللغة العربية - الجزء الاول - مطبعة مصر - ١٣٢٨ هـ -
١٩٦٠ م - ص ٧٥ .

المبحث الثاني

الإباحة عند الأصوليين والفقهاء

يعرف الأصوليون الإباحة تعريفا مشهورا وهو أنها « التخيير بين فعل الشيء وتركه » (١) ويعرفون المباح تعريفا دارجا بأنه « ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه » (٢) .

ولم يقف الأصوليون عند هذين التعريفين المشهورين ، وإنما تعددت تعريفاتهم للإباحة كما تعددت تقسيماتهم لها ، لذلك ندرس الإباحة عند الأصوليين في مطلبين على التوالي ونخصص المطلب الثالث للإباحة عند الفقهاء .

المطلب الأول : تعريف الإباحة عند الأصوليين

المطلب الثاني : أقسام الإباحة عند الأصوليين

المطلب الثالث : الإباحة عند الفقهاء

للمطلب الأول

تعريف الإباحة عند الأصوليين

نقل الأمدى تعريفات عدة للمباح واعترض عليها ثم انتهى الى التعريف الذى رآه أقرب الى الصواب ، كما ذكر الشاطبى وابن السبكي ، والشوكانى . وصدر الشريعة تعريفات للإباحة ، ونعرض لهذه التعريفات على التوالي لننتهى الى التعريف المختار :

أولا : الإباحة عند الأمدى :

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

(١) الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - استاذنا الدكتور

محمد سلام مدكور - دار النهضة العربية ١٩٦٣ ص ٢٦ .

(٢) أصول الفقه الإسلامى - الدكتور زكى الدين شمعان - دار النهضة العربية

١٩٦٧ - ١٩٦٨ ص ٢٤٣ .

(٣) الأحكام فى أصول الأحكام - الجزء الأول - دار الكتب الخديوية - مطبعة

العارف ١٣٢٢ هـ - ١٩١٤ م ص ١٧٥ وما بعدها .

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

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

ج - المباح « هو ما أعلم فاعله أو دل أنه لا ضرر عليه في فعله
ولا تركه ولا نفع له في الآخرة » .

واعترض الأمدى على هذا التعريف بأنه « غير جامع ، لأنه يخرج
منه الفعل الذي خير الشارع فيه بين الفعل والترك ، مع اعلام فاعله
أو دلالة الدليل السمعى ، على استواء فعله في المصلحة والمفسدة دنيا
وأخرى ، فانه مباح ، وإن اشتمل فعله وتركه على الضرر .

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

ثانيا : الإباحة عند بعض الأصوليين :

١ - المباح عند الشاطبى :

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

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

(١) الأحكام في اصول الأحكام - المرجع السابق - ص ١٧٦ .

(٢) الموافقات - الطبعة السلفية ١٣٤١ هـ - الجزء الأول - ص ٦٨ - ٦٩ .

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

ب - المباح عند مئلاخسرو :

عرف مئلاخسرو (١) المباح حيث قال « ان المباح ما استوى طرفاه في نظر الشارع بان يحكم بذلك صريحا او دلالة .

ج - المباح عند ابن السبكي الشافعي :

سلك ابن السبكي (٢) مسلكا قريبا من مسلك مئلاخسروا من المباح اذ اورد في صدد تقسيم الخطاب ما يفيد ان الاباحة عبارة عن اقتضاء الخطاب التخيير بين فعل الشيء وتركه ، ومن هنا يكون المباح مادلا خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف على التخيير بين فعله وتركه .

وهذا التعريف يعترض عليه - مثل التعريف الذي نقله الامدى اولا وهو دخول الواجب الخير ، والواجب المؤقت بوقت موسع .

د - المباح عند صدر الشريعة :

عرف صدر الشريعة (٣) المباح بانه فعل المكلف الذي يستوى فعله وتركه والمراد بالاستواء كما يقول الشارح (٤) استواء الفعل والترك في نظر الشارع بان يحكم بذلك صريحا او دلالة .

هـ - المباح عند الغزالي :

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

وحد المباح عند الغزالي انه « الذي عرف الشرع انه لا ضرر عليه في تركه ولا فعله ولا نفع من حيث فعله وتركه احترازا عما اذا ترك

(١) مرآة الاصول شرح مرآة الوصول - طبعة الاستانة ١٢٩٦ هـ - ص ٢٧٨ .

(٢) جمع الجوامع - الطبعة الاولى - ١٣٦١ هـ - ص ١٠٥ وابن السبكي هو تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي المتوفى ٧٧١ هـ .

(٣) التنبية والتوضيح - الطبعة الاولى ١٣٢٢ هـ وصدر الشريعة هو عبد الله بن مسعود الحنفى المتوفى ٧٤٧ وكتبه تجمع بين طريقة التكلمين وطريقة الاحتلاف .

(٤) الشارح هو سعد الدين بن مسعود بن عمر القفازانى الشافعى المتوفى ٧٩٢ هـ .

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

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

ثالثا : التعريف المختار :

نرى ترجيح التعريف الذى وضعه الأمدى (٢) وحيثيات هذا الترجيح يمكن إجمالها فيما يلى :

١ - التعريف واضح ومستقيم ولا يحتاج الى ما يبين المراد او يدفع الإيراد مما هو ملاحظ فى التعريفات الأخرى .

٢ - قوله ما دل الدليل السمعى يخرج الدليل العقلى المختص وبذلك يكون قد احتسب احتراسا واضحا عن دعوى أن الأحكام تدرك بالعقل من غير توقف على دليل شرعى وأن الشرع انما يجيء تأييدا لها، وهو مذهب المعتزلة فى التحسين والتقييح العقليين .

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

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

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

(٢) راجع فى تأييد الأمدى استاذنا الدكتور محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٣٦ .

(٣) بقسم علماء المنطق التعريف الى قسمين :

١ - التعريف بالحد : وهو تعريف بالجنس والفصل الذى يبين النهاية او بالفصل وحده .

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

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

المطلب الثانى

اقسام الاباحة عند الاصوليين

قسم الفزالى المباح من حيث ذاته الى اقسام ثلاثة ، ونظر اليه الشاطبى من زاويتين فقسمه اولاً باعتبار ما هو ذريعة ، ومن زاوية اخرى من حيث الكلية والجزئية فى الشيء المباح ، وقسم القرافى الاباحة الى اباحة مطلقة واباحة منسوبة الى سبب .
ونعرض هذه التقسيمات على التوالى :

اولا - تقسيم المباح عند الفزالى :

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

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

وهذا القسم لا يدخل فى الاباحة الا اذا قلنا برأى بعض المعتزلة من ان معنى المباح رفع الحرج عن الفعل والترك وذلك ثابت قبل السمع (٢) .

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

٣ - القسم الثالث : ما لم يرد فيه خطاب بالتخيير ولكن دل الدليل السمعى على نفى الحرج عن فعله وتركه ، فقد عرف بدليل السمع ولولاه لكان يعرف بدليل العقل نفى الحرج عن فاعله .

ويمكن القول ان المباح عند الفزالى قسمان :

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

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

(١) المستصفى - المرجع السابق ص ٩١ .

(٢) استاذنا الدكتور محمد سلام مذكور - الحكم التخييرى - المرجع السابق ص ٨٧ .

ثانيا : تقسيم المباح عند الشاطبى :

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

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

قسم الشاطبى المباح باعتبار ما هو ذريعة الى ثلاثة اقسام :

- ١ - مباح يكون ذريعة الى منهى عنه فهو مطلوب الترك .
- ب - مباح يكون ذريعة الى مأمور به وهو مطلوب الفعل والمستعان به على امر آخرى ، وفى الحديث « نعم المال الصالح للرجل الصالح » وهو فى الشريعة كثير كما يقول الشاطبى .
- ج - مباح لا يكون ذريعة الى شئ فهو المباح المطلق .

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

٢ - تقسيم المباح بحسب الكلية والجزئية فى الشئ المباح :

قسم الشاطبى المباح بحسب الكلية والجزئية فى الشئ المباح الى أربعة اقسام :

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

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

(١) الموافقات - المرجع السابق - ص ٧٢ .

(٢) استاذنا الدكتور محمد سلام مذكور - الحكم التخييري - المرجع السابق ص ٨٧

(٣) الموافقات - المرجع السابق - ص ٨٥ .

وسع الله عليكم فآوسعوا على أنفسكم ، وإن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده » فهذا يدل على أن التوسعة مطلوبة في الجملة شرعا على جهة الندب .

ج - مباح بالجزء محرم بالكل كالمباحات التي تقدر المداومة عليها في العدالة وإن كانت مباحة في الأصل إلا أنها تحرم بالاعتبار ومن أمثلتها المجازفة في الكلام وشمم الأولاد .

د - مباح بالجزء مكروه بالكل وهي أشياء مباحة بأصلها إلا أن الاعتياد عليها مكروه : مثل التنزه في البساتين واللعب المباح .
وإذا ترتب على المباح بعض الضرر صار مكروها ، وإن كان الضرر جسيما صار حراما .

ثالثا : تقسيم الإباحة عند القرافي :

قسم القرافي (١) الإباحة من جهة الإطلاق أو النسبة إلى سبب معين إلى إباحة مطلقة وإباحة منسوبة إلى سبب :

١ - فالإباحة قد ثبتت مطلقا فلا يكون على المكلف حرج بالاقدام على الفعل مطلقا .

ب - وقد ثبتت الإباحة باعتبار سبب معين فلا يكون على المكلف حرج في الاقدام على ذلك الفعل من جهة ذلك السبب ، ويكون عليه حرج في الاقدام بسبب آخر على معنى أن التحريم يجتمع مع هذه الإباحة ولا يجتمع مع الإباحة الأولى ، وسبب ذلك أن الشيء قد يكون له عدة أسباب تقتضي تحريمه فيرتفع بعض تلك الأسباب ويبقى بعضها، فيكون الفعل مباحا من ناحية ما ارتفع من الأسباب ، ولكنه لا يباح للمكلف الاقدام على الفعل باعتبار أن هناك سببا آخر أو أكثر يقتضي التحريم .

كما أنه يكون هناك سبب واحد للتحريم فيزول ويخلفه سبب آخر فتصدق الإباحة باعتبار السبب الأول ، ويصدق التحريم باعتبار السبب المتجدد .

ويذكر القرافي أمثلة تنطبق عليها الإباحة المنسوبة إلى السبب هي :

١ - تحريم البائنة بينونة كبرى الوارد في قوله تعالى « فلا تحل

(١) الفروق - الجزء الثالث - ص ٧٢ ، ٧٤ - الطبعة الأولى مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٦ هـ والقرافي هو العلامة شهاب الدين أبي العباس احمد بن ادریس ابن عبد الرحمن للصنهاجی المشهور بالقرافي .

له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » يقول القرافى ان المرأة بنكاح زوج آخر لا تحل لزوجه الاول اجماعا لوجود عدة اسباب للتحريم :
البنونة الكبرى ، وكونها ليست زوجة له ، وقد يوجد مع ذلك موانع أخرى كالحيض والصوم والاحرام فاذا تزوجها الزوج الثانى صارت مباحة من جهة البنونة الكبرى وزال التحريم الناشئ عنها ، وبقي التحريم بكونها زوجة لآخر ، وقد خلف السبب الزائل سببا آخر وزال التحريم القائم بالسبب الاول ، فاذا طلقها الزوج الثانى بقيت محرمة بسبب آخر وهو العدة من هذا الطلاق ، وبعد انقضاء العدة يكون هناك سبب آخر وهو كونها اجنبية عنه لا يحل له جماعها الا بعقد جديد فاذا عقد زال ذلك السبب المحرم ، وقد يوجد سبب آخر كالحيض او الصوم فاذا زال كل هذا ثبتت الاباحة المطلقة .

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

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

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

(١) سورة البقرة الآية : ٢٢ .

(٢) استاذنا الدكتور محمد سلام مذكور - الحكم التغيرى - المرجع السابق

المطلب الثالث

الإباحة عند الفقهاء

سلك بعض الفقهاء مسلك الاصوليين في تعريف الإباحة ، بينما لاحظ بعضهم المعنى اللغوي ، وكان للفقهاء المحدثين تعريفات للإباحة ونعرض لهذه التعريفات على التوالي :

اولا : التعريفات التي سلكت مسلك الاصوليين :

سلك هذا المسلك كل من الموصلى ، وتأثر به الشرنبلالى ، فقد عرفها الموصلى فقال ان الإباحة ضد الحظر وعرف المباح بأنه ما أجاز للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب ولا ماخذ فيه (١) . وعرف الشرنبلالى المباح بأنه ما خير المكلف بين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب (٢) .

ثانيا : التعريفات التي لاحظت المعنى اللغوي :

ونكتفى بمثال لهذه التعريفات هو تعريف العيني فقد عرف الإباحة بأنها ، الاطلاق في مقابلة الحظر الذى هو المنع (٣) .

ثالثا : تعريف الفقهاء المحدثين :

عرف الفقهاء المحدثون الإباحة عدة تعريفات تذكر منها :
١ - الإباحة هي « اذن الانسان لغيره بأن ينتفع بما له او يستهلكه او يملكه وهي نوع من الهبة بمعناها الاعم » (٤)
وعرفت بأنها « تصرف او اذن يفيد الانسان حق انتفاع بطريق مباشر » (٥) .

(١) الاختيار - مطبعة العلي ١٣٥٠ هـ - الجزء الثالث - ص ١٢٧ .

(٢) حاشية على درر الحكام لخلاصرو - طبعة الاستانة - الجزء الثاني -

ص ٢٨٠ .

(٣) رمز الخفايا شرح كنز الدقائق - الطبعة اليمنية ١٣٢٠ هـ - الجزء الثاني

ص ٢٦٠ .

(٤) الاستاذ أحمد ابراهيم - التزام التبرعات - مجلة القانون والاقتصاد -

السنة الثالثة - المجلد الاول - ص ٦٥ .

(٥) استاذنا المرحوم فضيلة الشيخ على الخفيف - المنافع - مجلة القانون

والاقتصاد - السنة العشرون - المجلد الاول والثاني ص ١٢٦ .

ج - وعرفها البعض بأنها الاذن باستهلاك الشيء أو باستعماله وهي لا تجعله مملوكا بل هي دون التملك (١) « والاذن قد يكون من الشارع كالاستيلاء على المال المباح وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من سبقت يده الى مال مباح فهو له ، وقد يكون باذن الافراد باستهلاك رقبة العين كثر النقود في الافراح أو باستهلاك منفعة العين كمن يدعو صديقه لركوب سيارته .

والإباحة ليست من قبيل التعاقد ولا يشترط فيها أن يكون المأذون له معين معلوما للأذن ، لا بشخصه ، ولا باسمه كمن يضع اناء في الطريق ليشرب منه المارة .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الإباحة عند الأصوليين والفقهاء وننتقل الى دراسة الإباحة عند شراح القانون الوضعي .

المبحث الثالث

اسباب الإباحة في الفقه الوضعي

قلنا انه الى جانب نصوص التجريم تشمل التشريعات العقابية نصوصا أخرى تبيح الجريمة ، وهي التي درج الفقه المصري (٢) على أن يطلق عليها « اسباب الإباحة » .

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

ونقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

المطلب الاول : ماهية الإباحة وأساسها .

المطلب الثاني : تمييز الإباحة عن الحالات الأخرى .

المطلب الثالث : آثار الإباحة .

(١) المدخل للفقه الإسلامي - الأستاذ مصطفى الزرقا - الطبعة السادسة -

ص ٢٦٥ .

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم العام دار النهضة العربية - الطبعة الثامنة ١٩٦٩ ص (٤) ، واستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية - ١٩٧٧ ص ١٥٩ ، الدكتور روفيع عبيد - مبادئ القسم العام من التشريع العقابي - دار الفكر العربي ١٩٧٩ ص ٤٩٤ ، الدكتور مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات القسم العام - دار الفكر العربي ١٩٨٩ ص ١٦٩ .

(٣) الدكتور بسر أنور طي - الدفاع الشرعي دراسة لمبدأ المشروعية - المجلة الجنائية القومية - المجلد الثالث عشر ١٩٧٠ - ص ٢٢٤ .

المطلب الاول

ماهية الإباحة وأساسها

تعريف أسباب الإباحة :

القاعدة العامة هي العقاب على كل واقعة جنائية ، غير أن أسباب الإباحة تجعل الواقعة التي كان يجب أن توصف بعدم المشروعية الجنائية واقعة مشروعة طبقاً لنص الإباحة ، فهناك نص يجرم الفعل ونص لظروف أو ملابسات خاصة ترتبط بالواقعة الجنائية التي يكتمل لها الشكل الخارجى للجريمة ، يجعل هذه الواقعة مشروعة في نظر المشرع ، هذه الملابسات والظروف هي ما يطلق عليه أسباب الإباحة .

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

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

ويعرف البعض (٥) أسباب الإباحة أو حالات عدم المشروعية كما يطلق عليها أنها « أحداث أو ظروف أو مواقف معينة تلبس واقعة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

موقف التشريعات من اسباب الاباحة :

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

وتنهج قلة من التشريعات نهجا مخالفا ، فيكون للقاضى الفصل فى
تطبيق نص التجريم او تعطيله ، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات
السوفيتى فتقضى الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون سنة ١٩٦٠
بانه « مع وجود نص فى قانون العقوبات يقضى بتجريم الفعل فان هذا
الفعل لا يعد جريمة اذا تجرد من الخطر الاجتماعى بسبب قلة اهميته (١)
وقد اخذ التشريع الفرنسى ، والتشريعات العربية بالنهج الاول ،
فالتشريع الفرنسى نص على ممارسة اذن القانون وامر السلطة الشرعية
L'autorite légitime فى المادة ٣٢٧ ، وعالج الدفاع الشرعى
Légitime défense فى المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ ولم يتناول رضاء
المجنى عليه Le consentement de la victime (٢) وعالج التشريع المصرى

(١) n'est pas considérée comme une infraction

les élément d'une infraction prévue par la loi pénale, ne présenté cependant aucun danger social en raison de son minime.

Les système penal sovietique, par A.A. Piontkovsky et V.M. Tchkhikvodge. Paris 1975, p. 18.

Cours de droit criminel et de science pénitentiaire (٢)

par Georges Vidal et Joseph Magnal 1970, No. 185, p. 344.

استعمال الحق في المادة ٦٠ ، أداء الواجب في المادة ٦٣ ، والدفاع الشرعي في المواد ٢٤٥ - ٢٥١ ، ولم ينص على رضا المجنى عليه وان كان يستفاد من النظام القانوني

والتشريعات العربية تتفق في النص على ممارسة الحق ، إداء الواجب ، الدفاع الشرعي ، ومنها ما يضيف الى هذه الأسباب حالة الضرورة ، وتشمل الاكراه المعنوي ، (المادة ٧٢ من القانون الليبي ، ٨٢ من القانون المغربي) ومنها ما يضيف رضا المجنى عليه وهي قوانين السودان (المادة ٥١) ولبنان (المادة ١٨٧) وسوريا (المادة ١٨٦) والكويت (المادة ٣٩) (١) .

ويستعمل التشريع المصري والليبي والكويتي والعراقي تعبير أسباب الإباحة بينما يطلق عليها القانون السوري واللبناني والاردني أسباب التبرير ، ويستعمل القانون التونسي تعبير « عدم المؤخذة بالجرائم » .

موضع أسباب الإباحة في التشريعات الجنائية المعاصرة : -

الموضع الصحيح لأسباب الإباحة هو نصوص القسم المام من التشريع العقابي ، لأن الأصل في تطبيقها سريانها على جميع الجرائم ، وقد اتبع هذه الخطة قانون العقوبات السوري والاردني والعراقي ومشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، أما قانون العقوبات الليبي والسوداني فقد جمعا في موضع واحد بين نصوص أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وهو جمع يجب وإضاف القانون المصري الى هذا العيب عيبا آخر فنص على الدفاع الشرعي في الباب الاول من الكتاب الثالث المخصص لجرائم القتل والجرح والضرب وهو نفس مسلك قانون العقوبات الفرنسي .

اساس الإباحة : -

يقصد بأساس الإباحة الدوافع التي تدفع المشرع الى وضع نصوص تبيح الأفعال التي تجرمها نصوص التجريم ويستعمل البعض (٢) تعبير

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

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

(٢) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ١٦٠ .
(م ٣ - الدفاع الشرعي)

علة الإباحة وهو فيما نرى تعبير غير دقيق لأن ما قيل به ليس وصفا ظاهرا منضبطا مناسباً للحكم بحيث يصدق عليه مدلول العلة كما يعرفها به علماء أصول الفقه (١) ، وقد قيل بعدة نظريات كأساس لنصوص الإباحة التي تتضمنها التشريعات العقابية ونعرض لأهمها فيما يلي :

- ١ - قيل بأن أسباب الإباحة أساسها شرف الباعث أو سمو الغاية ، وهو قول مردود لأن الباعث لا يعد ركناً في الجريمة كما أن الباعث الشريف لا يصلح سبباً لمنع تطبيق أحكام القانون الجنائي .
- ٢ - وقيل بأن رضا المجنى عليه بوقوع النشاط المادي عليه هو أساس الإباحة ويعيب هذا الرأي : -

١ - رضا المجنى عليه لا يعتد به كقاعدة عامة في التجريم ، إلا حيث يكون عدم رضائه ركناً مفترضاً ، كما في الجرائم التي يستلزم فيها القانون صراحة أو ضمناً عدم رضائه بها مثل هتك العرض في أحوال معينة (مادة ٢٦٨) وفي حالة رضائه بهذه الجريمة على النحو الذي يقبله التشريع الوضعي . فان الشريعة الإسلامية لا تعتمد بهذا الرضا (٢) ، فالرضا لا يغير من طبيعة الجريمة ولا يحيل الفعل الذي ينافي الاخلاق ويخرج عن المألوف الى فعل يتفق مع الاخلاق والعادات المألوفة .

