

الجامعة الإسلامية العالمية - إسلام آباد
كلية الشريعة والقانون
الدراسات العليا

الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف

الأستاذ الدكتور سعد جبالي عبد الرحيم

كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية العالمية



إعداد الطالب

مصعب بشير محمد بشير

السنة الدراسية

١٤١٦ - ١٤١٧ هـ

١٩٩٦ - ١٩٩٧ م

MS
٢٩٧٤١٤
م ص د
فقه اسلامي - الدفاع الشرعي

Handwritten signature



T- 1173

Accession No.....

h
T- 1173



DE
١٤/٢٩٤

DATA ENTERED

Amz 21/01/14

الجامعة الإسلامية العالمية - إسلام آباد

T01173

كلية الشريعة والقانون

الدراسات العليا

الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف

الأستاذ الدكتور سعد جبالي عبد الرحيم

كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية العالمية

إعداد الطالب

مصعب بشير محمد بشير

السنة الدراسية

١٤١٦ - ١٤١٧ هـ

١٩٩٦ - ١٩٩٧ م

إذا أراد زيد أن يضرب خالداً بعضاً صغيرة، فأخرج خالد مسدساً، وأراد أن يطلقه عليه فإن القتل من جانب خالد لا يتناسب مع فعل الاعتداء من جانب زيد ولذلك يجوز لزيد أن يدرأ خطر القتل عن نفسه.

وقد ذهب بعض فقهاء القانون على أن المعتدي لا يمكن أن يباح له حق الدفاع أياً كانت الظروف، وذلك قياساً على حالة الضرورة، حيث جاء في المادة (٦١) من قانون العقوبات المصري على أنه (لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبته إلى ارتكابها ضرورة حماية نفسه من خطر جسيم.. ولم يكن لإرادته دخل في طولها). ولا يصح قياس حالة الدفاع على حالة ضرورة حماية النفس من خطر جسيم، فإن الدفاع يبيح ارتكاب الجريمة لدفع الإيذاء عن النفس ولو كان بسيطاً وإن كان لابد أن يكون متناسباً مع الاعتداء ولازماً وكافياً لردده^(١).

المبحث الثالث

في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أن معنى تجاوز حد الدفاع الشرعي، هو استعمال المدافع قدراً أكبر من القوة مما يمكنه به دفع الخطر الواقع عليه. فهو بذلك نتيجة طبيعية لإنعدام شرط التناسب بين فعل المدافع والخطر.

ويتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في معنى التجاوز وفيما يجب على المدافع المتجاوز من تحمل المسؤولية كاملة.

وإن من خصائص الفقه الإسلامي أنه جعل الدفاع واجباً في أغلب الأحيان، وأنه شدد

(١) انظر في المسؤولية الجنائية - محمود مصطفى القلي - ص ٢٢٧، ٢٢٨.

في إلزام المعتدي عليه بالدفاع، بل منحه حق القتل إذا لم يقدر على دفع الإعتداء إلا به. كما وسع الفقه الإسلامي من مجال الدفاع فشمّل مطلق الإعتداء غير المشروع، سواء وقع هذا الإعتداء على النفس أو العرض أو المال.

ولكن من ناحية ثانية جعل الفقه الإسلامي شروطاً للدفاع الشرعي، لابد من توافرها عند القيام بفعل الدفاع، فإذا إنعدم شرط التناسب في فعل الدفاع، إنهارت حالة الدفاع وصار المدافع معتدياً ومتجاوزاً لحدود الدفاع ويتحمل مسؤولية تعديه وتجاوزته كامله.

ولعل الفقه الإسلامي يكون قد حقق بذلك:

- ١/ إشاعة وبث روح الخوف والرعب في قلوب المعتدين المجرمين، وذلك لعلمهم بأن المدافع يملك حق قتلهم مطلقاً، كما أن فعل الدفاع يجب عليه وأنه غير مخير فيه، وأيضاً أن دم المعتدي هدر، وهو غير مسؤول عما يصيب المعتدي من جرح أو أذى.
 - ٢/ عقاب المدافع إذا جاوز حدود الدفاع، بسبب قوى في منع المدافع في تجاوز أفعاله مستغلاً جواز الدفاع، وحتى لا يحصل بذلك التجاوز، الإنتقام والثار والتكيل بالمعتدي.
- أما في القانون الوضعي، فإنه يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي، شرط التناسب بين فعل الدفاع والخطر ولكنه يجعل إنعدام هذا الشرط وتخلفه سبباً للاعتبار المدافع متجاوزاً حدود الدفاع ومستحقاً للعذر القانوني أو الظرف القضائي المخفف على رأي آخر، ثم يؤكد على أن يحدث التجاوز وحالة الدفاع قائمة^(١)، أي أن حالة الدفاع تقوم حتى ولم يكن هناك تناسب.

وهذا وجه من أوجه التناقض، فيجعل شرط التناسب سبباً للخروج على حدود الدفاع لا سبباً لإنعدام الدفاع، وكذلك أن البعض يجعل بالإمكان أن يقع التجاوز بعد إنتهاء الإعتداء^(٢).

(١) انظر النظرية العامة للقانون - رمسيس بهنام - ص ٤٢٩ .

(٢) انظر جرائم الإعتداء على الأشخاص - حميد السعدي - ص ٣٥٧ .

ولكننا نرى إن في إنتهاء فعل الإعتداء وزوال الخطر، إنتهاء لفعل الدفاع، وإذا قلنا إن إنعدام شرط الخطر وشرط الفعل الخطر وشرط التناسب لا يمنع من قيام حالة الدفاع الشرعي، والمعتدي عليه يظل مدافعاً، فبذلك لا نكون قد أبقينا على شرط من شروط الدفاع كما لم نبق على أي حدود يتجاوزها المدافع لأنها إنعدمت جميعها، ولم يبق لحالة الدفاع وجود. كما إننا نجد تناقضاً واضحاً بين اشتراط حسن النية^(١) عند التجاوز وبين جواز وقوع التجاوز بعد إنتهاء حالة الدفاع.

ويؤخذ على القانون الوضعي، أيضاً أنه يقرر عذراً ويغض الطرف عن كون هذا العذر قانونياً أم ظرفاً قضائياً أم نمطاً آخر، بل المهم أن يعطي القاضي سلطة تخفيف العقوبة على الشخص المتجاوز، ونجد بعض القوانين الوضعية، أنها تمنح القاضي سلطة حق العفو القضائي المطلق الشامل من العقوبة أو في نوع من الجرائم (فقانون العقوبات الدنماركي يجيز للقاضي أن يعفي المجرم من العقوبة مهما كانت جريمته إذا إقترنت بظروف مخففة مع توافر إحدى الحالات الآتية عند تجاوز حدود الدفاع الشرعي)^(٢).

(١) انظر جرائم الإعتداء على الأشخاص -حميد السعدي- ص٣٥٧ .

(٢) انظر الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة -أكرم نشأت إبراهيم- ص٣٢٦ .

الخاتمة

الخاتمة

أما وقد بلغنا حاجة بحثنا هذا، بعد إلقاء نظرة على الجريمة ومعناها وعلى الإباحة وأسبابها والحق، وبعد استعراض ماهية الدفاع الشرعي الخاص، وأركانه وإثباته وأثره وحكم تجاوزه حدوده، في فصل تمهيدي وخمسة فصول، وذلك وفق منهج علمي محقق، فإنه يجدر بنا أن نختم هذا البحث بذكر النتائج التي توصلت إليها.

١/ الفصل التمهيدي:

أ- المبحث الأول:

١/ إن الاختلاف في تحديد الجريمة وتعريفها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو اختلاف أصولي.

٢/ تعريف الجريمة في الفقه الإسلامي تعريف ثابت وواضح وشامل ومرن، أما في القانون الوضعي، فإن الغموض يكتنف تحديد وتعريف الجريمة.

٣/ مفهوم الجريمة في الفقه الإسلامي أوسع دائرة منه في القانون الوضعي، حيث أن المفهوم الإسلامي يتفق وقانون الأخلاق، أما المفهوم القانوني، فليس بشرط أن يتفق مع قانون الأخلاق.

ب- المبحث الثاني:

١/ يتفق القانون مع الفقه في عدم العقاب على مجرد التفكير في الجريمة حتى ولو وصل الأمر إلى العزم عليها، إلا أن هذا الاتفاق إلى حد ما، وهو ما يسمى بدرجة الخاطر أو إلى درجة أعلى عند بعض الفقهاء وهو ما يسمى بالهم.

٢/ يتفق القانون الوضعي أيضاً مع الفقه الإسلامي في عدم المؤاخذه على العزم المجرد وذلك بالنسبة لمن يقول بعدم المؤاخذه به مجرداً.

٣/ يختلف القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في عدم العقوبة على الجهر المؤدي إلى إغراء الناس على اقتراف الجريمة.

٢/ الفصل الأول:-

١- المبحث الأول:

١/ عجزت القوانين الوضعية عن إصلاح المجتمع أو في الحد أو التخفيف من الجريمة، كما عجزت عن تعريف الدفاع الشرعي الخاص، وهذا العجز إلا جزء من الخطأ الأصلي في المنهج الذي يقوم على العقل البشري القاصر المشوب بالهوى والضلال.

٢/ تعاريف الدفاع الشرعي في القانون الوضعي غير جامعة لشروط الخطر وفعل الدفاع، وغير شاملة في جعل حق الدفاع للمعتدي عليه وعلى غيره، كما أنها غير متضمنة لبيان معنى الهرب والإباحة والتجاوز، وغير موضحة كذلك لمجال الدفاع من نفس وعرض ومال.

٣/ الفصل الثاني:-

١/ تبين من خلال عرض نظرية الدفاع الشرعي أن هناك أركان يجب توافرها. وهي فعل الاعتداء وفعل الدفاع وأهلية الصائل أو المهاجم.

أما شروط فعل الاعتداء فهي:

أ- وقوع الاعتداء بغير حق.

وقد اتفق الفقهاء على شرط عدم مشروعية فعل الاعتداء، وكان ضابطه أن يهدد الخطر بدون وجه مشروع حقاً تحميه الشريعة، وترتب على هذا الشرط نتيجتان:-

الأولى: أن لا محل للدفاع الشرعي إذا كان الخطر المهدد مشروعاً.

والثانية: هي إباحة أو إيجاب الدفاع ضد الخطر غير المشروع.

ب- كونه حالاً على وشك الوقوع:

وقد حصر الفقهاء الخطر الذي يجوز الدفاع ضده بما كان حالاً -بقسميه الوشيك وما لم ينتهي بعد- دون الخطر الاجل أو المنتهي.

ج- وقوع الاعتداء حقيقة:

ويكون كذلك إذا غلب على ظن المدافع وجود خطر حقيقي، وكان غلبة الظن قائمة على أسباب مقبولة، أو قرائن معقولة وطابق الواقع دون الخطر الوهمي الذي يعدم الأسباب والقرائن المقبولة ويخالف الواقع.

أما شروط فعل الدفاع فهي:-

أ- أن يكون لازماً:

ومدلول اللزوم هي أن يتعين الفعل طريقاً للدفع، ونجم عن هذا المدلول نتجتان:

الأولى: ضمان ما ينجم عن استخدام القوة إذا أمكن التخلص من الخطر بدونها.

الثانية: وجوب تصويب فعل الدفاع نحو مصدر الخطر.

ب- أن يكون مناسباً:

بان يقتصر على أسهل ما يمكن دفع الخطر به. وكان من نتيجة هذا المدلول للتناسب أن

لا يشترط لتوافر التناسب تساوي ضرر فعل الدفاع مع الضرر المتوقع من الخطر.

وهذه هي نفس الشروط للدفاع الشرعي في القانون الوضعي بصورة عامة.

٢/ إذا كان قد وقع الخلاف حول خطر فعل الصبي والمجنون في الفقه الإسلامي فقد

وقع ذلك أيضاً في القانون الوضعي، أما من جهة فعل البهيمة فقد وقع الخلاف بين الفقهاء

ولم يقع ذلك الخلاف بين شراح القانون.

٤/ الفصل الثالث:

أ- المبحث الأول:

١/ إن الفقه الإسلامي أجاز القتل عند توقف الدفع عليه مطلقاً، والقانون الوضعي إذ يبيح الدفاع الشرعي بشروط وقيود فإنه يشترط للدفاع قتلاً شروطاً أخرى، فالقتل العمد فيه لا يعتبر دفاعاً إلا فيما نص عليه من حالات حصرها.

ب- المبحث الثاني:

١/ هناك تشابه قليل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ينحصر في الحق في صيانة العرض، سواء بالنسبة للفرد أو الأسرة أو المجتمع بحيث يتعين أن تكفل له حماية قوية فعالة وفي رصدهما لعقوبة أشد على صور خطيرة من الاعتداء على هذا الحق، ففي الشريعة الإسلامية يحكم الزاني المحصن بالرجم وفي القانون الوضعي بالاشغال الشاقة المؤبدة على جريمة الاغتصاب.

٢/ الرأي السائد لدى الفقهاء جواز قتل الزاني المتلبس بالزنا مع محرم محصناً أو غير محصن، لأن الدفاع عن العرض واجب والمتلبس مواقع في كل لحظة ولكن القانون الوضعي لا يجعل هتك عرض الإنسان وانتهاك شرف المحارم اعتداء يستتبع إباحة الدفاع الشرعي لأنه ليس اعتداء مادياً ما دام برضا المزني بها. ولكنه يجعل الزوج فقط يستفيد من عذر الاستفزاز فلا يأخذ العقوبة المقدرة في القانون للقتل.

ج- المبحث الثالث:

١/ توسعت الشريعة الإسلامية في إعطاء الحق للدفاع عن المال أكثر من القانون الوضعي. حيث أن القانون حصر جرائم الدفاع عن المال في نقاط معينة.

٢/ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في القتل دفاعاً عن المال، إذ اعتبر جرائم الحريق والدخول ليلاً في منزل مسكون وبغير علم صاحبه أو رضا منه أو أفعال يتخوف منها الموت أو تفضي إليه، جرائم يجوز الدفاع عنها بالقتل وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية.

٥/ الفصل الرابع:-

١/ أن جواز فعل الدفاع يتطلب إثباته، ويتطلب الحكم به قيام البينة عليه أو بإثباته بطريقة أخرى وهذا ما عليه القانون الوضعي الذي يطلب من محكمة الموضوع أن تجري الوقائع وعند قناعتها يثبت قيام الدفاع الشرعي فتصدر قراراً بالآلا وجه لإقامة الدعوى لأن الواقعة حق مقرر في القانون.

٢/ إذا تحققت شروط الخطر وفعل الدفاع ولم يتعدى المدافع حد الدفاع المقرر كان فعله جائزاً ومشروعاً وجواز الفعل يمحو صفة الجريمة عنه ويباح أثره. فلا يعود من المتصور قيام أية مسؤولية جنائية أو مدنية تجاه الفاعل أو من يعاونه أو يشترك معه، في حين يتحمل المعتدي كل تبعات عدوانه جنائياً أو مدنياً. وأثر الدفاع في القانون الوضعي هو الإباحة أيضاً والإباحة تمحو صفة الجريمة فتتعدم المسؤولية الجنائية.

٦/ الفصل الخامس:-

١/ أن مدلول التجاوز هو استعمال المدافع قدراً من القوة أكبر مما يلزم أن يدفع به الخطر، أي هو تخلف شرط التناسب بين فعل الدفاع والخطر.

٢/ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مدلول التجاوز وفيما يجب أن يتحملة المتجاوز من مسؤولية، والخلاف فقط في منح القاضي سلطة التخفيف.

أن الفقه الإسلامي سجل سبقاً تشريعياً في موافقه من الدفاع الشرعي، والتي التحق
بها أو اقترب منها القانون الوضعي بعد عدة قرون.
وختاماً نسال الله تعالى أن يكتب عملنا هذا في الصالحات وأن يغفر بفضله ما سبق إليه
القول أو الفعل أو القلم من الزلات، وهو وحده حسبنا ونعم الوكيل.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الفهارس

١ / فهرس الآيات الكريمة

٢ / فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآيات الكريمة^(١)

الصفحة	رقم الآية	
سورة البقرة :		
٥٦	٤٢	١/ ((ولا تبسوا الحق بالباطل))
٤٩	٢٩	٢/ ((هو الذي خلق لكم مافي الارض جميعا))
٤٩	١٧٣	٣/ ((فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه))
١٧٤	١٨٨	٤/ ((ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل))
١٣٢	١٩٣	٥/ ((فلا عدوان الا على الظالمين))
		٦/ ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم))
١٨٤، ٨٦، ٧٣، ٥٩	١٩٤	٧/ ((ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة))
١٢٩، ١٢٧، ١٢٣	١٩٥	٨/ ((ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم))
٣١	٢٢٥	٩/ ((ولو لا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض))
٦٥	٢٥١	١٠/ ((لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت))
١٩	٢٨٦	

سورة آل عمران

		١/ ((ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون))
٨٥	١٠٤	٢/ ((كنتم خير امة اخرجت للناس، تأمرون))

(١) رتبت الآيات القرآنية الكريمة حسب ورودها في سورها، والسور حسب ورودها في المصحف.

٨٦,٨٥,٥٩ ١١. بالعرف وتتهون عن المنكر))

سورة النساء

		١ / ((واللاتي ياتين الفاحشة من نساءكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم))
١٩٨	١٥	
		٢ / ((لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم وكان الله سميعاً عليماً))
٢٧	١٤٨	
٢٠٠,١٩٩	١٣٥	٣ / ((كونوا قوامين بالقسط شهداء لله))

سورة المائدة

		١ / ((وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان))
١٨٤	٢	
٤٩	٢	٢ / ((واذا حللتهم فاصطادوا))
٤٩	٥	٣ / ((اليوم أحل لكم الطيبات..))
		٤ / ((لأن بسطت إلي يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك، إني أخاف الله رب العالمين))
١٢٦,١٢٣	٢٨	
١٢٤	٣٢	٥ / ((من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل...))
٦٦	٤٨	٦ / ((ولكل جعلنا منكم شريعة ومنهاجاً))

سورة الأنعام

٥٧	٦٢	١ / ((ثم ردوا إلى موالاهم الحق..))
----	----	------------------------------------

١٥٣ ١٥١ /٢ ((ولاتقربوا الفواحش مظهر منها ومابطن))

سورة الأعراف

/١ ((أتأتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحد من

١٥٣ ٨. العالمين..))

/٢ ((واسألهم عن القرية التي كانت حاضرة

٦٧ ١٦٣ البحر..))

سورة الأنفال

١٢٣ ٣٨ /١ ((وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة..))

سورة التوبة

٢ ١٢٢ /١ ((ليتفقها في الدين ولينذروا قومهم..))

سورة النحل

١٣٨ ٩. /١ ((وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى..))

سورة الإسراء

/١ ((ولاتقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء

١٥٢ ٣٢ سبيلا..))

١٩. ٣٣ /٢ ((ولاتقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق..))

١٦٢	٤	شهادة أبدأ وأولئك هم الفاسقون))
		٣ / ((لو لاجعوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا
١٩٨	١٣	بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون))
		٤ / ((يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم
		حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلك
		خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها
		أحدًا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل
		لكم ارجعوا فارجعوا هو أذكى لكم والله
١٣٩	٢٨، ٢٧	بما تعملون عليهم))
		٥ / ((ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير
١٤٠	٢٩	مسكونة فيها متاع لكم))
		٦ / ((يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت
١٤٢	٥٨	أيمانكم))

سورة الفرقان

١٥٣	٦٣	١ / ((والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر))
-----	----	---

سورة الروم

١٨٥	٤٧	١ / ((وكان حقاً علينا نصر المؤمنين..))
-----	----	--

سورة يس

٥٦	٧	١ / ((لقد حق القول على أكثرهم))
----	---	---------------------------------

سورة غافر

١٤١ ١٩ /١ ((يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور))

سورة فصلت

١١٢ ٣٤ /١ ((ادفع بالتي هي أحسن))

سورة الشورى

/١ ((أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين مالم

٦٦ ٢١ ياذن به الله))

٧٣ ٣٩ /٢ ((والذين اذا اصابهم البغي هم ينتصرون))

٧٣ ٤٠ /٣ ((وجزاء سيئة سيئة مثلها))

/٤ ((ولن انتصر بعد ظلمه فاؤلكم ما عليهم من

٨٧،٥٩ ٤١ سبيل))

سورة الجاثية

٦٦ ١٨ /١ ((ثم جعلناك على شريعة من الامر))

سورة الحجرات

/١ ((وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا

بينهما فان بغت احدهما على الاخرى

١٢٣ ٩ فقاتلوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله))

سورة ق

١ / ((ولقد خلقنا الإنسان ونعلم ما توسوس به

نفسه ونحن أقرب إليه من حبل الوريد)) ١٦ ١٨

سورة المعارج

١ / ((..للكافرين ليس له دافع)) ٢ ٦٦

فهرس الأحاديث النبوية^(١)

الصفحة	الحديث
١٦٢، ١٦١	/١ ((اجتنبوا السبع الموبقات المهلكات ...))
١٢٩، ١٢٨	/٢ ((إذا دخل أحدكم فتنة فليكن خير ابني آدم))
٧٣	/٣ ((أردت أن تقضمها كما يقضم الفحل))
٣٢، ٢٩	/٤ ((إن الله تجاوز لامتي عما وسوست أو حدثت به نفسها...))
١٨٥، ٧٤	/٥ ((إن المؤمنين يتعاونون على الفتان))
١٣١، ١٢٩، ١٢٦	/٦ ((إن خشيت أن يبهرك شعاع السيف فالقي طرف رداك على وجهك فيبوء باثمه واثمك))
١٧٤، ١٣٨، ١٣٧، ٩١	/٧ ((إن دماؤكم وأموالكم عليكم حرام))
١٥٠، ١٤٢	/٨ ((أن رجلاً أطلع من بعض حجر رسول الله ﷺ))
١٨٥، ١٨٤، ٧٤	/٩ ((انصر أخاك ظالماً ومظلوماً...))
٢٠٠، ١٩٦	/١٠ ((إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض...))
١٤٣	/١١ ((عزمت أن أحرق بيوت من لم يجيء إلى الجماعة))
٢٠٨، ١٧٤	/١٢ ((قاتل دون مالك))
١٣٧، ٦٩	/١٣ ((كل المسلم على المسلم حرام))
١٣١، ١٢٦	/١٤ ((كن عبدالله المقتول ولا تكن عبدالله القاتل))
١٤٣	/١٥ ((لو أعلم أنك تنظر لطعنت بها عينك ...))
١٥٠، ١٤٢، ١١٢، ٧٤	/١٦ ((لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن...))

(١) رتب الأحاديث النبوية حسب ترتيب حروف الهجاء.

- ١٩٩ / ((لو يعطى الناس بدعواهم...)) / ١٧
- ١٣١، ١٣٠، ١٢٩، ١٢٦ / ((مايمنع أحدكم إذا جاء من يريد قتله...)) / ١٨
- ١٨٤، ٧٤ / ((من اذل عنده مؤمن فلم ينصره اذله الله على رؤوس
الاشهاد يوم القيامة)) / ١٩
- ١٢٤، ٧٤ / ((من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد)) / ٢٠
- ١٥٠، ١٤٤، ١٤٢ / ((من اطلع بدار قوم بغير اذنهم...)) / ٢١
- ٧٤ / ((من حمل علينا السلاح فليس منا)) / ٢٢
- ٨٥، ٦٠ / ((من رأى منكم منكراً...)) / ٢٣
- ١٨٥ / ((من رد عن عرض أخيه المسلم...)) / ٢٤
- ١٢٤، ٧٣ / ((من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر)) / ٢٥
- ١٧٤ / ((من ظلم قيد شبر من الأرض...)) / ٢٦
- ١٥٤، ١٢٤، ٧٣ / ((من قتل دون أهله فهو شهيد)) / ٢٧
- ١٣٢، ١٢٤، ٧٣، ٥٩ / ((من قتل دون دينه فهو شهيد)) / ٢٨
- ١٧٤، ١٢٤، ٧٣ / ((من قتل دون ماله فهو شهيد)) / ٢٩
- ١٣٢ / ((من قتل دون نفسه فهو شهيد)) / ٣٠
- ١٩٠ / ((من قتل نفسه بحديدة...)) / ٣١
- ١٥٣ / ((من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط...)) / ٣٢
- ١٣١، ١٢٦ / ((من مشى إلى رجل من أمتي ليقتله...)) / ٣٣
- ٢٩ / ((من هم بحسنة فلم يفعلها كتبت له حسنة...)) / ٣٤

المصادر والمراجع

المراجع والمصادر

أولاً، القرآن الكريم وعلومه،

أ - المصحف الشريف.

ب - كتب التفسير:

١/ أحكام القرآن: تأليف العلامة أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي

المتوفي سنة ٥٤٣هـ. الطبعة الأولى سنة ١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م. دار إحياء الكتب

العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٢/ أحكام القرآن: تأليف العلامة أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الضفي المتوفي

سنة ٣٧٠هـ. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت - لبنان.

٣/ تفسير القرآن العظيم: تأليف الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي

المتوفي سنة ٧٧٤هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان. طبعة ١٣٨٨هـ -

١٩٦٩م.

٤/ في ظلال القرآن الكريم: تأليف سيد قطب. الطبعة الشرعية العاشرة ١٤٠٢هـ -

١٩٨٢م - دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

ج - غريب القرآن:

٥/ المفردات في غريب القرآن: تأليف أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب

الاصفهاني المتوفى سنة ٥٠٢هـ. تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني - كارخانه

تجارت كتب - آرام باغ كراتشي.

ثانياً: مكتب السنة وشروحيها

أ - كتب الحديث:

٦/ الموطأ: تأليف الإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩هـ تصحيح وترقيم محمد فؤاد

عبد الباقي دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر.

٧/ مستند الإمام أحمد: تأليف أبي عبد الله بن محمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ.

الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م. المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - بيروت -

لبنان.

٨/ صحيح البخاري: تأليف الإمام محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ. دار

الجيل - بيروت - لبنان.

٩/ صحيح مسلم: تأليف الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفى

سنة ٢٦١هـ. الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م دار إحياء الكتب العربية، عيسى

البابي الحلبي وشركاه. مصر.

١٠/ سنن ابن ماجه: تأليف أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه

المتوفى سنة ٢٧٥هـ. دار إحياء الكتب العربية-عيسى البابي الحلبي وشركاؤه -

مصر - طبعة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م.

١١/ سنن أبي داود: تأليف الإمام سليمان بن أشعث بن إسحق السجستاني المتوفى سنة

٢٧٥هـ. دار إحياء السنة النبوية.

١٢/ السنن الكبرى: تأليف الحافظ أحمد بن الحسن بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ.

دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت - لبنان.

ب - شروح الحديث:

١٣/ فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: تأليف

أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت - لبنان.

١٤/ صحيح مسلم بشرح النووي: تأليف محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري الحزامي الحواري الشافعي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت - لبنان. طبعة سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

١٥/ تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي: تأليف أبي العلي محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم المباركفوري - المتوفى سنة ١٣٥٣هـ - الطبعة الثالثة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م. دار الفكر - بيروت - لبنان.

١٦/ سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام: تأليف الشيخ محمد بن إسماعيل الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر - الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م.

١٧/ نصب الراية لأحاديث الهداية: تأليف الحافظ جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي المتوفى سنة ٦٧٢هـ. طبعة المركز الإسلامي للطباعة والنشر. القاهرة - مصر.

١٨/ نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار: شرح منتقى الأخبار: تأليف محمد بن علي ابن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ. طبعة دار الجيل ١٩٧٣ - بيروت - لبنان.

١٩/ عمدة القاريء شرح صحيح البخاري: تأليف الإمام العلامة بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥هـ - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢٠/ الإتحافات السننية بالأحاديث القدسية : تأليف الشيخ زين العابدين عبدالرؤف المتوفى سنة ١٠٣١هـ - وعليه النفحات السلفية بشرح الأحاديث القدسية : تأليف محمد منير الدمشقي الأزهرى - الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٣م ، مكتبة صبيح - مصر.

ثالثاً: مكتب أصول الفقه

٢١/ المستصفى من علم الأصول: تأليف أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ. الطبعة الاولى بالمطبعة الاميرية ببولاق - المحمية-مصر -طبعة ١٣٢٤هـ.

٢٢/ الموافقات في أصول الشريعة: تأليف أبي إسحق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي المالكي المتوفى سنة ٧٩٠هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت - لبنان.

٢٣/ الاشباه والنظائر: تأليف زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. كراتشي - باكستان.

٢٤/ الوجيز في أصول الفقه: تأليف عبد الكريم زيدان. الطبعة الثانية سنة ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م. مطبعة النعمان. بغداد - العراق.

٢٥/ الاحكام في أصول الاحكام: تأليف سيف الدين ابن الحسن علي بن أبي علي ابن محمد الامدي المولود سنة ٥٥١هـ - المتوفى سنة ٦٣١هـ. دار الحديث - بجوار إدارة الازهر .

