الباب الاول

أركان الدفاع الشرعى

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

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

وعليه نقسم الدراسة الى فصلين على التوالى :

الفصل الاول : الركن الاول « الاعتداء » .

الفصل الثانى : الركن الثانى « الدفاع » .

---

(١) راجع ما سبق ص ٦٨

(٢) يميز علماء أصول الفقـه بين الركن ، والشرط ، فالركن جـزء من حقيقـة الشيء ، وأما الشرط فهو امر خارج عن حقيقتـه وليس جزءا من أجزائه ، فالركوع ركن الصلاة ، لانه جزء من حقيقتها ، والطهارة شرط للصلاة لانها امر خارج عن حقيقتها ـ أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى فضيلة المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف طبعة ١٩٥٦ ص ١٣٥

الفصـــل الأول

الركن الأول : الاعتداء

تقسيم :

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

وعليه تنقسم الدراسة الى ثلاثة مباحث على الوجه التالى :

المبحث الاول : طبيعة الاعتداء وعناصره .
المبحث الثانى : شروط الاعتداء .
المبحث الثالث : موضوع الاعتداء .

المبحث الأول

طبيعة الاعتداء وعناصره

تمهيد وتقسيم :

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

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

ونتناول معنى الاعتداء وصوره فى مطلبين على التوالى :

المطلب الاول : معنى الاعتداء وعناصره .
المطلب الثانى : صور الاعتداء .

---

(١) المصباح المنير ـ احمد بن محمد بن على المقرى ـ طبعة ٢١٢ الجزء الثانى ص ٢١ ، مختار الصحاح ـ الرازى ص ٤١٩
(٢) القاموس المحيط ـ الجزء الرابع ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٠

المطلب الأول

معنى الاعتداء وعناصره

يمكن القول أن الاعتداء نشاط من فعل أو قول أو امتناع يوصف بعدم المشروعية يبدأ أو يوشك أن يبدأ فى الحاق أذى بآحاد الناس .

ونعرض معنى الاعتداء وعناصره فى فرعين على النحو التالى :

الفرع الاول : معنى الاعتداء وعناصره فى الفقه الاسلامى .

الفرع الثانى : معنى الاعتداء وعناصره فى الفقه الوضعى .

الفرع الأول

معنى الاعتداء وعناصره فى الفقه الاسلامى

قلنا أن الاعتداء عبارة عن نشاط من فعل أو قول أو امتناع يوصف بعدم المشروعية يبدأ أو يوشك أن يبدأ فى الحاق أذى بآحاد الناس ويشترط البعض أن يكون الصائل أهلا لتحمل المسئولية . ونتناول العنصر المادى والعنصر المعنوى للاعتداء .

١ — العنصر المادى :

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

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

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردى .. المرجع السابق — ص ٦ ، ٧

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

ويمكن القول أن المقصـــود بالعنصر المادى للاعتداء هـــو أن يبدأ فى ارتكـــاب الركن المادى لجريمة من الجرائم . فالركن المادى للاعتـــداء فى السرقة أن يبدأ الجانى فى أخذ الشىء خفية (١) وهو ما يطلق عليـــه شراح القانون الوضعى الاختلاس (٢) soustraction أو يوشك أن يبدأ فى ذلك ، ويكون للمصول عليه أن يدفع الصائل حتى يدخل المال المسروق فى حيازة السارق(٣) ، فاذا لم يصدر أى نشاط عدوانى لم نكن امام حالة من حالات الدفاع الشرعى وليس للاعتداء حد معين فقد يكون بسيطا وقد يكون جسيما فكلاهما يبرر الدفاع طالما يتجاوز المدافع حدود الدفاع (٤) .

٢ ـ العنصر المعنوى :

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

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

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

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى ـ المرحـــوم الاســـتاذ عبد القادر عودة ـ الجزء الثانى ـ القسم الخاص ـ الطبعة الثانية مكتبة دارالعروبة ١٣٨٤ هـ ـ ١٩٦٤ م ـ ص ٥١٨

(٢) شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ لاستاذنا الدكتور محمـــود محمـــود مصطفى ـ الطبعة السابعة ـ مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٥ ص ٤٤٢

(٣) راجع ما يلى بصدد حلول الخطر كشرط الاعتداء .

(٤) التشريع الجنائى الاسلامى ـ الجزء الاول ـ ص ٤٧٩ ، نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ ص ١٥٩ .

(٥) التشريع الجنائى الاسلامى ـ الجزء الاول ـ المرجع السابق ـ ص ٤٠٩

(٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ طبعة سنة ١٣١٥ هـ ـ الجزء الســـادس ص ١١٠ ، البحر الرائق ـ الطبعة الاولى ـ الجزء الثامن ص ٣٤٤

(٧) تبصرة الحكام ـ طبعة ١٣٠٢ هـ ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٠ ، اسنى المطالب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٦ ـ حاشية قليوبى وعميرة ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٦ ، المهذب ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٤٣ ، كشاف القناع ـ الجزء الثانى ـ ص٩٢ ، الام الجزء السادس ص ١٧٢ .

(٨) راجع ما يلى فى شرط عدم مشروعية الاعتداء ص ١٦٧ .

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

الفرع الثانى
معنى الاعتداء وعناصره فى الفقه الوضعى

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

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

---

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

(٢) شرح منتهى الارادات ـ البهوتى مطبعة أنصار السنة ١٣٦٩ هـ ـ ١٩٤٧ م ـ ص ٣٧٨

(٣) أسنى المطالب المرجع السابق الجزء الرابع ص ١٧٠

(٤) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى ـ الدكتورة فوزية عبد الستار ـ المرجع السابق ـ ص ١٦٥

(٥) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ١٦٥ .

واغفلت قلة من التشريعات تعريف الاعتداء ومثال ذلك المادة ٣٢ من قانون العقوبات الفرنسي والمادة ٤١٦ من قانون العقوبات البلجيكي حيث استعمل نفس عبارات النص الفرنسي (١) .

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

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

ووصف القانون الايطالي الاعتداء « بأنه الخطر الحال لفعل غير مشروع

Danger actuel d'une offence injusto (٣)

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

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

١ — العنصر المادي :

وهو سلوك المعتدي لاصابة الحق الذي يحميه القانون ويبيح الدفاع

---

(١) خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي — الدكتورة فوزية عبد الستار — المرجع السابق ص ١٦٥

(٢) راجع المادة ٤٢ من القانون العراقي في الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية في مصر والدول العربية — الجزء الاول — المرجع السابق — ص ٢١

(٣) De Legu. Les causes de justification p. 266.

(٤) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسني — القسم العام المرجع السابق ص ٢٠٤ وخطر الاعتداء في الدفاع الشرعي — المرجع السابق — ص ١٦٧

(٥) راجع ما سبق ص ١٥٢

(٦) حيث تختلف القوانين عن الشريعة الغراء فتحدد الجرائم التي تبيح الدفاع الشرعي — راجع مايلي في موضوع الاعتداء ص ٢٠٠ ومابعدها ، النظرية العامة للقانون الجنائي — الدكتور رمسيس بهنام — المرجع السابق ص ٣٧٩

عنه (٦) . وقد يكون هذا النشاط تاما ولكنه لم ينته وهو ما يطلق عليه الجريمة المستمرة ، فيباح الدفاع لانهاء حالة الاستمرار ولذلك حكمت محكمة النقض بأنه اذا دخل شخص فى منتصف الليل منزل شخص آخر بوجه غير قانونى ثم بقى فى المنزل مختفيا عن أعين من لهم الحق فى اخراجه فلا شك أن صاحب المنزل يكون فى هذا الظرف فى موقف يبيح له الدفاع الشرعى عن نفسه وعن ماله (١) .

والعمل التحضيرى ، وان لم يجرمه المشرع ، وكذلك الشروع فى جميع المخالفات ، وأغلب الجنح ، وبعض الجنايات فان هذه الاعمال تعتبر اعتداء طالما أن من شأنها — ان لم تدفع — اصابة الحق الذى يحميه القانون (٢) ويجيز الدفاع عنه ، أما اذا لم يكن من شأن العمل أن يصيب هذا الحق كان العمل مشروعا ، ولذلك حكمت محكمة النقض بأنه اذا كان كل ما وقع من المجنى عليه هو أنه حاول حلّ بقرة المتهم من الساقية ليتمكن من ادارتها لرى أطيانه فان اعتداء المتهم عليه لرده عن ذلك لا يعتبر دفاعا شرعيا عن حقه فى ادارة الساقية اتماما لرى أرضه ، لان هذا الحق ليس مما تصح المدافعة عنه باستعمال القوة (٣) .

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

ومن المسلم به أنه ان لم يكن هناك نشاط بالمرة فان حالة الدفاع الشرعى لا تقوم (٥) ، ولا يشترط فى الاعتداء أن يكون جسيما فقد يكون بسيطا وانما يقتضى قدرا من القوة لدفعه بشرط عدم تجاوز المدافع حدود الدفاع (٦) .

٢ — العنصر المعنوى :

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

---

(١) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الثانى رقم ١١٢ ص ١٣٢

(٢) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق ص ٢١١

(٣) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الخامس رقم ١٣ ص ١٨ ، ونقض ٥ يناير سنة ١٩٥٩ القضية رقم ١٦٢٦ لسنة ٢٨ قضائية غير منشور وأشار اليه أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى القسم العام — المرجع السابق — ص ٢١١

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

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

(٦) نقض ١١ يناير ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٤٢ ص ٤٣١

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

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

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

المطلب الثانى

صور الاعتداء

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

---

(١) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ٢١١ ، ٢١٢ .

(٢) النظرية العامة للقانون ـ الدكتور رمسيس بهنام ـ المرجع السابق ص٣٨٠ .

(٣) فى المسئولية الجنائية ـ الدكتور محمد مصطفى القللى ـ المرجع السابق٢١٤

(٤) راجع ما يلى فى موضوع الاعتداء ص ٢٠٠

يبيح الدفاع ، ولعل أهم هـذه الصـور هى الاعتداء الايجـابى والاعتداء السلبى ، الاعتداء الحقيقى والاعتداء التصورى أو الوهمى ، والاعتـداء العمدى والاعتداء غير العمدى .. وعليه نقسم الدراسة الى فروع ثـلاثة على الترتيب التالى :

الفرع الاول : الاعتداء الايجابى والاعتداء السلبى .
الفرع الثانى : الاعتداء الحقيقى والاعتداء التصورى (الوهمى) .
الفرع الثالث : الاعتداء العمدى والاعتداء غير العمدى .

الفرع الأول

الاعتداء الايجابى والاعتداء السلبى فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

قد يكون الاعتداء ايجابيا وهو الغالب كمن يرفع السلاح على آخـر قاصدا قتله ، ومن يدخل منزل الغير بقصد السرقة وقد يكون الاعتداء سلبيا اى امتناعا عما توجبه الشريعة الغراء أو القانون الوضعى كالأم التى تمتنع عن ارضاع طفلها مما يخشى معه وفاته أو اصابته بضرر .. ونتناول هاتين الصورتين للاعتداء فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى .

١ ـ الاعتداء الايجابى والاعتداء السلبى فى الفقه الاسلامى :

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

واما الامام ابو حنيفة فلا يرى فى هذا الفعل قتلا لان الهلاك حصـل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش ، ولكن أبا يوسف ومحمد يريان الفعل قتلا عمدا ، لانه لا بقاء لآدمى ، الا

---

(١) الشرح الكبير للدردير ـ الجزء الرابع ص ٢١٥
(٢) نهاية المحتاج ـ الجزء السابع ـ ص ٢٣٩
(٣) المغنى لابن قدامه ـ الجزء التاسع ص ٣٢٨

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

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

وهذه الأمثلة التى أوردها الفقهاء يتوفر فيها فى نظرنا خطر ارتكاب جريمة ؛ وبعبارة أخرى يتحقق فيها معنى الاعتداء فى الدفاع الشرعى ، اذ سينجم عن هذه الأفعال خطر الموت ، ومن ثم يجوز ارغام هذا الممتنع الذى يتحقق خطر ارتكاب الجريمة من مجرد امتناعه . بالوسيلة المناسبة ، وذلك لتدارك ما ينجم عن امتناعه المجرد او سلوكه السلبى من خطر .

٢ — الاعتداء الايجابى والاعتداء السلبى فى الفقه الوضعى :

اختلف شراح القانون الوضعى فى الدفاع ضد الاعتداء السلبى فقد ذهب جارو Garraud الى وجوب أن يكون الاعتداء ايجابيا . فقد عرف الاعتداء بأنه فعل ايجابى — وليس امتناعا ارتكب او بدأ تنفيذه بقصد المساس بحق يحميه القانون .

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

وبهذا النظر أخذت محكمة النقض المصرية فى حكم لهـا فقضت بانه يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع فعل ايجابى يخشى منه المتهم وقوع جريمة ، وان يكون المتهم قد اعتقد على الأقل وجود خطر حال على نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله وان يكون لهذا الاعتقاد سبب معقول (٤) .

والرأى الصحيح فى نظرنا هو ما اتجه اليه الشراح فى مصر من حيث جواز الدفاع ضد الاعتداء السلبى (٥) ؛ اذ يستوى فى السلوك ان يكون ايجابيا أو سلبيا ، طالما انه يصدق عليه وصف الاعتداء ، فالأم التى تمتنع عن ارضاع طفلها مما يخشى معه وفاته أو اصابته بضرر يباح

---

(١) بدائع الصنائع — الجزء السابع ص ٢٣٤ ، البحر الرائق — الجزء الثامن ص ٢٩٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير — الجزء الرابع — ص ٢١٥

(٣) جارو — المطول — الجزء الثانى — طبعة ١٩١٤ — المرجع السابق ص ١٩

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

(٥) الدفاع الشرعى — دراسة لمبدأ المشروعية — الدكتور يسر انور على — المرجع السابق ص ٢٣٢

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

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

الفرع الثانى

الاعتداء الحقيقى والاعتداء الوهمى فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

الأصل فى الدفاع أن يكون فى مواجهة عدوان حقيقى ، لأن الغالب فى الاعتداء أن يكون حقيقيا ، مثل أن يرفع المعتدى مسدسه تجاه المعتدى عليه قاصدا قتله ، ولكن قد يتصور شخص خطرا بالاعتداء على غير الحقيقة والواقع ، كأن يرى المالك شخصا فى الظلام يسير فى حديقة منزله فيعتقده لصا فيطلق عليه الرصاص ، ثم يتضح أن الشخص الذى كان يسير فى الحديقة هو البستانى عاد ليأخذ سترته التى نسيها هناك .

ونعرض موقف الفقه الاسلامى ، وموقف شراح القانون الوضعى من الاعتداء التصورى أو الوهمى على التوالى :

١ ـ موقف الفقه الاسلامى من الاعتداء التصورى أو الوهمى :

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

---

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

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

(٣) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى ـ الدكتورة فوزية عبد الستار ـ المرجع السابق ص ١٧١

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

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

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

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

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

٢ ــ موقف الفقه الوضعى من الاعتداء التصورى أو الوهمى :

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

---

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

(٢) حاشية أبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى القاهرى على شرح المنهاج مطبوع مع نهاية المحتاج ــ الجزء الثامن ص ٢٣ ــ شركة مكتبة مصطفى البابى الحلبى واولاده بمصر ١٣٨٦ هـ ــ ١٩٦٧ م .

(٣) حاشية الشيخ عبد الحميد الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ومعها حاشية الشيخ أحمد بن قاسم العبادى ــ الجزء التاسع ص ١٨٦

(٤) خصاص بفتح الخاء اى الفروج والخلل الذى فيه .

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

(٦) ابن عابدين ــ الجزء الثالث ــ ص ٢٢٨ واشار اليه احمد فتحى بهنسى السياسة الجنائية فى الشريعة الاسلامية ١٣٥٨ هـ ــ ١٩٦٥ م ص ٦٣ .

الاعتداء الوهمى يكفى لقيام حالة الدفاع الشرعى (١) .

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

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

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

---

(١) السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ١٩٥٢ ـ المرجع السابق ١٩٧ ـ الدكتور رءوف عبيد ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣٤ ، الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ المرجع السابق ص ٥٢٦ ، شرح قانون العقوبات الكويتى ـ القسم العام ـ المطبعة العصرية بالكويت ١٩٧٢ ص ٢٣٧ . وفى الفقه الفرنسى جارو ـ المطول ـ ١٩١٤ ـ المرجع السابق ـ الجزء الثانى ص ٢٤ وما بعدها

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

(٢) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السادس رقم ٤٣٧ ص ٥٧٢ ونقض ٩ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة احكام محكمة النقض السنة الثانية رقم ٣٤٠ ص ٩٢٠ ، نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض السنة السادسة رقم ٣٩٦ ص ١٣٥١ ، نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ السنة العاشرة رقم ٤٤ ص ١٩٨ ، ونقض ٢٣ يونية سنة ١٩٦٩ السنة العشرين رقم ١٩٠ ص ٩٦٠

(٣) نقض ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الثانى رقم ٣٨١ ص ٦١١

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

ويميل القضاء الفرنسى الى هذا الرأى ففى قضية تتلخص وقائعها فى انه أثناء احدى مباريات الملاكمة ألقى أحد اللاعبين خارج حلبة اللعب ، فوقع على أقدام المشاهدين الذين أوسعوه ضربا بأيديهم وركلا بأقدامهم ثم عاد الى اللعب وعندما وقع مرة أخرى خارج الحلبة رأى احد المشاهدين مقبلا نحوه فظن اللاعب أنه سيضربه فبادره بالضرب وجرحه ، رفعت الدعوى على اللاعب أمام محكمة جنح السين واتهم بالضرب والجرح العمديين ولكنه يرىء استنادا الى أن المشاهد الذى كان يعرف قواعداللعبة ارتكب خطأ جسيما بتدخله مخالفا لهذه القواعد ، وواضح أن الخطر فى هذه الواقعة كان خطرا وهميا » (٢) .

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

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

---

(١) القضاء الجنائى العراقى - سليمان بيات ص ٩٢ مشار اليه فى قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية - ١٩٧٢ ص ١٥٤

(٢) Trubunal correctionnel de la seine 25 Octobre 1955 Gez pal 4 — 6. Janvier 1950.

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

(٣) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - المرجع السابق ص ٢٢٩ ، أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام ص٢٠٩ ، والدكتور مامون سلامة - القسم العام - ص ٢١٢ ، والدكتور احمد فتحى سرور - اصول قانون العقوبات ص ٢٦٥ - ٢٦٦ وفى الفقه الفرنسى

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

حيث علق على حكم فرنسى صادر من الدائرة الجنائية فى ٢١ ديسمبر ١٩٥٤ بان عدم العقاب فى حالة الخطر الوهمى لا يقوم على سبب الاباحة بقدر ما يقوم على خلف الخطيئة .

يشترط ان يكون من شانه حدوث الموت وانما اكتفي بخشية حدوث الموت ، وقانون العقوبات العراقى حيث تشير المادة ٤٢ منه الى أن الدفاع الشرعى يوجد اذا واجه المدافع خطر حال من جريمة على النفس او المال او اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة، وقد اخذ بهذا النظر مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٦١ حيث نصت المادة ٣١ على ان الدفاع الشرعى حق يوجد اذا توافرت الشروط الآتية :

١ ــ اذا واجه المدافع خطرا حالا من جريمة على النفس او على المال او اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة ..... الخ .

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

الفرع الثالث

الاعتداء العمدى والاعتداء غير العمدى

فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

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

١ ــ الاعتداء العمدى والاعتداء غير العمدى فى الفقه الاسلامى :

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

---

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

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

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

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

والمخطىء كالعامد ، يسأل عما يقع منه من افعال حرمتها الشريعة(٢) وان اختلف السبب فى مسئولية المخطىء عن السبب فى مسئولية العامد، فمسئولية المخطىء سببها انه خالف أوامر الشارع لا عن قصد ولكن عن عدم تحرز ، ويدخل تحته كل ما يمكن تصوره من تقصير ومن اهمال وعدم احتياط ورعونة . أما سبب مسئولية العامد انه قصد مخالفة امر الشارع ، وتعمد اتيان ما حرمه او ترك ما اوجبه .

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

وفى راينا أن المخطىء مسئول عما يأتيه من افعال ، ويجوز دفع افعاله التى يتولد عنها خطر ارتكاب جريمة فمن يحفر بئرا فى طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه ، يمكن اجباره بالوسيلة المناسبة لاتخاذ هذه الاحتياطات .

٢ — الاعتداء العمدى والاعتداء غير العمدى فى الفقه الوضعى :

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

---

(١) نهاية المحتاج — الجزء السابع ص ٢٣٥ ، المغنى لابن قدامه — الجزء التاسع ص ٣٢٠ ، تبيين الحقائق للزيلعى الجزء السادس ص ٩٧ — بدائع الصنائع — الكاسانى — الجزء السابع — ص ٢٣٤

(٢) التشريع الجنائى الاسلامى — الجزء الاول — المرجع السابق — ص ٤٣٢ ، والجزء الثانى — ص ١١٠ ، ١١١

ولتصوير الدفاع ضد الاعتداء غير العمدى نسوق الامثلة الآتية :

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

٢ ــ اذا اخطأ الطبيب فملأ المحقن الذى سيحقن به المريض الذى يجلس امامه ، بمادة سامة بدلا من المصل المخصص للعلاج فانه يمكن للمريض الذى يلاحظ خطأ الطبيب أن يمنعه من حقنه بالمادة السامة وللغير ايضا هذا المنع دفاعا عن نفس المريض ضد هذا الاعتداء غير العمدى من الطبيب .

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

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

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

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

المبحث الثانى

شروط الاعتداء

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

---

(١) دى لوجو ــ أسباب الاباحة ــ المرجع السابق ــ رقم ٤١ ص ١٠٢

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

وتخصص لكل من هذين الشرطين مطلبا على الوجه التالى :
المطلب الاول : عدم مشروعية الاعتداء
المطلب الثانى : حلول خطر الاعتداء

المطلب الأول
عدم مشروعية الاعتداء

يشترط فى الاعتداء الذى يمكن دفعه ان يكون غير مشروع ، وتنص على هذا الشرط اغلبية التشريعات العربية وان اختلفت الفاظها (١) .
فاذا كان الاعتداء مشروعا كأن يكون صادرا ممن له حق التأديب فانه لا يجوز الدفاع ضده ، ويثير شرط عدم مشروعية الاعتداء تطبيقات عدة اهمها فعل غير المسئول وهجوم الحيوان ، والفعل المباح ، وفعل المعذور واعتداء مأمور الضبط ، واعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية . وهو مايقتضى ان نتناول بالبيان موقف كل من الفقه الاسلامى والفقه الوضعى من هذه التطبيقات .

وعليه نقسم الدراسة الى ستة فروع :
الفرع الاول : فعل غير المسئول .
الفرع الثانى : هجوم الحيوان .
الفرع الثالث : الفعل المباح .
الفرع الرابع : فعل المعذور .
الفرع الخامس : اعتداء مأمور الضبط .
الفرع السادس : اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية .

الفرع الأول

فعل غير المسئول

فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

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

---

(١) فقد عبر القانون المصرى فى المادة ٢٤٦ لعبارة « كل فعل يعد جريمة » ، واستعمل القانون اللبنانى فى المادة ١٨٤ وكذلك القانون الاردنى فى المادة ١/١٥٥ عبارة غير محق ولا مثار .

وقد اختلف ائمة الفقه الاسلامى ، كما اختلف شراح القانون الوضعى فى دفع صيال « الاعتداء » غير المسئول ، ونعرض لآراء الفقهاء والشراح على التوالى .

١ ــ فعل غير المسئول فى الفقه الاسلامى :

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

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

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

---

(١) تبصرة الحكام ــ بهامش فتح العلى المالك ــ الجزء الثانى ــ ص ٣٥٦ مطبعة الحلبى ١٣٧٨ هـ ــ ١٩٥٨ م .

(٢) شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش ــ المطبعة العامرة ١٢٩٤ هـ ص ٥٦١ ، وفى نفس المعنى تهذيب الفروق للشيخ محمد على بن الشيخ حسين مطبوع بهامش الفروق للقرافى ــ الطبعة الاولى ١٣٤٦ هـ الجزء الرابع ص ٢١١

(٣) شرح جلال الدين محمد بن احمد المحلى على منهاج الطالبين للنووى الجزء الرابع ــ الطبعة الثالثة ــ مطبعة الحلبى ١٣٧٠ هـ ــ ١٩٥٦ بهامش قليوبى وعميره ص ٢٠٦ .

(٤) أسنى المطالب ــ المرجع السابق ــ الجزء الرابع ــ ١٣١٣ هـ ص ١٦٦ ١٩٨٠

(٥) المغنى لابن قدامه ــ الجزء الثامن ــ طبعة المنار ــ ١٣٦٧ هـ ــ ص ٣٢٩ ، نفس المعنى فى كشاف القناع ــ الجزء الثانى ــ ١٣١٩هـ ــ ص ٩٢

(٦) تكملة البحر الرائق ــ الجزء الثامن ص٣٤٤ ، تبيين الحقائق ــ الجزء السادس ص ١١٠ .

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

يسقط عصمتهما ، فاذا استوجب الدفاع قتلهما فلا شيء على قاتلهما جاء فى تكملة البحر الرائق « وعن ابى يوسف رحمه الله » لا تجب الدية فى الصبى والمجنون (٧) فالامام ابو يوسف فى هذا مع الجمهور .

القول الثالث : وهو مذهب الاحناف عدا الامام ابى يوسف وعندهم يجب الضمان فى دفع صيال الصبى والمجنون ، لأن الفعل من الصبى والمجنون لا يوصف بالحرمة لعدم الاختيار ومن ثم لا تسقط العصمة ، فاذا قتل المصول عليه الصائل الصبى او المجنون لا يجب القصاص لوجود السبب المبيح وهى الضرورة الملجئة (٢) التى لا تعفى من الضمان، وان اعفى من العقاب . وقد جاء فى تكملة البحر الرائق « وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية وعلى هذا الصبى » (٣) كما جاء فى الفتاوى الهندية على مذهب الامام الأعظم ابى حنيفة النعمان « وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله وعلى هذا الصبى » (٤) .

٢ ــ فعل غير المسئول فى الفقه الوضعى :

اختلف شراح القانون الوضعى فى جواز الدفاع ضد اعتداء غير المسئول ، فذهب فريق من الشراح الى وجوب توافر جميع اركان الجريمة، بما فيها الركن المعنوى سواء تمثل هذا الركن فى القصد الجنائى او فى الخطأ غير العمدى ، ومن ثم لا يجوز الدفاع الشرعى ضد غير المسئول كالصبى والمجنون لأن فعلهما لا يوصف بعدم المشروعية ، وانما تقاوم افعال غير المسئول على اساس حالة الضرورة (٥) لان حالة الضرورة تتوافر ازاء خطر لا يعتبر جريمة بينما يشترط فى الدفاع الشرعى أن يكون لمواجهة خطر يعتبر جريمة .

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

---

(١) تكملة البحر الرائق ــ الجزء الثامن ــ ص ٣٤٤ .

(٢) التشريع الجنائى الاسلامى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧٦ .

(٣) تكملة البحر الرائق ــ الجزء الثامن ــ المرجع السابق ص ٣٤٤ .

(٤) الفتاوى العالمكرية المعروفة بالفتاوى الهندية فى مذهب الامام الاعظم ابى حنيفة النعمان ــ طبعة ١٢٨٢ هـ ــ الجزء السادس ص ٧ .

(٥) من هذا الراى فى الفقه المصرى استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ــ القسم العام ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٢ ، وفى الفقه الفرنسى دى لوجو ــ اسباب الاباحة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨١ وما بعدها ، جارسون الجزء الثانى ــ المرجع السابق ــ المادة ٣٢٨ رقم ٩٦ ص ١٦٥ .

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

G. Stéfani et G. Levasseur — Droit pénal general et procedure penal; T : I Paris 1964 No. 139 P. 133.

العقاب ، وافعال غير المسئول تعتبر افعالا غير مشروعة فى ذاتها وان انعدم حق الدولة فى العقاب لعدم الادراك ، ومن ثم فانه من الناحية الموضوعية تعتبر الأفعال الصادرة من غير المسئول جريمة تجيز الدفاع الشرعى (١) .

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

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

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — طبعة ١٩٥٢ ص ١٩١ شرح قانون العقوبات اللبنانى — القسم العام — لاستاذنا الدكتور محمودنجيبحسنى — المرجع السابق ص ٢٢٢ — الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانونالجنائى — المرجع السابق ص ٣٨٠ ، والدكتور أحمد فتحى سرور — اصول قانونالعقوبات — القسم العام — ١٩٧٢ س ٢٥٥ . وفى الفقه الفرنسى جارو — الطبعة ١٩١٤ — الجزء الثانى — المرجع السابق ص ٣٣ .

J. A. Roux çours de droit crimminel Francais T. I Paris 1927 — P. 188.

فيدال وماتيول — المرجع السابق — طبعة ١٩٢٨ رقم ٢٠٤ مكرر ص ٣٣٢ —وطبعة ١٩٤٧ رقم ٢٠٤ مكرر ص ٣٦٤ — شرح قانون العقوبات الجزائرى الدكتور رضا فرج — المرجع السابق — ص ١٦١ . قواعد المسئولية الجنائية فىالتشريعات العربية — الدكتور حسن صادق المرصفاوى — المرجع السابق — ص ١٤٧

(٢) راجع ما سبق ص ١٦٨

الفرع الثانى

هجوم الحيوان (١)

فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

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

١ ــ هجوم الحيوان فى الفقه الاسلامى :

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

---

(١) الفرض ان يكون هجوم الحيوان تلقائيا ، أما اذا كان هجوم الحيوان نتيجة تحريض من أحد فان الدفاع الشرعى يكون قائما بلا نزاع ، لان الحيوان فى هذه الحالة يكون مجرد آلة مستخدمة فى الاعتداء ــ جارو ــ المطول ــ المرجع السابق ــ الجزء الثانى رقم ٤٤٧ ص ٣٣ ، شرح قانون العقوبات اللبنانى ــ أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٣ ــ نظرية الدفاع الشرعى ــ الدكتور يوسف قاسم ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٤ ، شرح قانون العقوبات الليبى ــ القسم العام ــ الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى ــ طبعة ١٩٧٢ ــ ص ١٧١

(٢) راجع عند المالكية : تبصرة الحكام ــ المرجع السابق ص ٣٥٦ ، شرح منح الجليل ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦٢ ، تهذيب الفروق ــ الجزء الرابع ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٢ ، عند الشافعية ، الام ــ الجزء السادس ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٢ ، شرح المحلى ــ الجزء الرابع ــ المرجع السابق ص ٢٠٦ ، أسنى المطالب الجزء الرابع ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٦ . وعند الحنابلة : المغنى لابن قدامه ــ الجزء الثامن ــ المرجع السابق ص ٣٢٨ ، كشاف القناع ــ الجزء الثانى ــ المرجع السابق ص ٩٢ ، منتهى الارادات ــ الفتوحى الحنبلى الشهير بابن النجار ــ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق ــ القسم الثانى ص ٤٩٣ ــ مكتبة دار العروبة ١٩٦٢ .

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

العجماء جبار وكذا عصمتهما بحقهما وعصمة الدابة لحق المالك ، فكان فعلهما مسقطا لعصمتهما فلا يضمنان ، وتضمن الدابة (١) .

ومعنى ذلك انه ينظر الى العصمة (٢) ، فصيال الصبى والمجنون ابطل عصمتهما ، ولكن عصمة الدابة لحق مالكها ولذلك لم يسو الامام ابو يوسف بين صيال الدابة ، وصيال الصبى والمجنون مراعاة لحق مالك الدابة .

٢ — هجوم الحيوان فى الفقه الوضعى :

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

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

ويرى اغلب الفقه فى مصر أن من يهاجمه حيوان يستطيع ان يدفع هذا الهجوم على نفسه أو ماله دون ان يكون مسئولا جنائيا لعدم توافر أركان جريمة قتل الحيوان أو الاضرار به ضررا كبيرا بدون مقتض والمنصوص عليها فى المادتين ٣٥٥ ، ٣٥٧ من قانون العقوبات المصرى ، لان وجود خطر هجوم الحيوان هو المقتضى لقتل الحيوان أو الاضرار به (٥) ، وهذ الرأى افضل من تبرير دفع هجوم الحيوان على اساس

---

(١) النص الوارد بالمتن جاء فى تكملة البحر الرائق — الجزء الثامن — المرجع السابق ص ٣٤٤ ، تبيين الحقائق — الجزء السادس ص ١١٠ .

(٢) وهو ما يؤكد نظرية بطلان العصمة التى طرحناها كاساس للدفاع الشرعى — راجع النظرية فى موضعها من الباب التمهيدى من الرسالة — ص ١٣٣

(٣) رو المرجع السابق ص ١٨٨ ، J. Grandmoulin, Le droit Pénal Egyptien indigéne. Tome Second. Le Caire1908 P. 394.

(٤) جارسون — الجزء الثانى — طبعة ١٩٥٦ مادة ٣٢٨ رقم ١١١ ، ١١٢ص١٦٧، فيدال وماتيول — المرجع السابق — الجزء الاول رقم ٢٠٤ مكرر ص ٣٣٢ ، هامش ص ٣٣٣ ، شرح قانون العقوبات الليبى — القسم العام — المرجع السابق — ص ١٧١.

(٥) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — المرجع السابق ص١٩٣ واستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق هامش (١) ص ٢١٣ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) المرجع السابق ص ٢٠٨ ، الدكتور احمد فتحى سرور — القسم العام — المرجع السابق ص٢٥٨

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

وذهب رأى الى ان ما قرره القانون المصرى يكاد يتفق مع ما يقول به جمهور الفقهاء ، لأن المقتضى دفع خطر الحيوان ووقاية النفس او المال من شره واذاه ، بغض النظر عن الوصف القانونى لهذا الخطر (٢) .

وهذا الرأى فى نظرنا محل نظر لأن جمهور الفقهاء — كما سبق ان راينا — يعتبر دفع هجوم الحيوان من قبيل دفع الصائل «الدفاع الشرعى» وهو ما يتفق مع الرأى الأول فى الفقه الوضعى أما القانون المصرى فقد اعتبر عدم وجود المقتضى ركنا فى الجريمة فاذا توافر المقتضى وهو هجوم الحيوان لم ينطبق النص ، وفرق بين الدفاع الشرعى باعتباره سببا من أسباب الاباحة ، وبين عدم انطباق النص الجنائى (٣) .

واما الرأى القائل بالاستناد الى حالة الضرورة فى الفقه الوضعى فيكاد يقترب من رأى الامام أبى يوسف الذى قال بالضمان ، والضرورة فى الفقه الوضعى لا تسقط الضمان « التعويض المدنى » .

الفرع الثالث

الفعل المباح
فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

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

ونتناول الفعل المباح فى الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى تباعا .

١ — الفعل المباح فى الفقه الاسلامى :

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

---

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

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

(٣) راجع فى التمييز بين أسباب الاباحة والاباحة الاصلية ، أسباب الاباحةوعدم انطباق النص الجنائى — ما سبق ص ٣٩ — ٤٠ .

لأنه عندئذ يعتبر استعمالا لحق أو أداء لواجب (١) طالما كانت مباشرة الحق او اداء الواجب فى حدود ما قررته الشريعة الغراء (٢) .

فمن يستعمل حقه فى التأديب وفى الحدود التى رسمتها له الشريعة الغراء لا يعتبر ما يقوم به اعتداء غير مشروع يبرر الدفاع ومثال ذلك الاب الذى يضرب ولده يقصد تأديبه ، والمعلم اذا ضرب الصبى بقصد تهذيبه وتعليمه ، والزوج اذا ضرب الزوجة استعمالا لحقه فى التأديب ، ففى هذه الصور جميعا لا يتوافر شرط عدم مشروعية الاعتداء مادام صاحب الحق لم يتجاوز الحدود المقررة لاستعمال الحق .

وكذلك من يقوم بأداء واجبه لا يعتبر ما يؤديه اعتداء غير مشروع يبرر الدفاع ، ومثال ذلك الجلاد الذى يجلد الزانى ، او يقطع يد السارق، وكذلك ولى الأمر الذى يستوفى القصاص فكل هؤلاء لا يعتبر فعلهم اعتداء، لانهم يقومون بأداء الواجب المقرر شرعا . وليس للصائل أن يرد المصول عليه ويحتج بأنه كان يدافع عن نفسه مادام المصول عليه لم يتجاوز حدود الدفاع (٣) .

وهكذا فان كل الحقوق والواجبات التى قررتها الشريعة للافراد والسلطات العامة أو عليهم ، لا تعتبر اعتداء غير مشروع يبرر الدفاع فليس للمحكوم عليه بحد أو قصاص أن يدفع تنفيذهما فيه (٤) وقد صرح فقهاء الحنابلة بذلك فجاء فى منتهى الارادات « ومن أدب ولده أو زوجته فى نشوز أو معلم صبية ، أو سلطان رعيته ولم يسرف فتلف لم يضمنه(٥) » .

٢ ــ الفعل المباح فى الفقه الوضعى :

يجب أن يكون الاعتداء غير مشروع ، لأن القانون لا يجرم فعلا يجيزه او يأمر به . فمن يتحمل ضررا قانونيا لا يكون له الحق فى دفعه (٦) والا انهدمت القاعدة القانونية من أساسها لأنه لا يتصور أن يبيح القانون مقاومة افعال يأمر بها او يبيحها .

فأسباب الاباحة جميعها تعتبر اعمالا مشروعة لا يجوز لمن تستعمل حياله أن يردها محتجا بأنه كان فى حالة دفاع شرعى اذ لا محل للدفاع

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى ــ الجزء الاول ــ ص ٤٧٩

(٢) نظرية الدفاع الشرعى ــ الدكتور يوسف قاسم ــ ص ١٥٨

(٣) التشريع الجنائى الاسلامى ــ الجزء الاول ــ ص ٤٧٩ ، ص ٤٨

(٤) اهلية العقوبة ــ رسالة دكتوراه ــ الدكتور حسين احمد توفيق رضا ١٩٦٤ ص ٢١٨ .

(٥) منتهى الارادات ــ الفتوحى الحنبلى ــ القسم الثانى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢٧ .

(٦) جارسون ــ المرجع السابق ــ الجزء الثانى ــ مادة ٣٢٨ رقم ٧١ ص ١٦٣ طبعة ١٩٥٦

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

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

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

وقد اخذت محكمة النقض بهذا الاتجاه (٣) .

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

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ طبعة ١٩٥٢ ص ١٩٢، الدكتور مامون سلامة ـ القسم العام ـ ص ٢١٠ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية ـ الدكتور حسن صادق المرصفاوى ـ طبعة ١٩٧٢ ص ١٤٣ ، شرح قانون العقوبات الليبى ـ الالفى ـ المرجع السابق ص ١٦٨ ، الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية ـ الدكتور يسر انور على ـ المرجع السابق ص ٢٣٢ ، الدكتور محمد مصطفى القللى فى المسئولية الجنائية ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٧ ، الدكتور رمسيس بهنام ـ النظرية العامة للقانون الجنائى ـ المرجع السابق ص ٣٩٧ ، محمود ابراهيم اسماعيل القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ٤٣٧ ، أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ص ٢٠٤ ، الدكتور رءوف عبيد ـ المرجع السابق ص ٥٢٧ فيدال ومانيول ـ المرجع السابق طبعة ١٩٢٨ رقم ٢٠٤ ص ٣٣٢ .

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

(٣) راجع حكم النقض ١٩٣٠/١١/٢٧ سالف الذكر ص ٢٠٣

(٤) نقض ١٦ ابريل ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الثانى رقم ٢٣٦ ص ٢٨٨

ويرى البعض وجوب مراعاة شروط الاباحة وقيودها فاذا تخلف شرط من شروطها ، او تجاوز صاحب الحق حدود استعماله فان التجاوز يعتبر عملا غير مشروع يجوز دفعه استنادا للدفاع الشرعى (١) .

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

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

والخلاصة أن الفقه الاسلامى والفقه الوضعى يشترطان عدم مشروعية الاعتداء ، ولكن قد تختلف التطبيقات وفقا لاختلاف نظرة كل منهما للتجريم ونطاق المشروعية وعدم المشروعية ، فمثلا قتل الزوج لزوجته حال تلبسها بالزنا أمر مشروع يعفى من العقاب فى الشريعة الاسلامية باعتباره عذرا معفيا ، بينما يعتبر فعل الزوج فى القانون المصرى عذرا مخففا للعقوبة ، لا ينفى وصف عدم مشروعية الفعل وهو ما سنتناوله تفصيلا فى الفرع التالى .

---

(١) الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائى — المرجع السابق ص ٣٨٠ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) المرجع السابق ص ٢٠٥ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد — المرجع السابق ص ١٩٣ ... وجارو — المطول — المرجع السابق رقم ٤٤٧ ص ٣٠ وجرانمولان المرجع السابق رقم ١٦٠٤ ص ٢٤٧ وراجع :

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

(٢) جارسون — المرجع السابق — طبعة ١٩٥٦ مادة ٣٢٨ رقم ٨٩ ، فيدال وماتيول — المرجع السابق — رقم ٢٠٥ ص ٣٣٣

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

الفرع الرابع

فعل المعذور
فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

يختلف العذر عن سبب الاباحة فى ان الاول لا يرفع الصفه غير المشروعة عن الفعل . وتنقسم الأعذار القانونية فى القانون المصرى الى أعذار معفيـــة من العقـــاب فى جرائم معينة (١) ، وأعذار قانونية مخففة للعقاب (٢) .

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

١ — عذر الزوج المتلبسة زوجته بالزنا فى الفقه الاسلامى :

اقرت الشريعة الغراء الدفاع عن العرض بنصوص صريحة (٥) ، ولم تقصر ذلك على الزوج فقط كما فعلت غالبية التشريعات الوضعية وانمـــا اقرته للأب والأخ ، وجميع الأقارب الذين يتدنس عرضهم من الجريمة ، وساوت بين الزوج والزوجة فى تطبيق هذا العذر وهو ما انتهت اليه بعض التشريعات الحديثة كالتشريع الايطالى والتشريع البلجيكى (٦) .

---

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

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

(٣) التعزير فى الشريعة الاسلامية — رسالة دكتوراه — الدكتور عبد العزيز عامر المرجع السابق ص ٤٩٣ — ٤٩٧

(٤) خطر الاعتـــداء فى الدفاع الشرعى — الدكتورة فوزية عبـــد الستار — المرجـــع السابق ص ١٩٠

(٥) راجع ما يلى موضوع الاعتداء المبحث الثالث من هذا الفصل — ص ٢١٣

(٦) جريمة الزنا فى القانون المصرى والقانون — رسـالة دكتوراه — الدكتور أحمد حافظ نور — مطبعة نهضة مصر ١٩٥٨ ص ٣٩٥

ويشترط لاعفاء الزوج من العقاب :

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

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

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

ويشترط لاعمال هذا النص ما يلى :

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

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

كما اذا شاهدهما الزوج بغير سراويل وقد وضعت ملابسهما الداخلية بجوار بعض (٥) .
٣ — يشترط أن يحصل القتل فى نفس اللحظة à l'instant même التى يشاهد فيها فعل الزنا .

---

(١) جريمة الزنا فى القانون المصرى والقانون — المرجع السابق — ص ٣٩٧
(٢) راجع ما يلى فى القسم الثانى من الرسالة .
(٣) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — شرح قانون العقوبات — القسم الخاص — الطبعة السابعة — مطبعة جامعة القاهرة — ١٩٧٥ ص ٢٣٦
(٤) نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ٢٠٧ص٥٦٦
(٥) نقض ١٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الخامس رقم ٨٠ ص ١٤٢ .

٣ — مجافاة التشريع الوضعى للعدالة :

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

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

٤ — علاج الوضع غير العادل فى القانون الوضعى :

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

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

---

(١) شرح قانون العقوبات الجزائرى — الدكتور رضا فرج — المرجع السابق ص ١٦٢ — فى المسئولية الجنائية — الدكتور محمد مصطفى القللى ص ٣٢٩ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى — الدكتورة فوزية عبد الستار — المرجع السابق ص.١٩ ، الموسوعة الجنائية — جندى عبد الملك — مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣١ الجزء الاول— ص ٥٢٣ ، الدكتور أحمد فتحى سرور — القسم العام — المرجع السابق ص ٢٥٧ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) المرجعالسابق٢٠٧

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم الخاص — المرجع السابق ص ٣٣٨ والمادة ٢٧٧ من قانون العقوبات ، المادة الثالثة من قانون الاجراءات .

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

(٤) جريمة الزنا — المرجع السابق — ص ٤٠٠

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

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

الفرع الخامس

اعتداء مأمور الضبط
فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

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

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

---

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

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

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

يدعم هذا الرأى الصحيح فنعرض الموضوع فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى على التوالى :

١ — اعتداء مأمور الضبط فى الفقه الاسلامى :

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

---

(١) منتهى الارادات فى جمع المقنع من التنقيح — للفتوحى الحنبلى — تحقيق عبد الغنى عبد الخالق — المرجع السابق — القسم الثانى ص ٤٢٧

(٢) جاء فى المحلى ومسألة : من أفزعه السلطان فتلف قال على : روينا من طريق عبد الرازق عن معمر عن مطر الوراق وغيره عن الحسن قال : ارسل عمر الى امراة مغنية كان يدخل عليها فأنكر ذلك فقيل لها أجيبى عمر فقالت : ياويلها مالها ولعمر. قال : فبينما هى فى الطريق فزعت فضمها الطلق فدخلت دارا فالقت ولدها فصاح الصبى صيحتين فمات فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فاشار عليه بعضهم أن ليس عليك شىء انما أنت وال ومؤدب قال : وصمت على فاقبل عليه عمر فقال ما تقول ؟ فقال : ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وان كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك أرى أن دينه عليك لانك أنت أفزعتها والقت ولدها فى سبيلك فامر عليا أن يقسم عقله على قريش يعنى يأخذ عقله من قريش لانه اخطأ .

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

المحلى لأبى محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ادارة الطباعة المنيرية ١٣٥٢ هـ ، الجزء الحادى عشر ص ٢٢٤ ص ٢٢٥ .

١ — اعتداء مأمور الضبط فى القانون المصرى والفقه الوضعى :

نصت المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات المصرى على ما يأتى :

« لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته الا اذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت او جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول » .

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

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

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

الشرط الاول :

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

---

(١) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية . أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — الطبعة الاولى ١٩٧٠ ص ٥٥

(٢) النظرية العامة للمسئولية الشرطية — جنائيا واداريا — الدكتور قدرى عبدالفتاح الشهاوى — منشاة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٤ ص ١٦٤ .

(٣) الدكتور يسر أنور على — الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٤٤ ، الدكتور محمد مصطفى القللى ، فى المسئولية الجنائية — المرجع السابق — ص ٣٣١ ، شرح قانون العقوبات الليبى — المرجع السابق ص ١٨٢ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى — المرجع السابق ص ١٩٨ .

أما اذا كان العمل لا يدخل اصلا فى اختصاصه فلا حظر على الأفراد فى مواجهته استنادا الى الدفاع الشرعى ، فاذا قبض مأمور الضبط على شاهد لارغامه على الحضور للادلاء بمعلوماته أمامه . فالدفاع جائز لأن القبض على الشاهد لا يدخل فى اختصاصه أصلا (١)

وقد اشترطت محكمة النقض وجوب أن يكون العمل داخلا فى اختصاص مأمور الضبط ، ففى حكم لها تقول « أنه اذا كانت أفعال الاعتداء المسندة الى الفاعلين قد وقعت فى أثناء قيام رجال البوليس وموظفى الأوقاف بهدم الجدار الذى أنشأته الطاعنة بالأرض المتنازع عليها ، وكان الهدم مما لا يدخل فى اختصاص أولئك الموظفين ، فانه لم يكن ثمة ما يمنع من دفع عدوانهم ولا يغير من ذلك أن الأمر بالهدم قد صدر من النيابة العمومية لأن النيابة لا تملك — بحسب اختصاصها — اصدار مثل هذا الأمر فان الهدم لا يجوز الا بحكم قضائى » (٢) .

الشرط الثانى :

أن يكون مأمور الضبط حسن النية ، ويقصد بحسن النية أن يكون معتقدا أن العمل مشروع ، ولكن تنقصه الأسباب المعقولة التى يستند اليها فى اعتقاده (٣) . وبعبارة أخرى يقصد بحسن النية de bonne foi اعتقاد مأمور الضبط أن عمله فى حدود القانون (٤) . ودخلا فى نطاق اختصاصه الوظيفى ، ومثال ذلك أن يقبض على شخص برىء معتقدا انه هو الذى صدر أمر القبض عليه وجارى البحث عنه ، او أن يحبس انسان بدون وجه حق معتقدا أنه المراد بأمر الحبس الصادر اليه من النيابة (٥) فاذا لم يتوافر حسن النية لدى مأمور الضبط كأن يقبض على انسان ويحبسه لاجباره على تحقيق مصلحة خاصة له ، او ان يخالف القانون مخالفة صريحة بأن يعذب المتهم او يهتك عرضه (٦) جاز للأفراد دفع أعماله استنادا الى الدفاع الشرعى .

---

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

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

(٣) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق ص ٢١٧ .

(٤) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) — المرجع السابق — ص ٢٢٨ .

(٥) الدكتور مأمون سلامة — القسم العام — المرجع السابق — ص ٢٢٣

(٦) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — المرجع السابق ص ٢٠٤ ، أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) — المرجع السابق ص ٢٢٨ ، الدكتور مأمون سلامة — القسم العام — المرجع السابق — ص ٢٢٣ — جرانمولان — المرجع السابق — رقم ١٦١٣ — ص ٤٠٠

الشرط الثالث :

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

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

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

ويشترط أن يكون لهذا التخوف من المهدد بالخطر سـبب معقول ، وتقدير ذلك متروك لتاضى الموضـوع ، مع مراعاة الظروف التى أحاطت بالمدافع وقت الخطر (٤) ، ومن أمثلة الحالات التى يجوز فيها الدفـاع لانتفاء هذا الشرط ، أن يحاول مأمور الضبط تنفيذ أمر باطل بالقبض على شخص سوف تجرى له عملية جراحيـة بعد قليل ، بينما ينطوى تأجيل العملية على تهديد لحياته بالخطر ، أو أن ينفذ أحـد الجنود أمرا خاطئا باطلاق الرصاص على أحد الأشخاص (٥) .

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

---

(١) الدكتور يسر أنور على ـ الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعيـة ـ المرجـع السابق ـ ص ٢٤٥

(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى ـ فى المسئولية الجنائية ـ المرجـع السـابق ص ٣٣٢ ، الدكتور على راشد ـ الموجز ـ ص ٣٤١ ، الدكتور احمد فتحى سرور ـ القسم العام ـالمرجع السابق ـ ص ٢٦٤

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢٠٥ ، أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص ٢٢٩ ،جرانمولان ـ المرجع السابق ـ رقم ١٦١٣ ص ٤٠٠

(٤) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص ٢٣٠

(٥) الدكتور احمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٤

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

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

الفرع السادس

اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

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

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

اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية فى الفقه الاسلامى :

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

---

(١) راجع تفصيل هذه الآراء فى النظرية العامة للمسئولية الشرطية — المرجع السابق ص ١٦٠ — ١٦٣ ، الدكتور أحمد فتحى سرور — القسم العام — المرجع السابق ص ٢٥٩ — ٢٦٠ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى — المرجع السابق — ص ١٩٢ — ١٩٥

(٢) راجع ما ورد بالهامش عند بحث الموضوع فى الفقه الاسلامى حيث ذكرنا نص ما ورد بالمحلى وفيه راى الامام على رضى الله عنه — ص ١٨١ .

(٣) راجع ما سبق ص ١٨١

(٤) المدونة — الجزء السادس عشر ص ٩١ ، المهذب — الجزء الثانى — ص ٣٥٨ والمغنى — الجزء العاشر ص ٤٣٩ ، الشرح الكبير الجزء التاسع — ص ٣٨٣ ، التشريع الجنائى الاسلامى — المرحوم عبد القادر عوده — الجزء الاول — ص ٣٢٤ ، الجريمة لاستاذنا المغفور له الشيخ محمد أبو زهرة — المرجع السابق — ص ٣٣٤

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

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

والرأى عندى ان الامام ابى حنيفة لم يضف المشروعية على اعتداءات المستأمن عندما تكون عقوبتها خالصة لله تعالى ، وانما رأى عدم العقاب لعدم الولاية ، ومن ثم فانه من الممكن مواجهة اعتداءات رجل السلك السياسى لعدم مشروعيتها استنادا للدفاع الشرعى .

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

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

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

اعتداء ذوى الحصانة الدبلوماسية فى الفقه الوضعى :

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

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

---

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

(٢) الجريمة — المرجع السابق — ص ٣٣٥

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

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

والراجح عندى هو الراى الأول لأن الحصانة سبب شخصى ليس له أثر على سبب الاباحة باعتباره سببا موضوعيا لا يتأثر بالظروف والعوامل الشخصية ، كما أنه الرأى الذى يتفق مع ما سبق أن استخلصناه من اقوال فقهاء الشريعة الغراء .

وأما القول بأنه يمكن الاستناد الى حالة الضرورة ، فقد يكون مقبولا فى ظل القوانين التى لا تفرق بين أسباب الاباحة والضرورة كالقانون الايطالى (٤) . ولكنه غير مقبول فى التشريع المصرى الذى يجعل من الضرورة مانعا من موانع المسئولية لما يترتب على التفرقة بين أسباب الاباحة وموانع المسئولية من آثار سبق الاشارة اليها .

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

المطلب الثانى

حلول خطر الاعتداء

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

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

---

(١) الدكتور أحمد فتحى سرور — القسم العام — المرجع السابق — ص ٢٥٨ ، الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائى — المرجع السابق — ص ٣٨٠ ، الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى — القسم العام (الليبى) — المرجع السابق — ص ١٧٠

(٢) دى لوجو — اسباب الاباحة — المرجع السابق — ص ٢٨٩

(٣) خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى — المرجع السابق — ص ٢٠١

(٤) راجع ما سبق ص ٤٣

خطر الاعتداء فى حالة نصب الأشراك والحبالات ، او ما يطلق عليه شراح القانون الوضعى الدفاع الآلى وما هو موقف كل من الفقه الاسلامى والفقه الوضعى من الاجابة على هذه التساؤلات .