ب - رضا المجنى عليه أن توافر بالنسبة لبعض صور الإباحة مثل مزاوله مهنة الجراحة وممارسة الألعاب الرياضية فهو لا يتوافر في صور أخرى مثل من وقع عليه التأديب .

٣ - وقيل أن أساس أسباب الإباحة يكمن في انتفاء القصد الجنائي لدى الفاعل لأن الذي يقدم على نشاط مباح في ذاته لا يتوافر لديه القصد الجنائي ويرى البعض (٤) أنه تعليل صحيح ولكن الى حد ما لأن من يقدم على سلوك معين عالماً أن القانون لا يحظره ، يتوفر لديه عنصر الإرادة في القصد ، كما يتوفر لديه عنصر العلم بالوقائع ، ويتبقى ناقصاً

(١) حيث يعرفون العلة بانها « الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم »
استاذنا المرحوم فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة - أصول الفقه - ص ٢٣٧ دار الفكر العربي ١٩٧٣ .

(٢) راجع في عرض هذه الآراء الدكتور رؤوف عبيد - المرجع السابق - ص ٤٩٦ - ٤٩٧ .

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي - عبد الفادر عودة - الطبعة الاولى ١٩٤٩ ص ٤٤٥ .

(٤) الدكتور رؤوف عبيد - المرجع السابق - ص ٤٩٧ .

لديه عنصر العلم بأن هذا السلوك بالذات محظور في القانون ، لأنه يعلم على العكس من ذلك علما حقيقيا أو مفترضا ان هذا السلوك مباح ، فالقصد الجنائي بكامل عناصره غير متوافر ، ولكن انتفاء أحد عناصر القصد سببه في النهاية إباحة الفعل ذاته ، ثم ان انتفاء أحد عناصر القصد سببه في النهاية إباحة الفعل في ذاته ، ثم ان انتفاء القصد يعد بحسب الراجح من موانع المسؤولية وهي تختلف عن أسباب الإباحة (١) .

ذهب رأى (٢) الى ارتباط علة التجريم وعلة الإباحة ، فعلة التجريم هي حماية حق او مصلحة ، وعلة الإباحة هي انتفاء علة التجريم والتي تتحقق في حالتين : -

١ - حالة مباشرة اذا ما ثبت أن الفعل الذي كان الاصل فيه ان يهدد حقا لم يعد في ظروف معينة منتجا لهذا الاعتداء ، فالشارع يجرم أفعال الجرح حماية للحق في سلامة الجسم ولكنه يبيح أعمال الجراحة الطبية لأنها تحمي سلامة الجسم ومن ثم لا يوجد اعتداء على الحق المراد حمايته فتتعين الإباحة .

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

٥ - ويقرب من الرأى السابق الرأى الذى يقول بالمصلحة الاجتماعية وأساس الإباحة وفقا لهذا الرأى (٣) انعدام الضرر الاجتماعى الذى ينجم عن الفعل ويبرر تدخل الدولة بتحريمه فالواقعة حينئذ لا تضر بمصلحة الجماعة ، وبالتالي لاتعارض مع هذه القاعدة القانونية في حماية مصلحة أو حق معين .

واقرب الاسس الى الصواب هو معيار المصلحة الراجحة او المصلحة الاولى بالاعتبار في نظر المشرع فان رأى في ظروف معينة او حالات خاصة أن إباحة الفعل تحقق المصلحة الراجحة عالج هذه الحالات كأسباب للإباحة وكحالات لانتهاء عدم المشروعية الجنائية ، غير اننا نرى

(١) راجع المطلب التالي.

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

(٣) الدكتور يسر انود على - المرجع السابق - ص ٢٢٥ .

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

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

١ - التقسيم الموضوعى لاسباب الاباحة :

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

أ - **سبب اباحة عام :** وهو ذلك السبب من اسباب الاباحة الذى يبيح اذا توفرت شروط تطبيقه اية جريمة ومثال ذلك استعمال الحق او السلطة على وجه العموم (١) .

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

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

-
- (١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ١٤٣ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق ص ١٤٩
(٢) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٢٥٧
(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق ص ٢٤٩
(٤) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق ص ١٤٩
(٥) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

٢ - التقسيم الشخصى لاسباب الإباحة :

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

أ - اسباب مطلقة :

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

ب - اسباب نسبية :

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

المطلب الثانى

تمييز اسباب الإباحة عن الحالات الأخرى

تمهيد وتقسيم :

لئن اتفقت اسباب الإباحة مع بعض الحالات الأخرى من حيث الأثر القانونى وهو عدم توقيع العقاب ، فان اسباب الإباحة فى ذلك تتميز عنها بطابعها الخاص - وسماتها الذاتية من حيث التكييف القانونى ، والشروط التى تتطلبها .

والحالات التى تجرى مقارنتها بأسباب الإباحة هى الإباحة القانونية ولإباحة الأصلية أو ما يطلق عليه عدم تجريم الفعل ، أسباب الإباحة وعدم انطباق النص الجنائى ، أسباب الإباحة وموانع المسؤولية ، أسباب الإباحة وموانع العقاب ، أسباب الإباحة وحالة الضرورة ، وتتناول كل من هذه الحالات على التوالى : -

١ - اسباب الإباحة والإباحة الأصلية

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

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

وترجع أهمية هذا المبدأ الى أنه ضمان لحقوق وحريات الافراد ، فطالما لا يوجد نص يجرم الفعل يكون الفرد في مأمن من المسؤولية الجنائية (١) .

ولما كان هذا المبدأ يشكل حجر الزاوية في حماية حقوق الافراد وحرياتهم فقد أقرته الدساتير المصرية المتعاقبة في المادة السادسة من دستور سنة ١٩٢٣ ، والمادة ٣٢ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة الثامنة من دستور سنة ١٩٥٨ والمادة ٢٥ من دستور سنة ١٩٦٤ والدستور الحالي الصادر سنة ١٩٧١ تقر هذا المبدأ المادة ٦٦ التي تنص على أنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائي » ولا عقاب الا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » ويرجع البعض (٢) الاصول الاولى لهذا المبدأ الى العهد الأعظم الذي منحه في إنجلترا الملك جون لرعاياه سنة ١٢١٦ م ، وذلك اثر من آثار الفسزو الفكري والذي يحاول أن يرجع كل أصل حضاري الى أوربا ، اذ من الثابت ان المبدأ معروف في الشريعة الاسلامية ولنقرا في ذلك قوله تعالى « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » (٣) .

ويفترق الفعل أو الامتناع الذي لا يجرمه نص في القانون عن الفعل أو الامتناع الذي يخضع لنص عقابي غير أنه يطرأ وقت ارتكابه أحد أسباب الإباحة ، ففي الحالة الاولى لا يكون على القاضي لكي يحكم بتبرئة مرتكب الفعل الا ان يتحقق من عدم خضوع الواقعة لنص تجريم دون ان يبحث ظروف ارتكاب الفعل او ملاساته .

ويترتب على هذه التفرقة نتائج هامة :

١ - في حالة عدم تجريم الفعل أو الإباحة الأصلية قد ينص القانون على اجراء وقائي لما في مسلك مرتكب الفعل أو الامتناع من خطورة اجرامية بينما في حالة توافر سبب من أسباب الإباحة فلا يتصور

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

(٢) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المرجع السابق ص ٧٨

(٣) سورة الاسراء الآية : ١٥

اتخاذ اجراء وقائي لعدم توافر الخطورة الإجرامية في مسلك مرتكب الفعل (١) .

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

٢ - أسباب الإباحة وعدم انطباق النص الجنائى

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

وقد يقال أن هذا هو عين الحال اذا ما توافر سبب الإباحة حيث يخرج الفعل من نطاق التجريم وتنتفى عنه الصفه غير المشروعة ، غير أن ذلك لا يعنى انتفاء الفروق بين أسباب الإباحة ، وعدم انطباق النص الجنائى لعدم سريانه من حيث الزمان أو المكان أو بالنسبة للأشخاص (٤) ١ - فبالنسبة لسريان القانون من حيث الزمان فتطبقا لمبدأ الشرعية لا يمكن انطباق نص يجرم فعلا لم يكن مجرما وقت ارتكابه ، ويكون أساس الاعفاء من العقاب عدم تجريم الفعل لعدم وجود نص يجرمه وقت ارتكابه ، أما في حالة توافر سبب الإباحة فإن النص الذى يجرم الفعل يكون قائما غير أن حكمه يتعطل للظروف الاستثنائية المكونه لسبب الإباحة .

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

(١) استاذنا الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ١٣٧

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

(٣) أسباب الإباحة فى التشريعات العربية - استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى

ص ٤ . معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٢ .

(٤) استاذنا الدكتور محمود مصطفى - القسم الامم - ص ١٣٧ .

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

٣ - وفيما يتعلق بعدم تطبيق القانون على الأشخاص فهذا الاعفاء يكون بالنسبة لبعض الأشخاص ولاعتبارات شخصية ، اما اسباب الاباحة فالاصل فيها انها لاتقوم على اعتبارات شخصية وانما ترجع الى ظروف مادية تتوفر وقت ارتكاب الجريمة وتبيحها لاي شخص وجد فى هذه الظروف التى تجعل الجريمة وقد احاطت بها هذه الظروف المادية لا تستأهل التجريم .

٣ - اسباب الاباحة وموانع المسؤولية

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

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

وتترتب على التفرقة بين اسباب الاباحة ، وموانع المسؤولية نتائج هامة يمكن ايجازها فيما يلى : -

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المرجع السابق ص ١٦٩ ومؤلفه اسباب الاباحة فى التشريعات العربية - المرجع السابق ص ٢٢
(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق ص ١٢٨ .

١ - لما كان سبب الاباحة ينفي عن الفعل الصفة الاجرامية ، كما ان الفعل المباح لا يشكل خطورة إجرامية فانه يمنع من تطبيق أى اجراء وقائى بينما لا تحول موانع المسؤولية دون امكان خضوع الجانى لتدبير وقائى يتفق مع طبيعة الجرم الذى ارتكبه وما يكشف عنه من خطورة اجرامية (١) ولذا تنص المادة ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية المصرية على انه « اذا صدر امر بأن لا وجه لاقامة الدعوى او حكم ببراءة المتهم ، وكان ذلك بسبب عاهة في عقله ، تأمر الجهة التى اصدرت الامر او الحكم اذا كانت الواقعة جنائية او جنحة عقوبتها الحبس ، بحجز المتهم في احد المحال المعدة للأمراض العقلية الى ان تأمر الجهة التى اصدرت الامر او الحكم بالافراج عنه » .

٢ - نتيجة للصفة الموضوعية التى تتميز بها أسباب الاباحة يمتد اثرها الى كافة من ساهم في الجريمة فاعلا كان ام شريكا ، لان المساهمة الجنائية لا تكون الا في واقعة غير مشروعة ، بينما لا يحول توافر مانع من موانع المسؤولية لدى أحد المساهمين دون مساءلة باقى المساهمين في الجريمة ، فيسأل شريك عديم الأهلية لان عدم الأهلية سبب شخصى يؤثر في مسؤولية من قام به دون مسؤولية باقى الشركاء (٢) .

٣ - لما كانت أسباب الاباحة تزيل عن الفعل وصف الجريمة فان توافرها لا يرتب اية مسؤولية جنائية كانت ام مدنية ، فلا يسأل الفاعل أو شريكه عن تعويض الاضرار التى تترتب على الفعل ، اما موانع المسؤولية وان كان له اثره في المسؤولية الجنائية فيمن قام بالنسبة له المانع فان باب المسؤولية المدنية يظل مفتوحا (٣) ، وتطبيقا لذلك تنص المادة ١٦٤ من القانون المدنى على انه « يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه او تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعي في ذلك مركز الخصوم » (٤) كما قد يقضى بالتعويض

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

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

(٣) استأذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق ص ١٤٠ (٤) وتقابلها المادة ١٦٥ من القانون السورى والمادة ١٦٧ من القانون الليبي والمادة ١٩١ من القانون العراقي ، والمادة ١٢٢ من القانون اللبناني .

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

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

٤ - أسباب الإباحة وموانع العقاب

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

وأساس هذه الموانع ما يراه المشرع من اعتبارات المنفعة الاجتماعية التي يحققها اعفاء الجاني من العقاب ، والمنفعة الاجتماعية قد تتمثل في كشف الجاني عن جريمته والمساهمين معه فيها وهذه مسألة لها أهميتها في بعض الجرائم ، ومثال ذلك جريمة الاتفاق الجنائي حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصري على اعفاء كل من بادر من الجناة باخبار الحكومة بوجود اتفاق جنائي ، وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جناية أو جنحة ، وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن أولئك الجناة ، فإذا حصل الاخبار بعد البحث والتفتيش تعين أن يوصل الاخبار فعلا إلى ضبط الجناة الآخرين (٤) . وقد تتمثل المصلحة الاجتماعية في تشجيع المجرم على عدم مواصلة مشروعه الإجرامي

(١) ونظايلها المادة ١٧٤ من القانون السوري والمادة ١٧٦ من القانون الليبي والمادة ٢١٨ من القانون العراقي والمواد ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٨ من القانون اللبناني .
(٢) Marle et vitu : Traité de droit criminel, Paris (٣)
1967, P. 303.

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

(٤) ومثال ذلك أيضا ما نقض به المادة ١٠٧ مكررا ، ٢٠٥ ، ٢١٠ من القانون المصري .

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

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

٥ - اسباب الاباحة وحالة الضرورة

حالة الضرورة هى مجموعة من الظروف تهدد شخصا بالخطر وتدفعه الى فعل اجرامى معين كطريق للخلاص منه (٣) . وتنص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى على انه « لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه او غيره من

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المرجع السابق ص ٨٦٤ ، الدكتور بسر أنور على - الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ٢٢٨ .

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

Garraud I. No. 358, P. 694. (٣)

واستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المرجع السابق ص ٨٥

خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لارادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى ، وتعتبر حالة الضرورة في قانون العقوبات المصرى مانعا من موانع المسؤولية على أساس انها تؤثر في حرية الاختيار لدى الفاعل لما تحدثه الظروف الخارجية من تأثير على الإرادة ، ومثال حالة الضرورة لوقاية النفس أن تفرق سفينة فيتملق شخصان بقطعة من الخشب طافية ثم يتبين انها لا تقوى على حملهما معا فيبعد أحدهما الآخر فينجو بنفسه ويهلك زميله ومثال حالة الضرورة لوقاية الغير أن يقوم الطبيب باجراء عملية جراحية لوقاية مريض من خطر جسيم حال يهدد حياته دون حصوله على رضاء المريض .

ويرتب على اعتبار الضرورة مانعا من موانع المسؤولية أن الفاعل وإن كان لا يسأل الا أن مسؤوليته المدنية تظل قائمة وهو ما تقرره المادة ١٦٨ من القانون المدنى المصرى بقولها . . من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا اكبر محققا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا ، بينما لو اعتبرنا الضرورة سببا من أسباب الإباحة لانتفت المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية معا .

ويعتبر القانون الإطالى الضرورة من أسباب الإباحة مادة ٥٤ ويرى البعض (١) أن هذا ما كان يجب الأخذ به في القانون المصرى على أساس أن الضرورة تتوفر فيها مقومات الإباحة وعدالة يجب أن يكون لها نفس الأثر لأن الضرورة تشمل صوراً لا يكون فيها الخطر على الشخص أو من يهمه أمره كالطبيب الذى يجهض الحامل انقاذاً لحياتها ، ويجمع الإباحة وحالة الضرورة قيامهما على أساس تضحية حق لصيانة آخر يفضل أو يتساوى معه في القيمة ، ولو حدة الأساس لأسباب الإباحة وحالة الضرورة كان يجب أن يتحد أثرها في تعطيل نص التجريم ، واعتبار الفعل كان لم يكن ، كما يجب أن لا يسأل الفاعل في حالة الضرورة عن تعويض ما يحدث من ضرر .

المطلب الثالث

آثار الإباحة واحكام الجهل والغلط فيها

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

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

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

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

وهذه الموضوعات نتناولها في هذا المطلب على التوالى :

(١) اثر الاباحة وتعيين وقت ارتكاب الجريمة

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

ومرحلتا التفكير والتحضير لا تدخلان في نطاق التجريم ولا تعتبران شروعا في الجريمة طبقا للفقرة الاخيرة من المادة ٥٥ من قانون العقوبات المصرى التى تنص على انه « ولا يعتبر شروعا في الجناية او الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الاعمال التحضيرية لذلك » ، وترتبطا على ذلك فانه لا يلزم قيام السبب المبيح خلال هاتين المرحلتين لان ما يصدر عن الشخص فيهما لا يعد جريمة .

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

Infraction Continues

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

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

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

(٢) الاباحة والمساهمة فى الجريمة

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

(١) نقل ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١ س ١

ويرى البعض (١) أن القاعدة في حالة تعدد الفاعلين عدم استفادة من لم يتوفر بالنسبة له سبب الإباحة من السبب الذي توفر بالنسبة لغيره لأن المبدأ المقرر في القانون المصري أن الفاعل مع غيره يستعير اجرامه من فعله وكأنه ارتكب الجريمة وحده ، وهو ما قرره الفقرة الأخيرة من المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري والتي تنص على أنه « ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها الى غيره منهم وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها » .

بينما يرى البعض (٢) أن توافر سبب الإباحة يجعل الفعل مشروعاً ويستفيد من ذلك كل من ساهم فيه ولا فرق في الأصل بين فاعل وشريك على أساس أن الفعل المشروع لا يصلح محلاً للمساهمة الجنائية .

ورغم هذا الخلاف في المبدأ العام فالرايان يتفقان في التفرقة بين أسباب الإباحة المطلقة وأسباب الإباحة النسبية ، فإذا كان سبب الإباحة من النوع الأول استفاد منه الفاعلون جميعاً ، أما إذا كان السبب نسبياً فإنه لا يستفيد منه إلا شخص يحتل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة قصد القانون أن يقتصر أثر الإباحة عليه وحده إلا إذا أجاز القانون التفويض في استعمال الحق كما في حق التأديب المقرر للاب وحق الدفاع أمام القضاء والتفرقة بين الأسباب النسبية والأسباب المطلقة لا يتعارض مع الفقرة الأخيرة من المادة ٣٩ بل يتفق وحكمها (٣) لأن أسباب الإباحة النسبية تعتبر من الأحوال الخاصة للفاعل التي لا يتعدى أثرها الى غيره من الفاعلين .

والمبدأ العام بالنسبة للشريك أنه يستعير اجرامه من الفاعل الأصلي فإذا كان ما ارتكبه الآخر مباحاً كان فعل الشريك غير معاقب عليه غير أنه يجب التفرقة بين توافر السبب المبيح بالنسبة للفاعل وتوافره بالنسبة للشريك ، فإذا توافر السبب بالنسبة للفاعل وكان السبب مطلقاً استفاد منه الشريك ، أما إذا كان السبب نسبياً استفاد منه

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

ص ١٤٥ .

(٢) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٢٠

(٣) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق

ص ١٤٥ .

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

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

والخلاصة ان اسباب الاباحة المطلقة يستفيد منها كل من يساهم فى الفعل فاعلا كان ام شريكا ، اما اسباب الاباحة النسبية فلا يستفيد منها الا من قرر له القانون الاباحة (١) .

(٣) الجهل بالاباحة

قد يتوافر سبب الاباحة بكل الشروط التى يتطلبها القانون ولكن مرتكب الفعل يعتقد ان السبب غير متوافر وان فعله غير مشروع (٢) .
واساس الجهل بالاباحة يرجع اما الى غلط فى القانون ومثال ذلك الشخص الذى يقبض على المتلبس بالجريمة وهو يجهل ان قانون الاجراءات الجنائية يبيح القبض فى احوال التلبس بجناية او جنصة يجوز فيها الحبس الاحتياطى (المادة ٣٧) واما الى غلط فى الوقائع كمن يقبض على شخص متلبس بالجريمة وهو يجهل قيام حالة التلبس .

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

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - اسباب الاباحة - المرجع السابق

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

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

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

وقد اثار هذا القضاء خلافا لدى الشراح فذهب البعض (٤) الى أن هذا القضاء غير سديد لان موضوعية اسباب الاباحة تجعلها تحدث

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - اسباب الاباحة - المرجع السابق

ص ٣٢ .

(٢) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية > ٣ رقم ٢٩٣ ص ٢٩٩

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

(٤) استاذنا الدكتور محمود مصطفى - التسم العام - المرجع السابق -

ص ١٥ .

(م ٤ - الدفاع الشرعى)

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

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

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

{ الفلظ فى الاباحة

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

ويأخذ الفلظ فى الاباحة صورتان :

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

(١) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - اسباب الاباحة - المرجع السابق

- ص ٣٧ .

Delogue : opp. P. 165.

(٢)

بسداد الدين معتقدا ان القانون يميز له لك وهذه الصورة هي صورة الغلط في القانون ، وتخضع للحكم العام للغلط في القانون والعلم بالقانون امر مفترض ومن ثم فان الغلط في قانون العقوبات لا يصلح لدفع المسؤولية ، ويسأل الجاني عن جريمة عمدية رغم اعتقاده وجود قاعدة تبيح فعله (١) .

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

ولا يوجد في القانون المصري نص عام على غرار القانون الايطالي ، ولكنه اشار الى الغلط في الاباحة في تطبيقين الاول هو نص المادة ٦٣ التي تنص على انه لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف اميرى في الأحوال الآتية :

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

والتطبيق الثاني - في رأى البعض - خاص بالخطر التصوري في الدفاع الشرعى (المادتان ٢٤٩ ، ٢٥٠) وهو ما سيكون موضع دراسة خاصة فيما يلى .

والقاعدة ان الغلط في الوقائع بنفى القصد الجنائي لان الفاعل لم

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق ص ١٤٩ وأستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - النظرية العامة للقصد الجنائي دراسة تاصيلية مقارنة للركن المئوى في الجرائم العمدية - دار النهضة العربية ١٩٧٨ هامش ص ١٠٦ .