٢٦/ أصول الفقه للحنفية : تأليف الشيخ محمد أنيس عبادة - الطبعة الاولى ١٩٨٠م-دار الطباعة الحمديدية - مصر.

٢٧/ أصول الفقه : تأليف الدكتور حسين حامد حسان - طبعة ١٩٧١م - دار النهضة - مصر.

رابعاً: مكتب الفقه

أ - الفقه الحنفي:

٢٨/ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧هـ. الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م.

مطبعة Educational Press كراتشي - باكستان.

٢٩/ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٢هـ. مطبعة معارف - لاهور - باكستان.

٣٠/ تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق: تأليف الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري. المكتبة الماجدية. كويتا - باكستان.

٣١/ حاشية رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان: تأليف محمد أمين الشهير بابن عابدين الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م. دار الفكر

٣٢/ الدر المختار شرح تنوير الأبصار على هامش رد المحتار: تأليف إبراهيم بن أحمد ابن علي الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ.

٣٣/ شرح فتح القدير على الهداية - شرح بداية المبتديء: تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ: تأليف كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن همام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١هـ. الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.

٣٤/ شرح فتح القدير للعاجز الفقير: تأليف الشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٣٥/ المبسوط: تأليف أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ. الطبعة الثالثة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت - لبنان.

٣٦/ الهداية شرح بداية المبتديء: تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي ابن أبي بكر بن عبد الجليل الميرغناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ - المكتبة الإسلامية - مصر.

ب - الفقه المالكي:

٣٧/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد: تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥هـ. الطبعة الخامسة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر.

٣٨/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: تأليف محمد أحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ. دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر..

٣٩/ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: تأليف أبي عبد الله محمد بن عبد الله ابن علي الخرشي المتوفى سنة ١١٠١هـ. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت - لبنان.

٤٠/ الشرح الكبير على مختصر خليل: تأليف أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ.

٤١/ المدونة الكبرى: تأليف الإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩هـ رواية سحنون ابن سعيد التتوخي عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك. دار صادر، بيروت - لبنان.

٤٢/ الفروق: تأليف الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ وبهامشه تهذيب الفروق السنية في الاسرار الفقهية، طبعة عالم الكتب بيروت - لبنان.

٤٣/ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: تأليف أبي عبدالله الشيخ محمد أحمد عليش المتوفى سنة ١٢٩٩هـ. وبهامشه تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الحكام: تأليف القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم ابن محمد بن فرحون المالكي المدني المتوفى سنة ٧٩٩هـ - الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

ج- الفقه الشافعي:

٤٤/ الام: تأليف أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر. - بيروت - لبنان.

٤٥/ الأنوار لأعمال الأبرار: تأليف الشيخ جمال الدين يوسف الأردبيلي. أشرف على طبعه وياشر تصحيحه: محمد زهري النجار.

٤٦/ مختصر المزني: تأليف أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤هـ .

٤٧/ المذهب في فقه الإمام الشافعي: تأليف الشيخ أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ طبعة دار الفكر. بيروت - لبنان.

٤٨/ حاشية البيجرمي على منهج الطلاب: تأليف الشيخ سليمان بن عمر بن محمد البيجرمي المتوفى سنة ١٢٢١هـ - الطبعة الأخيرة ١٣٦٩هـ - ١٩٥٥م. مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر.

٤٩/ حواشي الإمامين عبد الحميد الشرواني - انتهى من حاشيته في ٢٨٩هـ وأحمد بن قاسم العبادي - على تحفة المحتاج. دار صادر - بيروت - لبنان.

٥٠/ تحفة المحتاج بشرح المنهاج: تأليف شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي طبعة دار صادر - بيروت - لبنان.

٥١/ منهاج الطالبين وعمدة المفتين في فقه مذهب الإمام الشافعي: تأليف أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ وبالهامش منهج الطلاب: تأليف الشيخ زكريا الأنصاري - دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٥٢/ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: تأليف الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤هـ. المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي ابن علي الشبرايملي القاهري - المتوفى سنة ١٠٩٦هـ.

٥٣/ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج: تأليف الشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ. دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٥٤/ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : تأليف شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب - دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٥٥/ الاحكام السلطانية والولايات الدينية : تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن خبيب البصري البغدادي الماوردي، المتوفى ٤٥٠هـ - الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - مركز النشر، مكتب الإعلام الإسلامي.

د - الفقه الحنبلي:

٥٦/ المغني: تأليف أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ. مكتبة الرياض الحديثة. المملكة العربية السعودية طبعة ١٤٠١هـ -

١٩٨١م.

٥٧/ إعلام الموقعين عن رب العالمين: تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم المتوفى سنة ٧٥١هـ. تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل. دار الكتب الحديثة. مصر ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.

٥٨/ منتهى الإرادات: تأليف تقي الدين بن محمد بن أحمد الشهير بابن النجار المتوفى سنة ٩٧٢هـ. تحقيق عبدالغني عبدالخالق - عالم الكتب - بيروت - لبنان.

٥٩/ الروض المربع بشرح زاد المستنقع - مختصر المقنع في فقه إمام السنة أحمد ابن حنبل الشيباني - المتن للعلامة شرف الدين أبي النجا الحجاوي - والشرح للعلامة منصور بن يونس إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ. الطبعة السابعة سنة ١٣٩٢هـ - المطبعة السلفية - القاهرة - مصر.

٨٠ / الإقناع: تأليف الشيخ أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي المتوفى سنة ٩٦٨هـ.

٨١ / الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي. الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م. دار إحياء التراث العربي. بيروت - لبنان.

٨٢ / المقنع: تأليف أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ. الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ. طبعة قطر.

٨٣ / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: تأليف أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن القيم الجوزية. المؤسسة العربية للطباعة والنشر. القاهرة - مصر. طبعة ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م.

٨٤ / كشف القناع عن متن الإقناع : تأليف منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، فرغ من تأليفه سنة ١٤٠٦هـ - راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي مصطفى -

مكتب النصر الحديثة - الرياض.

الضفة الظاهرة: تأليف أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد الشهير بابن حزم، دار الإفاق المحلى: تأليف - يرفقت لبنات - تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر خامساً: الكتب الفقهية العامة والمقارنة

٨٥ / الجريمة: تأليف الشيخ محمد أبو زهرة - طبعة دار الفكر العربي.

٨٦ / العقوبة: تأليف الشيخ محمد أبو زهرة - طبعة دار الفكر العربي.

٨٧ / التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي: تأليف عبد القادر عودة - دار الكاتب العربي. بيروت - لبنان.

٨٨ / إحياء علوم الدين: تأليف حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٦٩/ أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام: تأليف الدكتور عبد الكريم زيدان. بغداد - كلية الآداب - طبعة ١٩٧٦م.

٧٠/ المدخل الفقهي العام: تأليف الاستاذ مصطفى الزرقاء. دار الفكر . بيروت - لبنان طبعة ١٩٦٧م .

٧١/ المحلى: تأليف أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد الشهير بابن حزم . دار الأفاق الجديدة - بيروت - لبنان. تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر.

٧٢/ في أصول النظام الجنائي الإسلامي - محمد سليم العوا . مطبعة دار المعارف - القاهرة طبعة سنة ١٩٨٣م.

٧٣/ تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية : تأليف الدكتور سعد جبالي عبد الرحيم.

٧٤/ المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي تأليف أحمد فتحي بهنسي - دار الشروق - القاهرة الطبعة الرابعة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨ .

٧٥/ نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي: تأليف يوسف قاسم - طبعة دار النهضة العربية - مصر - سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٧٦/ الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية : تأليف داؤد العطار - الدار الإسلامية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٧٧/ الموسوعة الفقهية - الطبعة الثانية ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت.

٧٨/ الحق والذمة : تأليف الشيخ علي الخفيف - طبعة دار الفكر العربي.

٧٩/ المدخل للفقه الإسلامي : تأليف عيسوي أحمد عيسوي - طبعة ١٩٦٦م.

سادساً: مكتب التاريخ

- ٨٠/ تاريخ العالم الإسلامي - العرب قبل الإسلام: تأليف عمر رضا كحالة - الطبعة الثانية سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م. المطبعة الهاشمية - دمشق - سوريا.

سابعاً: المعاجم

- ٨١/ مختار الصحاح: تأليف محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٩١هـ - ترتيب السيد خاطر - طبعة إيران.
- ٨٢/ لسان العرب: تأليف محمد بن جمال الدين بن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ. دار صادر. بيروت - لبنان.
- ٨٣/ القاموس المحيط: تأليف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ طبعة فنية محققة ومصححة- الطبعة الاولى سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩١م - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ٨٤/ المصباح المنير: تأليف أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ. الطبعة السادسة . المطبعة الأميرية. القاهرة ١٩٢٦م. مصر.
- ٨٥/ المعجم الوسيط: تأليف د. إبراهيم أنيس - عبد الحليم منتصر - عطية الصوالحي - محمد خلف الله أحمد - إحياء التراث الإسلامي. قطر.
- ٨٦/ المنجد في اللغة والأعلام - دار المشرق - بيروت - الطبعة الثالثة والعشرون.
- ٨٧/ المورد: تأليف منير البعلبكي طبعة ١٩٨٦م دار الملايين بيروت - لبنان.
- ٨٨/ المعجم القانوني: تأليف حارث سليمان فاروقي الطبعة الخامسة ١٩٨٨م - بيروت - لبنان.

ثامناً: مكتب القانونيين وشروحها

أ - المؤلفات العربية:

٨٩/ قانون العقوبات البغدادي: إشراف كامل السامرائي - مطبعة شفيق سنة ١٩٦٤م
بغداد - العراق.

٩٠/ قانون العقوبات العراقي (الجديد): إشراف كامل السامرائي - مطبعة الأزهر سنة
١٩٦٩ م - بغداد - العراق.

٩١/ قانون العقوبات المصري: الصادر عام ١٩٣٧م الطبعة الثالثة ١٣٦٧هـ - ١٩٤٧م.

٩٢/ النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م: تأليف د. يسين عمر
يوسف- الطبعة الأولى ١٩٩٣م - دار الهلال - بيروت - لبنان.

٩٣/ شرح قانون العقوبات -القسم العام: تأليف د. محمود نجيب حسني سنة ١٩٦٢م.
دار النهضة العربية المطبعة العالمية - القاهرة.

٩٤/ شرح قانون العقوبات -القسم العام- د. محمود محمود مصطفى الطبعة الأولى سنة
١٩٥٠م. مطبعة دار نشر الثقافة.

٩٥/ المبادئ العامة في قانون العقوبات د. محمد فاضل. الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٤هـ -
١٩٦٤م.

٩٦/ في المسؤولية الجنائية: تأليف د. محمود مصطفى القلبي - مطبعة الاعتماد -
مصر سنة ١٩٤٤م .

٩٧/ النظرية العامة للقانون الجنائي: تأليف رمسيس بهنام - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨م.

٩٨/ شرح قانون العقوبات -القسم العام: تأليف أحمد صفوت- مطبعة حجازي.

٩٩/ الأحكام العامة في قانون العقوبات: تأليف د. السعيد مصطفى السعيد الطبعة الثانية
سنة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م . مكتبة النهضة المصرية - القاهرة.

- ١٠٠/ الموسوعة الجنائية : تأليف جندي عبد الملك. الطبعة الاولى. مطبعة دار الكتب المصرية - القاهرة سنة ١٣٤٩هـ - ١٩٣١م.
- ١٠١/ الحقوق الجزائية العامة: تأليف عبد الوهاب حومد. الطبعة الخامسة سنة ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م مطبعة الجامعة السورية.
- ١٠٢/ شرح قانون العقوبات -القسم العام: تأليف د. مصطفى كامل - مطبعة الاهالي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠م - بغداد.
- ١٠٣/ نظريات عامة في الحقوق الجزائية : تأليف رشيد عالي الكيلاني - الطبعة الثانية سنة ١٣٥١هـ - ١٩٣٣م مطبعة الاهالي - بغداد.
- ١٠٤/ الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة: تأليف د. أكرم نشات إبراهيم. دار مطابع الشعب سنة ١٩٦٠م.
- ١٠٥/ موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية: تأليف حسن الفكهاني - طبعة ١٩٧٦م - ١٩٧٧م-الدار العربية للموسوعات القانونية.
- ١٠٦/ جرائم الاعتداء على الاموال : تأليف د. حميد السعدي - مطبعة المعارف سنة ١٩٦٦ - بغداد.
- ١٠٧/ قانون العقوبات -القسم العام: تأليف مأمون محمد سلامة- دار الفكر العربي - القاهرة - طبعة ١٩٧٩م.
- ١٠٨/ المبادئ العامة في قانون العقوبات: تأليف سامي النصراوي - الطبعة الاولى سنة ١٩٧٧م - بغداد - العراق.

ب - المؤلفات الإنجليزية:

- Qanun-E-Shahadat order 1984- By Iqbal Mahmood
Man. Mansoor Book house -Lahore Pakistan.
110. Pakistan Penal Code: Shahid Husain Qadri-Mansoor
Book House - Lahore Pakistan.
111. Law of Self Defence: United States : Baum Frederics-
New York - Oceana-1970.
112. The Penal Law of India: Dr.Sir Hari Singh Gour-10th
edition- 1987 -Law Publisher-Allah Abad-India.
113. Halsburys statutes of England and Wales-4th
edition-1985. London: Butter worths.
114. Criminological Theory - By Frank B.Williams and
Marilyn D.MC Shane- New Jersey: Premtic Hall,
1988.
115. Criminal Law and its Processes- Cases and
Materials-Sanford H.Kadish and Mord G.Paulsen -
3rd edition- Poston -Little Brown, 1975.
116. P.L.D. 1960 Peshawar- Pakistan.
117. P.L.D. 1966 Lahore - Pakistan.
118. P.L.D. 1954 Quetta- Pakistan.
119. Pakistan Penal Code Commentry by Shaukat

الفرع الثاني في إهدار دم الزاني

قال جمهور الفقهاء بإهدار دفع الصائل الزاني ولو بالقتل في حالة التلبس مطلقاً واشترط البعض منهم شرط الإحصان.

قال الصنفية: ((قوله فرأى رجلاً مع امرأته) أو امرأة رجل آخر يزني بها (وقوله حل لها) قيده في الخانية بما إذا كان محصناً فقد رد ابن وهبان بأن ذلك ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.. قال في النهر: وهو حسن، فإن هذا المنكر حيث تعين القتل في إزالته فلا معنى لإشتراط الإحصان فيه. لذا أطلقه البزازي))^(١).

وقال المالكية: ولهم قولان أحدهما ضمان قتل الزاني مطلقاً، والآخر ضمان غير المحصن.

((قوله وقاتل زاني أحصن) أي وأما قاتل الزاني غير المحصن، فإنه يقتل به إلا أن يقول وجدته مع زوجتي وثبت ذلك بأربعة شهود ويروونه كالرود في المكحلة. فقتله فإنه لا يقتل بذلك الزاني، محصناً كان أو بكراً، لعذره بالغيرة التي صيرته كالمجنون، قال ابن فرحون في التبصرة: وعلى قاتله الدية في ماله إن كان بكراً عند ابن القاسم في المدونة وقال ابن عبد الحكم، أن هدر مطلقاً أي لا شيء عليه فيه ولو بكراً))^(٢).

وقال الشافعية: ((وإذا وجد رجلاً يزني بامرأته أو غيرها لزمه منعه ودفعه، فإن هلك في الدفع فلا شيء عليه))^(٣).

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٤ ص ٦٤.

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٢٩.

(٣) انظر مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٤، المذهب، - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥، الانوار لاعمال الابرار - الأربيلي - ج ٢ ص ٢٤٢.

وقال الضابطة: ((إذا وجد رجلاً يزني بامرأته فقتلها فلا قصاص عليه ولادية، وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها، وإن كانت مكرهة فعليه القصاص))^(١) ((وإن راود رجل امرأة عن نفسها فقتلته دفعاً عن نفسها لم تضمنه))^(٢).

الفرع الثالث

في إهدار دم السارق

قال جمهور الفقهاء بإباحة قتل السارق وإهدار دمه إذا توقف دفعه أو استرداد المال منه على ذلك.

قال الضابطة: ((من دخل دار غيره ليلاً، فأخرج السرقة من بيته، فاتبعه رب البيت فقتله، فلا شيء عليه، وكذا لو قتله قبل الأخذ، إذا قصد أخذ ماله ولم يتمكن من دفعه إلا بالقتل))^(٣).

واستدلوا بالآتي:-

أ- قوله عليه الصلاة والسلام: «قاتل دون مالك»^(٤).

ب- ولأنه له أن يمنعه بالقتل إبتداءً فكذا له أن يسترده به إنتهاءً^(٥).

وقال الشافعية: ((ولو أخذ المتاع وخرج فله أن يتبعه، ويقاظه إلى أن يطرح ولا يجوز دخول بيت شخص إلا بإذنه...))^(٦).

وقال الضابطة: ((حكم من دخل بيته متلصصاً أو صائلاً فهو هدر))^(٧).

(١) انظر الإقناع - الحجاوي - ج ٤ ص ٢٩٠، المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣٢.

(٢) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣٢.

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٦.

(٤) انظر تكملة فتح القدير - ابن همام - ج ١٠ ص ٢٣٣.

(٥) انظر تكملة فتح القدير - ابن همام - ج ١٠ ص ٢٣٣، تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٣٠٢.

(٦) انظر مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٩، الانوار لأعمال الأبرار - الأريبي - ج ٢ ص ٢٤٥.

(٧) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣٢.

الفرع الرابع

في إهدار دم الصبي والمجنون والبهيمة

لم يفرق الجمهور في إهدار ما يصيب المعتدي بين كونه ذكراً أم أنثى، بالغاً أم صبيّاً، عاقلاً أم مجنوناً، آدمياً أم حيواناً، خلافاً للحنفية في ذلك.

قال الحنفية: ((وإن شهِر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله، وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة، وقال الشافعي: لا شيء عليه، وعن أبي يوسف: أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون))^(١).

وقال المالكية: ((إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فيقصد قتله إبتداءً لتعينه طريقاً إلى الدفع فمتى خشي شيئاً من ذلك فدفعه عن نفسه، فهو هدر لا يضمن حتى الصبي والمجنون، وكذلك البهيمة لأنه ناب عن صاحبها في دفعها))^(٢).

وقال الشافعية: ((للمصول عليه دفع كل معتدي صائل مسلماً كان أم كافراً، عاقلاً أم مجنوناً، بالغاً أم صغيراً، قريباً أم أجنبياً، آدمياً أم غيره... ولو قتل المعتدي عليه الصائل دفعاً فلا ضمان بقصاص ولا دية ولا كفارة ولا قيمة ولا إثم، لأنه مأمور بدفعه وفي الأمر بالقتل والضمان منافاة، حتى لو أعتدى العبد المصوب أو المستعار على مالكه فقتله دفعاً لم يبرأ الغاصب ولا المستعير، ويستثنى من عدم الضمان المضطر إذا قتله صاحب الطعام دفعاً، فإن عليه القود))^(٣).

وقال الحنابلة: ((من صال على نفسه أو نسائه أو ولده أو ماله ولو قل، بهيمة أو آدمي ولو

(١) انظر تكملة فتح القدير - ابن همام - ج ١٠ ص ٢٢٢، تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢، رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص .

(٢) انظر الفروق - القرافي - ج ٤ ص ٢١، الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٨ ص ١١٢ .

(٣) انظر الإقناع - الخطيب الشربيني - ج ٢ ص ١٩، مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٤، ١٩٥ المذهب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥، نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢١، ٢٢، الام - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ٢١

غير مكافئ أو صبياً أو مجنوناً... فإن لم يكن دفعه إلا بالقتل، أو خاف إبتداء أن يبدأه بالقتل أن لم يعالجه بالدفع فله ضربه بما يقتله، ويقطع طرفه، ويكون هدراً^(١).

ويتضح من خلال هذا العرض، على أن الفقهاء اتفقوا على جواز دفع المعتدي مطلقاً، سواء أراد النفس أو العرض أو المال.

وقال الجمهور بعدم مسؤولية المدافع جنائياً أو مدنياً من غير تفرقة بين معتدي وآخر ويتضمن المعتدي كل ما يصيب المدافع.

وقال الحنفية: بضمان قيمة الدابة ودية المجنون والصبي إذا توقف الدفع على قتلهم وخالفهم أبو يوسف في الصبي والمجنون.

ويرى الجمهور أن تحقق الخطر سواء أكان صادراً من إنسان أو غيره يكفي لقيام الدفاع الشرعي، ويسقط أية مسؤولية عن المدافع.

ويرى الحنفية أن المدافع لا يكون في حالة دفاع عند صيال الصبي والمجنون والدابة، لأن فعلهم لا يعد جريمة، وحالة الدفاع الشرعي لا تقوم إلا عندما يكون الفعل جريمة، والفعل يكون جريمة عند وصفه بالحرمة^(٢). ولأزم قولهم أن يترتب القصاص على قتل الصبي والمجنون، ولكنهم قالوا به وأسقطوه لوجود المبيح وهو دفع شرهما^(٣). وقالوا بديتهما وقيمة الدابة ضماناً للقتل ويرى أبو يوسف أن فعل الصبي والمجنون غير معتبر أصلاً حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لأن جنائية العجماء جبار، وكذا عصمتها لحقها وعصمة الدابة لحق المالك، فكان فعلهما مسقط لحقهما لعصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة^(٤).

(١) انظر المقنع - ابن قدامة - ج ٢ ص ٥٠٥، الإقناع - الحجاوي - ج ٤ ص ٢٨٩.

(٢) انظر تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢.

(٣) انظر تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢.

(٤) انظر تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢.

المبحث الثالث

في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره

في القانون الوضعي

يكفي في القانون الوضعي لإثبات الجريمة أو الدعوى المرفوعة عند القضاء. وجود ما يفيد ظناً على صدق الدعوى سواء أكان ذلك شهود أو إقرار أو وقائع قانونية أو غير ذلك من القرائن وشهادة الحال.

ولقد ورد تعريف كلمة (الشهادة) في قانون الشهادة الباكستاني: بأنها جميع الأمور التي يمكن قبولها في المحكمة من جهة قانون الشهادة والتي يثبت بها الأمر المتنازع فيه أو ترد^(١).

وتنقسم الشهادة في القانون الباكستاني إلى قسمين:-

١/ شهادة تحريرية وتنقسم إلى أصلية وتبعية.

٢/ شهادة قولية وتنقسم إلى عينية وقرائنية.

وتفضل الشهادة القرائنية على العينية لعدة وجوه منها:

أ- لأنها عادلة.

ب- لأنها ثابتة وغير مضطربة.

ج- لا يمكن تكذيبها.

د- لأنها خالية من أثر الإكراه أو أثر العلاقة أو القرابة.

هـ- لأنها تبين أحوال وقوع الجريمة.

و- لأنها لا تحتاج إلى التعزيز بشهادة أخرى.

(١) انظر قانون الشهادة الباكستاني - إقبال محمود - ص ٩.

والقانون الوضعي يوجب على المحكمة أن تنظر في أحوال الدعوى والادلة القائمة فيها، وإذا تبين أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي، فإنه يكون عليها أن تعامله على هذا الأساس^(١).

ويرى فقهاء القانون المصري في اشتراط إثبات الدفاع الشرعي وفي طرق الإثبات، أن قيام حالة الدفاع الشرعي أوعدم قيامها هي مسألة موضوعية لمحكمة القضاء. والموضوع الرأي الفصل فيها، غير أنه يجب عليها أن تبين في حكمها الوقائع التي تستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعي، حتى تستطيع محكمة النقض الإستيثاق من توافر الشروط التي يتطلبها القانون، وعلى المحكمة أن تفصل في دفع المتهم بكونه في حالة دفاع شرعي. وإنكار المتهم للجريمة لا يغير من الوضع شيئاً، فمهمة المحكمة أن تستخلص الحقيقة في كل ما يعرض عليها من أقوال شهود أوآراء خبراء أو قرائن أو أقوال المتهم أوغير ذلك وسلطتها في هذا مطلقة، فإن الادلة إقناعية في القانون الجنائي كما هو الاصل^(٢).

ونصت القوانين الوضعية على أن الاثر الذي يترتب على توافر شروط الدفاع الشرعي، والتزام قيوده هو إباحة فعل الدفاع. ولقد اتفق جميع فقهاء القانون على ذلك. ومن خصائص الإباحة، أنها تمحو صفة الجريمة عن الفعل ويباح أثره، فلا يعود من المتصور قيام أية مسؤولية جنائية أو مدنية تجاه الفاعل، بل يتحمل المعتدي كل تبعات عدوانه جنائياً ومدنياً.

وإن كل من يشترك أو يتعاون مع المدافع يستطيع أن يحتج بإباحة فعل الدفاع الذي شارك أو عاون فيه، كما يمكنه أن يحتج بإباحة القانون الدفاع عن الغير، حيث تنصب

(١) انظر شرح قانون العقوبات - القسم العام - محمود محمود مصطفى - ص ٢٩٠ .

(٢) انظر في المسؤولية الجنائية - محمود القلبي - ص ٢٤٧، ٢٤٩ .

الإباحة على فعله مباشرة باعتباره مدافعاً عن الغير^(١).

وإذا وقع فعل الدفاع على غير المعتدي، وأمكن نسبة صدور خطأ غير عمدي إليه فهو معتدي مسؤول عن جريمة غير عمدية وإلا فالفعل مباح. وإذا تعدد إصابة حق الغير فإن لم يكن مضطراً إلى ذلك كان معتدياً، ومسؤولاً عن جريمة عمدية، وإذا كان مضطراً استطاع الإحتجاج بحالة الضرورة عند توافر شروطها^(٢).

(١) انظر الاحكام العامة من قانون العقوبات - السعيد - ص ٢٢، في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٢٦.

(٢) انظر شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة - محمود نجيب حسني - ص ٢٣٦، ٢٣٧.

المبحث الرابع

في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي، في أن جواز فعل الدفاع يتطلب إثباته، ويتطلب الحكم به قيام البيئة عليه أو إثباته بطريقة أخرى.

ومتى ما تبين أن الجريمة وقعت في حالة دفاع شرعي، فيتعين على محكمة الموضوع أن تجري تحقيقاً في الواقعة وعند قناعتها بقيام الدفاع الشرعي فتصدر قراراً بالآ وجه لإقامة الدعوى لأن الواقعة حق مقرر في القانون ولا يعاقب على استخدام ذلك الحق^(١).

وهناك أسباب أخرى تؤدي إلى إنقضاء الدعوى الجنائية، منها توفر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي.

واتضح أن الخطر وفعل الدفاع إذا استوفيا شروطهما ولم يخرج المدافع عن الحد المقرر للدفاع، كان فعله جائزاً ومشروعاً، وجواز الفعل يحو صفة الجريمة عنه ويباح أثره، فلا يعود من المتصور قيام أية مسؤولية جنائية أو مدنية تجاه الفاعل أو من شاركه أو عاونه، في حين يتحمل المعتدي كل تبعات عدوانه جنائياً ومدنياً. وأثر الدفاع الشرعي في القانون الوضعي هو الإباحة أيضاً والإباحة تحو صفة الجريمة، فتتعدم المسؤولية الجنائية والمدنية.

(١) انظر النظرية العامة للقانون الجنائي - رمسيس بهنام - ص ٣٦٨ .

الفصل الخامس
في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص

الفصل الخامس

في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص

تقسيم:

سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في القانون الوضعي.

المبحث الثالث: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه الإسلامي والقانون

الوضعي .

المبحث الأول

في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: في التجاوز وصوره.

المطلب الثاني: في حكم التجاوز.

المطلب الأول

في التجاوز وصوره

ولما كان تناولنا لذلك المطلب في التجاوز وصوره رأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين..
الأول في بيان معنى التجاوز والثاني في صور التجاوز.

الفرع الأول

في بيان معنى التجاوز

في اللغة: (تجاوز) عن الشيء: أغضي، وتجاوز عن الرجل: عفا.

ويقال: تجاوز عن الذنب: لم يؤخذ به، وتجاوز في الشيء: أفرط، وتجاوز في الموضع: جازه وتخطاه^(١).

ويعتبر المدافع متجاوزاً حد الدفاع الشرعي الخاص متى ما تخطى أقل ما يستطع به على دفع الخطر بشروطه، إلى ما هو أشد وأعنف. فالمدافع يعتبر متجاوزاً حد الدفاع الشرعي، إذا استعمل في دفاعه قدراً من القوة أكبر مما كان يمكنه به دفع الخطر الحال أو الوشيك.

(١) انظر المعجم الوسيط - ج ١ ص ١٤٦، المنجد - ص ١٠٩، لسان العرب - ان منظور - ج ٥ ص ٢٢٩.

