الباب الثانى

ثبوت الدفاع الشرعى وأحكام تجاوزه

تمهيد وتقسيم :

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

ولكن يثور التساؤل عن الكيفية التى تثبت بها هذه الشروط وبعبارة أخرى ، ما هى ادلـــة اثبات هـــذه الشروط ؟ ومن يقع عليـــه عبء الاثبات ؟

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

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

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

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

الفصل الأول : ثبوت الدفاع الشرعى وآثره .

الفصل الثانى : تجاوز حدود الدفاع الشرعى .

الفصـــل الاول

ثبوت الدفاع الشرعى وآثره

تمهيد وتقسيم :

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

وعليه نقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة على التوالى . .

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

المبحث الأول

اثبات الدفاع الشرعى

الاثبات لغة هو الحجة (١) أو الدليل أو البرهان ، ويعرف الاثبات فى المواد الجنائية بأنه « اقامة الدليل على وقوع الجريمة ، أو عدم حصولها وعلى اسنادها الى المتهم أو براءته منها » (٢) .

ويمكن القول ان المقصود باثبات الدفاع الشرعى اقامة الحجة على توافر أركانه ، وشروط كل ركن .

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

---

(١) القاموس المحيط ـ المجلد الاول ـ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .
(٢) الاثبات فى المواد الجنائية فى القانون المقارن ـ الدكتور محمود محمود مصطفى الجزء الاول النظرية العامة ـ الطبعة الاولى ١٩٧٧ ـ ص ٣ .
(٣) نظرية الاثبات فى الفقه الجنائى الاسلامى ـ احمد فتحى بهنسى ـ الطبعـــة الثانية ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٧ م ـ ص ١٤ .

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

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

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

المطلب الأول

اثبات الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

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

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

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

---

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣٢ .
(٢) طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية — الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم — طبعة ١٣٧٤ هـ — ص ١١٨ .

وترتبت عليه آثاره وهى مشروعية أفعال الدفاع متى كانت لازمة لمواجهة خطر الاعتداء .

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

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

فأمير المؤمنين عمر رضى الله عنه قد أخذ باقرار أولياء الدم بأن صاحبهم قد اعتدى على عرض القاتل ، وان هذا الاعتداء يبرر قتله .

وأما البينة فهى فى اصطلاح الفقهاء شهادة رجلين عدلين من المسلمين ، على الواقعة ، فاذا شهد الرجلان بأن الصائل قد هاجم المصول عليه ، كان ذلك كافيا لاثبات الدفاع ، فالصيال على الأنفس والأعراض — فيما عدا جريمة الزنا والأموال يثبت بشهادة رجلين عدلين من المسلمين ، وقد ذهب الى ذلك **الحنابلة** يقول صاحب كشاف القناع « وان شهدت بينه على أنهم رأوا هذا ، اى المقتول مقبلا الى هذا اى القاتل ، فدمه اى المقتول هدر لثبوت صيالته عليه » (٢) .

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

---

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣٢ .

(٢) كشاف القناع — الجزء الثانى — ص ٩٣ .

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

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

والبينة طريق لا ثبات دعوى الصيال عند **الشافعية** وهم فى ذلك كالحنابلة فقد جاء فى الأم « ولو جاء ببينة فشهدوا أنهم راوا هذا مقبلا بسلاح شاهره ولم يزيدوا على ذلك فضربه هذا فقتله اهدرته ولو انهم راوه داخلا داره ولم يذكروا معه سلاحا او ذكروا سلاحا غير شاهره فقتله أقتدت منه لا أطرح القود الا بمكابرته على دخول الدار وان يشهر عليه السلاح وتقوم بذلك بينة قال الشافعى ولو شهدوا أنهم راوا هذا مقبلا الى هذا فى صحراء لا سلاح معه فقتله الرجل اقدته به لأنه قد يقبل الاقبال غير المخوف مريدا له ولا دلالة على انه اقبل اليه الاقبال المخوف فأى سلاح شهدوا أنه اقبل به اليه العصا او وهق او قوس او سيف او غيره ثم قتله وهو مقبل اليه شاهره اهدرته » (٤)

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

---

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣٣ .

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

(٣) شرح الدر المختار — الحصكفى — الجزء الثانى — ص ٤٤٤ .

(٤) الام — طبعة الشعب ١٩٦٨ — ص ٢٨ ، ٢٩ ، راجع حاشية قليوبى — الطبعة الثالثة — ١٣٧٥ هـ — ١٩٥٦ م — الجزء الرابع — ص ٢٠٧ .

ويعلق على ذلك العلامة الدسوقى بقوله « فاذا صال جمل مثلا على أحد فخاف منه على نفسه فقتله فلا شيء عليه ان قامت له بينة انه صال عليه وانه لم يندفع عنه الا بقتله فان لم تقم له بينة ضمن ولا يصدق فى دعواه انه صال عليه ولم يندفع عنه الا بقتله الا اذا كان بموضع ليس بحضرة الناس فانه يصدق بيمينه » (١) .

واما **اثبات الصيال فى جريمة الزنا** فقد اختلف فيه الفقهاء ، لأن القاعدة العامة فى البينة التى يثبت بها الزنا شهادة أربعة رجال عدول، وقد ثبت ذلك بالقرآن والسنة ، ففى القرآن يقول تعالى « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » (٢) .

وفى السنة النبوية ماروى عن جابر بن عبد الله قال : جاءت اليهود برجل وامراة منهم زنيا فقال : ائتونى بأعلم رجلين منكم ، فأتوه بابنى صوريا ، فنشدهما كيف تجدان امر هذين فى التوراة ؟ قالا : نجد فى التوراة : اذا شهد أربعة أنهم راوا ذكره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة رجما ، قال : فما يمنعكم أن ترجموهما ؟ قالا : ذهب سلطاننا فكرهنا القتل - فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاءوا بأربعة فذكروا أنهم راوا ذكره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة - فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، برجمهما (٣) . اخرجه أبو داود .

ولما كانت هذه هى القاعدة العامة فى اثبات جريمة الزنا لاقامة الحد فقد ذهب المالكية والشافعية واحد وجهين عند الحنابلة الى اشتراط أربعة شهود لاثبات الصيال فى جريمة الزنا - بينما ذهبت رواية عن الحنابلة أن البينة فى اثبات الصيال للزنا هى شاهدان لأن « البينة تشهد على وجوده مع المراة وانما الذى يحتاج الى أربعة شهداء - هو - الزنا ، وهذا لا يحتاج فيه الى اثبات الزنا » (٤) .

واما اصحاب الراى الأول فيشترطون الشهود الأربعة من أجل سقوط العقوبة عن القاتل مراعاة لاولياء الدم ، واما قتل المتلبسين بالزنا فهو فعل مباح ديانة لقوله صلى الله عليه وسلم «لايحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، وزنا بعد احصان ، وقتل

---

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى - طبعة الحلبى - الجز الرابع ص ٣٠٧ ، ٣٥٧ .
(٢) النساء - الآية : ١٥ .
(٣) جامع الاصول - لابن الاثير الجزرى - الجزء الرابع ص ٣٠٤ .
(٤) كشاف القناع - الجزء الثانى - ص ٩٣ .

النفس بالنفس » ، وفى هذا المعنى يقول الامام الشافعى رضى الله عنه : « ويسعه فيما بينه وبين الله عز وجل قتل الرجل وامراته اذا كانا ثيبين » (١) ، وبهذا يقول الأحناف حيث جاء فى الدر المختار « الاصل أن كل من راى مسلما يزنى أن يحل له قتله وانما يمتنع خوفا من الا يصدق انه زنى » (٢) .

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

ونفصل مذاهب الراى الأول الذى يشترط ان تكون البينة اربعة شهود حتى يثبت الصيال فى جريمة الزنا وادله كل مذهب ، فعند الشافعية جاء فى شرح المهذب « وان وجد رجلا يزنى بامراته ولم يمكنه المنع الا بالقتل فقتله لم يجب عليه شىء فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه قتله بحق ، فان ادعى انه قتله لذلك وانكر الولى ولم يكن بينة لم يقبل قوله ، فاذا حلف الولى حكم عليه بالقود لما روى ابو هريرة ان سعد بن عباده قال يا رسول الله ارايت ان وجدت مع امراتى رجلا امهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال نعم ، فدل على انه لا يقبل قوله من غير بينة » .

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

---

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

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

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

(٤) تبصرة الحكام — طبعة ١٣٧٨ هـ — ١٩٥٨ م — بهامش فتح العلى المالك — الجزء الثانى — ص ١٨٥ .

(٥) المجموع شرح المهذب — الجزء الثامن عشر — التكملة الثانية — للاستاذ محمد حسين العقبى — ص ٣٤ . ومعنى أعطى برمته أى مسلم الى أولياء المقتول يقتلونه قصاصا و (الرمة) قطعة من حبل لانهم كانوا يقودون القاتل الى ولى المقتول بحبل ولذا قيل القود . .

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

وعند الحنابلة روايتان فى عدد الشهود ، الأولى ان عدد الشهود اربعة ، والثانية انه يكفى شاهدان ، فقد جاء فى زاد المعاد « وفى عدد البينة روايتان احداهما شاهدان اختارها أبو بكر لأن البينة على الوجود لا على الزنا ، والأخرى لا يقبل أقل من أربعة » (٢) . ويرى ابن القيم سقوط القصاص متى قامت البينة بأربعة شهود ، أو أقر الولى بصيال القتيل (٣) .

وقد ذهب رأى معاصر (٤) الى التوقف وعدم الترجيح فى الخلاف الفقهى حول عدد الشهود ، **والذى ينقدح فى ذهنى** ان اثبات الصيال فى الزنا يكون باقرار ولى دم القتيل انه صال على عرض القاتل الذى لم يكن فى وسعه رد هذا الصيال بغير قتله ، فاذا انكر ولى الدم ، كان على القاتل اقامة البينة ويكفى لاقامتها شهادة شاهدين لأن المراد اثبات واقعة الصيال . وليس اثبات الزنا لاقامة الحد على الزانى ، ولعله مما يشفع لهذا الترجيح ما روى عن ابى هريرة رضى الله عنه أن سعد بن عبادة رضى الله عنه قال يا رسول الله ارايت الرجل يجد مع امراته رجلا أيقتله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا . فقال سعد : بلى والذى بعثك بالحق . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اسمعوا الى ما يقول سيدكم وفى اللفظ الآخر وان وجدت مع امراتى رجلا امهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم . قال والذى بعثك بالحق ان كنت لأعالجه بالسيف قبل ذلك . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اسمعوا الى ما يقول سيدكم أنه لغيور وانا اغير منه والله أغير منى (٥) .

فالحديث كما يرى البعض من القائلين بكفاية الشاهدين دليل على أنه لو قتله لم يقد به لأنه قال بلى والذى أكرمك بالحق ولو وجب عليه القصاص بقتله لما أقره على هذا الحلف ، ولما اثنى على غيرته ولقال

---

(١) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك ـ الجزء الثانى ـ ص ١٨٥ .
(٢) زاد المعاد فى هدى خير العباد ـ المطبعة المصرية ومكتبتها ـ للامام ابن القيم الجوزية ـ الجزء الرابع ـ ص ١١١ .
(٣) زاد المعاد ـ الجزء الرابع ـ ص ١١١ .
(٤) نظرية الدفاع الشرعى ـ الدكتور يوسف قاسم ـ ص ٣٤٤ .
(٥) زاد المعاد ـ الجزء الرابع ـ ص ١١٢ .

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

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

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

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

---

(١) راجع فى عدم اشتراط الاربعة شهود ـ الامام الاكبر محمود شلتوت ـ الاسلام عقيدة وشريعة ـ ص ٣٦٥ .

(٢) المغنى ـ الجزء الثامن ـ ص ٣٣٣ .

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

(٤) أى تزوجت .

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

وقد علق الصنعانى على الأحاديث التى وردت فى هذا المعنى بقوله « فدل جميع ما ذكر على انه يجب الاستفصال والتبيين » (٢) .

وقد سار الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أجمعين على نهج رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن ذلك أن عمر رضى الله عنه عندما عرضت عليه قضية سرقة لم يقم على السارقين الحد ، عندما تبين له انهما كانا مضطرين ، وامر وليهمـا بالاحسـان اليهما والا عوقب لأنه اجاعهما ، وروى عن الامام على كرم الله وجهه فى قصة شراحة (وكانت قد اعترفت بالزنا) فانه قال لها لعلك اسـتكرهت ؟ قالت لا ، قال : فلعل رجلا أتاك فى نومك (٣) .