يقصد مخالفة القانون فلا تجوز مساءلة الفاعل عن جريمة عمدية فإذا ثبت أن الفاعل لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى فإنه لا يكون مسئولاً مدنياً أو جنائياً لأنه يكون قد سلك مسلك الشخص العادى وهو الميار الذى يمتد به القانون (١) أما إذا تبين أن الفاعل في الإباحة الذى وقع فيه مرتكب الفعل لم يكن مما يقع فيه الرجل العادى بل كان نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط أو احدى صور الخطأ فإن الفاعل يكون مسئولاً عن جريمة غير عمدية إذا كان القانون يجرم ذات الوقائع باعتبارها جريمة غير عمدية (٢) .

وهذه القاعدة العامة هي التي طبقها المشرع المصرى في التطبيقين المشار اليهما ولذا نجد محكمة النقض توجه النظر الى أن ما أشار اليه الشارع من تطبيق يشكل قاعدة عامة واجبة الاتباع فتقول في حكم لها (٣) « أن حسن النية المؤثر في المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها . هو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ، ويكفى أن يكون الشارع قد ضيقه في نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضى من تلك القاعدة العامة الواجب الاتباع . . . وليست هذه الإشارة إلا تطبيقاً لقاعدة اعتمدها قانون العقوبات في المادة ٦٣ الواردة في باب الأحكام العامة وهذا اتجاه صحيح من محكمة النقض لأنه على أساس من الحالتين اللتين ذكرهما المشرع يمكن إقامة بنيان متكامل لنظرية الغلط في الإباحة (٤) كما أن هذا الاتجاه من محكمة النقض تؤيده قواعد التفسير التي لا تبنى التوسع حيث لا يتعلق الأمر بنصوص التجريم والعقاب .

والخلاصة أن الغلط في الإباحة يؤثر في القصد الجنائى فلا تقوم المسؤولية العمدية ، وقد تقوم المسؤولية غير العمدية إذا كان القانون ينص عليها وثبت أن الجانى لم يتصرف تصرف الشخص العادى بأن أتى فعله بغير التثبت والتحرى اللازمين ، أما إذا تصرف تصرف الرجل العادى لا تقوم المسؤولية الجنائية عمدية أم غير عمدية ، كما لا تقوم مسؤولية مدنية .

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

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

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

(٤) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القصد الجنائى - المرجع السابق

ص ١١٠ .

(٥) تجاوز حدود الإباحة

يقصد بتجاوز الإباحة الخروج عن الشروط التي قررها القانون ، ليكون لسبب الإباحة أثره ، وتختلف أحد هذه الشروط يجعل الفعل خاضعا لنصوص التجريم وتترتب عليه المسؤولية الجنائية اذا توافرت سائر أركانها (١) .

وتضع بعض التشريعات نصوصا عامة لتجاوز الإباحة فقد عالجها القانون الإيطالي في المادة ٥٥ ، القانون السويسري في المادة ٢/٢٣ ، القانون الليبي الذي جاءت المادة ٧٣ منه ترجمة حرفية للمادة ٥٥ من القانون الإيطالي فنصت على أنه « اذا تعدت خطأ الأفعال المنصوص عليها في المواد السابقة الحدود التي يعينها القانون أو أمر السلطة أو داعى الضرورة يعاقب مرتكبها بعقوبة الجرائم الخطئية للأفعال التي يرتكبها ، اذا نص القانون على امكان ارتكاب تلك الجرائم خطأ » .

ولم ينظم القانون المصري أحكام التجاوز ينص عام وكل ماورد فيه نص المادة ٢٥١ الخاص بتجاوز حدود الدفاع الشرعى (٢) وهذا النص لا يمكن اعتباره قاعدة عامة لأن التفسير الموسع لا مجال لأعماله في قواعد التجريم والعقاب ، ولذلك فإن هذا النص يعمل به في الحالة التي ورد بشأنها ، أما حالات التجاوز الأخرى فتخضع للقواعد العامة والتي تقتضى التفرقة بين التجاوز المتعمد والتجاوز عن خطأ والتجاوز الذي يحدث بسبب لا دخل لإرادة الفاعل فيه .

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

وأما اذا كان خروج الجانى على الشروط المقررة لأسباب الإباحة يرجع الى صور الخطأ غير العمدى كإهمال أو عدم احتياط لا يصدر عن شخص عادى وجد فى نفس الظروف فإنه يسأل عن فعله مسئولية غير عمدية اذا كان القانون يجرمها بوصف الخطأ (٣) .

Delogu : opp. P. 160.

(١)

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

(٣) أساتذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - الرجوع السابق

ص ١٤٧ .

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

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

المبحث الرابع

الاباحة بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى

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

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

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود ممتفق - المرجع السابق - ص ١٤٧ .

(٢) استاذنا الدكتور محمد سلام مذكور - مباحث الحكم عند الاصوليين - دار

النهضة العربية - ومشار اليه فى مؤلفه الحكم التخييرى - ص ٥٤

(٣) الحكم التخييرى او نظرية الاباحة عند الاصوليين والفهاء - المرجع السابق

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

ورغم ما ذكرناه من هذا الاتفاق بين نظرة كل من الشريعة والقانون للاباحة الا أن دائرة الاباحة تختلف فى الشريعة عنها فى القانون فالدائرة فى الشريعة اوسع منها فى القانون الجنائى لأن علماء الشريعة لم يفرقوا بين جزئى وجزئى آخر كما لم تختلف فى نظريهم المسميات فلم يفرقوا بين اسباب الاباحة والاسباب المانعة من المسؤولية (٢) ويرجع ذلك الى أن علماء الشريعة يرون أن العبرة فى الاباحة كإن الفعل لا يستحق ثوابا ولا عقابا فى الآخرة ، ولذلك يرتبون على بعض الافعال والتى هى مباحة فى رأيهم بعض المسؤوليات المادية الدنيوية كضمان المتلفات والتعويض ومن أجل هذا فسروا الحديث الشريف « رافع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » بما يتفق وترتيب هذه المسؤولية المدنية طبقا للتعبير المعاصر أو الضمان كما يسمى فى اصطلاح الشرعيين فقالوا ان المقصود من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع الائم الاخرى لا رفع

(١) ج ٤ ص ١٥٥ - ١٥٦

(٢) الحكم التخيري - المرجع السابق - ص ٥٥

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

ونرى أن هذا التعميم في الفقه الاسلامي التقليدي ليس ملزما ان يقف عنده علماء الفقه الاسلامي المعاصرون في كتاباتهم فمن الممكن ان يطلق على ما جعله الفقهاء غير مرتب للمسئولية الجنائية أو للضمان (المسؤولية المدنية) مصطلح اسباب الاباحة بينما يخصون ما جعله الفقهاء القدامى مرتبا للضمان (المسؤولية المدنية) اصطلاح انعدام المسؤولية وبذلك يقدمون الفقه الاسلامي في ثوب معاصر دون الخروج على أصوله العامة اذ « لا مشاحة في الاصلاح ولا حرج في التسمية مادامت الحقائق محل اتفاق » (١) .

الفصل الثاني

تعريف الدفاع الشرعى واقسامه

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

المبحث الاول : الدفاع الشرعى فى اللغة والاصطلاح

المبحث الثانى : تاريخ الدفاع الشرعى واقسامه

المبحث الاول

الدفاع الشرعى فى اللغة والاصطلاح

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

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

وتمييز الدفاع الشرعى وذلك فى مطالب ثلاثة على التوالى :
المطلب الاول : دفع الصائل فى اللغة والفقه الاسلامى
المطلب الثانى : الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى
المطلب الثالث : تمييز الدفاع الشرعى

المطلب الاول

دفع الصائل فى اللغة والفقه الاسلامى

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

المعنى اللغوى لاصطلاح دفع الصائل :

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

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

ولم يخشوا مصالته عليهم وتحت الرغبة اللبن الصريح

والصؤل من الرجال الذى يضرب الناس ، ويتناول عليهم ،
فصال عليه اذا استطال ووثب ، صولا وصولة يقال رب قول اشد من
صولة ، والمصاولة الموائية وكذلك الصيال والصيالة ، والفحلان
يتصاولان اى يتوآثبان والصولة الوثبة (١) ويقال صال عليه اى سطا
عليه ليقهره (٢) . وجاء فى المعجم الوسيط وأصال عليه صولا وصولانا
سطا عليه ليقهره (٣) ، ويستعمل الفقهاء مصدر الفعل الصيال وان كان
للفعل مصدرا آخر هو صول الذى جاء فى اشعار العرب كقول الشاعر :

(١) لسان العرب - المرجع السابق - الجزء الثالث - ص ١٤

(٢) القاموس المحيط - تأليف محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم مجد الدين
الشرازى الفروزباده - الجزء الثالث - ص ٤ طبعة سنة ١٣٠٢ هـ ، اقرب الوارد فى
فصح العربية والشوارد تأليف سعيد بن عبد الله الياس المعروف بالشرنوبى السارونى
اللبنانى - المجلد الاول ص ٦٧٠ طبعة بيروت سنة ١٨٨٩ م

(٣) المرجع السابق - الجزء الاول - ص ٥٣١

فصالوا صولهم فيمن يليهم وصلنا صولهم فيمن يلينا (١)

ومن هذا البيان اللغوي يمكن القول ان مفهوم الصيال في اللغة الاعتداء بالسطو على الغير بقصد القهر والغلبة أو الإيذاء ، في أى صورة من صور الاذى والاعتداء ، والصائل هو المعتدى بالسطو الخ .

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

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

(١) أساس البلاغة - تأليف جاد الله أبى القاسم محمود بن عمر بن محمود المعروف بالزمخشري الخوارزمي - الجزء الثانى - ص ٣٢ طبعة سنة ١٣٤١ هـ .

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

(٣) الجزء الاول ص ٢٨٨ .

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

(٥) المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن على القرى - طبعة سنة ١٣١٢ هـ -

ص ٩٠ - المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٨٨ .

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

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

(٨) مختار الصحاح للعلامة زين الدين محمد بن شمس الدين بن أبى بكر

عبد القادر الرازى ص ٢٠٧

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

معنى دفع الصائل عند الفقهاء القدامى والمحدثين :

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

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

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

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب — لاى زكريا الانصارى الشافعى — الجزء الرابع ص ١٦٦ المطبعة الميمنية بمصر ١٢١٢ هـ — معنى الحجاج الى معرفة الفاظ النهاج للشيخ محمد الشريش الخطيب — الجزء الرابع — ص ١٩٤ — مطبعة الحلبي بمصر ١٣٥٢ هـ — ١٩٣٣ م — نهاية الحجاج الى شرح النهاج — شمس الدين محمد بن أبى العباس احمد شهاب الدين الرملى المصرى الانصارى الشهير بالشافعى الصغير الجزء الثامن — ص ٢٣ مطبعة الحلبي بمصر ١٢٨٦ هـ — ١٩٦٧ م .

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

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

وعرفه البعض بأنه (٢) « حالة او موقف يقوم فيه شخص يرد اعتداء على نفسه او عرضه او ماله او على نفس او عرض او مال غيره من شخص او اشخاص آخرين » وتأخذ على هذا التعريف الاطناب حيث كرر موضوع الحق المعتدى عليه ومن سمات التعريف الإيجاز ، كما يعيب هذا التعريف استعمال كلمات غامضة لبيان طبيعة الدفاع

(١) التشريع الجنائى الاسلامى - المرجع السابق - ص ٧٢

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

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

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

الشرعى فكلمة حالة او موقف تحتاج الى بيان ومن خصائص التعريف ان يكون واضحا في الدلالة على الم عرف .

وعرف البعض (١) الدفاع الشرعى بأنه « موقف يقوم فيه شخص برد اعتداء غير مشروع سيقع على نفسه او ماله او عرضه من شخص آخر او سيقع على نفس او عرض او مال غيره .

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

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

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

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

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

(١) حالات الدفاع الشرعى في الشريعة الاسلامية والقانون الوصى - المستشار على عبد الله طنطاوى - مجلة منبر الاسلام السنة ٣٦ - العدد ١ سنة ١٤٣٩هـ ص ٦٩

(٢) الحكم التخيىرى - المرجع السابق - ص ٢٦٤

(٣) الكفاح ضد الجريمة - المستشار محمد ماهر - المجلس الاعلى للشئون

الاسلامية - مطابع الاهرام التجارية ١٩٧٢ ص ٤٠

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

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

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

المطلب الثانى

الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

تناول الفقه الوضعى موضوع الدفاع الشرعى باعتباره أهم أسباب الإباحة وقد تعددت تعريفات الشراح سواء فى فرنسا أو فى مصر ، ونعرض لأغلب هذه التعريفات ، محاولين معرفة أيها أجدر بالاعتبار ، وذلك لنتهى الى التعريف المختار .

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

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

Traité théorique et pratique de droit pénal (١)

Français. T. : 2ème Paris 1914. P. 9.

La défense consiste à sauvegarder par

“L’emploi de la Force, un bien juridique qu’un agresseur veut enlever ou diminuer”. (٢)

Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit

criminel et science pénitentiaire 9ème Paris 1947, p. 197.

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

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

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

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

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

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

(٣) ن. ساكور دنيكوف لمحة موجزة عن القانون الجنائى الاشتراكى - دارالتنظيم موسكو لارب ص ٢١٩ .

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

الشرعى الخاص اصطلاح دفع الصائل وأطلقوا على الدفاع عن الصالح العام الامر بالمعروف والنهى عن المنكر وقد اطلق عليه حديثا المرحوم عبد القادر عودة اصطلاح الدفاع الشرعى العام وتعرض للتمييز بينهما عند تناولنا لاقسام الدفاع الشرعى (١) .

ويعرفه ١. ابونت كوفسكى A.A. Piont kovsky وتكها كهيكفادير V. M. Tochkhike vadge

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

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

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

ويصور البعض معنى الدفاع الشرعى بقوله « ان يحرس الانسان

(١) راجع البحث الثالث من هذا الفصل .

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

(٣) فى المسؤولية الجنائية - مطبعة جامعة فؤاد الاول - ١٩٤٨ ص ٢١٢

(٤) فى المسؤولية الجنائية - المرجع السابق - ص ٣٠٢

(م ٥ - الدفاع الشرعى)

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

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

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

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

(١) الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة - ١٩٧١ - ص ٢٧٨

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

(٣) الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية - الدكتور يسر انور على - المرجع

السابق ص ٢٢٩

(٤) شرح قانون العقوبات الليبى - الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى - القسم

العام - المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر - الاسكندرية ١٩٦٩ - ص ٢٦٤

(٥) شرح قانون العقوبات الجزائرى - الكتاب الاول - الدكتور رضا فرج -

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع بالجزائر - لم تذكر سنة الطبع - ص ١٥٠

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

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

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

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

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

-
- (١) خطر الاعتداء في الدفاع الشرعى - دراسة مقارنة - الدكتور فوزية عبدالستار - (مجلة القانون والاقتصاد) - السنة ٤٢ (سبتمبر - ديسمبر ١٩٧٢) - ص ١٦١
(٢) شرح قانون العقوبات - القسم العام - المرجع السابق - ص ١٩٦
(٣) شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - الطبعة الثانية - بيروت ١٩٧٥
(٤) نظرة الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق - ص ٢٧
(٥) شرح القانون الجنائى - القسم العام - أحمد صفوت - مطبعة الاعتماد بمصر

١٩٢٨ - ص ٢١٢

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

حاول الكاتب أن يوضح شمول التعريف لهذا الشرط على أساس أن وصف اللزوم في القوة المستعملة تفتضى تناسبها مع الاعتداء ، وهو قول مردود لأن اللزوم والتناسب شرطان وليس شرطاً واحداً إذ يتعلق الأول - كما قلنا - بكيفية الدفاع بنما يتعلق الثاني بكمية الدفاع .

ومن هذا العرض يتبين أن التعريفات المقدمة من الشراح لم توف على الغاية من التعريف من حيث كونه موجزاً وجامعاً ومانعاً مبيناً لخصائص المعرف الذاتية دون اغفال لشروط لازمة للدخال فيه أو الإخراج منه .

ولعل الاصول أن نعريف الدفاع الشرعى بأنه « رد بقوة لازمة ومناسبة لا اعتداء غير مشروع ، حال أو على وشك الوقوع » ، فهذا التعريف الذى نقول به يتميز بما يلى : -

١ - الإيجاز فقد جاء في عبارة قصيرة ، رغم أنه يشمل على شروط الاعتداء من حيث وجوب أن يكون غير مشروع وحال أو على وشك الوقوع - وشروط الدفاع من حيث كونه لازماً لرد الاعتداء ومتناسباً معه .

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

٣ - لم يحدد الاعتداء من حيث موضوعه ، وبذلك يتناول كل صور الاعتداء سواء كان على النفس أو العرض أو المال أو الشرف والاعتبار ، كما أن إطلاق الاعتداء يجعله شاملاً من حيث الوجه إليه ، فسواء كان الدفاع الذى يرد عليه صادراً من الشخص المعتدى على حقه الذى يحميه القانون ، أم كان الدفاع صادراً من الغير حماية لحق المعتدى عليه .

وبذلك نكون قد أنهينا من تعريف الدفاع الشرعى ، حيث عرضنا

التعريفات التي ذكرت سواء في الفقه الاسلامي عند الفقهاء القدامى والمحدثين ، أو في القانون الوضعي ، ولاحظنا ان التعريفات المذكورة محل نقد ، وانتهينا الى التعريف الذي نراه موفيا على الغاية .

المطلب الثالث

تمييز الدفاع الشرعي

قد تؤدي وحدة الاثر وهو انتفاء عدم مشروعية الفعل ، الى الخلط بين الدفاع الشرعي وغيره من الحالات التي لها نفس الاثر ، ونعرض لهذه الحالات على التوالي : -

١) الدفاع الشرعي وسقوط القصاص :

يعتبر البعض الدفاع الشرعي من أسباب سقوط القصاص ، على أساس أن القتل دفاعا عن النفس هو من قبيل القصاص المتقدم لأنه لو ترك المدافع مهاجمة المعتدى حتى قتله لقتل هذا به قصاصا ، ولا مشاحة في أن قتل واحد بالمدافعة أولى من قتل اثنين أحدهما ظلما والآخر قصاصا (١) .

والحقيقة الفلسفية هي أن الدفاع الشرعي لا يصح أن يدرج بين أسباب سقوط القصاص ، لأن اثره أعمق في الواقع من حيث أنه لا تنشأ معه ابتداء فكرة العدوان الموجب للقصاص حتى يصح الحديث عن سقوطه ، فالدفاع هو نقيض العدوان ، ومن ثم فلا محل هناك لبحث الواقعة من زاوية المسؤولية الجنائية وما تنتهي اليه من وجوب القصاص عند ثبوت كل شروطها المادية والمعنوية .

ورغم ذلك فإن اعتبار البعض الدفاع الشرعي من أسباب سقوط القصاص بعد وجوبه يؤكد ما أدركه الفقه الاسلامي وغاب عن الكثيرين من رجال القانون الجنائي الحديث من أنه في حالة الدفاع الشرعي لا يتخلف شيء - من الناحية النظرية أو الشكلية - من الشروط اللازمة للمسؤولية الجنائية والعقاب ، وبرهان ذلك أن الفقه الجنائي الاسلامي اذ يحتسب هذه الحالة من أسباب سقوط القصاص بعد وجوبه ، فانما يسلم بداهة بتكامل كل شروط هذا الوجوب (٢) .

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

(٢) القانون الجنائي الاسلامي دراسة تحليلية وفلسفية للاحكام والنظم الجنائية

في الشريعة الاسلامية الفراء - دروس الدكتور على راشد لدراسة الماجستير في القانون الجنائي - جامعة بغداد في العام ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٣٧

(٢) الدفاع الشرعى وحالة الضرورة :

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

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

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

وفى الشريعة الاسلامية نجد فارقا أساسيا بين الدفاع الشرعى والضرورة ، فالاول يجيز الدفاع بالقتل أو الجرح ، أما الضرورة فليس لها اثر على جرائم القتل والجرح والقطع ، فليس للمضطر باى حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجى نفسه من المهلكة (٦) . وإذا كانت التشريعات الحديثة تسوى فى حالة الضرورة بين الاخطار التى تهدد الاموال والتى تهدد الاشخاص (٧) (القانون الايطالى مادة ٢٥٤ ، القانون السورى مادة ٢٢٨ ، وبذلك يزول الفرق بين الدفاع

(١) حالة الضرورة فى قانون العقوبات - رسالة دكتوراه - ابراهيم زكى اخنوخ - دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٩ ص ١٥٩ ، شرح قانون العقوبات اللبناني - ص ٢١. Donnedieu de vabres. opp. P. 192 No,390.

(٢)

(٣) الاشباه والنظائر للإمام جلال الدين السيوطى - طبعة ١٩٥٩ ص ٨٤ .

الاشباه والنظائر لابن السبكي - مخطوط بجامعة الأزهر - رقم ٥٢ الورقة رقم ١٢

(٤) بين النظريتين النفسية والمياريّة للائم - الدكتور عمر السعيد رمضان - مجلة

القانون والاقتصاد العدد ٣ سنة ١٩٦٤ ص ٦٦٩

(٥) يعتبر بعض فقهاء المسلمين الدفاع الشرعى من تطبيقات قاعدة الضرر يزال الاشباه والنظائر لابن نجيم وبهامشه تقييدات لا اطلق فيه من غوامض الاحكام لمحمد فريد

الطرابلسى - مطبعة وادى النيل المصرية ١٢٠٨ هـ - ص ٤٢ ، ٤٣

(٦) التشريع الجنائى الاسلامى - الجزء الاول - الطبعة الاولى ص ٥٨

(٧) الركن المعنوى فى المخالفات - رسالة دكتوراه - الدكتور هجر السعيد رمضان

١٩٥٩ - ص ١٩٧

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

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

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

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

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

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

ومشار اليه فى رسالة حالة الضرورة فى قانون العقوبات ص ١٩٤ ونظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى - الدكتور يوسف قاسم - دار النهضة العربية - ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م - ص ٩١
(٤) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام المصرى ص ١٩٧

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

(٣) الدفاع الشرعى والاكره :

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

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

والمعنى الذى يجمع الدفاع الشرعى والاكره هو الاضطراب الى ارتكاب الفعل ، وكما ذهب علماء الشريعة الى اعتبار دفع الصائل تطبيقا من تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فقد ذهبوا أيضا الى اعتبار الاكره تطبيقا للقاعدة المذكورة ، وفي هذا يقول العلامة الشيخ زين ابن نجيم « الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز اكل الميتة عند المخصة واساغة اللقمة بالخم والتلفظ بكلمة الكفر للاكره

(١) النظرية العامة للاكره والضرورة - دراسة مقارنة - زنون احمد الرجو - رسالة دكتوراه - مطبعة مخيمر ١٩٦٨ ص ١٢٢ ، استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام ص ١٤١ .