أن إباحة أفعال الدفاع مشروطه بتوافر شروط الدفاع الشرعي والتي منها شرط التناسب بين فعل الدفاع والخطر الذي هدد المدافع، إذ أن إجماع الفقهاء منعقد على أن إباحة أفعال الدفاع هو لدفع الخطر، فلذلك لا يباح من فعل المدافع إلا القدر الضروري من القوة لصد عدوان المعتدي ودرء خطره، وما زاد عن هذا القدر لم يكن ضرورياً لإنقاذ الخطر بما دونه ومن ثم فلا مبرر لإباحته.

فالقدر على دفع المعتدي أو درء خطره بالجرح مثلاً تجعل حدود الدفاع الشرعي تنتهي عند قيام المدافع بجرح المعتدي لدفعه ودرء خطره.

فإذا ما تعدي المدافع فأرتكب القتل بدل الجرح مع قدرته على الدفع بالجرح، أو أنه وإلى الضربات مع إمكان الدفع بضربه واحدة مثلاً، فعندئذ يكون قد خرج من دائرة الدفاع الشرعي إلى دائرة الإعتداء.

الفرع الثاني

في صور التجاوز

أن صور التجاوز هي الحالات غير المحددة التي يتحقق بها تعدي المدافع، إذ أن المدافع غير ملزم بشكل أو نوع معين من الدفاع، كضرب دون جرح، أو جرح دون قتل، كما أنه غير ملزم باستعمال آلة محدودة كعصا دون سكين، أو سكين دون سلاح ناري أو نحو ذلك. وإنما هو ملزم بأن تكون كل أفعال الدفع وآلاته تقف عن العمل عند إنقاذ الخطر ودرئه وأن لا تعمل إلا لدرء الخطر بأقل ما يمكن دفعه من قوة. فإذا لم تقف أفعاله عند إنقاذ الخطر، أو أنها لم تقف بأقل ما يمكن دفعه به، اعتبر المدافع متجاوزاً.

أن استمرار المدافع في أفعال الدفاع بحجة الدفاع، لامبرر لها بعد زوال الخطر الذي تهدده كما أن وقوع تلك الأفعال بأشد ما يستلزمه إنقاذ الخطر، يعتبر تعسف وتجاوز لإستعمال حق الدفاع الشرعي.

أن المدافع سواء استعمل آلة أفنتك مما تقضى به ضرورة الدفع كسلاح بدل اليد، أم كرد فعلاً، لا يستدعي درء الخطر ودفع المعتدي، تكراره كمخالفة الضرب مثلاً، أو تكرار الضرب بالسكين، أم ارتكب فعلاً أشد وأعنف مما هو كاف للدفع، كالقتل بدل الجرح، أم كان بوسعه الهرب بلا مضرة تلحقه، فاستعمل العنف نكالاً بالمعتدي، ففي كل هذه الصور أو نحوها يكون المدافع فيها قد تجاوز القدر اللازم لدفع الخطر إلى ما لا ضرورة إليه، مهما كانت الأسباب الداعية لذلك. إذ إن المقياس هو أقل مما يكون به درء الخطر من قوة، وكل سبب عداه لا يبرر التجاوز^(١).

المطلب الثاني في حكم التجاوز

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين.. الفرع الأول في مسؤولية المتجاوز والفرع الثاني في الخلاف حول التضمنين.

الفرع الأول في مسؤولية المتجاوز

إن حق الدفاع الشرعي ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة قصد بها الشارع تحقيق المصلحة التي من أجلها شرع ذلك الحق. لذا تعين أن يكون تصرف صاحب الحق بحقه مقيداً بما يحقق تلك المصلحة، حتى يصبح تصرفه مطابقاً لقصد الشارع. قال الإمام الشاطبي في الموافقات: ((كل من ابتغى في تكاليف الشرعية، غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف، ما لم تشرع له فعمله باطل))^(٢).

(١) أنظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٨٦ وما بعدها . الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية - داود العطار - ص ١٩٤، ١٩٣ .

(٢) أنظر الموافقات - الشاطبي - ج ٢ ص ٣٣٣ .

إن موقف الفقه الإسلامي من نظرية الدفاع الشرعي يتصف بتوسيعه لدائرة الدفاع، فهو يجيزه عن مطلق المعصوم من نفس، أو عرض، أو مال، دون تمييز أو تحديد وضد كل خطر يتهدهده، ومن جهة أخرى فهو يجيز قتل المعتدي إذا توقف الدفاع على قتله، وبلا تحديد للحالات التي يجوز فيها القتل دفاعاً.

اللهم إلا على رأي فريق من فقهاء الأحناف الذين اشترطوا النصاب لجواز قتل المعتدي^(١).

ولكنه ومقابل هذا التوسع يلزم المدافع بالاعتصار على أقل ما يمكن به درء الخطر دون تحفظ لهذا القدر الضروري. فإذا تعدي أقل مما يمكنه به درء الخطر إلى ما هو أشد فيعتبر المدافع متجاوزاً ويعد مسؤولاً عن ذلك التعدي.

سلطة القاضي:-

وإذا كانت أفعال التجاوز من جرائم القصاص والدية. فهل للقاضي أية سلطة في تخفيف العقاب أم لا؟

وأجيب على هذا السؤال بأنه ليس للقاضي أية سلطة في تخفيف العقاب لأن سلطة القاضي في مثل هذه الجرائم قاصرة على توقيع العقوبة المقررة لأن مصلحة الجماعة في هذه الجرائم تقتضي تقديمها على أي مصلحة أخرى. فلا يمنح القاضي سلطة تقديرية. وإن عقوبات جرائم القصاص والدية حقاً مقرراً للأفراد، أي أنها ذات حد واحد، وللمجني عليه أو لولي دمه حق العفو عنها عفواً مطلقاً أو العدول عن القصاص إلى الدية، وليس للظروف المخففة هنا أي أثر على هذه الجرائم، فالعقوبة المقدرة لازمة مهما كانت الظروف،

(١) انظر رد المحتاج على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٦ .

أما إذا كان التجاوز من جرائم التعازير، فللظروف المخففة عندئذ أثرها على نوع العقوبة ومقدارها وللقاضي أن يختار عقوبة خفيفة، وأن ينزل بها إلى أدنى حدودها، وله أن يوقف التنفيذ^(١).

فإن المدافع عندما يتجاوز حد الدفاع الشرعي تكون أفعاله محكومة بالقواعد العامة، ويعتبر فعله الذي تم به التجاوز جريمة عمدية أو شبه عمدية أو خطأ بحسب ما إذا أراد الفعل والنتيجة أو أراد أحدهما دون الآخر وينال عقابه بحسب ما يمكن وصف فعله به. ولذلك اتفق الفقهاء على تضمين المدافع^(٢)، إذا كان ما ارتكبه من فعل الدفاع أعنف وأشد أو يزيد على ما كان كافياً لدرء الخطر.

وسنستعرض فيما يلي آراء الفقهاء في مسؤولية المتجاوز.

قال الحنفية: ((وإن شهر عصا نهاراً في المصر فقتله المشهور عليه قتل به، لأن العصا تثبت والغوث غير منقطع في المصر، فكان بالقتل متعدياً))^(٣).

وقال المالكية: ((وكذلك يضمن من قلع أسنان شخص عضه، فنزع يده من فم العاض له فقلعها أو بعضها، ولا يعزر العضوض بنزع يده، إلا أن لا يمكن نزع يده إلا كذلك، فإنه لا ضمان عليه))^(٤).

وقال الشافعية: ((ويدفع الصائل بالأخف فالأخف إن أمكن، فإن أمكن دفعه بكلام أو إستغاة حرم الدفع بالضرب، أو بضرب يد حرم بسوط، أو بسوط حرم بعصا، أو بعصا

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٨٢.

(٢) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١٠. شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - ج ٨ ص ١١١. الاقناع - الشرييني - ج ٢

ص ٢٠. نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢. الانوار لأعمال الأبرار - الأردبيلي - ج ٢ ص ٢٤٢. المقنع - ابن قدامة - ج ٢ ص ٥٠.

الاقناع - الحجاوي - ج ٤ ص ٢٨٩.

(٣) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١٠.

(٤) انظر شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - ج ٨ ص ١١١.

حرم بقطع عضو، أو بقطع عضو حرم بقتل، لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل، وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف، وعدل إلى رتبته مع إمكان الإكتفاء بما دونها، ضمن^(١).

وقال الصابلة: ((فإذا اندفع بالأسهل، حرم الأصعب لعدم الحاجة إليه))^(٢).

((وإن ضربه فعطله، لم يكن له أن يثني عليه، وإن ضربه فقطع يمينه فولى هارباً، فضربه فقطع رجله، فالرجل مضمونة بقصاص أو دية))^(٣).

الفرع الثاني

في الخلاف حول التضمن

هناك خلاف ضمن المذهب الحنفي، وخلاف آخر ضمن المذهب المالكي حول التضمن، للإجماع الذي عرضناه في النصوص السابقة، على تضمن المتجاوز لتعديه. والخلاف لا يصل إلى درجة عدم تضمن المتجاوز بل الخلاف في تحقيق التعدي، أي هل يعتبر المدافع في الحالة المختلف فيها متجاوزاً بالتعدي فيضمن أم لا يعتبر كذلك؟ فالخلاف في وصف الفاعل لا في حكمه.

١- خلاف الحنفية:

الخلاف بين أبو حنيفة والصاحيين حول فيمن شهر عصا في مصر نهراً هل يجوز قتله دفاعاً؟

(١) انظر الإقناع - الشريبي - ج ٢ ص ٢٠٠، مغني المحتاج - الشريبي - ج ٢ ص ٢٠٠، مغني المحتاج - الشريبي - ج ٤ ص ١٩٦، نهاية

المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢، منهاج الطالبين - النووي ص ١٣٥، الأنوار لأعمال الأبرار - الأربيلي - ج ٢ ص ٢٤٢.

(٢) انظر الروض المربع - البهوتي - ج ٢ ص ٣٢٢.

(٣) انظر الإقناع - الحجاوي - ج ٤ ص ٢٨٩، المقنع - ابن قدامة - ج ٢ ص ٥٠٦.

قال أبو حنيفة: لا، لأن العصا خفيفة، والغوث في المصر غير منقطع.

وقال صاحبان: نعم، يجوز قتله في المصر نهاراً لأن العصا كالسيف وقيل رداً على ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة: ((إن هذا في الزمان المتقدم، أما اليوم، إذا شهر عليه العصا في مصر وقتله لا شيء عليه لأن الناس تركوا الإغاة والغوث))^(١).

ونرى جواز قتل المعتدي مطلقاً، إذا توقف الدفع عليه، ولا يعتبر المدافع متجاوزاً حدود الدفاع الشرعي سواء أكان ذلك في مصر أم في صحراء، ليلاً أم نهاراً، شهر عصا أم سيفاً، ولا يمكن تقييد هذه القاعدة العامة بالمصر أو بالنهار أو بالعصا، لأن هذه العناصر ونحوها لا يمكن اعتبارها قرائن قطعية مطردة يعتبر بموجبها المدافع متعدياً إذا قتل المعتدي، إذ من الممكن أن يشهر المعتدي عصا نهاراً في مصر على عجز ولا منجد ولا مغيث، فهل على المدافع أن يتحمل الضرب وقد يؤدي ذلك إلى موته، وليس له أن يشهر سيفاً معه ليرد به خطراً هدد حياته؟ لا شيء إلا لأن العصا تلبث!! إذ قد لا تلبث أو لأن المصر يتوافر فيها الغوث نهاراً، فقد لا يتوافر ذلك.

فالشرع والعقل يقضي بدرء الخطر بأقل ما يمكن به درأه وباستعمال ما هو متوفر من وسائل الدفع.

فإذا اقتضى الدفع قتل المعتدي جاز ذلك ولا ضمان على المدافع لعدم التجاوز في فعله أما إذا لم يكن يقتضي إلى دفع المعتدي بقتله فلا شك يتحقق التجاوز على أنه يمكن توجيه رأي أبي حنيفة في عدم جواز قتل المعتدي، إذا شهر عصا نهاراً في مصر، يكون المعتدي عليه بقدر على دفعه بغير قتله لا مع توقف الدفع على القاتل. وإن رأي صاحبين في

(١) انظر تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٣٠٢، تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١، فتح القدير - ابن همام - ج ١ ص ٢٢٢ .
رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٦ .

الجواز هو مع توقف الدفع على القتل لا مع إمكان الدفع بسواه^(١).

ب- خلاف المالكية:

إن الخلاف بين فقهاء المالكية ليس في أصل ضمان حالة التجاوز، بل في مصداق التجاوز، فمنهم من قال بضمان أسنان العاض إذا سحب العضوض يده فسقطت الاسنان، وأدعى أنه الأصح في المذهب. وذلك لقول النبي ﷺ: «أن رجلاً عض يد رجل، فنزع يده من فيه، فوقعت شأياه، فإختصما إلى رسول الله ﷺ فقال: يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك»^(٢).

ومنهم من تأول الحكم بالضمان، بما إذا كان العضوض معتدياً، بأن نزع قاصداً قلع الاسنان، أما لو قصد تخليص يده، أو لا قصد له، فلا ضمان وهو محل الحديث وهو الراجح^(٣).

المبحث الثاني

في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في القانون الوضعي

إذا انعدم شرط التناسب بين جسامه فعل الدفاع والخطر الذي هدد المعتدي عليه، يعتبر المدافع متجاوزاً لحدود الدفاع الشرعي.

وانعدام شرط التناسب يختلف في القانون الوضعي عن إنعدام سائر الشروط المفروضة في الدفاع الشرعي، فإن سائر الشروط ضرورية لقيام حالة الدفاع الشرعي، وبإنعدام أي منها تنعدم حالة الدفاع أساساً ولا يتصور للإباحة وجود. أما عند إنعدام شرط التناسب

(١) الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية - داؤود العطار - ص ١٩٩، ٢٠٠.

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١١ ص ١٥٩، ١٦٢، فتح الباري - العسقلاني - ج ١٢ ص ٢١٩، سنن الدارمي ج ٢ ص ١١٦، سنن أبي داؤود - ج ٤ ص ١٩٤.

(٣) انظر الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل - الدررير - ج ٤ ص ٣٥٦.

وتوافر سائر الشروط فإنه بالرغم من اعتبار المدافع مسؤولاً عن القدر الزائد من القوة لكونه متجاوزاً ولكنه لا يسأل مسؤولية كاملة بل يعتبر معذوراً عند توافر بعض الشروط.

ويعتبر المدافع عند تجاوزه حد الدفاع معذوراً عن توافر حسن النية في الفعل الذي حصل به التجاوز، وهو يكون كذلك إذا كان الفعل متجهاً نحو الدفاع والمدافع يعتقد أنه يستعمل من القوة القدر المناسب من غير زيادة.

كذلك إذا كان الفعل متجهاً نحو الدفاع، والمدافع يعتقد أنه يستعمل من القوة القدر المناسب من دون زيادة، وأن يكون فعله جنائية لا جنحة، لأن الجنحة بطبيعتها يمكن أن تنزل عقوبتها إلى الحد الأدنى من الحبس، وإضافة إلى ذلك يشترط أن يحدث التجاوز وحالة الدفاع الشرعي قائمة أصلاً لدى بعض فقهاء القانون فليدعم أن البحث في تجاوز حد الدفاع الشرعي لا يكون إلا بعد أن ينشأ الحق في ذاته لأنه إن لم يكن قد نشأ أصلاً في حق الدفاع، فالواقعة لا تحتمل الحديث عن تجاوز حدود الدفاع الشرعي كعذر مخفف لعقوبتها^(١).

في حين أن البعض الآخر من الفقهاء يرى أن التجاوز يمكن أن يقع بعد إنتهاء الإعتداء^(٢).

واختلف فقهاء القانون في طبيعة عذر المتجاوز فمنهم من عده ظرفاً قضائياً مخففاً، ومنهم من عده عذراً قانونياً ومنهم من عده نمطاً خاصاً^(٣).

وقد نصت بعض القوانين على أن للقاضي سلطة الحكم بالعقوبة المقررة أصلاً في القانون للجريمة، إذا وجد التجاوز كبيراً ولا يمكن إغتفاره وله كذلك حرية واسعة في تقدير

(١) انظر النظرية العامة للقانون - رمسيس بهنام - ص ٤٢٩ .

(٢) انظر جرائم الإعتداء على الأشخاص - حميد السعدي - ص ٣٥٧ .

(٣) انظر الأحكام العامة في قانون العقوبات - السعيد - ص ٢٣٥ وما بعدها .

حالة تجاوز حد الدفاع الشرعي، فله تخفيف العقوبة إلى الحد الأدنى عند قناعته باستحقاق المدافع الرأفة، أو أن يبدل العقوبة الشاقة الخفيفة ولكن ليس له الحق في إعفائه من العقاب ما دام متجاوزاً، اللهم إلا إذا قرر إنعدام التجاوز وعندئذ يكون مدافعاً وفعل الدفاع -كما مر- حق لا مسؤولية عليه^(١).

وقد يحصل أن يقصد المعتدي عليه توجيه فعله لرد الإعتداء فيصيب شخصاً غير المعتدي، فعندئذ يكون مسؤولاً عن فعله مسؤولية تامة عن جريمته غير العمدية إذ أنه لم يكن في حالة دفاع شرعي عند إصابة الشخص الاجنبي، لأن من الشروط، توجيه القوة نحو المعتدي^(٢).

وبناء على هذا يسأل المخطيء في أفعال الدفاع الشرعي عن فعله على أساس الخطأ، ولكن ذكر بعض فقهاء القانون التفصيل في ذلك: (ومن المتفق عليه فقهاً أوقضاءً أن الخطأ في الشخص لا يؤدي إلى العقاب في هذه الحالة أيضاً -أي حالة الدفاع الشرعي- فطالما أن الفعل مبرر في الأصل وليس هناك من خطأ يمكن إسناده إلى المدافع فإن فعله يعد مباحاً أيضاً، أما إذا أمكن إسناد عدم الحيطة إلى المدافع فإنه في هذه الحالة يسأل عن جريمته غيرالعمدية على أساس الخطأ)^(٣).

أما القانون الباكستاني فإنه يتفق مع بقية القوانين الوضعية الأخرى في عدم إباحة التجاوز في حد الدفاع الشرعي، عن القدر اللازم والمناسب لرد الإعتداء، حيث جاء في الفقرة الرابعة من المادة (٩٩) من قانون العقوبات الباكستاني: (لا يمتد حق الدفاع الشرعي الخاص في أي حال إلى أشد مما يلزم من الأدنى لأجل الدفاع).

(١) انظر في المسؤولية الجنائية -مصطفى القلبي- ص ٣٦٤، شرح قانون العقوبات، القسم العام -محمود محمود مصطفى ص ٣٩١، الموسوعة الجنائية -جدي عبدالملك- ج ١ ص ٥٢٤.

(٢) انظر شرح قانون العقوبات، القسم العام -محمود محمود مصطفى ص ٣١٥، ٣٢٠.

(٣) انظر القانون الجنائي -محمد محي الدين عوض- ص ٦١٧.

فإن حق الدفاع الشرعي في القانون الباكستاني مقيد بأن لا يحدث فعل الدفاع ضرر أو أذى بالغ وأشد مما يلزم لفعل الدفاع، وإن مقدار القوة اللازمة لدفع الإعتداء تعتمد على طبيعة الجريمة وحجمها، وليس هناك حماية من القانون إذا كان الأذى الواقع بسبب تجاوز حدود الدفاع اللازمة والمناسبة لدفع الإعتداء ودرء الخطر.

وإذا تجاوز المدافع حدود الدفاع بقصد إحداث الأذى البالغ وغير اللازم لاستعمال حق الدفاع الشرعي، فيعد المدافع معتدياً ومتجاوزاً لفعل الدفاع، وذلك طبقاً للمادة (٩٩) من قانون العقوبات الباكستاني، ولا يعد مستعملاً لحق الدفاع الشرعي، بل يعد مجرماً وقاتل^(١).

ويكون فعل الدفاع الشرعي عن النفس أو المال طبقاً للقيود المبينة في المادة (٩٩) من قانون العقوبات الباكستاني ومن أهم تلك القيود، أن لا يكون الأذى المترتب على فعل الدفاع أكثر مما هو لازم لفعل الدفاع.

ومثال ذلك:

١/ إذا وجد شخص، لص، يدخل عليه منزله من خلال مدخل في حائط داره، فقبض على اللص بعد أن تمكن من إدخال جزء من جسمه، فأمسك به وألقى بوجهه على الأرض حتى يمنعه من الدخول، فتوفى اللص مختنقاً.

فإن فعل الدفاع في هذه الحالة يعتبر فعلاً مبرراً.

٢/ إذا هجم على المتهم جماعة من الصائدين المسلحين فقام المتهم بضرب أحد الصائدين بأحدى جانبي الفأس وكان هذا الجانب غير حاد وضرب بالجانب الحاد صائل آخر فقتله، فلا يعد المتهم متجاوزاً لحق الدفاع الشرعي^(٢).

(١) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري - ص ٩٧ .

(٢) انظر P.L.D 1955 - Quetta .

وأن المحكمة تراعي إنغماس المدافع في دفاعه عند ساعة الغضب، وتواليه للضرب والدفاع مع قليل من التجاوز بما هو ليس لازماً لفعل الدفاع. فإن هذا التجاوز لا وزن له في ميزان العدالة^(١).

٣/ إذا قتل شخص امرأة مسنة وضعيفة، وجدها تسرق في الليل. أو إذا قبض شخص على لص في منزله ليلاً، فقتله عمداً بمعول، لمنعه من الهروب. أو إذا قبض جماعة من الناس على لص ارتكب جريمة الكسر المنزلي، فشنقوه أو عرضوه إلى المعاملة القاسية والمؤذية عندما كان في قبضتهم، فإن فعل الدفاع الشرعي في تلك الحالات منتفى وغير معتد به^(٢).

٤/ إذا وقع عدوان عمداً بواسطة فأس أو فؤوس على رأس المعتدي، وكان هذا العدوان مدفوعاً برغبة عقاب المعتدي، وليس من أجل غرض الدفاع الشرعي، فإن المدافع يكون قد تجاوز حد الدفاع الشرعي^(٣).

٥/ وإذا ضرب المعتدي المدافع ضربتين بعصا عادية، وتسبب ذلك في جرح بسيط فأخرج المدافع خنجره، وطعن به المعتدي ثمانية طعنات على الأقل، كانت خمسة منها كافية لموت المعتدي، فإن هذا الدفاع ليس فيه حسن النية ويعد المدافع مرتكباً لجريمة القتل العمد^(٤).

(١) انظر P.L.D 1966 - Lahore .

(٢) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - جوهري حسين - ص ٩٨ .

(٣) انظر P.L.D 1954 - Lahore-170 .

(٤) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - جوهري حسين - ص ٩٨ . P.L.D. 1960- Peshawar-105 .

هل للمعتدي حق في الدفاع؟

ان المعتدي يستحق الدفاع عن نفسه إذا زاد فعل دفاع المدافع عن الحد اللازم والمناسب لدفع الإعتداء في نظر أكثر القوانين الوضعية.

أما بعض القوانين الوضعية، فإنها لا تعطي المعتدي حق الدفاع ضد أفعال المعتدي عليه أصلاً ولو تجاوز عن حقه وأقدم بما يعتقد ويحس منه المعتدي الهلاك والموت، أو نحوه من الجرائم الجسيمة التي يباح للمعتدي عليه دفعها بالقتل. ومن هذا البعض القانون الباكستاني، حيث جاء في المادة (١٠٠) من قانون العقوبات الباكستاني: (ان الدفاع يباح بالقتل العمد إذا لم يكن هناك طريق آخر لدفع الإعتداء بشرط أن يكون الإعتداء بإحدى الجرائم التالية:

أ- القتل.

ب- الإغتصاب أو اللواط.

ج- الخطف.

د- الحبس الذي يتخوف منه عقلاً لأسباب معقولة أنه لا سبيل للإتصال بالسلطات للتخلص من الحبس).

ثم جاء في تفسير هذه المادة في الشرط الأول: (ويستحق الدفاع بالقتل لرد هذه الجرائم من لم يكن منه قصور في بدء القتال)^(١).

ولكن القانون المصري يخالف القانون الباكستاني في هذا المبدأ، فيقرر للمعتدي أيضاً حق الدفاع الشرعي إذا تجاوز المعتدي عليه حد الدفاع الشرعي ومثال ذلك:

(١) انظر انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري - ص ٩٩ وما بعدها.

ان الرأي السائد لدى جمهور الفقهاء، جواز قتل الزاني المتطيس بالزنى مع محرم محصناً أو غير محصن، لأن الدفاع عن العرض واجب، ولكن القانون الوضعي، لا يجعل هتك عرض وشرف الإنسان، وانتهاك شرف المحارم إعتداء يستتبع إباحة الدفاع الشرعي لأنه ليس إعتداءً مادياً ما دام برضا المزني، فإن القانون يؤكد على ضرورة كون الإعتداء قوة مادية^(١).

(فالزوج الذي يفاجيء زوجته متلبسة بالزنى مثلاً لا يستطيع أن يدعي بان الإعتداء الواقع على عرضه أو شرفه مما يتطلب دفعه استعمال القوة المادية، وعلى هذا فإن هذا الاعتداء لا يصلح لنشوء الحق له في الدفاع الشرعي)^(٢).

بل أن بعض التشريعات الوضعية تعد دفاع الزوج عن عرضه إعتداء وتحل للزوجة الزانية وشريكها الدفاع عن أنفسهما^(٣).

ومن المفارقات العجيبة والمدهشة في القانون الوضعي أن لا يكون فعل المدافع عن عرضه، مباحاً وهو يرى زوجته يزني بها في حين (أن الشخص المطل من النافذة والذي يرى كلبه في خطر، لشروع أحد الأشخاص في قتله دون مناسبة ولباعث خبيث، يجوز له أن يقتل هذا الشخص دفاعاً عن الكلب)^(٤).

إن العقاب في القانون الوضعي على جريمة الزنا، ليس لمنع اختلاط الانساب بل لصيانة حرمة الزوج، بمعنى أنه لو كان بعيداً عن عقد الزواج فلا عقاب على جريمة الزنا إن كان هناك رضا بين الطرفين، ومن ثم فإن الناظر إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما جاء

(١) انظر الموسوعة الجنائية - جندي عبد الملك - ج ١ ص ٥١٩ . شرح قانون العقوبات - محمود محمود مصطفى - ص ٢٧٤ .

(٢) انظر مبادئ القانون الجنائي - علي أحمد الراشد - ص ٤٧٦ .

(٣) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٢٤١ .

(٤) انظر النظرية العامة للقانون الجنائي - رمسيس بهنام - ص ٣٦٣ .

به القانون الوضعي نجد أن قاعدة حفظ الأعراض في الشريعة أوسع منها نطاقاً في القانون كما أن التشديد في العقاب عليه في الشريعة أكثر منه في القانون أيضاً وهذا ما يتفق والشرف الإنساني.

المبحث الثالث في أحكام الدفاع عن المال

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: في أحكام الدفاع عن المال في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: في أحكام الدفاع عن المال في القانون الوضعي.

المطلب الثالث: في أحكام الدفاع عن المال بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المطلب الأول

في أحكام الدفاع عن المال في الفقه الإسلامي

من الحقائق التي لا يشك فيها أحد: أن المال ضرورة من ضروريات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها في قوته ولباسه ومسكنه، فالمال به يشبع حاجاته الضرورية والحاجية والتحسينية^(١).

وقد ورد ذكر المال في القرآن الكريم في مواطن كثيرة، وكذلك في السنة النبوية، وهو أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا كما أخبر الله سبحانه وتعالى بذلك حين قال: «المال والبنون زينة الحياة الدنيا»^(٢).

والشارع لم يحدد للمال معنى خاصاً، كما حدد معاني غيره من الألفاظ كالصلاة والزكاة والحج والربا والنكاح بل تركه لعرف الناس، فالعربي الذي نزل بلغته القرآن عندما يسمع لفظ المال، يفهم المراد منه، كما يفهم ما يراد من لفظ السماء والأرض ولذا درج بعض أصحاب المعاجم اللغوية على القول بأن المال معروف وقال فيه بعضهم، هو كل ما ملكته من جميع الأشياء فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عيناً أم منفعة، ويقال: ملّيت تمالً، وملّيت وتمولّيت واستملت أكثر مالاً^(٣).

أما معنى المال في الاصطلاح فقريب منه في اللغة، وقد اختلفت عباراتهم في تعريفه ولكنها مع اختلافها تتقارب في المراد والمفهوم.

فقد عرفه بعضهم، بأنه: ((ما يميل إليه الطبع، ويمكن إدخاره لوقت الحاجة))^(٤).

(١) انظر الموافقات - الشاطبي - ج ٢ ص ٥.

(٢) سورة الكهف - الآية ٤٦.

(٣) انظر القاموس المحيط - الفيروز آبادي - ج ٤ ص ٧١.