وعليه نقسم الدراسة الى فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول : حلول الخطر وانتهاء الاعتداء
الفرع الثانى : الخطر المستقبل والدفاع الآلى

الفرع الأول

حلول الخطر وانتهاء الاعتداء فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

يشترط ان يكون خطر الاعتداء حالا ، ويقصد بحلول الخطر (١) ان الاعتداء سيقع لا محالة اذا لم يقم المدافع بما يلزم لدرئه .

ويكون الخطر حالا فى صورتين :

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

ونتناول حلول الخطر وانتهاء الاعتداء فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى على التوالى :

حلول الخطر وانتهاء الاعتداء فى الفقه الاسلامى :

يشترط لتبرير الدفاع أن يكون خطر الاعتداء حالا ، بحيث لا يتمكن المصول عليه من طلب الغوث والنجدة ، فاذا لم يكن خطر الاعتداء حالا كأن يكون الصائل فى حالة لا يستطيع معها ايقاع الأذى بالمصول عليه فى الحال فان الفعل الذى يأتيه المصول عليه لا يكون من قبيل الدفاع المباح، وانما هو فى الواقع يشكل اعتداء غير مشروع .
وكذلك لا يعتبر دفاعا مشروعا ما يقوم به المصول عليه بعد انتهاء العدوان لأن المقصود من الدفاع الشرعى هو الدفع وليس الثأر أو الانتقام

---

(١) يعبر البعض عن حلول الخطر بحلول الضرر (نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ المرجع السابق ـ ص ١٨١) والواقع انه يجب التمييز بين الخطر والضرر ، فالخطر تهديد بوقوع نتيجة ضارة ، اما الضرر فهو حدث يقع فى العالم الخارجى بطريقة مادية ملموسة وفى الاعتداء يشترط الخطر لا الضرر .

وعبارات الفقهاء تؤكد وجوب حلول خطر الاعتداء ليكون الدفاع مشروعا ، وانه لا شرعية لما يأتيه المصول عليه من افعال بعد انتهاء الاعتداء .

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

وفى المذهب الشافعى أيضا يعبر صاحب مغنى المحتاج عن عدم جواز الدفاع بعد انتهاء العدوان فلا يجوز دخول منزل اللص لاسترداد المتاع المسروق ، فيقول « ولو أخذ المتاع وخرج فله ان يتبعه ويقاتله الى ان يطرحه ، ولا يجوز دخول بيت شخص الا بانذنه » (٣) .

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

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

---

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

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

(٣) مغنى المحتاج - الشيخ محمد الشربينى الخطيب - طبعة الحلبى ١٣٥٢ هـ - الجزء الرابع - ص ١٩٩ - وراجع أسنى المطالب - المرجع السابق ص ١٦٧ ، ١٧٠

(٤) وهو ما يؤيد نظرية بطلان العصمة التى طرحناها كأساس الدفاع الشرعى - راجع النظرية فى موضعها من الباب التمهيدى ص ١٣٣

(٥) تكملة البحر الرائق - للطورى - الجزء الثامن - ص ٣٤٤ ، نفس المعنى فى شرح الدر المختار - محمد علاء الدين الحصكفى - مطبعة صبيح - الجزء الثانى - ص ٤٤٤ - وشرح العناية على الهداية - البابرتى - طبعة ١٣٢٨ ص ٢٦٩

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

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

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

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

والخلاصة أن الفقه الاسلامى يشترط فى خطر الاعتداء أن يكون حالا أى وشيك الوقوع ، أو أن يكون قد بدأ ولكنه مازال مستمرا ، فيكون الدفاع بقصد انهائه ، أما اذا انتهى اعتداء الصائل ، فان ما يأتيه المصول عليه بعد ذلك يكون من قبيل العدوان غير المشروع .

حلول الخطر وانتهاء الاعتداء فى الفقه الوضعى :

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

---

(١) شرح منتهى الارادات — البهوتى — طبعة ١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧ م ص ٣٧٨

(٢) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك — طبعة الحلبى ١٩٥٨ — الجزء الثانى — ص ١٨٦

(٣) كشف القناع — الجزء الرابع — ص ٩٢

(٤) الام — الجزء السادس — ص ٢٧

(٥) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — اصول قانون العقوبات فى الدول العربية — المرجع السابق — ص ٥٤

فالمادة ٢/٣٩ من قانون العقوبات الجزائرى تنص على انه « لا جريمة
١ — ..... ٢ — اذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة
للدفاع المشروع عن النفس ..... الخ .

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

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

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

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

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

١ — الخطر الوشيك :

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

---

(١) راجع نصوص التشريعات العربية فى الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية فى مصر والدول العربية — المرجع السابق — ص ٢١ — ص ٢٩

(٢) استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — المرجع السابق ص ٢٢٢ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — طبعة ١٩٥٢ ص١٩٤، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى — المرجع السابق ص ٢٠٣ .

(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام — المصرى — ص ٢١٥ واللبنانى — ص ٢٣٠ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى — الدكتور رضا فرج — المرجع السابق — ص ١٥٥ ، ١٥٦

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

وقد صور بفندروف Puffendorf ذلك بقوله » اذا رأيت شخصا يقبل نحوى وبيده السلاح بصـــورة يبدو معها بما فيه الكفاية أنه سوف يطعننى ، ومن ناحية اخرى لم أجد مكانا أحتمى فيه فاننى يمكننى أن أطلق عليه رصاصة قبل أن يصبح قريبا جدا منى بحيث أصبح فى متناول سلاحه ، وذلك لأن اقترابه اكثر من ذلك سيجعلنى فى وضع يستحيل على فيه استعمال سلاحى (٢) .

والخلاصة انه لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يبدأ المعتدى عدوانه ، وانما يكفى التهديد بخطر وشيك الوقوع لاباحة الدفاع .

٢ — الاعتداء المستمر :

اذا كان المعتدى قد بدأ فى الاعتداء ، فانه يشترط لاباحة الدفاع ، أن يكون العدوان مازال مستمرا اذ يكون خطر الاعتداء مازال قائما ، فاذا كان الاعتداء قد انقضى باتمام الجريمة أو بانتهاء العدوان سواء بدفعة من المعتدى عليه أو غيره أو بتوقف المعتدى عنه ، فان الدفاع بعد ذلك يكون من قبيل الانتقام غير المشروع (٣) .

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

---

(١) جارسون — المرجع السابق — مادة ٣٢٨ رقم ٦٩ ص ١٦٢ ، جارو — المطول الجزء الثانى رقم ٤٤٦ ص ٢٥ ، أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام المصرى — ص ٢١٥ — والدكتور يسر أنور على — الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٣٥ . وفى القضاء — راجع نقض ١١ مارس ١٩٤٠ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء الخامس — رقم ٧٣ ص ١٢٦ ، ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ .. الجزء السادس رقم ٤٨ ص ٦٧ ، ٥ ابريل سنة ١٩٤٣ الجزء الســادس — رقم ١٥٢ ص ٢٢٠ ، ٦ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض — الســنة الاولى رقم ١٢٨ ص ٣٨٠ ، ٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ السنة الثانية رقم ٦١ ص ١٥٢

(٢) M. Chauveau Adlophe et M. Faustin Helié Théorie du code pénal 5éme edition, Paris 1872 P. 176.

(٣) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٢٣ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة ١٩٥٢ — ص ١٩٥ ، شرح قانون الجــزاء الكويتى — الدكتور عبدالوهاب حومد — ١٩٧٢ ص ٢٣٨ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية — المرجع السابق ص ١٥٨ .

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

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

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

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

---

(١) G. Dégois, Traite élémentaire de droit criminel. Paris 1911P. 167

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

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

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

(٥) نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية - الجزء الرابع رقم ٣٢٠ ص ٤١٧ وراجع ايضا نقض ٣ مارس ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية الجزء الخامس رقم ٢٢١ ص ٤١١ ، نقض ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم ٢٤٢ ص ٣١٩ ، نقض ١١ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السادس رقم ٦٠٢ ص ٧٣٦ ، نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام محكمة النقض السنة الاولى رقم ١٥٥ ص ٤٧١ ، نقض ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة السابعة رقم ٢١ ص ٥٥ ، نقض ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ١٨٢ ص ٩٠٥ ، نقض ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض - السنة ١٣ رقم ١٧١ ص ٧٠٠ ، نقض ٩٢ اكتوبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض - السنة ١٥ رقم ١١٢ ص ٥٧٣

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

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

الفرع الثانى

الخطر المستقبل والدفاع الآلى
فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى

رأينا أن الفقه الاسلامى والفقه الوضعى يوجبان أن يكون خطر الاعتداء حالا ، وأن الدفاع بعد انتهاء العدوان ليس دفاعا وانما ثأر وانتقام غير مشروع .

---

(١) نقض ٣٠ ابريل سنة ١٩٧٢ - مجموعة احكام النقض - السنة ٢٣ - رقم ١٣٩ ص ٦٢٢

ويثور التساؤل عن موقف كل من الفقه الاسلامى والفقه الوضعى من الدفاع ضد الخطر المستقبل ، ونصب الأشتراك والفخاخ او ما يطلق عليه حديثا ، الدفاع الآلى :

La défense automatique (١)

وهو ما نتناوله بالدراسة على التوالى :

الخطر المستقبل والدفاع الآلى فى الفقه الاسلامى :

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

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

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

---

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

(٢) التاج والاكليل لمختصر خليل - للعلامة محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق - الجزء السادس - ص ٢٢٣

(٣) بدائع الصنائع - الكاسانى - الطبعة الاولى ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م - الجزء السابع - ص ٩٢ ، حاشية سعدى جلبى على العناية شرح الهداية - المطبعة الاميرية ١٣١٨ هـ - الجزء الثامن ص ٢٦٩ .

(٤) الام - الجزء السادس - ص ٢٧

الحافر لأنه عدوان منه » (١) وفي الفقه الحنبلي يذكر ابن قدامه صراحة الشباك والفخاخ (٢) .

ويستخلص من ذلك أن جمهور الفقهاء يرون عدم الضمان على من يعد الشباك والفخاخ « أجهزة الدفاع الآلي » اذا اصابت الداخل بغير اذن ، لأن الدخول بغير اذن عدوان ، واصابته من الشباك والفخاخ دفع لهذا العدوان ومن ثم فلا ضمان .

واما مذهب المالكية : فقد أورد الحطاب في مواهب الجليل حكاية عن اصبغ بان افرج سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده فيريد صاحب الزرع أن يحفر حول زرعه حفيرا لمكان الدواب وقد تقدم الى أصحابها وانذرهم فيحفر فيقع بعض تلك الدواب في ذلك الحفير فتموت أترى عليه ضمانا ؟ فقال : ليس عليه شيء ولو لم ينذرهم ولم يتقدم اليهم قال اصبغ وهو قول مالك ان شاء الله ، قال محمد بن رشد هذا كما قال لأنه انما فعل ما يجوز له أن يفعله من الحفر في أرضه تحصينا على زرعه لا لاتلاف دواب الناس .

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

وهو تصوير صحيح طبقا لما نقله الحطاب ، غير اننا لا نراه الا ظهر في المذهب لأن الراجح في المذهب — فيما نرى — هو ما ورد في المدونة لسببين :

١ — ان الحطاب نقل المسألة على ان ذلك « ما قاله في المدونة » وقد ثبت ان ما جاء في المدونة ليس كما نقله الحطاب .

---

(١) حاشية ابن عابدين — الجزء الخامس — ص ٥٢٤ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج للانصاري الهيثمي — الطبعة الاولى — الجزء الرابع ص ٥٠ ، المغني لابن قدامه — الطبعة الثالثة — دار المنار ١٣٦٧ هـ — الجزء التاسع — ص ٥٧١

(٢) المغني — الجزء التاسع — ص ٥٦٦

(٣) مواهب الجليل — الحطاب — طبعة ١٣٢٩ هـ — الجزء السادس — ص ٢٤٣

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

(٥) الدكتور يوسف قاسم — نظرية الدفاع الشرعي — المرجع السابق — ص١٨٤

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

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

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

وذهب راى معاصر الى تأييد ما ذهب اليه المالكية - طبقا لرواية الحطاب - من وجوب النظر الى نية الفاعل فان كان يقصد الدفاع بالوسائل التى لجأ اليها فلا شىء عليه لانه انما يقوم بفعل مشروع للمحافظة على امواله ، واما ان كانت نيته - من وراء فعله - الاذى فان عليه الضمان (٤) .

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

---

(١) الاشبه يقصد به ما دلت عليه اصول المذهب - راجع الاصطلاحات ص.٢٣من المختصر النافع .

(٢) الشيخ : اشارة الى ابى جعفر محمد بن الحسن بن على الطوسى - راجع الاصطلاحات ص .٢٣ من المختصر النافع .

(٣) المختصر النافع فى فقه الامامية - لابى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن مطبعة وزارة الاوقاف ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م - ص ٣١٩

(٤) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - المرجع السابق - ص١٨٥

وان الخلاف ينحصر ـ فيما نرى ـ فى تحديد من يقع عليه عبء الاثبات، فالجمهور يرى ان الدخول بغير اذن قرينة على توافر قصد العدوان لدى الداخل ولذلك فلا ضمان على من استعمل هذه الوسائل لان ما أصاب الداخل كان بسبب عدوانه الذى قامت عليه القرينة بدخوله من غير اذن . اما المالكية ـ فى رواية الحطاب ـ فينظرون الى نية من اتخذ هذه الوسائل ولذلك يقع عليه عبء اثبات قصد الدفاع فى اتخاذه لها.

ولما كان من شروط الدفاع أن يتناسب مع الاعتداء (١) فاننا نرى ترجيح رأى الجمهور واعتبار الدخول بغير اذن قرينة على قصد العدوان فاذا تناسبت الوسيلة مع الاعتداء كان من اتخذ الوسيلة فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله . ولاننا نرجح رواية المدونة والتى يتبين منها أن الامام مالك يرى عدم جواز اتخاذ هذه الوسائل ، وهو رأى غير مسلم ، لانه يجب أن لا يمنع الانسان من حماية نفسه وماله ، طالما أن الوسيلة المستخدمة تتناسب مع الاعتداء ولان حماية الأنفس والاموال من مقصود الشرع .

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

الخطر المستقبل والدفاع الآلى فى الفقه الوضعى :

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

---

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

(٢) جارسون ـ المرجع السابق ـ المادة ٣٢٨ رقم ٧٠ ص ١٦٢ دونديه دى فابر المرجع السابق ـ ص ٢١٦ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ص ٢٠٦

(٣) الدكتور احمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٦٧ ، الدكتور مامون سلامة القسم العام ـ ص ٢١٦ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى ـ المرجع السابق ص ٢٠٦ وراجع ما يلى فى شرط لزوم الدفاع ـ الفصل الثانى من هذا الباب .

السلطة العمومية . فاذا هدد شخص آخر بانه سيقتله فى تاريخ معين فان الخطر لا يكون حالا (١) ، وان كان يجوز للمهدد بالخطر ان يتخذ تدابير احتياطيـــة mesures préventives لدفع هذه الخطر كحمل السلاح فاذا حان الوقت واستعمل السلاح ضد من سبق أن هدده فانه لا يعنى أن يسند اليه جريمـــة القتل مع سبق الاصرار ، اذ الواقع أن ســـبق الاصرار توافر بالنسبة لفعل الدفاع عن نفسه (٢) .

وللتفرقة بين الخطر الوشيك والخطر المستقبل يذهب الفقه ويؤيده قضاء النقض أن العبرة بتقدير المدافع فى الظروف التى كان فيها بشرط أن يكون تقديره مبنيا على اسباب مقبولة من شانها أن تبررها (٣) .

وأما بالنسبة لاستعمال **الوسائل الآلية** فقد اختلفت آراء الفقهاء حول مشروعية استعمالها ، فذهب **جارسون** الى انه اذا كانت هـذه الآلات وضعت لاسر الحيوان او قتله فلا جريمة مطلقا اذا قتلت او جرحت من يصطاد خلسة فى أرض الغير او من يتسرب للنهب والسلب لانه لا يوجد قصد جنائى ولا يوجد حتى قصد احتمالى ، ولكن اذا وضعت هذه الآلات فى منزل مأهول بالسكان فان الامر يختلف لأن القانون لا يسمح بأن يبرر تصرف المالك الذى يتسبب فى احداث عاهة مستديمة او يقتل بوسيلة ما طفلا لمجرد محاولته سرقة بضعة تفاحات من بستان لأن الحق يقف حيث تبدأ اساءة استعماله (٤) .

ويرى **جارو** أن المالك لا يسأل عن القتل او الجرح بشرطين الاول أن الوسيلة لا تعمل الا عنـد وقوع الاعتـداء والثانى ان يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء (٥) .

ويرى الفقه المصرى ان استعمال الادوات الآلية مثل وضع الفخ أو الاسلاك الكهربائية المكشوفة او باحاطة الحديقة بأسلاك شائكة امر جائز

---

(١) الدكتور احمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٦٧ ، للدكتور مامون سلامة القسم العام ـ ص ٢١٦

(٢) جارسون ـ المرجع السابق ـ المادة ٣٢٨ ـ رقم ٩٨ ص ١٦٥ ، ١٦٦

(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص٢١٦ ؛ نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام محكمة النقض ـ السنة الاولى رقم ١٢٨ ص ٣٨٠

(٤) جارسون ـ المرجع السابق ـ المادة ٣٢٨ رقم ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ ص١٦١ ـ ١٦٢

(٥) جارو ـ المطول ـ طبعة ١٩١٤ ـ المرجع السابق رقم ٤٤٦ ص ٢٥

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

ومن هذا العرض يتبين أن الفقه الاسلامى قد سبق الفقه الوضعى الى بحث أدق المسائل ووضع لها الحلول منذ اربعة عشر قرنا ، وأن الفقه الوضعى لم يأت بجديد فى هذه المسائل الدقيقه ، مما يزيد المؤمن ايمانا ويعيد الايمان لمن أثر فيهم الغزو الفكرى بصلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق فى كل زمان ومكان .

المبحث الثالث

موضوع الاعتداء

تمهيد وتقسيم :

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

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

---

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

(٢) فى المسئولية الجنائية — الدكتور القللى — المرجع السابق — ص ٣٤٦ واستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٢٣ ، والدكتور احمد فتحى سرور — المرجع السابق ص ٢٦٨

(٣) محكمة ليبج البلجيكية ٢١ نوفمبر ١٩٢٤ — جوميل قانون العقوبات البلجيكى — الجزء الثانى ص ١٦١ واشار اليه استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — الطبعة الثامنة ١٩٦٩ ص ١٥٩

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

ونتناول موضوع الاعتداء فى مطلبين : —

المطلب الاول : موضوع الاعتداء فى الفقه الاسلامى .
المطلب الثانى : موضوع الاعتداء فى التشريعات المقارنه .

المطلب الأول

موضوع الاعتداء فى الفقه الاسلامى (١)

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

وقد اقرت الشريعة الغراء شرعية الدفاع ضد خطر كل الجرائم .

ونعرض موضوع الاعتداء فى الفقه الاسـلامى فى اربعة فروع على التوالى : —

الفرع الأول : جرائم النفس
الفرع الثانى : جرائم العرض
الفرع الثالث : جرائم الشرف والاعتبار
الفرع الرابع : جرائم المال

الفرع الأول

جرائم النفس

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

---

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

وقد جاءت الشريعة الاسلامية بما يكفل حماية الحياة وسلامة الجسم فحرمت القتل فى قوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق » (١) ولا تفرقه فى الحماية بين نفس ونفس ، فالكل فى حق الحياة سواء يقول تعالى « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكانما قتل الناس جميعا » (٢)

وقررت الشريعة الغراء القصاص حماية للحياة وسلامة الجسم ، فاذا وصل الاعتداء الى القتل كان الجزاء القتل واذا وقف الاعتداء عند الجرح كان القصاص مثله وبحسبه يقول تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى » (٣) .. « ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب لعلكم تتقون »(٤) « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » (٥)

ومصدر الدفاع الشرعى عن النفس الحديث الشريف « ومن قتل دون دمه فهو شهيد » (٦) .

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

والاعتداء على النفس يتخذ صورا كثيرة ، فقد يكون الاعتداء او التهديد به فى أقوى صوره وهو القتل ، كمن يهدد الغير باطلاق النار عليه . وقد يتخذ الاعتداء صورة أقل خطورة على الحياة وان شكلت مساسا بسلامة الجسم كالجرح والضرب ، وقد يكون التعدى بالايذاء الخفيف الذى لا يصل الى هذه الدرجة من الجسامة كجذب الشعر أو عرك الأذن عركا خفيفا .

فاذا ما تعرض انسان الى صورة من صور الاعتداء على النفس فقد أباحت له الشريعة أن يرد هذا الاعتداء بالوسيلة الملائمة ، فاذا وجد المصول

---

(١) سورة الانعام : الآية ١٥١
(٢) سورة المائدة : الآية ٣٢
(٣) سورة البقرة : الآية ١٧٨
(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٩
(٥) سورة المائدة : الآية ٤٥
(٦) راجع الحديث كاملا ما سبق فى مصدر الدفاع الشرعى فى السنة النبوية ص ١٠٤
(١) نقصد بالاباحة مجرد اذن الشارع راجع ما يلى فى حكم الدفاع الشرعى .

عليه انه لا سبيل الى النجاه بغير قتل المعتدى كان له ان يقتله بشرط ان يكون القتل ، هو الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء وهو ما صرح به فقهاء المذاهب الاسلامية فقد جاء فى الفتاوى العالمكرية « ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شيء بقتله » (١) وفى المذهب الشافعى جاء فى منهاج الطالبين « ولو عضت يده خلصها بالأسهل من فك لحييه وضرب شدقيه فان عجز فسلها فتدرت أسنانه فهدر » (٢)

وحاصل القول ان الشريعة الغراء اباحت لمن يتهدده اعتداء على النفس فى اى صورة من صوره ان يرد هذا الاعتداء ولو بقتل الصائل بشرط أن يكون القتل هو الوسيلة الوحيدة لرد العدوان .

الفرع الثانى

جرائم العرض

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

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

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

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

---

(١) الفتاوى العالمكرية المعروفة بالفتاوى الهندية طبعة ١٢٨٢ هـ - الجزء السادس - ص ٧ .

(٢) منهاج الطالبين وعمدة المفتين فى فقه الامام الشافعى لابى زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى - مطبعة الحلبى ١٣٣٨ هـ - ص ١٣٥ - وراجع تفصيل الدفاع الشرعى بالقتل ما يلى فى شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء .

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

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

ولمن يتهدده خطر الاعتداء على عرضه فى اى صورة من صور الاعتداء وان لم يصل الاعتداء الى الزنا ان يدفعه كمن ينظر الى امراة أجنبية نظرات مريبة ، أو يعاكس فتاة فى الطريق ، فانه يكون للمراة أو الفتاة أن تدفع هذا الاعتداء بالوسيلة المناسبة .

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

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

---

(١) المغنى ـ الجزء التاسع ـ ص ٣٣٦ ـ ٣٣٧

(٢) اعلام الموقعين ـ الجزء الرابع ـ طبعة ٣٧٤ هـ ـ ص ١٥٢ ، ١٩٥٣

(٣) المغنى لابن قدامه ـ طبعة المنار سنة ١٣٧٦ هـ ـ الجزء الثامن ـ ص ٣٣٢

(٤) المدرى عود صغير كالمشط .

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

وقد استدل الشافعية والحنابلة بالاحاديث الشريفة التى رويت فى هذا الباب ومنهـــا ما روى عن ابى هريرة رضى الله عنـــه قال : قال ابو القاسم صلى الله عليه وآله وسلم « لو ان امرأ اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاه ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » متفق عليـــه (٣) . وما روى عن سهل بن سعد ان رجلا اطلع فى جحر من باب النبى صلى الله عليه وسلم وكان الرسول عليه الصلاة والسلام يحك رأسه بمدرى فى يده فقال صلى الله عليه وســـلم : « لو علمت انك تنظـــر لطعنت فى عينك ، انما جعل الاستئذان من اجل البصر » . وبما روى عن انس ابن مالك رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فى بيته راى رجلا اطلع عليه فاهوى اليه بمشقص (٤) كان فى يده لو لم يتاخر لم يبال أن يطعنه (٥) .

وفى كل من المذهبين الحنفى والمـــالكى روايتـــان الاولى لا تجيز للمنظور اليه أن يفقأ عين الناظر ، لانه لو نظر انسان الى عورة انسان غيره بغير اذنه لم يستبح فقأ عينه فالنظر الى الانسان فى بيته اولى أن لا يستباح به (٦) .

والاحاديث الواردة فى هذا الباب وفقا لهـــذه الرواية واردة على سبيل التغليظ والارهاب ، والرمى فى نظـــرهم لم يبـــح الا للتنبيـــه والمدافعة لا بقصد الايذاء او اصابة العين ، فاذا قصد فقأ العين كان

---

(١) العقل هو الدية ، القود : القصاص

(٢) الام ـ طبعة الشعب سنة ١٩٦٨ ـ الجزء الســـادس ـ ص ٢٨ ، وفى مذهب الحنابلة راجع المغنى ـ الجزء الثالث ص ٢٥٥

(٣) سبل السلام ـ الجزء الثالث ـ ص ٢٦٣

(٤) آلة صغيرة تشبه المقص .

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

(٦) مواهب الجليل ـ الطبعة الاولى ١٣٢٩ هـ ـ الجزء السادس ـ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣ ، التاج والاكليل ـ الطبعة الاولى بهامش مواهب الجليل نفس الموضع ، حاشية ابن عابدين ـ الجزء الخامس ص ٤٨٥

عليه القود ، واما ان قصد التنبيه فأصاب عينه خطأ كانت مسئوليته بهذا الاعتبار .

والرواية الثانية فى المذهب الحنفى والمالكى تتفق مع مذهب الشافعية والحنابلة (١) .

وفرق بعض الفقهاء بين من كان من الناظرين فى الشارع وفى خالص ملك المنظور اليه ، وبعضهم فرق بين من رمي الناظر قبل الانذار وبعده وظاهر احاديث الباب عدم الفرق (٢) .

وذهب رأى معاصر الى أن الاحاديث قد صرحت بعدم الجناح ويرى ان الالتزام بعبارة النص اولى من تاويلها على غير ما ترمى اليه (٣) .

والرأى عندى أن الدفاع بفقأ العين لمجرد النظر يفتقد شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، ولذلك يصح فى نظرنا الرأى القائل بأن الاحاديث الواردة فى هذا الباب قد جاءت على سبيل التغليظ والارهاب لحماية حرمة المساكن ، ونرى أن المنظور اليه اذا قصد فقأ عين الناظر فانه يكون مسئولا وعليه القود ، أما اذا قصد الدفع والتنبيه فقط ولكنه أصاب عينه فانه يكون مسئولا عن اصابة خطأ .