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

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

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

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

ورغم هذا المعنى الجامع بين الدفاع الشرعي والاكراه فان هناك
خلافًا اذ ان المدافع في الدفاع الشرعي يرتكب فعل الدفاع دفعا لخطر
حال أو على وشك الوقوع من المعتدى ، أما المضطر فانه يرتكب الفعل
خوفا من وقوع الامر الذي هدد به المكره والذي يحمله على أن يرتكب
الفعل المطلوب منه كي يتفادى الخطر المحدد به (٣) .

٤) الدفاع الشرعي والمبارزة :

المبارزة هي اتفاق بين فريقين على القتال للقتال ، وتختلف المبارزة
من الدفاع من حيث التعاصر الزمني للافعال ، ففي المبارزة نجد ان
افعال الفريقين متعاصرة ومقتربة زمنيا ، أما في الدفاع الشرعي فان
الخطر الحال أو وشيك الوقوع هو الذي يبدو أولا للمدافع فيشير عنده
فعل الدفاع لمقاومة خطر الاعتداء ، وفي المبارزة نجد ان الاعتداء مقصود
وعن علم و ارادة من كلا الفريقين وهو اعتداء مقصود به من كل من
الطرفين ايقاع الاذى بالطرف الآخر ، أما في الدفاع الشرعي ففريق تتجه
ارادته الى الاعتداء وآخر يريد مقاومة هذا الاعتداء (٤) .

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

(١) الاشباه والنظائر - المرجع السابق ص ٤٣

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

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

(٤) تجاوز الدفاع الشرعي - المرجع السابق ص ٢٥٨ - شرح قانون العقوبات
المصري - جرائم الاموال وجرائم التزوير للاستاذ محمود اسماعيل - الطبعة الثالثة
١٩٥٠ ص ٨١

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

٥) الدفاع الشرعى الدولى والمعاملة بالمثل :

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

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

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

(٢) راجع فى عرض هذه الآراء المعاملة بالمثل فى القانون الدولى الجنائى - رسالة

دكتوراه - الدكتور محمد بهاء الدين باشات - الهيئة العامة لشئون المطابع الاميرية

١٩٧٤ ص ٢٤٧ - ٢٤٨ .

المبحث الثاني

تاريخ الدفاع الشرعى وأقسامه

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

والدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية ، لا يقتصر على الدفع عن النفس أو المال أو الشرف والاعتبار بل تعرف الدفاع عن أخلاق المجتمع وقيمته وهو ما يسمى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كما تعرف الدفاع الشرعى عن مصالح الدولة الاسلامية فيما تناوله الفقهاء فى أبواب المفازى والجهاد وتتناول فى هذا المبحث أقسام الدفاع الشرعى موضحين الخصائص الذاتية التى ينفرد بها كل قسم

وعليه نقسم الدراسة الى مطلبين :

المطلب الاول : تاريخ الدفاع الشرعى

المطلب الثانى : أقسام الدفاع الشرعى

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

(٢) سورة هود الآية ١١٩ .

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

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

المطلب الاول

تاريخ الدفاع الشرعى

أقرت جميع التشريعات الدفاع الشرعى ، ولكنها اختلفت في بيان حالاته ورسم حدوده ، فافترته القوانين القديمة للهند (١) واليونان (٢) والرومان ضد الاعتداء الذى يتهدد *menacant* الحياة أو الشرف كما عرفت ضد اللصوص الليليين *Les voleurs nocturnes* أو لصوص النهار *Les voleurs diurnes* الذين يستخدمون القوة (٣) ، فالدفاع الشرعى في الواقع أمر تمليه الفريضة الانسانية غريزة حب البقاء في الدفاع عن النفس ، وغريزة التملك التى تدفع الانسان الى رد الاعتداء عن ملكه فالدفاع عن أى موضوع يصيبه الاعتداء أمر طبيعى في الانسان سواء اصاب هذا الاعتداء نفسه أو ماله أو نفس أو مال أحد من ذويه (٤) .

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

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

ومشار اليه في
cours de droit criminel par George Vidal, septième ed. Paris 1928. P. 320.

Thonissen, Le droit penal de la République athénienne ! II (٢)

وأشار اليه فيدال ص ٢٢٠

(٣) فيدال ص ٢٢٠

Vincent Charles Bertolini, La Légitime défense dans la doctrine du droit musulman thèse Paris 1931 p. 3.. (٤)

ومشار اليه في نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٦ .

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

١ - الدفاع الشرعى فى القانون الرومانى :

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

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

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

٢ - الدفاع الشرعى فى المسيحية :

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

(١) نظرية الدفاع الشرعى مقارنة بين القانون الفرنساوى والقوانين المصرية - رسالة مقدمة لجامعة باديس - الدكتور حامد اشريف - النص العربى - مطبعة الشباب لم تذكر سنة الطبع - ص ١٩ « النص الفرنسى ص ٢٢ » .
(٢) Garraud, Trate, II-1914 p. : 10 « en cas vol de nuit »

(٣) راجع ادوارد حزين - الرسالة السابقة ص ٥ .
Is qui agressorem vel quemcuque alium in dulo
Vitae discrim constituts acciderit mullam aluid factum
Calumnian metuere debet.

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

راجع

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

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

غير أنه جاءت نصوص أخرى يمكن أن يستنبط منها جواز الدفاع الشرعى فى المسيحية فقد جاء فى انجيل متى(٢) « قد سمعتم أنه قيل للقدماء لا تقتل ومن قتل يكون مستوجب الحكم ، وأما أنا فأقول لكم ان كل من يفضب على أخيه باطلا يكون مستوجب الحكم ومن قال رقا (٣) يكون مستوجب المجمع ومن قال يا أحمق يكون مستوجب نار جهنم ... فان كان عينك اليمنى تعترك فاقطعها عندك لانه خير لك أن يهلك احد اعضاءك ولا يلقى جسدك كله فى جهنم » فالقول بأن من يفضب أخيه باطلا يكون مستوجب الحكم ، أما الذى يفضب أخيه بحق فانه لا يكون مستوجب الحكم وهو موقف المدافع الذى يرد الاعتداء . وقد كان موقف المسيحية من الدفاع الشرعى مثار خلاف بين الفقهاء ، فذهب جارو (٤) الى أن المسيحية عدلت أفكار التشريعات القديمة التى كانت تعتبر الدفاع الشرعى حقا ففقد طبيعته كحق ليصير ضرورة ، ولا يكون أكثر من سبب بسيط للافلات من القصاص .

ويرى Léon Tolstoé (٢) أن السيد المسيح أعلن أوامر أساسية خاصة بالدفاع الشرعى منها قوله « لا تقتل » ، ولكن استبعاد الخطر الذى قد يؤدي الى القتل دون الشعور بالضغينة ضد أحد يكون غير معاقب عليه ويعيش مرتكبه فى سلام مع الناس .

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

(١) الكتاب المقدس ، أى كتب العهد القديم والعهد الجديد - إصدار جمعيات الكتاب المقدس فى الشرق الأدنى - بيروت ١٨٧. مسيحية الإصحاح الخامس ٢٨ ، ٢٩ ، ٤٠ ، ٤١ ص ٦ .

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

(٣) أى فارغا - الكتاب المقدس - المرجع السابق - ص ٦ .

(٤) Garaud. Traité : II Paris-1914 p. 10 et Garraud

Precis de droit Criminel, Paris, 1934-p. 327

Le on Tolstio ulunes Parles

• مشار اليه فى رسالة يروتوليني - ص ٢٢ •

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

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

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

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

والذى يظهر لى أن الدفاع الشرعى فى المسيحية لا يعدو أن يكون حالة ضرورة لا تبيح الفعل وانما يظل الفعل محرما وان امتنعت المسئولية عنه ، ودليلنا فى ذلك أن المسيحية ديانة تنحو نحو المثالية المطلقة وتجد أصولها فى المحبة والتسامح وجاءت النصوص ناطقة بذلك ، فهى شريعة « من لطمك على خدك الايمن فحول له الآخر ايضا ، ومن أراد أن يخاصمك ويأخذ ثوبك فاترك له الرداء ايضا » والعبارة الاخيرة الخاصة بترك الرداء تعبر فيما أرى عن المال وبذلك يقتصر الدفاع الشرعى فى المسيحية على النفس باعتباره حالة ضرورة كان له امره كما سنرى - فى القانون الفرنسى القديم .

٣ - الدفاع الشرعى فى القانون الفرنسى :

تأثر القانون الفرنسى القديم بالفكر المسيحى ، ففقد الدفاع الشرعى طبيعة الحق الطبيعى الذى كانت له فى القانون الرومانى .

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

(١) المرجع السابق - ص ٢٢ .

(٢) Vincent Charles Bertolini, la légitime défense, opp. P. 33.

(٣) Prioloaud (Adrien) Du droit de La légitime défense

thèse Potiers 1903 p-17

(٤) جارو - المطول - الجزء الثانى - ١٩١٤ - المرجع السابق - ص. ٥١ - الموجز

المرجع السابق ص ٢٢٧ .

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

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

وفى القانون الصادر سنة ١٨١٠ وما زال معمولاً به - أقر المشرع نفس المبادئ وعالجه فى المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

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

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

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

(١) فيدال - المرجع السابق - ص ٣٢١ .

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

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

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

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

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

وعدم وضع التشريع شروطا للدفاع الشرعى ليس عيبا لان وضع الشروط ليس من مقتضيات التشريع ، وعدم وضع شروط تقيد القضاء يجعل المجال واسعا امام اجتهاد الفقه والقضاء ليضع نظرية تتسم بالمرونة وتستطيع مواجهة الوقائع المختلفة ، واختلاف الفقه والقضاء امر محمود ويمكن لمحنة النقض اذا عرضت عليها احكام المحاكم أن تقوم بدورها في توحيد المبادئ . وليس معنى ذلك أننا نؤيد وضع الدفاع الشرعى ضمن نصوص القسم الخاص من التشريع العقابى الفرنسى او المصرى لان المكان الصحيح للدفاع الشرعى هو القسم العام من التشريع وهو ما سنزيده ايضا عند بحث مصدر الدفاع الشرعى في التشريع الوضعى (١) .

٤ - الدفاع الشرعى في التشريعات العربية :

دخل الاسلام البلاد العربية ، وطبقت الشريعة الاسلامية ، ومنها احكام العقوبات ، وظلت مطبقة حتى اواخر القرن الماضى ، واولئ هذا القرن ٢١ اذ نحت الشريعة الاسلامية لعوامل عدة اولها ضعف الدول الاسلامية وخضوعها للاستعمار الاجنبى ، وسيطرة الفكر الاجنبى على ولاة الامور وقادة الفكر الثقافى والتشريعى فيها ، وصدرت تشريعات اجنبية ، بعيدة عن روح الامة الاسلامية واصالتها ولم ينجو من هذا الفزو التشريعى غير المملكة العربية السعودية ، والجمهورية العربية اليمنية فهما تطبقان بصفة عامة احكام الشرع الاسلامى .

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

(١) الدفاع الشرعى فى التشريع المصرى :

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

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

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

الطبعة الاولى ١٩٧٠ ، ص ٧ النص الفرنسى للكتاب .

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

(م ٦ - الدفاع الشرعى)

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

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

وعُدل القانون فى سنة ١٩٠٤ واستبدلت المواد ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ فى قانون سنة ١٨٨٣ بالمواد ٢٠٩ الى ٢١٥ والتى اخذت عن المواد ٩٦ وما بعدها الى ١٠٥ من قانون العقوبات الهنـدى (٤) .

وفى هذه المواد عدلت احكام الدفاع الشرعى تعديلاً اساسياً اخذاً بما نص عليه قانون العقوبات الهنـدى (٥) .

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

(ب) الدفاع الشرعى فى التشريع السودانى :

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

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

(٢) الاحكام العامة فى قانون العقوبات - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ١٩٥٢ - ص ١٨٥ .

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

(٤) تعليقات الحفانية الموضع السابق .

(٥) راجع موضوع الدفاع الشرعى فى القانون الهنـدى

Sir Hari sing Gour The Penal law of Brith India : I P. 36.

(٦) الاحكام العامة فى قانون العقوبات - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع

السابق - ص ١٨٥ .

العقوبات الحالية في السودان ، وكلاهما مأخوذ أساسا عن قانون العقوبات الهندي الصادر في ٦ أكتوبر سنة ١٨٦٠ (١) ، وقد عالج القانون الحالي الدفاع الشرعى في المواد ٥٥ - ٦٣ .

(ج) الدفاع الشرعى في التشريع التونسي :

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

(د) الدفاع الشرعى في التشريع العراقى :

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

(هـ) الدفاع الشرعى فى قانون العقوبات اللبنانى :

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

(و) الدفاع الشرعى فى قانون العقوبات السورى :

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

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

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

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

(ز) الدفاع الشرعى فى القانون الاردنى :

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

(ح) الدفاع الشرعى فى القانون الليبى :

احتلت ليبيا ايطاليا حتى نهاية الحرب العالمية الثانية ، وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ أصدرت المملكة الليبية أول قانون عقوبات لها فى عهد الاستقلال ، وتناول المواد ٧٠، ٧٠ مكررة (١) ، ٧٠ مكررة (ب) ، ٧٣ الدفاع الشرعى (٤) وجدير بالذكر أن مجلس قيادة الثورة الليبية أبان اتجاهه الاسلامى - وللأسف نجده قد خفت - أصدر بعض التشريعات الخاصة بالحدود الشرعية - وهى موضوعات لا تمس موضوع الدراسة .

المطلب الثانى

اقسام الدفاع الشرعى

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

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

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

(٢) الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية - المرجع السابق ص ٢٦ .
(٣) F. M. Goadby commentary on Egyptions law Part I P. 28.

(٤) الموسوعة الشاملة - المرجع السابق - ص ٢٢ .
(٥) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق ص ٦٩ .

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

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

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

وهذه الشائج دفعتنا للبحث عن أساس واحد للدفاع الشرعى يتلافى كل أوجه النقد التى وجهت للأسس التى قيل بها كأساس للدفاع الشرعى فى التشريع ولم نقف عند حد القول بأن الشريعة الاسلامية سبقت الى النظرية الراجحة عند شراح القانون الوضعى لان هذه النظرية الراجحة فى الفقه الوضعى - كما سنرى لا تسلم من النقد (٢) . والدفاع الشرعى الخاص كما قلنا (٣) رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع ، وهو دفاع تبيحه كافة التشريعات السماوية والوضعية ، وان اختلفت فى تحديد نطاقه ورسم حدوده ، باعتباره دفاعا تملية الغريزة الانسانية ، لانه اذا كانت غريزة حب البقاء التى تدفع الانسان الى السعى نحو المحافظة على كيانه فهى بذاتها التى تحركه الى دفع الاعتداء (٤) وليس ثمة شك فيما تحققه اباحة التشريعات

(١) أول من أطلق على الامر بالمعروف والنهى عن المنكر مصطلح الدفاع الشرعى العام هو الرحوم عبد القادر عودة فى كتابه التشريع الجنائى الاسلامى - الجزء الاول .
(٢) انظر نظريتنا المطروحة كأساس للدفاع الشرعى الفصل الثالث من الباب التمهيدى .

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

(٤) الدفاع الاجتماعى ضد الجريمة ووضعه فى المجتمع العربى - الدكتور حسن صادق المصفاوى - مجلة عالم الفكر الكويتية - المجلد الرابع - العدد الثالث ١٩٧٢ ص ٤١ .

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

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

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

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

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

(٢) النسبة فى الاسلام - فضيلة الشيخ ابراهيم نسوقى الشهاوى - مكتبة دار

العروبة ام تذكر سنة الطبع - ص ٩ .

(٣) احياء علوم الدين - الامام ابو حامد محمد بن محمد الفزالى - الجزء السابع -

مطابع الشعب ١٩٦٩ - ص ١١٨٧ .

بالمعروف ونهوا عن المنكر ولا أصبحوا بحق خير أمة أخرجت للناس ، ولعمت الفضيلة وانتهدت الرذيلة ، ولسادت الايجابية بدلا من السلبية التى أصبحت الطابع العام للمجتمعات الاسلامية ولعل هذا ما التفت اليه الباحثون حديثا فى مسميات أخرى أهمها ما يطلقون عليه « دور الجمهور فى مكافحة الجريمة » (١) .

وقد يختلط الدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل » بالدفاع الشرعى العام « الامر بالمعروف والنهى عن المنكر » وقد يكون مرد هذا الخلط هو ان كليهما يرد اعتداء وقع على حق من الحقوق ، وان الفرض من الدفاع فى الحالتين رد هذا الاعتداء ، كما قد تثور شبهة لأن الكثير من حالات دفع الصائل قد تبدو وكأنها دفعا للمنكر .

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

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

وكذلك لو هجم رجل على امرأة يريد اتيانها كرها ، فان منعه من ارتكاب هذه الفحشاء يكون دفعا لصائل على العرض ، أما لو كان ارتكاب هذه الفحشاء برضا المرأة فانه يجب دفعهما على أساس ان هذه الفحشاء منكر واجب الازالة .

(١) راجع القسم الثانى من الرسالة

(٢) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق - هامش ٢

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

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

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

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

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

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

(١) الشريعة الجنائى الاسلامى - عبد القادر عودة - ص ٥١٢

(٢) راجع الباب الثالث من القسم الثانى من الرسالة

(٣) سورة البقرة الآية : ١٩٠

(٤) تقديم استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة لكتاب السير الكبير للامام الشيبانى ،

شرح الامام السرخسى - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٥٨ - الجزء الاول - ص ٤٤

(٥) راجع الباب الثالث من القسم الثانى من الرسالة

سورة العنكبوت الآية : ٩

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

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

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

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

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

الفصل الثالث

مصدر الدفاع الشرعى وأساسه

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

واذا كنا مع هذا الراى فى صراحة النصوص ، فاننا لسنا معه فى اتفاق الفقهاء على أساس وحيد للدفاع الشرعى ، لأن صراحة تقرير النصوص لأحكام الدفاع الشرعى لا تعنى اجماع الفقهاء ولا تحول دون اختلافهم على ما وراء النص من حكمة أو من علة ، وسنرى أن البعض يرى فى دفع الصائل تطبيقاً من تطبيقات قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » بينما يرى البعض فى تحقيق المصلحة أساساً للدفاع ، والمخ البعض فى كلمة الى نظرية جديدة رأينا أن نقيم عمادها لتكون نظرية مطروحة كأساس للدفاع الشرعى لاننا وجدناها تتلاقى كل ماوجه الى نظريات شراح القانون الوضعى من نقد كما أنها تضع أساساً واحداً لأقسام الدفاع الشرعى سواء كان دفاعاً شرعياً خاصاً أم دفاعاً شرعياً عاماً أو كان الدفاع دولياً ولذلك نرى التفرقة بين تقرير الدفاع الشرعى بنصوص مريحة وبين الأساس النظرى للدفاع الشرعى ، يؤكد هذه التفرقة أن الدفاع الشرعى تقره جميع التشريعات الوضعية ويقره ميثاق الأمم المتحدة ، ولم يمنع ذلك من استخدام الخلاف بين شراح القانون الوضعى الجنائى والدولى للوصول الى أساس صحيح للدفاع الشرعى .

واخذاً بما نراه من التفرقة بين النص وهو مصدر الدفاع الشرعى وبين الحكمة أو العلة من النص أو هو — انصح هذا التعبير — الفلسفة الكامنة وراء النص ، رأينا أن نقسم هذا الفصل الى مبحثين : —

المبحث الاول : مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة والقانون .

المبحث الثانى : أساس الدفاع الشرعى فى الشريعة والقانون .

المبحث الاول

مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة والقانون

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

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

المطلب الاول

مصدر الدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية

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

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

الفرع الاول

مصدر الدفاع الشرعى فى القرآن الكريم

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

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

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

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

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

(١) سورة البقرة الآية : ١٩٤

(٢) نهاية المحتاج - الرجوع السابق - ص ٢٢ ، أسنى المطائب - لابی ذكريا الانصارى ج ٤ ص ١٦٦

(٣) جامع البيان في تاويل آى القرآن لابی جعفر بن جرير الطبرى ج ٢ شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر ١٢٧٢ هـ - ١٩٥٤ م ص ١٩٩ .

(٤) تفسير الطبرى - طبعة الحلبي - الجزء الثانى - ص ١٩٩ .

(٥) الجامع لاحكام القرآن - القرطبى - دار الكتاب العربى ١٩٦٧ - الجزء الثانى

ص ٣٦٠

(٦) تفسير القرطبى - الرجوع السابق - الجزء الثانى - ص ٣٦٠

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

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

٢ - قال تعالى « والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون » وجزاء سيئة سيئة مثلها ، فمن عفى وأصلح فأجره على الله ، أن الله لا يحب الظالمين ، ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل » (٤) .