(٤) انظر حاشية رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٥ ص ٥١. الملكية ونظرية العقد - أبو زهرة - ص ٤٧.

وعرفه بعضهم بأنه: ((ما يجري فيه البذل والمنع))^(١).

وهذا التعريف مع إيجازه أعم من الأول وأكثر شمولاً، ولكنه يشمل المنافع وفي اعتبارها من الأموال والمال الذي اعترف الشارع بقيمته الذاتية يسمى مالاً متقوماً وبإباح الانتفاع به لكل طرائق الانتفاع المشروعة، وهو محترم ومصون ومن تعدى عليه غرم وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال والقواعد الشرعية، وتجب حمايته.

حرمت الشريعة الإسلامية، الاعتداء على المال كما حرمت الاعتداء على النفس والعرض. قال تعالى: «ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل»^(٢). وقال النبي ﷺ في حجة الوداع: «إن دماكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام»^(٣).

وروى عن عائشة رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال: «ومن ظلم قيد شبر من الأرض، طوقه الله من سبع أرضين»^(٤).

والإعتداء على مال الغير دون وجه حق، فعل حرام وقبيح ويجوز للإنسان أن يدافع عن ماله، قال رسول الله ﷺ: «قاتل دون مالك»^(٥). وقوله: «... ومن قتل دون ماله فهو شهيد»^(٦) فسمى من قتل دون ماله بالشهيد، وإذا لم يكن فعل الدفاع عن المال مباح لما سمي المدافع بالشهيد.

واتفق الفقهاء على جواز الدفاع عن المال من حيث الإطلاق، ثم قال أكثرهم باعتبار الجواز في مرتبة الإباحة والأذن الشرعي، وقال بعضهم بالوجوب وقد جاء في التشريع الجنائي الإسلامي:

(١) انظر حاشية رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٥ ص ٥١ ونظرية العقد - أبوزهرة - ص ٤٧.

(٢) سورة البقرة - الآية ١٨٨.

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ١٦٩. سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٢٩٧.

(٤) انظر مسند الإمام أحمد - ج ٤ ص ١٧٢، وج ٦ ص ٦٤، ٧٩. سنن الدارمي - ج ٢ ص ١٨١.

(٥) انظر تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى - المباركفوري - ج ٤ ص ٦٨٠، ٦٨١. سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨٦٢. نيل الأوطار

- الشوكاني - ج ٦ ص ٧٤. نصب الراية - الزيلعي - ج ٤ ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(٦) انظر تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى - المباركفوري - ج ٤ ص ٦٨١. مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٢١٠.

((وأما الدفع عن المال، فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجباً، فللمعتدي عليه أن يدفع الصائل إن شاء وأن لا يدفعه، والفرق بين المال والنفس، أن المال مما يباح بالإباحة، أما النفس فلا تباح بالإباحة))^(١).

وسنستعرض فيما يلي آراء الفقهاء بالتفصيل ثم نقارن بينها، ثم نصل إلى الموازنة وترجيح الرأي المختار.

مذهب الحنفية:

قالوا بجواز الدفاع عن المال غير أنهم اختلفوا في مقدار المال الذي يجوز قتل المعتدي به دفاعاً عنه، فقالوا:

أ- ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً، ويقتل من يقاظه عليه وقال في المنع عن البحر: ((استقبله اللصوص ومعه لا يساوي عشرة حل له أن يقاتلهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «قاتل دون مالك» واسم المال يقع على القليل والكثير))^(٢) والمراد بالنصاب نصاب السرقة وهو عشرة دراهم من الفضة.

ب- ((قصد ماله، وأن عشرة، أو أكثر له قتله. وإن أقل قاطه ولم يقتله))^(٣).

٢/ ((ومن دخل عليه غيره ليلاً فأخرج السرقة فأتبعه فقطه، فلا شيء عليه واستدلوا بقوله ﷺ: «قاتل دون مالك» ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداءً فكذا له أن يسترد منه إنتهاءً، إذا لم يقدر على أخذه منه إلا به ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقطه مع ذلك يجب القصاص عليه لأنه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغضوب منه إذا قتل الغاصب))^(٤).

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٧٥.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٧.

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٦.

(٤) انظر المبسوط - السرخسي - ج ٢٤ ص ٣٧. تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١١. تكملة فتح القدير - ابن ممام - ج ١٠ ص ٢٣٢.

مذهب المالكية:

قالوا بجواز الدفاع عن المال مطلقاً. ومن خرج يسلب أموال الناس، فهو محارب يباح قتله للأحاديث، وقتال المحارب جهاد عند الإمام مالك، ويجوز دفع المعتدي على المال ولو دانتاً^(١)، إذا كان أخذه للمال من دون حق.

وقال سحنون: ((قلت رأيت إن أخذ المحاربون من المال أقل مما تقطع فيه اليد -أقل من ثلاثة دراهم- (قال) أي ابن القاسم، ليس حد المحاربين مثل حد السارق -والسارق لا يقطع إلا في ربع دينار- والمحارب إذا أخذ المال قليلاً كان أو كثيراً فهو سواء. وقال مالك هؤلاء الذين يسقون الناس السيكران إنهم محاربون إذا سقوهم ليسكروا فيأخذوا أموالهم (قال) قال مالك: أن من حارب وحده بغير سلاح أنه محارب. قال وقال لي مالك: من دخل على رجل في حريمة على أخذ ماله فهو عندي بمنزلة المحارب يحكم فيه كما يحكم في المحارب))^(٢).

وقال العيني في شرح البخاري: ((جواز قتل القاصد لأخذ مال الغير سواء أكان المال قليلاً أو كثيراً لعموم الحديث وهذا قول جماهير العلماء وقال بعض أصحاب مالك: لا يجوز قتله إذا طلب شيئاً يسيراً كالثوب والطعام وهذا ليس بشيء والصواب ما قاله الجماهير، وسئل مالك عن القوم يكونون في السفر فتلقاهم اللصوص قال: يقاتلونهم ولو على دانت. وقال عبد الملك إن قدر أن يمتنع من اللصوص فلا يعطهم شيئاً))^(٣).

وقال الشوكاني: ((وقال بعض المالكية، لا تجوز المقاطعة إذا طلب الشيء الخفيف))^(٤).

(١) الدائق: جمع دوائق ودوائيق، ضرب من النقود الفضية وزنه ثماني حبات من الشعير غزلة ممثلة مقطوعة الرأس وما استطال منها تساوي ٤٩٦ غراماً. معجم لغة الفقهاء -محمد رواس وحامد صائق- ص ٢٠٦.

(٢) انظر المدونة الكبرى -الإمام مالك- ج ١٦ ص ٢٠٠، ٢٠٤.

(٣) انظر عمدة القارئ شرح صحيح البخاري -العيني- ج ١١ ص ٢٠، ٣٦.

(٤) انظر نيل الأوطار -الشوكاني- ج ٦ ص ٧٥.

مذهب الشافعية:

١/ قالوا بالوجوب في حالين وبحسب تعلقه بإضافات خارجية ونحوها.

أ- إذا كان المال لمحجور، أو تعلق به حق الغير كرهن أو إجازة أو كان وديعة أو ترتب على فقده نقص جاه أو منصب أو خسارة، أو نحو ذلك بشرط الأمن عند الدفاع^(١). حيث جاء في مغني المحتاج للشربيني ((وإن كان مال محجور عليه أو وقف أو مالاً مودعاً وجب على من هو بيده الدفع عنه))^(٢).

ب- وإذا كان مالاً له روح كالحيوان مثلاً وجب الدفع عنه^(٣) واشترط بعضهم القدرة والسلامة^(٤). حيث جاء في نهاية المحتاج للرملي ((أما ما فيه روح، فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه أو بضع، لحرمة الروح حتى لو رأى أجنبي، شخصاً يتلف حيوان نفسه إتلافاً محرماً وجب عليه دفعه على الأصح في أصل الروضة))^(٥).

٢/ وقالوا بالجواز في حالين:-

أ- إذا كان مالاً لا روح فيه ولم يتعلق به حق الغير فلا يجب الدفع عنه وإن أدى إلى قتل المعتدي، لحديث «من قتل دون ماله فهو شهيد»^(٦). حيث جاء في نهاية المحتاج للرملي ((غير أن الانرعي قال والظاهر أن هذا -الجواز في الاحاد. فاما الإمام ونوابه فيجب عليهم الدفع عن أموال رعاياهم))^(٧).

(١) انظر حاشية البيهقي على المنهج ج ٤ ص ٢٢٨. مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٥. نهاية المحتاج - الرملي - ج ٢ ص ٢٢.

(٢) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٥.

(٣) انظر نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢.

(٤) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٥.

(٥) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٥.

(٦) انظر نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢.

(٧) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٥.

ب- الدفاع جائز ولو بالقتل حيث جاء في الانوار للردبيلي ((إذا صال مسلم أو ذمي أو عبد أو صبي أو مجنون أو بهيمة على مال يجوز دفعه سواء كان المال له أو لغيره ولا قصاص ولا دية ولا كفارة ولا قيمة وأن أتى الدفع على نفسه، حتى لو رأى من يتلف مال نفسه، بأن يحرق كدسه، أو يفرق متاعه جاز له الدفع))^(١).

مذهب الحنابلة:

جاء في الانصاف ((جواز الدفع عن ماله ولا يلزمه على الصحيح من المذهب، وعن الحاربي الصغير في التبصرة يلزمه في الأصح والصحيح عندهم مختلف فيه وعلى كل حال فالظاهر المشهور في الصحيح عنهم أنه يجوز فقط ولا يجب))^(٢) قال الإمام أحمد في اللصوص يريدون نفسك ومالك قاتلهم تمنع نفسك ومالك، وقال عطاء في المحرم يلقي اللصوص قال: يقاتلهم أشد القتال، وقال ابن سيرين: ما أعلم أحد ترك قتال الحرورية واللصوص تاشاً إلا أن يجب^(٣).

ولم يفرق الحنابلة بين القليل والكثير، فالظاهر أن جواز الدفع عن المال عام، كما يقيد به ظاهر الأخبار والآثار الواردة فيه وكما يراه غيرهم. وجواز الدفع إنما هو بالنسبة إلى صاحبه، أما الولاية فيجب عليهم الدفع عن الأموال بالإتفاق.

المقارنة بين اتجاهات المذاهب:-

يتضح عند إجراء المقارنة بين اتجاهات المذاهب، أنهم ذهبوا إلى:

١/ القول بوجوب الدفاع عن المال بناء على الأحوال المذكورة:

(١) انظر الانوار لأعمال الأبرار - الردبيلي - ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٢) انظر الإنصاف - المرداوي - ج ١ ص ٢٠٥ .

(٣) انظر الإنصاف - المرداوي - ج ١ ص ٢٠٥ . المفتي - ابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣٢ . حاشية المقنع - ابن قدامة - ج ٢ ص ٥٠٥، ٥٠٦ .

وهم الحنابلة على الأصح والمالكية على أحد الرأيين في المال الذي يترتب على أخذه هلاك أو شدة أذى.

والشافعية في المال الذي له روح، أو تعلق به حق الغير، أو مطلق المال بالنسبة إلى الإمام ونوابه عن أموال رعاياهم.

٢/ القول بجواز الدفاع عن المال.

وهم الأحناف مع اشتراط النصاب فيه لجواز القتل على رأي، وعدم اشتراطه على رأي آخر، والحنابلة على الصحيح من المذهب، والمالكية في جواز الدفع عن المال ولو يترتب على فقده هلاك أو شدة أذى على أحد الرأيين، والمال الذي لا يترتب عليه ما ذكر إيجاباً، والشافعية في المال الذي ليس له روح ولا تعلق به حق الغير على رأي وبلا قيد على رأي آخر.

واتفق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على جواز القتل والقتال دون المال قل ذلك المال أم كثر خلافاً للحنفية في أحد الرأيين.

الترجيح بين اتجاهات المذاهب:-

أولاً: يرجح القول بوجوب الدفاع عن المال إذا تعلق به حق الغير كرهن أو وديعة أو ترتب على فقده هلاك أو شدة أذى ولكن بشرط الأمن والسلامة.
ويرد على القائلين بوجوب الدفاع عن هذا المال مطلقاً بالآتي:

أن مع خوف الضرر يمتنع وجوب الدفع عن المال الذي تعلق به حق الغير لعدم صدق التعدي أو التفريط.

ثانياً: ويرجح القول بجواز الدفاع عن المال مجرداً من العوارض الخارجية، أي إذا لم يتعلق به حق للغير ولم يكن له روح ولم يترتب على فقده شديد أذى أو نحو ذلك، إذا غلب

على الظن القدرة والسلامة، ولو أدى إلى قتل المعتدي، وذلك للنصوص الواردة عن رسول الله ﷺ ((وفيها دليل على أنها تجوز مقابلة من أراد أخذ مال إنسان من غير فرق بين القليل والكثير، إذا كان الأخذ بغير حق وهو مذهب الجمهور كما حكاه النووي والحافظ في الفتح))^(١).

ويرد على الأحناف الذين اشترطوا النصاب في المال لجواز القتل دفاعاً عنه.

أ- بانه لا وجه لقياس دفع الصائل على عقوبة السارق ولأن حد السرقة لما كان مقدراً بقطع اليد كان موجبه مقدراً بالنصاب. وما يدفع به المعتدي لم يقدر فلم يقدر مقابلة. وكانت حكمة عدم التقدير أنه لا ضابط للإعتداء والعدوان.

ب- لا وجه للتأمل والتوقف في جواز القتل والجرح بعد ورود النصوص^(٢) بإهدار دم المدفوع متى توقف الدفع عليه.

ج- ولأن (المال) الوارد في النصوص يشمل القليل والكثير.

المطلب الثاني

في أحكام الدفاع عن المال في القانون الوضعي

نصت نظم القوانين الوضعية على إباحة فعل الدفاع عن المال، ولكن لم يجد من بينها ما أوجبه فالقانون العراقي أطلق حق الدفاع الشرعي عن كل جريمة تقع على المال^(٣)، أما القانون المصري، لا يطلق حق الدفاع في كل الجرائم بل قصره على جرائم معينة، ونصت المادة (٢٤٦) الفقرة الثانية من قانون العقوبات المصري على أن: (يبيح استعمال القوة

(١) انظر نيل الأوطار - الشوكاني - ج ٦ ص ٧٥.

(٢) انظر نيل الأوطار - الشوكاني - ج ٦ ص ٧٤.

(٣) انظر قانون العقوبات العراقي الجديد الفقرة (١) المادة (٤٤).

اللازمة لرد كل فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها من الابواب الثاني والثامن
والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب أي الكتاب الثاني وفي المادة (٣٨٧) الفقرة أولى
والمادة (٣٨٩) الفقرة الأولى والثانية).

وبالرجوع إلى كل ما أشير إليه وجد أن المشرع حصرها في الجرائم الآتية^(١):

١/ جرائم الحريق العمد: وهي الجرائم المنصوص عليها في المواد ٢٥٢، ٢٥٧، ٢٥٩
من قانون العقوبات وهذه الجرائم جنایات فيما عدا الجريمة التي تنص عليها المادة (١٠٢)
من قانون العقوبات التي تحرم استعمال المفرقات استعمالاً من شأنه تعرض أموال الغير
للخطر.

٢/ جرائم السرقة والاغتصاب وهي الجرائم المنصوص عليها في المواد (٣١١) وما
بعدها من قانون العقوبات المصري إلى المادة (٣٢٧).

٣/ جرائم التخريب والإتلاف المنصوص عليها في المواد (٣٥٤) من قانون العقوبات وما
بعدها، وهذه الجرائم جنح عدا ما تنص عليه المواد (٣٥٩)، (٣٦٦)، (٣٦٨) من قانون
العقوبات فهي جنایات.

٤/ جرائم إنتهاك حرمة ملك الغير المادة (٣٦٩) من قانون العقوبات وما بعدها وهذه
الجرائم جنح.

٥/ جريمة الدخول في أرض مهياة للزراع أو مبنود فيها زراع أو محصول أو مر منها
بمفرده أو ببهائمه أو دوابه المعدة للجر أو للحمل أو الركوب أو ترك هذه البهائم أو الدواب
تمر منها وكان ذلك بغير حق. المادة (٣٧٩) الفقرة الرابعة المعدلة بالقانون رقم (١٦٩) لسنة
١٩٨١، وهذه الجريمة مخالفة.

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبدالرحيم - ص ٢٢٦ وما بعدها.

٨/ جريمة التسبب عمداً في إتلاف شيء من منقولات الغير المنصوص عليها في المادة (٣٧٨)، وهذه الجريمة مخالفة.

٧/ جريمة رعي مواشي أو تركها بغير حق في أرض بها محصول أو في بستان، المنصوص عليها في المادة (٣٧٩) الفقرة الرابعة المعدلة بالقانون رقم (١٦٩) لسنة ١٩٨١ من قانون العقوبات وهذه الجريمة مخالفة^(١).

ومن الملاحظ أن المشرع المصري حدد هذه الجرائم على سبيل الحصر، فمعنى ذلك أن أي دفاع شرعي عن المال خارج عن نطاق هذه الجرائم يعد غير مشروع، (وإنما يكون للشخص أن يلجأ إلى أي سبب آخر للإباحة أو لامتناع المسؤولية، ذلك لأن المشرع قدر في غير تلك الجرائم أنه يمكن للمعتدي عليه الإلتجاء إلى رجال السلطة العامة، الأمر الذي ينتفي معه حق الدفاع الشرعي)^(٢).

(فالدفاع الشرعي إذن لا يجوز لدفع الجرائم الأخرى التي تصيب الإنسان في ماله، ومن باب أولى لا يباح الدفاع إذا كان الاعتداء لا يصبح جريمة مهما كان الضرر الذي يترتب عليه)^(٣).

وإذ يتجه الفقه والقضاء الوضعي إلى إباحة الدفاع عن المال، فإننا نجد أن القانون الباكستاني^(٤)، والمصري والعراقي لا يبيحون القتل دفاعاً عن المال^(٥)، إلا في عدد محصور من الجرائم التي تبيح الدفاع وهي:

أ- الحريق عمداً.

ب- جنایات السرقة.

(١) انظر نظرية الدفاع الشرعي - يوسف قاسم - ص ١٣٣، ١٣٤.

(٢) انظر قانون العقوبات - سامون سلامة - ص ٢٢٦.

(٣) انظر المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٣٣.

(٤) انظر قانون العقوبات الباكستاني المادة ١٠٢.

(٥) انظر الحقوق الجزائية العامة - عبد الوهاب حومد - ص ٢٤٦.

الدخول ليلاً في منزل مسكون، أو في إحدى ملحقاته فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو الجراح البالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

المطلب الثالث

في أحكام الدفاع عن المال بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من خلال عرضنا لأحكام الدفاع عن المال في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، تبين أن الشريعة الإسلامية توسعت في إعطاء الحق للدفاع عن المال أكثر من القانون، حيث أن القانون حصر جرائم الدفاع عن المال في نقاط معينة وجعل ما عداها يمكن الإلتجاء للدفاع عنها إلى رجال السلطة العامة أو تتدرج تحت امتناع المسؤولية مثلاً أو حالة الضرورة أو موانع العقاب ومن ثم يكون القانون قد اتفق مع الفقه في إعطاء الحق للدفاع عن المال وإن كان الفقه أوسع دائرة منه في ذلك.

كذلك من ناحية القتل دفاعاً يكاد القانون يتفق في هذه الناحية مع الفقه الإسلامي فجرائم الحريق والدخول ليلاً في منزل مسكون وبغير علم صاحبه أو رضا منه أو أفعال يتخوف منها الموت أو تفضي إليه، فالمشرع الوضعي وضع هذه الجرائم في الاعتبار وأعطى الحق للدفاع عنها بالقتل، وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ عدة قرون^(١).

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جالي عبدالرحيم - ص ٢٢٧.

المبحث الرابع

في أحكام الدفاع عن نفس الخير، أو عرضه، أو ماله

حرصت الشريعة الإسلامية على بث روح التعاون والتكافل في المجتمع الإسلامي، حيث قال تعالى: «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان»^(١) ولقد عملت الشريعة الإسلامية على تحقيق الخير والسعادة للجماعة المسلمة بمختلف الطرق والأساليب، فمرة بتجسيد تناصر وتآخي المؤمنين وتمثيله بمشهد مادي محسوس (المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً). ومرة بإلزام المسلم باتخاذ موقف إيجابي تجاه أخيه المسلم ونصرته إما تاييداً وتعاوناً، أن أقبل على فعل الخير، أو ردياً وصدأً إن أقدم على فعل الشر، وقال النبي ﷺ: «أنصر أخاك ظالماً أو مظلماً»^(٢).

وقد تتخذ الشريعة الإسلامية من العقيدة والإيمان باليوم الآخر، مجالاً للتعاون والتأزر والنصرة، وسد باب الإعتداء والشر بين الجماعة المسلمة، فقال النبي ﷺ: «من أذل عنده مسلم فلم ينصره وهو قادر أن ينصره أذله الله على رؤوس الخلائق يوم القيامة»^(٣).

ولقد وردت العديد من الآيات القرآنية، لتأكيد روح التعاون والتعااضد والتكافل بين الأمة المسلمة. فقال تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^(٤) فالإعتداء على الجماعة أو الفرد المسلم هو بمثابة إعتداء على كل الجماعة، وردع هذا الإعتداء ودفع الظلم يقع على عاتق الجماعة.

كما وردت الكثير من الأحاديث النبوية التي تدعو الجماعة إلى تحقيق التعاون والتأزر بين أفراد المجتمع المسلم لرفع الظلم ودفع الاعتداء، فقال النبي ﷺ: «إن المؤمنين يتعاونون على

(١) سورة المائدة - الآية ٢ .

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٦ ص ١٣٧، ١٣٨ . صحيح البخاري - ج ٣ ص ٢٥٨ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٩٩، ٢٠١ .

(٣) انظر مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٤٨٧ .

(٤) سورة البقرة - الآية ١٩٤ .

الفتان»^(١). وقوله عليه الصلاة والسلام: «أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»^(٢).

وكما دعت الشريعة الغراء إلى النصرة والتعاون في الدفاع عن نفس الغير فإنها دعت أيضاً إلى الدفاع عن عرض ومال الغير، لما روى عن أم الدرداء، أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من رد عن عرض أخيه المسلم كان حقاً على الله عز وجل أن يرد عنه نار جهنم يوم القيامة»^(٣). ثم قرأ عليه الصلاة والسلام قوله تعالى: «وكان حقاً علينا نصر المؤمنين»^(٤).

ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم، وذلك هو القدر الواجب من حقوق المسلم بل هو أدنى الدرجات.

ومن خلال عرضنا لهذه النصوص وغيرها، يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أقرت الدفاع عن نفس الغير وعرضه وماله، كما أقرت الدفاع عن نفس المدافع وعرضه وماله.

ومع ذلك، فإن للفقهاء آراء في الدفاع عن الغير:

أولاً: الدفاع عن نفس الغير.

قال الحنفية: بجواز الدفاع عن نفس الغير.

((.. قال تعالى: «فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله»، فجاز للمسلمين الذين شهر عليهم السلاح، أن يقتلوه، وفي قوله: عليهم أن يقتلوه إشارة إلى أنه وجب عليهم أن يقتلوه دفاعاً للشر عن أنفسهم، لأن دفع الشر واجب، وجاز لغيرهم أن يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم، لقوله عليه الصلاة والسلام: «أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» يعني إذا كان ظالماً تمنعه من الظلم، وإذا كان مظلوماً تمنع الظلم عنه))^(٥).

(١) انظر سنن أبي داود - ج ٢ ص ١٧٧.

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٦ ص ١٣٧، ١٣٨. صحيح البخاري - ج ٢ ص ٢٥٨.

(٣) انظر مسند الإمام أحمد - ج ٦ ص ٤٤٩، ٤٥٠.

(٤) سورة الروم - الآية ٤٧.

(٥) انظر تبیین الحقائق - الزبيدي - ج ٦ ص ١١٠.

وقال المالكية: ((إذا خاف المدافع الهلاك أو شدة أذى بجرح نفسه أو لأحد من أهله وجب الدفاع وإلا جاز))^(١).

وقال الشافعية: بالوجوب قطعاً عند البعض^(٢)، وبإشتراط عدم كون الصائل مسلماً^(٣)، وإلا كان الدفع جائزاً^(٤)، ((والدفع عن نفس غيره، إذا كان آدمياً محترماً ولو رقيقاً -كهو عن نفسه- فيجب حيث يجب وينتفي حيث ينتفي، إذ لا يزيد حق غيره على حق نفسه))^(٥).

((والدفع عن غيره سواء في الأدمي المسلم والمحترم والذمي -كهو عن نفسه- جوازاً ووجوباً حيث أمن على نفسه))^(٦).

((لو صال شخص على غير محترم، حربي، فلا يجب على المسلم دفعه عنه، وإن وجب الدفع عن نفسه لعدم احترامه. وقيل يجب الدفع عن غيره قطعاً لأن له الإيثار بحق نفسه دون غيره، واستدلوا بحديث: «من أذل عنده مسلم فلم ينصره، وهو قادر أن ينصره أذله الله على رؤوس الخلائق يوم القيامة»^(٧)).

وقال الحنابلة: ((يلزمه الدفع عن نفس غيره على الصحيح من المذهب، واختار صاحب الرعاية، يلزمه مع ظن سلامة الدافع))^(٨).

أوجب الحنابلة الدفاع عن نفس الغير على الصحيح من المذهب، واختار صاحب الرعاية

(١) انظر الشرح الكبير -الدريز- ج ٤ ص ٢٥٧. شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - ج ٨ ص ١١٢.

(٢) انظر نهاية المحتاج -الرملي- ج ٨ ص ٢٢، ٢٤.

(٣) انظر الأنوار لأعمال الأبرار -الأربيلي- ج ٢ ص ٢٤٢.

(٤) انظر الإقناع -الحجاوي- ج ٤ ص ٢٩٠.

(٥) انظر مغني المحتاج -الشربيني- ج ٤ ص ١٩٥.

(٦) انظر نهاية المحتاج -الرملي- ج ٨ ص ٢٢.

(٧) انظر مغني المحتاج -الشربيني- ج ٤ ص ١٩٥.

(٨) انظر المقنع -ابن قدامة- ج ٣ ص ٥٠٦. الإنصاف -المرداوي- ج ١٠ ص ٢٠٦. المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٢٢٢. منتهى الإرادات -ابن النجار- ج ٢ ص ٤٩٢.

مع ظن سلامة الدافع. ومنهم من قيد الدافع في غير فتنة^(١).

ثانياً: الدفاع عن عرض الغير:

قال الحنفية: بالجواز في ظاهر المذهب.

((من رأى رجلاً يزني بامرأته أو امرأة غيره حل له قتله))^(٢).

وقال الشافعية: بوجوب الدفع عن عرض الغير، وقيدوا ذلك بإذا لم يخف على نفسه، فإن خاف، لا يجب عليه لحرمة الروح، ولا فرق بين أن يكون الصائل كافراً أو غيره^(٣).

((يجب عليه إن لم يخف على نفسه أو عضوه، الدفع عن بضع ومقدماته ولو من غير أقاربه.))^(٤).

وقال الحنابلة: بالوجوب مع ظن سلامة العرض وإلا حرم على رأي عندهم. وبالجواز في رأي آخر.

((ويجب الدفع عن حرمة غيره -مع ظن سلامتها. وإلا حرم))^(٥).

((إذا صال على إنسان، صائل يريد ماله أو نفسه ظلماً، أو يريد امرأة ليزني بها فلغير الموصول عليه معونته في الدفع))^(٦).

ثالثاً: الدفاع عن مال الغير:-

قال الشافعية: بوجوب الدفع عن مال الغير، إذا أمكنه ذلك بلا مشقة، وبدون خسران مال أو نقص جاه، وعلى رأي آخر إذا كان مال الغير مرهوناً أو مؤجراً، وظاهر المذهب عدم الوجوب في مال الغير المرهون أو المؤجر.

(١) انظر منتهى الإرادات -ابن النجار- ج ٢ ص ٤٩٣.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار -ابن عابدين- ج ٤ ص ٦٢.

(٣) انظر مغني المحتاج -الشريني- ج ٤ ص ١٩٥.

(٤) انظر حاشية إغائة الطالبين -السيد البكري النمياطي- ج ٤ ص ١٧٢.

(٥) انظر منتهى الإرادات -ابن النجار- ج ٢ ص ٤٩٣.

(٦) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٢٢٢.

((مهما قدر على حفظ مال غيره من الضياع من غير أن يناله تعب في بدنه أو خسران في ماله أو نقصان في جاهه، وجب عليه، وهو أقل درجات حقوق المسلم، وهو أولى بالإيجاب من رد السلام، ولا خلاف وكان عنده شهادة وجب عليه أداؤها ويعصي بتركها))^(١).