الفرع الثالث

جرائم الشرف والاعتبار

اسبغت الشريعة الاسلامية حمايتها على الانسان ، فقررت عصمة نفسه ، وعرضه ، وماله . وامتدت هذه الحماية الى شرفه واعتباره فعاقبت على القذف والسب .

والقذف فى الشريعة الاسلامية نوعان : قذف يحد عليه القاذف ، وقذف يعاقب عليه بالتعزير ، فأما من يحد عليه القاذف فهو رمى

---

(١) مواهب الجليل - الجزء السادس - ص ٣٢٢ ، التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل - نفس الموضع ، شرح منح الجليل - ص ٥٦٠ حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس ص ٤٨٥ .

(٢) نيل الاوطار - الشوكانى - الجزء السابع - ص ٢٦ .

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

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

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

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

وقد يكون المساس بشرف الانسان واعتباره ليس من جنس ما يجب به القذف بل يعتبر ايذاء بأقوال اخرى تمس قيمة الانسان عند نفسه ، أو تحط من كرامته أو شخصيته عند غيره ، وهذا هو السب ، ولم يحدد الشارع عقوبة هذه الجريمة مقدما ، ولذلك يستحق الجانى التعزير عليها .

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

---

(١) سورة النور : الآية ٤

(٢) سورة النور ة الآية ٢٣

(٣) كتاب الكبائر ـ للامام محمد شمس الدين الذهبى الدمشقى ـ دار الوعى بحلب ص ٦

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

(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ الجزء الثالث ص ٢٠٨ ، فتاوى قاضى خان ـ لقاضى خان الفرغانى ـ ـ مطبعة شاهين بالقاهرة ـ ١٢٨٢ هـ ـ الجزء الثالث ـ ص ٤٩٣ .

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

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

---

(١) الجامع الصغير ـ للامام محمد بن الحسن الشيبانى ـ ص ٦٩ ، مختصر القدورى ص ١١١ ، الجوهرة النيرة شرح العلامة ابى محمد العبادى اليمنى الجزء الثانى ص ٢٥٣ ، اللباب للميدانى ـ الجزء الثالث ص ٦٤ .

(٢) شرح فتح القدير ـ الجزء الرابع ص ٢١٣ ، شرح الكنز للعينى ـ الجزء الاول ص ١٥٥ ، المغنى الجزء العاشر ص ٢١٠ ، المدونة الكبرى ـ الجزء السادس عشر ص ٢٢ ـ ٢٣ .

(٣) الجوهرة النيرة ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٣

(٤) الجوهرة النيرة ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٠ ـ المدونة الكبرى ـ الجزء ١٦ ص ٢٢ ـ ٢٣

(٥) الجوهرة النيرة ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٣ ، الفتاوى الهندية الجزء الثانى ص ١٥٥ .

(٦) الجوهرة النيرة ـ الجزء الثانى ص ٢٥٠ ، المدونة ـ الجزء السادس عشر ـ ص ٢٢ ـ ٢٣

(٧) الجوهرة النيرة ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٣

(٨) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ للزيلعى ـ الجزء الثالث ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩

(٩) درر الحكام ـ الجزء الثانى ـ ص ٩٦ وما بعدها .

(١٠) المبسوط للسرخسى ـ الجزء التاسع ـ ص ١١٩ ، شرح الكنز للعينى ـ الجزء الاول ـ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، شرح فتح القدير ـ الجزء الرابع ص ١٥٥ ، المدونة الكبرى ـ الجزء السادس عشر ـ ص ١٧ ، ٢٣

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

(١٢) شرح فتح القدير ـ الجزء الرابع ـ ص ٢١٣ ، الفتاوى الهندية ـ الجزء الثانى ص ١٥٥ .

(١٣) الجوهرة النيرة ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٣ ، شرح الكنز للعينى ـ الجزء الاول ـ ص ٢٣٥ ، الفتاوى الهندية ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٦ .

(١٤) شرح الكنز للعينى ـ الجزء الاول ـ ص ٢٣٥ ، شرح فتح القدير ـ الجزء الرابع ـ ص ٢١٣

يكون قد ألحق بنفسه الشبه قبل أن يوجه اليه القائل ما قال ، فلا يكون فى هذا شيء على القائل (١) .

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

والواقع أن الفقهاء لم يستعملوا عبارة الشرف والاعتبار ، فهم يتوسعون فى معنى العرض ليشمل كل ما يمس الانسان فى شرفه واعتباره ، وفى ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله « القصاص مشروع أيضا ، وهو أن الرجل اذا لعن رجلا ، او دعا عليه فله أن يفعل به كذلك ، وكذلك اذا شتمه شتيمة لا كذب فيها » (٣) ومما يؤيد ذلك قوله تعالى « وانتصروا من بعد ما ظلموا » (٤) . وقد سبق لنا تفصيل دلالة النص الكريم على شرعية الدفاع عن الشرف والاعتبار (٥) .

ويرى بعض الفقهاء أن المتساوى فى عبارة السب لايستلزم تعزير المتسابين ، بينما يحد الرجلان اذا رمى كل منهما الآخر بالزنا يقول مثلا خصمه « واذا قال رجل لآخر يازانى فرد عليه بلا ، بل أنت ، حدا بطلبهما ولا عفو ولا يتقاصان قصاصا . بخلاف ما يوجب التعزير من السب فانهما يتكافآن بشرط أن لايكون فى مجلس القاضى لانهما يعزران بتشاتمهما بين يدى القاضى » (٦) .

وجاء مثل ذلك فى المذهب الشافعى فلمن سبه شخص أن يسبه بمثل ما سبه (١) .

---

(١) الجوهرة النيرة — الجزء الثانى — ص ٢٥٣ ، حاشية الشلبى على الكنز — الجزء الثالث — ص ٢٠٨ ، فتاوى قاضيخان — الجزء الثالث ص ٤٣٩ ، شرح فتح القدير — الجزء الرابع — ص ٢١٣ ، الفتاوى الهندية — الجزء الثانى — ص ١٥٦ — الفتاوى الانقروية — الجزء الاول — ص ١٤٨ .

(٢) نظرية الدفاع الشرعى — الدكتور يوسف قاسم — ص ١٠٠

(٣) السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية — طبعة ١٣٠١ ص ١٥٣ .

(٤) سورة الشعراء : الآية ٢٢٧

(٥) راجع ما سبق ص ٦٥ ، ٩٦

(٦) درر الحكام — الجزء الثانى — ص ٧٣

(٧) حاشية قليوبى — الجزء الرابع — ص ١٨٥

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

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

الفرع الرابع

جرائم المال

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

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

---

(١) تجاوز الدفاع الشرعى — المرجع السابق — ص ٢١٠ ، المسئولية الجنائية فى الفقه الاسلامى — أحمد فتحى بهنسى — ١٩٦٩ م — ص ١٩٥

(٢) نظرية الدفاع الشرعى — الدكتور يوسف قاسم — ص ١٠٢ — ١٠٣

(٣) سورة الشعراء الآية ٢٠٧

(٤) سورة المائدة الآية ٣٨

(٥) التعزير فى الشريعة الاسلامية — رسالة دكتوراه — الدكتور عبد العزيز عامر ١٩٦٩ — ص ٢١٢

(٦) التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح لابى العباس زين الدين احمد ابن احمد بن عبد اللطيف الشرجى الزبيدى الشهير بالحسين المبارك مطبعة الحلبى — ١٣٤٧ هـ — الجزء الاول — ص ١٤٩ .

فالشريعة الاسلامية تقرر الدفاع عن المال دون تحديد لنوع الجريمة وهى بذلك الاطلاق تخالف غالبية التشريعات الوضعيةومنها القانون المصرى (١) والتى تجيز الدفاع الشرعى لمواجهة جرائم معينة من جرائم المال .

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

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

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

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

---

(١) راجع مايلى ص ٢٢٥

(٢) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك - طبعة الحلبى - ١٩٥٨ - الجزء الثانى - ص ١٨٥ - ١٨٦

(٣) فتح القدير - الجزء الرابع - ص ٢٧٦

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

ويسوى **الشافعية** بين الدفاع **عن النفس** والدفاع عن العرض والدفاع عن المال وان قل ، ويبيحون قتل المعتدى على المال ، اذاكان القتل هو الوسيلة الوحيدة للدفاع . فقد جاء فى شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين « له دفع كل صائل .. على نفس أوطرف، أو بضع ، أو مال وان قل .. اذا كانت المذكورات معصومة .. فان قتله فلا ضمان فيه بقصاص ولا دية ولا كفارة » (٢) .

وبمثل ما قال **الشافعية** ذهب **الحنابلة** الى التسوية بين**الدفاع** عن النفس والدفاع عن المال ، والدفاع عن العرض ، فلمن يتهدده اعتداء على ماله أو مال غيره أن يدفع هذا الاعتداء ، فاذا تعين قتل الصائل طريقا لدرء العدوان جاز قتل الصائل .. فقد جاء فى**كشاف** القناع « ومن صال على نفسه أو على نسائه .. أو على ماله ولو قل المال .. دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به لأنه لو منع من **ذلك** لأدى الى تلفه وأذاه فى نفسه وحرمته وماله .. فان لم يمكن دفعه الا بالقتل .. فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه .. ويكون ذلك هدرا لأنه أتلف لدفع شره كالباغى » (٣) .

وجاء فى المغنى « قال أحمد فى اللصوص يريدون نفسك ومالك ـ قاتلهم لمنع نفسك ، وقال عطاء فى المحرم يلقى اللصوص قال : يقاتلهم أشد القتال .. وقال ابن سيرين ما أعلم أحدا ترك قتال**الحرورية** (٤) واللصوص تأثما الا أن يجبن ، وقال الصامت بن طريف : قلت للحسن انى أخرج فى هذه الوجوه . اخوف شيء عندى يلقانى المصلون يعرضون لى فى مالى ، فان كففت يدى ذهبوا بمالى وان قاتلت المصلى ففيه ما قد علمت ؟ قال أى بنى من عرض لك فى مالك فان قتلته**فالى** النار وان قتلك فشهيد » (٥) .

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

---

(١) واقعات المفتين للشيخ عبد القادر بن يوسف الشهير بقدرى افندى الحنفى ـ المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ ـ ص ٦١ .

(٢) شرح المحلى وحاشية قليوبى وعميرة ـ الجزء الرابع ص ٢٠٦

(٣) كشاف القناع ـ الجزء الرابع ـ ص ٩٢

(٤) الحرورية فرقة من الخوارج .

(٥) المغنى ـ الجزء العاشر ـ ص ٣٥٢

المطلب الثـــانى

موضـــــوع الاعتـــــداء

فى التشريعـــــات المقـــــارنة

تمهيد وتقسيم :

تبيح التشريعات الحديثـة كالقـانون الايطـالى (المـادة ٥٢) والقانون الاسبانى (المادة ٤/٨) والقانون السويسرى (المـادة ٣٣) والقانون الحبشى (المادة ٧٤) . والقانون الروسى (المادة ١٣) الدفاع الشرعى ضد خطر كل جريمة أيا كان موضوعها .

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

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

وتقتصر بعض التشريعـات على ذكر الاعتـداء على النفس دون المال ويغفل البعض الآخر ذكر موضوع الاعتداء ومثال ذلك القـانون اليونانى (المادة ٢٢٢) والقانون الفرنسى (المادة ٣٢٨) ـ وقد أثار القانون الفرنسى خلافا فى الفقه الفرنسى حول تحديد الاعتداء الذى يبيح الدفاع الشرعى وهـل يقتصر على جرائم النفس أم يمتـد الى جرائم المال .

وقد اعتبر القضاء الفرنسى الدفاع عن الاخلاق دفاعا شرعيا ، مما أثار نقاشا فى الفقه الفرنسى تردد صداه فى الفقه المصرى ، ممـا يقتضى أن نعرض هذا القضاء فى ضوء الشريعة الاسلامية .

وعليه نقسم الدراسة الى فروع ثلاثة هى التوالى :ـ

الفرع الاول :ـ موضوع الاعتداء فى التشريع الفرنسى

الفرع الثانى : موقف القضـاء الفرنسى من موضـوع الاعتـداء فى ضوء الفقه الاسلامى .

الفرع الثالث : ـ موضوع الاعتداء فى التشريعات العربية .

الفرع الأول

موضوع الاعتداء فى التشريع الفرنسى

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

فذهب فريق من الفقه الى أن نطاق تطبيق النص ، يقتصر على جرائم النفس دون جرائم المال ، فلا يمتد تطبيقها للدفاع عن الملكية ، ويستندون فى ذلك الى عدة حجج أهمها : ـ

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

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

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

وليس معنى ذلك منع الدفاع عن المال منعا مطلقا اذ فى ظل هذا الرأى يمكن الاستناد للدفاع الشرعى اذا هدد الاعتداء النفس والمال معا (٤) .

---

(١) فيدال وماجنول ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢٠ ،
Chauveau et Mélie — Théorie du code pénal. T : IX. No. 1460, p. 177.

(٢) فيدال وماجنول ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢٠

(٣) جارسون ـ المرجع السابق ـ مادة ٣٢٨ رقم ٥١ ص ١٦١

(٤) J.I. Haus, Principes Généraux du droit pénal Belge 3eme t : I — 1879, No. 619, p. 471.

وذهب اغلب الفقه الفرنسى الى رفض هذا الرأى وتقرير حق المالك فى الدفاع عن ملكه (١) ، والرد على اسانيد الرأى الاول بما يلى : -

١) لم يقصد المشرع الفرنسى أن يستبعد بالمادة ٣٢٨ كل دفاع آخر غير الدفاع عن سلامة الجسم وانما راد أن يضع مبدأ عاماهو مبدأ الدفاع الشرعى دون تحديد المصلحة المعتدى عليها ، وبذلك يشمل الاعتداء على الاموال ، لأن اطار الدفاع الشرعى يتجاوزحدود العبارات الضيقة لنص المادة ٣٢٨ (٢) .

٢) ان القول بأن الاعتداء على المال يمكن دائما تعويضه غير سليم على اطلاقه ، لأن الفاعل قد يظل مجهولا ، وهو غالبا معسر (٣) .

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

٤) المادة ١٠٦ من قانون الاجراءات الجنائية لا تغنى عن الدفاع الشرعى لأن القبض لايكون جائزا الا اذا كان المجرم متلبسا بالجريمة، بينما الدفاع جائز حتى قبل البدء فى التنفيذ طالما أن خطر الاعتداء على المال حالا .

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

---

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

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

(٣) G. Stefani et G. Levasseur : Droit pénal General et procedure penale, Paris, 1964, No. 136. p. 131.
Andrien, Priolaud : Du droit de Légitime Défense — thése pour Doctorat 1903 — P. 51.

(٤) جارسون - المادة ٣٢٨ - رقم ٥٣ ص ١٦١

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

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

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

الفرع الثانى

موقف القضاء الفرنسى من موضوع الاعتداء فى ضوء الفقه الاسلامى

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

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

وقد حكمت المحكمة بالبراءة على أساس أن الأم المتهمة قامت بفعلها استعمالا لحق الدفاع الشرعى عن أخلاق ابنها .

---

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

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

(٣) Crim. 4 aout, 1949. Rev. S. Crim 1950. p. 47.

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

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

وقد اثار هذا الحكم نقاشا فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى على السواء .

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

فالاستاذ تروس يرفض الاخذ بالباعث الشريف ، وهو فى نظره الاساس اللاشعورى الذى استند اليه الحكم للقول بالدفاع الشرعى فى اباحة فعل الام (٣) ..

أما الاستاذ ليجال فيرى صحة الاستناد الى الدفاع الشرعى فى اباحة فعل الام ، لان فعل الفتاة يمثل خطر حالا على أخلاق الفتى ،

---

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

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

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

ويؤيد ذلك أن الفقهاء لا يترددون فى الاعتراف للمراة بحق استعمال العنف لمقاومة الاغتصاب أو الاعتداء على العرض (١) ، ويمكن الاخذ بهذا الحل بالنسبة للجرائم التى تؤدى بطبيعتها الى الافساد (٤) (٢) ..

ويتقبل الاستاذ هيجينى فكرة الدفاع الشرعى ، ويرى أن المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات الفرنسى تنص على الدفاع الشرعى عن النفس أو عن الغير ، والام تدافع عن ابنها الذى يجب عليها حمايته ، واللطمة التى وقعت منها كانت بسيطة بالمقارنة بالضرر المتوقع وهو افساد "صغير ، والخطر الذى يفتح مجال الدفاع الشرعى يمكن أن يكون ماديا ومعنويا ، وينتهى الى القول بأن المحكمة قد انتصرت بحق للفضيلة (٣) .

وفى الفقه المصرى ذهب رأى الى أن القول بالدفاع الشرعى يقتضى ضرورة توافر أمرين :

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

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

واذا افترضنا أنه اعتداء ، فان شرط الحلول يكون غير قائم اذ يمكن الالتجاء الى السلطات العامة لدفع هذا الاعتداء (٤) .

والواقع اننا اذا وضعنا هذا الحكم فى ميزان الشريعة الاسلامية ، فان الواقعة وان لم يتحقق فيها المعنى الدقيق للصيال . فان ما قامت به الفتاة يعتبر منكرا يمكن دفعه ، وما قامت به الام هو نهى عن المنكر ، « دفاع شرعى عام » وهذا الحكم الذى انتصر للفضيلة كما يقول الاستاذ هيجينى فى تعليقه يتفق تمام الاتفاق مع أحكام الشريعة الاسلامية الغراء .

---

(١) جارسون — المرجع السابق — المادة ٣٢٨ رقم ٤٤ وما بعدها ، ص ١٦٠.

(٢) A. Légal, R.S.C. 1962, p. 321.

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

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

الفـرع الثالث

موضوع الاعتداء فى التشريعات العربية

يحدد القانون التونسى موضوع الاعتداء الذى يبيح الدفاع الشرعى ويطلق معظم التشريعـات الدفاع ضـد جرائم النفس والمال ، ويقف القانون المصرى موقفا وسطا فيطلق الدفاع ضدجرائم النفس ، ويحدد جرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى .

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

موضوع الاعتداء فى التشريعات العربية :

يضيق القانون التونسى من نطاق الاعتـداء الذى يبرر الدفاع ، فيقصره فى المادة ٣٩ على خطر الاعتـداء على حياة الشخص أو أحـد اقاربه ، ويضيف بالمادة ٤٠ حالتين :

الاولى : اذا وقع القتل أو الجرح أو الضرب ليلا لدفع تسور أو خلع مسيجات أو ثقب جدران أو دخول مسكن أو توابعه ، والثانية : اذا كان الفعل واقعا لمقاومة مرتكبى سرقة وسلب بالقوة .

والقانون السودانى لا يبيح الدفاع ضد جرائم النفس الا اذا كانت من الجرائم الماسة بالحياة أو بسلامة الجسم .. ولايبيح دفع جـرائم المال الا اذا كانت من جرائم السرقة او النهب أو الاساءة أو التعـدى الجنائى أو شروعا فيها (١) (المادة ٥٦) .

والقانون السودانى بهذا التحديد يقرب من القانون التونسى .

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

---

(١) الاساءة تعنى الاتلاف (المواد ٣٦٣ - ٣٧٨) والتعدى يعنى الاعتداء على حيازة العقار وخصوصا المنزل (المواد ٣٨٠ - ٤٠٣)

وهذا نظر صحيح يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية لانه لا يوجد ما يبرر ايثار جريمة على اخرى .

موقف المشرع المصرى من موضوع الاعتداء :

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

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

١ ـ جرائم النفس :

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

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

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

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٢٠ ، الدكتور يسر أنور على ـ الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية ـ المرجع السابق ـ ص٢٣٣ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى ـ الدكتورة فوزية عبد الستار ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٧ .

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

ويمكن القول بأن الجرائم التى تقع على النفس هى :

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

٢ — جرائم الاعتـداء على الحرية وتتعدد هـذه الجرائم بتعدد النشاط الانسانى ، وما يحميه قانون العقوبات منها ، فيباح الدفاع الشرعى لدرء جـرائم القبض والحبس بغير وجـه حـق والخطف . والمنصوص عليها فى المواد ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٨ ، ٢٩٠ . الاعتداء على حرية العقيدة (المادة ١٦٠) وحرية الاحتفاظ بالاسرار (المواد ١٥٤ ، ٣١٠ ، ٣٢٧) وحرية المسكن المنصوص عليها فى المـادتين ١٢٨ ، ٣٧٠ حرية العمل (المادة ٣٧٥) .

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

٢ — جرائم العرض والشرف والاعتبار :

اقتصر القانون المصرى فى المادة ٢٤٦ على ذكر جرائم النفس والمال

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — القسم العام — ص ١٨٨ ، جرانمولان — المرجع السابق — الجزء الثانى — رقم ١٥٩٥ ص ٣٩٠ ، نقض ٤ ابريل سنة ١٩٤٩ — مجموعة القواعد القانونية — الجـزء السابع رقم ٨٥٨ ص ٨٢١ ، ١٧ فبراير سـنة ١٩٥٠ المحاماة — السنة ٣٠ رقم ٥١١ ص ١١٨٣ .

(٢) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٢١ ، ٤٢٢ ، الدكتور رؤوف عبيد — القسم العام — ص ٥٤٨

(٣) استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام — اللبنانى — ص٢٢٨ ، (المصرى) ص ٢١٢ ، الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٤٧ .

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

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

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

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

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

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

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٢١ ، الدكتور احمد فتحى سرور — القسم العام — ص ٢٧١ ، الدكتور على راشد — الموجز ص٥٢٧ الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٣١٦ ، الدكتورالسعيد مصطفى السعيد — القسم العام — ص ١٨٨ ، الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائى — المرجع السابق — ص ٣٩١ .

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

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

(٤) وقد كانت المادتان ٢٧٠ ، ٢٧١ تنصان على جريمة الاعتياد على تحريض الشبان على الفجور والفسق ، وكانت المادة ٢٧٢ تنص على جريمة التعويل فى المعيشة على ما تكسبه امراة من الدعارة .. وقد الغيت هذه النصوص من قانون العقوبات بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشان مكافحة الدعارة الذى حل محل النصوص المذكورة ولائحة بيوت العاهرات الصادرة فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ (تراجع المادة ١٤ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١) ثم استبدل به القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١

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

وأما جرائم الشرف والاعتبار ، فقداثارت خلافا فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى على السواء .

فذهب البعض الى أن جرائم الشرف والاعتبار لا تبيح الدفاع الشرعى (٢) ويستند هذا الرأى الى الادلة الآتية :

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

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

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

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

---

(١) راجع الفصل الثانى من هذا الباب. .

(٢) جارو — المطول — الجزء الثانى — رقم ٤٤٥ ص ١٩ ، جارسون — المرجع السابق — المادة ٣٢٨ رقم ٦٢ ص ١٦٢ ، فيدال وماتيول — الجزء الاول رقم ٢٠١ ص ٣٢٩ ، جودبى — الجزء الاول — المرجع السابق — رقم ٤ ص ١٩٠ — رو — الجزء الاول — فصل ٥٦ ص ١٩٠ ، نقض ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ القضاء — السنة ٥ ص١٨٩ ، فى المسئولية الجنائية — الدكتور محمد مصطفى القللى — ص ٣١٧ .

(٣) جرانملان ، الجزء الثانى — رقم ١٥٩٦

(٤) فى المسئولية الجنائية — الدكتور محمد مصطفى القللى — ص ٣١٨ .

(٥) فى المسئولية الجنائية — ص ٣١٨ ، جرانملان — الجزء الثانى — رقم ١٥٩٦

(٦) جودبى — الجزء الاول — المرجع السابق — رقم ٤ — ص ١٩٠ .

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

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

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

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

واذا علم شخص أن آخر يحمل منشورات تتضمن قذفا فى حقه ، فانه يكون له أن ينتزع منه هذه المنشورات بالقوة لاعدامها (٤) .

وكذلك يكون للشخص أن يحطم الاسطوانة او الشريط المسجل عليه عبارات تعتبر قذفا و سبا فى شرفه واعتباره (٥) .

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ١٨٩ ، استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٢١ ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام — ص ٢١٢ ، الدكتور احمد فتحى سرور القسم العام — ص ٢٧١ ، الدكتور على راشد — القانون الجنائى — ص ٥٢٧ ، الموجز — ص ٣٣٠ ، الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائى ص ٣٩١ ، الدكتور يسر انور على — الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٣٤ ، خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى — الدكتورة فوزية عبد الستار — المرجع السابق — ص٢١٨

(٢) الدكتور على راشد — القانون الجنائى — المرجع السابق — ص ٥٢٧ — الموجز ص ٣٣٠

(٣) الدكتور على راشد — القانون الجنائى — ص ٥٢٨ ، الموجز — ص ٣٣٠

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

(٥) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ١٨٩ ، استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٢١

ومن صور الدفاع والجريمة واقعة حالة ما اذا شاهد زيد بكرا وهو يغازل امراة فى الطريق العام فلزيد أن يمنع بكرا بالقوة من الاسترسال فى هذا الغزل الذى يعد سبا (١) .

٤ — ان ما يراه جودبى من أن جرائم الشرف والاعتبار ليست من جرائم النفس ، لانـــها لا تقع على جسم المجنى عليه وانما على سمعته ، قول غير صحيح فى راينا ، لان النفس لا تقتصر على الجانب المـادى ، وهو الجسم ، وانما تشمل الجانب المعنوى المتمثل فى شرف الانســان واعتباره .

وازاء عموم نص المادة ١/٢٤٦ وعدم صمود أدلة الراى القائل بان جرائم الشرف والاعتبار لا تبيح الدفاع الشرعى فى وجه النقد — كما راينا — فاننا نرجح ما ذهب اليـه اغلب الشراح فى مصر ، ونرى ان الاعتـداء على الشرف والاعتبار يبيح الدفاع الشرعى ، وان جـرائم الشرف والاعتبار تدخل فى مفهوم جرائم النفس المنصـوص عليها فى المـادة ١/٢٤٦ ويمكن درؤها اذا توافرت شروط الاعتداء والدفاع — استنادا للدفاع الشرعى .

٣ — جرائم المـال :

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

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

---

(١) أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٢١ ، وراجع نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الرابع — رقم ٣٢٠ ص ٤١٧ ، ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٠ — الجزء الخامس رقم ٦٨ ص ١١٦

(٢) الجريدة الرسمية — العدد ١٦ فى ٢٢ ابريل ١٩٨٢

(٣) الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٥٢ .

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

وجرائم المال التى تبيح الدفاع الشرعى هى :

١ - جرائم الباب الثانى وهى جرائم الحريق عمدا الواردة فى المواد من ٢٥٢ الى ٢٥٩ وكلها جنايات ؛ فيما عدا جنحة المادة ٢٥٩ التى تعاقب بالحبس على احراق بعض الاشياء عمدا ، اذا لم تستعمل مفرقعات ولم تتجاوز قيمة الاشياء المحروقة خمسة جنيهات مصرية ولم يكن هناك خطر على الاشخاص أو خطر من الحاق ضرر بأشياء أخرى.