وفي هذه الآية يمدح الله سبحانه وتعالى الذين ينتصرون ممن ظلمهم لأن الله سبحانه يكره التأذي وهو وصف لهم بالشجاعة بعد أن وصفهم بسائر مهمات الفضائل (٥) ويزول ما قد يتوهم من تناقض بين آيات العفو وآيات الانتصار من الظالم إذا علمنا أن العفو على قسمين أحدهما أن يصير العفو سببا لتسكين الفتنة وجناية الجاني ورجوعه عن جنايته والثاني أن يصير العفو سببا لمزيد جراءة الجاني ولقوة غيظه وغضبه والآيات في العفو محمولة على القسم الأول ، وهذه الآية محمولة على القسم الثاني (٦) ومن ثم فإن وصفهم بالانتصار بعد ظلمهم لا يناقض وصفهم بالفقران لأن كل منهما فضيلة محمودة في موقع نفسه ورذيلة

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

(٢) فتح البيان في مقاصد القرآن - الإمام صديق حسن القزويني النجاشي -

المطبعة الكبرى الحربية ١٣٠٠ هـ - الجزء الأول - ص ٢٥٢

(٣) تفسير فرائب القرآن وفرايب الفرقان للعلامة نظام الدين الحسين بن محمد

ابن حسين القمي النيسابوري - بهامش الطبري طبعة ١٢٢٣ هـ - الجزء الثاني -

ص ٢٣٢ ، تفسير القرآن الحكيم المعروف بتفسير المنار - الشيخ رشيد رضا - ١٣٥٠ هـ

- ج ٢ ص ٣١٢

(٤) سورة الشورى الآيات ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ .

(٥) تفسير أبو السعود مطبوع بهامش تفسير مطبوع النيب المشتهر بالتفسير الكبير

للإمام الرازي - المطبعة الخيرية ١٣٠٨ هـ - ج ٨ ص ٤١ - محاسن التأويل - القاسمي -

مطبعة الحلبي ج ١٤ ص ٥٢٤٥ .

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

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

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

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

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

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

(١) تفسير ابو السعود - المرجع السابق - الجزء الثامن - ص ٤١

(٢) تفسير القرطبى - المرجع السابق - الجزء السادس عشر - ص ٣٨

(٣) تفسير الطبرى - المرجع السابق - ص ٢٣

(٤) تفسير القرطبى - المرجع السابق - الجزء السادس عشر - ص ٤٠

(٥) تفسير الرازى - المرجع السابق - الجزء السابع - ص ٢٨١

(٦) تفسير القرآن العظيم للحافظ عماد الدين اسماعيل بن كثير - مطبعة الحلبي

ج ٤ - ص ١١٨

(٧) سورة الشعراء الآية ٢٢٧

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

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

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

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

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

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

(٢) تفسير الرازى - المرجع السابق - الجزء السادس ص ٢٧ ، تفسير ابن اسعبد

ج ٧ ص ١٢٣

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

(٤) سورة آل عمران - الآية ١٠٤

(٥) تفسير القرآن الكريم - المرحوم الامام الاكبر الشيخ مهوود شلتوت - الحجة

الخاصة - دار الشروق - ص ١٣٥

الناس كافة وينزعهم عن الاخلال بها (١) .

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

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

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

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

(١) تفسير أبو السعود - بهامش الطبرى المرجع السابق - الجزء الثانى ص ١٨٢

(٢) تفسير ابن كثير المرجع السابق - الجزء الاول - ص ٣٩٠

(٣) سورة آل عمران - الآية ١١٠

(٤) تفسير الطبرى - طبعة الطبى - ١٩٧٤ الجزء الرابع - ص ٤٣ - ٤٤

(٥) تفسير أبو السعود - هامش الطبرى طبعة ١٣٠٨ هـ - المرجع السابق - لاجزاء

الثانى - ص ١٨٩

(٦) سورة الحج الآية ٤١

من أن الآية شرط شرطه الله عز وجل على من اتاه الملك (١) . . والراجع في نظرنا هو ما قاله الحسن وأبو العالية من أن الخطاب موجه إلى الأمة وذلك لأن الدفاع الشرعى العام له الأهمية في المجتمع الإسلامى بل هو عماده الأساسى إذ يشكل السياج المتين لحفظ شرائع الله والذب عن حرماته وإقامة المجتمع الإسلامى الفاضل وهو ما يتضح من اقتترانه فى الآية بركنين من أركان الإسلام هما الصلاة والزكاة مما يجعل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر له من العموم ما للصلاة ، ولأن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر دعوة إلى الخير والصلاح ومقاومة للشر والفساد ولأن فيه تحقيقاً لصفة الأمة الإسلامية التى لا تبقى على منكر وهى قادرة على تغييره ، ولا تقصر عن معروف وهى قادرة على تحقيقه (٢) .

٧ - قال تعالى « يا بنى أقم الصلاة وأمر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك أن ذلك من عزم الأمور » (٣) .

يحكى القرآن الكريم وصية لقمان لابنه التى ترسم طريق العقيدة توحيد الله ، وشعور برقابته ، وتطلع إلى ما عنده ، وثقة فى عدالته ، وخشية من عقابه . ثم انتقل إلى دعوة الناس ، وإصلاح حالهم ، وأمرهم بالمعروف ، ونهيهم عن المنكر (٤) .

والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فى هذا السياق القرآنى أمر الناس بطاعة الله واتباع أمره ، ونهى الناس عن معاصى الله ومواقفه محارمه (٥) .

وهذه الوصايا التى حكاها القرآن الكريم على لسان لقمان الذى أتاه الله الحكمة ترسم لكل مؤمن مسيرته فى الحياة وطريقه إلى الله وذكرها فى القرآن إرشاد من الله سبحانه وتعالى للمؤمنين أن تكون هذه الوصايا هادياً لهم فى سلوكهم ومصباحاً منيراً لحياتهم ، وتكون وصية لقمان لابنه بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فى حقيقتها توجيهاً لكل المؤمنين أن يعملوا على تنفيذها ويسيروا على هداها .

(١) تفسير القرطبي - المرجع السابق - الجزء الثانى عشر - ص ٧٣ ، تفسير الطبرى طبعة الحلبي - ١٩٥٤ - الجزء السابع عشر ص ١٧٨ .

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

(٣) سورة لقمان الآية ١٧ .

(٤) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد الخامس - ص ٢٧٩ .

(٥) تفسير الطبرى - طبعة الحلبي سنة ١٩٥٤ - الجزء الحادى والعشرين

٨ - قال تعالى « وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم حتى يخوضوا في حديث غيره وأما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين » (١) .

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

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

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

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

(١) سورة الانعام - الآية ٦٨ .

(٢) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد الثانى - ص ١١٢٨ .

(٣) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد الثانى - ص ١١٢٨ .

(٤) سورة الانعام - الآية ٧٠ .

(٥) سورة التوبة الآية ١١٢ .

(٦) سورة التوبة الآية ١١١ .

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

١ - قال تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » .

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

١١ - قال تعالى « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين (٥) » .

وقد اختلف اهل التأويل فى تأويل هذه الآية ، فقال بعضهم ، هذه الآية هي اول آية نزلت فى أمر المسلمين بقتال اهل الشرك ، وقالوا امر فيها المسلمون بقتال من قاتلهم من المشركين ، والكف عن كف

(١) تفسير ابن كثير - المرجع السابق - الجزء الثانى - ص ٢٩٢ .

(٢) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد الثالث - ص ١٧١٤ .

(٣) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد الثالث - ص ١٦٧٤ .

(٤) سورة آل عمران الآية ١٠٤ - راجع تفسير ابن كثير - المرجع السابق - الجزء

الثانى ص ٣٦٩ .

(٥) سورة البقرة - الآية ١٩٠ .

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

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

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

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

(١) تفسير الطبرى - طبعة الحلبي ١٩٥٤ - الجزء الثانى - ص ١٨٩ - ١٩٠ .

(٢) تفسير الطبرى - طبعة الحلبي - ١٩٥٤ - الجزء الثانى - ص ١٩٠ .

(٣) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد الاول - ص ١٨٧ .

(٤) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد الاول - ص ١٨٨ .

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

١٢ - قال تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ، ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون (٣) »

في هاتين الآيتين تحديد لموجبات الدفاع الشرعى الدولى ورسم العلاقة بين المسلمين وغيرهم ، فالقاعدة أن الاسلام دين سلام وعقيدة حب ، ونظام يستهدف أن بظلل العالم كله بظله ، وأن يقيم فيه منهجه ، وأن يجمع الناس تحت لواء الله أخوة متعارفين متحابين وليس هناك من عائق يحول دون اتجاهه هذا إلا عدوان أعدائه عليه وعلى أهله . فأما إذا سلموهم فليس الاسلام براغب فى الخصومة ولا متطوع بها (٤) . وبذلك تسبق الشريعة الاسلامية الموائيق الدولية فى تقرير الدفاع الشرعى الدولى فى حالة العدوان والتعاشى السلمى مع المسالين وان اختلفت عقيدتهم الدينية أو اتجاهاتهم السياسية والفكرية .

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

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

(١) احكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلامية - استاذنا الدكتور حامد سلطان - دار النهضة العربية - ١٩٧٠ ص ٢٤٨ .

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

(٣) سورة الممتحنة - الآية ٨ ، ٩ .

(٤) فى ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد السادس - ص ٢٥٤٤ .

(٥) سورة النساء - الآية ٩٠ .

(٦) تفسير الطبرى - طبعة الحلبي - ١٩٥٤ - الجزء الخامس ص ٢٠٠ .

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

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

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

١٥ - قال تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقاتلتا فاصلحوا بينهما فان بقت احدهما على الاخرى فقاتلتا التى تبغى حتى تفىء الى امر الله فان فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل واقتسوا ان الله يحب المقسطين » (٤) .

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

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

(١) سورة التوبة - الآية ١٣ .

(٢) في ظلال القرآن - المجلد الثالث - ص ١٦١ .

(٣) تفسير الطبرى - طبعة الحلبي - ١٩٥٤ - الجزء العشر - ص ٨٩ .

(٤) سورة الحجرات - الآية ٩ .

(٥) في ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد السادس - ص ٣٢٤٣ .

(٦) في ظلال القرآن - المرجع السابق - المجلد السادس - ص ٣٢٤٣ .

أبت إحدى هاتين الطائفتين الإجابة الى حكم كتاب الله له وعليه ، وتمدت ما جعل الله عدلا بين خلقه ، وأجابت الاخرى منهمل قاتل المؤمنين التى تعتدى وتأتى الإجابة الى حكم الله ، حتى ترجع اليه فان رجعت الباغية الى الرضا بحكم الله قام المؤمنون بالاصلاح بينهما بالعدل .

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

٦ - قال تعالى « اذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ، وإن الله على نصرهم لقدير ، الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق الا أن يقولوا ربنا الله (١) » .

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

والآية صريحة فى بيان مشروعية الدفاع الشرعى الدولى ..

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

(١) سورة الحج - الآية ٣٩ ، ٤٠ .

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

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

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

الفرع الثانى

مصدر الدفاع الشرعى فى السنة النبوية

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

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

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

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

أشد الله ، قال : فان أبو على ؟ قال قاتل فان قتلت ففي الجنة ، وان قتلت ففي النار » (١) .

٣ - روى أبو داود والنسائي والترمذي وصححه عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « من قتل دون ماله فهو شهيد » (متفق عليه) وفي لفظ « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » (٢) .

٤ - عن سهل بن سعد أن رجلاً اطلع في حجر في باب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مدري (٢) يرجل بهارأسه ، فقال له : لو أعلم أنك تنظر طعنت به في عينيك ، إنما جعل الاذن من أجل البصر » (٤) .

٥ - عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال « لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن فحذقته بحصاه ففقت عينه ما كان عليك جناح (٥) » .

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

١ - عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ، ومن كان في

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

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

(٣) المدري بكسر الميم وسكون الدال المهملة عود يشبه أحد أسنان المشط .
(٤) نيل الاوطار - المرجع السابق - الجزء السابع - ص ٢٩ ، صحيح مسلم - الجزء الثانى - مطبعة عيسى البابى الحلبي - بدون تاريخ - ص ٢٦٤ .

(٥) نيل الاوطار - المرجع السابق - الجزء السابع - ص ٢٩ ، سبل السلام - المرجع السابق - الجزء الثالث - ص ٢٦٣ .

حاجة أخيه ، كان الله في حاجته ، ومن فرج عن مسلم كراية فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة (١) .

٢ - عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنصر أخاك ظالما أو مظلوما ، قال يا رسول الله هذا ننصره مظلوما ، فكيف ننصره ظالما ؟ قال تأخذ فوق يديه » (٢) .

وأكدت السنة الشريفة مشروعية الامر بالمعروف والنهي عن المنكر « الدفاع الشرعى العام » ، وورد في ذلك الكثير من الاحاديث :

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

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

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

(١) صحيح البخارى - لآبى عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن الفيرة بن بردويه البخارى الجعفى - الجزء الثالث - طبعة الشعب - لم تذكر سنة الطبع - ص ١٦٨

(٢) الجامع الصغير من حديث البشير النذير - الجزء الاول ص ٢٤٦ ، صحيح البخارى - المرجع السابق - الجزء الثالث - ص ١٦٨ ، التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح لآبى العباس زين الدين أحمد بن أحمد عبد اللطيف الشرجى الزبيدى - الجزء الاول - مطبعة الحلبي ١٩٤٧ هـ - ص ١٤٨

(٣) صحيح مسلم - الجزء الاول - مطبعة الحلبي - لم تذكر سنة الطبع ص ٣٩ - نيل الاوطار - المرجع السابق - الجزء الثالث ص ٢٤٥ .

(٤) سبل السلام - المرجع السابق - الجزء الرابع - ص ٢١٠ - صحيح البخارى - المرجع السابق - الجزء الاول ص ٢٢ .

(٥) رياض الصالحين من كلام سيد الرسلين - الامام النووي - طبعة التشمري

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

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

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

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

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

(٢) سبل السلام - المرجع السابق - الجزء الرابع - ص ٢٠٥ ، رياض

الصالحين - المرجع السابق - ص ٦٥

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

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

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

بالمعاصي وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل الا يوشك أن يعذبهم بعذاب من عنده (٥) وفي لفظ آخر واني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان الناس اذا راوا الظالم فلم يأخذوا على يديه اوشك أن يعذبهم الله بعقاب منه » (١) .

كما اوضحت احاديث الرسول الكريم قواعد الدفاع الشرعى الدولى اذا تعرضت الارض الاسلامية للعدوان ، وفيما يلى امثلة من هذه الاحاديث :

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

٢ - عن عبد الرحمن بن عائد قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا بعث مبعثا قال : تألفوا الناس وتأنوا بهم ، ولا تغفروا عليهم حتى تدعوهم ، فما على الارض من أهل بيت من مدر ولا وبر الا أن تأتوني بهم مسلمين احب الى من أن تأتوني بأبنائهم ونسائهم وتقتلوا رجالهم » (٣) .

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

(١) رياض الصالحين - المرجع السابق - ص ٦٦ - ٦٧ -

(٢) السير الكبير - المرجع السابق - ص ٢٣٤

(٣) السير الكبير - المرجع السابق - ص ٢٣٤

(٤) رياض الصالحين - المرجع السابق - ص ٢٩٥ - صحيح البخارى - المرجع

السابق - الجزء الرابع - ص ٢٤ -

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

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

المطلب الثانى

مصدر الدفاع الشرعى فى القانون الوضعى (٢)

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

ولعل الصحيح ان تأصيل اسباب الاباحة الذى بداه الفقه الجنائى

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

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

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

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

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

وقد عالج المشرع الفرنسى الدفاع الشرعى فى المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ من قانون العقوبات فنصت المادة ٣٢٨ على أنه « لا جنائية ولا جنحة اذا كان القتل أو الجروح تقتضيها الضرورة الحالة للدفاع الشرعى عن نفس الانسان أو عن غيره .
وتناولت المادة ٣٢٩ حالتين من حالات الدفاع الشرعى يطلق عليهما الفقه الفرنسى (٤) الحالات الممتازة للدفاع الشرعى (٥) .

(١) عدم المشروعية فى القانون الجنائى - الدكتور فوزية عبد الستار - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الحادية والاربعون ١٩٧١ ص ٤٤٩
(٢) راجع مثلاً مشروع ١٩٦١ (المشروع الموحد) حيث خصص البناى الثانى للجريمة تناول فيه اسباب الاباحة وخصص المادة ٣١ لاحكام الدفاع الشرعى ، مشروع ١٩٦٦ جاءت احكام الدفاع ضمن النظرية العامة للجريمة .

(٣) هو استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - نموذج لقانون العقوبات - مطبعة جامعة القاهرة الطبعة الاولى ١٩٧٦ - ص ٤٣ وقد نصت المادة ١٩ على انما تقوم حالة الدفاع الشرعى اذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله ، وكان من التمتنع عليه الانتجاء الى السلطات العامة لاقتفاء هذا الخطر فى الوقت المناسب ويجوز للمدافع عندئذ ان يدفع الخطر بما يلزم لردده وبالوسيلة المناسبة » .

Les cas privilégiés de légitime défense.
(٤)
par Alfred Légal. Revue de science criminelle et de droit
penal compare, 1965. p. 414.

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

(٥)

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

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

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

lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient com-
mandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de
soi-même sur d'autrui.

Art : 329 :— sont compris dans les cas de nécessité actu-
elle de défense les des cas suivant :-

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

(١) ويبدو لى أن المترجمين القدامى كانوا أقرب الى لغة الفقه الاسلامى فقد استخدم
المرحوم محمد قدرى لفظ الصيال فى ترجمته لهذين النصين وفيما يلى هذه الترجمة ..
بند ٣٢٨ : اذا كان الباعث على القتل او الجرح او الضرب هو ضرورة الذب عن
النفس حال الصيال عليها كان رأى الانسان او غيره فى حالة الخطر والهلاك وتعينت
عليه المدافعة عن نفسه او عن نفس اخرى فقاتل دونها لانقاذها من الهلاك وقتل الصائل
عليه او جرحه او ضربه حال دفعه ومنعه فلا قصاص عليه .
بند ٣٢٩ : يدخل تحت قولنا ضرورة الذب عن النفس حال حلول الخطر بها
حالتان يباح فيهما القتل او الجرح او الضرب ويتفرغ لفاعله .

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

الثانية : اذا أخذ اللصوص او قطاع الطريق المال مكابرة ومقابلة حل لصاحب
المال منهم ولو بالقتل فان قتل احدا منهم حال منعه فدمه هدر ولا قصاص على صاحب
المال راجع تعريب قانون الحدود والجنايات ترجمة من الفرنسية الى العربية بالفكر محمد

على من دفع صائد صير حياته أو حياة أحد من أقاربه معرضا لخطر حاتم ولم تمكنه النجاة منه وجه آخر . والاقرار هم : أولا - الاقرار من طبقة الاصول والفروع . ثانيا : الاخوة والاخوات . ثالثا : الزوج والزوجة . اما اذا كان الشخص المعرض للخطر اجنبيا فللحاكم الاجتهاد في تحرير المسؤولية ونصت المادة ٤٠ على انه « لا جريمة : أولا : اذا كان القتل أو الجرح أو الضرب واقعا ليلا لدفع تسور أو خلع مسيجات أو ثقب جدران أو دخول مساكن أو محلات تابعة له .. ثانيا : اذا كان الفعل واقعا لمقاومة مرتكبى سرقة وسلب بالقوة (١) .

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

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

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

وأفرد المشرع اللبنانى المادة ١٨٤ للدفاع الشرعى فنصت على انه

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

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

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

« يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس أو الملك ، أو نفس الغير أو ملكه ، ويستوى في الحماية النفس والشخص المعنوي .

La personne physique et la personne morale.

إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن اعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة الـ ٢٢٨ .

وتنص المادة ٢٢٨ المشار إليها على أن 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 معه قوة وعيه أو ارادته .

وبنفس المعنى تناول القانون السوري الدفاع الشرعى في المادة ١٨٣ والقانون الاردنى في المادة ٦٠ .

وتناول القانون الليبي الدفاع الشرعى في المواد ٧٠ ، ٧١ مكررة (١) ، ٧٠ مكررة (ب) ووضعت المادة ٧٣ القاعدة العامة لتجاوز الإباحة فأقرت المادة ٧٠ الدفاع الشرعى فنصت على أنه « لا عقاب إذا ارتكب الفعل أثناء استعمال حق الدفاع الشرعى » .

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

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

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

(١) راجع ما سبق - اقسام الدفاع الشرعى - ص ٨٩ .
(م ٨ - الدفاع الشرعى)

على أساس لهذه النصوص وتعددت النظريات التي قيل بها ، وهو موضوع البحث التالي :

المبحث الثاني

أساس الدفاع الشرعى

القاعدة العامة أنه لا يجوز للإنسان أن ينتصف لنفسه ، والدفاع الشرعى يجىء على خلاف هذه القاعدة ، ولذلك اتجه شراح القانون الوضعى الى البحث عن الأساس الذى استوجب التحلل من هذه القاعدة بأباحة الدفاع الشرعى .

ويرى البعض (١) أن الشريعة الفراء وضعت أساس الدفاع بصورة بينة لا لبس فيها ولا غموض ، مما أدى بفقهاءها أن يتقبلوا هذا الأساس من غير خلاف بينهم على الإطلاق .

ويبدو لنا أن الشريعة الإسلامية قد أفصحت - بوضوح - في مصدريها الأساسين القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة عن اقرارها للدفاع الشرعى (٢) ورغم ذلك فاننا نرى أن هناك جهات نظر للفقهاء في أساس الدفاع الشرعى وأن وضوح المصدر واقاراره للمبدأ لم يمنع تعدد الأسس التي قيل بها ، فقد ذهب رأى الى أن الدفاع الشرعى تطبيق من تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، وبعبارة أخرى يعتبر الدفاع الشرعى نوعا من الضرورة ، وهو ما يتفق مع رأى البعض من شراح القانون المعاصرين ، وهى نظرية منتقدة في الفقه الوضعى المعاصر .