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

المطلب الثـانى

اثبات الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

القاعدة العـامة فى القـانون الوضعى أن المحكمـة ليست ملزمة بالأخذ بدليل معين ، فى المواد الجنائية ، وانما لها أن تأخذ بالدليل أو تطرحه حسب اقتناعها به وتقـديرها لقوته وصحته ، حتى ولو كان هـذا الدليل هو اعتراف المتهم ، وقـد نصت المادة ٢٧١ من قانون الاجراءات الجنائية المصرى على انه « يسـأل المتهم عما اذا كان معترفا بارتكاب الفعل المسند اليه فان اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع شهود والا فلتسمع شهود الاثبات » فالاخذ باعتراف المتهم امر جوازى للمحكمة .

تمسك المتهم بالدفاع الشرعى :

اذا تمسك المتهم بأن أفعال الاعتداء التى قام بها انما كانت للرد على اعتداء غير مشروع ، حال أو على وشك الوقوع ومن ثم فهى مباحة

---

(١) سبل السلام ـ الجزء الرابع ـ ص ٦ ـ وراجع صحيح البخارى ـ الجزء الرابع ـ ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) سبل السلام ـ الجزء الرابع ـ ص ٧ .

(٣) سبل السلام ـ الجزء الرابع ـ ص ٧ .

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

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

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

---

(١) نقض ٢٤ ابريل سنة ١٩٧٢ — مجموعة احكام النقض — السنة الثالثة والعشرون رقم ١٣٦ — ص ٦٠٦ .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية — الدكتور حسن صادق المرصفاوى — ص ١٧٦ الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٧٧ .

(٣) نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ — مجموعة احكام النقض — السنة الثالثة عشر رقم ٣٤ ص ١٢٧ وراجع نقض ١٤ يناير سنة ١٩٦٣ السنة الرابعة عشر — رقم ٥ ص ٢٦ نقض ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٦٤ السنة الخامسة عشر — رقم ١٢٣ ص ٦٢٤ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٠ ، شرح قانون العقوبات الليبى — القسم العام — الدكتور احمد عبد العزيز الالفى — ص ١٨٨ .

(٥) نقض ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٣ — مجموعة احكام النقض — السنة الرابعة والعشرون رقم ٢٦٦ ص ١٣٠٥ .

اعتراف المتهم والتمسك بالدفع :

ذهبت محكمة النقض فى أحكامها القديمة الى وجوب أن يعترف المتهم بما وقع منه ، وان يوضح الظروف التى دفعته الى القيام بما وقع منه ومن هو المعتدى « وحلول خطر الاعتداء ، أو أعتقاده بوجود هذا الخطر وحلوله ، وذلك حتى يستطيع التمسك بالدفاع الشرعى.

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

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

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

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

---

(١) نقض ٦ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الثالث ـ رقم ٩٩ ص ١٤٩ وراجع نقض ٥ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية رقم ١٩٦ ص ٢٦٤ ، نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية رقم ٣٠٤ ص ٣٩٥ ونقض ٣ يونية سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية رقم ٢٨٤ ـ ص ٥٥١ ، نقض ٢٣ يونية سنة ١٩٤١ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الخامس ـ رقم ٢٨٣ ص ٥٥١ .

(٢) الدكتور رءوف عبيد ـ القسم العام ـ ص ٥٧٨ .

الاعتـــداء عليه ومتى التزم هـــو فى دفاعه الحدود المرســـومة له فى القانون » (١) .

وما انتهت اليـــه المحكمة فى احكامها الاخـــيرة هو الاقرب الى الصـــواب ، لان المحكمة عليها ان تصل الى الحقيقة من خـــلال اقوال الشهود ، وتقارير الخبراء ، واقوال المتهم ، والقرائن (٢) واذا كانت المحكمة — كما قلنا(٣) — ليست ملزمة بالاخذ باعتراف المتهم طبقا للمادة ٢٧١ من قانون الاجراءات الجنائية ، فان انكار المتهم لا يقيد المحكمة فالانكار غالبا ما يكون صادرا عن سوء دفاع ، وانكار المتهم لا ينفى ان تستظهر المحكمة من الوقائع والادلة ان ما أتاه من افعال انما كان يرد به اعتداء فهو من قبيل الدفاع المشروع .

عدم التمسك بالدفاع الشرعى :

اذا لم يتمسك المتهم بالدفاع الشرعى ، وتبينت محكمة الموضوع من خلال الوقائع واوراق الدعوى ، أن المتهم لم يكن معتديا . وانما كان يرد اعتداء غير مشروع ، وتوافرت أركان الدفاع الشرعى ، فانه يكون عليها أن تعامله على هذا الاساس ومن تلقاء نفسها تحكم بالبراءة ولو لم يتمسك المتهم بالدفاع الشرعى (٤) .

سلطة محكمة الموضوع ورقابة محكمة النقض :

الدفاع الشرعى دفع موضوعى ، تملك محكمة الموضوع ازاءه كامل

---

(١) نقض ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ القضية رقم ٢٧٧٢ السنة ١٢ قضائية ومشار اليه فى المسئولية الجنائية الدكتور محمد مصطفى القللى ص ٣٤٩ ، راجع نقض ٢٧ يناير سنة ١٩٥٣ — مجموعة احكام النقض — السنة الرابعة — رقم ١٦٥ — ص ٤٣١ — نقض ١١ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض رقم ٩٧٩ — ص ٦٦١ — نقض ٢٨ ابريل سنة ١٩٥٨ رقم ١١٢ ص ٤٢٣ ، نقض ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٦٤ — السنة الخامسة عشر — رقم ١٢١ — ص ٦١٥

(٢) فى المسئولية الجنائية — الدكتور محمد مصطفى القللى — ص ٣٤٩ .

(٣) راجع ما سبق — ص ٢٩٠

(٤) الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٣٥٠ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٢ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية — الدكتور حسن صادق المرصفاوى — ص ١٧٦ ، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى — الدكتور عدنان الخطيب — ص ١٢٥ ، الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٧٨ ، نقض ٢٢ يناير سنة ١٩٥١ — السنة الثانية — رقم ٢٠ ص ٥٣١ ، نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٧ — السنة الثامنة — رقم ٢٤١ ص ٨٨٧ .

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

---

(١) قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية — الدكتور حسن صادق المرصفاوى — ص ١٧٥ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٢، الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٣٤٧ ، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى — ص ١٢٥ ، شرح قانون العقوبات الليبى — القسم العام — ص ١٨٧ ، الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٧٥ ، الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام المصرى — ص ١٣٧ .

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

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

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

---

(١) نقض ٢٥ مارس ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ـ السنة الرابعة والعشرون ـ رقم ٨٢ ـ ص ٢٨٨ ، وراجع نقض ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ـ السنة الرابعة والعشرون رقم ٢٦٦ ـ ص ١٣٠٥ ، نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ـ السنة الرابعة والعشرون رقم ٢٦٣ ص ١٢٩٢ ، نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض السنة الثالثة عشر رقم ٣٦ ـ ص ١٣٢ ، نقض ١٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ـ السنة الرابعة رقم ١٤٤ ـ ص ٣٧٤ ، نقض ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ١٨٥ ص ٥٧١ ، نقض ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السادس رقم ٣٤٠ ص ٤٦٤ ، نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السادس رقم ٢٨١ ص ٣٦٩ .

(٢) جلسة ١٦ مارس سنة ١٩٥٥ قضاء المحكمة العليا الاتحادية ـ الجزء الاول رقم ٦ ص ٩٨ ، راجع جلسة ٢١ مارس سنة ١٩٥٦ الجزء الاول من مجلة المحكمة العليا رقم ٧٢ ص ٤٤١ ، جلسة ١١ ابريل ١٩٥٦ رقم ٨٥ ص ٤٩٧ ، جلسة ١٠ فبراير ١٩٦٨ ـ مجلة المحكمة العليا ـ السنة الرابعة ـ العدد الثالث ـ ص ٣٥

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

خاتمة المبحث :

بعد أن عرضنا اثبات الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى والفقــه الوضعى يمكن القول فى عبارة وجيزة انه لا خلاف بينهما فى وجــوب أن يبحث القاضى وقائع الدعوى وظروف النزاع ومدى مسئولية الخصوم، وأما رقابة محكمة النقض للمنطق القضائى والتكييف القــانونى دون المسائل الموضوعية فمسألة تنظيمية لا مخالفة فيها للشريعة الاسلامية ، لانه من المسلم به جواز تخصيص القضاء بنوع معين من الاقضية .

المبحث الثانى

حكم الدفاع الشرعى وطبيعته

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

---

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

(٢) الدكتور رؤف عبيد ـ القسم العام ـ ص ٥٨٢

(٣) نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ـ السنة الســادسة ـ رقم ٤٢٣ ـ ص ١٤٣٤ نقض ٥ يناير سنة ١٩٦٠ السنة الحادية عشر ـ رقم ٣ ص ١٧

(٤) علم أصول الفقه ـ المرحوم الاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ الطبعــة الثامنة ـ دار القلم ـ ص ١٠٠

وأما الحكم الشرعى عند الفقهاء ، فهو الاثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى الفعل ، كالوجوب ، والحرمة ، والاباحة .

ونقصد بحكم الدفاع الشرعى معنى الحكم عند الفقهاء ، وبعبارة اخرى بيان ما اذا كان الدفاع الشرعى واجبا ام مباحا ام حراما .

وفى القانون المقارن الحديث يتميز الدفاع الشرعى بطبيعة عامة ومطلقة وهو ما احرز فيه الفقه الاسلامى قصب السبق .

وعليه نقسم الدراسة الى مطلبين على النحو التالى :

المطلب الاول : حكم الدفاع الشرعى ..
المطلب الثانى : طبيعة الدفاع الشرعى ..

المطلب الاول

حكم الدفاع الشرعى

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

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

الفرع الاول : حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى ..
الفرع الثانى : حكم الدفاع الشرعى فى الفقة الوضعى ..

الفرع الأول

حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

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

١ ـ حكم الدفاع عن النفس :

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

الراى الاول : وجوب الدفاع عن النفس :

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

ويستند هذا الراى الى الكتاب والسنة والقياس ..

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

---

(١) الوجوب هو تحتم الفعل على المكلف على نحو يشعر بالعقوبة على تركه ـ اصول التشريع الاسلامى ـ الاستاذ على حسب الله الطبعة الرابعة ـ دار المعارف بمصر ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١ م ص ٣٧٣ ، علم اصول الفقه ـ الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ الطبعة الثامنة ـ ص ١٠٥ .

(٢) تكملة البحر الرائق ـ الجزء الثامن ص ٣٤٤ ، فتح القدير بهامش الهداية وشرح العناية وحاشية سعدى جلبى ـ الجزء الثامن ـ ص ٢٦٩ ، حاشية ابن عابدين ـ الجزء الخامس ـ ص ٤٨١ ، شرح الدر المختار ـ الجزء الثانى ـ ص ٤٤٣ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ الجزء الرابع ـ ص ٣٥٧ ، شرح منح الجليل ـ العلامة الشيخ محمد عليش ـ طبعة ١٢٩٤ هـ ـ ص ٥٦٢ .

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

(٥) حاشية عميرة على شرح المحلى ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٦ ، منهج الطلاب على منهاج الطالبين ـ الشيخ زكريا الانصارى ـ ص ١٤٥ ، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٨ .

(٦) سورة البقرة ـ الآية ١٩٥ .

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

واما **السنة** فقد استدل اصحاب هذاالراى بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من شهر على المسلمين سيفا فقد ابطل دمه » (١) وما اخرجه ابو داود وصححه الترمذى ان الرسول صلى الله عليهوسلم قال « من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد »، فالرسول صلى الله عليه وسلم قد اخبر ان من يقتل دفاعا عن دمه يعتبر شهيدا فيكون الدفاع عن النفس واجبا (٢) .

واما القياس فقد قاس اصحاب هذا الراى المصول عليه فى نفسه على المضطر الى اكل الميتة ، فالمضطر يجب عليه اكل الميتة احياء لنفسه وانقاذها من الهلاك ، وكذلك المصولعليهيجب عليه ان يدافع عن نفسه انقاذا لها من الهلاك ، وفى هذا يقول العلامة البهوتى فقيه الحنابلة « يجب الدفع فى غير فتنة عن نفسه لقوله تعالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » فكما يحرم عليه قتل نفسه يحرم عليه اباحة قتلها » (٣) .

الراى الثانى : جواز الدفاع عن النفس :

ذهب بعض المالكية، والشافعية اذا كان الصائل مسلما الى ان الدفاع عن النفس جائز لا واجب . فقد جاء فى حاشية الدسوقى « وابن العربى صرح بأن الدفع جائز لا واجب فان شاء أسلم نفسه وان شاء دفع عنها ونقله ابن شاس والقرافى قائلا الساكت عن الدفع عن نفسه حتى يقتل لا يعد اثما ولا قاتلا لنفسه » (٤) كماجاء فى شرح المحلى « وكذا نفس قصدها كافر أو بهيمة اىيجب الدفع عنها لا مسلم فى الاظهر فيجوز الاستسلام له » (٥) .

---

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

(٢) استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة ـ الجريمة ـ ص ٥٣٠ .