وقد الغيت المادة ٢٥٨ عقوبات بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٤٩ ونقلت الجرائم التى كانت تنص عليها الى المادتين ١٠٢ حـ ، ١٠٢ د ، ولا صعوبة بشأن المادة ١٠٢ حـ لانها من جرائم النفس .

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

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

---

(١) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ص ٥ رقم ١٢ص١٨ وراجع نقض ٢٨ ابريل سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية س ٥ رقم ٢٤٧ ص٤٤٩، نقض ١٤ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٧ رقم ٢٠٠ ص ٧١٢ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - طبعة ١٩٦٢ - ص٢١١ هامش (٢) ، استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - ص ٢١٣ هامش (٢) ، ؛ الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٢ هامش (٢)

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

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

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

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

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

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

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

---

(١) نقض ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية الجزء السادس رقم ٧٧ ص ١٠١ وفى نفس المعنى نقض ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ - الجزء السادس رقم ٢٥٠ ص ٣٢٨ ونقض ٧ اكتوبر سنة ١٩٤٧ - الجزء السابع - رقم ٣٨٧ ص ٣٦٨

(٢) نقض ٢٤ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية الجزء السادس رقم ٢٩١ ص ٣٨٨ ، نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة العاشرة رقم ٤٤ ص ١٩٨ ، نقض ٢٤ يونية سنة ١٩٦٨ السنة التاسعة عشر رقم ١٥٢ ص ٧٦٥

(٣) راجع فى رد محاولة اقتحام المسكن عنوة ، نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية - الجزء السابع رقم ٧٢٩ ص ٦٨٦ ، نقض ٩ ابريل سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض - السنة ١٤ - رقم ٦٥ ص ٣٢٢ .

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

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

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

دخول أرض مهيأة للزرع او مبذور فيها زرع او محصول ، او مروره فيها بمفرده أو ببهائمه أو دوابه المعدة للجر أو الحمل أوالركوب، أو ترك هذه البهائم أو الدواب تمر فيها أو ترعى فيها بغير حق (المادة ٤/٣٧٩) بعد استبدالها (١) وهى الفقرة الاولى من المادة ١/٣٨٧ والتى أصبحت الفقرة الرابعة من المادة ٤/٣٧٩ مع تعديل طفيف بعد أن الغت المادة الثالثة من القانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١ المواد من ٣٨١ الى ٣٩٥ من قانون العقوبات .

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

موقف القانون المصرى فى ضوء الشريعة الاسلامية :

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

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

---

(١) راجع المادة الثانية من القانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١

(٢) فى المسئولية الجنائية ـ الدكتور محمد مصطفى القللى ـ ص ٣١٩

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

واما جرائم العرض ، فقد راينا ان الشريعة الاسلامية تقرر فى وضوح اباحة الدفاع ضد خطر الاعتداء على العرض ومدت شريعة الحق تبارك وتعالى حمايتها الى حرمة المساكن فأباحت الدفاع ضد من ينظر الى مكان لا يجوز له دخوله ، وبذلك اتسع نطاق حماية عورات الناس واعراضهم اما القانون المصرى فلم ينص صراحة على جرائم العرض فى المادة ٢٤٦ ، وقد توسع الشراح فى عبارة « كل فعل يعتبر جريمة على النفس » لتشمل جرائم العرض .

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

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

اما القانونالمصرى فقد كان فاجرا عندما اقتفى اثر القانون الفرنسى وسار على منهجه ، ولم يقم للفضيلة وزنا رغم انه يحكم مجتمعا مسلما، فاقتصر على تجريم صور معينة تصيب الغير بالأذى ، فالزنا وهو من كبائر الاثم ، لا يعتبر جريمة فى القانون المصرى ، الا اذا حصل من رجل متزوج أو امراة متزوجة ، وبالنسبة للزوج يشترط أن يقع الزنا فى منزل الزوجية ولا تستطيع النيابة العامة ان تحرك الدعوى الجنائية الابناء على شكوى الزوج ، وقد سبق أن راينا مدى مجافاة ذلك للعدالة، ومدى مصادمة ذلك لاحكام الشريعة الاسلامية الغراء (٢) .

والرأى عندى وقد اصبحت الشريعة الاسلامية طبقا للدستور المصدر الرئيسى للتشريع فقد صارت نصوص القانون المصرى فى هذا النطاق غير دستورية واحكام الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق.

واما جرائم الشرف والاعتبار فقد راينا ان الشريعة الاسلامية تعاقب على القذف والسب ، ومن ثم يكون الاعتداء علىالشرف والاعتبار غير مشروع فاذا توفر الى جانب عدم مشروعية الاعتداء ، شرط حلول الاعتداء أبيح درء الخطر استنادا للدفاع الشرعى ، واذا كان الفقهاء لم

---

(١) سورة النحل — الآية ٩٠

(٢) راجع ما سبق ص ١٧٩

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

واما فى القانون المصرى ، فقد اختلف الشراح ، فذهب رأى الى أن جرائم الشرف والاعتبار لا تبيح الدفاع الشرعى ، وذهبت الغالبية من الشراح الى ان الجـرائم المذكـورة تبيح الدفاع الشرعى والرأى الراجح الذى ذهبت اليه أغلبية الشراح يتفق مع المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية .

وفيما يتعلق بجرائم المال ، فقد رأينا أن الشريعة قد أطلقت الدفاع ضد جرائم المال وهو ما تتجه اليه التشريعات الحديثة .

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

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

---

(١) راجع ما سبق ص ٢٠٧ — ٢٠٨

(٢) راجع ما سبق — ص ٢٢٥ .

الفصل الثانى

الركن الثانى : الدفاع

تمهيد وتقسيم :

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

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

المبحث الاول : لزوم الدفاع
المبحث الثانى : تناسب الدفاع

المبحث الاول

لزوم الدفاع

تمهيد وتقسيم :

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

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

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

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

وتتناول شرط اللزوم فى الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى ، فى مطلبين على التوالى :

المطلب الاول : لزوم الدفاع فى الفقه الاسلامى
المطلب الثانى : لزوم الدفاع فى الفقه الوضعى

المطلب الاول

لزوم الدفاع فى الفقه الاسلامى

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

ويثير شرط اللزوم العديد من المسائل التى تتعلق بعناصره ، وتوجيه أفعال الدفاع الى مصدر الاعتداء ، وموقف الفقه الاسلامى من شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، وآراء الفقهاء فى الهروب كوسيلة للدفاع ، ومدى التزام المعتدى عليه باللجوء اليها .

عناصر الدفاع :

يمكن القول أن للدفاع عنصرين هما العنصر المادى ، والعنصر المعنوى :

العنصر المادى :

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

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

بسكين أو فقأ عينه بيده أو ضربه فى بعض جسمه ضمن » (١) .

العنصر المعنوى :

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

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

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

توجيه افعال الدفاع الى مصدر الخطر :

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

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

---

(١) مختصر المزنى لابى ابراهيم اسماعيل بن يحى المزنى ـ بهامش الام طبعة الشعب ١٩٦٨ ـ الجزء الخامس ـ ص ١٨٧ ـ نهاية المحتاج ـ طبعة الحلبى ـ ١٣٨٦هـ ١٩٦٧ م ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٨ .

(٢) راجع ما سبق ص ١٦٨ .

(٣) التاج والاكليل ـ المواق ـ الطبعة الاولى ـ بهامش مواهب الجليل ـ الجزء السادس ـ ص ٣٢٣ .

(٤) سورة فاطر ـ الآية : ١٨ .

(٥) سورة المدثر ـ الآية : ٣٨ .

(٦) راجع ما سبق ـ ص ١٣٣ وما بعدها .

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

فمن تدخل فى ارضه دواب الغير لا يجوز له ان يتركها ثم يوجه دفاعه الى حائزها .

موقف الفقه الاسلامى من شرط اللزوم :

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

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

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

---

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

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

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

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

وعند الحنابلة جاء فى المغنى « ان الرجل اذا دخل منزل غيره بغير اذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن لانه معتد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدى كما لو غصب منه شيئا فان خرج بالامر لم يكن له ضربه » (١) .

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

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

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

لزوم الدفاع والاحتماء بالسلطات العامة :

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

---

(١) المغنى ـ طبعة المنار ١٣٦٧ هـ ـ الجزء الثانى ـ ص ٣٢٧ .

(٢) الشرح الكبير لابى البركات سيدى أحمد الدردير ، حاشية الدسوقى عليه ـ الجزء الرابع ـ ص ٣٥٧ .

(٣) التاج والاكليل ـ للمواق ـ الطبعة الاولى ١٣٢٩ هـ ـ بهامش مواهب الجليل ـ الجزء السادس ـ ص ٣٢٣ .

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

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

ويرى ابن عابدين أن المصول عليه اذا كان قادرا على الاستغاثة بالمسلمين والقاضى وقتل الصائل فانه يفاد به ومى ذلك يقول « وان علم المسروق منه انه لو صاح عليه طرح ماله فقتله مع ذلك وجب عليه القصاص لقتله بغير حق كالغصوب منه اذا قتل الغاصب فانه يجب القود لقدرته على دفعه بالاستغاثة بالمسلمين والقاضى » (٣) .

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

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

---

(١) راجع ما يلى ص ٢٤٥ .

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

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

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

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

الهرب ولزوم الدفاع لرد الاعتداء :

اذا كانت مشروعية الدفاع تستلزم أن يكون لازما لرد الاعتداء فان ذلك يثير تساؤلا عن مدى توافر شرط اللزوم ، اذا كان فى مكنة المصول عليه أن يتفادى اعتداء الصائل عن طريق الهرب ؟

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

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

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

اما **المذهب الشافعى** فقد تعددت فيه الروايات :

الرواية الاولى :

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

---

(١) راجع ما يلى ص ٢٤٥ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون - الجزء الثانى ص ٣٥٧ .

(٣) التاج والاكليل لمختصر خليل - الموافق - مطبوع بهامش مواهب الجليل - مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ - الجزء السادس - ص ٣٢٣ ، وراجع شرح منح الجليل على مختصر خليل - المطبعة العامرة ١٢٩٤ هـ - ص ٥٦٢ ، حاشية الدسوقى - الجزء الرابع ص ٣٥٧ .

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

الرواية الثانية :

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

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

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

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

---

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

(٢) أسنى المطالب ـ المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٢ هـ ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٧ .

(٣) شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين ـ الطبعة الثالثة ١٣٧٥ هـ ـ ١٩٥٦ م ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨ .

(٤) كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار للاصفهانى للامام تقى الدين ابى بكر بن محمد محمد الحسنى الحصنى الدمشقى الشافعى ـ طبعة الحلبى ١٣٥٦ هـ ـ ١٩٣٧ م الجزء الثانى ـ ص ١٢٠ .

الرواية الثالثة :

وهذه الرواية تفرق بين الهرب المشين : والهرب غير المشين فاذا كان الهرب مشينا فان المصول عليه لا يتعين عليه الهروب : أما اذا كان الهرب غير مشين لزم المصول عليه الهرب كوسيلة للدفاع (١) .

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

الرواية الرابعة :

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

واما **الحنابلة** فمندهم فى الهروب - كما جاء فى المغنى وجهان(٥) :-

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

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

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

---

(١) تحفة المحتاج - الجزء الرابع - ص ١٦٧ .
(٢) راجع ما سبق ص ٢٣٧ .
(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - طبعة الحلبى - ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م - الجزء الثامن - ص ٢٨ .
(٤) المغنى لابن قدامة - الطبعة الثالثة - دار المنار ١٣٦٧ هـ - الجزء الثامن - ص ٣٣١ .
(٥) راجع ما سبق ص ٢٣٧ .

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

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

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

فاذا لم يتحقق من الهروب ضررا ماديا أو ادبيا وحب الهروب على المصول عليه كوسيلة للنجاة من العدوان ويمكن أن نتصور ذلك اذا كانت تربط الصائل عليه علاقة تجعل هروب المصول عليه غير مشين ولا محط من كرامته الانسانية كعلاقة الابن بأبيه ، والأخ الأصغر بالأخ الأكبر والزوجة بزوجها .

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

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

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

---

(١) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ ص ٢٠٠ .
(٢) سورة الانفال ـ الآية ١٦ .

المطلب الثانى

لزوم الدفاع فى الفقه الوضعى

تشترط القوانين العربيــة صراحة أو ضمنــا ، أن تكون افعــال الدفاع لازمة لرد الاعتداء .

ويستفاد هذا الشرط فى القانون المصرى من عبارة « استعمال القوة اللازمة » الواردة فى المادة ٢٤٦ ، وعبارة « كل فعــل يلزم » الواردة فى المادة ٧٠ من القانون الليبى ، وتعبر قوانين لبنان وسوريا والأردن عن هذا الشرط بعبارة « قضت به ضرورة » ويعبر عنه قانون المغرب بعبارة « توجبه ضرورة » ويستعمل القانون الجــزائرى تعبير « دفعت اليــه الضرورة » (١) .

المقصود بلزوم الدفاع :

يقصد بلزوم الدفاع أن تكون الأفعال التى يأتيها المدافع — وهى فى الأصل تعتبر غير مشروعة — هى الوسيلة الوحيــدة لتفادى خطــر الاعتداء (٢) .

فاذا استطاع المهدد بخطر الاعتداء أن يتفادى هذا الخطر بفعــل مباح فان الدفاع عن طــريق فعــل يعتبر جريمــة يكون غير لازم لرد الاعتداء (٣) .. فاذا أمكن رجــل الشرطة أن يوقف اللصــوص حاملى المسروقات باطلاق أعيرة نارية فى الهواء ، فانه لا يجوز اطلاق الرصاص عليهم مباشرة طالما كانت هناك وسيلة اخرى لايقافهم .. وشرط لزوم

---

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

(٢) الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٨٨ ، الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة — ص ٣٩٢ ، الدكتور أحمد فتحى سرور — القسم العام — ص ٢٧٥ ، الدكتور على راشد — القانون الجنائى — ص ٥٢٠ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد — ص ٢٠٠ ، الدكتور مامون سلامة — القسم العام — ص ٢١٧ ، محمود ابراهيم اسماعيل القسم العام — ص ٤٣٨ ، شرح قانون العقــوبات الجزائرى ، الدكتور رضــا فرج — ص ١٦٣ ، شرح قانون العقوبات الكويتى — القسم العام — ص ٢٤١ .

(٣) محاضرات عن النظرية العــامة فى قانون العقوبات الســورى — الدكتور عدنان الخطيب — المرجــع الســابق — ص ١١٩ ، اســتاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام المصرى — ص ٢٢١ — جارسون — المادة ٣٢٨ رقم ٢٥ — ص ١٥٨ ، فيدال ومانيول ص ٣٣١ .

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

عناصر الدفاع :

يتكون الدفاع من عنصرين هما العنصر المادى ، والعنصر المعنوى .

أ ـ العنصر المادى :

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

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

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

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

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص٢٣١ ، الدكتور احمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٧٥

(٢) المادة ٣٩ من القانون التونسى .

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

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

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

ب ـ العنصر المعنوى :

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

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

---

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

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ـ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، اللبنانى ـ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، الدكتور أحمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٧٤ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٢٨ ، شرح قانون العقوبات الليبى ، الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٦ .

(٤) نقض ١٢ مارس ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ـ السنة الثامنة رقم ٧٢ص٢٥٤ وراجع نقض أول ديسمبر سنة ١٩٥٨ السنة التاسعة رقم ٤٣ ٢ص ١٠٠١

(٥) الدكتور أحمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٤ .

ويثير العنصر المعنوى فى الدفاع حالة ما اذا كان المهدد بخطر الاعتداء قد قام بأفعال الدفاع ليس فقط بقصد درء الاعتداء ، وانما كان مدفوعا الى ذلك بعوامل أخرى غير الدفاع ، ومثال ذلك أن يطلق شخص النار على عدو له فيقتله ثم يتضح أن هذا العدو كان يترصد للقاتل متأهبا لاطلاق النار عليه وأنه اذا لم يكن قد قتله لتعرض هو للقتل (١) والسائد فى الفقه الوضعى أن أسباب الاباحة ذات طبيعة موضوعية وأنها تنفى الصفة غير المشروعة للفعل لمن توافرت لديه - بصرف النظر عن الحالة النفسية لمن قام لديه السبب المبيح (٢) ومن ثم فان القاتل فى هذا المثال يعتبر فى حالة دفاع شرعى .

توجيه أفعال الدفاع الى مصدر الخطر :

ان اشتراط أن تكون أفعال الدفاع لازمة لدرء خطر الاعتداء يستوجب أن تكون أفعال الدفاع موجهة الى مصدر الخطر ، لان توجيه هذه الافعال لغير مصدر الخطر يعنى أنها غير لازمة لرد العدوان (٣) ، ومن ثم لا يمكن اعتبارها دفاعا وانما هى فى الواقع اعتداء غير مشروع ، ومثال ذلك ، أن يعتدى بعض الاشخاص على المجنى عليه فيدافع عن نفسه ضد من لم يوجه اليه الاعتداء (٤) ومن يهاجمه كلب لا يجوز له أن يتركه ويوجه دفاعه الى صاحب الكلب (٥) .

ومن تدخل فى أرضه مواشى الغير لا يجوز له أن يتركها ويوجه أفعال الدفاع الى حائزها (٦) .

والواقع أن اشتراط توجيه أفعال الى مصدر الخطر ليس نتيجة منطقية لشرط لزوم أفعال الدفاع لرد الاعتداء ، وانما يمليه أيضا أساس الدفاع الشرعى وفقا للنظرية التى طرحناها وهى نظرية بطلان

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢٠.

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٢٨ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢١ ، شرح قانون العقوبات الليبى - الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى - ص ١٧٦ .

(٣) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٢٣ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٦ ، الدكتور مأمون سلامة - القسم العام - ص ٢١٩ .

(٤) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض - السنة التاسعة رقم ٢٦٥ ص ١٠٩ .

(٥) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) ص ٢٢٣

(٦) نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية الجزء الاول رقم ٧٦ص٩٢

العصمة (١) ، لان توجيه افعل الدفاع لغير المعتدى يعتبر عدوانا لأنها حينئذ تكون موجهة لمعصوم ومن ثم فهى اعتداء غير مشروع .

لزوم الدفاع والالتجاء للسلطات العامة :

تشترط بعض التشريعات العربيـة كالقانون العراقى (المادة ٤٢) والقانون الليبى (المادة ٧٠) والقانون السودانى (المادة ٥٩) والقانون الكويتى (المادة ٣٣) أن لا يكون فى مكنة المعتدىعليهالالتجاء للسلطات العامة فى الوقت المناسب .

وتنص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات المصرى على أنه (ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب الى الاحتماء برجال السلطة العمومية) .

فاذا كان من الممكن درء خطر الاعتداء عن طريق الاحتماء برجال السلطة العامة ، وجب على المهدد بخطـر الاعتداء الركون الى هـذه السلطات لحمايته لان الأصل أن السلطة العامة هى التى تقوم بحمـاية الافراد وتحملهم على احترام القانون ، ولذلك لا يجوز الدفاع الشرعى لتحقيق هذا الغرض الا اذا عجزت السلطة العامة عن تحقيق واجبها فى حماية الناس وحملهم على احترام القانون (٢) .

ويلزم أن يكون الركـون الى السلطة العامة ممكنا بأن يكون لدى المهدد بخطر الاعتداء من الوقت ما يكفى للقيام بهذا الاجراء قبل وقوع الاعتداء بالفعل (٣) ، او كما تقول محكمة النقض أن « امكان الرجـوع الى السلطة العامة للاستعانة بها فى المحافظة على الحق ، لا يصلح على اطلاقه سببا لنفى قيام حالة الدفاع الشرعى بل ان الامر فى هذه الحالة يتطلب أن يكون هناك من ظروف الزمن أو غيره ما يسمح بالرجوع الى هذه السلطة قبل وقوع الاعتـداء بالفعـل . والقول بغير ذلك مؤد الى

---

(١) راجع ما سبق ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور أحمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٧٦ ، ٢٧٧

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العـامة ـ ص ٢٠١ ـ الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المجرى) ص ٢٢٢ ـ الدكتور مأمون سـلامة ـ القسم العام ـ ص ٢١٨ .

تعطيل النص الصريح الذى يخول حق الدفاع لرد أفعال التعدى على المال تعطيلا تاما » (١) .

الهروب ولزوم الدفاع لرد الاعتداء :

يثير شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، التساؤل عن موقف المعتدى عليه اذا كان فى امكانه تفادى خطر الاعتداء عن طريق الهرب ولكنه قام بأفعال الدفاع ردا لما يتعرض من عدوان ؟

ففى فرنسا كان الشراح فى العهد القديم يميزون بين طبقات الناس ، ويرون وجوب الفرار على من كان من طبقة العامة ، واما الاشراف فلا يلزمون بالهرب لأنه يجرح كبريائهم (٢) .

وقد عفا الزمن على هذه التفرقة بعد أن ساد مبدأ المساواة أمام القانون . والواقع أن الاعتداء عمل اجرامى ، والهرب عمل مشين يحط من الكرامة الانسانية ، ولذلك لا يوجب القانون على المهدد بخطر الاعتداء أن يلجأ الى الهرب لما فى ذلك من اذعان لسلوك المعتدى الاجرامى (٣) ، ومساس بكرامة المعتدى عليه لان الهرب عمل مشين يدل على الجبن .

ولذلك يذهب الشراح فى فرنسا والدول العربية الى أن الهرب لا يعتبر وسيلة صالحة لدرء العدوان (٤) .

---

(١) نقض ١٩٦٨/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض ـ السنة ١٩ رقم ١٥٣ ص ٧٦٦ ـ وفى نفس المعنى راجع نقض ٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الخامس ـ رقم ٢٠٣ ـ ص ٣٩٤ ، نقض ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الاولى ـ رقم ١١٧ ص ٣٥٠ ، ٢٦ يناير سنة ١٩٥٩ ـ السنة العاشرة ـ رقم٢١ ص ٢٨٣ ، نقض ٩ ابريل سنة ١٩٦٣ السنة الرابعة رقم ٦٥ ـ ص ٣٢٢ .

(٢) فيدال وماتيول ـ المرجع السابق ـ هامش ص ٣٣١ .

(٣) الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية ـ الدكتور يسر انور على ـ المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٤) جارسون ـ المرجع السابق ـ المادة ٣٢٨ رقم ٢٦ ص ١٥٨ ، الدكتور محمد مصطفى القللى ـ فى المسئولية الجنائية ـ المرجع السابق ـ ص ٣٣٤ ، الدكتورالسعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢٠٠ ، الدكتور أحمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٧٧ ، الدكتور رءوف عبيد ـ القسم العام ـ ص ٥٦٠ ، الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص ٢٢٢ ، الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ ص ٥٢١ ، الدكتور ابراهيم زكى أخنوخ ـ حالة الضرورة فى قانون العقوبات ـ رسالة دكتوراه ـ ١٩٦٩ ـ ص ٢٧٧ ، الدكتور حسن صادق المرصفاوى ـ قواعد

وقد ايدت محكمة النقض المصرية الراى السائد فى الفقه الوضعى فقضت بأنه اذا كان المتهم قد تمسك بأنه كان فى حالة دفاع شرعى وكانت المحكمة مع تسليمها بواقعة تسلق المجنى عليه جدار بيته صاعدا اليه ليعتدى عليه ، قد ادانته بمقولة أنه كان فى استطاعته الاحتماء داخل داره ليتفادى اعتداء المجنى عليه ، فهذا منه قصور (١) .

كما قضت بأن القول بأن المتهمين كان فى وسعهما الابتعاد عن الاعتداء الذى بدأ عليهما ليس له ما يبرره من ناحية القانون (٢) .

وانتهت المحكمة الى أن الحكم الذى ينفى ما دفع به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى بمقولة أنه كان فى مقدوره أن يهرب ويتجنب وقوع اعتداء منه أو عليه يكون مؤسسا على خطأ فى تطبيق القانون متعينا نقضه (٣) .

أما اذا كان الهروب لا يمس كرامة المدافع ولا يشينه فى نظر المجتمع لان هناك من الاعتبارات ما ينفى دلالته على الجبن فانه يجب على المدافع أن يلجأ اليه (٤) .

ومثل ذلك أن يكون الاعتداء صادرا من مجنون ، أو صادرا من أحد الوالدين أو الاخوة ، ففى هذه الامثلة لا يكون الهرب مشينا أو ماسا بالكرامة ولا يوصم من يقوم به بالجبن .

=

المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية ـ ص ١٦٦ ، محمود ابراهيم اسماعيل ـ القسم العام ـ ص ٤٣٩ ، الدكتور احمد عبد العزيز الالفى ـ شرح قانون العقوبات الليبى ـ القسم العام ـ ص ١٧٨ ، الدكتور عبد الوهاب حومد ـ شرح قانون الجزاء الكويتى ـ القسم العام ـ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، الدكتور رضا فرج ـ شرح قانون العقوبات الجزائرى ـ القسم العام ـ ص ١٦٤ ، الدكتور رمسيس بهنام ـ النظرية العامة ـ ص ٣٩٢ .

(١) نقض ٢٠ فبراير ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السابع ـ رقم ٧٢٩ ص ٦٨٦

(٢) نقض ٤ ابريل ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السابع ـ رقم ٨٥٧ ص ٨٢١ .

(٣) نقض ٦ اكتوبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ـ السنة الرابعة ـ رقم ١ ص ١٠

(٤) شرح قانون العقوبات الجزائرى ـ المرجع السابق ـ ص ١٦٥ ، الدكتور رءوف عبيد ـ القسم العام ـ ص ٥٦١ ، الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص ٢٢٣ ، الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ ص ٥٢١ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢٠٠ ، شرح قانون العقوبات الليبى ـ ص ١٧٨ ، الدكتور محمد مصطفى القللى ـ فى المسئولية الجنائية ـ ص ٣٣٤ ، الدكتور حسن صادق المرصفاوى ـ قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية ص١٦٦

وللتفرقة بين الهروب المشين الذى لا يلزم المهدد بخطر الاعتداء باللجوء اليه ، والهروب غير المشين الذى يلتزم من يهدده خطر الاعتداء أن يلجأ اليه كوسيلة للدفاع يرجع فى كل حالة على حدة الى مجموع الظروف التى يوزن الهرب على ضوئها فى نظر التقاليد والغايات الاجتماعية (١) .. والتى تختلف من واقعة لاخرى .

وبعد هذا العرض لشرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء فى كل من الفقه الاسلامى ، والفقه الوضعى يتبين لنا أن ما يقول به شراح القانون المعاصرون سواء فى فرنسا أو فى الدول العربية ، سبق أن عالجه الفقهاء المسلمون حيث تناولوا كافة النقاط التى يعرضها الشراح المحدثون فى الموضوع من حيث وجوب توجيه أفعال الدفاع الى مصدر الخطر ، وعدم توافر شرط اللزوم متى كان فى مكنة المعتدى عليه الاستعانة بالسلطات العامة ، وهو ما عبر عنه علماء الفقه الاسلامى بالاستغاثة بالناس والقاضى ، وأما مايذهب اليه الشراح من حيث التفرقة بين الهروب المشين والهروب غير المشين والتزام المعتدى عليه بالثانى دون الاول ، فقد سبق اليه مذهب المالكية ، والرواية الثالثة فى المذهب الشافعى .