((يجب الدفع عن مال الغير إذا كان مرهوناً أو مؤجراً كما في مال نفسه، والظاهر عدم الوجوب لأنه بالنسبة لمالكه مال الغير وبالنسبة للمرتهن لا يزيد عن ملكه الذي لا يجب الدفع عنه وإنما وجب الدفع عن مال نفسه المرهون أو المؤجر لتوجه حق الغير عليه، وهذا لم يتوجه الحق عليه بل على مالك ذلك المال))^(٢).

وقال الحنابلة: بوجوب الدفاع عن مال الغير مع ظن سلامة الدافع وبالجواز مع ظن سلامة المال والمدافع على رأي آخر.

((ويجب الدفع عن مال غيره مع ظن سلامته والإحرام))^(٣).

((يلزمه الدفع عن مال غيره مع ظن سلامة الدافع، وذكر جماعة، يجوز مع ظن سلامة الدافع وإلا حرم، ونقل أحمد والترمذي وغيره لا يقاظه لأنه لم يبح له قطه لمال غيره، وأطلق صاحب التبصرة والشيخ تقي الدين لزومه عن مال غيره))^(٤).

((ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغيرهم الدفع عنهم لأن النبي ﷺ قال: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً». ولحديث: «إن المؤمنين يتعاونون على الفتان»، ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم لأن قطاع الطريق إذا إنفردوا بأخذ مال إنسان لم يعنه غيره، فإنهم يأخذون أموال الكل، واحداً واحداً وكذلك غيرهم))^(٥).

(١) انظر مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٦ . نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢ .

(٢) انظر نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢ .

(٣) انظر منتهى الإرادات - ابن النجار - ج ٢ ص ٤٩٢ .

(٤) انظر المقنع - ابن قدامة - ج ٢ ص ٥٠٦ .

(٥) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٢٢ .

القول الراجح من أقوال الفقهاء:-

١/ الدفاع عن نفس الغير:-

القول بالوجوب في الدفاع عن نفس الغير، حتى لو أدى إلى قتل المعتدي بشرط سلامة المدافع حيث لا يلزم بأن يجعل روحه وفاء لروح غيره، لأنه لم يلزم أن يؤثر حق نفسه على نفس غيره، وإذا لم يَأْمَن الضرر لم يجب، لتكافؤ الدماء بل يجوز له ((دفع القتل عن نفس، واستحيائها بهذا الدفع -سواء كان بالدفاع عنها في حالة حياتها أو بالقصاص لها في حالة الإعتداء عليها لمنع وقوع القتل على نفس أخرى -هو استحياء للنفوس جميعاً، لأنه صيانة لحق الحياة الذي تشترك فيه النفوس جميعاً))^(١).

٢/ الدفاع عن عرض ومال الغير:-

يجوز عند العلم أو الظن بسلامة المدافع وسلامة العرض أو المال والقدرة على الدفع لأن حفظ النفس أهم من حفظ العرض والمال، إذ لا عوض عنها -ولورود النصوص بالترخيص بتسليم المال، ولأنه لا يجب الدفاع عن عدم الأمن أو فقدان القدرة على عرضه وماله، فهو عن عرض ومال الغير أولى.

ومع احتمال الموت أو الأذى الشديد فهو حرام. وعند التعارض بين الدفاع عن العرض أو المال يقدم الدفاع عن العرض لأهميته، وللنصوص المرخصة بالمال دون العرض.

(١) انظر في ظلال القرآن -سيد قطب- المجلد الثاني - ج ٦ ص ٨٧٧، ٨٧٨.

المبحث الخامس

في أحكام الدفاع عن المعتدي

حال إعتدائه على نفسه، أو ماله

قد يقع الإعتداء والعدوان على نفس المدافع أو عرضه أو ماله، ويمكن أن يقع على نفس الغير أو عرضه أو ماله، وكذلك فإنه يمكن أن يعتدي الشخص على نفسه أو ماله. والدفاع في هذه الحالة هو من باب النهي عن المنكر، وبما يعرف بالدفاع العام.

أولاً: صور الإعتداء:-

أ- حال إعتدائه على نفسه بالانتحار وجرائم ما دون النفس.

حرمت الشريعة الإسلامية الانتحار، وذلك باعتباره جريمة قتل عمد دون وجه حق، وقال تعالى: «ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق»^(١). وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ومن قتل نفسه بحديدة، فحديدته بيده يجاوبها في بطنه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدًا، ومن قتل نفسه بسُمٍّ، فسمه بيده يتحساه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدًا، ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو يردي في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدًا»^(٢).

وبناءً على تحريم جريمة الانتحار، فإن الجاني يسال جنائياً عند فشل المحاولة، كما يسال كل من شارك الجاني بالتحريض أو المساعدة، ويستحقان العقوبة تعزيراً، وحرمت الشريعة الإسلامية كذلك إصابة الشخص لنفسه بالقطع أو الجرح، والإتيان بمثل ذلك الفعل يعتبر جريمة معاقب عليها بالتعزير.

(١) سورة الإسراء - الآية ٣٣.

(٢) انظر مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٢٥٤، ٤٧٨، ٤٨٨. ج ٤ ص ٣٣، ٣٤. سنن الدارمي - ج ٢ ص ١١٢، ١١٣. صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ١١٨.

ب- حال إعتدائه على ماله:-

إن الشخص كما يمكن أن يقدم بالإعتداء على نفسه وأصابته فقد يقدم على التجاوز على إتلاف ماله إتلافاً محرماً وإذا حرم الفعل صار جريمة معاقباً عليها بحد أو تعزير. وإذا اعتبر الفعل جريمة فإن رضا المعتدي عليه أو إذنه لا يبيح الجريمة إلا إذا هدم الرضا ركناً من أركان الجريمة -كما في انتقال المال محل السرقة- مع رضا المعتدي عليه باخذ المال، كما أن رضي الزانية لا يبيح الزنا، فإن الفعل ما دام محرماً شرعاً، فإن فعله حرام، ولا يبيحه شخص.

ثانياً: الدفاع عن المعتدي:-

إن الدفاع عن المعتدي في حالة إعتدائه على نفسه أو عرضه أو ماله، إن هو إلا من باب الدفاع الشرعي العام، الذي لا يختلف عن الدفاع الشرعي الخاص إلا من حيث أن دفع المعتدي لا يكون إلا إذا وجد هجوم وإعتداء على نفس إنسان أو عرضه أو ماله، وأما الدفاع الشرعي العام، فهو لدفع المنكر حيث ينعدم فيه الإعتداء والهجوم كما في حالة الانتحار أو إتلاف الإنسان ماله بنفسه، أو مال غيره برضاه أو الزنا باجنية برضاها. (وهو لا يختلف من الدفاع الشرعي الخاص من حيث الأسس التي يقوم عليها كل منهما، وكذلك من حيث الأحكام، اللهم إلا في بعض التفاصيل)^(١).

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي -عبد القادر عودة- ج ١ ص ٤٨٩، ٥١٢.

الفصل الرابع
في إثبات الدفاع الشرعي الخاص
وأثره

الفصل الرابع

في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره

تقسيم:

سنقسم هذا الباب إلى أربعة مباحث:-

المبحث الأول: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: في أثر الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره في القانون الوضعي.

المبحث الرابع: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره بين الفقه الإسلامي والقانون

الوضعي .

المبحث الأول في إثبات الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :-

المطلب الأول: في الإثبات والثبوت.

المطلب الثاني: في البينة والإثبات.

المطلب الثالث: في البينة أو الضمان.

المطلب الرابع: شواهد رواية وقضائية في الإثبات .

المطلب الأول

في الإثبات والثبوت

الإثبات هو إقامة الحجة والدليل والبرهان، والإثبات من أثبت فعل متعدٍ ، والادلة بشكل عام تفيد الظن الراجح ولا تصل إلى درجة اليقين.

أما الثبوت فهو من ثبت للزم، فالثبوت هو الأمر الثابت يقيناً، أي هو وجود الأمر حقيقة بحسب الواقع، وهو وصف قائم بذات الشيء المدعي به قبل المدعي عليه. وتقديم الدليل هو لإظهار الأمر الثابت وبيان حقيقة الحال، ويصدر عن المدعي، وكلما كان الدليل صحيحاً قوياً أقتربت الواقعة المراد إثباتها من الحقيقة الواقعية وكان القضاء صحيحاً.

ولا يكفي من تحقق حالة الدفاع الشرعي للمدافع وثبوتها عنده من إسقاط الضمان عنه، بل لا بد من إثبات ذلك، فإذا ما حصل الثبوت كان ذلك ما بين المدافع وربه، حيث لا يكون مسؤولاً عما حصل منه من فعل الدفاع، لأنه إما أن يكون فعله أداء لواجب أو فعلاً لمباح.

ولكن إذا ثبت ذلك عند رفع الدعوى ضده، يتحمل المسؤولية كاملة بالرغم من كونه محقاً بينه وبين ربه باعتبار أن القضاء يأخذ بحسب الظاهر والله تعالى وحده هو علام الغيوب والمطلع على ما في القلوب.

قال الإمام الشافعي: ((ويسعه فيما بينه وبين ربه قتل الرجل وإمرأته إذا كانا شبيين، وعلم أنه نال منهما ما يوجب القتل، ولا يصدق بقوله فيما يسقط بالقود))^(١)، وجاء في كتاب الام للشافعي:

((أخبرنا الربيع، قال: أخبرنا الشافعي، قال: أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب، أن رجلاً من أهل الشام يقال له (ابن خيبري) وجد مع إمرأته رجلاً فقتله أو قتلهما، فاشكل على معاوية والقضاء فيه، فكتب معاوية إلى أبي موسى الأشعري، أن يسأل له علي بن أبي طالب (رض)، فقال له علي: أن هذا الشيء ما هو بأرضنا، عذمت عليك لتخبرني! فقال أبو موسى: كتب إلي في ذلك معاوية، فقال علي: أنا أبو الحسن أن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته -أو قال: يشهدون على الزنى وإلا أعطى برمته))^(٢).

فالقضاء الإسلامي وإن كان يحكم بحسب الظاهر، لا يستطيع أن يبدل الحقائق أو غيرها وذلك بجعل الحلال حراماً أو الحرام حلالاً فيما يقضي فيه، فإذا لم يكن الدفاع الشرعي متحققاً في الواقع واستطاع المدافع، إثبات دفاعه ببينة صادقة في الظاهر. سقط الضمان عنه، وأهدر ما أصاب المجني في ظاهر الحكم القضائي.

أما إذا كانت حالة الدفاع الشرعي قائمة في الواقع ولكن لم يستطع المدافع إقامة البينة وحلف ولي الدم، كان المدافع ضامناً في ظاهر الحكم القضائي. لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على

(١) انظر الام -الإمام الشافعي- ج ٦ ص ٣٠.

(٢) انظر الام -الإمام الشافعي- ج ٦ ص ٢٠، الموطأ -الإمام مالك- ص ٨٢٧، ٨٢٨، المهذب -الشيرازي- ج ٢ ص ٢٢٥.

نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار^(١).

فإذا كان قضاء سيد البشر رسول الله ﷺ لا يغير الواقع، فما بال قضاء سائر البشر. وهكذا يتبين لنا أنه لا بد من الإثبات، رغم الثبوت المتوافر لدى المدافع من أجل إباحة أفعاله، وإن القضاء الإسلامي يجري مجرى ما يثبت لديه ولكنه لا يغير أمراً واقعاً، إذا كان خلافاً لما تم إثباته.

المطلب الثاني في البيئة والإثبات

البيئة لغة هي الدليل والحجة، وهي مؤنث البين والجمع بينات، وتبين الشيء إتضح وظهر^(٢).

والبيئة في الاصطلاح، اختلف الفقهاء في تعريفها إلى ثلاثة أقوال:
القول الأول:

أن البيئة معناها الشهود والشهادة، لأنه يتبين الحق بهم، أو لأن الأغلب في البيئات، الشهادة، لوقوع البيان بقول الشهود وارتفاع الإشكال بشهادتهم، وذهب إلى هذا القول، جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٣).

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ ص ٤، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٧٧، السنن الكبرى - البيهقي - ج ١٠ ص ١٤٢، الموطأ - الإمام مالك - ص ٧١٩.

(٢) انظر المصباح المنير ج ١ ص ٩٧، القاموس المحيط - الفيروز آبادي - ج ٤ ص ٢٩١.

(٣) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ٤٦١ كشف إصطلاحات الفنون - التهانوي ج ١ ص ١٥٦.

القول الثاني:

أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، فكل دليل أو حجة أو وسيلة في إثبات الحقوق وإظهارها أمام القاضي فهي بينة، وهذا التعريف يتفق مع التعريف اللغوي. وذهب إلى هذا القول ابن تيمية وابن القيم^(١).

القول الثالث:

أن البينة تشمل الشهود وعلم القاضي لأن الحق يتبين بها حقيقة. وذهب إلى ذلك القول ابن حزم^(٢).

وهذا الاختلاف في الإصطلاح، لا دليل عليه من الكتاب أو السنة ولا مشاحة في الإصطلاح إذا اتضحت المعاني.

فالقول الأول يقصر استعمال البينة على الشهود. أما أصحاب القول الثاني يستعملونها بالمعنى العام بكل ما يبين الحق ويظهره من الحجة والدليل والبرهان. والأفضل أن تكون البينة أعم من الشهادة لاعتبار اللغة والعمل. أما من حيث اللغة فإن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. وأما من حيث العمل فإن الفقهاء يطلقون البينة ويريدون بها الحجة مطلقاً في كثير من عباراتهم ولذلك يستدرك الشارح غالباً على صاحب المتن ويقول: لو عبر بالحجة لكان أولى لتشمل، وفي باب الدعوى والبيّنات يعرفون البينة بأنها الشهادة.

وتقوم البينة بشاهدين عدلين يثبت عندها قيام حالة الدفاع الشرعي. قال ابن قدامة:

(١) انظر الطرق الحكيمة - ابن القيم - ص ١٤، ٩٦ وما بعدها، اعلام الموقعين - ابن القيم - ج ١ ص ٩٠.

(٢) انظر المحلى - ابن حزم - ج ٩ ص ٤٢٦.

((إنه يكفي شاهدان لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة وهذا يثبت بشاهدين، وإنما يحتاج إلى الأربعة الزنى وهنا لا نحتاج إلى إثبات الزنى))^(١).

أما البينة لإثبات جريمة الزنا فيجب إثبات الزنا بأربعة شهود عدول من الرجال لقوله تعالى: «واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم»^(٢) وقوله تعالى: «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون»^(٣).

وفي العدوان على المسكن، وانتهاك حرمة، يكفي إثبات البينة إن كان الداخل ذا سيف مشهور مقبلاً على صاحب المسكن، دون إثباتها على قصد الداخل بإرادته قتل صاحب المسكن، لأن علم الشاهد بقصد الداخل مما يتعذر، فيكتفي بالقرائن الحالية لإسقاط الضمان عن المدافع، بخلاف ما لو شهدت البينة بهجوم داره دون سلاح أو مع سلاح غير مشهور فإنه لا يسقط القود إلا بمكابرته على دخول الدار^(٤) لأنه قد يدخل لحاجة، ومجرد الدخول لا ينشئ الحق في الدفع قتلاً.

المطلب الثالث

في البينة أو الضمان

ليس للمعتدي حق ممارسة الدفاع الشرعي، ولكنه له أو لولي دمه إذا قتل، أو لصاحب البهيمة الصائغة حق إقامة الدعوى ضد المدافع وطلب الضمان، وذلك بإنكار أصل الصيال والعدوان، أو مطالبته بالضمان عن التجاوز أو التعسف الذي وقع من المدافع كما أن للمدافع حق رفع الدعوى ضد المعتدي رغم ما حل به.

(١) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٣٢، ٢٣٣.

(٢) سورة النساء - الآية ١٥.

(٣) سورة النور - الآية ١٢.

(٤) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٣٢.

ولما كان الاصل عصمة الدماء، فمن إدعى خلاف الاصل كان مدعياً ، وهو من لو ترك لترك ومقابله المنكر، ويكون المدافع مدعياً أن خطراً صدر من المعتدي، فحق له دفعه وإدعاء صدور الخطر من المعتدي خلافاً للأصل. فكان عليه البينة وولي الدم أو المعتدي أو صاحب البهيمة الصائغة هو المنكر لهذا الإدعاء وهو لا يترك إذا ترك ويطابق قوله الاصل، فكان عليه اليمين عند عدم البينة لدى المدافع وذلك لما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «لو يعطي الناس بدعواهم أدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليهم»^(١).

في علم القاضي كوسيلة للإثبات في المواد الجنائية:

إن علم القاضي بالحق أو الواقعة المعينة يفيد اليقين والعلم، بخلاف الوسائل الأخرى فإنها تكسبه غلبة الظن، والبينة كل ما يبين الحق ويظهره. ولكن هل يعتبر علم القاضي الذي اكتسبه بنفسه مباشرة وسيلة للإثبات يعتمد عليها في القضاء أم لا؟

ينفرد مذهب الظاهرية باعتبار علم القاضي وسيلة للإثبات في المواد الجنائية فعندهم أنه يجب على القاضي أن يقضي بعمله في جميع المسائل التي تعرض عليه، سواء أكانت جنائية أم مدنية. وفي ذلك يقول ابن حزم: ((وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود، سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته. وأقوى ما حكم بعلمه، لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة))^(٢).

والأصل الذي يبني عليه ابن حزم مذهبه في ذلك هو ربط القضاء بالأمر القرآني «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله»^(٣). وبالجواب المقرر في القرآن والسنة من الأمر بالمعروف

(١) أنظر سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٧٧٨ .

(٢) أنظر المحلى - ابن حزم - ج ٩ ص ٤٢٦ .

(٣) سورة النساء الآية ١٢٥ .

والنهي عن المنكر - فكل ما علمه القاضي من الحق وجب عليه القضاء به، وإلا كان مضيعة للقسط لا قواماً به، ومقرراً للمنكر لا ناهياً عنه^(١).

ومنع فقهاء المذاهب الأخرى القاضي من القضاء بعلمه في المسائل الجنائية - وإن أجازوه بعضهم في التعزير وحقوق العباد المالية - مستنديين إلى أن القاضي لا يصح له أن يقضي بين الناس إلا بما ثبت لديه من البيانات التي تقدم في الدعوى المعروضة عليه. ولا يجوز للقاضي أن يضيف شهادة نفسه إلى شهادة غيره ليتم نصاب الشهادة، إذ أنه في هذه الحالة يكون قاضياً وشاهداً في آن واحد وهو لا يجوز^(٢).

وقد أجاب المخالفون لمذهب الظاهرية عن استدلالهم بقول الله تعالى: «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله»^(٣) بأن القاضي معذور إذا لم يحكم بعلمه، إذا لا يجوز له الحكم للمظلوم بحقه إلا بحجة. وقد قال رسول الله ﷺ: «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من الناس»^(٤).

أما الاحتجاج بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فأجيب عنه بأن القاضي مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحيث لا تتطرق إليه تهمة في تغييره. أما ما يتهم إذا فعله فلا يجوز له فعله بحال^(٥).

وفي تأكيد مذهب المانعين من قضاء الحاكم أو القاضي بعلمه يقول ابن قيم الجوزية:

(١) أنظر المحلى - ابن حزم - ج ٩ ص ٤٢٩ .

(٢) أنظر بدائع الصنائع - الكاساني - ج ٧ ص ٥٢ .

(٣) سورة النساء الآية ١٣٥ .

(٤) أنظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٢ ص ٤ . سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٧٧٧ . السنن الكبرى - البيهقي - ج ١ ص ١٤٢ . الموطأ - الإمام مالك - ص ٧١٩ .

(٥) أنظر الطرق الحكيمة - ابن قيم الجوزية - ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

((وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه، لوجب منع قضاة الزمان من ذلك. وهذا لو قيل في شريح وكعب بن سوار والحسن البصري كان فيه ما فيه ولقد كان سيد الحكام صلوات الله وسلامه عليه يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم ويتحقق ذلك، ولا يحكم فيه بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناس أن محمداً يقتل أصحابه. ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح وسد الذرائع تبين له الصواب في هذه المسألة))^(١).

ومن ذلك يتضح لنا، أن علم القاضي لا يجوز أن يعتبر وحده دليلاً كافياً للحكم بثبوت ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى مرتكبها، وأنه لا بد لمثل هذا الحكم من أن يكون مبنياً على وسيلة من وسائل الإثبات المقررة لذلك في الفقه الإسلامي.

ولعله لا يبعد من يقول إن مذهب الظاهرية يخالف في هذه المسألة- نص القرآن الكريم، في حالة واحدة على الأقل، فحيث جعل القرآن شرط إثبات الزنى شهادة أربعة رجال مسلمين أجاز الظاهرية أن يكون شاهد واحد كافياً إذا تصادف أن كان هذا الشاهد هو القاضي وسواء علم بالزنى وهو يشغل منصب القضاء أو قبل أن يشغله. وكذلك فإن الحكم على الناس بلا بينة تقبلها نصوص الشرع وقواعده يعد من المنكر الذي يجب منعه ولو لم يكن في مذهب الظاهرية من عيب إلا فتحه الطريق، أمام تحكم القضاة وأهوائهم، وأمام الطعن في عدالة القضاء وسوء الظن بالقضاة، لكان هذان الأمران كافيين لردده وعدم قبوله^(٢).

(١) انظر الطرق الحكيمة - ابن قيم الجوزية - ص ٢٣١، ٢٣٢.

(٢) انظر في أصول النظام الجنائي الإسلامي - محمد سليم العوا - ص ٣١٢، ٣١٣.

في مسؤولية المدافع:

اتفق جمهور الفقهاء على أن المدافع ملزم لإسقاط المسؤولية عنه، أن يثبت للقضاء إلتزامه بمقتضيات الدفاع الشرعي بعد ثبوت قيام حالته وتوافر شروطه ويتضح من ذلك اعتراف المدافع بما نسب إليه من إرتكاب فعل، ويدفع ذلك عن نفسه بإثبات أنه كان في حالة دفاع شرعي، وإلا فإن عليه الضمان.

ولكن هل يكون الضمان قصاصاً أم دية؟

اتفق الفقهاء على أن عليه القصاص فيما فيه القصاص، إن لم يأت بالبينة.

قال الحنفية: إن المعتدي إن كان متهماً، سىء السمعة، ففي القياس يقتص من المدافع، وفي الإستسحان تجب الدية في ماله لورثة المقتول، إن لم تكن لدى المدافع بينة. وقالوا: ((وإن لم تكن له بينة، ولم يكن المقتول معروفاً بالشر والسرقه، قتل صاحب الدار قصاصاً، وإن متهماً به في القياس يقتص، وفي الإستسحان تجب الدية في ماله لورثة المقتول، لأن دلالة الحال أورثت شبهة في القصاص لا المال))^(١).

وقال المالكية: ((.. فخاف منه على نفسه فقتله، فلا شيء عليه، إن قامت له بينة، أنه صال عليه، وإنه لم يندفع عنه إلا بقتله، فإن لم تقم له بينة ضمن))^(٢).

وقال الشافعية: ((وإن وجد رجلاً يزني بإمرأته ولم يمكنه الدفع إلا بالقتل، فقتله لم يجب عليه شيء فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه قتله بحق، فإن ادعى أنه قتله لذلك، وأنكر الولي، ولم يكن له بينة لم يقبل قوله، فإذا حلف الولي حكم عليه بالقود))^(٣).

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٧ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٢٥٧ .

(٣) انظر المهذب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥ .

وقال الحنابلة: ((وإن قتل رجلاً وادعى أنه هجم على منزله، فلم يمكنه دفعه إلا بالقتل، لم يقبل قوله بغير بينة وعليه القود))^(١).

المطلب الرابع

شواهد روائية وقضائية في الإثبات

١/ ((ما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- بينما هو يتغدى يوماً إذا أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر فجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع إمرأته فقال عمر ما يقول هؤلاء؟ قال ضربت فخذي إمرأتي بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتلتها، فقال عمر: ما يقول الرجل؟ قالوا: ضرب بسيفه فقطع فخذي إمرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر إن عادوا فعد))^(٢).

ومحل الشاهد، إهدار دم القتل لثبوت الدفاع الشرعي عند عمر بإقرار أولياء الدم...
٢/ ((ما رواه الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل فأراد إمرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلتها، فقال عمر والله لا يؤدي أبداً))^(٣).
وموضع الشاهد: إهدار دم الصائل على العرض.

٣/ ((ما روي عن علي -رضي الله عنه- أنه سئل عن رجل دخل بيته فإذا مع إمرأته رجل فقتلها وقتله، قال علي إن جاء بأربعة شهداء ولا فليعط برمته))^(٤).
ومحل الشاهد أنه لا ضمان عليه عند إقامته البينة وبياح فعله، وعند عدمها يقتص منه.

(١) انظر الإقناع -الحجاوي- ج ٤ ص ٢٩١.

(٢) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٢٢٢، وردت هذه القصة في المبحث الثاني من الفصل الثالث في أحكام الدفاع عن العرض في حالة الزنى ومقدماته.

(٣) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٣٣١.

(٤) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٣٣٢.

المبحث الثاني في أثر الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:-

المطلب الأول: في أقوال الفقهاء في أثر الدفاع الشرعي الخاص.

المطلب الثاني: في بعض التطبيقات الفقهية.

المطلب الأول

في أقوال الفقهاء في أثر الدفاع الشرعي الخاص

أجمع الفقهاء في حق المدافع في فعل الدفاع كما اتفقوا على إهدار كل ما يصيب المعتدي عند ممارسة حق الدفاع دون تعدي أو تجاوز أو تعسف.

وسنستعرض فيما يلي أقوال الفقهاء، فيما نصّوا عليه من أثر الدفاع الشرعي الخاص.

قال الحنفية: ((ومن شهر على المسلمين سيفاً وجب قتله ولا شيء بقتله))^(١).

((ومن قتل دون ماله فهو شهيد))^(٢).

((ودم المدفوع هدر ولا شيء في قتله لقوله عليه الصلاة والسلام: «ومن شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه». لأنه صار باغياً بذلك))^(٣).

قال المالكية: ((جاز دفعه بالقتل وغيره وإن كان الدفع عن مال وأن أبى إلا الصول، قتله،

(١) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١٠.

(٢) انظر المبسوط - السرخسي - ج ٢٤ ص ٢٧.

(٣) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١٠، كلمة فتح القدير - ابن همام - ج ١ ص ٢٢٢، تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢.

وكان هدرًا^(١).

وقال الشافعية: ((إن الصائل يجوز دفعه، ولا قصاص ولا دية، ولا كفارة ولا قيمة ولا إثم إن أتى الدفع على نفسه))^(٢).

وإذا قتل الدافع مات شهيداً، لحديث: «من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون عرضه فهو شهيد»^(٣).

وقال الحنابلة: ((إن دم المدفوع هدر وهو إلى النار ولا شيء على الدافع، وهو المذهب وإن قتل الدافع فهو شهيد مضمون))^(٤).

(١) انظر الفروق - القرافي - ج ٤ ص ١٨٢، ١٨٥، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - ج ٨ ص ١١٢ .
(٢) انظر مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٤، المهذب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥، نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢، منهاج الطالبين - النووي - ص ١٢٥ .
(٣) انظر الاقناع - الخطيب الشربيني - ج ٢ ص ١٩٩ .
(٤) انظر الروض المربع - البهوتي - ج ٢ ص ٢٢٢، الإنصاف - المرداوي - ج ١٠ ص ٣٠٢، المقنع - ابن قدامة ج ٢ ص ٥٠٥ .

المطلب الثاني في بعض التطبيقات الفقهية

تقسيم:

سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: في إهدار دم المنتهك حرمة المسكن.

الفرع الثاني: في إهدار دم الزاني.

الفرع الثالث: في إهدار دم السارق.

الفرع الرابع: في إهدار دم الصبي والمجنون والبهيمة.

الفرع الأول

في إهدار دم المنتهك حرمة المسكن

قال الفقهاء بجواز دفع الداخل دار غيره دون إذنه وإباحة قتله إذا توقف الدفع على ذلك. قال الصفية: جاء في المبسوط: ((ألا ترى إنك لو رأيت رجلاً يتقب دارك من خارج أو دخل عليك ليلاً من الثقب بالسيف وخفت أن أنذرتك يضريك، وكان على أكثر رأيك ذلك. وسعك أن تقتله قبل أن تعلمه، إذا خفت أن يسبقك إن أعلمته.))^(١)

وقال الشافعية: ((إنه لو دخل شخص داره أو خيمته بغير إذنه فإن له دفعه وإن أتى الدفع على نفسه لم يضمنه، لكنه لا يجوز قبل إنذاره على الأصح))^(٢).

وقال الحنابلة: ((ولا يضمن بهيمة صالت عليه، ولا من دخل داره متلصصاً))^(٣).

(١) انظر المبسوط - السرخي - ج ٢٤ ص ٥٠، ٥١.

(٢) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٩، المذهب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٦.

(٣) انظر منتهى الإرادات - ابن النجار - ج ٢ ص ٤٩٣، الإقناع - الحجاوي - ج ٤ ص ٢٨٩.