(٣) شرح منتهى الارادات ـ البهوتى ـ ص ٣٧٨ ، راجع اسنى المطالب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٨ ، حاشية قليوبى وعميرة ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٤) حاشية الدسوقى ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٥٧ ، راجع تبصرة الحكام ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٥٦ ، التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ـ الطبعة الاولى ١٣٢٩ هـ ص ٣٢٣ .

(٥) شرح المحلى علىمنهاج الطالبين ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٦ .

وأدلة القائلين بهذا الرأى (١) هى :

١ ــ ما وراه عبد الله بن خباب ، قال سمعت أبى يقول ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « تكون فتنة فكن فيها عبد الله المقتول **ولا تكن القاتلَ » اخرجه ابن أبى خيثمة** (٢) .

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

والراجح عندى هو رأى الجمهور بوجوب الدفاع عن النفس وأدلة هذا الترجيح هى :

١ ــ قال تعالى « ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيما ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا » (٤) .

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

٢ ــ استدل جمهور الفقهاء على وجوب الدفاع عن النفس بادلة قوية ، فقوله تعالى « ولا تلقوا بايديكم الى التهلكه » (٥) صريح فى النهى عن القاء النفس الى التهلكه ، ولا شك ان ترك الدفاع عن النفس هو

---

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

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

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

(٤) سورة النساء ــ الآيتا ٢٩ ، ٣٠ .

(٥) سورة البقرة ــ الآية ١٩٥ .

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

(٤) سبل السلام — الجزء الرابع — ص ٣٩ ، نيل الاوطار — الجزء الخامس ص ٣٦٩ .

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

والواقع أن أدلة القـائلين بوجوب الدفاع عن النفس والقـائلين بجوازه غير متعارضه لأنه — كما يرى البعض بحق — يمكن الجمـع بينها (٢) . فالاحاديث التى استدل بها الجمهور على وجوب الدفاع عن النفس يعمل بها فى الاوقات العادية ، اما الاحاديث التى استدل بها القائلون بالجواز فيعمل ها فى أوقات الفتن حيث يسقط الوجوب ويبقى الجواز ، وبذلك يزول التعارض الظاهـرى بين الادلة بالجمـع والتوفيق بينهما والعمل بكل ما ورد لنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

ثانيا : استدل القائلون بجواز الدفاع عن النفس بما فعله سيدنا عثمان رضى الله عنه من عدم الدفاع عن نفسه ، وهذا الاستدلال فى غير محل لنزاع ، لان سيدنا عثمان رضى الله عنه أراد بذلك أن يجنب الامة شر الفتنة ، وخطر حرب أهلية ، وهذه تضحية منه رضى الله عنه، فالاحوال لم تكن عادية ، وانما كانت نذر الفتنة بادية فى الافق ، فأراد رضى الله عنه أن يجنب الامة الاسلامية خطر ويلاتها ، وبذلك يكون رضى الله عنه قد عمل بالأحاديث التى رويت عن رسول الله صلى الله عليـه وسلم فى أوقات الفتن حيث يسقط الوجوب ويبقى الجواز .

٢ — حكم الدفاع عن العرض :

أجمع الفقهاء على وجوب الدفاع عن العرض ، فيجب على المرأة التى يراودها شخص عن نفسها أن تدفعه ، ولو ادى هذا الدفع الى ازهاق روحه .

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

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

---

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

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

(٣) الاحكام فى اصول الاحكام — الامدى — الجزء الاول ص ١٣٨ وما بعدها ، المستصفى — الغزالى — الجزء الاول — ص ٦٥ ، ٦٦ اصول التشريع الاسلامى . الشيخ على حسب الله — ص ٣٧٣ ، علم اصول الفقه .. الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٠٥

والعقوبة الدنيوية على ترك الدفاع عن العرض متروكة لولى الامر ، فهى عقوبة تعزيرية حيث لم يقرر الشارع الحكيم عقوبةمحددة لتارك واجب الدفاع عن العرض ، وقد لا يعاقب ولى الامر على ترك الواجب فتكون العقوبة الأخروية ، باعتبار أن تاركه اثم مستحق للعقاب الأخروى (١) ، وعدم العقاب الدنيوى .

وعدم العقاب الدنيوى على ترك واجب الدفاع عن العرض لا يغير من صفة الواجب ولا يؤثر فى طبيعته ولا يعفى من ادائه ، ولا يسوى بينه وبين الحق ، لأن الحق يتضمن التخيير بينالفعل والترك والواجب لا تخيير فيه ، كما أن صاحب الحق لا يعتبر آثما بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فآثم شرعا (٢) .

والاجماع على وجوب الدفاع عن العرض هو ما تؤكده عبارات الفقهاء ففى **المذهب المالكى** يقول العلامة الدردير فى الشرح الكبير : « وجاز دفع صائل على نفس او مال او الحريم والمراد بالجواز الاذن فيصدق بالوجوب » ومعنى فيصدق بالوجوب — كما يقول العلامة الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير « قوله فيصدق بالوجوب اى لأن دفع الصائل واجب » (٣) .

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

وفى **الفقه الحنفى** جاء فى الدر المختار « ولو كان مع امراته وهو يزنى بها او مع محرمه ، وهما مطوعان قتلهما ، وافتى الناصحى بوجوب قتله كل مؤذ (٥) .

---

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

(٢) الاحكام فى اصول الاحكام — الآمدى — الجزء الاول ص ٧٤ التشريع الجنائى الاسلامى الجزء الاول ص ٤٧٤ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير — الجزء الرابع ص ٣٥٧ .

(٤) كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار للاصفهانى — الجزء الثانى ص ١٢١ ، منهاج الطالبين — ص ١٣٥ ، مغنى المحتاج — الجزء الرابع — ص ١٩٥ ، اسنى المطالب — الجزء الرابع — ص ١٦٨ ، حاشية قليوبى وعميره — الجزء الرابع ص ٢٠٦

(٥) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين — الجزء الثالث ص ٢٤٧ — ٢٤٩

وعند **الحنابلة** جاء فى شرح منتهى الارادات « ويجب دفع عن حرمته اذا أريدت ، فمن راى مع امراته او بنته ونحوها رجلا يزنى بها او مع ولده ونحوه رجلا يلوط به وجب عليه قتله ان لم يندفع بدونه، لانه يؤدى به حق الله تعالى من الكف عن الفاحشة وحق نفس بالمنع عن اهله فلا يسعه اضاعة الحقين » (١) .

وعند **الشيعة** جاء فى المختصر النافع « رواية لعبد الله بن طلحة عن ابى عبد الله عليه السلام » أحد ائمة اهل البيت فى امراة ادخلت الحجلة صديقا لها ليلة بنائها فاقتتل هو وزوجها فقتله الزوج والوجه أن دم الصديق هدر » (٢) .

ويرى الامام ابن حزم **الظاهرى** انه اذا لم تكن هناك مهلة لمناشدة الصائل « ففرض على المظلوم أن يبادر الى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه ـ او عرضه ـ وان كان فى ذلك اتلاف نفس المعتدى » (٣) .

٣ ـ حكم الدفاع عن المال :

اختلف الفقهاء فى الحكم الشرعى للدفاع عن المال ، فذهب الحنفية والحنابلة الى أن الدفاع عن المال جائز مطلقا ، ويرى بعض الشافعية أن الدفاع عن المال واجب مطلقا ، وعند الشافعية يجب الدفاع عن المال اذا كان فيه روح او تعلق به حق الغير .

ويقول المالكية بوجوب الدفاع عن المال اذا ترتب على تركه هلاك او شدة أذى ، ونتناول تفصيل هذه الآراء على التوالى :

الراى الاول :

ذهب الحنفية والحنابلة الى أن حكم الدفاع عن المال هو الجواز مطلقا ، فعند **الحنفية** يقول ابن عابدين « ويجوز أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا » (٤) .

---

(١) شرح منتهى الارادات ـ البهوتى ـ ص ٣٧٨ ، كشاف القناع ـ الجزء الرابع ـ ص ٩٢ .

(٢) المختصر النافع ص ٣١٩ ، وفى نفس المعنى من لا يحضره الفقيه ـ طبعة سنة ١٣٧٦ هـ ـ ص ٥١٦ .

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

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

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

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

الرأى الثانى :

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

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

الرأى الثالث :

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

---

(١) شرح منتهى الارادات — البهوتى — ص ٣٧٩ ، راجع كشاف القناع — الجزء الرابع — ص ٩٣ .
(٢) حاشية قليوبى وعميره — الجزء الرابع — ص ٢٠٦ .
(٣) مغنى المحتاج — الجزء الرابع — ص ١٩٦ .
(٤) فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر — طبعة الحلبى ١٣٧٨ هـ — الجزء السادس — ص ٤٨ .
(٥) الجريمة — أستاذنا الشيخ محمد أبو زهره — ص ٥٣٠ .

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

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

الرأى الرابع :

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

والرأى عندى :

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

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

---

(١) اسنى المطالب — الجزء الرابع — ص ١٦٨ .
(٢) حاشية الدسوقى — الجزء الرابع — ص ٣٥٧ .
(٣) سورة البقرة — الآية ١٩٥ .

الواقع ـ اعتداء على النفس ، والحنفيـة والحنـابلة يقولون بوجوب الدفاع عن النفس (١) .

واما دليل القائلين بوجوب الدفاع عن المـال وهو قول الرسـول صلى الله عليه وسلم « من قتل دون ماله فهو شهيد » فغير مسـلم « اذ الحديث لا ينتج الوجوب فكم من مجاهد قتل شهيـدا فى سبيل الله ـ فى قتال لم يكن واجبا عليه » (٢) .

الدفاع الشرعى رخصة :

ذهب رأى فى الفقه الاسلامى الى اعتبار الدفاع الشرعى رخصة(٣)

فقد جاء فى شرح منح الجليل « قال العلماء بقتل الجراد اذا حل بأرض فأفسد زرعها أو ثمرها وقد رخص فى قتل المسلم الصائل اذا أراد أخذ المال فالجراد أولى » (٤) .

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

حكم الدفاع عند الاكراه :

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

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

---

(١) راجع ما سبق ص ٣٠٤ .

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

(٣) الرخصة هى ما شرعه الله من الاحـكام تخفيفـا على المكلف فى حالات خاصـة تقتضى هـذا التخفيف ، أو هى ما شرع لعـذر شاق فى حالات خاصة ،أو هى استباحة المحظور بدليل مع قيام دليل الحظر ـ علم اصول الفقه ـ الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ الطبعة الثامنة ـ ص ١٢١ .

(٤) شرح منح الجليل ـ المطبعة العامرة ١٢٩٤ هـ ـ ص ٥٦٢ .

(٥) راجع ما يلى ص ٣١٠ .

ولبن ، ولم يكن فى ابلى ماء ولا لبن ، فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقينى حتى أعطيه نفسى ، فأبيت عليه ثلاثا ، فلما ظمئت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته الذى أراد : فسقانى . فقال على : الله أكبر « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه . ان الله غفور رحيم » (١) . فى سنن البيهقى عن أبى عبد الرحمن السلمى قال : أتى عمر بامراة جهدها العطش ، فحدت على راع فاستسقت ، فأبى أن يسقيها الا أن تمكنه من نفسها ، فشاور الناس فى رجمها . فقال على : هذه مضطرة ، أرى أن تخلى سبيلها ، ففعل . أما لو تعرض الرجل للاكراه ليمكن من نفسه ، فانه لا يجوز له ذلك ويصير للموت ، والفرق بينه وبين المراة أن العار الذى يلحق المفعول به ، لا يمكن تلافيه وهو شر ما يحصل له بالقتل (٢) .

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

أولوية الدفاع :

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

---

(١) سورة البقرة — الآية ١٧٣ .

(٢) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية — للامام ابن القيم الجوزية تحقيق الدكتور محمد جميل غازى — مطبعة المدنى — ١٩٧٧ ص ٧٩ — ٨١ .

(٣) مغنى المحتاج — الجزء الرابع — ص ١٩٤ .

الفرع الثانى

حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

يرتبط حكم الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى ، بأساس الدفاع الشرعى (١) ، فوفقا للنظريات ذات الاتجاه الشخصى يعتبر الدفاع الشرعى مانعا من موانع العقاب ، بينما يعتبر سببا من أسباب الاباحة، وفقا للنظريات ذات الاتجاه الموضوعى ، فى أساس الدفاع الشرعى مع ما يترتب على التفرقة بين موانع العقاب وأسباب الاباحة من آثار (٢) .

وقد تعددت آراء شراح القانون الوضعى فى حكم الدفاع فقداعتبر البعض الدفاع الشرعى حقا ، بينما يرى البعض انه واجب ، واتجه فريق الى القول بأن الدفاع الشرعى مجرد ترخيص من المشرع ، وعده البعض تدبيرا من التدابير الاحترازية .