وذهب رأى الى أن الدفاع الشرعى تطبيق لقاعدة الضرر يزال والتي أساسها لا ضرر ولا ضرار وهو رأى - كما سنرى - لا يعلو على النقد .

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

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

(٢) راجع ما سبق - مصدر الدفاع الشرعى في الشريعة الإسلامية ص ٩١ - ١١٤ .

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

وعليه ينقسم هذا المبحث الى مطالب ثلاثة على النحو التالى :

المطلب الاول : أساس الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى ..

المطلب الثانى : أساس الدفاع الشرعى عند شراح القانون الوضعى

المطلب الثالث : النظرية المطروحة « نظرية بطلان العصمة » .

المطلب الاول

أساس الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

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

اولا - الاكراه أساس الدفاع الشرعى :-

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

(١) راجع ما سبق ص ٩٠ .

(٢) شرح العناية على الهداية للإمام اكمل الدين محمد بن محمود الباجرى الحنفى سنة ٧٨٦ هـ مطبوع بهامش الجزء الثامن من تكملة فتح القدير - الطبعة الاولى المطبعة الكبرى الاميرية سنة ١٢١٨ هـ ص ٢٦٩ .

وهذه النظرية منتقدة في رأينا من عدة نواحي هي :

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

٢ - القول بأن فعل الصيال يفقد المصول عليه حرية الاختيار قول لايمكن التسليم به لأن الرأي في الفقه الاسلامي كما سنرى (١) مراعاة التناسب وعدم الالتجاء الى وسيلة اقوى من تلك التي يمكن بها رد الاعتداء ومعنى ذلك افتراض امكانية الاختيار بين الوسائل المتاحة للمصول عليه .

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

ثانيا - التعزيز اساس الدفاع الشرعى :

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

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

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

(١) راجع مايلي في شرط تناسب الدفاع .

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الاسمر للفتية عبد الله عبد الرحمن بن الشيخ محمد

بن سليمان المعروف بداماد أفندى - طبع القسطنطينية ١٢١٩ هـ - ص ٦٠٩ .

ثالثا - ازالة الضرر اساس الدفاع الشرعى :

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

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

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

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

والرأى الحديث فى الفقه الاسلامى الذى اخذ بهذه النظرية حاول امام ضعفها أن يسندھا بنظرية أخرى هى نظرية الموازنة بين المصالح والمفاسد معتبرا أن الموازنة بين المصالح والمفاسد تخرج بنتيجة أساسية

(١) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق ص ٤١ .

(٢) سبل السلام - المرجع السابق الجزء الثالث ص ٨٤ .

(٣) النهاية فى غريب الحديث - لابن محمد بن أحمد العروف باب الأثر طبعة

١٣٢ هـ - الجزء الثالث - ص ١٨ وبهامشه الدر المنثور تلخيص نهاية ابن الأثير ص

١٧ - ١٨ .

(٤) سبل السلام - الجزء الثالث - المرجع السابق ص ٨٤ .

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

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

رابعا - الضرورة أساس الدفاع الشرعى :

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

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

واذا كان من الممكن التسليم بأن الدفاع الشرعى والضرورة يشققان فى الجوهر وهو تحقق الاضطراب فالموصول عليه يجد نفسه امام

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

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

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

(٤) راجع رسالة نظرية الضرورة الشرعية - الدكتور وهبة الزحيلي - دمشق

سنة ١٩٦٩ ص ٦٥ .

خطر حال ان لم يدفع عن نفسه عدوان الصائل (المعتدى) ، وكذلك المضطر يجد نفسه مهددا بخطر حال ان لم يرتكب فعلا معيناً بأن يتناول مثلاً طعاماً أو شرباً محرماً لينقذ به نفسه من الهلاك .

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

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

خامساً - المصلحة كأساس للدفاع الشرعى :

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

والحقيقة أن نظرية المصلحة تحتل مكاناً بارزاً فى الفقه الإسلامى فأفردوها بالبحث والدراسة (٤) .

والمصلحة كما يعرفها الإمام الغزالى « أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعنئ به ذلك ، فان جلب

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

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

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

(٤) فى القديم الفرداء العز بن عبد السلام التوفى سنة ٦٦٠ هـ سنة ١٢٦٢ ميلادية بالتأليف وذلك بكتابه « قواعد الاحكام فى مصالح الانام » وحديثاً كانت نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى موضوعاً لعدد من رسائل الدكتوراه نذكر منها المصلحة فى التشريع الإسلامى للدكتور مصطفى زيد ، ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطى ، نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى لاستاذنا الدكتور حسين حامد خسان ، مدى الحاجة الى الاخذ بنظرية المصالح المرسلة .الدكتور سعد محمد الشناوى ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ .

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

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

القسم الاول : وهو الذي اوجبه الله عز وجل ويتنوع الى الفاضل والأفضل والمتوسط بينهما ، وأفضل المصالح هو ما كان شريفاً في نفسه ، دافعاً لاقبح المفاسد ، جالباً لارجح المصالح .

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

القسم الثانى : ويتعلق بالمصالح التى ندب الله سبحانه وتعالى اليها اصلاحاً لهم ، وأعلى رتب مصالح الندب دون أدنى رتب مصالح الواجب ثم تفاوتت مصالح الندب فيما بينها حتى تنتهى الى مصلحة يسيرة لو فانت لصلافنا مصالح المباح (٣) .

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

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

(١) المستصفى - الرجوع السابق ص ٢٨٦ - الجزء الثانى - الطبعة الاميرية .

(٢) صحيح مسلم - الجزء الاول ص ٦٢ .

(٣) قواعد الاحكام فى مصالح الانام - الجزء الاول - طبعة ١٢٨٨ هـ ١٩٦٨ م ص ٥٤

(٤) صحيح مسلم - الرجوع السابق - الجزء الاول - ص ٦٢ .

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

وفيما يتعلق باجتماع المفسد يقول « اذا اجتمعت المفسد المحضة فان أمكن درؤها درانا ، وان تعذر درء الجميع درانا الأزل فالأزل » (٢) .

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

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

الثاني : مصلحة اعتبر الشارع جنسها ويسمىها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، مثل فتوى الصحابة باعطاء الشارب عقوبة القاذف اقامة لمظنة القذف مقام القذف .

الثالث : مصلحة تناقض نصا شرعيا ويطلق عليها المصلحة الباطلة او الملفة وهي ما صدمت في محل نصا للشرع ، بحيث يتضمن اتباعها تغيير الشرع .

الرابع : المصلحة المسكوت عنها في الشرع ويطلق عليها المصلحة الغريبة وهي المصلحة التي سكنت شواهد الشرع ونصوصه عنها فلا يناقضها نص ولا يشهد لجنسها شرع (٣) .

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

الاول : المصلحة الضرورية وهي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين (٤) .

(١) قواعد الاحكام - المرجع السابق - ص ٨٨

(٢) قواعد الاحكام - المرجع السابق - ص ٨٨

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

(٤) الموافقات - الامام الشاطبي (ابراهيم بن موسى اللخمي) المطبعة التجارية - الجزء الثاني - ص ٨ .

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

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

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

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

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

وجماع القول ان هذه النظريات التى قيل بها كأساس للدفاع
الشرعى لا تسلم من النقد ، وقد المح البعض من الفقهاء فى عبارة
قصيرة الى نظرية رأيناها جديرة بالاعتبار لانها تقدم لنا أساساً متميزاً
للدفاع الشرعى الخاص والعام والدولى ، كما انها تقدم أساساً
واضحاً يتلافى - فى رأينا ، كافة الانتقادات التى وجهت للنظريات التى
قيل بها سواء فى الفقه الاسلامى او فى شروح القانون الوضعى ،

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

(٢) الموافقات - المرجع السابق - الجزء الثانى ص ١٠ .

(٣) الموافقات - المرجع السابق - الجزء الثانى ص ١١ .

فأقمنا عمادها وتقدمها كأساس للدفاع الشرعى وأطلقنا عليها « نظرية بطلان العصمة » .

وستكون موضوع المطلب الثالث ، بمد ان نتناول في المطلب التالى اساس الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى .

المطلب الثانى

اساس الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

عنى شراح القانون الوضعى بتأصيل الدفاع الشرعى وتعددت النظريات التى قالوا بها كأساس لرد الاعتداء ، ويمكن ان نرجع جميع هذه النظريات الى اتجاهين اساسيين هما :

١ - الاتجاه الموضوعى :

واساس الدفاع الشرعى وفقا لهذا الاتجاه يكون بالنظر الى ذات الفعل الذى يرتكب فى موقف الدفاع ، وفى اطار هذا الاتجاه قيل بنظرية الحق الطبيعى ، بنظرية ابطال البغى ، نظرية البواعث القانونية والاجتماعية ، نظرية التحلل من العقد الاجتماعى ، نظرية انتفاء حق المجتمع فى العقاب ، نظرية التفويض ، نظرية حماية اهم المصلحتين .

٢ - الاتجاه الشخصى :

ويجد هذا الاتجاه اساس الدفاع الشرعى فى شخص من وقف موقف الدفاع الشرعى ، باعتبار ان هذا الموقف ظرفا خاصا به يمنع مسؤوليته وفى هذا الاتجاه قيل بنظرية الاكراه الادبى ، نظرية مقاومة الشر بالشر ، نظرية التضحية بأهون المصلحتين .

وليس الخلاف بين الاتجاهين خلافا نظريا فحسب - وانما يترتب على الاخذ بأحد الاتجاهين خلافا فى تحديد طبيعة الدفاع الشرعى وما يستتبعه ذلك من الآثار (١) فعلى الاساس الموضوعى الذى ينظر الى ذات الفعل يعتبر الدفاع الشرعى احد اسباب الاباحة بينما الاخذ بالاتجاه الشخصى ينتهى بنا الى اعتبار الدفاع الشرعى مانعا من موانع

(١) موجز القانون الجنائى - الدكتور على راشد - الطبعة الثانية - ١٩٥٢

المسئولية مع ما يترتب على التفرقة بين اسباب الاباحة وموانع المسئولية من الآثار (١) .

وسنعرض فيما يلى لنظريات هذين الاتجاهين على التوالى :

اولا : نظريات الاتجاه الموضوعى فى اساس الدفاع الشرعى :

١ - نظرية الحق الطبيعى :

وهى فكرة قديمة مكررة (٢) تعتبر الدفاع الشرعى مشتقا من الحق الطبيعى *droit naturel* ووفقا لهذه النظرية يكون لكل انسان أن يحمى حياته بنفسه وله أن يستعمل السلاح اذا اقتضى الامر (٣) ويعبر جان جاك روسو عن ذلك بقوله « ان ضرورة الدفاع ترد الانسان الى حالته الطبيعية حيث كان له حق حماية نفسه بنفسه » .

“La nécessité de défense rétablit l'homme dans l'état de nature ou chacun a le droit de se faire justice.” (٤)

ويعيب هذه النظرية انها لا تقدم لنا أساسا مرضيا للدفاع عن المال ، اذ لا يعتبر المال حقاً طبيعياً كحق الحياة « فالمرء يولد عريانا ويكتسب اكتساباً وهو مستخلف فيه » (٥) .

٢ - نظرية ابطال البغى :

ذهب هيجل *Hégel* الى أن الواقع يؤيد دور القانون لان الاعتداء هو نفي القانون ، والدفاع نفى لهذا النفي فهو اذن تطبيق للقانون ، وابطال لما يتطوى عليه هذا الاعتداء من بغى (٦) . فهو جزء قانونى للاعتداء ومن ثم فلا عقاب عليه ، ويؤخذ على هذه النظرية :

(١) راجع ما سبق ص ٤٠ .

(٢) *Garçon (Emile) Code penal annoté, Paris 1956,* (٣)
T : 2 - Art : 328, No. 2, P. 155.

(٣) رسالة *Priolaud* - المرجع السابق ص ٤ .
(٤) *Marle et vito : Traité de droit Criminel. Paris* (٤)
1967, P. 312.

(٥) تجاوز الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٩ .
(٦) *Hégel : Grundinien de Rphilosophie de Rechis.* (٦)

اشار اليه فيدال - طبعة ١٩٢٨ - رقم ١٩٦ ص ٢٢٥ .

١ - يؤدي الاخذ بهذه النظرية الى القول بعدم توقيع جزاء على المعتدى طالما ان الدفاع - وفقا لهذه النظرية - يعتبر جزاء للمعتدى وهذه نتيجة غير سليمة .

٢ - ان اعتبار الدفاع تطبيق للقانون وجزاء قانوني للاعتداء يجعل كل فرد ممثلا للسلطة العامة في توقيع العقاب وفي ذلك خطورة كبيرة على الامن العام والنظام الاجتماعى .

٣ - نظرية البواعث القانونية والاجتماعية :

ذهب فيرى Ferri الى اعتبار الدفاع الشرعى حقا اساسه البواعث القانونية والاجتماعية (١) *Caractère juridique et social de motifs* لان رد المجرم عليه *Reaction de la victime* صادر عن بواعث حميدة من الناحيتين الاجتماعية والقانونية اذ من مصلحة المجتمع مقاومة المعتدى بالقوة ، والقضاء على المعتدى الذى كشف بعدوانه عن خطورته الاجتماعية ، محافظة على المعتدى عليه وهو شخص شريف مستقيم (٢) . واذا كانت هذه النظرية تتفق مع المذهب الواقعى الذى يقيم المسؤولية على اساس المصلحة الاجتماعية ، ويجعل للبواعث أهمية كبيرة في تقدير المسؤولية ، فانها لا تعطينا أساسا للدفاع الشرعى اذا صدر الدفاع من شرير ضد شرير آخر ، وليس للمجتمع مصلحة في بقاء أى منهما (٣) .

٤ - نظرية التحلل من العقد الاجتماعى :

في القرن الثامن عشر ازدهرت نظرية العقد الاجتماعى *Contrat Social* واعتبرت اساسا للحقوق ومنها الدفاع الشرعى (٤) .

ووفقا لتصوير روسو يرى انصار هذه النظرية انه تنفيذا للعقد الاجتماعى لا يكون للانسان أن يدرأ عن نفسه بنفسه ، غير ان الافراد

(١) تراجع نظرية فيرى Ferri

Tearia dell'imputabilità e vegazione del libero arbitrio Freinze 1878, p. 534-552, 562.

انظر فيدال ومانويل - المرجع السابق رقم ١٩٨ ص ٢٢٦ .

(٢) تجاوز الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ٢١ .

(٣) جاردو - الجزء الثانى - المرجع السابق رقم ٢٨ هامش ٩ ص ٦ .

عند تنازلهم عن حق الدفاع للدولة قد احتفظوا برخصة الدفاع عن أنفسهم في حالة الخطر الوشيك الوقوع (١) .

وقد أخذ بهذه النظرية جروسيوس *Gratuis* وعرفت عند مونتسكيو *Montes-quieu* وبيكارا *Beccaria* وفورباخ *Feerbach* (٢) .

وقد ظلت هذه النظرية مسلما بها عند الالمان حتى بداية القرن التاسع عشر ، الا انها انهارت بانهار نظرية العقد الاجتماعي باعتبار انها فكرة خيالية لا تتفق مع المنطق (٣) .

٥ - نظرية انتفاء حق المجتمع في العقاب :

ذهب كرازا *Carra* الى أن الدفاع العام انما ينشأ أصلا ليحل محل الدفاع الخاص ، تحاشيا للافراط فيه ، وعندما يتعذر على المجتمع اغائة الفرد ، فلا سبيل الا ان يدافع الفرد عن نفسه في الحد اللازم ، اذ لا معنى لدفاع المجتمع ، والمجتمع عاجز عن التدخل (٤) .

وهذه النظرية متأثرة بفكر روسو في تنازل الانسان للمجتمع عن حقوقه ولو انها تنبذ فكرة العقد الاجتماعي لانها فكرة خيالية (٥) .

غير انه يؤخذ عليها انها تخلط بين وجود الدفاع وحق العقاب كما انها لا تقدم اساسا للدفاع عن الغير او الدفاع عن المال ، والسير مع منطق هذه النظرية يؤدي الى القول بأنه اذا كان الدفاع الخاص مجديا بينما دفاع المجتمع غير ذي اثر ، فان الفرد يسترد حقه في الدفاع بينما يفقد المجتمع هذا الحق وهو منطق مرفوض (٦) .

(١) جارسون - المرجع السابق - مادة ٣٢٨ رقم ٢ .

(٢) جارسون - المرجع السابق - مادة ٣٢٨ رقم ٣ ص ١٥٥ .

(٣)

Burdeau science politique T : II 2ème ed. 1967, No. 46

Burchein : De division du travail social 5ème Paris 1927,

P. 179.

وأشار اليه استاذنا الدكتور ثروت بنوي « النظام السياسية » ص ٦٦ طبعة ١٩٦٢

Carra Progyren Para 200 et 294.

(٤)

(٥) في المسؤولية الجنائية - المرجع السابق - ص ٣٠٧ .

(٦) تجاوز الدفاع الشرعي - المرجع السابق - ص ٢٢ .

٦ - نظرية التفويض لعجز السلطة :

ذهب البعض في فرنسا وإيطاليا ومصر الى أن أساس الدفاع الشرعى هو عجز السلطة وهى صاحبة الحق في الدفاع عن التدخل لحماية الافراد ومن ثم لزم أن تمنح الافراد حقهم في حماية انفسهم بأنفسهم وحماية الآخرين (١) .

وفي هذا الاتجاه يرى البعض أن الفرد يحل محل السلطة العامة في حفظ النظام (٢) وذلك باجازة من القانون (٣) ، فالدفاع الشرعى في هذا النظر ليس الا وظيفة عامة يجوز للدولة أن تفوض الافراد في القيام بها (٤) ، واعتبر البعض الدفاع الشرعى قضاء خاص يقوم مقام القضاء العام (٥) .

وفي مصر ذهب البعض الى اعتبار الدفاع الشرعى مقابلا منطقيا لاستعمال سلطة الوظيفة في أداء الواجب القانوني (المادة ٦٣) فهذا الاخير سبب لمشروعية القوة التى يستخدمها الموظف العام ، والدفاع الشرعى سبب لمشروعية القوة التى يستخدمها أى فرد من أحاد الناس يحل محل ذلك الموظف في أداء وظيفته لدفع العدوان (٦) فالفرد يحل محل رجل الامن لدفع العدوان او وقفه (٧) .

وهذه النظرية منتقدة من ناحيتين :

١ - القول بعجز السلطة ليس صحيحا ، فالسلطة لا تعجز عن الدفاع واغاثة المعتدى عليه ، سواء في حالة الاعتداء الحال ، او الاعتداء

Prodel (J.) : Droit pénal T : Ire. introduction (١)
droit penal general, Paris, No. 198, P. 199.

(٢) مرل وفيتو المرجع السابق - رقم ٢٢٧ ص ٢١٢ .

Levasseur (G.) : Droit pénal et procédure pénal (٣)
T : I 4ème ed. No. 98, P. 59.

Manzini Trattoto de Dirito penale italiana, (٤)
V. II, Torino 1961. P. 334.

مشار اليه في يسانور على - المرجع السابق ص ٢٣٠

(٥) فيدال ومانويل - المرجع السابق رقم ١٩٩ ص ٢٢٧ ، الدكتور عبد المنعم الصدة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى في المعاملات المالية - معهد البحوث العربية ١٩٧٠ ص ٣٧

(٦) الدكتور على راشد : القانون الجنائى - المرجع السابق - ص ٥٢٠

(٧) الدكتور على راشد : الموجز - المرجع السابق - ص ٣٤٠ .

الوشيك الوقوع ، وانما العجز هو عجز المعتدى عليه عن الالتجاء الى السلطة لاغائه في الوقت المناسب (١) .

٢ - من المقرر أن التفويض لا يمكن أن يعطى للمفوض اليه سلطات اوسع من السلطات المخولة للاصيل ، فان الثابت أن للمعتدى عليه أن يباشر افعالا ليست مخولة أصلا لسلطات الدولة وسلطة الدولة في حماية الافراد هي سلطة عقاب بينما لم يشرع الدفاع الشرعى لعقاب المعتدى وانما لرد الاعتداء (٢) .

٧ - نظرية تنازع الحقوق والمصالح الاجتماعية :

يرى البعض أن أساس الدفاع الشرعى هو التنازع بين الحقوق وترجع بذور هذه النظرية الى ما يراه هيغل Hegel من أن الضرر الذى يصيب حق الحياة هو ضرر اكيد لا حد له لانه يمس جانباً كلياً من الحقوق ، وعندما يتنازع حق الحياة مع حق الملكية فان حق الحياة هو الذى يتمتع بالافضلية متما اكيدا لان الضرر الذى يصيب حق الملكية لا يعدو أن يكون ضرراً ظاهرياً ، ليس له من اثر على الارادة الا التضيق من نطاقها ولا اثراً له على الاهلية (٣) .
وانتقد بيرنر رأى هيغل موضحة أهمية الحقوق الاخرى ، ومؤكداً بوجه خاص - الصفة التى تميز الحقوق المالية (٤) .

والواقع أن التضحية بحق في سبيل آخر مسألة تختلف باختلاف الظروف والملابسات ، وليس صحيحاً القول بأن حق الحياة هو الحق الذى يسمو على كل الحقوق ، فحق الوطن في الدفاع عنه مقدم على سائر الحقوق ولا يجوز للجندى أن يفر من ميدان القتال ايثاراً لحقه في الحياة (٥) .

وتلافياً للنقد استبدل شابر بعبارة تنازع الحقوق عبارة تنازع المصالح (٦) .

ويرى Frejavaille أن التنازع لا يكون بين الحقوق فقط وانما يكون بين الواجبات ايضاً وأن هناك تناقضاً مطلقاً بين الواجبات

(١) تجاوز الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ٢٣ .

(٢) يسر أنور علي - المرجع السابق - ص ٢٣٠ .

(٣) Hegel : Philosophie du droit, 1839, P. 127.

(٤) نظرية الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ٦٤ .

(٥) في المسؤولية الجنائية - المرجع السابق - ص ٢٤٨ .