وبذلك يتبين بجلاء مدى ثراء الفقه الاسلامى ، وتفريده للمسائل وتأصيلها وهو ما يؤكد صلاحية الشريعة الاسلامية الغراء للتطبيق فى كل زمان ومكان .

المبحث الثانى

تناسب الدفاع

تمهيد وتقسيم :

ان توافر شروط الاعتداء ، وشرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، لا يعنى اباحة أفعال الدفاع التى يقوم بها المعتدى عليه ، بلا حدود ، وانما يشترط أن تكون هذه الافعال ، بالقدر المناسب لدرء خطر الاعتداء .

ويتعلق بتناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء ، ما تنص عليه بعض التشريعات كالقانون الفرنسى (المادة ٣٢٩) والقانون المصرى (فى

---

(١) الدكتور احمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٧٨ .

المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠) ومشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٦١ (المادة ٣٤) ، والقانون العراقى (فى المادتين ٤٣، ٤٤) والقانون الليبى (المادة ٧٠ مكررة ب) والقانون الكويتى (المادة ٣٤) من حظر القتل العمد فى غير حالات محددة على سبيل الحصر .

المطلب الاول : معنى التناسب ومعياره
المطلب الثانى : التناسب والدفاع بالقتل

المطلب الاول

معنى التناسب ومعياره

يشترط الفقه الاسلامى ، وشراح القانون الوضعى ، أن تتناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء ، مما يثير التساؤل عن المقصود بالتناسب وما هو المعيار الذى يحدد ما اذا كان المدافع ظل فى حدود نطاق الدفاع ، أم تجاوز هذه الحدود فيكون مسئولا عن هذا التجاوز وهو ما نتناوله فى فرعين على التوالى :

الفرع الاول : معنى التناسب ومعياره فى الفقه الاسلامى
الفرع الثانى : معنى التناسب ومعيار فى الفقه الوضعى

الفرع الاول

معنى التناسب ومعياره فى الفقه الاسلامى

ورد شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء فى محكم التنزيل ، يقول تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا ان الله مع المتقين » (١) .

فالله سبحانه قد أباح الدفاع بالمثل ، ولما كان من شأن النفس البشرية حب المبالغة فى الانتقام من المعتدى ، فقد نهى سبحانه وتعالى المؤمنين عن تجاوز الحد الذى بينه لهم بقوله تعالى « واتقوا الله » (٢).

---

(١) سورة البقرة الآية : ١٩٤
(٢) راجع ما سبق ـ ص ٩٣

وفى السنة النبوية الشريفة يمكن أن نستدل على شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء من قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لو أن امرءا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح (١)

ووجه الدلالة ان النظر المحرم يعتبر اعتداء غير مشروع والذى يناسبه هو حذف المعتدى بحصاة او بشىء خفيف يماثلها ، حتى يكف عن الاعتداء (٢) .

أما لو استخدم المصول عليه حجرا ثقيلا فانه يكون متجاوزا لحدود الدفاع ، وكذلك لو أطلق على الصائل عيارا فأرداه قتيلا ، فان المصول عليه يكون مسئولا ، لانه لا تناسب على الاطلاق بين الاعتداء وهو النظر المحرم وبين القتل كوسيلة للدفاع .

وقد نص الفقهاء على وجوب مراعاة التناسب بين الدفاع وبين الاعتداء .

ففى المذهب الشافعى ، جاء فى الام ، « ولو طعنه عنداول اطلاعه بحديدة تجرح الجرح الذى يقتل او رماه بحجر يقتل مثله كان عليه القود فيما فيه القود لانه انما اذن له الذى يناله بالشىء الخفيف الذى يردع بصره ولا يقتل نفسه » (٣) .

ويعبر فقهاء الشافعية عن شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء بقولهم ان الدفع يكون بالاسهل فالاسهل ، او بالاخف فالأخف (٤) .

وفى المذهب الحنفى جاء فى تبيين الحقائق فيما يتعلق بالدفاع عن المال أن المصو لعليه ، لو علم أنه لو صاح عليه (يعنى السارق) يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لانه قتله بغير الحق » (٥) .

كما جاء فى الفتاوى الهندية « سئل الهندوانى رحمه الله تعالى عن رجل وجد مع امرأته رجلا أيحل له قتله ؟ قال ان كان يعلم أنه ينزجر

---

(١) نيل الاوطار ـ الجزء السابع ـ ص ٢٩ ، سبل السلام ، الجزء الثالث ص ٢٦٣

(٢) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ ص ٢٠٥

(٣) الام ـ صبعة الشعب ١٩٦٨ ـ الجزء السادس ـ ص ٢٨ .

(٤) منهاج الطالبين ـ طبعة الحلبى ١٣٣٨ هـ ـ ص ١٣٥ ، نهاية المحتاج طبعة ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٧ م ـ الجزء الثامن ـ ص ٣١ ، حاشية الشبراملسى بهامش نهاية المحتاج ـ ص ٢٧ ، كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار للاصفهانى ـ طبعة الحلبى ـ ١٣٥٦ هـ ـ ١٩٣٧ م ـ الجزء الثانى ـ ص ١٢٠ .

(٥) تبيين الحقائق ـ الزيلعى ـ المطبعة الاميرية ١٣١٥ هـ ـ ص ١١١ .

عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يحل وان علم انه لاينزجر الا بالقتل حل له القتل » (١) .

اما المذهب المالكى فيعبر عنه ما جاء فى تبصرة الحكام ولو نظر من كوة أو من باب ففقأ عينه صاحب الدار ضمن لأنه قادر على زجره ودفعه بالأخف (٢) ، وما جاء فى حاشية الدسوقى « والحاصل أن الصائل اذا كان ممن يفهم فانه يناشد أولا ثم بعد المناشده يدفعه شيئا فشيئا اى يدفعه بالأخف فالأخف » (٣) .

ويشترط **الحنابلة** تناسب الدفاع مع الاعتداء ، فقد جاء فى المغنى « وقال ابن حامد يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به ، فيقول له أولا انصرف فان لم يفعل أشار اليه يوهمه أن يحذفه فان لم ينصرف فله حذفه حينئذ » (٤) وفى موضع آخر يقول ابن قدامه « واذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرجه به » (٥) .

ومن هذا العرض للعبارات الفقهية ، يمكن القول ان **معنى التناسب** فى الفقه الاسلامى ان يدرأ المصول عليه خطر اعتداء الصائل بأسهل ما يمكن ان يندفع به ، ولا يلجأ الى الأشد الا اذا كان الصائل لا يندفع بالأخف وهو ما يثير التساؤل عن معيار التناسب .

معيار التناسب فى الفقه الاسلامى :

اهتم الفقهاء ببيان ما يطلق عليه شراح القانون الوضعى ، معيار التناسب ومن عباراتهم يتبين أنهم اعتمدوا فى تحديد هذا المعيار على الوسيلة المستخدمة فى الدفاع ، فاذا كانت الوسيلة التى استخدمها

---

(١) الفتاوى الهندية ـ الطبعة الثانية ١٣١٠ هـ الجزء الثانى ـ ص ١٦٧ .

(٢) تبصرة الحكام ـ طبعة الحلبى ١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٨ م ـ الجزء الثانى ـ ص ٣٥٧ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٧٥ ، راجع شرح منح الجليل ـ المطبعة العامرة ـ ١٢٩٤ هـ ـ ص ٥٦٠ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ـ الجزء الرابع ـ ص ٣٥٧ .

(٤) المغنى لابن قدامة ـ طبعة المنار ١٣٦٧ هـ ـ الجزء الثامن ـ ص ٣٣٥ ، منتهى الارادات ـ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق ـ مكتبة دار العروبة ١٩٦٤ ـ القسم الثانى ـ ص ٤٩٣ ، شرح منتهى الارادات ـ مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ ـ ١٩٤٧ م ـ ص ٣٧٨ .

(٥) المغنى ـ المرجع السابق ـ الجزء الثامن ـ ص ٣٢٩ .

المصول عليه ، تتناسب مع الوسيلة التى يستخدمها الصائل فى صيالة توافر شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، فان لم يتحقق التناسب بين الوسيلتين كأن يحاول الصائل ان يضرب المصول عليه باليد أو بعصا ، فيبادره هذا الاخير باطلاق النار — كان المصول عليه مسئولا عن تجاوز حدود الدفاع المشروع .

واذا كان الفقهاء . قد اعتمدوا على الوسيلة كمعيار لتحديد التناسب بين الدفاع والاعتداء ، فانهم لم يغفلوا الظروف الأخرى الخاصة بالمعتدى عليه وكونه صحيحا أم عليلا ، قويا أم ضعفيا ، ذكرا أم انثى ، وما يقابل هذه الظروف فى شخص المعتدى ، وكذلك النظر الى الظروف الزمانية والمكانية للاعتداء ، فالاعتداء فى الليل يختلف عن الاعتداء فى النهار ، والاعتداء فى مكان مأهول بالسكان ، يختلف عن الاعتداء الذى يقع فى البيداء .

وتوكيدا لهذا التأصيل الذى استخلصناه من أقوال الفقهاء ، نذكر امثله من عباراتهم ، **ففى المذهب الحنفى** يقول الكاسانى « والأصل فى هذا ان من قصد قتل انسان ينهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل فلا يباح له القتل ، وان كان لا يمكن الدفع الا بالقتل يباح له لأنه من ضرورات الدفع ، فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ، الا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث . . وكذا اذ شهر عليه العصا ليلا لأن الغوث لا يلحق بالليل عادة . . . وان أشهر عليه نهارا فى المصر لا يباح قتله لأنه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان فى المفازة يباح قتله لأنه لا يمكن الاستغاثه فلا يندفع شره الا بالقتل » (١) .

وعند **الحنابلة** يقول ابن قدامه « واذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرجه به . . . فان لم يخرج بالأمر فله ضربه بأسهل مايعلم انه يندفع به لأن المقصود دفعه فاذا اندفع بقليل فلا حاجة الى أكثر منه فان علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا » (٢) .

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى — الطبعة الاولى ١٣٢٨ هـ — ١٩١٠ م — مطبعة الجمالية — الجزء السابع ص ٩٢ — ٩٣ ، وراجع تكملة فتح القدير على شرح الهداية وبهامشه شرح العناية ، وحاشية سعدى جلبى — الطبعة الاولى — ١٣١٨ هـ — المطبعة الكبرى الاميرية — الجزء الثامن — ص ٢٦٩ — تبيين الحقائق — الزيلعى — الجزء السادس — ص ١١٠ .

(٢) المغنى — المرجع السابق — الجزء الثامن — ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ وراجع منتهى الارادات — المرجع السابق — القسم الثانى — ص ٤٩٣ .

ويشترط **المذهب الشافعى** ان يكون الدفع بالوسيلة الأخف فقد جاء فى كفاية الأخيار « فان امكنه الدفع بالكلام أو الصياح أو الاستغاثه بالناس لم يكن له الضرب ، فان لم يندفع الا بالضرب فله ان يضربه ، ويراعى فيه الترتيب ، فان أمكن باليد لم يضربه بالسوط ، وان أمكن بالسوط لم يجز بالعصا ، وان أمكن بجرح لم يقطع عضوا ، وان امكن بقطع عضو لم يذهب نفسه ، فان لم يندفع الا بالاتيان على نفسه فلـه ذلك (١) .

ويرى **المالكية** وجوب الانذار اولا . يقول صاحب شرح منح الجليل « ويجب الانذار فى كل دفع » (٢) . والانذار كما جاء فى حاشية الدسوقى « هو التخويف بوعظه وزجره وانشاد الله عليه لعله ينكف » (٣) فاذا استمر الصائل فى صياله بعد الانذار كان للمصـول عليـه أن يدفعه بأيسر ما يندفع به . يقول الشيخ الدسوقى « والحاصل ان الصائل اذا كان ممن يفهم فانه يناشده أولا ثم بعـد المناشـدة يدفعـه شيئا فشيئا ، أى يدفعه بالأخف فالأخف فان ابى الا الصول قتله » (٤) .

وليس معنى ان معيار التناسب هو الوسيلة المستخدمة فى الدفاع انه يجب على المصول عليه عقد موازنة بين الوسـيلة التى يستعملهـا الصـائل فى الاعتـداء ، وبين الوسـيلة التى يريد أن يستخدمها فى الدفاع (٥) ، لأن الظروف الحرجه التى تحيط بالمدافـع لا تمكنـه من اجراء هذه المقارنة بين وسيلة الاعتـداء ووسـيلة الدفاع ، وانمـا المقصود ان يلتزم المصول عليه بأسهل الوسـائل التى يراها فى هـذه الظروف الحرجة كافية لرد الاعتداء ، فاذا كان الاعتداء يمكن دفعـه بالعصا غير ان المدافع لم يكن معه ليدفع العدوان غير سـكين فله أن يستعملها فى الدفاع باعتبارها الوسيلة الوحيدة لمواجهة الاعتداء .

وقد التفت الفقهاء الى هذا المعنى ، ففى **المذهب الشافعى** جاء فى أسنى المطالب « ولو كان يندفع بالعصا فلم يجد الا سيفا أو سكينا

---

(١) كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار ـ للاصفهانى ـ طبعة الحلبى ١٣٥٦هـ ـ ١٩٣٧ م ـ الجزء الثانى ـ ص ١٢٠ ، وراجع نهاية المحتاج ـ الجزء الثامن ص ٣١ ، منهاج الطالبين ـ ص ١٣٥ ، مغنى المحتاج ـ الجزء الرابع ص ١٩٦ .

(٢) شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ـ للشيخ محمد عليش ـ المطبعة العامرة ١٢٩٤ هـ ـ ص ٥٦١ ، وراجع مواهب الجليل ـ طبعة ١٣٢٩ هـ ـ ص ٣٢٢ .

(٣) حاشية الدسوقى ـ المرجع السابق ـ الجزء الرابع ـ ص ٣٥٧ .

(٤) حاشية الدسوقى ـ نفس الموضع السابق .

(٥) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ ص ٢٠٩ .

ضربه به ، اذا لا يمكن الدفع الا به ، ولا يمكن نسبته الى التقصير ، بترك استصحاب عصا ونحوه ، فان امكن دفعه بلا جرح له فجرحه ضمن ، بخلاف ما اذا لم يمكن » (١) .

ويرجع فى تقدير تناسب الدفاع مع الاعتداء الى تقدير شخص المدافع لأنه لايمكن محاسبته على أساس التفكير الهادىء المطمئن ، وهو يواجه ظروف الاعتداء الحرجة ، وهو ما عبر عنه صاحب كشاف القناع بقوله « فان اندفع بالقول لم يكن له ضربه بشىء ، وان لم يندفع بالقول فله (أى للمصول عليه) ضربه **بأسهل ما يظن** أن يندفع به ، فان ظن أنه يندفع بضرب عصا لم يكن له ضربه بحديد لأنه آلة القتل » (٢) ، كما جاء فى نهاية المحتاج أن الدفع يكون « بالأخف فالأخف **باعتبار غلبه ظن المصول عليه** » (٣)

وحاصل القول أن الفقه الاسلامى يشترط أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء ، ومعيار هذا التناسب هو الوسيلة المستخدمة فى الدفاع ، فاذا دفع المصول عليه خطر الاعتداء بأسهل ما فى مكنته من وسائل كان الدفاع متناسبا مع الاعتداء على أن تراعى ظروف المدافع الحرجة ، فلا يسأل على أساس الظروف العادية والتفكير الهادىء المطمئن ، وانما على أساس ظروف الاعتداء الاستثنائية الدقيقة .

الفرع الثانى

معنى التناسب ومعياره فى الفقه الوضعى

تشترط بعض التشريعات العربية صراحة أن تكون أفعال الدفاع متناسبة مع الاعتداء ، فتنص المادة ٥٨ من القانون السودانى على أن حق الدفاع الشرعى لا يمتد بأية حال الى الحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع وتقضى المادتان ٢٩ ، ٣٠ من قانون البحرين بأن لا يستعمل المدافع درجة من القوة أو يحدث اذى أعظم مما هو ضرورى أو معقول تحت الظروف الخاصة لأغراض الدفاع عن نفسه

---

(١) أسنى المطالب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٧ .

(٢) كشاف القناع ـ الجزء الرابع ـ ص ٩٢ ، وراجع منتهى الارادات ـ المرجع السابق ـ القسم الثانى ـ ص ٤٩٣ .

(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ـ طبعة الحلبى ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٧ م ـ الجزء الثامن ص ٢٧ .

بصورة مشروعة ، وتنص المادة ٤٥ من القانون العراقى على، أن « لا يبيح حق الدفاع الشرعى احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع .. وتشير المادة ٢٤٦ من القانون المصرى الى ان حق الدفاع الشرعى يبيح استعمال القوة اللازمة .

ويستفاد شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء فى بعض التشريعات من النص على تجاوز حدود الدفاع الشرعى ـ لأن مفاد ذلك أن هناك حدودا يفترضها المشرع يجب أن يقف عندها المدافع والا كان مسئولا عن تجاوزها ، ومثال ذلك المادة ١٨٣ من قانون العقوبات السورى ، و ٢/١٨٤ من القانون اللبنانى ، المادة ٣٦ من القانون الكويتى .

والواقع أن هذا الشرط يجب توافره وان لم ينص عليه المشرع ، باعتباره شرطا تقتضيه طبيعة الدفاع الشرعى (١) .

كما يستلزمه فى راينا ـ أساس الدفاع الشرعى طبقا لنظريتنا التى طرحناها وهى نظرية بطلان العصمة ، لأن هذا البطلان نسبى اى بالقدر اللازم لرد الاعتداء (٢) .

وقد فسرت تعليقات الحقانية على المادة ٢١٠ من قانون العقوبات المصرى الصادر سنة ١٩٠٤ وهى المادة المقابلة للمادة ٢٤٦ من القانون الحالى معنى تناسب الدفاع مع الاعتداء بقولها « ان المادة ٢١٠ حددت بعبارة تقبل التوسع الأحوال التى يجوز استعمال هذا الحق فيها وقد قررت فيها فيما عدا ذلك مبدأ كون القوة التى تستعمل لا يجوز أن تتخطى الحدود الضرورية للوصول الى الغرض المقصود » (٣) .

ويعبر الشراح عن معنى التناسب بأنه يجب أن تكون أفعال الدفاع التى يلجأ اليها المدافع متناسبة مع الاعتداء بالنظر الى طبيعته وجسامته (٤) .

---

(١) محاضرات عن النظرية العامة فى قانون العقوبات السورى ـ الدكتور عدنان الخطيب ـ ص ١٢١ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية ـ الدكتور حسن صادق المرصفاوى ـ ص ١٦٢ .

(٢) راجع ما سبق ـ ص ١٤٤ .

(٣) تعليقات الحقانية على المادة ٢١٠ من قانون سنة ١٩٠٤ ، والموسوعة الجنائية جندى عبد الملك ـ الجزء الاول ـ ص ٥٢٩ .

(٤) جارسون ـ المادة ٣٢٨ رقم ١٠ وما بعدها ص ١٥٦ وما بعدها ، جرانمولان الجزء الثانى ـ رقم ١٦٠٨ ص ٣٩٧ ، جودبى الجزء الاول رقم ٧ ص ١٩٢ ، الدكتور

معيار تناسب الدفاع مع الاعتداء : —

يثير شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء صعوبة فى تحديد معيار هذا التناسب ، فذهب البعض الى وجوب الموازنة بين الضرر المهدد به المعتدى عليه ، والضرر الذى يصيب المعتدى ، بينما اتجهت أغلبية الشراح الى أن الموازنة تكون بين الوسيلة التى كانت فى متناول المعتدى عليه ، والوسيلة التى استعملها بالفعل ونعرض الرأيين على التوالى :

الرأى الأول :

الموازنة بين الأضرار :

ذهب بعض الشراح الى أن معيار التناسب يؤسس على درجة الضرر المتعلقة بالمصالح المتنازعة ، فيكون مناط التناسب درجة جسامة الخطر بالنسبة للمصلحة المعتدى عليها مع جسامة المصلحة الخاصة بالمعتدى والتى تضار بالدفاع » (١) .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية فى حكم لها بهذا الاتجاه حيث قالت « اذا كان الحكم لم يوازن بين الاعتداء الذى وقع على المتهمة — والذى خول لها حق الدفاع الشرعى — وبين ما أتته هى فى سبيل هذا الدفاع فانه اذ دانها بتهمة احداث العاهة المستديمة واعتبرها متجاوزة حدود حق الدفاع الشرعى دون أن يقوم بهذه الموازنة على ضوء ما تكشف له من ظروف الدعوى وملابساتها والتقارير الطبية فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه بما يستوجب نقضه » (٢) .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يتجاهل الغرض من اباحة الدفاع الشرعى ، فالدفاع لم يشرع لمجازاة المعتدى أو القصاص منه أو

السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — طبعة ١٩٥٢ — ص ١٩٨ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٣٢ ، الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) ص ٢٢٤ ، الدكتور أحمد فتحى سرور — القسم العام — ص ٢٧٨ ، نقض ٤ مارس سنة ١٩٠٥ — المجموعة الرسمية — السنة السادسة رقم ٧٣ — ص ١٥٢ .

(١) حالة الضرورة فى قانون العقوبات — رسالة دكتوراه — الدكتور ابراهيم زكى اخنوخ — دار النهضة العربية — ١٩٦٩ — ص ٢٢٧ ، الدكتور مامون سلامة — القسم العام — ص ٢٢٠ .

(٢) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٦١ — مجموعة أحكام النقض — السنة الثانية عشر رقم ٢٠٩ ص ٩٩٦ .

لاجراء مقاصة بين السيئات (١) وانما شرع لمواجهة خطر الاعتداء والتخلص منه ، مما قد يستدعى قدرا من تجاوز الاعتداء ويبقى عمل المدافع مشروعا ، اذ يكفى الا يكون هناك « عدم تناسب ظاهر بين الدفاع والاعتداء » (٢) . كما يعيب هذا الرأى صعوبة الموازنة بين المصالح المتعارضة وتقدير مدى الأضرار التى تصيب هذه المصالح . ومن ثم لا يجوز أن يكلف بها المعتدى عليه (٣) وهو يواجه ظروف الاعتداء الحرجة وملابساته الدقيقة . وفضلا عن ذلك فان الموازنةبين الأضرار تبدو غير ممكنة لأن الضرر الذى يتوافر خطر وقوعه . ليس من اليسير تحديد مداه على وجه دقيق ، لأنه لم يحدث بالفعل ، اذ المفروض أن المدافع قد واجه خطر الاعتداء قبل حدوث الضرر (٤) .

الرأى الثانى :

الموازنة بين الوسائل المتاحة للمدافع :

ذهبت غالبية الشراح وأحكام القضاء الى ان الموازنة ليست بين الأضرار المهدد بها المعتدى عليه وبين الأضرار التى تصيب المعتدى من جراء أفعال الدفاع ، وانما بين الوسائل التى تكون تحت تصرف المدافع ، فينظر الى التناسب بين الوسيلة التى كانت فى متناول المعتدى عليه ، وبين الوسيلة التى استعملها بالفعل ، فاذا ثبت أن الوسيلة التى استعملها المدافع كانت انسب الوسائل أو كانت هى الوسيلة الوحيدة التى وجدت فى متناوله ، تحقق التناسب بين الدفاع والاعتداء (٥) .

وقد أخذت محكمة النقض الايطالية بهذا المعيار فقالت فى حكم لها « ان الفصل فى التناسب لا يكون على أساس الموازنة بين الضرر

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٣ .

(٢) جارسون - المادة ٣٢٨ - رقم ١٣ ص ١٥٦ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ١٩٨ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٢٥ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٣ .

(٤) الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة - ص ٣٩٣ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٣ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٧٩ ، الدكتور احمد عبد العزيز الالفى - شرح قانون العقوبات الليبى - ص ١٧٩ ، الدكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة ص ٣٩٦ جارسون المادة ٣٢٨- رقم ١٧ - ١٨ ص ١٥٧ ، قواعد المسئولية الجنائية - الدكتور المرصفاوى - ص ١٦١ .

المهدد به المعتدى عليه والضرر الذى يوقعه بالمعتدى وانما على أساس الموازنة بين الوسائل التى كانت تحت تصرف المهدد بالاعتداء » (١) .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا المعيار فى العديد من أحكامها فقالت فى حكم لها « انه لا يمكن اعتبار شخص يحمل بندقية سعدة لاطلاق النار فى خطر داهم اذا ما أبدى آخر يحمل مجرد عصا الرغبة فى تعقبه ، كما لا يمكن اعتبار أن هذا الخطر ليس فى الاستطاعة أن يدفع بشىء سوى القتل بالنار ، ولا سيما اذا كان حامل البندقية بين قومه وذويه (٢) وانتهت فى حكم لها الى أن « التماثل ليس شرطا من شروط الدفاع الشرعى ، بل ان للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء ، تلك الوسيلة التى تختلف تبعا لاختلاف الظروف . ومتى كان الأمر كذلك وكان الواضح أن الطاعن وابن عمته هوجما وضرب ابن عمته ضربا كان من المحتمل أن تنشأ عنه جراح بالغة ، فلا شك أن الطاعن كان له أن يدافع عن ابن عمته بما يرد هذا الاعتداء بالوسيلة التى تيسر له استعمالها ولو كان ذلك باستعمال السلاح النارى » (٣) .

ومعيار الموازنة بين الوسائل التى كانت تحت تصرف المهدد بالاعتداء هو المعيار الذى يتفق مع نصوص الدفاع الشرعى فى القانون المصرى ، فالمادة ٢٤٦ تنص على استعمال القوة اللازمة ، والمادة ٢٥١ تشير الى الضرر الذى يستلزمه الدفاع ، وليس فى النصين ما يستوجب أن يكون هذا الضرر مساويا للضرر الذى يتهدد المدافع وانما يشترط فقط أن يكون بالقدر اللازم للدفاع وهو يعتبر كذلك اذا استعمل المدافع الوسيلة الوحيدة التى كانت تحت تصرفه ، أو اذا كان من غير الممكن رد الاعتداء بوسيلة أدنى تأثيرا من الوسيلة التى استعملها (٤) .

وقد أخذ بهذا المعيار القانون السويسرى فى المادة ٣٣ (٥) .

---

(١) نقض ايطالى — ٣ مايو سنة ١٩٤٩ ، ٢٣ يناير سنة ١٩٥٠ وقد أشار اليهما دى لوجو — أسباب الاباحة — ص ٣١٧ وأشار اليهما الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٣٣ ، الدكتور ابراهيم زكى أخنوخ — حالة الضرورة ص ٢٢٦ .

(٢) نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الاول — رقم ٧٠ ص ٨٩ وراجع أيضا نقض أول ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة — رقم ٤٢ ص ١٢٨ .

(٣) نقض ٦ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض — السنة الثانية رقم ٢٧٤ ص ٧٢٤ وراجع نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض — السنة العاشرة — رقم ١٤٤ ص ١٩٩ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٣٤ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٣٣ .