١ ـ الدفاع الشرعى حق :

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

واعتبار الدفاع الشرعى حق شخصى يجافى التعريف المقرر للحق من أنه « رابطة بين شخصين دائن ومدين تخول الدائن مطالبة المدين باعطاء شىء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل » (٣) .

وينبنى على هذا أن حق المدافع يقابله التزام المعتدى بتحمل الدفاع وأن هذا الأخير يكون مسئولا عن التعويض اذا عاق المدافع عن الدفاع الشرعى (٤) ، وهذه نتيجة لا يمكن قبولها .

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

---

(١) راجع ما سبق ـ ص ١٢٣ .

(٢) راجع ما سبق ص ٤٢ .

(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط فى القانون المدنى الجزء الاول ـ ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ أصول قانون العقوبات فى الدولة العربية ص٥١

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

٢ ـ الدفاع الشرعى واجب :

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

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

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

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

٣ ـ الدفاع الشرعى ترخيص من المشرع :

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

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى القسم العام المصرى ـ ص ١٩ واللبنانى ـ ص ٣٠٣ شرح قانون العقوبات الليبى ـ الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى هامش ص ١٤٨

(٢) فيدال ومانيول ـ الجزء الاول ـ رقم ١٩٧ ص ٣٢٥ .

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

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

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

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

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

(٧) راجع ما سبق ـ ص ٣٠٩ .

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

٤ ـ الدفاع الشرعى تدبير احترازى :

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

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

والواقع انه اذا كان من الممكن القول بأن التدابير الاحترازية خصوصا التدابير المنعية فى غير حالة الادانة تطبيقا من التطبيقـات المعـاصرة للدفاع الشرعى العام « الامر بالمعروف والنهى عن المنكر » (٣) .

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

خاتمة : حكم الدفاع الشرعى بين الفقه الاسلامى والفقه الوضعى :

عرضـنا فى فرعين على التوالى حـكم الدفاع الشرعى فى الفقـه الاسلامى والفقه الوضعى ، ويتضح جليا من هـذا العرض مدى دقة التأصيل التى يتمتع بها الفقه الاسـلامى ، حيث لم يعط حكمـا عاما

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٠٦ ، اصول قانون العقوبات فى الدول العربية ـ ص ٥١ ، الدكتور رمسيس بهنام ـ ص ٣٧٨

(٢) محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى ـ الدكتور عدنان الخطيب ص ١٠٩

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

(٤) راجع ما سبق ـ ص ١٢٥

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

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

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

المطلب الثانى

طبيعة الدفاع الشرعى

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

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

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

الفرع الاول : طبيعة الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى
الفرع الثانى : طبيعة الدفاع الشرعى فى التشريعات الوضعية

---

(١) محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى — المرجع السابق — ص ١٥٤

الفرع الاول

طبيعة الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

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

وهو ما يؤكد الطبيعة العامة للدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى.

وأما الطبيعة المطلقة للدفاع الشرعى ، والتى تعنى ان اباحة افعال الدفاع لا تقتصر على المهدد بالاعتداء ، وانما تباح افعال الدفاع التى يأتيها الشخص دفاعا عن غيره ، وهذه الطبيعة المطلقة للدفاع الشرعى قد أكدها الفقه الاسلامى سواء كان خطر الاعتداء على النفس ، أو على العرض أو على المال .

١ ـ الدفاع عن نفس الغير :

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

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « المسلم اخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ، ومن كان فى حاجة اخيه ، كان الله فى حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة » (٣) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : » انصر أخاك ظالما او مظلوما ، قيل يا رسول الله ، كيف انصره ظالما ؟ قال : تحجزه عن الظلم فان ذلك نصره » (٤) .

---

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

(٢) سورة المائدة الآية الثانية .

(٣) صحيح البخارى ـ طبعة الشعب ـ الجزء الثالث ـ ص ١٦٨

(٤) الجامع الصغير من حديث البشير النذير ـ الجزء الاول ـ ص ٢٤٦ .

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

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

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

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

٢ ـ الدفاع عن عرض الغير :

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

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

---

(١) حاشية قليوبى ـ الطبعة الثالثة ١٩٥٦ ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٠٧ ، منهاج الطالبين ـ ص ١٣٥ .

(٢) شرح منتهى الارادات ـ ص ٣٧٨ ، ٣٧٦ ، كشف القناع ـ الجزء الرابع ـ ص ٩٢ .

(٣) تبصرة الحكام ـ الجزء الثانى ـ ص ٣٥٦

(٤) راجع ما سبق ـ ص ٣٠٢

(٥) الجريمة ـ لاستاذنا المغفور له الشيخ محمد ابو زهرة ـ ص ١٠٧

وقد جاءت عبارات الفقهاء مؤكدة لوجوب الدفاع عن عرض الغير ،

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

وعند **الاحناف** يقول الحصكفى « من وجد رجلا مع امراة لا تحل له ـ وقد اكرهها على الزنا ـ فله قتله ودمه هدر ، ان كان يعلم انه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح » (٢) .

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

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

٣ ـ الدفاع عن مال الغير :

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

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

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

---

(١) أسنى المطالب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٨

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

(٣) شرح منتهى الارادات ـ ص ٣٧٩

(٤) فتح القدير ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٧٦

(٥) الفتاوى الخانية ـ الجزء الثالث ـ ص ٤٣١ ـ وراجع الفتاوى الهندية ـ الجزء الثانى ـ ص ١٧٥

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

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

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

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

الفرع الثانى

طبيعة الدفاع الشرعى فى التشريعات الوضعية

يعتبر الدفاع الشرعى — فى اغلب التشريعات — سببا مطلقا يستفيد منه كل شخص ، سواء من هدد بالاعتداء أوغيره ، وتكاد التشريعات العربية تجمع على ذلك ، ففى **مصر** تنص المادة ٢٤٥ على انه « لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أوضربه أثناء استعمالٍ حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو عن نفس غيره أو ماله » وتنص المادة ٢/٤٢ حـ

---

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣٢
(٢) حاشية قليوبى — الجزء الرابع — ص ٢٠٧
(٣) راجع ما سبق — ص ٣٠٥
(٤) كشاف القناع — الجزء الرابع — ص ٩٣

من القانون **العراقى** على انه « يستوى فى قيام هذا الحق ان يكون التهديد فى الخطر موجها الى نفس المدافع أو ماله أو موجها الى نفس الغير او ماله » وتقضى المادة ٧٠ من القانون **الليبى** بأنه « يبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع اضرارا به أو بغيره » وتنص المادة ١٨٤ من القانون **اللبنانى** على انه « يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس أو الملك ، او نفس الغير أو ملكه » وقد سار على نهج القانون **اللبنانى** القانون **السورى** فى المادة ١٨٣ والقانون **الأردنى** فى المادة ٦٠ وتنص المادة ٥٦ من القانون **السودانى** على انه « يكون للانسان الحق فى الدفاع الشرعى :

اولا : عن جسمه او جسم اى انسان آخر ضد اية جريمة تؤثر فى الجسم . against eny affence offleting the human body

ثانيا : عن مال ثابت أو منقول مملوك له او لغيره ضد اى فعل يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة theft أو النهب robbery أو الاتلاف Mischief أو التعدى الجنائى criminal trespass أو اى فعل من أفعال الشروع فى ارتكاب هذه الجرائم ..

كما تقرر المادة ٣٢ من القانون **الكويتى** ، والمادة ٨٣ من القانون **المغربى** ، والمادة ٣٩ من القانون **الجزائرى** مشروعية الدفاع عن نفس ومال الغير .

ولم يشذ عن هذا الاجماع غير القانون **التونسى** حيث نص فى المادة ٣٩ على انه « لا جريمة على من دفع صائلا صير حياته او حياة احد من أقاربه معرضا لخطر حاتم ولم تمكنه النجاة منه بوجه آخر . والاقارب هم :

أولا : الاقارب من طبقة الاصول والفروع ..

ثانيا : الاخوة والاخوات ..

ثالثا : الزوج والزوجة ..

اما اذا كان الشخص المعرض للخطر اجنبيا فللحاكم الاجتهاد فى تحرير المسئولية ، فالدفاع عن غير الاقارب الذين ذكرتهم المادة بعد ظرفا مخففا للمسئولية (١) .

وأما الطبيعة العامة للدفاع الشرعى بمعنى أنه يجوز بأية جريمة

---

(١) تعليقات محمد الطاهر السنوسى على المادة ٣٩ مشار اليه فى أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ـ المرجع السابق ص ٥٢ .

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

المبحث الثالث

آثار الدفاع الشرعى

عندما تتوافر شروط الاعتداء من حيث حلول خطره وعدم مشروعيه وشروط الدفاع بأن يكون لازما لرد الاعتداء ، ومتناسبا معه فانه يترتب على ذلك أن تصبح الافعال التى يأتيها المدافع — وهى فى الاصل تعتبر جريمة — أفعالا مشروعة من الناحيتين الجنائية والمدنية او كما يقول فقهاء الشريعة لا قود (٣) ولا ضمان .

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

المطلب الاول : آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى ..

المطلب الثانى : آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى ..

---

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

(٢) اصول قانون العقوبات فى الدول العربية — المرجع السابق — ص ٥٣ ، اسباب الاباحة فى التشريعات العربية — الدكتور محمود نجيب حسنى — مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٣ — ص ٢٦ ، جارسون — المرجع السابق — المادة ٣٢٨ رقم ١٠٩ ص ١٦٦ ،

J.A. Roux. cour de droit criminel Francis. I. § 56, P. 194.

نقض أول فبراير سنة ١٩٣٧ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء الرابع — رقم ٤٠ — ص ٣٦ .

(٣) القود : القصاص ..

المطلب الاول

آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

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

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

ونتناول هذه النقاط بالبحث على التوالى : —

الاثار الجنائية للدفاع الشرعى :

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

ويعبر الفقهاء عن ذلك بقولهم « فلا شىء عليه ، يقصدون لا شىء على المدافع ، أو بقولهم « فلا قصاص عليه » ، وعدم القصاص من المدافع هو ما يجمع عليه الفقهاء وفى ذلك يقول الحطاب « ولم يقل احد بالقصاص فيما علمت » (١) ، ونفصل فيمايلى اقوال فقهاء المذاهب..

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

---

(١) مواهب الجليل — الجزء السادس — ص ٣٢٢ ، راجع شرح منح الجليل — العلامة الشيخ محمد عليش — المطبعة العامرة ١٢٩٣ هـ — ص ٥٦٠ .

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

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

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

ويرى المالكية عدم مسئولية المصول عليه جنائيا عن الافعال التى ياتيها دفعا للصيال. فقد جاء فى تبصرة الحكام « فى حكم الذى يجد مع امرأته رجلا أو فى بيته سارقا فيقاتلهما وفى مختصر الواضحة قال ابن حبيب وسمعت ابن الماجشون يقول وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه هل عليه قصاص فقال لا وهو جبار لا شىء عليه فيما دون النفس فان قتله كان عليه القود الا ان يكون معه شهود على دخول الفرج فى الفرج فلا يكون عليه قود » (٥) .

والخلاصة ان الفقه الاسلامى يجمع على اباحة الافعال التى ياتيها

---

(١) الام — طبعة الشعب — ١٩٦٨ الجزء السادس ص ٢٨ وراجع عندالشافعية — المحلى على منهاج الطالبين — على هامش قيلوبى وعميرة — الجزء الرابع — ص ٢٠٨ كفاية الاخيار — الجزء الثانى ص ١٢٠ ، منهاج الطالبين ص ١٣٥ ، اسنى المطالب — الجزء الرابع — ص ١٦٩ .

(٢) المغنى — الجزء الثامن ص ٣٣٠ ، وراجع عند الحنابلة زاد المعاد — الجزء الرابع ص ١١٢ ، منتهى الارادات — القسم الثانى — ص ٤٩٣ .

(٣) واقعات المفتين — ص ٦٣ .

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

(٥) تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الاحكام — الجزء الثانى — ص ١٨٥ .

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

الآثار المدنية للدفاع الشرعى :

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

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

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

---

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ .

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

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

٤ ـ واستدلوا اخيرا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « فى السن خمس من الابل » .

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

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

٢ ـ اضطرار المصول عليه الى القتل دفعا للصيال يخالف الاضطرار الى الطعام ، لان الاضطرار الى الطعام من ذات المضطر ، لا من أمر خارج ، والاتلاف الذى يسببه الاضطرار الى الطعام هو اتلاف الطعام، والطعام لا يقع منه اعتداء يوجد الاضطرار ،وهو قابل للتعويض وبأكله يزول الاضطرار ، وتبقى حرمة المال ثابته فيجب التعويض ، وهذا يخالف الاضطرار الى القتل ، لان المقتول هو الذى أوجد حالة الاضطرار ، ففقد العصمة ، ويكون تعويضه عن صورة الجريمة التى وقعت منه ، غير أن التعويض سيكون مستحقا لعاقلته وهى مسئولة عن تركه يعيث فى الارض فسادا ..