(٦) في المسؤولية الجنائية - المرجع السابق - ص ٢٤٩ .

القانونية والخلقية ومن المستحيل احترامها جميعا وعلى الفاعل أن يضحي ببعض هذه الواجبات في سبيل البعض الآخر عن طريق ترتيب المصالح التي تتحقق من القيام بهذه الواجبات (١) .

ومحور النظرية أن أساس الدفاع الشرعى هو الموازنة بين مصالح متعارضة وترجيح بعضها على البعض الآخر ، وذلك بحماية أكثر المصالح المتعارضة أهمية (٢) وهو ما تقتضيه المصلحة الاجتماعية التي هي أساس التبرير (٣) .

وهذه النظرية هي السائدة في الفقه المصرى ويعبر البعض عن ذلك بالقول « أما أساس الدفاع الشرعى فيرجع الى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد وإيثار مصلحة أولى بالرعاية ، تحقيقا للمصالح العام، وهو هدف كل نظام قانونى » (٤) ويرى البعض أن « أساس الدفاع الشرعى يركز على اختيار المشرع لمصلحة معينة من بين المصالح المتنازع عليها لى يضفى عليها اهتمامه ، وهى مصلحة المعتدى عليه اذ يراها أجدر بالرعاية من مصلحة المعتدى » (٥) .

ولما كانت هذه النظرية هي السائدة في الفقه الموضعى فقد حاول البعض التدليل على أنها أساس الدفاع الشرعى في الشريعة الإسلامية (٦) رغم أنها لا تعدو أن تكون صورة من نظرية قال بها أصحاب الاتجاه الشخصى هي نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين (٧) مع محاولة تحاشي ما يوجه اليها من انتقادات . وهذه النظرية لا تستقيم مع آراء دعايتها ومنهم جارسون الذى يقول « الدفاع الشرعى - فى الأصل - لا يمارس ضد غير مرتكب الفعل غير المشروع ولكن يجب أن لا ننسى أن الدفاع الشرعى ليس الا تطبيقا خاصا لنظرية أكثر عمومية

Frejavaille : Element de droit criminel 1935, (١)

P. 96 et 97. manuel de droit criminel, P. 113.

E javille et J. G. sayer manuel de droit criminel (٢)

capacite, Paris 1964, No. 223, P. 120.

(٣) جارسون - المرجع السابق - مادة ٢٢٨ رقم ١٧ ص ١٥٧

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

(٥) الدكتور أحمد فتحي سرور - أصول قانون العقوبات - دار النهضة العربية

ص ٢٠٦

١٩٧٩ - ص ٢٥٢

(٦) الدكتور يوسف قاسم - نظرية الدفاع الشرعى - المرجع السابق ص ٥٠

وما بعدها

(٧) راجع ما يلى ص ١٣٢ .

(م ٩ - الدفاع الشرعى)

للضرورة ، فيصح أن انسانا في حالة خطر الموت الحال ومن غير أن تكون لحالة الدفاع الشرعى اية علاقة ازاء احد الاغيار الاجانب تماما عن هذا الخطر ، فتقتله أو تجرحه جناية المدافع دون أن يسأل عنها لانها ارتكبت من أجل انقاذ حياته المهددة « (١) . . ولذا لا نرى الاخذ بها كأساس للدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية لان الفقه الاسلامى يعرف نظرية خاصة أكثر دقة واحكاما من النظريات التى عرفها الفقه الوضعى وهى نظرية اعتصرتها واعتصارا من الفقه الاسلامى وخصصنا لها المطلب التالى لتكون نظريتنا المطروحة فى أساس الدفاع الشرعى .

ثانيا : نظريات الاتجاه الشخصى فى أساس الدفاع الشرعى :

١ - نظرية الاكراه الادبى :

يرى بيفندروف ، Puffendorf أن أساس الدفاع الشرعى هو الاكراه الادبى *Contrainte morale* فالمدافع لا يسأل جنائيا لانه ارتكب أفعال الدفاع وهو مكره وليس مختارا فالاعتداء الذى واجهه افقده السيطرة على قواه العقلية والارادية فلا ينقاد فى دفاعه لغير غريزة حب البقاء (٢) التى اودعها الله سبحانه وتعالى فيه (٣) . وهذه النظرية لا تصلح أساسا للدفاع الشرعى للأسباب الآتية :

١ - القول بأن الاكراه هو أساس الدفاع لا يقدم لنا تفسيراً للدفاع عن الغير والدفاع عن المال ، فالاكراه لا يتحقق فى كثير من حالات الدفاع الشرعى اذ يظل المعتدى عليه محتفظا بهدوئه ورغم ذلك يظل الدفاع مشروعا .

٢ - ادعاء النظرية بان المدافع يفقد حرية الاختيار لا يطابق الواقع اذ يكون المدافع مدركا لفعله موجهها ارادته نحو رد الاعتداء الذى

(١) جارسون - المرجع السابق - مادة ٢٢٨ رقم ٦٤ ص ١٦٢

(٢) Puffendorf . De officio hominis et civis secundum

legem naturalem Liv : I, ch. V. P. 12-20.

أشار اليه فيدل ومانويل - المرجع السابق ص ٢٢٢

وجارسون - المرجع السابق - المادة ٢٢٨ رقم ٥ ص ١٥٥ ، الدكتور يسر انور

على - المرجع السابق ص ٢٣٠ ، الدكتور القللى - المرجع السابق ص ٢٠٥

(٣) قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية - الدكتور حسن صادق

المرصفاوى - معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٢ ص ١٤١

Grand Moulin : Le droit pénal Egyptien,

(٤)

T : II, No. 1587, P. 337.

يهدده .. فالجندى وهو بشر يمتد صامدا في مواجهة نيران العدو لينفذ ما يوجه اليه من أوامر .

٣ - القول بان المدافع وقد فقد حرية الاختيار توجهه غريزة حب البقاء يؤدي بنا الى نتيجة شاذة مؤداها جواز الدفاع ضد الاعتداء المشروع وهو ما يخالف ما تقضى به التشريعات من وجوب ان يكون الاعتداء غير مشروع (٢) .

٤ - الاكراه لا يتوفر الا في حالة الخطر الجسيم . والراى الراجح ان الدفاع لرد كل اعتداء بما يناسبه دون اشتراط جسامته معينة .
٥ - ان هذه النظرية لا تتفق مع ما تشترطه التشريعات من وجوب عدم تجاوز حدود الدفاع الشرعى لأن هذا الشرط يعنى توافر ارادة حرة ومدركة لدى الفاعل (٤) .

٣ - نظرية مقاومة الشر بالبشر :-

يرى جوير (٥) وبعض الشراح الألمان (٦) أن الدفاع هو مجازاة للشر بالشر Retribution du mal par le mal فمن المعلوم أن حق العقاب منوط بالدولة ، والدفاع عن الافراد منوط بها ، وشرعية الدفاع لا تعنى أن أفعال الدفاع ليست جريمة ، وانما العدالة المطلقة اقتضت القول بشرعية هذه الافعال باعتبارها مقاصة بين شر الاعتداء وشر أفعال الدفاع .

ويؤخذ على هذه النظرية انها تصور الدفاع عقابا ينزله المدافع بالمعتدى ، والدفاع الشرعى لم يشرع لمعاقبة المعتدى وانما شرع لمنع المعتدى من ايقاع فعل التعدى (٧) . والسير مع منطق هذه النظرية

(١) الدكتور يسر أنور على - المرجع السابق ص ٢٣ ، الدكتور فوزية عبد الستار : خطر الاعتداء - المرجع السابق - ص ١٦٢ - ١٦٣

(٢) جراندهولان - المرجع السابق رقم ١٥٨٧ ص ٢٢٧ ، الدكتور الثاوى - المرجع السابق ص ٣٠٥

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق - ص ٢٠٦

(٤) تجاوز الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٦

(٥) Geyer : Die lehre von der nathuchr jera 1857.

(٦) اشار اليه فيدل ومانبول - المرجع السابق - رقم ١٩٤ ص ٢٢٣

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

ص ١٩٨ رقم ١٩٦

(٧) نقض مصرى - السنة ٢٣ جلسة ٢٦ مارس ١٩٧٢ ص ٤٧.

يؤدي الى القول بأنه لا محل لمجازاة المعتدى لأنه نال هذا الجزاء بالدفاع ، وقد حاول جوير أن يرد بنفسه على هذا الاعتراض بوجوب التفرقة بين الأذى الذي يصيب المعتدى ويقابله الدفاع ، وبين الأذى الذي يحل بالمجتمع وهو ما يجب أن يواجه بالعقاب ، ولكن هذا الرد تقويض للأساس الذي تركز عليه النظرية (١) ، ومقابلة الشر بالشر - كما يقضى منطق النظرية - يستلزم وجود مقاصة بين أفعال الدفاع وبين الاعتداء ومن النادر أن يتحقق هذا التعادل ، ولهذا يكتفى المشرع بأن لا ينعدم التناسب بينهما (٢) .

٣ - نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين :

يرى Buri أن أساس الدفاع الشرعى هو قيام تنازع مصلحتين على البقاء مما يستوجب التضحية بأحدهما وبالموازنة بين أفعال الاعتداء ، وبين أفعال الدفاع ، يتبين أن حق المعتدى هو الأقل والآخر مما يستوجب التضحية به لحماية حق سليم يتعارض معه هو حق المعتدى عليه (٣) .

وهذه النظرية تتجه وجهة شخصية ، فهي تنظر الى حق كل من المعتدى والمعتدى عليه ، وهى بذلك تختلف عن نظرية تنازع الحقوق والمصالح الاجتماعية التى يقول بها أصحاب الاتجاه الموضوعى (٤) . وهذا التصوير لاساس الدفاع الشرعى منتقد لان الدولة ملزمة بالحفاظ على كافة مصالح الافراد دون النظر الى درجة أهميتها .

وحاصل القول أن جميع النظريات التى قيل بها كأساس للدفاع الشرعى فى القانون الوضعى لا تعلق على النقد فى جانب من جوانبها بما فى ذلك النظرية السائدة عند شراح القانون فى فرنسا ومصر والتى حاول البعض أن يجعلها أساسا للدفاع الشرعى فى الشريعة الاسلامية .

وهو ما دفعنا الى محاولة بناء نظرية جديدة من الفقه الاسلامى تصلح أساسا لنظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى والتشريع الوضعى على السواء وهو موضوع المطلب التالى .

(١) جارسون - المرجع السابق - مادة ٢٢٨ رقم ٢٢٣ ص ١٥٥

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

ص ١٩٨ رقم ١٩٦

(٣) تجاوز حدود الدفاع الشرعى - المرجع السابق - ص ١٨

(٤) راجع ما سبق ص ١٢٨

المطلب الثالث

النظرية المطروحة

نظرية بطلان المصمة

حرصت الشريعة الاسلامية على تأكيد النهى عن الاعتداء ، فتواترت آيات القرآن الكريم فى هذا المعنى مثل قوله تعالى « ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين » (١) . وجاءت السنة النبوية الشريفة مؤكدة حرمة الدماء والاموال والاعراض . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع الا اى شئ تعلمونه اعظم حرمة ؟ قالوا الا شهرنا هذا . قال الا اى بلد تعلمونه اعظم حرمة ؟ قالوا بلدنا هذا . قال الا اى يوم تعلمونه اعظم حرمة ؟ قالوا الا يومنا هذا قال فان الله تبارك وتعالى قد حرم دماءكم واموالكم واعراضكم الا يحقها كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا الا هل بلغت ثلاثا كل ذلك يجيونه الا نعم قال ويحكم او ويلكم لا ترجعن بعدى كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض » (٢) .

ولم تقف الشريعة الفراء عند هذا التأكيد العام للنهى عن الاعتداء . وحرمة الدماء والاموال والاعراض ، وانما وضعت السياج القانونى الذى يكفل امن المجتمع وطمأنينة الافراد ضد اعتداء المعتدين ، واجرام المجرمين ، فشرعت الحدود ، القصاص ، والتعزير .

والحد فى اللغة المنع (٣) ، وقد سميت بعض العقوبات الشرعية بالحدود لانها تمنع من اقتراف الجرائم .

والحد عند الفقهاء « عقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى » (٤) ومن هذا التعريف يتضح أن العقوبة فى الحدود مقدرة مقدما من الشارع ، وانها تجب حقا لله تعالى لان المصلحة العامة هى التى استوجبت توقيعها . وجرائم الحدود هى السرقة وقطع الطريق والزنا وشرب الخمر والردة ، والبغى على خلاف فيه .

(١) سورة البقرة - الآية ١٩٠

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

(٣) القاموس المحيط - الجزء الاول ص ٢٨٦

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الزيلعي - الطبعة الاولى - الطبعة الامرية

بيولات مصر ١٣١٣ هـ - الجزء الثالث -

وجريمة السرقة كما يعرفها الفقهاء « اخذ البالغ العاقل نصاب القلع خفية . مما لا يتسارع اليه الفساد ، من المال المتمول للغير ، من حرز بلا شبهة » (١) وعقوبة السرقة ثابتة بالنص وهو قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » (٢)

والاصل في عقوبة جريمة قطع الطريق قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع ايديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض » (٣) . والنظرة العجلى غير المتأنية لهذه العقوبات قد تستبشع تطبيقها خصوصا في هذا العصر انذى يتصايح فيه البعض مطالبين بالرفق بالمعتدين المجرمين ، غافلين عن حقوق الافراد الوادعين في الامن والامان.

والذى يتأمل في هذه الجريمة ، ويتصور ما يكون فيها من الضرر العام ، وانتشار الفوضى في الطرقات بسبب الفرع والرتب الذى بسببه هؤلاء المعتادون باعتدائهم على حرمة النفوس والاموال ، وما يؤدى اليه ذلك من اختلال الامن في البلاد لا يستكثر هذه العقوبات على هؤلاء المجرمين الذين يروعون أمن البلاد وطمأنينة أفراد المجتمع .

والزنا كما يعرفه الامام ابو حنيفه « الوطء المحرم في قبل المرأة الحية وطئا عاريا عن الملك والنكاح والشبهه ، وهو بالنسبة للمراه ان تمكن الرجل من مثل هذا الفعل » (٤) وهو عند المالكية « كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهه نكاح ولا ملك بمين » (٥) ، ويعرفه فريق آخر من الفقهاء بما يقرب من هذا غير انهم يجعلون منه الاتيان في الدبر ، ومن هؤلاء الشافعية والحنابلة (٦) .

وعقوبة الزنا تختلف تبعا لما اذا كان الجانى محصنا أو غير محصن فعقوبة الزانى المحصن ، هى عند الجمهور رميا بالحجارة ، أو ما يقوم

(١) فتح القدير - الجزء الخامس - المطبعة الميمنية ١٣٢٩ هـ - ص ١٢٠

(٢) سورة المائدة الآية ٢٨

(٣) سورة المائدة الآية ٣٣

(٤) بدائع الصنائع تاليفه - المطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ - الجزء

السادس ص ٢٢ ، ٢٤ ، فتح القدير - المرجع السابق - الجزء الخامس ص ٣٠ ، ٣١

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لابن رشد الحفيد - مكتبة الخانجي ودار

الكتاب - الجزء الثانى ص ٢٦٢

(٦) الاحكام السلطانية لابن تيمية تصحيح وتعليق الشيخ حامد الفقي - طبعة

١٣٨٦ هـ - ص ٢٤٧ ، الاحكام السلطانية للناوردي - طبعة ١٣٨٦ هـ - ص ٢١٢

مقامها (١) . . وهذا الحد ورد بالسنة الصحيحة ، وقد خصص بها الجمهور عموم آية الجلد (٢) فقد جا في حديث العسيف الذي زنا بالمرأه مخدومه قول الرسول صلى الله عليه وسلم « واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فرجمت ، وكذلك حديث ما عز الذي زنا واعترف للرسول صلى الله عليه وسلم فأمر برجمه ، وحديث الفامدية التي اعترفت للرسول صلى الله عليه وسلم بالزنا وهى محصنة فرجمها ، وقد ورد الحديثان من أكثر من جهة ، وقد بينت حكم الزنا في حالة الاحصان ، وهو الرجم ، فهى تخصص الكتاب (٣) .

وقد اختلف الفقهاء في الجمع بين الجلد والرجم ، والجمهور على عدم الجلد مع الرجم ، وهو أدنى الى القبول عندى ، لان عموم آية الجلد قد خصص بالنسبة للمحصن باحاديث الرجم التى ذكرناها ، كما ان جلد الجاني قبل رجمه المنتهى باعدامه فيه نوع من الزيادة غير اللازمة .

اما عقوبة الزانى غير المحصن ، وهو الذى لم يطأ زوجته بنكاح ، فقد اتفق الفقهاء على انها الجلد مائة جلدة لقوله تعالى « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » (٤) ولكن اختلف في حد غير المحصن على التفريق مع الجلد ، فعند أبى حنيفة واصحابه حده الجلد مائة ليس غير ، أما اذا رأى الامام ان يفرب مع الجلد فان ذلك من باب السياسة ، والتفريق عند الريعية ليس حدا ولكنه عقوبة . وعند الشافعى التفريق واجب ، وهو من حد غير المحصن مع الجلد مائة ،

(١) المسمى لابن قدامة - طبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ - الجزء الاول ص ١٢٠ - ١٢١
(٢) جاء في المسمى لابن قدامة الجزء الاول ص ١٢٠ - ١٢١ طبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ - ان الرجم للزانى المحصن قول أهل العلم عامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم في جميع الامكنة ، ولا يعلم في ذلك خلاف ، الا الخوارج فقد قالوا بالجلد للبكر وللثيب الآية « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وقالوا لا يجوز ترك الكتاب الثابت بطريق القلع والرقين لاجبار احاد يجوز فيها الكذب ، لان هذا يفضى الى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز .

(٣) المسوط السرخسى - مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٤ هـ - الجزء التاسع ص ٢٦ وما بعدها ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للطرايسى طبع بولاق سنة ١٣٠٠ هـ - ص ١٨٢ ، بداية المجتهد - المرجع السابق - الجزء الثانى - ص ٣٦٣ ، الاحكام السلطانية للناوردى - المرجع السابق - ص ٢١٢ ، الاحكام السلطانية لابی يعلی - المرجع السابق ص ٢٤٧ ، الفنى - المرجع السابق - الجزء الاول ص ١٢٠ وما بعدها .

(٤) سورة النور الآية : ٢ .

والتغريب يكون لمدة عام لكل من الزانى والزانية بلا تفرقة ، ويفريان عن بلدهما الى مسافة اقلها يوم وليلة ، وعلى هذا الراى الحنابلة والظاهرية .

وعند مالك يغرب الرجل دون المرأة ، وبهذا الراى قال الاوزاعى (١) والمقصود بالقذف الذى يستوجب الحد هو الرمى بالزنا او نفى النسب وغير ذلك لا يستوجب الحد وانما فيه التعزير .

ودليل هذا الحد قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون » (٢) ، وهذا الحد لا يختلف فيه أحد لثبوتة بنص القرآن الكريم ، وقد انعقد عليه الاجماع ، فلا يزيد ، ولا ينقص ، وفضلا عن الجلد ، فان القاذف لا تقبل شهادته ، لقوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا . » .

واما حد الشرب فقد ورد تحريم الخمر فى القرآن الكريم ، فى قوله تعالى « انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » (٣) .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الآشربة عام حجة الوداع « حرام بعينها والسكر من كل شراب » وروى مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة انها قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع (٤) ، وعن نبذ العسل ، فقال « كل شراب اسكر فهو حرام » وخرج مسلم عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » (٥) .

(١) معين الحكام - المرجع السابق - ص ١٨٢ ، بداية المجتهد - المرجع السابق الجزء الثانى - ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ ، الاحكام السلطانية للماوردى - المرجع السابق - ص ٣١٢ ، الاحكام السلطانية لآبى يعلى - المرجع السابق - ص ٢٤٧ ، البحر الرخاى - مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م - الجزء الخامس ص ١٤٧ و ١٤٨ ، المدلى لابن حزم - دار الطباعة المنيرية سنة ١٣٥٢ هـ - الجزء الحادى عشر ص ٢٢١ - ٢٢٧

(٢) سورة النور الآية : ٤

(٣) سورة المائدة الآية : ٩٠

(٤) البتع : هو شراب يصنع من البر والشعير .

(٥) بداية المجتهد لابن رشد - المرجع السابق - الجزء الاول ص ٣٨٢ وما بعدها - احكام القرآن للجصاص - المطبعة البهية بالقاهرة سنة ١٣٤٧٧ هـ بالقاهرة - الجزء الاول ص ٣٢٤ .

والما العقوبة فلم يرد بشأنها نص في القرآن الكريم ، وروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم عدة آثار ، مما جعل الجمهور يرى ان العقوبة هي الجلد ثمانين جلدة ، وقال الشافعي وأبو ثور وداود بان الحد الربعون (١) .

والردة هي الكفرة بعد الاسلام ، سواء باعتناق دين آخر أو بعدم اعتناق دين آخر (٢) .

وقد جاء عنها في القرآن الكريم قوله تعالى « ومن يرد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة ، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » (٣) .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله « من بدل دينه فاقتلوه » وكذلك حديث لمعاذ بن جبل لما بعثه إلى اليمن بضرب عنق المرتد أو المرتدة بعد دعوتهما ، كما روى قتل المرتد عن كثير من الصحابة ، منهم أبو بكر وعمر وعثمان ومعاذ بن جبل وابن عباس ولم يخالف أحدهم في ذلك فصار اجماعا . فجريمة الردة ثابتة بالكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة وعقوبة المرتد بالسنة والاجماع (٤) .

وأما حد البغى - عند من يعتبره حدا - فخاص بالبغاة وهم في تعريف الفقهاء « الذين يخرجون على الامام ، ويخالفون الجماعة وينفردون بمذهب يتدعون » وذلك بتأويل سائغ مع وجود المنعة والشوكة لهم » (٥) .