نسبية معيار التناسب :

ان القول بأن معيار التناسب هو الموازنة بين الوسائل التى كانت تحت تصرف المدافع لايعنى أن هذه الموازنة تتم مجردة عن ظروف المدافع الشخصية والظروف الزمانية والمكانية للاعتداء ، وانما يجب مراعاة ظروف المعتدى عليه فى ضوء الظروف المقابلة للمعتدى ، فلا تستعمل مع امرأة أو شيخ هرم نفس القوة التى تستعمل مع رجل قوى البنية ، ولذلك يجب النظر الى كل واقعة على حدة وما يكتنفها من ظروف شخصية وموضوعية . وعليه فان تقدير التناسب أمر نسبى (١) .

فقد تعتبر وسيلة معينة مناسبة فى ظروف معينة بينما لا تعتبر نفس الوسيلة مناسبة فى ظروف أخرى . ولذلك ذهبت محكمةالنقض المصرية الى أنه « يكفى فى الدفاع الشرعى أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذى استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع منه من الأفعال التى رأى هو — وقت العدوان الذى قدره — أنها هى اللازمة لرده ، فاذا جاء تقدير المحكمة مخالفا لتقديره هو فان ذلك لا يسوغ العقاب ، اذ التقدير هنا لايتصور أبدا الا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجىء بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحيط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير فى كيفية الخروج من مأزقها مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادىء المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ وهو فى حالته التى كان فيها » (٢) .

---

(١) قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية — الدكتور حسن صادق المرصفاوى — ص ١٦١ ،محاضرات عن النظرية العامة فى قانون العقوبات السورى — الدكتور عدنان الخطيب — ص ١٢٢ ، الموسوعة الجنائية — جندى عبد الملك — الجزء الاول ص ٥٣٠ ، فى المسئولية الجنائية — الدكتور محمد مصطفى القللى — ص ٣٣٩ ، القانون الجنائى الدكتور على راشد — ص ٥٤٠ ، الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) ص ٢٢٤ ، الدكتور أحمد فتحى سرور — القسم العام ص٩٨١ محمود ابراهيم اسماعيل — القسم العام — ص ٤٤٠ ، شرح قانون العقوبات الليبى — الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى — ص ١٧٩ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ١٩٩ ، جارسون — المادة ٣٢٨ رقم ٥١ ، ٥٣ ، ٥٤ ص ٦٠ ، ٦١ ، جارو — المطول — الجزء الثانى رقم ٤٤٦ — ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) نقض ٦ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية — الجزء الخامس — رقم ١٨١ ص ٣٤٢ ، وراجع نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض — السنة الاولى رقم ٧٥ ص ١٩١ ، نقض ٦ مارس ١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض — السنة ٣ رقم ٢٧٤ ص ٧٢٤ نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ — السنة العاشرة رقم ٤٤ ص ٦٩٨ .

ونسبية معيار التناسب بين الدفاع والاعتداء هو ما أخذت به المحكمة العليا الاتحادية فى ليبيا حيث تقول فى حكم لها « ان المعول عليه فى تقدير وجود الخطر هو الرجوع الى الزمن والظروف التى وقعت فيها الجناية وامتحانها ، لا بالكيفية التى تظهر للقاضى وهو يفكر فى هدوء واطمئنان فيما يتعلق بوجود الخطر من عدمه على حياة الضارب أو حياة غيره ممن يهمه أمرهم ولكن بالطريقة التى ظهرت للمتهم وقت دفعه لهذا الخطر أى أنه يجب مراعاة الخوف الذى اعتراه أو حالة الضعف الموجودة أو الاحوال التى كانت سببا فى ضياع رشده ، مع مراعاة سنه ودرجة ادراكه والظروف المحيطة به مما أوجب اعتقاده بنية سليمة ان الخطر حال به ، فالتقدير هنا لا يتصور الا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجىء بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحوط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور فى محاولة الخروج من مأزقها مما لا يصح معه مطالبته بمقتضى التفكير الهادى المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ » (١) .

موضوعية معيار التناسب :

ان مراعاة الظروف الشخصية للمدافع ، والظروف الموضوعية للاعتداء لا يعنى الأخذ بمعيار شخصى فى الموازنة بين الوسائل المتاحة للمهدد بالاعتداء فتعتبر افعال الدفاع مناسبة لشخص دون آخر يواجه نفس الظروف ، وانما معناه أن القاضى عند الفصل فى التناسب ينظر الى تصرف الشخص المعتاد وهو الشخص الذى يقدر الامور ويتصرف فى مواجهتها على النحو المألوف والذى يتفق مع الخبرة الانسانية ، اذا واجه ظروف العدوان التى واجهها المدافع ، فاذا كان المدافع قد واجه الاعتداء على النحو الذى يتخذه الشخص المعتاد اذا وجد نفسه فى مثل ظروفه توفر شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، أما اذا كان الشخص المعتاد فى نفس ظروف المدافع يلجأ الى وسيلة اقل جسامة لدرء خطر الاعتداء ، من الوسيلة التى لجأاليها المدافع ، فان المدافع يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعى . وغنى عن البيان أن الظروف التى يواجهها المدافع والتى يجب وضعها فى الاعتبار لا تقع تحت حصر ، فهذه الظروف قد تكون ظروفا نوعية ككون المعتدى رجلا بينما المعتدى عليها امرأة ، وقد تكون ظروفا صحية ككون المعتدى

---

(١) جلسة ١٩ مارس ١٩٥٥ - قضاء المحكمة العليا الاتحادية - الجزء الاول رقم ٦ - ص ٩٩ .

قوى البنية بينما المعتدى عليه ضعيف الجسم ، اذ يباح للمدافع فى هذا الحال قدرا اكبر من العنف ليستطيع مواجهة الموقف ، وقدتكون الظروف زمانية ، فالاعتداء اثناء الليل يختلف عن الاعتداء الذى يقع فى وضح النهار ، وقد تكون ظروفا مكانية ، فالاعتداء فى مكان مأهول بالسكان ليس كالاعتداء فى مكان يخلو من السابلة (١) .

فالمعيار موضوعى لأنه معيار الشخص المعتاد اذا واجه نفس ظروف الاعتداء التى وجد المدافع فيها نفسه .

ومجمل القول انه يشترط ان تكون افعال الدفاع متناسبة مع الاعتداء ومعيار هذا التناسب وفقا للرأى الراجح عند الشراح الموازنة بين الوسائل التى كانت تحت تصرف المدافع عند مواجهة خطر الاعتداء مع مراعاة كافة الظروف التى احاطت به ؛ ومناط الموازنة هو سلوك الشخص المعتاد اذا وجد نفسه معرضا لنفس ظروف الاعتداء التى تعرض لها المدافع .

خاتمة المطلب : التناسب بين الفقه الاسلامى والفقه الوضعى :

يتضح من عرضنا لشرط تناسب الدفاع مع الاعتداء فى كل من الفقه الاسلامى ،والفقه الوضعى المعاصر انه لا خلاف بينهما من حيث وجوبه ، ومن حيث مراعاة الظروف التى يواجهها المدافع ، واما من حيث التناسب فالرأى الراجح فى الفقه وقضاء المحاكم العليا فى ايطاليا ومصر وليبيا وما يأخذ به القانون السويسرى وهو الموازنة بين الوسائل المتاحة للمدافع واستعمال أقلها جسامة لدرء خطر الاعتداء هو ما سبق اليه الفقه الاسلامى منذ قرون طويلة .

المطلب الثانى

التناسب والدفاع بالقتل

لم تحدد الشريعة الاسلامية جرائم معينة يباح بالنسبة لها القتل كوسيلة للدفاع ، بينما تحصر بعض التشريعات الوضعية كالقانون

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٥ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام - المصرى - ص ٢٢٥ ، اللبنانى ص ٢٣٩ ، والدكتور احمد عبد العزيز الالفى - شرح قانون العقوبات الليبى - ص ١٧٩ - شرح قانون العقوبات الجزائرى - الدكتور رضا فرج - ص ١٦٦ .

الفرنسى والقانون المصرى والقانون العراقى والقانون الليبى والقانون الكويتى ، **الجرائم التى تبيح القتل كسيلة للدفاع .**

وعليه نقسم الدراسة فى هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الاول : التناسب والدفاع بالقتل فى الفقه الاسلامى

الفرع الثانى : التناسب والدفاع بالقتل فى الفقه الوضعى

الفـرع الاول

التناسب والدفاع بالقتل فى الفقه الاسلامى

اباحت الشريعة الاسلامية القتل وسيلة للدفاع متى توفر شرط لزوم الدفاع لدرء الاعتداء ، وشرط تناسب أفعال الدفاع مع الاعتداء. سواء كان القتل دفاعا عن النفس أو عن العرض أو عن المال (١) .

١ - القتل للدفاع عن النفس :

اذا واجه المصول عليه خطر اعتداء على النفس ، ولم يجد وسيلة يتقى بها صيال الصائل غير قتله أبيح له قتله خلاصا من شره ، وقد صرح فقهاء المذاهب بذلك ، ففى **المذهب الحنفى** يقول الكاسانى « فأن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل الا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله » (٢) وعند **المالكية** يقول ابن العربى « لا يقصد المصول عليه القتل انما ينبغى أن يقصد الدفاع فان ادى الى القتل فذلك الا أن يعلم انه لا يندفع الا بالقتل فجائز قصد قتله ابتداء (٣) . وعند **الشافعية** يقول الامام الشافعى فى

---

(١) الاسلام عقيدة وشريعة - للمغفور له الامام الاكبر الشيخ محمود شلتوت - الطبعة الرابعة - دار الشروق - ١٩٦٨ - ص ٣٦٢ .

(٢) بدائع الصنائع - الطبعة الاولى ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م - الجزء السابع ص٩٣ وراجع فى المذهب الحنفى ، تكملة فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية للبابرتى وحاشية سعدى جلبى - الطبعة الاولى - المطبعة الكبرى الاميرية سنة ١٣١٨ هـ - الجزء الثامن - ص ٣٦٩ ، البحر الرائق - الطبعة الاولى - المطبعة العلمية - الجزء الثامن - ص ٣٤٤ ، حاشية الطحاوى - الجزء الرابع ص ٢٦٥ .

(٣) التاج والاكليل لمختصر خليل مطبوع بهامش مواهب الجليل - الجزء السادس - الطبعة الاولى - مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ - الجزء السادس - ص ٣٢٢ ، وراجع عند المالكية ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير طبعة الحلبى - الجزء الرابع - ص ٣٥٧ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى نفس الموضع - شرح منح الجليل - الجزء الرابع - ص ٥٦١ ، حاشية قليوبى وعميرة - الجزء الرابع - ص ٢٠٧ .

الام « واذا دخل الرجل منزل الرجل ليلا او نهارا بسلاح فامره بالخروج فلم يخرج فله أن يضربه به وان أتى الضرب على نفسه » (١) كما جاء فى مختصر المزنى « قال الشافعى رحمه الله اذا طلب الفحل رجلا ولم يقدر على دفعه الا بقتله فقتله لم يكن عليه غرم ، كما لو حمل عليه مسلم بالسيف فلم يقدر على دفعه الا بضربه فقتله بالضرب فانه هدر » (٢) ، كما أباح **الحنابلة** القتل اذا تعين وسيلة للدفاع فقد جاء فى شرح منتهى الارادات « فان لم يندفع (يعنى الصائل) الا بالقتل أبيح قتله ولا شىء عليه » (٣) .

٢ ـ القتل للدفاع عن العرض :

قرر الفقهاء اباحة القتل دفاعا عن العرض ، اذا تعين القتل وسيلة للدفاع ، **ففى المذهب الشافعى** جاء فى اسنى المطالب « فلو رآه قد اولج فى اجنبية فله أن يبدأ بالقتل وان اندفع بدونه فانه فى كل لحظة مواقع لا يستدرك بالاناة » (٤) .

وعند **الحنابلة** للمصول عليه ان يدفع الصائل على العرض بالقتل فقد جاء فى منتهى الارادات « ومن أريدت ... أو حرمته ... فله دفعه بأسهل ما يظن اندفاعه به ، فان لم يندفع الا بقتل أبيح ولا شىء عليه . (٥) .

وفى الفقه **الحنفى** جاء فى الدر المختار ، ولو كان مع امرأته وهو يزنى بها أو مع محرمه وهما مطوعان قتلهما وأفتى الناصحى بوجوب قتل كل مؤذ .

وأما المالكية فقد سبق أن ذكرنا ما قاله ابن العربى من جواز قتل

---

(١) الام ـ طبعة الشعب ١٩٦٨ ـ الجزء السادس ـ ص ٢٨ .

(٢) مختصر المزنى ـ بهامش الام ـ طبعة الشعب ١٩٦٨ ـ الجزء الخامس ـ ص ١٧٨ ، وراجع عند الشافعية ، المجموع شرح المهذب ـ التكملة الثانية للاستاذ محمد حسين العقبى ـ مطبعة الامام بمصر ـ الجزء الثامن عشر ص ٢٩ ، منهج الطلاب على منهاج الطالبين ـ طبعة ١٣٣٨ هـ ـ ص ١٣٥ ، كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار ـ للاصفهانى ـ الجزء الثانى ـ ص ١٢٠ .

(٣) شرح منتهى الارادات ـ ص ٢٧٨ ، منتهى الارادات ـ دار العروبة ١٩٦٤ ـ القسم الثانى ـ ص ٤٩٣ ، المغنى لابن قدامه ـ الجزء الثامن ـ ص ٣٢٩ ، كشاف القناع ـ طبعة ١٣١٩ هـ ـ الجزء الرابع ص ٩٢ .

(٤) أسنى المطالب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٧

(٥) منتهى الارادات ـ القسم الثانى ـ طبعة ١٩٦٤ ص ٤٩٣

(٦) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ـ الجزء الثالث ص ٢٤٧ ـ ٢٤٩ .

الصائل اذا كان لا يندفع الا بالقتل (١) ويمثل مذهب الشيعة ما جاء فى المختصر النافع رواية عن عبد الله بن طلحة عن أبى عبد الله عليه السلام فى امراة ادخلت الحجلة صديقا لها ليلة بنائها فاقتتل هو زوجها فقتله الزوج فقتلت المراة الزوج ضمنت دية الصديق وقتلت بالزوج ، والوجه ان دم الصديق هدر » (٢) وعند الظاهرية أن كان المدخول عليه منزله فى المصر ليلا أو نهارا فى اخذ ماله أو فى طلب زنا أو غير ذلك مهلة فالمناشدة حسنة لقول الله تعالى « ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى احسن فان لم يكن فى الامر مهلة ففرض على المظلوم أن يبادر الى ما يمكنه به الدفاع عن نفسه - أو عرضه - وان كان فى ذلك اتلاف نفس المعتدى »(٣)

وأما دفاع المراة عن عرضها بقتل الصائل فقد أوجبه الفقهاء اذا تعين وسيلة للدفاع (٤)، فعند الحنابلة يقول ابن قدامة « وقال احمد فى امراة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها فقال اذا علمت أنه لايريد الا نفسها فقتلها لتدفع عن نفسها فلا شىء عليها وذكر حديثا يرويه الزهرى عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير أن رجلا أخاف ناسا من هذيل فأراد امراة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر والله لا يودى أبدا » (٥) .

وكما يباح للرجل القتل دفاعا عن محارمه ، وللمراة دفاعا عن عرضها ، فانه يباح القتل دفاعا عن عرض الغير وفى ذلك يقول الحصكفى من الاحناف « من وجد رجلا مع امراة لا تحل له - وقد اكرهها على الزنا - فله قتله ودمه هدر ، ان كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح » (٦) .

---

(١) راجع ما سبق - ص ٢٦٣

(٢) المختصر النافع - المرجع السابق - ص ٣١٩ وراجع من لايحضره الفقيه للعلامة أبى جعفر بن ابى الحسن بن على بن الحسين بن موسى بن بابويه القمى - طبعة ١٣٧٦ هـ - ص ٥١٦

(٣) المحلى - الجزء الحادى عشر - ص ٣١٤

(٤) العقوبة - أستاذنا المرحوم الشيخ محمد ابو زهرة - دار الفكر العربى ١٩٧٤ - ص ٤٩٢

(٥) المغنى - طبعة المنار - الجزء الثامن - ص ٣٣١

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

٣ - القتل للدفاع عن المال :

اذا كان موضوع الصيال مال المصول عليه ، فان له أن يدفع الصائل بأسهل ما يغلب على ظنه انه يندفع به ، فان كان الصائل لا يندفع بغير القتل ، أبيح للمصول عليه قتله حماية لماله ، ويكون فعل المصول عليه مباحا ، فلا يلزمه قصاص ، ولا دية ، ولاكفارة وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على هذا الحكم .

فالاحناف يبيحون الدفاع عن المال بكل وسيلة ممكنة ، فاذا تعين القتل وسيلة للدفاع جاز للمصول عليه قتل الصائل دفاعا عن المال ، وبغير تفرقة بين قليل المال وكثيره ، ويستندون فى ذلك الى عموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم « ومن قتل دون ماله فهو شهيد » وفى رواية أخرى أن للمصول عليه أن يقتله ان عشرة او اكثر اما ان كان اقل فان للمصول عليه أن يقاتله ولا يقتله (١) .

ويمثل الرواية الاولى ما جاء فى تكملة البحر الرائق « ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شىء عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك اى لاجل مالك ولان له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذلك له أن يسترده به انتهاء ، فان لميقدر على اخذه منه ولو علم انه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لان قتله بغير حق » (٢) .

وما جاء فى فتح القدير « ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ، ويقتل منيقتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد » (٣) .

واما الرواية الثانية فيصورها ما جاء فى شرح الدر المختار « ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة من بيته فاتبعه رب البيت فقتله فلا شىء عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك وكذا لو قتله قبل الاخذ اذا قصد ماله ولم يتمكن من دفعه الا بالقتل صدر شريعة

---

(١) صور البعض راى الاحناف واحدا بعدم التفرقة بين كثير المال وقليله ، (نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١١٨) رغم استناده على ما جاء فى الدر المختار لتأييد رأيه فى التفرقة بين الدفاع عن المال الكثير والمال القليل ، راجع ما يلى ص ٢٦٩ .

(٢) تكملة البحر الرائق ومعه متن الكنز - الطبعة الاولى - العلمية - الجزء الثامن - ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ .

(٣) فتح القدير - الجزء الرابع - ص٢٧٦ ، وراجع حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٤٨٢ .

وفى الصغرى قصد ماله ان عشرة أو أكثر له قتله وان قل قاتله ولم يقتله » (١) .

ويرى **الحنابلة** التسوية بين الدفاع عن النفس والدفاع عن العرض والدفاع عن المال دون تفرقة بين المال الكثير والمال القليل ، فقد جاء فى **كشاف القناع** « ومن صال على نفسه أوعلى نسائه .. أو على ماله ولو قل المال دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به لانه لو منع من ذلك لادى الى تلفه واذاه فى نفسه وحرمته وماله ... فان لم يمكنه دفعه الا بالقتل ... فله ضربه بما يقتله أويقطع طرفه ، ويكون ذلك هدرا لانه اتلف لدفع شره كالباغى » (٢) .

كما جاء فى **المغنى** : وقال أحمد فى اللصوص « يريدون نفسك ومالك قاتلهم تمنع نفسك ومالك ، وقال عطاء فى المحرم يلقى اللصوص قال يقاتلهم اشد القتال ، قال ابن سيرين ما اعلم احدا ترك قتال الحرورية واللصوص تأثما الا أن يجبن وقال الصلت بن طريف قلت للحسن أحرج فى هذه الوجوه أخوف شىء عندى يلقانى المصلون يعرضون لى فى مالى فان كففت يدى ذهبوا بمالى ، وان قاتلت المصلى ففيه ما قد علمت ؟ قال اى بنى من عرض لك فى مالك فان قتلته فالى النار وان قتلك فشهيد ، ونحو ذلك عن انس والشعبى والنخعى » (٣) .

ويرى **المالكية** انه يجوز للمصول عليه ان يسترد ماله من يد الصائل ، فان أبى ان يرد المال كان للمصول عليه أن يدفع الصائل بكل ما يستطيع ليسترد ماله ، فان امتنع الصائل وبدا فى قتال المصول عليه مبالغة فى الامتناع عن رد المال كان لصاحب المال ان يقتل الصائل دفاعا عن ماله وسواء كان هذا المال قليلا أم كثيرا ، فقد جاء فى تبصرة الحكام « قال أصبغ فى السارق يدخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه فيشعر به فيخرج فى اثره حتى اذا ارهقه تحول الى السارق فدافعه عن نفسه وامتنع منه وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو سكين أو عصا او غير ذلك فيقتله الرجل فى متاعه ذلك حين لم يجد الى أخذه سبيلا، فان دمه هدر ولا شىء على قاتله من قود ولا دية » (٤) .

---

(١) شرح الدر المختار - الحصكفى - الجزء الثانى - ص ٤٤٤ .

(٢) كشاف القناع - الجزء الرابع - ص ٩٢ .

(٣) المغنى - لابن قدامة - الطبعة الثالثة - دار المنار ١٣٦٧ هـ - الجزء الثامن ص ٣٣١ .

(٤) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك - طبعة الحلبى - ١٩٥ - الجزء الثانى - ص ١٨٥ - ١٨٦ .

وجاء فى الشرح الكبير « وان كان الدفع عن مال وبالغ عليه لئلا يتوهم أن قتل المعصوم لا يجوز الا اذا كان الدفع عن نفس أو حريم لسهولة المال بالنسبة لقتل المعصوم » (١) .

ولا يفرق **الشافعية** بين الدفاع عن النفس والدفاع عن العرض والدفاع عن المال وان قل فى اباحة قتل الصائل متى كان القتل هو الوسيلة الوحيدة للدفاع ، فقد جاء فى شرح العلامة جلال الدين المحلى، « له دفع كل صائل ... على نفس أو طرف أو يضع ، أو مال وان قل .. اذا كانت المذكورات معصومة ، فان قتله فلا ضمان فيه بقصاص ولا دية ولا كفارة » (٢) .

وقد **ذهب رأى معاصر (٣)** الى أن الاعتداء على المال يعطى صاحبه الحق فى الدفاع عنه بالوسيلة التى يراها مناسبة للدفاع عن ماله حتى ولو كانت هذه الوسيلة هى قتل الصائل **متى كان المال كثيرا** أما اذا كان المال قليلا فلا يباح قتل المعتدى فى غير حالتين :

الحالة الأولى :

أن يبدأ الصائل فى مقاتلة المصول عليه فى سبيل الاستيلاء على المال ، فيجوز - وفقا لهذا الراى - للمصول عليه أن يقاتل الصائل دفاعا عن ماله فان لم يندفع جاز للمصول عليه قتله ، لان الدفاع فى هذه الحالة يكون عن النفس والمال معا .

الحالة الثانية :

اذا كان صاحب المال القليل فى حاجة ماسة اليه ، فيترتب على ترك الدفاع ضرر جسيم للمصول عليه .. اما اذا كان صاحب المال القليل يستطيع الاستغناء عنه ، فلا يجوز - بحال - للمصول عليه قتل الصائل بل عليه أن يتهاون فى هذا المال ، حفظا للنفس التى حرم الله قتلها الا بالحق ولان المصول عليه يستطيع الرجوع على الصائل لاسترداد ماله أو أخذ قيمته حسب الاحوال .

---

(١) الشرح الكبير - دار احياء الكتب العربية - الجزء الرابع ص ٣٥٧ .

(٢) شرح جلال الدين المحلى - الطبعة الثالثة - ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م - بهامش قليوبى وعميرة - ص ٢٠٦ .

(٣) نظرية الدفاع الشرعى - الدكتور يوسف قاسم - ص ١٢١ وما بعدها .

ويستند هذا الراى الى عبارتين احداهما جاءت فى الفقه المالكى والثانية وردت فى الفقه الحنفى ، أما الاولى فقد جاءت فى حاشية الدسوقى ونصها « واما على المال فان ترتب على اخذه هلاك أو شدة اذى كان كدفع الصائل عن النفس .. والا لم يجب اتفاقا » (١) واما العبارة الثانية فقد جاءت على لسان صاحب الدر المختار ونصها « قصد ماله ان عشرة أو اكثر له قتله وان اقل قاتله ولم يقتله » (٢) .

والراى عندى أن هذه الوجهة من النظر تخلط بين وجود الدفاع، وبين الحدود التى يجب أن لا يتجاوزها هذا الدفاع فالاعتداء البسيط على المال يبيح الدفاع الشرعى ، ولكنه لا يبيح القتل كوسيلة للدفاع ، وفرق كبير بين وجود الدفاع ، وبين تحديد نطاقه ومداه .

واما الاستدلال بالعبارتين الواردتين فى الفقه المالكى والفقه الحنفى فهو - فى راينا - موضع نظر - لان عبارة العلامة الدسوقى نفت وجوب الدفاع ، ولم تعرض لاباحة الدفاع ولا يجوز الخلط بين الاباحة والوجوب فكل منهما قسم مستقل من أقسام الحكم التكليفى (٣) ، واما عبارة صاحب الدر المختار فقد كفانا مئونة الرد عليها العلامة ابن عابدين حيث يقول « يريد تقييد ما اطلقته المتون والشروح مع انها لا تقيد بما فى الفتاوى ، قال الماتن فى آخر قطع الطريق ، ويجوز أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه وقال فى المنح عن البحر استقبله اللصوص ومعه مال لا يساوى عشرة حل له أن يقاتلهم لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك »واسم المال يقع على القليل والكثير (٤) .

والعبرة - فى راينا - ليست بقلة المال أو كثرته وانما بتوافر شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء ، وشرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، فاذا توافرت شروط الدفاع من حيث اللزوم والتناسب ، أبيح للمصول عليه قتل الصائل دون نظر الى قيمة المال موضوع الصيال .

وحاصل القول ان الفقه الاسلامى يبيح القتل اذا تعين وسيلة للدفاع عن النفس والعرض والمال بأن توافرت شروط الدفاع من حيث لزومه لدرء العدوان وتناسبه معه .

---

(١) حاشية الدسوقى - الجزء الرابع - ص ٣٥٧ .

(٢) الدر المختار - هامش حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - ص ٤٨٧ .

(٣) راجع ما يلى فى حكم الدفاع الشرعى - المبحث الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى من هذا القسم - ص ٢٧٦ .

(٤) حاشية ابن عابدين - الجزء الخامس - طبعة ١٣٢٦ هـ ص ٣٦٢ .

الفرع الثانى

التناسب والدفاع بالقتل فى الفقه الوضعى

تتجه التشريعات المعاصرة فى شأن اباحة القتل كوسيلة للدفاع اتجاهين ، الاول يطلق الدفاع بالقتل لدرء خطر جميع الجرائم ؛ متى توافرت شروط الدفاع من حيث اللزوم والتناسب طبقا للقواعد العامة فى تحديد معنى اللزوم ومعيار التناسب .

ويأخذ بهذا الاتجاه فى نطاق التشريعات العربية قوانين لبنان وسوريا والاردن ؛ فلم تورد حالات الدفاع بالقتل تاركة ذلك للقواعد العامة (١) . والاتجاه الثانى يحدد الجرائم التى يباح القتل كوسيلة لدفعها على سبيل الحصر ومن هذا الاتجاه القانون الفرنسىوالتشريعات العربية فىالعراق ، والسودان وليبيا وتونس والجزائر والمغرب ومصر.