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

٤ ـ روى يعلى بن أميه قال كان لى اجيرا فقاتل انسانا فعض أحدهما يد الآخر قال فانتزع المعضوض يده من فى العاض فانتزع احدى ثنيتية فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فاهدرثنيته فحسبت أنه قال قال النبى صلى الله عليهوسلم « أفيدع يده فى فيك تقضمها قضم الفحل ؟ متفق عليه ولانه عضو تلف ضرورة دفع شر صاحبه فلم يضمن كما لو صال عليه فلم يمكنه دفعه الا بقطع عضوه ، واما حديث « فى

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

والرأى عندى :

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

اشتراك الغير فى الدفاع الشرعى :

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

اصابة المدافع حق الغير بالضرر :

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

---

(١) المغنى لابن قدامة — الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ — الجزء الثامن — ص ٣٢٤ .
(٢) راجع الفصل التالى فى تجاوز حدود الدفاع الشرعى — ص ٣٣٢ .
(٣) راجع فى نفس المعنى — نظرية الدفاع الشرعى — الدكتور يوسف قاسم — هامش ص ٢٣٣ .

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

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

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

المطلب الثانى

آثار الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

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

الآثار الجنائية للدفاع الشرعى :

اذا توافرت أركان الدفاع وشروط كل ركن ، ولم يتجاوز المصول عليه حدود الدفاع فان أفعال الدفاع التى يأتيها لدرء خطر الاعتداء

---

(١) منتهى الارادات ـ القسم الثانى ـ ص ٤٢٦ .

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

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

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

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

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

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

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢١٠ ، الدكتور محمود نجيب حسنى القسم العام (المصرى) ـ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، الدكتور رءوف عبيد القسم العام ـ ص ٥٦٦ ، الدكتور حسن صادق المرصفاوى ـ قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية ـ ص ١٧٤ ، الدكتور احمد عبد العزيز الالفى ـ شرح قانون العقوبات الليبى ـ القسم العام ـ ص ١٨٨ ، ١٨٩ ، الدكتور مامون سلامة ـ القسم العام ـ ص ٣٢٩ ، الدكتور احمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٨٥ .

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

الآثار المدنية للدفاع الشرعى :

تنص المادة ١٦٦ من القانون المدنى المصرى على ان « من احدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه او ماله او عن نفس الغير او ماله كان غير مسئول ، على الا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » ويقابل هذا النص فى التشريعات المدنية العربية المادة ١٦٧ من القانون السورىوالمادة١٦٩ من القانون الليبى والمادة ٢١٢ فقرة ثانيةمن القانون العراقى والمادة ١٠٤ من القانون التونسى والمادة ٩٥ من القانون المغربى » (٢) .

وقد تناقشت لجنة مراجعة المشروعالتمهيدى للقانونالمصرىفيما هو الدفاع الشرعى المنصوص عليه فى هذه المادة واستقر الرأى على أن الدفاع الشرعى هو المحدد بشروطه فى القانون الجنائى (٣) .

ويجمع الفقه العربى على انه يترتب على توافر أركان الدفاع الشرعى وشروطه عدم مسئولية المدافع عن الأضرار التى يحدثها بالمعتدى لأن افعال الدفاع تعتبر مباحة وينتفى عنها صفة الخطأ وعدم المشروعية طالما ظلت فى الحدود اللازمة لدرء خطر الاعتداء (٤) .

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٤٣ ، نقض ٢٣اكتوبر ١٩٥٦ ـ السنة السابعة رقم ٢٩٢ ص ١٠٦٥ ، نقض ١٧ مارس ١٩٥٨ ـ السنة التاسعة رقم ٨٥ ص ٣٠٥ ، نقض ١٠ يونية ١٩٦٣ ـ السنة الرابعة عشر ـ رقم ٩٧ ص ٤٩٦ .

(٢) المسئولية المدنية فى تقنينات البلادالعربية ـ القسم الاول ـ الاحكام العامة ـ الدكتور سليمان مرقس ـ معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١ ص ٢٨١ ، الوسيط فىشرح القانون المدنى ـ الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهورى ـ الجزء الاول ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ الطبعة الثانية دار النهضة العربية ١٩٦٤ هامش ص ٨٩٣ .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ـ الجزء الثانى ـ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٢ ، الوسيط ـ الدكتور عبد الرزاق السنهورى ـ الجزء الاول ـ المرجع السابق ـ ص ٨٩٢ فى المسئولية المدنية ـ الدكتور سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ٨٢٢ ، الفعل الموجب للضمان فى الفقه الاسلامى ـ رسالة دكتوراه ـ الدكتور محمد فاروق بدوى العكام ـ مطبوعة على الآلة الناسخة ـ ص ١٥٥ .

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

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

وهذا الرأى — كما قيل بحق — لا يمكن التسليم به فما دامت المحكمة الجنائية لم تر أن المتهم قد تعدى حدود الدفاع الشرعى لابسوء نية ولا بحسن نية فليس هناك محل مطلقا للحكم بالتعويض (٢) .

أما لو تجاوز المدافع الحدود المقررة للدفاع فلا شك — كما سنرى — فى مسئوليته عن هذا التجاوز ((٣) .

مساهمة الغير فى الدفاع الشرعى :

لما كان الدفاع الشرعى من أسباب الاباحة المطلقة ، فان آثاره الجنائية والمدنية لا تقتصر على الفاعل الاصلى ، وانما يستفيد من توافر شروط الدفاع ، كل من يساهم فيه ، وسواء كانت هذه المساهمة بطريقة أصلية أو تبعية (٤) ، فيستطيع أن يدرأ عن نفسه المسئولية استنادا الدفاع الشرعى من يبعد الخطر عن الغير ، ومن يساعد فى تعطيل حركة المعتدى ليتمكن من درء خطره ، وكذلك من يعطى سلاحا لمن يدافع به عن نفسه ، فكل هؤلاء يستفيدون من الاباحة (٥) .

واستنادا على أن الدفاع الشرعى سبب مطلق (٦) يستفيد من قيامه الغير فان فى وسع هذا الغير أن يحتج بسبب اباحة خاص به ينصب على فعله مباشرة (٧) .

---

(١) رسالة الاثبات — أحمد نشأت — الطبعة السابعة — دار الفكر العربى — ١٩٧٢ — الجزء الثانى — ص ٣٧٦ والمراجع التى أشار اليها .

(٢) رسالة الاثبات — أحمد نشأت — المرجع السابق الجزء الثانى — ص ٣٧٦ .

(٣) راجع ما يلى فى تجاوز حدود الدفاع الشرعى — ص ٣٣٢ .

(٤) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢١٠ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٣ ، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى — الدكتور عدنان الخطيب — ص ١٢٦ ، قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية — الدكتور حسن صادق المرصفاوى ص ١٧٤ .

(٥) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢١٠ ، شرح قانون العقوبات الليبى — الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى ص ١٨٩ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى — القسم العام — ص ١٧٣ .

(٦) راجع ما سبق ص ٣١٦ .

(٧) الدكتور محمود نجيب حسنى — القسم العام (المصرى) ص ٢٣٦ ، اللبنانى ص ٢٤٠ .

اصابة المدافع حق الغير بالضرر :

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

ويعتبر المثال الاول غلطا فى الشخص erreur sur la pérsonne

ويعد المثال الثانى خطأ فى توجيه الفعل Fause direction

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

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

---

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

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

(٣) جارسون ـ المرجع السابق ـ المادة ٣٢٨ ـ رقم ٥٨ وما بعدها ـ ص ١٦١ وما بعدها جرانمولان ـ المرجع السابق ـ الجزء الثانى ـ رقم ١٦١٩ هامش رقم (١) ، رو ـ المرجع السابق ص ١٩٣ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢١٠ ، الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ـ ص ٢٣٦ ، شرح قانون العقوبات الليبى ـ الدكتور أحمد عبد العزيز الالفى ـ ص ١٨٩ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى ـ القسم العام ـ ص ١٧٤ . الدكتور أحمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٨٦ ، احالة طنطا ٢٣ اكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ـ السنة الرابعة عشر رقم ١١ ص ١٨ ، الحقوق ـ السنة ٢٩ ـ ص ٨٥ .

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

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

خاتمة المبحث :

آثار الدفاع الشرعى بين الفقه الاسلامى والفقه الوضعى :

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

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

---

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

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص ٢٣٧ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى ـ الدكتور رضا فرج ـ ص ١٧٤ .

(٣) راجع ما سبق ـ ص ٢٣٣ ، ٢٤٤ .

(٤) الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص ٢٣٧ ، (اللبنانى) ص ٢٤٢ ، شرح قانون العقوبات الجزائرى ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٤ .

الجنائى بينما اختلف الفقه الاسلامى فى موضوع المسئولية المدنية (الضمان) عن أفعال الدفاع التى يأتيها المصل عليه لمواجهة خطر عدوان الصائل فذهب الجمهور الى نفى الضمان « المسئولية المدنية » بينما اتجه البعض الى ايجاب الضمان عن أفعال الدفاع، ورأى الجمهور يتفق مع ما تأخذ به التشريعات المدنية فى الدول العربية .

والواقع أن وجهة النظر التى انتهينا اليها ومؤداها امكان الجمع بين أدلة الفريقين واعمال أدلة القائلين بعدم الضمان فى حالة عدم تجاوز المصول عليه حدود الدفاع المشروع ، والاخذ بأدلة القائلين بالضمان متى تجاوز المصول عليه الحدود المشروعة للدفاع ، تزيل الخلاف بين القائلين بالضمان فى الفقه الاسلامى والمجمع عليه عند شراح القانون الوضعى ، لأن من المتفق عليه ـ كما سنرى ـ عند هؤلاء الشراح ثبوت المسئولية المدنية عند تجاوز المعتدى عليه حدود الدفاع (١) .

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

وأما فيما يتعلق بمسئولية المدافع عن اصابة حق الغير بضرر من جراء أفعال الدفاع ، فقد رأينا أن الحنابلة تناولوا مسألة اخذ المصول عليه من الغير ما يدفع به الصائل وانتهوا الى تضمين المصول عليه لما اخذ ، وهذا يتفق مع ما يقرره شراح القانون الوضعى من حيث مسئولية المدافع العمدية عندما يستولى على سلاح الغير ليدرأ به الاعتداء ، وأما التفرقة بين مسئولية المدافع عند اصابة حق الغير دون تعمد ، والقول بمسئوليته اذا أصاب حق الغير باهمال وعدم احتياط مسئولية غير عمدية فهو يتفق مع ما تقرره الشريعة الاسلامية من قواعد الخطأ الذى يؤدى الى القتل أو الجرح ، أو الاضرار بالغير حيث تنتفى المسئولية عن جريمة عمدية ويسأل الفاعل عن جريمة غير عمدية ، وأما ما يراه جمهور شراح القانون الوضعى من اعتبار فعل المدافع الذى يصيب الغير مباحا ما دام قد ثبت أنه قد راعى الحيطة والحرص والعناية الواجبة ، فهو لا يتفق مع المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى تقرر حرمة الانفس والاعراض والاموال ، واهدار دم الصائل انما كان ـ فى ـ رأينا ـ لبطلان عصمته ـ فعلى أى أساس يمكن القول

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

باباحة أفعال المدافع التى تصيب هذا الغير البرىء ؛ وما علاقة هـذا الغير البرىء بتوافر شروط الدفاع الشرعى أو عدم توافرها ، وما دخله فى أن المدافع قد بذل العناية والحرص اثناء قيامه بالدفاع أو أن افعاله كانت بسبب رعونته أو عدم احتياطه ان الاخذ بما يقرره شراح القانون الوضعى يؤدى الى ضياع دماء الابرياء . وهو ما ترفضه الشريعة الغراء رفضا تاما ، حقيقـة أن المصولَ عليـه اذا أصاب الغير فقتله لخطأ فى شخصية الصـائل لا يكون عليه القصـاص شرعا لعدم توافر القصد الجنائى ، ولكن تجب العقوبة المقررة شرعا لقتل الخطأ وهى الدية وهو نفس الحكم الذىيجب الاخذ به فى حالةاصابة الغير بضرر ولو ثبت أن المدافع قد اتخذ الاحتياط الواجب لان الحرص والاحتياط لا يؤثر فى حقوق الغير الأبرياء وهذا لا يتعارض مع القول بأن أسباب الاباحة ذات طبيعة موضوعية ، لان أسباب الاباحة ــ كما ذهب الى ذلك احـد فقهاء القـانون الوضـعى فى مصر ــ تسـتند الى سـقوط الحمـايـة الجنائية عن مصلحة المعتدى بسبب عدوانه (١) ؛ أما اذا كان المدافع قد اعتدى بسلوكه على مصلحة آخر برىء ، سواء لغلط فىالشخص أو خطأ فى توجيه الفعل فليس هناك من مبرر قانونى لاباحة هذا الدفاع الذى تحقق فى غير موضعه .