دليل الفريق الثاني:-

(ان العبرة بمشروعية الخطر وعدم مشروعيته هي مخالفة السلوك لقاعدة قانونية أيا كانت فهي صفة موضوعية تتعلق بتكليف السلوك بغض النظر عن الموقف النفسي للفاعل ويعني ذلك أن الخطر يعتبر غير مشروع ولو كان مرتكبه غير مسؤول جنائياً)^(١).

وانعدام المشروعية فكرة موضوعية لا تعتمد في الأصل على عناصر شخصية وهي متميزة تماماً عن حالة الأهلية للمسؤولية الجنائية^(٢). ولأن امتناع المسؤولية لا يضيف على إعتداء المجنون أو السكران بغير علمه صفة الإباحة ولا يرفع عنه صفة الجريمة وتوافر مانع المسؤولية بشخص الفاعل لا يؤثر على التكليف القانوني لفعله ومن ثم تظل اللا مشروعية قائمة وان امتنعت المسؤولية^(٣). والجاني إذا كان لا يخضع للعقاب إلا أن فعله يكون جريمة^(٤) ومادام القانون يعتبر فعل الصبي والمجنون جريمة في ذاته بغض النظر عن عقاب فاعله فهو إعتداء غير مشروع^(٥) وان كان قد توفر لصاحبه ظرف من الظروف التي ترفع عنه المسؤولية^(٦).

ويتبين من خلال عرض أدلة الفريقين، قوة أدلة الفريق الثاني، ويرجح رأي الفريق الثاني لاعتبارات عديدة منها:

ان عدم المسؤولية صفة تلحق الطابع الشخصي ومشروعية الفعل وعدمه صفة تلحق الطابع الموضوعي، والنتائج من الأولى وما تدل عليه هو عدم الإدراك، والنتائج من الثانية وما

(١) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ٢٠٩ .

(٢) انظر شرح قانون العقوبات - محمود نجيب حسني - ص ٢٠٠ .

(٣) انظر مبادئ القسم العام - رؤوف عبيد - ص ٥٤٦ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ١٥٤ .

(٤) انظر النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي - نعيم فرحات - ص ٢٨١ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ١٥٥ .

(٥) انظر شرح الأصول العامة في قانون العقوبات - يسري انور - ج ٢ ص ٨٧ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ١٥٤، ١٥٥ .

(٦) انظر نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي - يوسف قاسم - ص ١٧٤ .

تدل عليه هو ضرر الآخرين وإذا كان واجب القانون هو حماية نتيجة كل منهما. فتكون حمايته لعدم الإدراك، بعدم العقاب جنائياً، وحمايته للآخرين بعدم مشروعية الضرر الواقع عليهم^(١).

الدفاع ضد هجوم البهيمة في القانون الوضعي-

هجوم البهيمة يتطلب مقاومته ودفعه أثناء خطره الوشيك، لكن دفع الاعتداء هل يكون على أساس الضرورة أم على أساس الدفاع الشرعي، علماً بأن القواعد القانونية لا يحمل تطبيقها إلا على بني الإنسان، ولذا ففعل البهيمة لا يوصف بغير المشروعية إلا إذا كان محرضاً من صاحبه، والدفاع الشرعي لا يكون إلا في مواجهة فعل غير مشروع صادر من إنسان ولا يكون إلا في مواجهة سلوك إنساني حقق الخطر بإرتكاب جريمة من الجرائم المطلوبة قانوناً لتوافره كما أن اعتباره حالة ضرورة فإن من شروط الضرورة وقوع الخطر جسيماً على النفس فقط^(٢).

ومن خلال اطلاعنا على بعض آراء فقهاء القانون في الدفاع ضد هجوم البهيمة، تبين لنا التفرقة بين حالة خطر هجوم البهيمة الناتج من تحريض صاحبه، وعند ذلك تكون مقاومة خطره على أساس الدفاع الشرعي الخاص، وبين حالة خطر هجوم البهيمة الناتج من غير تحريض له من أحد، فيقوم على أساس الضرورة لأن دفع الخطر الناشئ عن البهيمة وما في حكمه لا يستند إلى الدفاع الشرعي وإنما يستند إلى إنعدام الضرر الاجتماعي الناشئ عن ذلك الفعل^(٣).

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم ص ١٥٥ .

(٢) انظر قانون العقوبات - سامون سلامة - ص ٢١ .

(٣) انظر قانون العقوبات - سامون سلامة - ص ٢١ .

ولذا يرى بعض فقهاء القانون أن من يقتل بهيمة طبقاً لمقتضى المادة (٤/٣٥٥) وما بعدها فإن التمسك بهذا المقتضى يجعل المتهم في وضع أفضل مما لو تمسك بحالة الضرورة^(١) لأن هذه الجريمة تتطلب لقيامها أن يكون قتل البهيمة بدون مقتضى لكن لو كان هناك مقتضى كما لو كان كلباً للغير يلاحقه ويهدده بالضرر فلا تتحقق من جانبه جريمة قتل بهيمة الغير لأن المقتضى واضح كما مرّ وهو الملاحقة والتهديد بالضرر^(٢).

المطلب الثالث

في بيان حال الصائل أو المهاجم في القانون الوضعي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إذا كان قد وقع الخلاف حول خطر فعل الصبي والمجنون في الفقه الإسلامي فقد وقع أيضاً في القانون الوضعي.

أما من جهة فعل الحيوان فقد وقع الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ولم يقع ذلك الخلاف بين فقهاء القانون الوضعي. وبذلك يكون القانون قد اتفق مع الرأي الذي قال بمشروعيته إلا أن المشروعية في القانون قاصرة على الخطر الواقع على النفس فقط، عكس الفقه الإسلامي الذي يجعله يعم النفس وغيرها من عرض ومال.

وعلى كل فالخلاف بين الفقه والقانون يكاد تضيق دائرته وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن القانون أصبح يقترب من الشريعة ويحاول أن يصل إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية الغراء^(٣).

(١) انظر شرح قانون العقوبات - محمود حسني - ص ٢٠٢ .

(٢) انظر قانون العقوبات - سامون سلامة - ص ٢١٠ .

(٣) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبد الرحيم ص ١٥٨ .

الفصل الثالث
في أحكام الدفاع الشرعي الخاص

الفصل الثالث

في أحكام الدفاع الشرعي الخاص

تقسيم:

سنقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث :

المبحث الأول: في أحكام الدفاع عن النفس .

المبحث الثاني: في أحكام الدفاع عن العرض .

المبحث الثالث: في أحكام الدفاع عن المال.

المبحث الرابع: في أحكام الدفاع عن نفس الغير، أو عرضه أو ماله.

المبحث الخامس: في أحكام الدفاع عن المعتدي حال اعتدائه على نفسه، أو ماله.

المبحث الأول في أحكام الدفاع عن النفس

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: في أحكام الدفاع عن النفس في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: في أحكام الدفاع عن النفس في القانون الوضعي.

المطلب الثالث: في أحكام الدفاع عن النفس بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول

في أحكام الدفاع عن النفس في الفقه الإسلامي

قد يكون الاعتداء على النفس، وهو ما يترتب عليه فوات روح المجني عليه، وقد يكون الاعتداء على ما دون النفس، وذلك بقطع أطرافها أو بذهاب منفعتها مع بقاءها، أو بالشجاج، أو بالجرح والإيلام أو نحو ذلك.

وحين تتوافر شروط الخطر، سواء استهدفت النفس أو ما دون النفس، فإن للإنسان أن يدافع عن نفسه طبقاً لشروط الدفاع الشرعي الخاص. وهنا يبرز سؤال هام حول ما إذا كان الدفاع عن النفس واجب أم مندوب أم مباح؟

اختلفت أحكام الفقهاء في الدفاع عن النفس باختلاف الظروف والاحوال التي يقع فيها الدفاع، فمنهم من قال بالوجوب مطلقاً، ومنهم من قال بالجواز، ومنهم فصل في الحكم. وسنتناول بالعرض جميع الآراء، ثم نجري المقارنة والموازنة بين هذه الآراء.

مذهب الحنفية:

الدفاع عن النفس واجب في ظاهر مذهب أبي حنيفة وأصحابه، حيث جاء في تكملة فتح القدير: ((ومن شهر على المسلمين سيفاً، فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ومن شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل - أهدر - دمه» ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله))^(١).

وقال محمد في الجامع الصغير: ((ومن شهر سيفه على المسلمين فلهم أن يقتلوه ولا شيء إذا لم يكن لهم مدفع سواء لأنه صار محارباً فسقطت عصمته، كما سقطت عصمة أهل البغي بالمحاربة))^(٢).

فعبارة (فلهم أن يقتلوه) فيها إشارة إلى الوجوب، أي وجوب دفع الضرر، لأن دفع الضرر والشر واجب على أي وجه كان لا عين القتل.

وفي شرح الجامع الصغير لقاضي خان: ((رجل شهر سلاحاً على رجل في المصر ليلاً أو نهاراً أو في غير المصر فقتله المشهور عليه عمداً، لا شيء عليه لأنه قتله لدفع الشر عن نفسه ودفع الشر مباح أو واجب - ويكون دفع الشر واجب لما مر - وإن شهر عليه عصا في المصر نهاراً فقتله المشهور عليه بالحديد، قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تثبت وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار، بخلاف السلاح لأنه لا يثبت، وبخلاف المفازة أو كان في المصر ليلاً لأنه لا يلحقه الغوث))^(٣).

(١) انظر تكملة فتح القدير - ابن همام - ج ١٠ ص ٢٣٢ .

(٢) انظر الجامع الصغير - الشيباني - ص ٤٢١ .

(٣) انظر تكملة فتح القدير - ابن همام - ج ١٠ ص ٢٣٢ .

واستدل فقهاء المذهب الحنفي على ذلك بالكتاب والسنة والقياس.

(١- الكتاب)

١/ قوله تعالى: «ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة»^(١).

أن الآية فيها نهي والنهي يدل على التحريم فيثبت ضده وهو الوجوب.

٢/ وقوله تعالى: «لئن بسطت إلى يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك»^(٢).

((فإن كان قصده ترك الدفع عن نفسه، فهو منسوخ إما بشريعة ما قبلنا وإما بشريعة نبينا ﷺ والذي يدل على أن هذا الحكم غير ثابت في شريعة نبينا ﷺ وأن الواجب على من قصده إنسان بالقتل، أن عليه قتله إذا أمكنه وأنه لا يسعه ترك قتله مع الإمكان))^(٣).

٣/ وقوله تعالى: «وإن طائفتان من المؤمنين إقتلتا فاضلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله»^(٤).

((فأمر الله سبحانه وتعالى بقتال الفتنة الباغية ولا بغى أشد من قصد إنسان بالقتل بغير استحقاق، فاقترضت الآية قتل من قصد قتل غيره بغير حق))^(٥).

٤/ وقوله تعالى: «وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة»^(٦).

فأمر الله تعالى بالقتال لنفي الفتنة، ومن الفتنة قصد قتل الناس بغير حق.

(١) سورة البقرة - الآية ١٩٥ .

(٢) سورة المائدة - الآية ٢٨ .

(٣) انظر أحكام القرآن - الجصاص - ج ٢ ص ٤٠١ .

(٤) سورة الحجرات - الآية ٩ .

(٥) انظر أحكام القرآن - الجصاص - ج ٢ ص ٤٠١ .

(٦) سورة الأنفال - الآية ٢٨ .

ب- السنة:-

١/ عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: «من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدس»^(١).

٢/ وما روي عن النبي ﷺ في أخبار مستفيضة، أنه قال: «من قتل دون نفسه فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد»^(٢).

ولما جعله -صلى الله عليه وسلم- شهيداً دل على أن له القتل والقتال.

٣/ وما روي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: «من أريد ماله فقاتل فقتل فهو شهيد»^(٣).

((فاخبر النبي ﷺ أن الدافع عن نفسه وأهله وماله إذا قتل فهو شهيد، ولا يكون مقتولاً دون ماله إلا وقد قاتل دونه. ويدل على صحة قول من قال بالوجوب في ذلك: أن القاصد قتل غيره ظلماً، يستحق القتل وأن على الناس كلهم أن يقتلوه لقوله تعالى: «من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً»^(٤) فدلّت هذه الآية على إباحة قتل المفسد في الأرض ومن أشد أنواع الفساد في الأرض قتل النفس بغير الحق، فثبت بذلك أن القاصد قتل غيره ظلماً، مستحق للقتل ودمه مباح))^(٥).

ج- القياس:-

وكذلك بالقياس على الذي يجب عليه إحياء نفسه باكل ما يجده لرفع الضرر عن نفسه

(١) انظر نصب الراية -الزيلعي- ج ٤ ص ٢٤٧. سنن النسائي بشرح السيوطي - ج ٧ ص ١١٧.
(٢) انظر انظر تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي -المباركفوري- ج ٤ ص ٦٨١. مسند الإمام احمد - ج ٢ ص ٢١٠. نيل الاوطار الشوكاني - ج ٦ ص ٧٤.
(٣) انظر تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي -المباركفوري- ج ٤ ص ٦٨١، ٦٨١. سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨٦٢. نيل الاوطار -الشوكاني- ج ٦ ص ٧٤.
(٤) سورة المائدة - الآية ٣٢.
(٥) انظر احكام القرآن -الجماص- ج ٢ ص ٤٠٢.

(ودفع الضرر عن النفس واجب)^(١).

مذهب المالكية:-

الصائل أو المعتدي عند المالكية هو قسم من المحاربين، وقال فيهم الإمام مالك: ((جهادهم جهاد))^(٢) أي الجهاد المأمور به في الكتاب والسنة، فكان دفع المعتدي عندهم واجباً.

والدفاع عن النفس هو حفظ لها، وحفظ النفس واجب ومقاومة المحارب إذا كان دافعاً عن نفسه القتل أو الجرح واجبة^(٣).

فالدفاع عن النفس واجب عند المالكية في الراجح عندهم، أما في المرجوح عندهم الجواز.

((. . وذكر القرطبي وابن الغرس في الوجوب صرح بأن الدفع جائز لا واجب فإن شاء أسلم نفسه، وإن شاء دفع عنها، ونقله ابن شاس والقرافي قائلًا الساكت عن الدفع عن نفسه لا يعد أثماً ولا قاتلاً لنفسه . . .))^(٤).

وفريق من المالكية فرق بين زمن الفتنة وغيرها، فجعلوا الدفاع جائزاً مطلقاً في حالة الفتنة، أما في غير حالة الفتنة جعلوه واجباً مطلقاً^(٥).

(١) أنظر شرح الأصول الخمسة - عبد الجبار الغمزاني - ص ٧٤٥ .

(٢) أنظر المدونة الكبرى - الإمام مالك - ج ١٦ ص ٢٠٥ .

(٣) أنظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي - ج ٢ ص ١٨٥، وج ٤ ص ٣٩٣ .

(٤) أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٥) أنظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٧٥ .

ج- المعقول-

تعارضت مفسدة أن يقتل أو يمكن من القتل والتمكين من القتل مفسدة أخف من مباشرة مفسدة القتل، فإذا تعارضت مفسدتان، سقط اعتبار المفسدة الدنيا لدفع المفسدة العليا^(١).

مذهب الشافعية:-

ولهم في الدفاع عن النفس ثلاثة أقوال:

القول الاول: الوجوب إذا كان المعتدي بهيمة، أو كافراً ولو معصوم الدم.

القول الثاني: لا يجب في الاظهر، إذا كان المعتدي مسلماً، بل يسن له الإستسلام.

القول الثالث: يجب مطلقاً.

قالوا: ((وكذا نفس للشخص يجب الدفع عنها، إذا قصدها كافر ولو معصوماً أو بهيمة، فلا يجوز الإستسلام لهما إلا أن قصدها مسلم ولو مجنوناً فلا يجب دفعه بل يجوز الإستسلام، بل يسن في الاظهر، ومقابله يجب الدفع))^(٢).

واستدل القاطنون بالوجوب مطلقاً بالاتي:-

قوله تعالى: «ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة»^(٣).

ووجه الدلالة في هذه الآية أن فيها نهي والنهي يدل على التحريم فيثبت ضده وهو الوجوب.

واستدل القاطنون بالوجوب ما لم يكن المعتدي مسلماً بل كافراً ولو معصوماً بالاتي:-

إن غير المعصوم لا حرمة له، ولقد بطلت حرمة باعتدائه.

(١) انظر الفروق - القرافي - ج ٤ ص ١٨٤ . حاشية السوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٢٥٧ .

(٢) انظر المذهب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥ . مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٥ . المنهج - الانصاري - ص ١١٩ .

(٣) سورة البقرة - الآية ١٩٥ .

أما الاستسلام للكافر فهو ذل في الدين، وأما البهيمة فهي تذبح لحفظ حياة الإنسان فلا وجه للاستسلام لها^(١).

واستدل القاطنون بجواز الاستسلام بالآتي :-

١/ ما روي أن سيدنا عثمان بن عفان -رضي الله عنه- استسلم يوم أن تسلق المحاربين عليه الدار وقال لعبيده، وكانوا عندئذ أربعمئة من القى منكم السلاح فهو حر.

٢/ وما روي عن سعد بن أبي وقاص عن النبي ﷺ قال: (قلت يا رسول الله أرايت أن دخل على بيتي ويسط يده ليقطنني) قال : قال رسول الله ﷺ : ((كن كخير ابني آدم))^(٢).

٣/ وإن المدافع عن نفسه ينال الشهادة إذا قتل، فجاز له ترك الدفع لذلك.

مذهب الحنابلة:-

اختلفت أقوال فقهاء الحنابلة تبعاً لاختلاف الأحوال وقالوا :

((الدفع عن النفس لا يخلو، إما أن يكون في فتنة، أو في غير فتنة. فإن كان في غير فتنة ففيه روايتان:

أحدهما: يلزمه الدفع عن نفسه. وهو المذهب.

قال في الفروع: ويلزمه الدفع عن نفسه على الأصح قال في التبصرة، يلزمه في الأصح. وجزم به في الوجيز.

والرواية الثانية: لا يلزمه الدفع.

وإن كان في فتنة: فالصحيح من المذهب: أنه لا يلزمه الدفع عنها اختاره المنصف، والشارح وقدمه في الفروع وعن يلزمه^(٣).

(١) انظر مغني المحتاج -الشرييني- ج ٤ ص ١٩٥ .

(٢) انظر سنن أبي داؤد - ج ٤ ص ٩٩ .

(٣) انظر الإنصاف -المرداوي- ج ١٠ ص ٢٠٤ . المغني-ابن قدامة- ج ٨ ص ٢٣٢

أن لهم ثلاثة اتجاهات هي:-

الاتجاه الاول: القاطنون بالوجوب مطلقاً، وهم الشافعية في أحد رأيهم، وظاهر مذهب الحنفية، والراجح عند المالكية^(١).

الاتجاه الثاني: القاطنون بالجواز مطلقاً، وهم الشافعية في الرأي الثاني، والمرجوح عند المالكية^(٢).

الاتجاه الثالث: القاطنون بالتفصيل باعتبار:

أ- حالة المعتدي: في الاظهر عند الشافعية، إذا كان المعتدي مسلماً لا يجب الدفاع بل يسن له الإستسلام، وإلا - بأن كان مهدر الدم أو لم يكن مسلماً بل كافراً ولو معصوم الدم، أو بهيمة - فالدفاع واجب^(٣).

ب- زمن الفتنة: الراجح عند الحنابلة، وجوب الدفع في غير زمن الفتنة، وعدم الوجوب في زمن الفتنة، وهو رأي فريق من المالكية والشافعية^(٤).

الترجيح بين اتجاهات المذاهب:-

عند الترجيح بين اتجاهات المذاهب، يتضح لنا رجحان الاتجاه القائل بوجوب الدفاع عن النفس مطلقاً.

وسنستعرض هنا أدلة المخالفين لهذا الاتجاه والرد عليها.

استدل المخالفون بالادلة الآتية:-

١/ ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما يمنع أحدكم إذا جاء من يريد قتله أن يكون مثل

(١) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٥ . رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٥ ص ٤٨١ . الشرح الكبير وحاشية

الدسوقي عليه ج ٤ ص ٣٥٧ . المحلى - ابن حزم - ج ١١ ص ٩٩ .

(٢) انظر الام - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ١٧٧ . المهذب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٣) انظر المنهاج - النووي - ص ٥٣٦ .

(٤) انظر حاشية المقنع - ابن قدامة - ج ٢ ص ٥٠٥ وما بعدها . الفروق - القرافي - ج ٤ ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

وأجيب على ذلك بالاتي:-

- أ- أن عمل عثمان -رضي الله عنه- مذهب صحابي، وهو ليس بحجة ملزمة، لإنتفاء العصمة، ووقوع الاختلاف بين الصحابة -رضي الله عنهم- وتصريحهم بجواز مخالفتهم.
- ب- أن النفس ليست كالمال تباح بالإباحة، وعدم الدفع عنها مع القدرة نوع من التمكين.
- هـ/ إذا تعارضت مفسدتان: مفسدة القتل ومفسدة التمكين مع القتل فالأخيرة أخف من الأولى، فسقط اعتبار المفسدة الدنيا بدفع المفسدة العليا^(١).

وأجيب على ذلك بالاتي:-

ان في الدفاع مصلحة، وهي مصلحة حفظ النفس وصيانتها، وهي من الضروريات الخمس، وهي حرمة من الحرمات، وفي التمكين من القتل مفسدة، لأنها انتهاك لحرمات الله وضياح للنفس، ((ولان الاسباب الممنوعة أسباب للمفاسد لا المصالح، كما أن الاسباب المشروعة أسباب للمصالح لا المفاسد))^(٢).

فالمعتدي مرتكب لمعصية، وقتله في الدفع عن المعصية ليس بمعصية والدافع عن نفسه مانع لتلك المعصية بل لو قتل الدافع كان له أجر الشهيد، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل دون نفسه فهو شهيد»^(٣).

ولان المعتدي ظالم: «فلا عدوان إلا على الظالمين»^(٤) ولان غاية ما في الدفع احتمال القتل وهو غاية عمل المعتدي فيكون الدفع أرجح.

(١) أنظر الفروق -القرافي- ج ٤ ص ١٨٤ أنظر خلاف ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه يباح قتل القاصد بدائع الصنائع -الكاساني- ج ٧ ص ٩٢.

(٢) أنظر الموافقات -الشاطبي- ج ٢ ص ٢٢٣.

(٣) أنظر تحفة الأحوي بشرح جامع الترمذي -المباركفوري- ج ٤ ص ٦٨١ . مسند الإمام احمد - ج ٢ ص ٢١ . نيل الأوطار

-الشوكاني- ج ٦ ص ٧٤.

(٤) سورة البقرة - الآية ١٩٢.

المطلب الثاني

في أحكام الدفاع عن النفس في القانون الوضعي

اتفقت جميع القوانين الوضعية في هذا العصر، على أن الدفاع الشرعي الخاص هو حق للمعتدي عليه، يباح له بموجبه أفعال الدفاع عن نفسه، وإذا كان الدفاع حقاً فإن ممارسة هذا الحق هو أمر مباح.

وفهم من هذا، أن للشخص التنازل عن حقه، فلا يدافع، وامتناعه عن الدفاع بتنازله عن حقه، لا يترتب عليه أي أثر قانوني، لأنه غير ملزم به، أي ليس بواجب عليه أساساً.

وترى القوانين الوضعية وفقهاؤها، على أن الدفاع عن النفس مباح وليس واجباً، وذلك إذا وقع الإعتداء على حق من الحقوق المرتبطة بشخص المعتدي عليه أو إذا وقع الإعتداء على نفس الغير^(١). وقد نصت المادة (٩٧) من قانون العقوبات الباكستاني على أن (لكل شخص الحق في الدفاع عن نفسه . . .)^(٢). وذلك مع مراعاة التحفظات المذكورة في المادة (٩٩) من نفس القانون.

كما نص قانون العقوبات المصري في الفقرة الأولى من المادة (٢٤٦) على أن (حق الدفاع الشرعي عن النفس يباح للشخص إلا في الأحوال الإستثنائية المبينة بعد. استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها في هذا القانون). بمعنى أن كل فعل اعتداء يعد جريمة على النفس يعطي الحق في الدفاع الشرعي وقول المشرع المصري (فعل) يفهم منه إنه لا فرق بين صغيرة وكبيرة ولكن الفرق يظهر بين وجود حق الدفاع في ذاته ومقدار إتساع نطاقه.

(١) انظر المبادئ العامة في قانون العقوبات - محمد الفاضل - ص ٢٧٨ .

(٢) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري - ص ٨٩ .

كما أن القانون الوضعي لم يعتبر استعمال أفعال الدفاع جريمة معاقب عليها، إذا كان استعمالها من أجل الدفاع الشرعي الخاص، حيث نصت المادة (٩٦) من قانون العقوبات الباكستاني على أنه (لا يعتبر الفعل جريمة، إذا كانت مباشرته من أجل الدفاع الشرعي الخاص)^(١).

والقانون حين يبيح أفعال الدفاع عن النفس، فإنما يبيحها للدفاع عن الجرائم التي نص عليها القانون وعاقب عليها، وما لم يعتبره القانون جريمة فلا يجوز دفعه^(٢).

ويمكننا القول بأن الشروع في بعض الجح والمخالفات مما لم يعتبره القانون جريمة معاقباً عليها، لا يمكن ممارسة حق الدفاع الشرعي الخاص عليها.

والقانون مع ذلك، لا يبيح استخدام القتل كوسيلة من وسائل الدفاع عن النفس إلا في جرائم محدودة، ورد ذكرها في المادة (١٠٠) من قانون العقوبات الباكستاني، والمادة (٢٤٩) من قانون العقوبات المصري والمادة (٤٣) من قانون العقوبات العراقي، وهي:-

١/ التعدي الذي يتخوف أن يحدث منه الموت، إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

٢/ التعدي الذي يتخوف أن يحدث منه الأذى الجسيم إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

٣/ التعدي بقصد ارتكاب جريمة الاغتصاب أو الاستدراج.

٤/ التعدي بقصد إشباع شهوة غير طبيعية.

٥/ التعدي بقصد الخطف أو الحراة.

٦/ التعدي بقصد الحجز الخطأ للإنسان، بحيث يدفعه هذا التعدي إلى الخوف من الاتصال بالسلطات العمومية لإطلاق سراحه.

(١) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري - ص ٨٧.

(٢) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري - ص ٨٨.

وإذا توفرت كل الأسباب المبيحة للدفاع عن النفس وتوقف الدفع على قتل المعتدي، فإنه لا يجوز قتله، ولا يعتبر القاتل في حالة دفاع، ما لم تكن الواقعة مما شملها النص القانوني الذي ذكر الجرائم التي تبيح القتل العمد^(١).

المطلب الثالث

في أحكام الدفاع عن النفس بين الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي

من خلال عرضنا لأحكام الدفاع الشرعي الخاص عن النفس في الفقه الإسلامي، نجد أن القانون الوضعي لا يختلف عنها.

وإذا كانت هناك حالات قد حصرها القانون من التخوف من الموت والأذى الجسيم والإغتصاب والاستدراج والخطف والحرابة وحجز الإنسان، وهذه الحالات تبيح الدفاع بالقتل فإن هذه الحالات موجودة أيضاً في الفقه الإسلامي وإن كان فقهاء الإسلام لم يذكروا بالنص صراحة حالة خطف الإنسان، ولكن يمكن أن تندرج تحت حالة الحرابة التي يعد خطف الإنسان منها.

كما أجاز الفقه الإسلامي القتل عند توقف الدفع عليه مطلقاً، وهو موقف أقل ما يوصف به أنه معقول، إذ بعدما أباحت الشريعة الإسلامية الدفاع أو أوجبت، ففي حال توقف إتيان المباح أو أداء الواجب على قتل المعتدي، فمن الضروري اعتبار قتله جائزاً، غير أن القانون الوضعي إذ يبيح الدفاع الشرعي بشروط وقيود، فإنه يشترط للدفاع قتلاً شروطاً أخرى، فالقتل العمد فيه لا يعتبر دفاعاً إلا فيما نص عليه من حالات محصورة^(٢).

(١) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٢٥٤. شرح قانون العقوبات - محمود محمود مصطفى - ص ٢٨٤.
(٢) انظر قانون العقوبات المصري المادة (٢٤٩). قانون العقوبات العراقي المادة (٤٢). قانون العقوبات الباكستاني المادة (١٠٠).

(ومؤدي هذا التعطيل، أن فعل الدفاع غير مشروع على الرغم من توافر كل شروط الدفاع الشرعي)^(١).

أن القانون الوضعي بعد منحه الفرد حق الدفاع الشرعي لا ينبغي له أن يشل هذا الحق حفاظاً على حياة المعتدي وذلك إذا لم يكن المدافع متعسفاً باستعمال حقه ولا متجاوزاً حدوده. فالقانون بشلله لهذا الحق الممنوح يكون قد شجع على الإجرام والتعدي غير المشروع فالجرمين يخافون من مقاومة المعتدي عليه أكثر من خوفهم من عقاب المحاكم. ويقول القلبي: (والواقع أن المجرم يخشى دفاع المجني عليه ودفاع الناس، أكثر مما يخشى العقاب الذي يهدده به القانون. ولو وثق المجرم من أن المجني عليه سيدافع عن نفسه أو ماله، وسيؤازره الناس في ذلك فقلما يقدم على جريمته)^(٢).