ونتناول على التوالى حالات الدفاع الشرعى بالقتل فى القانون الفرنسى والتشريعات العربية وموقف القانون المصرى فى ضوء الفقه الاسلامى .

١ ـ حالات الدفاع الشرعى بالقتل فى القانون الفرنسى :

نصت المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسى على حالتين متميزتين للدفاع الشرعى فقضت بأنه يدخل فى حالة الضرورة المباشرة للدفاع الشرعى الحالتان الآتيتان :

١ ـ اذا كان فعل القتل او الجرح او الضرب قد حدث ليلا ردا لتسور أو كسر سور أو حائط او مدخل منزل أو شقة مأهولة بالسكان أو لملحقاتها .

٢ ـ اذا حدث الفعل دفاعا عن السرقة او النهب الذى يتم بالقوة.

وقد أثار هذا النص جدلا عنيفا حول مضمونه وما اذا كان قد أدخل تعديلا على النظرية العامةللدفاع الشرعى فيما يتعلق بشرطى اللزوم والتناسب .

فذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسى الى أن المادة قد انشأت قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ؛ ومن هذه الاحكام قضية مدام

---

(١) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ـ أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى ـ الطبعة الاولى ١٩٧٠ ـ ص ٥٧ .

جوفوس التى قتلت بواسطة حارسها أحد جيرانها الذى كان يحضر أثناء الليل بعد تسلق سور حديقة قصرها لوضع خطاب غرام أسفل شباك غرفة ابنتها (١) .

وكذلك قضية بوشون الذى اتهم هو وابنه بقتل عشيق ابنته الذى كان يتسلق سور الحديقة فى الظلام لمقابلتها (٢) .

فقد برات محكمة الجنايات كل من السيدة جوفوس وحارسها وكذلك بوشون الوالد والابن استنادا الى المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات وهى الحالات الممتازة للدفاع الشرعى التى احتج بها المتهمون .

وذهبت بعض احكام القضاء الفرنسى الى أن القرينة التى اقامتها المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات ليست قرينة قاطعة وانما هى قرينة بسيطة يمكن اقامة الدليل على عكسها ، فقد اصدرت محكمة الجنايات فى باريس حكما ادانت فيه أحد الاشخاص لانه جرح آخر بعد أن فاجأه فى مكتبه ليلا وكان الاخير قد حضر الى مكتب الجانى بناء على موعد معه ، وقد ادعى المتهم عدم تعرفه على هذا الشخص عندما فاجأه ليلا فى منزله (٣) ، فقد اعترفت محكمة الجنايات فى هذا الحكم بأن القرينة التى تنشئها المادة ٣٢٩ ليست قاطعة ، وانما قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس . وحكمت محكمة النقض الفرنسية بأن احداث الجرح بشخص دخل منزل الجارح او أحد ملحقاته ليلا ، مجرد قرينة قانونية على أن الجرح حدث دفاعا شرعيا عن النفس او المال ولكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، وبناء على ذلك عوقب مالك المنزل على جرح عمد لانه اطلق النار ليلا على سكران تسلق جدران الحديقة المحيطة بالمنزل بغية زيارة الخادمة ودون اكتراث بالانتهار الموجه اليه (٤) .

وكما أثارت المادة ٣٢٩ خلافا فى القضاء الفرنسى فقد اثارت نقاشا فى الفقه الفرنسى ، فقد ذهب رأى الى أن المشرع قد أراد بالمادة ٣٢٩ مجرد ذكر أمثلة لحالات من الدفاع الشرعى ، وقيل بأن المشرع قد

---

(١) Cour d'Assises d'eureu 18 dec. 1857. Le droit, 19/12/1857.

ومشار اليه فى شرح قانون العقوبات الجزائرى ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٠.

(٢) Cour d'Assises de la maselle 27, Fev. 1858, Le droit, 3/3/1858.

(٣) Cour d'Assises de Paris, 18-2-1933, Rec. Sirey, 1933-11-107.

(٤) Cass, 19 Févr., 1959 — D.H. 1959, J. 161.

استهدف من هذا النص أن يمد الدفاع الشرعى الى الاعتداء على المال لكى لا يكون مقتصرا على الدفاع عن النفس فقط . وقد هجر هذان الرايان لأنه ليس من اختصاص المشرع أن يورد امثلة تطبيقية فى النصوص التشريعية ، لان ذلك مهمة الفقهاء .

كما أن الدفاع الشرعى مقرر اصلا لحماية النفس والمال ، وليس ثمة ما يدعو المشرع لان يؤكد فى نص خاص ما سبق ان قرره كقاعدة عامة . والسائد فى الفقه الفرنسى الحديث ان المشرع اراد بهذا النص وضع قرينة présomption لمصلحة من يوجد فى حالة من الحالتين المنصوص عليهما على توافر شروط الدفاع الشرعى (١) ، ولذلك يطلق الفقه الفرنسى على الحالتين الواردتين فى المادة ٣٢٩ الحالات الممتازة للدفاع الشرعى (٢)

Les cas privilégies de Légitime défense.

وقد استبقى مشروع قانون العقوبات حالات القرينة المنصوص عليها فى المادة ٣٢٩ فنصت المادة ٢/٤٤ من المشروع على انه « ويفترض انه كان فى حالة دفاع شرعى من ارتكب الفعل لدفع الدخول ليلا بالتسلق او الكسر فى مكان مسكون » .

وقد بررت اللجنة التى وضعت المشروع استبقاءها بمقولة انها حالة متميزة تتطلبها مقتضيات الحماية الاجتماعية فالغرض الأساسى منها تأكيد فكرة حصانة المسكن ومع ذلك فهى قرينة قابلة لاثبات العكس (٣) .

٢ ـ حالات الدفاع الشرعى بالقتل فى التشريعات العربية :

تحدد بعض التشريعات العربية على سبيل الحصر حالات الدفاع الشرعى بالقتل ، فالقانون **السودانى** يحدد هذه الحالات فى المادتين

---

(١) فيدال ومانيول ـ الجزء الاول ـ الطبعة السابعة ـ باريس ١٩٢٨ ـ رقم ٢٠٨ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ بوذا وبنتال ـ الجزء الاول ـ باريس ١٩٦٦ ـ رقم ٢٩٣ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، دونديه دى فابر ـ رقم ٤٠٧ ص ٢٣٥ .

(٢) Gaston Stefani et Georges Levasseur, Droit pénal général, Paris 1967, No. 143. P. 167, et Alfréd Légal, Les cas privilegies de légitime défense, Revue de science criminelle et de droit pénal compare, 1965. P. 414.

(٣) تعليقات على مشروع قانون العقوبات الفرنسى ـ الدكتور محمود محمود مصطفى الكتاب الاول ـ القسم العام ـ مطبعة جامعة القاهرة ـ ١٩٨٠ ـ ص ٧٥ .

٦١ ، ٦٢ وتنص المادة ٦١ على أنه « مع مراعاة القيود المنصوص عليها في المادتين ٥٨ ، ٥٩ لا يمتد حق الدفاع الشرعي عن الجسم الى تعمد تسبب الموت الا اذا كان الفعل المراد دفعه من الافعال الآتية :

(أ) اعتداء يتخوف ان يحدث منه الموت او الاذى الجسيم اذا قام هذا التخوف على أسباب معقولة .
(ب) الاغتصاب او التهجم بقصد اشباع شهوة غير طبيعية .
(جـ) خطف انسان او استدراجه .

وتنص المادة ٦٢ على أنه « مع مراعاة القيود المنصوص عليها في المادتين ٥٨ ، ٥٩ لا يمتد حق الدفاع عن المال الى تعمد تسبب الموت الا اذا كان الفعل المراد دفعه من الافعال الآتية :

(أ) النهب .
(ب) السطو على الامكنة ليلا .
(جـ) الاتلاف بوضع النار في بناء او خيمة او سفينة ، متى كان البناء او الخيمة او السفينة مستعملا لسكن الانسان او لحفظ الاموال.
(د) السرقة او الاتلاف او التعدي على الامكنة اذا وقعت احدى هذه الجرائم في ظروف تسبب تخوفا معقولا من موت او اذى جسيم يكون نتيجة لعدم استعمال حق الدفاع الشرعي .

ويحصر **القانون العراقي** الحالات التي تبيح الدفاع بالقتل في المادتين ٤٣ ، ٤٤ ، فتنص المادة ٤٣ على أن حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يبيح القتل عمدا الا اذا اريد دفع احد الامور التالية :

١ ــ فعل يتخوف ان يحدث منه الموت او جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف اسباب معقولة .
٢ ــ مواقعة امراة او اللواطة بها او بذكر كرها .
٣ ــ خطف انسان .

وتنص المادة ٤٤ على أن « حق الدفاع الشرعي عن المال لا يبيح القتل عمدا الا اذا اريدبه دفع احد الامور التالية :

١ ــ الحريق عمدا .
٢ ــ جنايات السرقة .
٣ ــ الدخول ليلا في منزل مسكون او في احد ملحقاته .
٤ ــ فعل يتخوف ان يحدث منه الموت او جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف اسباب معقولة .

وحـدد **القانون الليبى** حالات اباحة الدفاع الشرعى بالقتـل فى المادة ٧٠ مكرر التى تنص على أن « حق الدفاع الشرعى لا يبيح القتل العمد الا اذا كان مقصودا به دفع أحد الامور الآتية :

١ ــ فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جروح بالغة اذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة .
٢ ــ مواقعة انسان أو هتك عرضه بالقوة او التهديد .
٣ ــ خطف انســان .
٤ ــ سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات .
٥ ــ الدخول ليلا فى منزل مسكون او فى أحد ملحقاته .

وقد أجاز **القانون الكويتى** القتل فى حالات ثلاث فنصت المادة ٣٤ منه على أن « لا يبيح الدفاع الشرعى القتل العمد الا اذا قصد به دفع جريمة من الجرائم الآتية » :
١ ــ جريمة يتخوف أن يحدث منها الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .
٢ ــ مواقعة انثى بغير رضاها أو هتك عرض انسان بالقوة .
٣ ــ اختطاف انسان بالقوة او التهديد .

اما قوانين **تونس** (فى المادتين ٣٩ ، ٤٠) **والمغرب** (فى المادتين ٨٣ ، ٨٥) **والجزائر** (فى المادة ٤٠) فقد أجازت القتل فى حالات ثلاث :
الاولى : لدفع خطر الاعتداء على الحياة (١) .
الثانية : لدفع تسور او كسر أو دخول مسكن او أحد توابعـه متى حصل ذلك ليلا .
الثالثة : لدفع السرقة او النهب بالقوة .

٣ ــ موقف القانون المصرى :

القاعدة العامة فى قانون العقـوبات المصرى حظر القتل كوسيلة للدفاع الشرعى فى غير الحالات الواردة على سبيل الحصر فى المادة ٢٤٩ بالنسبة لجرائم النفس ، والمادة ٢٥٠ بالنسبة لجرائم المال وترتيبا على

---

(١) مع مراعاة أن القانون التونسى يشترط ان يكون الخطر محدقا بحياة المدافع او احد أقاربه وهم طبقا للمادة ٣٩ :
اولا : الاقارب من طبقة الاصول والفـروع ، ثانيا : الاخوة والاخوات ، ثالثـا : الزوج والزوجة وهذا الشرط غير وارد فى قانون المغرب والجزائر .

هذا الحظر فانه لا يجوز القتل حتى ولو كان لازما للدفاع فى نظر المدافع (١) فى غير هذه الحالات .

وفيما يتعلق **بجرائم النفس** فقد نصت المادة ٢٤٩ على أن « **حق** الدفاع الشرعى عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد الا اذا كان مقصودا به دفع احد الامور الآتية:

أولا : فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف **أسباب معقولة** ...

والمقصود **بالجراح البالغة** الجراح التى يتخوف **لاسباب معقولة** أن تفضى الى الموت أو الى عاهة مستديمة كفقد عضو أو عجز خطير ، وظروف الحال هى التى تحدد مدى معقولية سبب التخوف ، وتطبيقا لذلك قضى بأن مفاجأة شخص أثناء سيره وسط المزروعات فى ليلة حالكة الظلمة يستحيل معها الرؤية وفى مكان ينأى عن العمران بطلق نارى نحوه هو فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة يبرر رد الاعتداء بالوسيلة التى تصل الى يد **المدافع ويعتبر فى** حالة دفاع شرعى عن نفسه ، اذ أن تقدير ظرف الدفاع الشرعى ومقتضياته أمر اعتبارى يجب أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيه مختلف الظروف الدقيقة التى أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان مما لا يصلح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادىء البعيد عن تلك **الملابسات** » (٢) .

ثانيا : اتيان امرأة كرها أو هتك عرض انسان بالقوة .. ويقصد المشرع بذلك جرائم الاغتصاب المنصوص عليها فى المادة ٢٦٧ عقوبات ، وجرائم هتك العرض المنصوص عليها فى المادة ٢٦٨ عقوبات ..

ثالثا : اختطاف انسان : ويقصد المشرع بذلك جرائم الخطف المنصوص عليها فى المواد ٢٨٣ ، ٢٨٨ ، ٢٩٠ من قانون العقوبات .

وأما **جرائم المال** التى تبيح القتل كوسيلة للدفاع فقد حصرتها المادة ٢٥٠ عقوبات التى تنص على أن « حق الدفاع الشرعى عن المال

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٥ ، الدكتور محمد مصطفى القللى - فى المسئولية الجنائية - ص ٣٤٠ ، الدكتور محمود محمود مصطفى القسم العام - ص ٢٣٥ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٣١ .

(٢) نقض ٣٠ اكتوبر ١٩٥٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة السابعة - رقم ٢٠٧ - ص ١١١٣ .

لا يجوز أن يبيح القتل العمد الا اذا كان مقصودا به دفع أحد الامـور الآتية :

أولا : فعل من الافعال المبينة فى الباب الثانى من هذا الكتاب .
ثانيا : سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات .
ثالثا : الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته .
رابعا : فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

والملاحظ أن الفقرتان ثانيا وثالثا تقابلان مضمون المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسى (١) .

ونتناول هذه الحالات على التوالى :

الحالة الاولى :

الجرائم المنصوص عليها فى الباب الثانى من الكتاب الثالث وهى جرائم الحريق العمد واستعمال المفرقعات والمنصـوص عليها فى المواد ٢٥٢ ، ٢٥٢ مكـــــررا (٢) ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ (٣) .. وهذه الجرائم من الخطورة ممـا حدا بالمشرع الى اباحة القتل درءا لخطرها ، ويستثنى من ذلك الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٥٩ فخطورة الجريمة الواردة فى هذه المادة لا تقاس بخطورة الجرائم التى يتناولها هذا الباب (٤) .

الحالة الثانية :

سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات وهذه السرقات هى المنصوص عليها فى المواد ٣١٣ — ٣١٦ .
اما اذا كانت الجريمة من السرقات المعـدودة من الجنح فانها لا تبيح القتل العمد ، ولكن اذا قتل المعتدى عليه السارق فانه لا يعتبر

---

(١) استعمال الحق كسبب للاباحة — رسالة دكتوراه — الدكتور عثمان سعيد عثمان — القاهرة ١٩٦٨ — ص ٣٨١ .
(٢) أضيفت بالقانون ٦٣ لسنة ١٩٧٥ — الجريدة الرسمية العدد ٣١ فى ٥٧/٧/٣١
(٣) المادة ٢٥٨ الغيت بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٤٩ .
(٤) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢٠٧ .

معتديا الا بالقدر الذى تجاوز به حدود الدفاع الشرعى حيث استخدم قدرا من القوة لا يجوز له أن يستخدمه فى رد العدوان (١)

الحالة الثالثة :

الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته ، والشارع فى هذه الحالة لا يحدد جريمة معينة يريد الجانى ارتكابها ، وانما يعتبر مجرد الدخول ليلا فى منزل مسكون أو أحد ملحقاته قرينه على ان الداخل ينتوى سوءا أو يقصد شرا (٢) ومن ثم فقد اعتبر المشرع مجرد الدخول مبررا للقتل (٣) لما لعنصر المفاجأة من أثر نفسى على المدافع (٤) ، خصوصا وان الدخول ليلا ، والليل يسهل للمعتدى تنفيذ غرضه الاجرامى لصعوبة طلب المعونه وقد خلد الناس للراحة فى مساكنهم ، فضلا عن ان المدافع لا يعرف مقصد الداخل وقد يكون مقصده ارتكاب جريمة خطيرة على النفس أو على المال . على انه يجب ان يكون المدافع قد اعتقد ان الجانى يقصد ارتكاب جريمة وأن يكون هناك من ظروف الحال ما يجعل هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة (٥) .. وبعبارة اخرى يجب أن يكون المدافع جاهلا نوايا الداخل .. فاذا كان اعتقاد المدافع لا يستند الى أسباب معقولة فان القتل يكون قد حدث بغير تبصر فيسال عنه بوصفه جريمة غير عمدية ، أما اذا كان المدافع يعلم ان الدخول برىء وبغير قصد ارتكاب جريمة فانه يسأل عن قتل عمد .. ولذلك حكم بأنه اذا كان الثابت ان المجنى عليه تسلق جدار منزل المتهم ليلا ليدخل فيه ، وأن المتهم حين شاهده على هذه الحالة وهو فوق السطح أطلق عليه المقذوف النارى بقصد قتله ، فانه لما كان الاقدام على تسلق جدار المنزل تتوافر فيه بلا شك جميع معانى الدخول فى المنزل ، ثم لما كان نص المادة ٢٥٠ لا يشترط فى عبارة صريحة ان يكون الدخول بقصد ارتكاب جريمة أو فعل آخر من أفعال الاعتداء ، وهذا مفاده بالبداهة أن القانون يعتبر أن دخول المنازل ليلا بتلك الطريقة يحمل بذاته قرينة الاجرام ، بحيث يصح لصاحب الدار أن يعده اعتداء على المال أو فعلا يتخوف منه الاذى ، ويحق له رده كما ترد

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٧ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٧ ، الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام (المصرى) - ص ٢٣٣ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٧ .

(٤) الدكتور على راشد - القانون الجنائى - ص ٥٤٤ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص ٢٣٨ ، الدكتور احمد فتحى سرور - القسم العام - ص ٢٤٨ .

سائر الاعتداءات ، ما لم يقم دليل على انه كان يعلم حق العلم أن الدخول الذى يقول بأنه يرده قد كان فى نظره بريئا خاليا من فكرة الاجرام » (١)

ويشترط فى هذه الحالة الشروط الآتية :

١ — أن يكون الدخول فى منزل مسكون او فى احد ملحقاته ويقصد بالمنزل السكن الخاص ، فلا يدخل فى معناه المحلات العامة التى يجوز ارتيادها ليلا ، كالمستشفيات والفنادق كما لا يدخل فى معناه المنازل غير المسكونة ، ولا المساكن المعدة للسكنى لانها فى الواقع غير مسكونة ، وقد سوى المشرع بين المنزل المسكون وبين ملحقاته ، ويقصد بالملحقات الامكنة المتصلة بالمنزل المسكون مباشرة والمخصصة لمنافعه سواء كانت بجواره او فوق سطحه ، مثل غرف الغسيل ، عشش الطيور والحديقة (٢) ، ولا يشترط الدخول فعلا وانما يكفى ان يكون المهاجم فى سبيل الدخول بأن يتسلق جدران المنزل (٣) وقد ذهب رأى الى وجوب أن يكون هناك سكان فعلا وقت الاعتداء (٤) ، غير أن جمهور الشراح لا يوجبون ذلك ويكفى فى نظرهم ، أن يكون المنزل مسكون فعلا وان كان سكانه فى الخارج مؤقتا وقت حصول الاعتداء (٥) .

٢ — أن يكون الدخول ليلا ، ولم يضع المشرع تعريفا يحدد المقصود بالليل ، لذلك قام الخلاف حول تحديده ، فقيل انه الفترة التى يخيم فيها الظلام وهى الفترة التى تلى غياب الشفق وتمتد الى ما بعد الفجر بقليل (٦) . وذهبت محكمة النقض فى احكامها القديمة الى أن تحديد الليل مسألة موضوعية يترك الامر فيها لتقدير المحكمة (٦) ، غير أنها فى

---

(١) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٤٤ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء السادس رقم ٤٣٧ — ص ٥٧٢ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢٠٨ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٣٨ .

(٣) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء السادس رقم ٤٣٧ — ص ٥٧٢ .

(٤) الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٣٤١ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٣٨ ، الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (الصرى) ص ٢٣٣ ، الدكتور مامون سلامة — القسم العام — ص ٢٢٧ .

(٦) الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٣٤١ .

(٧) نقض ٢٢ يناير سنة ١٩١٠ — المجموعة الرسمية — السنة العاشرة — رقم ٤٣ ٢٦ يونية سنة ١٩١٥ — الشرائع — السنة الثانية — ص ٢٠٤ .

أحكام حديثه حددت الليل بأنه الفترة بين غروب الشمس مساء وشروقها صباحا وهو ما تواضع عليه الناس (١) .

الحالة الرابعة :

فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة وهذه الحالة هى عين الحالة الاولى الواردة فى حالات القتل للدفاع عن النفس (المادة ٢٤٩/١) ، هى هناك تبيح القتل دفاعا عن النفس ، وهنا تبيح الدفاع عن المال والنفس معا (٢) .

وقد ذهب راى الى أن هذه الحالة فى حقيقتها من قبيل الدفاع الشرعى عن النفس ، وليس ثمة ما يدعو لتكرارها فى حالات الدفاع عن المال (٣) .

ولعل الصحيح هو ما ذهب اليه غالبية الشراح من أن تكرار هذه الفقرة مقصود من المشرع ، فكثيرا ما يقترن الاعتداء على المال بأفعال يخشى منها موت أو جراح بالغة (٤) ، ومن أمثلة ذلك استعمال المفرقعات استعمالا من شأنه تعريض أموال الغير للخطر (٥) أو سرقة معدات أو آلات لازمة لاجراء عملية جراحية عاجلة لمريض مهدد بخطر الموت أو بالجروح البالغة اذا لم يتم اسعافه فورا اذا كانت السرقة مقصودة لذاتها ، ولم يكن المقصود منها احداث الوفاة بعدم الاسعاف(٦) ، أو محاولة تعطيل ماكينة مصعد كهربائى أثناء حركته وبه بعض الاشخاص مما يؤدى الى سقوط المصعد وموت هؤلاء الاشخاص أو اصابتهم بجراح

---

(١) نقض ٦ يناير سنة ١٩٤٨ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السابع رقم ٤٨٣ ـ ص ٤٤٦ .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٣٩ .

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢٠٩ ، والدكتور محمد كامل مرسى ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ـ الجزء الاول ـ ص ٤٧٩ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٣٩ ، الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ ص ٥٤٥ ، الدكتور محمود نجيب حسنى . القسم العام (المصرى) ص ٢٣٥ الدكتور أحمد فتحى سرور ـ القسم العام ص ٢٨٥ .

(٥) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٣٩ .

(٦) الدكتور مامون سلامة ـ القسم العام ـ ص ٢٢٨ .

بالغة » (١) أو أن يحاول شخص اتلاف آلة فيهدد ذلك بانفجارها بحيث تقضى على حياة العاملين عليها او تصيبهم بجراح بالغة (٢) .

اثر تحديد اباحة القتل دفاعا عن النفس والمال فى القانون المصرى :

عرضنا فيما سبق الخلاف فى القضاء والفقه الفرنسيين حول مضمون المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات الفرنسى (٣) مما يثير التساؤل حول ما اذا كان لهذا الخلاف صداه فى الفقه المصرى بالنسبة للمادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات المصرى .

والواقع أن هذا الخلاف لم يثر فى الفقه المصرى ، حيث اوضحت تعليقات الحقانية على المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من قانون سنة ١٩٠٤ (المادتان ٢٤٩ ، ٢٥٠ من القانون الحالى) أن توافر حالة من الحالات المذكورة ليس الا قرينة نسبية بسيطة على تناسب الاعتداء مع القتل، فلا يسلب المحاكم سلطة تقدير التناسب ، بمعنى انه اذا كان دفع الخطر مستطاعا بوسيلة دون القتل فعلى المهدد بالاعتداء أن يلجأ الى هذه الوسيلة والا كان متجاوزا حدود الدفاع .

وبعبارة أخرى يمكن القول انه بالنسبة لاباحة القتل يقيد المشرع المدافع بنوعين من التناسب .

الاول :

تناسب قانونى . فالقتل لا يكون مناسبا الا لرد الاعتداءات الواردة على سبيل الحصر فى المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات.

الثانى :

تناسب واقعى ، يخضع تقديره لسلطة المحكمة حسب ظروف الحال ويستظهره قاضى الموضوع بحسب ظروف كل قضية (٤) .

موقف القانون المصرى فى ضوء الفقه الاسلامى :

ذهب رأى الى أن التحديد المنصوص عليه فى المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠

---

(١) الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ ٥٤٥ ، الدكتور احمد فتحى سرور القسم العام ـ ص ٢٨٥ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام ـ ص ٢٣٥ ، الدكتور على راشد القانون الجنائى ـ ص ٥٤٥ .

(٣) راجع ما سبق ص ٢٧٠ .

(٤) الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ ص ٥٤٢ .

من قانون العقوبات المصرى بخصوص الجرائم التى تبيح القتل العمد للدفاع عن النفس والمال، ليس فيه أى مخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية، لأن القتل العمد هو أخطر الجرائم ، فاذا رأى المشرع حصر حالاته فان مسلكه يكون محمودا (١) .

والواقع ان اطلاق الشريعة الغراء حالات الدفاع الشرعى بالقتل طالما تعين القتل وسيلة للدفاع بأن كان لازما لدرء الاعتداء ، ومتناسبا معه ، هو الموقف السديد ، لأنه قد يدخل فى الحصر جرائم تافهة لا تبرر القتل ، ومثال ذلك الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٥٩ من قانون العقوبات المصرى حيث يرى البعض - بحق - أنها جريمة تافهة لا تقاس خطورتها بخطورة باقى الجرائم التى بررت اباحة القتل دفعا لها (٢) ، فى حين قد لا يشمل الحصر جرائم أخرى لها من الخطورة ما يوجب تبرير القتل وسيلة لدفع خطرها .

ولذلك ذهب أحد أعلام قانون العقوبات فى مصر الى تفضيل مسلك قوانين لبنان وسوريا والأردن التى لم تحدد حالات الدفاع بالقتل حيث يقول أنه « نظر أفضل من ايراد حالات معينة قد لا يكون القتل مبررا رغم توافرها . وقد يوجد غيرها مما يبرر القتل » (٣) .

وهكذا يتبين مدى تفوق الشريعة الاسلامية الغراء فى الصياغة والصنعة القانونية ، ولا ريب فى ذلك فهى شريعة الحق شريعة الله »

---

(١) الدكتور يوسف قاسم - نظرية الدفاع الشرعى - ص ٨٨ ، ١٤١ ، ١٤٢ .
(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة - ص ٢٠٧ .
(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ص ٥٧ .