(١) راجع ما سبق ص ٢٢٨ .

الفصـــل الثانى

تجاوز حدود الدفاع الشرعى

اذا توافرت شروط الاعتـــداء من حيث حلول خطـره ، وعدم مشروعيته وشروط الدفاع من حيث لزومه لدرء خطـــر العـــدوان ، وتناسبه مع هـــذا الخطر كانت الافعال التى يأتيهـــا المدافع مشروعة وانتفت عنه المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية على السواء .

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

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

وعليه نقسم الدراسة الى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الاول : ماهية التجاوز ومعياره

المبحث الثانى : آثار التجاوز

المبحث الاول

ماهية التجاوز ومعياره

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

---

(١) القاموس المحيط ـ الجزء الثانى ـ ص ١٧٠ .

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

وعليه ينقسم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالى :

المطلب الاول : ماهية التجاوز ومعياره فى الفقه الاسلامى .
المطلب الثانى: ماهية التجاوز ومعياره فى الفقه الوضعى .

المطلب الاول

ما هية التجاوز ومعياره فى الفقه الاسلامى

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

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

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

---

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

(٢) بدائع الصنائع — الجزء السابع — ص ٩٣ ، راجع ايضا تكملة البحر الرائق الطورى — الجزء الثامن — ص ٣٤٥ ، تكملة فتح القدير وحاشية سعدى جلبى — الجزء الثامن — ص ٢٦٩ .

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

وعند **الشافعية** يكون الدفع بالوسيلة الاخف فالاخف ، فان امكن بالقـول أو الصياح أو الاستغاثة لا يباح الضرب ، فان كان الصـائل لا يندفع الابالضرب أبيح له مع مراعاة الترتيب ، فان كان الصائل يندفع بضربه من اليد لم يكن للمصول عليه ان يضربه بالسوط (١) ، وفائدة هذا الترتيب عند الشافعية كما جاء فى مغنى المحتاج « انه متى خالف وعدل الى رتبة مع امكان الاكتفاء بما دونها ضمن » (٢) .

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

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

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

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

---

(١) راجع ما سبق ـ ص ٢٥١ .

(٢) مغنى المحتاج ـ الجزء الرابع ـ ص ١٩٦ ، أسنى المطالب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٧ ، الام ـ الجزء السادس ـ ص ٢٩ ، حاشية الشبراملسى مع نهاية المحتاج ـ الجزء الثامن ـ ص ٣١ .

(٣) المغنى ـ الجزء الثامن ـ ص ٣٣ .

(٤) كشاف القناع ـ الجزء الرابع ـ ص ٩٢ .

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

وعند **الظاهرية** لا تباح أفعال الدفاع الا بالقدر المناسب لدفع العدوان فاذا تجاوز المدافع الحد المناسب لدرء الخطر اصبح مسئولا عن هذا التجاوز فقد جاء فى المحلى « فمن أراد أخذ مال انسان ظلما من لص أو غيره فان تيسر له طرده منه ومنعه فلا يحل له قتله فان قتله حينئذ فعليه القود ، وان توقع أقل توقع أن يعاجله اللص فليقتله ولا شيء عليه لانه مدافع عن نفسه » (٢) .

ويقول **الزيدية** « ويجب فى المدافعة تقديم الاخف فالاخف ، فان عدل الى الاشد وهو يندفع بالاخف ضمن » (٣) .

وخلاصة القول أن تجاوز حدود الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى تتحقق ماهيته اذا زادت أفعال الدفاع عن القدر المناسب لدرء خطر عدوان الصائل ومعيار ذلك هو النظر الى القوة الدفاعية التى يستعملها المصول عليه فى دفع الخطر ، فاذا كان فى امكانه أن يرد الصائل بقوة دفاعية أقل من تلك التى استخدمها فعلا فى مواجهةالخطر فانه يكون قد تجاوز الحدود المشروعة للدفاع مما يجعله مسئولا عن هذا التجاوز ..

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

---

(١) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك ـ الجزء الثانى ـ ص ١٨٥ ، راجع شرح منح الجليل ـ ص ٦٥٠ ، الشرح الكبير ـ بهامش حاشية الدسوقى ـ الجزء الرابع ص ٣٥٦ .

(٢) المحلى ـ المطبعة المنيرية ـ ١٣٥٢ هـ ـ الجزء الحادى عشر ـ ص ١٣ .

(٣) التاج المذهب ـ احمد بن قاسم العنسى ـ الجزء الرابع ـ ص ٢١٥ ، البحر الزخار ـ الجزء الخامس ـ ص ٢٦٩ .

(٤) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون اليمنى ـ رسالة دكتوراه ـ الدكتور داود سليمان المطار ـ مطبوع على الرونيو ١٣٩٧ هـ ـ ١٩٧٧ م ـ ص ٢١ .

فعند **الاحناف** يقول السرخسى « ولكنلو رايت رجلا ينقب عليك دارك من خارج ، أو دخل عليك ليلا من النقب بالسيف ، وخفت ان انذرته يضربك وكان على أكثر رايك ذلك وسعك أن تقتله » (٢) .

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

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

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

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

وموجز القول أن الفقه الاسلامى قد عالج تجاوز حدود الدفاع

---

(١) المبسوط ـ الجزء الرابع والعشرين ـ ص ٥٠ ، ٥١ .
(٢) اسنى المطالب ـ الجزء الرابع ـ ص ١٦٧ .
(٣) كشاف القناع ـ الجزء الرابع ـ ص ٩٢ ، وراجع منتهى الارادات ـ المرجع السابق ـ القسم الثانى ـ ص ٤٩٣ .
(٤) المحلى ـ الجزء الحادى عشر ـ ص ١٣ .
(٥) المحلى ـ الجزء الحادى عشر ـ ص ٣١٤ .
(٦) التاج المذهب ـ احمد بن قاسم العنسى ـ الجزء الرابع ـ ص ٢٧٤ .

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

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

المطلب الثانى

ماهية التجاوز ومعياره فى الفقه الوضعى

تعريف التجاوز :

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

ومن هذا التعريف يتبين انه لا يقصد بالتجاوز انتفاء اى شرط من شروط الدفاع الشرعى ، وانما المقصود هو انتفاء شرط معين بالذات هو شرط تناسب الدفاع مع الاعتداء ، اما انتفاء شرط آخر من الشروط فانه ينفى وجود الدفاع الشرعى منأساسه ولايكونهناك محل للبحث فى تجاوز حدوده (١) .

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (اللبنانى) ـ ص ٢٤٢ ، (المصرى) ص ٢٤١ ، الدكتور رءوف عبيد ـ القسم العام ـ ص ٥٦٩ ، الدكتوراحمد فتحى سرور ـ القسم العام ـ ص ٢٨٨ ، الدكتور مامون سلامة ـ القسم العام ـ ص ٢٣١ ـ قواعد المسئولية الجنائية فى التشريعات العربية ـ الدكتور حسن صادق المرصفاوى ـ ص ١٧٣

تنظيم التجاوز فى التشريعات العربية :

على الرغم من أن التجاوز يتعلق بأسباب الاباحة جميعها ، فاننا نجد أن التشريعات العربية — فيما عدا القانون الليبى — قد تناولت تجاوز حدود الدفاع الشرعى دون غيره من أسباب الاباحة الاخرى (١) .

والتجاوز — طبقا للقواعد العامة قد يكون متعمدا فيسأل المتجاوز عن جريمة عمدية ، وقد يكون التجاوز نتيجة اهمال فيسأل فاعله عن جريمة غير عمدية اذا كان القانون يجرم فعله بهذا الوصف ، أما اذا كان التجاوز نتيجة حادث فجائى أو اكراه معنوى ، فان المتجاوز لا يكون مسئولا .. وقد نظمت بعض التشريعات العربية أحكام تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، على نحو يخالف القواعد العامة فى التجاوز ..

فالقانون **الليبى** يتناول الصورة الثانية من صور التجاوز ويترك الصورتين الاخريتين للقواعد العامة ، حيث نصت المادة ٧٣ عقوبات والتى تقابل المادة ٥٥ من القانون **الايطالى** على انه « اذا تعدت خطأ الافعال المنصوص عليها فى المواد السابقة الحدود التى يعينها القانون أو أمر السلطة أو داعى الضرورة يعاقب مرتكبها بعقوبة الجرائم الخطئية للافعال التى يرتكبها ، اذا نص القانون على امكان ارتكاب تلك الجرائم خطأ ، وعلى نهج واحدجاءت نصوص المواد ٣/١٨٣ .. من القانون **السورى** ، ٣/٦٠ من القانون **الأردنى** ، ٢/١٨٤ من القانون **اللبنانى** والتى تنص على أنه « اذا وقع تجاوز فى الدفاع أمكن اعفاء فاعل الجريمة من العقوبة فى الشروط المذكورة فى المادة ٢٢٨ » والمادة ٢٢٨ والتى تقابل المادة ٢٢٧ من القانون **السورى** تنص على ما يلى « ان المهابة وحالات الانفعال والهوى ليست مانعة للعقاب ، على أنه اذا أفرط فاعل الجريمة فى ممارسة حق الدفاع المشروع لا يعاقب اذا أقدم على الفعل فى ثورة انفعال شديد انعدمت معها قوة وعية أو ارادته » .

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

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى — أصول قانون العقوبات فى الدول العربية — ص ٥٧ ، شرح قانون العقوبات الليبى — القسم العام — ص ١٩٠

(٢) محاضرات عن النظرية العامة للجريمة فى قانون العقوبات السورى — الدكتور عدنان الخطيب — ص ١٢٣

عليها غير مفهوم « اذ يتعذر فقد الوعى او الارادة نتيجة الانفعال مهما كان شديدا ، وان صح اضعافه للارادة » (١) ، وتنص المادة ٤٥ من القانون **العراقى** على انه « اذا تجاوز المدافع عمدا او اهمالا حدود هذا الحق او اعتقد خطأ انه فى حالة دفاع شرعى ، فانه يكون مسئولا عن الجريمة التى ارتكبها ، وانما يجوز للمحكمة فى هذه الحالة ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة » أما قانون **البحرين** فقد نص فى المادة ١/١٧ منه « لا يكون الا ستفزاز عذرا للقيام بفعل غير مشروع . ولكن اذا ارتكب فعل فى الحال نتيجة لا ستفزاز خطر مفاجىء ، مما يجعل شخصا عاديا معتدلا يفقد ضبط نفسه تحت ظروف مماثلة وقبل ان يكون الشخص المختص قد استعاد ضبط نفسه ، فيعتبر ذلك الا ستفزاز انه قد حال دون وجود العمد أو يؤخذ بعين الاعتبار فى تخفيف العقوبة وقد عالج القانون **الكويتى** تجاوز حدود الدفاع الشرعى فى المادة ٣٦ التى تنص على انه . اذا جاوز الشخص بحسن نية حدود الدفاع الشرعى، بأن استعمل لدفع الاعتداء قوة تزيد على القدر الذى كان يستعمله الشخص المعتاد اذا وجد فى ظروفه دون ان يكون قاصدا احداث اذى اشد مما يستلزمه الدفاع جاز للقاضى اذا كان الفعل جناية ان يعده معذورا وان يحكم عليه بعقوبة الجنحة » وهذا النص يتفق مع القانون المصرى — الذى سنتناوله تفصيلا فيما بعد — فى الحكم .. وأما القانون **التونسى** فتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٩ على ما يلى « أما اذا كان الشخص المعرض للخطر أجنبيا فللحاكم (القاضى) الاجتهاد فى تحرير المسئولية ، وجاء فى التعليقات على هذه الفقرة انه « يظهر انه اعتبر الاعتذار بالدفاع على الأجنبى من باب ظروف التخفيف ، اذ أو كل بفقرته الأخيرة حق تحرير درجة المسئولية الى الحاكم » وتناول القانون **المغربى** تجاوز الدفاع الشرعى فى المادة ٨٤ التى تقضى بأنه « ان نتج عن الأفعال الصادرة فى حالة الدفاع عن النفس عواقب متجاوزة الحد بالنسبة الى ماكان ينشأ عن التعدى الواقع ظلما فان المسئولية الجنائية تبقى على المجرم ويقدر الحاكم درجة المسئولية حسب نوع الجريمة .

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

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى — أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ص ٥٩

يكون التخفيف (١) .

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

تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المصرى : —

عالج المشرع المصرى تجاوز حدود الدفاع الشرعى فنصت المادة ٢٥١ من قانون العقوبات على أنه « لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله اياه دون ان يكون قاصدا احداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع .. ومع ذلك يجوز للقاضى اذا كان الفعل جناية ان يعده معذورا اذا رأى لذلك محلا وان يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون » .

والذى يبدو لأول وهلة ان النص ركيك الصياغة ، اذ على الرغم من أنه يفترض ان الفاعل لم يكن قاصدا احداث ضرر اشد مما يستلزمه الدفاع يجعل سلوك الفاعل رغم عدم انصراف قصده جناية مع ان عدم انصراف القصد الى أقصى درجة من الضرر وهو الموت يعتبر جنحة هى القتل الخطأ ، ولا يقلل من عيب صياغة النص أنه أجاز للقاضى توقيع عقوبة الجنحة (٢) .

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

شروط تجاوز حدود الدفاع الشرعى :

يشترط لكى يستفيد المدافع من العذر المخفف للعقاب ، المنصوص عليه فى المادة ٢٥١ من قانون العقوبات الشروط الآتية : —

١ — نشوء الدفاع الشرعى : قلنا فيما سبق ان المقصود بتجاوز حدود الدفاع الشرعى هو انتفاء شرط التناسب بين أفعال الدفاع وخطر

---

(١) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية — الدكتور محمود محمود مصطفى — ص ٥٨

(٢) أصول قانون العقوبات فى الدول العربية — الدكتور محمود محمود مصطفى — ص ٥٩ ، النظرية العامة للقانون الجنائى . الدكتور رمسيس بهنام — ص ٤٦٧ ، الدكتور احمد فتحى سرور — القسم العام — ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

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

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

---

(١) راجع ما سبق — ص ٣٣٧ .

(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى — فى المسئولية الجنائية — ص ٣٥٣ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص ٢٤٤ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢١٤ ، الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة — ص ٤٦٨ ، الدكتور يسر أنور على — الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٤٦ ، الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٦٧ .

(٣) نقض ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٧٢ — مجموعة أحكام النقض — السنة الثالثة والعشرون — رقم ٣٠٣ — ص ١٣٥٠ ، وفى نفس المعنى نقض ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٣ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء السادس — رقم ٤٣٤ — ص ٣١٣ ، نقض ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٠ — مجموعة أحكام النقض — السنة الثانيـــة رقم ٥٣ ص ١٣٣ ، نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ٤٢٣ ص ١٤٣٤ ، نقض ١٣ نوفمبر ســـنة ١٩٦١ — مجموعة أحكام النقض — السنة الثانية عشر — رقم ١٨٢ — ص ٩٠٥ .

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

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

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

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

ـ عقوبة الاعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقته ..

ـ عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقته أو السجن ..

ـ عقوبة الأشغال الشاقة المؤقته بعقوبة السجن أو الحبس الذى لا يجوز ان ينقص عن سته شهور ..

ـ عقوبة السجن بعقوبة الحبس التى لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور ..

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

(١) الدكتور رءوف عبيد ـ القسم العام ـ ص ٥٧٠ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢١٥ ، الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٤٥ ، الدكتور يسر انور على ـ الدفاع الشرعى دراسة لمبدا المشروعية ـ المرجع السابق ـ ص ٢٤٧ .

(٢) الموسوعة الجنائية ـ جندى عبد الملك ـ الجزء الاول ـ ص٥٣٥ ، فى المسئولية الجنائية ، الدكتور محمد مصطفى القللى ـ ص ٣٥١ ، الدكتورمحمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٨٤ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢١٥ ، الدكتور مامون سلامة ـ القسم العام ـ ص ٢٣٤ ، الدكتور رمسيس بهنام ـ النظرية العامة ـ ص ٤٦٩ ، الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ ص ٥٥١ ، الموجز ـ ص ٣٥٦ .

التمييز بين التجاوز وسوء استعمال الحق :

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

الرأى الأول :

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

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

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

الرأى الثانى :

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

(١) الدكتور على راشد ــ الموجز ــ ص ٣٥٣

(٢) نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ــ مجموعة القواعد القانونية ــ الجزء الاول ــ رقم ٧٦ ــ ص ٩٢

(٣) الدكتور على راشد ــ الموجز ــ ص ٣٥٣

(٤) قانون العقوبات السودانى معلقا عليه ، الدكتور محمد محيى الدين عوض ــ ١٩٧٠ ــ ص ٧٧ .

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

معيار التجاوز فى الفقه الوضعى :

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

المعيار الموضوعى :

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

(١) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن — رسالة دكتوراه — الدكتور داود سليمان العطار — ص ٣١٦ ، ٣١٧ .

(٢) راجع ما سبق ص ٣٥٤ .

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

المعيار الشخصى :

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

---

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

(٢) جارسون ـ المادة ٣٢٨ ـ رقم ١٩ ـ ص ١٥٧

(٣) محاضرات عن النظرية العامة فى قانون العقوبات السورى ـ الدكتور عدنان الخطيب ـ المرجع السابق ـ ص ١٢٢

المحوط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور 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 (١) .

المعيار المزدوج :

راينا أن أنصار المعيار الموضوعى وان اقاموا تقدير التجاوز على أساس الشخص المجرد المعتاد الا انهم لا يغفلون — على الاطلاق — الظروف الشخصية والموضوعية للمدافع ، وانما ينظرون الى هذا الشخص المجرد المعتاد وقد أحاطت به كافة الظروف التى واجهها المعتدى عليه ، كما أن أصحاب المعيار الشخصى يوجبون أن يكون تقدير المدافع — كما تقول محكمة النقض « مبنيا على اسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع منه » وعليه يمكن القول أن ما يراه أنصار المعيارين يجعلهما يقتربان .

فمعيار التجاوز — فى الواقع — مزدوج يقوم على اساس موضوعى هو تصرف الشخص المعتاد ، ولكنه ليس موضوعيا بحتا وانما ينظر الى تصرف هذا الشخص المجرد فى ضوء الظروف الشخصية للمدافع من حيث سنه وجنسه وقوته البدنية والنفسية ، وكذلك الظروف الموضوعية للعدوان من حيث الزمان والمكان .

المعيار التكميلى (التشريعى) :

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

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

---

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

(٢) راجع ما سبق — ص ٢٥٤ .

(٣) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن — المرجع السابق — ص ٣٣٦

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

موقف الفقه الوضعى من معيار التجاوز فى ضوء الفقه الاسلامى :

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

كما راينا أن الفقه الوضعى قد تردد فى معيار تجاوز حدود الدفاع الشرعى بين معيارين ، المعيار الموضوعى وقوامه الشخص المجرد المعتاد عندما يواجه ظروف الاعتداء التى واجهها المعتدى عليه، والمعيار الشخصى الذى ينظر الى المدافع شخصيا ، واثرالاعتداء على حالته النفسية ، وتقديره الذاتى للعدوان ، على ان يكون هذا التقدير مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة تبرر ما قام به من افعال الدفاع .

وانتهينا الى التقريب بين المعيارين ، والأخذ بمعيار مزدوج يقوم على تصرف الشخص المجرد المعتاد وقد وضع فى ظروف المعتدىعليه من الناحيتين الشخصية والموضوعية .

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

ويمكن القول أن المعيار التكميلى الذى نقول به لا محل لاعماله فى الشريعة الاسلامية ، لأنها لم تحصر حالات اباحة القتل العمد دفاعا ، وانما تركت ذلك للقواعد العامة فى لزوم الدفاع ومعيار التناسب وهو الموقف السديد — كما راينا — فى نظر بعض شراح القانون الوضعى (٢)

---

(١) راجع ما سبق — ص ٢٧٩ .

(٢) راجع ما سبق ص ٢٧٩ .

والواقع انه بعد هذا العرض يمكن القول فى عبـــارة وجيزة أن ما يقول به شراح القانون الوضعى هو ما سبق اليه الفقــه الاسلامى سواء من حيث ماهية التجاوز ومعناه ، أو من حيث مراعاة الظروف الشخصية للمعتدى عليه ، والظروف الموضوعية للعـدوان ، ويبقى الفضل للسابق فى التناول والعرض والتأصيل .

المبحث الثانى

آثار تجاوز الدفاع الشرعى

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

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

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

وما قررته الشرائع القديمة ، والشريعة الاسلامية ، هو ماانتهت اليــه القوانين الحديثــة ـ وان اختلفت نظرتهــا ـ من حيث وجوب مساءلة المدافع عن أفعــاله المتجــاوزة للدفاع باعتبــارها أفعــالا غير مشروعة .

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

المطلب الأول : آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

المطلب الثانى : آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى .

---

(١) مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى ـ نقلها الى اللغة العربية عبد العـزيز فهمى ـ دار الكاتب المصرى ـ ١٩٤٦ ـ الملحق الثانى ـ الاصول الفقهيــة ـ رقم ١١٨ ص ٣٧١ .

المطلب الاول

آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

راينا فيما سبق أن الفقه الاسلامى يقرر وجوب أن يكون مايأتيه المدافع من افعال الدفاع متناسبا مع الاعتداء ، فلا يستعمل قوة هجومية أكثر مما يستلزمه الدفاع ، او كما يعبر الفقهاء ان يكون الدفاع بالأسهل فالأسهل (١) .

فاذا كان المدافع يستطيع أن يدرأ العدوان بقوة هجومية اقل من القوة الهجومية التى استخدمها فعلا ، فانه يكون مسئولا عن الأفعال الزائدة باعتباره متجاوزا لحدود الدفاع المشروعة او كما يقول صاحب أسنى المطالب « أنه — يقصد المدافع — متى خالف وعدل الى رتبةمع امكان الاكتفاء بما دونها ضمن » (٢) .

ومرجع ذلك فى رأينا ، ووفقالنظرية بطلان العصمة التى طرحناها كأساس للدفاع الشرعى أن الصائل بطلت عصمته بعدوانه ، فيكون للمصول عليه « المدافع » أن يأتى من افعال الدفاع ما يعتبر لازما ومتناسبا مع هذا العدوان (٣) ، اما اذا استرسل المصول عليه فىأفعال الدفاع ، فانه يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، وتكون الافعال التى تجاوز بها هذه الحدود المشروعة اعتداء صادر منه يسأل عنه لأنه أتاه بعد انتهاء بطلان عصمة الصائل بدرء عدوانه وعودتهمعصوما كما كان قبل العدوان . ومن ثم يكون مسئولا كما يقرر الفقهاء من الناحيتين المدنية والجنائية .

ففى المذهب الحنفى يقول الزيلعى « اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر وانصرف ثم أن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله عليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما كما كان وحل دمه كان باعتبارشهره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته فان قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب القصاص » (٤) .

---

(١) راجع ما سبق ص ٢٥٠ .
(٢) اسنى المطالب — الجزء الرابع — ص ١٦٧
(٣) راجع ما سبق ص ١٤٤
(٤) تبيين الحقائق — الزيلعى — الجزء الخامس — ص ١١١

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

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

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

---

(١) المغنى — الجزء الثامن — ص ٣٣٠

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

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

(٤) الضمان فى الفقه الاسلامى — لاستاذنا المغفور له الشيخ على الخفيف — المرجع السابق — القسم الثانى — ص ١٧٢ .

دخول الفرج فى الفرج فلا يكون عليه قود وانما عليه الأدب من السلطان لافتياته عليه بتعجيل قتله » (١) .

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

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

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

المطلب الثانى

آثار تجاوز الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى

أسلفنا أن التشريعات العربية تقرر عذرا مخففا للعقاب عند تجاوز حدود الدفاع الشرعى — وأن القانون المصرى قد عالج تجاوز الدفاع فى المادة ٢٥١ ، وبينا شروط هذا التجاوز وبعبارة أخرى شروط أعمال حكم العذر المخفف المنصوص عليه فى هذه المادة ، وأوضحنا معيار تجاوز الدفاع (٤) .

ويقتضينا تناول آثار التجاوز أن نعرض صوره وآراء الشراح فى تكييف هذا العذر حيث اختلفوا فى أثره على نوع الواقعة اذا كانت جناية وهل تنقلب الى جنحة أم تظل جناية كما هى .. والعلاقة بين المسئولية الجنائية للتجاوز ومسئولية المدنية والمسئولية عن التجاوز فى حالة المساهمة الجنائية وسلطة القاضى فى القول بالتجاوز وسلطة محكمة النقض عليه فى ذلك .

---

(١) تبصرة الحكام — المرجع السابق — الجزء الثانى — ص ١٨٥ ، شرح منح الجليل — العلامة الشيخ محمد عليش — ١٢٩٤ هـ — ص ٥٦٠ — الشرح الكبير — الجزء الرابع ص ٣٥٦ .

(٢) التاج المذهب لاحكام المذهب — احمد قاسم العنسى — الجزء الرابع — ص٣١٥

(٣) شرائع الاسلام — المحقق الحلى — الجزء الرابع — ص ١٩٠

(٤) راجع ما سبق — ص ٢٢٧ وما بعدها .

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

صور تجاوز حدود الدفاع الشرعى واثرها :

يتخذ التجاوز فى الدفاع صور ثلاث :

الصورة الاولى :

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

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

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

---

(١) نقض أول يونية سنة ١٩٤٢ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الخامس رقم ٤١٥ ص ٦٧٠ .