(١) انظر شرح قانون العقوبات - محمود نجيب حسني - ص ٢٢٦ .
(٢) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٢١٩ .

المبحث الثاني في أحكام الدفاع عن العرض

العرض -بفتح العين وسكون الثاني- في اللغة يأتي لمعاني كثيرة منها:-
الإظهار والكشف، يقال: عرضت الشيء، أي أظهرته^(١).

قال تعالى: «وعرضنا جهنم يومئذ للكافرين عرضاً»^(٢) أي أبرزناها لهم حتى نظروا إليها.
ومن معاني العرض -بالكسر- النفس والحسب، يقال نقى العرض، أي برىء من العيب،
وفلان كريم العرض أي كريم الحسب، ويقال عرض عرضه: إذا وقع فيه وشتمه أو قاتله أو
ساواه في الحسب^(٣).

وجمع عرض أعراض، كما ورد في الحديث الصحيح عن النبي ﷺ، قال: «إن دماءكم
وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام»^(٤).

وإذا ذكر العرض مع النفس أو الدم أو المال فالمراد به الحسب فقط، كما ورد في
الحديث النبوي: «كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه»^(٥) وهذا المعنى الأخير
للحسب هو الغالب في استعمال الفقهاء لكلمة عرض.

والحسب هو الشرف الثابت للشخص ولأبائه، وقيل هو الفعَال الصالحة.
والإعتداء على العرض قد يكون بالإطلاع المحرم أو بالزنا أو مقدماته ويعتبر القذف من
جرائم العرض.

(١) انظر لسان العرب -ابن منظور- ج ٧ ص ١٦٨ . المصباح المنير - ج ٢ ص ٥٥٠ .

(٢) سورة الكهف - الآية ١٠٠ .

(٣) انظر لسان العرب -ابن منظور- ج ٧ ص ١٧٠ . المصباح المنير ج ٢ ص ٥٥٢ .

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١١ ص ١٦٩ . سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ١٢٩٧ .

(٥) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٦ ص ١٢١ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٤٩١ .

تقسيم:

سنقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: في أحكام الدفاع عن العرض في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: في أحكام الدفاع عن العرض في القانون الوضعي.

المطلب الثالث: في أحكام الدفاع عن العرض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول

في أحكام الدفاع عن العرض في الفقه الإسلامي

الدفاع عن العرض مشروع باتفاق المسلمين، حتى عند من يقول بكراهة الدفاع عن النفس، وبالصبر والاستسلام للمعتدي. وقد وردت نصوص كثيرة في الكتاب والسنة والمعقول تدل على مشروعية الدفاع عن العرض، نذكر منها ما يلي:-

قوله تعالى: «وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي . . .»^(١).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام . . .»^(٢).

والدفاع عن العرض أمر فطري لا يستطيع أحد أن يكف عن الدفاع عنه، وأن يقف مكتوف الأيدي وعرضه يهتك، أو عرض أهله أو محارمه. والشرعية الإسلامية وهي دين الفطرة تباي أن يمتنع الإنسان عن الدفاع عن عرضه وشرفه.

والإعتداء على العرض -كما مر- قد يكون بالإطلاع المحرم أو بالزنا أو مقدماته أو بالقذف.

(١) سورة النحل - الآية ٩٠ .

(٢) أنظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ١٦٩ . سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ١٢٩٧ .

ولذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:-

الفرع الأول: في الإطلاع المحرم.

الفرع الثاني: في الزنا ومقدماته.

الفرع الثالث: في القذف.

الفرع الأول

في الإطلاع المحرم

قبل أن نستعرض حكم الدفاع عن الإطلاع المحرم، سنقوم بعرض للدفاع الشرعي في حالة الدخول في مسكن الغير بدون إذن صاحبه، ومن ثم سنتطرق للحديث عن الإطلاع المحرم

إن الدخول في مساكن الغير بدون إذن أصحابها إعتداء وعدوان محرم، يجوز لصاحب المسكن دفعه بقوة مناسبة حتى ولو أدى ذلك إلى قتله، لأن للبيوت حرمة لا يجوز لأحد إنتهاكها. قال الله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها، ذلكم خير لكم، لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم، وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا، هو أذكى لكم والله بما تعملون عليم»^(١).

تدل هذه الآيات على أن للبيوت حرمة لا يجوز لأحد إنتهاكها، ولأهلها أن يمنعوا أي شخص من الدخول فيها بغير إذنهم.

كما تدل على أن الدخول في بيوت الغير غير جائز حتى ولو لم يكن فيها أحد لأنه إعتداء على حق الملكية وفوق ذلك كله فيه كشف للعورات والأسرار التي يكره أصحابها أن يطلع عليها غيرهم.

(١) سورة النور - الآية ٢٧، ٢٨.

أما عن الدخول في البيوت غير المسكونة، يمكنه دخولها لقوله تعالى: «ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم، والله يعلم ما تبدون وما تكتمون»^(١).

قال الطحاوي من الضحية: ((حل قتل من دخل بيت غيره بغير إذنه كما حل قتل عينا من أطلع على بيت غيره، من غير قصاص ولا دية، ويكون هذا مضافاً إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث» لأن الأحكام لم تبق على ما كانت عليه يوم قال عليه الصلاة والسلام: «ألا ترى أن من شهر سيفه على رجل ليقته، فقد حل له قتله، ومن أريد ماله فكذلك». فكما لحقت هذه الأشياء بالثلاث، فكذلك يلحق هذا))^(٢).

وقال الإمام الشافعي: ((وإذا دخل الرجل منزل الرجل ليلاً أو نهاراً، بسلاح فأمره بالخروج فلم يخرج فله أن يضربه وإن أتى الضرب على نفسه، فإذا ولي هارباً لم يكن له ضربه، وكذلك إذا دخل فسطاطاً في بادية وفيه حرمة أو لا حرم له فيه، أو خزانته، وإن لم يكن له فيها حرمة، إذا رأى أنه يريد ماله أو نفسه، أو الفسق، وهكذا إذا أراد دخول منزله أو كابرته عليه))^(٣). وهذا ما يراه المالكية أيضاً^(٤).

ويرى الضحية: أن من دخل عليه رجلاً ليلاً فقتله، وأدعى أنه كابرته، فإن بين ذلك فنعم، وإلا فإن كان المقتول معروفاً بالسرقة والنشر لم يقتصر استحصاناً والدية في ماله لورثة المقتول^(٥).

ومن ذلك يتضح لنا أنه لا خلاف في إباحة قتل من يدخل دار غيره بغير إذنه أو من دون وجه حق وكان معه سلاح يريد به النشر أو الفسق، وإن كان يفهم من تقييد الأحكام

(١) سورة النور - الآية ٢٩.

(٢) انظر إعلاء السنن - ظفر التهانوي - ج ١٨ ص ٢٥٨.

(٣) انظر الام - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ٢٢. مختصر المزني على هامش الام - ص ٢٦٨.

(٤) انظر المدونة الكبرى - الإمام مالك - ج ١٦ ص ٣٠٤.

(٥) انظر رد المختار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٦.

للدخول بقولهم (ليلاً) فالخلاف ظاهر لكن مرادهم إذا كان الدخول بغير سلاح أما مع السلاح فلا فرق بين النهار والليل.

أما الحائلة فيتفق رأيهم مع جمهور الفقهاء، فيروا إنه إذا دخل رجل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب المنزل أن يأمره بالخروج سواء أكان معه سلاح أم لا. لأنه معتدي بدخوله ملك غيره، فكان لصاحب الدار مطالبة بترك التعدي، كما لو غصب منه شيئاً، فإن لم يخرج بالأمر فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به^(١).

إذن فلا خلاف بين الفقهاء في جواز دفع الداخل أو من يريد الدخول في دار غيره بغير إذنه أو من دون وجه حق، فإن لم يتمكن من دفعه بالأسهل، يباح له استعمال الأثقل حتى ولو أتى الدفع على نفسه.

ولما كان المنع من دخول مساكن الغير من دون إذنهم، صيانة لتلك البيوت من الشر والفسق فكذلك كانت الحكمة من حرمة الإطلاع على عورات البيوت وأهلها.

إن النظر إلى البيت من ثقب بابه لا يجوز لأن النظر إليه هنا ربما كان مصحوباً بكشف ما بداخل البيت من نساء وسائر ما يقصد صاحب البيت ستره عن أعين الناس، فمثل هذه النظرة وصفها الله بالخيانة، فقد قال تعالى: «يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور»^(٢).

ذلك أن ((الإطلاع على العورات حرام لذاته . . . ولذا إذا حاول إنسان تكشف عورات الناس في بيوتهم فإن محاولته هذه حرام ومنعه فيها واجب))^(٣).

(١) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣١ .

(٢) سورة غافر - الآية ١٩ .

(٣) انظر السنن الكبرى - البيهقي - ج ٨ ص ٣٣٨ .

ومن ثم تكفلت الشريعة الإسلامية برد الاعتداء الواقع على مثل هذه العورات فجاءت بنصوصها تبين موقف الدفاع من هذا الاعتداء ومن هذه النصوص:-

أ- من القرآن الكريم :-

قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت إيمانكم والذين لم يبلغوا الطم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء»^(١).

حدد القرآن الكريم ثلاث أوقات للإستئذان، لأنها هي الأوقات التي تتكشف فيها العورات عادة، والإطلاع على العورات من المنكر، ومن يطلع على عورات الناس في بيوتهم بالنظر في شقوق الجدران أو ثقب الباب، فإنه يرتكب فعلاً حرام.

ب- من السنة :-

١/ عن أنس بن مالك -رضي الله عنه- قال: «أن رجلاً أطلع من بعض حجر رسول الله ﷺ فقام إليه رسول الله ﷺ بمشقص أو بمشاقص. فقال: كاني أنظر إلى رسول الله ﷺ يخله ليطعنه»^(٢).

٢/ وعن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «من أطلع في دار قوم بغير إذنهم حل لهم أن يفتقوا عينه»^(٣).

٣/ خبر الصحيحين عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة، ففقات عينه، ما كان عليك من جناح»^(٤).

(١) سورة النور - الآية ٥٨ .

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ . فتح الباري - العسقلاني - ج ١٢ ص ٢٤٢ . سنن الدارمي - ج ٢ ص ١١٨ .

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ .

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ . فتح الباري - العسقلاني - ج ١٢ ص ٢٤٢ . سنن الدارمي ج ٢ ص ١١٨ . مستند الإمام أحمد ج ٢ ص ٢٤٢ .

وإذا نظرنا إلى هذا الحديث نجده قد قرر فعلاً الدفاع عن العرض وبإلغ في المحافظة عليه لدرجة إنه لم يقصر الحرمة على النظر إليه فقط بل وحتى المكان الذي يوجد فيه. غير أن هذا الحديث أثار خلافاً بين الفقهاء في معناه ومقصده، فبعضهم اعتبر مجيئه للإرهاب والتثبيته وبعضهم قصر معناه على نصه. وسنقوم بعرض هذا الخلاف ثم نجري بعد ذلك الترجيح بين الآراء المختلفة.

الرأي الأول:

يرى هذا الرأي أن الحديث وارد على سبيل الزجر والإرهاب وفيه التثبيته ولا يقصد به الإيذاء أو إصابة العين ويستدل هذا الرأي على عدم مجيء الحديث لفقا العين بالآتي:
عن سهيل بن سعد أن رجلاً أطلع في حجر رسول الله ﷺ ومع رسول الله ﷺ مديّة يحك به رأسه فقال له النبي ﷺ: «لو أعلم أنك تنظر لطعنت بها عينك وإنما جعل الإذن من أجل النظر»^(١).

وجه الدلالة:

يقول هذا الرأي أن امتناع النبي ﷺ عن فقء عين الرجل لدليل على عدم الجواز فالأثيان لو كان حقيقة لما سقط عن الرجل وصار مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «عزمت أن أحرق بيوت من لم يجيء إلى الجماعة»^(٢).

والمعنى في (لا جناح) أنه لا جناح مثل جناح من فقا عين غير المطلع لأن ظاهر المعنى أنه لا دية^(٣) أي فلا يكون الجناح عليه مثل الجناح الذي على من فقا عين غير المطلع^(٤).

(١) انظر السنن الكبرى - البيهقي - ج ٨ ص ٣٨٨ .

(٢) انظر ابن ماجه - ج ١ - باب ١٧ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ . أبي داود - ج ١ ص ١٥٠ .

(٣) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١٠ .

(٤) انظر المرجع السابق - سعد جباري - ص ١٩١ ، ١٩٢ .

القياس:-

قاس هذا الرأي على من دخل بيت آخر ونظر فيه أو نال من إمراته ما دون الفرج في عدم جواز قلع العين وقال بعدم مقابلة المعاصي بمثلها.

حيث جاء في شرح منح الجليل ((لو نظر إنسان لعورة آخر بغير إذنه فلا يستبيح فقاً عينه فالنظر إليه في بيته أولى))^(١). كما جاء في المغني ((ولأنه لو دخل منزله ونظر فيه أو نال من إمراته ما دون الفرج لم يجوز قلع عينه فمجرد النظر أولى))^(٢).

الرأي الثاني:-

استدل هذا الرأي على جواز الرمي وفوق العين وذلك لقول الرسول ﷺ: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقأ عينه فلا دية، ولا قصاص»^(٣).

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقأ عينه»^(٤).

وجه الدلالة:-

وجه الدلالة في الحديث الاول، أن من قصد النظر إلى مكان لا يجوز له الدخول فيه بغير إذن جاز للمنظور إلى مكانه أن يفقأ عينه ولا قصاص عليه ولا دية للتصريح بذلك.

(١) انظر شرح منح الجليل - الشيخ عيش - ص ٥٦١ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ١٩٢ .

(٢) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣٦ .

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٣٨ . فتح الباري - العسقلاني - ج ١٢ ص ٢٤٣ . سنن الدارمي - ج ٢ ص ١١٨ .

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٣٨ .

أما بالنسبة للحديث الثاني، أن قوله فقد حل لهم أن يفقوا عينه أن مقتضى الحل أنه لا يضمن ولا يقتص منه^(١).

الرد على الرأي الأول:-

وقد رد أصحاب الرأي الثاني على أصحاب الرأي الأول بالآتي:-
ان قول الرسول ﷺ ما كان عليكم من جناح لا يدل على عدم جواز الفقأ، لان إيجاب القصاص أو الدية جناح وقوله صلى الله عليه وسلم للمذكور لو أعلم أنك تتظر لطعنت بها عينك يدل على الجواز.
والقول أن المعاصي لا تقابل بمثلها هذا شيء لا يستمسك بمثله في مقابلة تلك الأحاديث الصحيحة.

وأما القياس على من دخل المنزل ونظر فيه أو نال من امرأة صاحب المنزل، فهذا قياس مع الفارق لأن من دخل المنزل يعلم به فيستتر منه بخلاف الناظر من ثقب فإنه يرى من غير علم به. ثم إن الخبر أولى من القياس^(٢).

الترجيح:-

ولكن الذي نراه هنا هو تأييد الرأي الأول بالرغم من عدم عثورنا على رد على الرأي الثاني:
ولكن مع ذلك يمكن تأييده بالآتي:-

إذا كانت عقوبة السارق بقطع اليد فهذا في غاية الحكمة والمصلحة، لكن ليس في حكمة

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالى عبد الرحيم - ص ١٩٣ .

(٢) انظر المرجع السابق - سعد جبالى عبد الرحيم - ص ١٩٤، ١٩٥ .

الله ومصلحه خلقه أن يتلف على جاني كل عضو عصاه به بتشريع فق عين من نظر إلى المحرم وقطع أذن من استمع إليه ولسان من تكلم به ويد من لطم غيره عدواناً^(١).

ولذا فيمكن القول: أن الرمي لا يكون للقصاص وبالتالي لا يقصد به العين حيث يكون منطق القول لو قلنا هنا يقصد به التنبيه وإذا لم يتأثر فتأتي بوسائل الدفع الشرعية الأهلون فالأهلون ولعل الحديث هنا جاء على وجه الوعيد لا على وجه المحتم.

وإذا قلنا أن فقه العين، جاء لمنع استمرار الجريمة، نقول يمكن أن يمنع الاستمرار بوسيلة أخرى كالصياح أو الزجر بكلام معين أو الحذف بحصاة ولكن بغير قصد العين والمهم هو تنبيه الفاعل، أن فعله هذا إعتداء.

ولذا فالرمي لا يقصد به فق العين ولكن يقصد به التنبيه^(٢).

واختلف فقهاء المذاهب في شروط دفع المطلق حراماً وفي آثار ذلك الدفع.

مذهب الحنفية:-

لم يجوز الحنفية رمي المطلق حراماً، بل حملوا الأحاديث النبوية على المبالغة في الزجر، وقال الإمام أبو حنيفة بضمنان عين المطلق، إذ أن الدخول أشد من الإطلاع وهو لا يحل العقوبة فالإطلاع أولى منه^(٣).

وقالوا: ((لنا قوله عليه الصلاة والسلام، في العين نصف الدية، وهو عام ولأن مجرد النظر لا يبيح الجناية عليه كما لو نظر في الباب المفتوح، وكما لو دخل في بيته ونظر فيه ونال من إمرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه))^(٤).

(١) انظر أعلام الموقعين - ابن القيم الجوزية - تحقيق طه عبد الرؤوف - ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ١٩٥، ١٩٦ .

(٣) انظر حاشية تحفة الأنصارى - الشرقاوي - ج ٢ ص ٤٤٥ . المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣٦ .

(٤) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١٠ .

وقال الجصاص: ((ولا خلاف أنه لو دخل داره بغير إذنه ففقد عينه كان ضامناً، وكان عليه القصاص، إن كان عامداً، وإلا رش إن كان مخطئاً. ومعلوم أن الداخل قد إطلع وزاد على الإطلاع الدخول وظاهر الحديث -أي حديث أبو هريرة- مخالفاً لما حصل عليه الاتفاق^(١))).

مذهب المالكية:-

إذا لم يقصد المنظور إليه فقا عين الناظر بل أراد مجرد دفعه ففقد عينه، كان فعله جائزاً وضامناً الدية على عاقلته، وإذا قصد بدفعه فقا عينه كان فعله غير جائز وكان ضامناً قصاصاً، لأنه لا تدفع المعصية بالمعصية واستدلوا بالآتي:-

أنه ((لو نظر إنسان إلى عورة إنسان بغير إذنه لم يستبح فقا عينه، فالنظر إلى الإنسان في بيته أولى أن لا يسبتاح به ومجمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبئه على أنه فطن به أو ليدافعه عن ذلك غير قاصد فقا عينه، فانفقات عينه خطأ، فالجناح منتف وهو الذي نفى في الحديث - أي حديث أبو هريرة^(٢)) وعلى هذا أكثر المالكية.

مذهب الشافعية:-

قالوا بجواز رمي عين الناظر حراماً بحصاة إبتداء دون تقديم سابق إنذار أو استغاثه. وهذا هو الرأي الغالب والمذهب الظاهر عندهم أما الرأي الآخر فإنه يندفع كالأصائل، فإذا أمكن دفعه بصراخ أو نحوه لا يباح استعمال القوة ولو بنحو حصاة، فإن استعملها إبتداء ضمن ما نال منها بالناظر^(٣).

(١) انظر احكام القرآن - الجصاص - ج ٢ ص ٣١٢، ٣١٣.

(٢) انظر الفروق - القرافي - ج ٤ ص ١٨٤. شرح مختصر سيدي خليل - الخرشي - ج ٨ ص ١١٢. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه - الدرر - ج ٨ ص ٢٥٦.

(٣) انظر الام - الشافعي - ج ٦ ص ٣٢. تحفة المحتاج - ابن حجر الهيتمي - ج ٩ ص ١٨٩، ١٩٠.

ومن نظر حراماً عمداً إلى زوجة رجل أو أحد محارمه أو إلى ولده الأمر حسن الوجه بشهوة أو تلذذ أو نظر إليه وهو مكشوف العورة، وذلك عبر شقوق الجدار أو ثقب الباب ونحوه، فله رمية بحصاة ابتداء.

والناظر عام سواء أكان بالغاً أم مراهقاً، مالكاً للدار أو غيره، بشرط ألا تكون له شبهة حل النظر كان تكون له زوجة أو محرم في الدار أو أن يكون أحد أصول صاحب الدار، فيرميه بالخييف إلا إذا لم يجد غير الثقيل أو لا يندفع الناظر بالخييف فيدفعه بما أمكن، فما نال به منه كان فقا عينه أو جرحه فمات، قدمه هدر^(١).

ويلحق بالنظر إليه من شقوق الجدار أو ثقب الباب النظر إليه من سطح الدار أو الجدار أو من شجرة في داره وكذلك من ملك الغير أو من منارة المسجد، ويباح رمي الصبي المراهق لأن المفسدة في نظره أشد إذ قد يحكي لفاسق ونحوه، ولأن للنساء تعلقاً به، بخلاف الطفل والمجنون^(٢).

وإذا لم يمتنع برمييه بالحصاة، دفعه كدفع الصائل، فيستغيث بالناس عليه أولاً، فإن لم يكن الموضع موضع استعانة ناشده بأن يمتنع عن ذلك، فإن لم يمتنع فله أن يضربه بالسلاح بما يناسب رده فإن جاء ذلك على نفسه أو جرحه فلا عقل ولا وقود، لأن هذا مكان يرى منه ما لا يحل له وهو منكر^(٣).

مذهب الحنابلة:-

يتفق الحنابلة مع الشافعية في رأيهم، حيث جاء في المغني ((ومن أطلع في بيت إنسان

(١) انظر الام - الشافعي - ج ٦ ص ٢٢ . تحفة المحتاج - ابن حجر الهيتمي - ج ٩ ص ١٨٩ ، ١٩٠ .

(٢) انظر نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٧ . مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٨ . تحفة المحتاج - ابن حجر الهيتمي - ج ٩ ص ١٩١ .

(٣) انظر الام - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ٣٢ . تحفة المحتاج - ابن حجر الهيتمي - ج ٩ ص ١٩١ .

من ثقب الباب أو شقوق الجدار أو نحوه، فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنة بعود فقلع عينه، لم يضمنها، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يضمنها لأنه لو دخل منزله ونظر فيه أو نال من إمراته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه، فمجرد النظر أولى^(١).

وللحنابلة رأيين في رمي المطلع حراماً:

الرأي الأول: هو الرأي الظاهر والأصح، وفيه يجوز رمي الناظر ابتداء بنحو حصاة ولو أمكن دفعه بأخف منه، بصراخ مثلاً أو مناشدة أو نحوه.

الرأي الثاني: أن يدفع الناظر كدفع الصائل، وذلك بأسهل ما يمكن دفعه به. قال ابن قدامة: ((وظاهر كلام الإمام أحمد، أنه لا يعتبر في هذا أنه لا يمكنه دفعه إلا بذلك الظاهر الخبر وقال ابن حامد: يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به فيقول له أولاً انصرف فإن لم يفعل أشار إليه يوهمه أنه يحذفه فإن لم ينصرف فله حذفه حينئذ وإتباع السنة أولى^(٢))).

أما إذا ترك الناظر الإطلاع لم يجز رميه لأن النبي ﷺ لم يطعن الذي أطلع ثم انصرف ولأنه ترك الجناية والمطلع منه عام سواء أكان صغيراً ككتف أو شق أم واسعاً ككتف كبيراً، وكذا الباب المفتوح عند البعض والأولى لا، لأن التفريط من صاحب الدار الذي ترك بابه مفتوحاً والظاهر أنه يستتر لعلمه أن الناس ينظرون منه. وإن كان المطلع أعمى فلا يجوز رميه لأنه لا يرى شيئاً، وليس لصاحب الدار رميه بما يقتله ابتداء فإن لم يندفع بالشيء اليسير جاز رميه بالاثقل حتى لو أتى ذلك على نفسه^(٣).

(١) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٣٦.

(٢) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٣٦.

(٣) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٣٧.

الترجيح بين اتجاهات المذاهب:-

من خلال استعراضنا لأراء الفقهاء وأدلتهم، تبين لنا رجحان ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وذلك للآتي:

أولاً: لقوة أدلة الشافعية والحنابلة وهي:-

١/ لكثرة النصوص التي أوردها، وتعاضدها على وجه يمكن تحصيل القطع منها. والنصوص هي الأحاديث النبوية التالية:

أ- خبر الصحيحين عن رسول الله ﷺ: «لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة، ففقت عينه ما كان عليك من جناح»^(١).

ب- وعن أنس بن مالك -رضي الله عنه- قال: «أن رجلاً أطلع من بعض حجر رسول الله ﷺ فقام إليه رسول الله ﷺ بمشقص أو بمشاقص فقال: كاني أنظر إلى رسول الله ﷺ يخلطه ليطعنه . .»^(٢).

ج- وعن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنه سمع رسول الله ﷺ: «من أطلع في دار قوم بغير إذنهم حل لهم أن يفقوا عينه»^(٣).

٢/ ولأن ذلك من باب الدفاع الشرعي والأصل فيه جواز الفعل وإهدار الأثر.

ثانياً: لضعف أدلة الحنفية والمالكية:-

وقد استدلوا بالآتي:

١/ أن الله تعالى أباح قلع (العين بالعين) لا بجانية النظر، وهذا لو جنى عليه بلسانه لم

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ . فتح الباري - العسقلاني - ج ١٢ ص ٢٤٢ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ . فتح الباري - العسقلاني - ج ١٢ ص ٢٤٢ . سنن الدارمي - ج ٢ ص ١١٨ .

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ .

يقطع، ولو استمع له بأذنه لم يجز أن تقطع أذنه.
وأجيب على ذلك:-

أ- أن هذا الكلام يصح في القصاص، وهو عقوبة، والدفاع ليس بعقوبة وإنما هو سلطة وقائية تكون بمقدار ما يزال به الخطر والمعتدي الذي لا يمكن دفعه إلا برمييه جاز رميه، والاية الكريمة لم تتناول نفيًا أو إثباتًا لأنها ليست بصدد بحث الدفاع ولكن السنة النبوية جاءت ببيانه فاجازته.

ب- أن الناظر خائن ظالم والرامي ليس بذلك بل هو حافظ للحرمان من أن تنتهك.
((والشريعة الإسلامية أكمل وأجل من أن تضيع حق هذا الذي قد هتكت حرمة وتحيله في الانتصار على التعزير بعد إقامة البينة. فحكم الله فيه بما شرعه على لسان رسوله، ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون))^(١).

٢/ ومن دخل دار آخر ((ونظر فيه أو نال من إمرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه فمجرد النظر أولى))^(٢).
وأجيب على ذلك:-

أ- أن من يدخل المنزل ويريد النفس أو العرض أو المال يجوز دفعه بالإجماع، كما أنه يعلم به حين دخوله فيستتر منه بخلاف الناظر من ثقب أو شق فإنه يرى من غير العلم به.
ب- بعد ورود السنة النبوية الصحيحة الصريحة، لا مجال لنا للقياس.

٣/ إن هذه الأحاديث من أحاديث أبي هريرة رضي الله عنه التي ترد لمخالفتها الأصول^(٣).

(١) انظر اعلام الموقعين -ابن قيم الجوزية- ج ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٢٢٦ .

(٣) انظر احكام القرآن -الجصاص- ج ٢ ص ٢١٢، ٢١٣ . اعلام الموقعين -ابن قيم الجوزية- ج ٢ ص ٢٢٦ .

وأجيب على ذلك:

- أ- أن الأحاديث لم يرويها أبو هريرة وحده بل رويت من طرق متعددة.
- ب- لو سلمنا أنه وردت عن طريق أبي هريرة ((أخبار شاذة وقد اتفق الفقهاء على خلاف ظواهرها))^(١). فلا يلزم أن تكون أحاديثه جميعاً هكذا فهذا استطراد باطل.
- ج- إن السنة النبوية من أعظم الأصول وما خالفها مخالف للأصول.
- د/ أن المعاصي لا تدفع بمثلها^(٢)، وإن الحديث وارد على سبيل التخليط والإرهاب^(٣).
- وأجيب على ذلك:-

- أ- أن ما هم أن يفعله النبي ﷺ وأذن به لا يكون معصية وكيف يكون معصية والرسول ﷺ يقول: «فقد حل أن يفقاوا عينه ودلالة الطل عدم الضمان، وصرح النبي ﷺ بقوله: ما كان عليك من جناح» وإيجاب القصاص أو الدية أو الإرش جناح.
- إن ظاهر ما وصلنا عن رسول الله ﷺ محمول على التشريع، إلا لقربه صارفة ولا قرينه هنا.

الفرع الثاني

في الزنا ومقدماته

- الزنا في اللغة والشرع بمعنى واحد، هو: ((وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته))^(٤) والوطء: هو إيلاج فرج في فرج بقدر الحشفة.
- والزنا حرام وفاحشة كبيرة. وهو من الكبائر، وهو جناية على الأعراض والأنساب. قال تعالى: «ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً»^(٥).