(١) راجع أدلة كل رأى في معين الحكام - المرجع السابق - ص ١٧٩ ، ١٨٠ ، بداية المجتهد - المرجع السابق - الجزء الثاني - ص ٣٧١ ، تبصرة الحكام لابن قرحون عابى هامش فتح العلى المالك - طبعة الحلبي ١٣٧٨ هـ ١٩٥٨ م - الجزء الثاني ص ٣٦٦ ، الاحكام السلطانية للماوردي المرجع السابق ص ١٢٦ ، الاحكام السلطانية لأبى يعلى - المرجع السابق - ص ٢٥٣ .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي - المرجع السابق ص ٥١ ، ٥٢ ، معين الحكام - المرجع السابق ص ١٨٦ ، الفنى لابن قدامه - المرجع السابق الجزء العاشر ص ٧٤ . (٣) سورة البقرة - الآية ٢١٧ .

(٤) بداية المجتهد - المرجع السابق - الجزء الثاني ص ٢٨٢ ، احكام القرآن الكريم للجصاص - المرجع السابق - الجزء الثاني - ص ٢٨٦ .

(٥) الاحكام السلطانية لأبى يعلى - المرجع السابق - ص ٢٨ ، التشريع الجنائي الاسلامي - المرجع السابق - ص ٦٦٢ - ٦٦٣ .

والأصل في ذلك قوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احدهما على الاخرى ، فقاتلوا التى تبغى حتى تفى الى امر الله » (١) .

وروى الاعمش عن سويد بن غفلة ، قال : سمعت عليا يقول : اذا حدثكم بشيء عن الرسول صلى الله عليه وسلم فلأن آخر من السماء فتخطفنى الطير أحب الى من ان اكذب عليه ، واذا حدثكم فيما بيننا فان الحرب خدعة ، وانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « يخرج قوم فى آخر الزمان ، أحداث الاسنان ، سفهاء الاحلام ، يقولون من خير قول البرية ، لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فان لقيتموهم فاقتلوهم ، فان قتلهم أجر . من قتلهم يوم القيامة » .

ولم يختلف الصحابة رضى الله عنهم فى قتال البغاة بالسيف اذا لم يردعها غيره فقد رأوا جميعا قتال الخوارج (٢) . والبغاة يختلف حكمهم حسب الاحوال . ففى احوال يكون للامام تعزيرهم بالحبس وبغيره ولا يصل الى القتل ، وفى احوال اخرى يجوز قتلهم ، كما فى حالة الحرب . او اذا خيفت عودتهم اليها على قول البعض ، واذا لم يندفع شرهم الا بالقتل فان قتلهم يكون متعينا دفعا عن النفس (٣) .

وهذه الجريمة تشبه جريمة محاولة قلب نظام الحكم فى القوانين المعاصرة ، ففى قانون العقوبات المصرى تنص المادة ٨٧ على انه « يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة كل من حاول بالقوة قلب او تغيير دستور الدولة او نظامها الجمهورى او شكل الحكومة . فاذا وقعت الجريمة من عصاة مسلحة يعاقب بالاعدام من الف العصابة وكذلك من تولى زعامتها او تولى فيها قيادة ما » .

وأما القصاص فمأخوذ من القص ، والقص فى اللغة أصله القطع ، وقد أخذ من هذا المعنى اللغوى القصاص فى الجراح اذا اقتصر للمجنى عليه من الجانى بجرمه اليه ، أو قتله به (٤) . والقصاص عند الفقهاء عقوبة مقدرة ، تجب حقا للفرد ، فهو

(١) سورة الحجرات الآية ٩ .

(٢) أحكام القرآن للجهنمى - الجزء الثانى - طبعة ١٣٤٧ هـ - ص ٤٩١ وما

بعدها .

(٣) التعزير فى الشريعة الاسلامية - رسالة دكتوراه - الدكتور عبد العزيز عامر

الطبعة الرابعة - دار الفكر العربى - ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م - ص ٣٥ ، ٣٦

(٤) لسان العرب - المرجع السابق - الجزء الثامن - ص ٣٤١ ، القصاص فى

الشريعة الاسلامية - رسالة دكتوراه - الدكتور أحمد محمد ابراهيم - طبعة سنة

١٣٦٣ هـ - ١٩٤٤ م - ص ٣٦

يشارك مع الحدود في كونه عقوبة مقدرة مثلها ، ولكنه يختلف عنها في كونه يجب حقا للفرد بخلاف الحدود ، اذ تجب حقا لله تعالى ، ومعنى أن العقوبة مقدرة انها مينة ومحددة أى ليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، وكون القصاص يجب حقا للأفراد فانه يجوز للمجنى عليه أو لولى الدم - اذا شاء العفو عنه ، وبهذا العفو تسقط العقوبة (١) .

والجرائم التى أوجبت فيها الشريعة الاسلامية القصاص هى القتل العمد وبعض جرائم الاعتداء على البدن وهو ما يطلق عليه في الفقه الوضعى الاعتداء على الحياة ، فحق الحياة من الحقوق المطلقة في الشريعة الاسلامية جاء القرآن الكريم بتحريم الاعتداء عليها الا بالحق ، قال تعالى « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق » (٢) وجميع النفوس متساوية في هذا الحق ، فقتل نفس واحدة يعدل قتل الناس جميعا ، لأنه يشكل الاعتداء على حق الحياة ذاته بصرف النظر عن وقوع عليه الاعتداء ، فالكل في حق الحياة سواء ، وشريعة الحق سبحانه وتعالى تتضمن هذا المبدأ في كل زمان ، يقول سبحانه وتعالى « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا » (٣) . ويقول جل شأنه « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » (٤) . ولم تقف الشريعة في حمايتها لحق الحياة وسلامة الجسم عند التحذير من العقاب في الحياة الأخرى أو ترك الأمر للضمير في الحياة ، وانما قررت القصاص في حالة القتل العمد ، والدية والفدية في حالات الخطأ ، وجعل القصاص مساويا لما وقع على الحياة أو سلامة الجسم من الاعتداء ، فان وصل الاعتداء الى القتل كان الجزاء القتل ، أما اذا وقف عند الجراح كان القصاص مثلها . يقول تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى » (٥) . ويقول سبحانه « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون » (٦) . ويقول عز وجل « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي - الجزء السادس ص ٩٧ وما بعدها
بداية المجتهد - المرجع السابق - الجزء الثاني ص ٣٢٠ وما بعدها

(٢) سورة الانعام - الآية ١٥١

(٣) سورة المائدة - الآية ٣٢

(٤) سورة النساء - الآية ٩٣

(٥) سورة البقرة : الآية ١٧٨

(٦) سورة البقرة : الآية ١٧٩

والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص» (١) .

وابان القرآن الكريم حكم القتل الخطأ في قوله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، توبة من الله وكان الله عليما حكيما » (٢) .

وأما التعزير فمدلوله اللغوي مصدر من الفعل عزر من العذر ، وهو الرد والمنع ، ويقال عزر فلان أخاه بمعنى نصره ، لأنه منع عدوه من أن يؤذيه ، ومن ذلك قوله تعالى « وتعزروه وتوقروه » ويقال عززته بمعنى وقزته وأيضا أدبته . وهو من أسماء الأضداد ، وهو يكون بمعنى التوقير ، لأنه اذا امتنع بالتعزير وصرف عما هو دنيء فان الوقار يحصل له بذلك ، وقد سميت العقوبة تعزيرا لأن من شأنها أن تدفع الجاني وترده عن ارتكاب الجرائم أو العودة الى اقترافها (٣)

والتعزير عند الفقهاء عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لأدمى في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة وهو كالحدود في أنه تأديب استصلاح وزجر (٤) .

وإذا كانت الحدود والقصاص عقوبات مقدرة ومحدودة ، وكانت الشريعة الإسلامية الفراء صالحة لكل زمان ومكان فقد جاءت بالتعزيرات لتواكب التطورات التي تحدث في المجتمعات على مر الأزمان والعصور ، ومن هنا قيل بحق أن قوانين العقوبات الوضعية هي من قبيل التعزيرات التي يقررها ولي الأمر (٥)

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥

(٢) سورة النساء : الآية ٩٢

(٣) لسان العرب - المرجع السابق - الجزء السادس ص ٢٣٧

(٤) المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر محمد السرخسي - مطبعة السعادة بالقاهرة

سنة ١٣٢٤ هـ - الجزء التاسع ص ٣٦ - سبل السلام - المرجع السابق - الجزء الرابع ص ٤٩ - الأحكام السلطانية - المأوردى ص ٢٢٤ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى - المرجع السابق ص ٢٨

(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ سنة ١٩٦٠ ، استاذنا الشيخ محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - الجريمة - دار الفكر العربي - بدون تاريخ ص ١٢٦ فقرة ١٢٢

وجرائم التعازير كثيرة ومتنوعة فهي تشمل جرائم الحدود اذا اختلت شروط تطبيقها ، كما تشمل جرائم الاعتداء على النفس وما دونها ، اذا تخلف شرط من شروط القصاص ، وجرائم الاعتداء على العرض وافساد الاخلاق والقتل والسب ، وكذلك جرائم الاعتداء على المال كالسرقة التي لا يتوفر فيها شروط اقامة الحد . الجرائم التي تقع على المال كجريمة النصب ، ومن جرائم التعزير الجرائم التي تحصل لاحاد الناس كشهادة الزور والبلاغ الكاذب وقتل الحيوانات المستأنسة او الاضرار بها ، انتهاك حرمة ملك الغير ، والجرائم المضرة بالمصلحة العامة وهي الجرائم المضرة بأمن الدولة من جهة الخارج كالتهجس . الجرائم المخلة بأمن الدولة من جهة الداخل كالرشوة وتجاوز الموظفين حدود وظائفهم وتقصيرهم في اداء الواجبات المتعلقة بها ، وسوء معاملة الموظفين لافراد الناس ، ومقاومة الحكام وعدم الامتثال لوامرهم والتعدي عليهم . وهرب المحبوسين ، وجرائم تزيف المسكوكات وتزويرها والجرائم التموينية (١) .

واما العقوبات التعزيرية فتشمل العقوبات البدنية ، الاعدام ، والجلد ، العقوبات المقيدة للحرية كالحبس والنفي والعقوبات المالية كالغرامة والمصادرة . وهناك عقوبات تعزيرية متنوعة اخرى مثل التعزير بالاعلام والاحضار لمجلس القضاء والوعظ والتوبيخ ، والعزل والتشهير (٢) .

وجماع القول ان الشريعة الاسلامية الفراء قد اكدت النهى عن الاعتداء ، ايا كانت الصورة التي يقع بها هذا الاعتداء وسواء وقع العدوان على النفس او الاموال او الاعراض ولم تترك شريعة الحق تبارك وتعالى هذا النهى لعذاب الآخرة وانما كفلت له السياج القانوني الذي يحميها فقررت العقوبات الرادعة لأولئك الذين تسول لهم انفسهم الخروج على ما قرره الشريعة من حرمة للأنفس والاموال والاعراض .

وهذا النهى عن الاعتداء وتلك الحرمة للأنفس والاموال والاعراض هي ما يسمى بالعصمة ، فالعصمة هي الحرمة والقاعدة في الشريعة الاسلامية ان الدماء والاموال والاعراض معصومة ، اى

(١) راجع في تفصيل الجرائم التعزيرية - رسالة التعزير في الشريعة الاسلامية المرجع السابق ص ٨٣ - ٢٩٢ والمراجع المشار اليها .
(٢) راجع في تفصيل العقوبات التعزيرية رسالة التعزير في الشريعة الاسلامية - المرجع السابق ص ٢٩٣ - ٢٩٤ والمراجع المشار اليها .

انها ليست مباحة ، وأساس هذه العصمة الايمان او الامان ، ومعنى الايمان في نطاق هذه النقطة موضوع بحثنا هو الاسلام ، وأما الامان فمعناه العهد كعهد الذمة وعهد الهدنة (١) ، فالحرى وهو الذى لا يرتبط بالدولة الاسلامية بعقد أمان ، لا يعتبر معصوم الدم ، حيث لم تتحقق بالنسبة له حالة من حالتى العصمة وهما الايمان والامان، وأساس انتفاء العصمة فيما نرى هو العدوان ، فالحرى اما محارب في ميدان القتال ضد المسلمين ، واما انه قد دخل خلسة دار الاسلام راغبا في الاعتداء والتخريب الداخلى ، فهو في كلا الحالين محارب لا يتمتع بعصمة الدم .

والصائل في الدفاع الشرعى في حقيقته معتديا كالحرى ومن ثم يكون الاساس الصحيح للدفاع هو بطلان عصمة المعتدى ولا نقول انتفاء العصمة كالحرى ، لأن الحرى لم يكتسب العصمة فهي ليست له اصلا حتى يمكن القول بأنه قد دخل عليها ما يبطلها ، أما الصائل فهو اما مسلم اكتسب العصمة بالايمان ، واما انه غير مسلم وانما اكتسب هذه العصمة بالامان ، ولكن دخل على عصمة كل منهما ما يبطلها ، هذا اذا أردنا أن نفرق تفرقة دقيقة بين انتفاء عصمة الحرى، وبطلان عصمة الصائل وان لم يكن ثمة ما يمنع من الجمع بينهما في اصطلاح واحد وهو البطلان .

وبطلان عصمة الصائل قد صرح به الفقهاء وان لم يشيروا صراحة الى أن هذا البطلان هو اساس دفع الصائل «الدفاع الشرعى» نفى المذهب الحنفى جاء في حاشية العلامة الطحاوى « فيمن شهر على المسلمين سيفاً وقصد قتلهم حق لهم أن يقتلوه ولا شيء عليهم ، لأنه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حرباً عليهم فكان كالباغى فبطلت عصمة دمه للمحاربة » (٢) ، فالصائل وفقاً للنص الصريح يعتبر في مذهب الحنفية محارباً تبطل عصمته .

(١) التشريع الجنائى الاسلامى - المرجع السابق - الجزء الاول ص ٥٢٩

(٢) حاشية العلامة الطحاوى على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه الامام الاعظم أبى حنيفة النعمان - المطبعة الاميرية ببغداد سنة ١٢٨٢ هـ - الجزء الرابع ص ٢٦٥ وفي نفس المنى - تكملة البحر الرائق - الجزء الثامن - الطبعة الاولى - ص ٢٤٤ - تكملة فتح القدير - قاضى زادة - طبعة ١٣١٨ هـ - الجزء الثامن - ص ٣٦٩ .

وفي مذهب امام دار الهجرة الامام مالك يعتبر الصائل كالمحارب ومن ثم تبطل عصمته فقد جاء في جواهر الاكليل . لا تجب الكفارة على من قتل شخصا هذا مسلما صائلا عليه لانه ليس معصوما « (١) ومن ثم يكون بطلان العصمة هو اساس الدفاع الشرعى في المذهب المالكي.

وفي تعليل الامام الشافعي رضى الله عنه لجواز رد العدوان الصادر عن غير العاقل ما يفيد ان اساس التسوية بين رد العدوان الصادر عن العاقل والعدوان الصادر عن غير العاقل هو المساواة في العصمة فقد جاء في الام « ان الله عز وجل منع دماء المسلمين الا بحقها ، وان المسلمين لم يختلفوا .. فيما علمت او من علمت فعله منهم - في ان مسلما لو ارادنى في الموضع الذى لا يمنعنى منه باب اغلقه ولا قوة لى بمنعه ولا مهرب امتنع به منه وكانت منعتى منه التى اذفع عنى ارادته لى انما بضربه بسلاح فحضرنى سيف او غيره كان لى ضربه بالسيف لامنع حرمتى التى حرم الله تعالى انتهاكها فان اتى الضرب على نفسه فلا عقل على ولا قود ولا كفارة ، لانى فعلت فعلا مباحا لى ، فلما كان هذا فى المسام هكذا كان البعير اقل حرمة واصغر قدرا واولى ان يجوز فيه هذا « (١) .

والذى يهمنى من هذا الذى نقلناه فى هذه الجزئية التى نعرفها الآن هو اعتبار الرد فعلا مباحا ومعنى ان الرد على الصائل فعل مباح يعنى انه قد اصبح غير معصوم وانه اصبح جائزا للمعتدى عليه انتهاك حرمة التى كانت ثابتة له قبل الصيال .

ومن هذه النقول التى اوردناها يتبين لنا ان النظرية التى اردنا طرحها وهى نظرية بطلان العصمة تقرب بجذورها فى اعماق الفقه الاسلامى وان الفقهاء قد المحوا اليها . الامر الذى راينا معه ان نشيد بناءها مما دعانا الى ان تناول النهى عن الاعتداء والسياج القانونى الذى اقامته الشريعة الاسلامية من حدود وقصاص وتعزير .

وهذا تناول وان طال فهو مقدمة ضرورية لان النهى عن الاعتداء وحرمة النفس والاموال والاعراض فى القرآن الكريم والسنة

(١) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبدالسميع الابى الازهرى مطبوع بمش مختصر خليل - دار احياء الكتب العربية - بدون تاريخ - الجزء الثانى - ص ٢٨٢ .

(٢) الام - المرجع السابق - الجزء السادس - ص ١٧٢

النبوة الشريفة والسياج القانونى الذى وضعته الشريعة الاسلامية هو مصدر هذه العصمة والتي اساسها كما أسلفنا الايمان او الأمان . ونظرية بطلان العصمة التى نراها أساسا للدفاع الشرعى تتميز بما يلى : -

١ - انها نظرية جديدة - لم يقل بها فى الفقه الوضعى وهى تتلافى جميع الانتقادات التى رايناها بالنسبة لجميع النظريات التى قال بها شراح القانون الوضعى بما فى ذلك رجحان المصلحة وهى النظرية السائدة فى الفقه الوضعى والتى حاول البعض ان يجعلها أساسا لدفع الصائل فى الفقه الاسلامى ويرجع ذلك الى أن البعض من فقهاء الشريعة المحدثين يقف عند مجرد اثبات أن النظريات الراجعة فى القانون الوضعى معروفة فى الفقه الاسلامى ، وهذا فيما نرى لا يخدم الشريعة الفراء ، وانما الذى يخدمها هو عرض نظرياتها المبتكرة التى تعبر عن روح الفقه الاسلامى المتميزة وصنعتة القانونية المستقلة .

٢ - تعتبر نظرية بطلان العصمة أساسا للدفاع الشرعى بكافة اقسامه سواء كان دفاعا شرعيا خاصا وهو ما يطلق عليه فى الفقه الاسلامى دفع الصائل أم دفاعا شرعيا عاما أو كان هذا الدفاع دوليا . ٣ - ان نظرية بطلان العصمة تؤكد التناسب بين افعال الدفاع وافعال الاعتداء لأن المدافع اذا تجاوز حدود الدفاع فانه يعتبر صائلا ومن ثم تبطل عصمته ، فبطلان العصمة نسبى أى بالقدر اللازم للدفاع فاذا أراد الصائل أن يزهق روح الموصول عليه فان اعتدائه يبطل العصمة عن روحه هو بحيث يباح للموصول عليه أو الغير أن يزهقها دفاعا عن نفسه أو عن نفس غيره ، واذا قصد الصائل باعتدائه عضو من أعضاء الموصول عليه بطلت العصمة بالقدر الذى يدفع هذا الاعتداء سواء تم دفع العدوان من الموصول عليه أو الغير .

٤ - القول بنظرية بطلان العصمة يوصلنا الى تفسير واضح وسليم للدفاع الشرعى والى تبرير سليم لتدخل الغير فى الدفاع الشرعى ، وكلا الأمرين ، أى التفسير والتبرير ، يستندان الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فالمسلم يحب لأخيه ما يحب لنفسه ، فمن اراد أن يعتدى على غيره فعليه أن يدرك أن هذا العدوان سيؤدى الى بطلان عصمته وأن عمله سوف ينقلب عليه مما يجعله يترث قبل العدوان ويعمل على حل الخلاف بطريقة سلمية هادئة وبذلك يقل الاعتداء وينعم أفراد المجتمع بالطمأنينة والأمن .

وأما التبرير الاسلامي لتدخل الغير وهو التبرير الذي عجزت عنه النظريات الوضعية كما رأينا فهو التبرير المنطقي الوحيد الذي يجعل تدخل الغير مقبولا ومباحا . فظالما أن الصائل (المعتدى) قد ظلمت، عصيته بسبب اعتدائه وصورته في منزلة الحربى فانه يصبح لاي شخص أن يعتدى عليه لصيرورة الاعتداء عليه مباحا بالقدر اللازم والمناسب لرد عدوانه عن المعتدى عليه ، والنظرية بذلك تقدم لنا في سيطرة حلا لمشكلة التناسب بين أفعال الدفاع وأفعال الاعتداء والتي شغلت شراح القانون الوضعى طويلا خصوصا بالنسبة للاعتداء بالقول الذى يرد عليه باعتداء بالفعل .

يمن هذا نرى أن في ترائنا الفهمى الحلول لمشاكل أساس الدفاع الشرعى والتناسب بين أفعال الدفاع وأفعال الاعتداء وأساس تدخل الغير في الدفاع الشرعى وهو ما عجزت عنه نظريات شراح القانون الوضعى في مصر وفرنسا ولعل هذا ما يجعلنا ننادى بإبراز النظريات المتميزة للفقه الاسلامى فهى تثرى فقها وتشريعاتنا كما انها تستطيع أن تحرز احترام الفقه الاجنبى وتحصل على تقديره لأنها ستفتح له الطرق للوصول الى حلول سليمة لمشاكل قانونية عويصة كما رأينا في نظرية بطلان العصمة كأساس للدفاع الشرعى .

وبذلك نكون قد انتهينا من الباب التمهيدى الذى عرضنا فيه لأسباب الإباحة والدفاع الشرعى وتنقسم الرسالة بعد ذلك الى قسمين : -

القسم الاول : الدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل »

القسم الثانى : الدفاع اشرعى العام « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » والدفاع الشرعى الدولى « الجهاد » .