(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى ـ فى المسئولية الجنائية ـ ص ٣٥١ ، الدكتور محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص ٢٨٤ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ـ الاحكام العامة ـ ص ٢١٥ .

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

الصورة الثانية :

التجاوز دون نية سليمة ، وللتفرقة بين هـذه الصورة وصورة التجاوز بنية سليمة ينظر الى توافر الخطأ غير العمدى ، وهو أن يخل المدافع بواجبات الحيطة والحذر التى يفرضها القانون ، وعدم حيلولته دون وقوع التجاوز دون ارادة وقوعه ، وتوافر العمـد حيث تتجه الارادة الى النتيجة الاجرامية وهى تجاوز الدفاع ، فاذا توافر الخطأ غير العمدى (١) فان التجاوز يكون بنية سليمة ، أما اذا تعمـد المدافع تجاوز حدود الدفاع ، فان التجاوز يكون بدون نية سليمةوتطبق بشأنه القـواعد العامة فى التجاوز وهى تقضى بأن يسأل المدافع عن جـريمة عمـدية وتوقع عليه عقوبتها ، ما لم يلتمس له القاضى ظـرفا مخففا للعقاب (٢) .

الصورة الثالثة :

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

تكييف الحكم الوارد فى المادة ٢٥١ من القانون المصرى :

لا شك فى الاهمية البالغة لتكييف سبب التخفيف (٤) المنصوص

---

(١) استعملنا اصطلاح الخطأ غير العمدى وفقا لما درج عليه شراح القانون وهـو تعبير منتقد لانه يوحى بوجود خطأ عمدى يقابله وهذا مستحيل من الناحية المنطقيـة لان الخطأ يتعارض مع التعمد أو العمد ، ويحسن أن نطلق على الركن المعنوىللجريمة لفظ القصد intention فى الجـرائم العمـدية ، ولفظ الخطـأ Faute فى الجرائم غير العمدية ، وهو اللفظ الذى استعمله القرآن الكريم فى قوله تعالى «وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا أن يصدقوا » سورة النساء الآية : ٩٢ ، وراجع فى هذا المعنى النظـرية العامة للخطأ غير العمدى ، الدكتورة فوزية عبد الستار ـ ١٩٧٧ ـ هامش ص ٣

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ـ ص ٢٤٣

(٣) الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ص ٢٤٤ .

(٤) اسباب التخفيف نوعان : ـ اعذار قانونية : وهى التى ينص عليها القانون، ويحدد الوقائع التى تقوم عليها ، وعند توافرها يكون التخفيف وجوبيا على المحكمـة =

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

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

الرأى الاول :

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

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

=

ظروف قضائية متروكة لتقدير القاضى فالتخفيف جوازى له — راجع شرح قانون العقوبات — القسم العام (المصرى) — الدكتور محمود نجيب حسنى — ص ٢٤٦

(١) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن — رسالة دكتوراه — الدكتور داود سليمان العطار — ص ٤٠٤ .

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

(٣) تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن — المرجع السابق — ص ٤٠٥ والعبارة التى استند اليها وردت بالصحيفة ٥٥٣ — القانون الجنائى — طبعة ١٩٧٤ .

(٤) راجع ما يلى — ص ٢٥٦ .

الرأى الثانى :

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

الرأى الثالث :

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

---

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

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

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

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

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

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الاحكام العامة — ص ٢١٦ ، الدكتور يسر انور على — الدفاع الشرعى دراسة لمبدا المشروعية — المرجع السابق — ص ٢٤٨ ، الدكتور مامون سلامة — القسم العام — ص ٢٣٥ ، الدكتور عبد الاحد جمال الدين المبادىء الرئيسية فى القانون الجنائى — ١٩٧٤ — ص ٤٨٠ — ٤٨٢

(٢) راجع ما سبق — ص ٣٥٥ .

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

(٤) الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٧٣ ، المشكلات العملية العامة فى الاجراءات الجنائية — المرجع السابق — ص ٦٢ ، نقض اول يونية ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية — رقم ٤١٥ ص ٦٧٠ ، نقض ٥ مايو سنة ١٩٤٥ — مجموعة القواعد القانونية — الجزء الثانى — رقم ٤٩١ ص ٦٣٩ .

(٥) الدكتور رءوف عبيد — القسم العام — ص ٥٧٤ ، تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون المقارن — رسالة دكتوراه — المرجع السابق — ص ٤٠٢ — ٤٠٣ ، الدكتور مامون سلامة — القسم العام — ص ٢٣٥ ، الدكتور محمود محمود مصطفى — القسم العام ص ٢٨٤ .

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

العلاقة بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية عند التجاوز :

من المسائل التى اثارت خلافا فى الفقه والقضاء ، العلاقة بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى ، ومدى اتفاقهما أو اختلافهما ومرد هذا الجدل اختلاف صياغة القانون المدنى عن القانون الجنائى ، فالمادة ١٦٣ من القانون المدنى المصرى تنص على أن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » وهذا يعنى أن أى خطأ مهما قلت جسامته يرتب المسئولية المدنية ، بينما لايتضمن قانون العقوبات مثل هذا النص العام وانما يعدد صور الخطأ الذى تقوم به المسئولية الجنائية (٢) ، وقد اختلف اتجاه الشراح فذهب البعض الى القول بازدواج الخطأين فكل منهما له مضمونه الذى يتحدد وفقا لاختلاف الهدف من الجزاء المقرر لكل منهما (٣) ، واتجه فريق من الشراح الى القول بوحدة الخطأين لان الصور التى ينص عليها قانون العقوبات تتناول كل درجات وحالات الخطأ مما يؤكد وحدة الخطأين فى كل من القانونين وان الخلاف بينهما شكلى بحت (٤) .

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

---

(١) نقض ٩ مايو ١٩٦٦ ـ مجموعة احكام النقض ـ السنة السابعة عشرة ـ رقم ١٠٥ ص ٥٨٧ ، نقض ١٠ مارس ١٩٥٨ ـ السنة التاسعة ـ رقم ٧٢ ـ ص ٢٦٢ .

(٢) النظرية العامة للخطأ غير العمدى ـ الدكتورة فوزية عبد الستار ـ المرجع السابق ص ١١٥ ـ ١١٦

(٣) النظرية العامة للخطأ غير العمدى ـ المرجع السابق ـ ص ١٢٤ ، الدكتور على راشد ـ القانون الجنائى ـ ١٩٧٤ ـ ص ٣٨٤ ، الدكتور رءوف عبيد ـ القسم العام ـ ص ٣٥٧ .

(٤) الاستاذ على بدوى ـ الاحكام العامة فى القانون الجنائى ـ ١٩٣٨ ـ ص ٣٨٠ ، الدكتور محمد مصطفى القللى ـ فى المسئولية الجنائية ـ ص ٢١٩ ، الدكتور ادوارد غالى الذهبى ـ حجية الحكم الجنائى امام القضاء المدنى ـ رسالة دكتوراه ١٩٦٠ ـ ص ٣١١ .

(٥) نقض ٧ مايو سنة ١٩٣١ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الثانى رقم ٢٦٠ ـ ص ٣٢٦ .

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

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

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

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

المسئولية عن التجاوز فى حالة المساهمة الجنائية :

المساهمة الجنائية وفقا للنظام التقليدى الراجح فى تشريعات الدول

---

(١) نقض ٣ فبراير سنة ١٩٦٤ ـ مجموعة أحكام النقض ـ السنة الخامسة عشرة رقم ٢٣ ص ١١٠ ، نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٦٦ ـ مجموعة أحكام النقض ـ السنة السابعة عشرة ـ رقم ٦٩ ـ ص ٣٤٨ .

(٢) النظرية العامة للخطأ غير العمدى ـ الدكتورة فوزية عبد الستار ـ ص ١٢٤ ـ ١٢٥ .

(٣) الام ـ الجزء السادس ـ ص ٢٩

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

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

سلطة قاضى الموضوع ورقابة محكمة النقض :

لا تختلف رقابة محكمة النقض على قاضى الموضـوع بخصـوص التجاوز عن رقابتهـا على ثبـوت الدفاع الشرعى بصفة عامة (٣) ، فلا رقابة لها على المسائل الموضوعية فالقول بتجاوز الدفاع أو عدم تجاوزه يستقـل به قاضى الموضـوع ، لانه يتناول البحث فى الوقائع والمقـارنة بين جسامة خطر الاعتداء ، وجسامة أفعـال الدفاع ومن اطلاقات قاضى الموضوع القول بوافر النية السليمة أو انتفاؤهـا (٣) ، وكذلك تحديد ما اذا كان المتجاوز حسن النية جديرا بتطبيق التخفيف المنصوص عليه فى المادة ٢٥١ ، أم أنه يكفى تطبيق المادة ١٧ من قانون العقوبات ، أم أنه جدير بالعقوبة الاصلية لجريمته ، فكل هذه الامور يختص بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فيها من محكمة النقض (٥) .

وأما سلطة محكمة النقض فتقتصر على رقابة صحة المنطق القضائى

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ـ اصول قانون العقوبات فى الدول العربية ـ ص ٦٨ ، واجع فى التفرقة بين المساهمة الاصلية والمساهمة التبعية ، المساهمة الاصلية فى الجريمة ـ الدكتورة فوزية عبد الستار ـ رسالة دكتوراه ـ ١٩٦٧ ـ ص ٧

(٢) تقابل المادة ٥٠ من القانون العراقى .

(٣) راجع ما سبق ص ٢٩٣ .

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

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

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

موقف القانون المصرى فى ضوء الفقه الاسلامى :

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

---

(١) نقض ٤ اكتوبر سنة ١٩٤٨ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السابع ـ رقم ٦٤٦ ـ ص ٦١٧

(٢) نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء الثالث ـ رقم ٥٢ ص ٥٨ ، نقض أول يونية ١٩٤٢ ، مجموعة القواعدالقانونية ـ الجزءالخامس رقم ٤١٥ ـ ص ٦٧٠ ، نقض ٧ اكتوبر سنة ١٩٤٧ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السابع ـ رقم ٣٨٧ ـ ص ٣٦٨ ، ٤ اكتوبر سنة ١٩٤٨ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السابع ـ رقم ٦٤٦ ـ ص ٦١٧ ، نقض ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ ـ مجموعة أحكام النقض ـ السنة الخامسة ـ رقم ٥٩ ـ ص ١٧٦

(٣) نقض ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ـ الجزء السادس ـ رقم ٤٩١ ـ ص ٦٣٥ نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٨ ـ مجموعة احكام النقض ـ السنة التاسعة رقم ٧٢ ـ ص ٢٦٢ .

(٤) الدكتور محمود نجيب حسنى ـ القسم العام (المصرى) ـ ص ٢٤٥

فكل من الفقه الاسلامى ، والمبادىء العامة لتجاوز حدود الاباحة فى الفقه الوضعى تقرر مسئولية المتجاوز عنها مسئولية كاملة . .

واما الأفعال التى يأتيها المتجاوز بحسن نية ، أو بتعبير المادة ٢٥١ من القانون المصرى دون ان يكون قاصدا احداث ضرر اشد مما يستلزمه الدفاع

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

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

واما القول بان الفقهاء لم يتعرضوا لمثل هذا النوع من التجاوز فمحل نظر ، لأن بعض الفقهاء لا ينظر الى القصد وانما الى اثر الفعل نفسه لان الأثر الذى يترتب على الفعل دليل على تجاوز حدود الدفاع الشرعى فقد جاء فى الضمان لأستاذنا المغفور له الشيخ على الخفيف « أما الأب اذا ضرب ولده أو المعلم اذا ضرب صبيه أو الزوج اذا ضرب زوجته فأدى ذلك الى تلف نفس أو عضو فانه يضمن بفعله فى قول أبى حنيفه والشافعى اذ لا يكون ذلك الا عند تجاوز الحد الشرعى فان لم يجاوز الحد كان ذلك من باب القضاء والقدر ، **وذهب مالك واحمد الى سؤاله لأن الأثر الذى ترتب على فعله دليل تجاوزه الحد** » (٤) .

---

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

(٢) راجع ما سبق ص١٦١

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٤ ـ وراجع ما سبق ـ ص ٢٤٩

(٤) الضمان فى الفقه الاسلامى ـ استاذنا المغفور له الشيخ علىالخفيف ـ معهد البحوث والدراسات العربية ـ ١٩٧٣ ـ القسم الثانى ـ ص ١٧٢ .

ويتبين من هذه العبارة ان مالك واحمد يعتدون فى المسئولية بالاثر الذى يرتبه فعل من تقرر له سبب الاباحة ، وبعبارة اخرى لا ينظرون الى حسن النية أو سوئها طالما تحقق التجاوز ، ومن ناقلة القول ان العقوبةفى مثل هذهالاحوال عقوبة تعزيرية متروك تقديرها لو لى الأمر ، وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصرى .

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