(١) انظر احكام القرآن - الجصاص - ج ٢ ص ٣١٢، ٣١٣.

(٢) انظر الفروق - القرافي - ج ٤ ص ١٨٤.

(٣) انظر نيل الاوطار - الشوكاني - ج ٤ ص ١٧٤.

(٤) انظر تبيين الحقائق - الزيلعي - ج ٢ ص ١٦٣.

(٥) سورة الإسراء، الآية ٣٢.

وقال تعالى: «والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق، ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً، يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً»^(١).

وقد شرع الله حد الزنا عقوبة للزاني البكر، فقال تعالى: «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة»^(٢). كما شرع الله حد الرجم عقوبة للزاني المحصن فقد أثبت في السنة الصحيحة، أن رسول الله ﷺ رجم ماعزاً والغامدية^(٣)، وأجمع الصحابة على ذلك. وكذلك اللواط حرام، بل هو أفحش وأقبح من الزنا لقوله تعالى: «أتأتون الفاحشة، ما سبقكم بها من أحد من العالمين»^(٤). فسماه الله تعالى بالفاحشة، وقال تعالى: «ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن»^(٥) وقد عذب الله تعالى، قوم لوط بما لم يعذب به أحد من العالمين، وقال النبي ﷺ: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»^(٦).

وقد ذهب الفقهاء في أحكام الدفاع عن العرض في حالة الزنى ومقدماته إلى قولين:

القول الأول: موجب له بشرط السلامة أو بقيد عدم الفتنة.

القول الثاني: مجيز له.

وسنقوم باستعراض أقوال الفقهاء، ثم نقارن بينها ونبين الراجح منها:

مذهب الحنفية:-

نص الحنفية على وجوب الدفع عن العرض وصيانتها عن الفاحشة، فإن لم يكن الدفع إلا بالقتل وجب القتل، بل في بعض الأحيان يباح القتل ابتداءً، دون استعمال وسيلة أخف، وذلك

(١) سورة الفرقان - الآية ٦٣ .

(٢) سورة النور - الآية ٢ .

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١١ ص ١٩٦، ١٩٧، ٢٠٢، ٢٠٤ . سنن الدارمي - ج ٢ ص ٩٩، ١٠٠ . سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨٥٤ . سنن أبي داود - ج ٤ ص ١٥٢، ١٥٤ وما بعدها .

(٤) سورة الاعراف - الآية ٨٠ .

(٥) سورة الانعام - الآية ١٥١ .

(٦) انظر تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي - المباركفوري - ج ٥ ص ٢١، سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨٥٦ .

لا بقصد القتل، وإنما بقصد دفع الضرر، ودفع الضرر واجب^(١). وقالوا: ((من رأى رجلاً يزني بإمراته، أو امرأة غيره حل له قتله))^(٢).

وقالوا: ((إن المرأة لو كانت مطاوعة جاز قتلها. كما أن لها قتل الزاني، لو أكرهها على الزنى، وكذلك الغلام له قتل من اعتدى عليه إذا توقف الدفع على قتله))^(٣).

وأن ضرر العرض أشد وأكبر من أي ضرر آخر وجاء في إعلاء السنن: ((ولو قصد بها الفاحشة لها أن تقتله، وينبغي تقييده بما إذا لم يجد سبيلاً إلى دفعه إلا بالقتل، ولو قصد الفاحشة بأهله أو بنته، فله أن يقتله لقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل دون أهله فهو شهيد» أي من قتل في الدفع عن بضع حليته أو قريبته))^(٤).

((وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلاً مع امرأة لا تحل له، أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يحل له، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له القتل، وإن طاوعته المرأة حل له قتلها أيضاً. وفي هذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسباً))^(٥).

وبالجملة فللمظلوم أن يدفع الظلم عن نفسه بما استطاع ولو لم يقدر على دفعه إلا بالقتل، فله قتله، ولا يتقيد جواز قتل من أراد الفاحشة بإمرأة بأن يكون شيئاً بل لها أن تقتله ولو كان بكراً وكذا لوليها أن يقتله لعموم قوله ﷺ: «من قتل دون أهله فهو شهيد»^(٦).

(١) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١. تكملة فتح القدير - ابن همام - ج ١٠ ص ٢٢. الجامع الصغير - الشيباني - ص ٤٢١.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٤ ص ٦٢.

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٤ ص ٦٢.

(٤) انظر إعلاء السنن - التهانوي - ج ١٨ ص ٢٥٥.

(٥) انظر شرح فتح القدير وشرح العناية على هامشه - كمال الدين عبد الواحد - ج ٥ ص ١١٢.

(٦) انظر إعلاء السنن - التهانوي - ج ١٨ ص ٢٥٥.

مذهب المالكية:

للمالكية قولان في الدفع عن العرض:

القول الاول: الدفاع عن العرض واجب، وهو الاظهر في المذهب.

((إن دفع الصائل واجب كما هو في بهرام والتوضيح ونصه قد يقال ينبغي أن يكون الدفع هنا واجباً لأنه يتوصل به إلى نجاة نفسه لا سيما إن كان الصائل غير آدمي. وذكر القرطبي وابن الغرس في الوجوب قولين قالوا والقول بالوجوب أصح))^(١).

فالمعتدي على العرض محارب ويجب قتاله بل قتاله أولى من قتال المعتدي على النفس أو المال، ومن خرج لإخافة السبيل، وهتك العرض فهو محارب وعند الإمام مالك، قتال المحارب جهاد. ويجب قتل المعتدي إذا أراد باهله الفاحشة ولم يكن الدفع إلا بقتله^(٢).

القول الثاني: أنه جائز^(٣).

((صرح ابن العربي بأن الدفع جائز لا واجب فإن شاء أسلم نفسه وإن شاء دفع عنها))^(٤).

((وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه - أي الصائل - لا يندفع إلا به))^(٥).

مذهب الشافعية:

وللشافعية ثلاثة أقوال في الدفاع عن العرض:

القول الاول: يجب الدفاع عن العرض مطلقاً ولو على مقدمات الوطاء كالثبلة، ولو

(١) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الدردير - ج ٤ ص ٢٥٧.

(٢) انظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي - ج ٤ ص ٤٩١ وما بعدها.

(٣) انظر الفروق - القرافي - ج ٤ ص ١٨٢. شرح الخرشبي على مختصر سيد خليل - ج ٨ ص ١١٢.

(٤) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الدردير - ج ٤ ص ٢٥٧.

(٥) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الدردير - ج ٤ ص ٢٥٧.

لاجنبية، حيث جاء في المذهب للشيرازي:

((ان وجد رجلاً يزني بإمرأته ولم يمكنه المنع إلا بالقتل فقتله لم يجب عليه شيء))^(١).
((من قصد رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه لما روي سعيد بن زيد
أن النبي ﷺ قال: «من قاتل دون أهله فقتل فهو شهيد» . . . إن كان في أهله وجب عليه
الدفع لأنه لا يجوز إباحته))^(٢).

القول الثاني: يجب الدفاع عن العرض بشرط الأمن على نفس المدافع أو أعضائه أو
منفعة أعضائه، وكذلك مقدمات الوطء، إذ لا تباح بالإباحة، حيث جاء في مغني المحتاج
للشربيني: ((ويجب الدفع - مع الأمن على نحو نفسه أو عضوه أو منفعة - عن بضع ولو
لاجنبية إذ لا سبيل لإباحته ويتجه وجوبه أيضاً في مقدمات الوطء كقبلة إذ لا تباح
بالإباحة))^(٣).

القول الثالث: يحرم على المرأة أن تستسلم لمن اعتدى عليها ليزني بها، وإن خافت
على نفسها الهلاك لأنه لا يباح بالإكراه حيث جاء في نهاية المحتاج للرملي، ((ويحرم على
المرأة أن تستسلم لمن صال عليها ليزني بها مثلاً، وإن خافت على نفسها))^(٤).

مذهب الحنابلة:

يرى الحنابلة وجوب الدفاع عن العرض. فمن أريدت حرمة فله دفع المعتدي بأسهل
ما يعلم دفعه به، فإن لم يحصل إلا بالقتل فله ذلك. ويلزمه الدفع عن حرمة على الصحيح

(١) انظر المذهب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٢) انظر المذهب - الشيرازي ج ٢ ص ٢٢٤، ٢٢٥ .

(٣) انظر نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢ . مغني المحتاج - الشربيني - ج ٥ ص ١٩٥ .

(٤) انظر نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٢ . حاشية البيهقي على المنهاج - ج ٤ ص ٢٢٧ .

قال الإمام أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها إذا علمت أنه لا يريد إلا نفسها فلا شيء عليها، لما روي الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد ابن عمير: أن رجلاً أضاف أناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته، فقال عمر: (والله لا يؤدي أبداً). فدفع المرأة عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال أولى، ويجب عليها أن تدفع عن نفسها إن أمكنها ذلك لأن التمكين من نفسها مجرم وفي ترك الدفع نوع من التمكين (٢).

وقال الليث بن سعد فقيه مصر: ((أتي عمر بن الخطاب يوماً بفتى أمرد وقد وجد ملقي على وجه الطريق، فسأل عمر -رضي الله عنه- عن أمره وأجتهد فلم يقف له على خبر. فشق ذلك عليه، فقال: اللهم أظفرني بقاتله حتى إذا كان على رأس الحول، وجد صبي مولود ملقي بموضع القتل، فأتى به عمر -رضي الله عنه- فقال: ظفرت بدم القتل إن شاء الله، فدفع الصبي إلى امرأة وقال لها قومي بشانه، وخذي منّا نفقته وأنظري من يأخذه منك، فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها، فاعلميني بمكانها فلما شب الصبي جاءت جارية، فقالت للمرأة إن سيدتي بعثتني إليك لتبعثني بالصبي لتراه وترده إليك، قالت: نعم. اذهبي به إليها وأنا معك فذهبت بالصبي والمرأة معه، حتى دخلت على سيدته، فلما رآته أخذته فقبلته وضمته إليها، فإذا هي ابنة شيخ من الأنصار ومن أصحاب رسول الله ﷺ، فأتت عمر -رضي الله عنه- فأخبرته فاشتمل على سيفه، ثم أقبل إلى منزل المرأة، فوجد أباهما متكئاً على باب داره، فقال له: يا فلان ما فعلت إبنتك فلانة؟ قال جزاها الله

(١) انظر الإنصاف -المرداوي- ج ١٠ ص ٢٠٤. حاشية الروض المربع -العنقري- ج ٢ ص ٢٢٢.

(٢) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٢٢١.

خيراً يا أمير المؤمنين هي من أعرف الناس بحق الله وحق أبيها مع حسن صلاتها وصيامها والقيام بدينها، فقال عمر قد أحببت أن أدخل إليها فأزيدها رغبة في الخير وأحبتها عليه فدخل أبوها ودخل معه، فأمر عمر من عندها فخرج، وبقي هو والمرأة في البيت، فكشف عمر عن السيف وقال لها أصدقيني القول ولا ضربت عنقك، وكان لا يكذب، فقالت: على رسلك، فوالله لأصدقن: إن عجوزاً تدخل عليّ فاتخذتها أماً وكانت تقوم من أمري بما تقوم به الوالدة وكنت لها بمنزلة البنت حتى مضى لذلك حين، ثم إنها قالت: يا بنتي إنه قد عرض لي سفر ولي ابنة في موضع اتخوف عليها فيه أن تضيع، وقد أحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفري، فعمدت إليّ ابن لها شاب أمرد، فهيأته كهيئة الجارية، وانتنى به لا أشك أنه جارية فكان يرى مني ما ترى الجارية من الجارية حتى إغتفلني يوماً وأنا نائمة، فما شعرت حتى علاني وخالطني فمددت يدي إلى شفرة كانت إلى جنبي فقتلته، ثم أمرت به فألقي حيث رأيت فاشتملت منه على هذا، الصبي، فلما وضعتة ألقيته في موضع أبيه، فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك، فقال: صدقت، ثم أوصاها ودعا لها وخرج وقال لأبيها: نعم الابنة إبتك^(١).

ووجه الدلالة من هذه القصة، أن الزاني الأمرد كان بكراً ومع ذلك أهدر عمر -رضي الله عنه- دمه، وتدل على أن إقامة البينة على إثبات الدفاع، إنما يلزم إذا قامت دعوى من ولي الدم ضد القاتل ولا فيكفي لبراعته من الحكم، ظن القاضي بصدقه بأنه قتله دفاعاً عن العرض.

وإذا وجد رجلاً يزني بإمرته فقتله، فلا قصاص عليه ولا دية. ((ما روي أن عمر -رضي

(١) انظر الطرق الحكيمة -ابن القيم الجوزية- من ٣٢، ٣٤.

الله عنه- بينما هو يتغدي يوماً إذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم فجاء، حتى قعد مع عمر فجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس فقالوا: يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع إمرأته فقال عمر -رضي الله عنه- للرجل: ما يقول هؤلاء؟ فقال الرجل: ضربت فخذي إمرأتي بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتلتها، فقال: لهم عمر ما يقول الرجل؟ قالوا: ضرب بسيفه فقطع فخذي إمرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين، فقال عمر للرجل: إن عادوا فعد، وأهدر دم القتل^(١).

ووجه الدلالة في هذا الاثر، أنه يجوز للمرء قتل من يجده يزني بامراته ابتداء غير استعمال ترتيب الدفاع، وعلى أنه لا حاجة لأن يراه على حالة الشهادة على الزنى، أي أن يراه أدخل ذكره في فرج المرأة كالمروء في المكحلة، بل يكفي أن يراه معها على حالة الوطء.

وإذا قتل رجلاً وأدعى أنه وجده مع إمرأته فانكر وليه، فالقول قولي الولي، لما روي عن علي -رضي الله عنه- سئل يوماً عن رجل دخل داره فوجد رجل مع إمرأته قتلها، فقال علي: إن جاء بأربعة شهداء وإلا فليعط برمته ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يسقط حكم القتل بمجرد الدعوى^(٢).

(١) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٣٣٢.

(٢) انظر المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٣٣٢.

المقارنة بين أقوال المذاهب:-

ذهب الفقهاء في أحكام الدفاع عن العرض إلى قولين:

القول الأول: الوجوب.

وهو قول الشافعية بشرط الأمن على النفس والعضو ومنفعته، وظاهر مذهب الحنفية، والأظهر عند المالكية والصحيح في مذهب الحنابلة في غير الفتنة^(١).

القول الثاني: الجواز.

وهو قول الشافعية عند خوف القتل والمالكية في غير الأظهر في غير الصحيح من المذهب.

واتفق جمهور الفقهاء على أن المرأة والصبي يجب عليهما الدفاع عن فرجيهما مطلقاً، لأن التمكين منهما محرم، ولا يحل بالإكراه^(٢).

الترجيح بين إتجاهات المذاهب:-

يظهر من خلال عرضنا لأقوال الفقهاء، رجحان القول الموجب للدفاع المعلوم أو المظنون به السلامة على المجيز للدفاع عن العرض، وذلك للآتي:

١/ لأن الأعراض معصومة، والصائل عرض نفسه لإبطال عصمتها وإهدار دمه عند توقف الدفع على قتله، فلا وجه لجواز الإستسلام الذي قد يؤدي إلى هتك عرض معصوم تحرزاً من سفك دم هدر.

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١٦ ص ٤٧٤ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٣٥٧ . حاشية المنهج - البيجرمي - ج ٤ ص ٢٣٩ .

٢/ لا وجه للقول بجواز الإستسلام إستناداً إلى ما ورد في درء الحد عن المستكرهة، لأن ما ورد إنما هو في معرض بيان عقوبتها عند إكراهها على الزنى، لا في بيان حكمها عند التعدي عليها.

٣/ دفع الضرر واجب، والممتنع على الدفع مع قدرته عليه يستحق الذم عند العقلاء^(١).

الفرع الثالث

في القذف

القذف لغة: هو الرمي بالحجارة ونحوها، ثم استعمل في الرمي بالمكاره لعلاقة المشابهة بين الحجارة والمكاره في تأثير الرمي بكل منهما، ولأن في كل منهما أذى، فالقذف إذابة بالقول، ويسمى فرية - بكسر الفاء - كانه من الإفتراء والكذب^(٢).

ولقد عرفه المالكية بأنه: ((نسبة آدمي مكلف غيره حراً، عفيفاً، بالغاً، عاقلاً، أو مطيقاً للزنا، أو قطع نسب مسلم))^(٣).

أما القذف عند الحنفية نوعان:-

النوع الاول: هو أن يقذفه بصريح الزنا الخالي عن الشبهة، الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود، أو أقر به المقذوف، لزمه حد الزنا^(٤).

أما النوع الثاني: فهو أن ينفي نسب إنسان من أبيه المعروف فيقول مثلاً: (لست بابن فلان) أو (هو ليس بابيك) فيكون قاذفاً، كانه قال: (أمك زانية).

والقذف محرم وهو من الكبائر، لما روي أبو هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات؟ قالوا يا رسول الله، ما هن؟ قال: الشرك بالله عز وجل، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم والتولي يوم

(١) انظر تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢ . الجامع الصغير - الشيباني - ص ٤٢١ .
(٢) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢١٧ . مغني المحتاج - الشريبي - ج ٤ ص ١٥٥ . تكملة فتح القدير - ابن همام - ج ٤ ص ١٩٠ .
(٣) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٣٢٤، ٣٢٥ .
(٤) انظر المبسوط - السرخسي - ج ٩ ص ١١٩ وما بعدها . تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٣ ص ١٩٩ وما بعدها . البدائع - الكاساني - ج ٧ ص ٤٢ وما بعدها . تكملة شرح فتح القدير - ابن همام - ج ٥ ص ٣١٦ .

الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»^(١).

وشرع الله تعالى حد القذف، عقوبة للقاذف حين قال: «والذين يرمون المحصنات، ثم لم ياتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون»^(٢).

وللقذف في الشريعة الإسلامية عقوبتان أحدهما أصلية وهي الجلد ثمانون جلدة، والآخرى تبعية وهي عدم قبول شهادته أمام القضاء. وثمة عقوبة ثالثة مطها علاقة القاذف بربه سبحانه وتعالى، ألا وهي اعتبار القاذف فاسقاً.

فالقذف إعتداء على العرض والشرف، وكذلك السب والشتم والتعريض وغيرهما.

إلا أن هذا الإعتداء من النادر وقوعه، أو أن يكون له أخطار قريبة الوقوع، أو أن تكون مستمرة حال وقوع الإعتداء، وعليه فلا يتصور الخطر الحال بنوعيه الوشيك أو المستمر والذي يعتبر شرطاً لقيام حق الدفاع الشرعي الخاص.

فالقذف يقع حين يبدأ القاذف بالقذف، ولا وجود لخطر وقوعه سابقاً وينتهي بوقوعه فلا استمرار له فلا يوجد شرط لقيام حق الدفاع الشرعي الخاص، وذلك إذا تم القذف فعلاً، لأن الدفاع هو سلطة وقائية ويعد وقوع القذف لا يوجد ما يوقى، ولهذا لا يجوز للمقذوف أن يرد على القاذف. وإذا وقع الرد يعتبر بمثابة مقابلة الجريمة بالجريمة. ويمكن للمقذوف أن يرفع الدعوى ضد القاذف إذا توافرت الشروط وطلب إقامة الحد على القاذف.

ولكن قد يبرر حق الدفاع الشرعي في بعض الأحيان ضد القذف. وذلك إذا أراد إنسان قذف آخر وأوشك على أن ينطق بعبارات القذف على أساس القرائن الدالة على ذلك، فيكون

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ٨٢، فتح الباري - الصقلاني - ج ١٢ ص ١٨١.

(٢) سورة النور - الآية ٤.

للشخص المراد قذفه حق الدفاع الشرعي، بالحيلولة دون فسح المجال للقاذف بمباشرة القذف أو الاستمرار فيه إن كان قد بدأ به وذلك بدفعه مثلاً خارج المكان التي أراد أن يחדش فيه العرض والشرف بالقذف. أو بوضع اليد على فم القاذف بغرض إسكاته أو نحوهما. وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون، حيث قال غاروو: (إذا استمر المعتدي بالقذف أو السب، فللمعتدي عليه أن يسكته بالإيذاء الخفيف أي بلا جروح أو إصابات)^(١).

المطلب الثاني

في أحكام الدفاع عن العرض في القانون الوضعي

ينظر القانون المصري إلى مفهوم العرض بمنظار ضيق حيث لم يعاقب على الفاحشة بكل أنواعها. ولذا لم ينص على الدفاع عن العرض وإنما اقتصر في ذلك على ذكر الدفاع عن النفس والمال فقط.

أما ما نظر إليه بالنسبة للدفاع عن العرض فيمكن استنباطه من خلال المادة (٢٤٦) من قانون العقوبات حينما أباحت الدفاع الشرعي ضد كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها في قانون العقوبات.

وقد فسر بعض فقهاء القانون جرائم النفس بكل جريمة تعلقت بمكونات الإنسان المادية والمعنوية^(٢). فشمل ذلك التفسير جرائم العرض. ولعل الداعي إلى ذلك ما جاء في النص من عبارة (لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس).

(١) انظر نظريات عامة في الحقوق الجزائية - رشيد عالي الكيلاني - ص ٢٢٩ .

(٢) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم - ص ٢٠٥ .

وقد حدد القانون المصري جرائم العرض فتناولها في عدة مواد من (٢٦٧) إلى (٢٧٩)، تحت عنوان هتك العرض وفساد الأخلاق. منها ما يختص باغتصاب الإناث، ومنها ما يختص بالفعل الفاضح المخل بالحياء ومنها ما يختص بالزناه فهذه الجرائم كلها تعتبر من تلك الجرائم التي تقع على النفس.

ولا يعاقب القانون الوضعي، من وطأ أنثى برضاها ولم يكن هناك إعتداء على حق الزوجية، إذ إن ذلك ليس بجريمة في نظر القانون. لكنه يعاقب إذا إنعدم الرضا، أو كان رضا معيباً، بأن كانت المزني بها أقل من ثمانية عشر عاماً، أو كانت مجنونة، فالزنا في هذه الحالة جريمة يعاقب عليها^(١).

إن جريمة الزنا في نظر القانون الوضعي، ضرر جسمي، يدفع عنه باعتباره ضرراً جسمياً، وهو يعد كذلك في حالة الزنا كرهاً بدون رضا أو كان الرضا معيباً. لذلك نجد أن فقهاء القانون ذكروا حكم الإعتداء بالزنا في موضع الإعتداء على النفس، كما نصوا على أنه يباح قتل المعتدي دفاعاً عن النفس، إذا اعتدى بجريمة من الجرائم الجسيمة كالإغتصاب أو اللواط^(٢).

ومن يرى زوجته أو إحدى محارمه متلبسة بجريمة الزنا أو في حالة جودها في فراش واحد مع رجل آخر، لا يعتبر في حالة دفاع شرعي إذا كان رضا الزانيين متحققاً وغير معيب. وبالتالي فإن كل فعل يصدر ضدّهما يعتبر جريمة معاقب عليها^(٣). بل يحل للزاني والزانية ممارسة حق الدفاع الشرعي عن نفسيهما ضد كل من يقدم بالإعتداء عليهما، لأن فعله يعد جريمة، حتى ولو كان هذا المعتدي زانداً عن عرضه^(٤).

(١) انظر قانون العقوبات الباكستاني - المادة (٣٧٥) (٣٧٦) (٣٧٧).

(٢) انظر قانون العقوبات الباكستاني المادة (١٠٠). قانون العقوبات المصري المادة (٣٤٩).

(٣) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٣٤١.

(٤) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٣٤١.

ولكن إذا قتل الزوج الزاني يعد معذوراً، إذا إقترن القتل بعذر قانوني مخفف، وذلك بشرط توفر شروط المفاجأة والتلبس بالزنا في الحال، وأن يكون القاتل زوجاً للزانية.

(وعلى ذلك فإن الزوج الذي يفاجئ زوجته وهي متلبسة بالزنا مثلاً، لا يستطيع أن يدعي أن الإعتداء الواقع على عرضه مما يتطلب دفعه باستعمال القوة المادية وعلى هذا فإن الإعتداء لا يصلح لنشوء الحق في الدفاع الشرعي)^(١).

أما في القانون العراقي القديم بموجب المادة (٢١٦) من قانون العقوبات البغدادي، فإن الزوج لا يستفيد من العذر القانوني فيما يفعله ضد الزاني.

غير أن قانون العقوبات العراقي الجديد، خفف من فظاعة الامر شيئاً يسيراً، فجعل عقاب الشخص الدافع عن عرضه بالسجن مدة لا تزيد عن الثلاث سنوات، سواء وجه فعله ضد الزانية أو الزاني أو كليهما، وبهذا أصبح الزوج يتمتع بالعذر القانوني، فيما يرتكبه ضد الزاني^(٢).

وكذلك نص القانون العراقي على عدم إباحة جواز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد الزوج، ولم يجعل جريمته مقترنة بظرف مشدد^(٣).

ومفاجأة الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا لا تخلو من أمور ثلاث:^(٤)

١/ أما أن يكون لديه علم تام بخيانة زوجته ولكنه أراد أن يضبطها وشريكها.

٢/ وأما أن يكون مرتاباً فيتجسس ويختبئ حتي يتحقق.

٣/ وأما أن لا يكون لديه علم بالمرّة.

فالنسبة للأمر الأخير لم يكن فيه خلاف بين الفقهاء على استفادة الزوج من هذا العذر.

(١) انظر مبادئ القانون الجنائي - علي أحمد الراشد - ص ٤٧٦ .

(٢) انظر جرائم الإعتداء على الأشخاص - حميد السعدي - ص ٣٢٠ وما بعدها .

(٣) انظر قانون العقوبات العراقي الجديد المادة (٤٠٩).

(٤) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ٢٠٧ .

أما الخلاف فقد جرى في الأمر الأول والثاني^(١)، وذلك بين الاستفادة من هذا العذر وعدمه وأن كان الوضع، في القانون المصري مستقر على أن الذي علم بالخيانة لا يستفيد من عذر الاستفزاز.

تحديد المفاجأة يكون بوقت التلبس ويكون الاعتداء بعدها مباشرة:-

ولا يحول دون قيام العذر إحضار الجاني الساكنين من غرفة أخرى مثلاً، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (عذر الزوج في قتل زوجته خاص بحالة مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا فلا يكفي ثبوت الزنا بعد وقوعه بمدة)^(٢) ولكن هل تكون المفاجأة وقت إتيان الفعل المادي أم تكفي القرائن والأحوال على ارتكابها ومن ثم هل يكون التلبس قاصر على الصورة الأولى فقط أم يشمل الصورة الثانية أيضاً؟

التلبس^(٣):-

إن المتفق عليه في جريمة الزنا، أن التلبس يتوافر متى وجد المتهم في حالة تقطع بحصول فعل الزنا منه وذلك كمفاجأة الجاني خالفاً ملابسه الخارجية ولباسه، ومختفياً تحت مقعد في غرفة مظلمة، بينما كانت الزوجة في حالة إضطراب وكانت تتظاهر بادئ الأمر بالنوم عند دخول زوجها ومفاجأته^(٤).

ومن ثم فلا يشترط في التلبس الدال على الزنا أن يشاهد الزاني وقت ارتكاب الفعل أو عقب ارتكابه ببرهة يسيرة بل يكفي لقيام التلبس أن يثبت أن الزانية وشريكها قد شوهدا

(١) انظر دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالى - ص ٢٠٨.

(٢) انظر الموسوعة الجنائية - مرتضى منصور - ص ٥١. نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ٢٠٨.

(٣) تثبت حالة التلبس في الزنا بشهادة شهود الرؤية ولا يشترط أن يكون الشهود رأوا المتهم حال ارتكابه الزنا إذ يكفي أن يكون شريك الزانية قد شوهد معها في ظروف لا تترك مجالاً للشك عقلاً في أن الزنا قد وقع. انظر الموسوعة الجنائية - جندي عبد الملك ج ٥ ص ٨٢٦.

(٤) انظر موسوعة القضاء والفقه - الفكهاني - ج ٣٩ ص ٢٦٥.

في ظروف لا تجعل مجالاً للشك عقلاً في أن الجريمة قد ارتكبت فعلاً^(١).

أيضاً نص المشرع العراقي على حالة وجود المرأة في فراش واحد مع عشيقها ولا يقصد بالفراش الواحد فقط الفراش المعهود بل في أي مكان على الأرض أو في السيارة بشرط أن يتوافر لدى الشريك صفة العشيق. أي صفة الرجل الذي له علاقات جنسية غير مشروعة مع المرأة فإذا ضبطت في حالة لا تدع مجالاً للشك بأنها عشيقة يستفيد القاتل من العذر القانوني^(٢).

وقوع الإعتداء فور المفاجأة:-

بحيث لو تراخى إلى ما بعد هدوء الزوج وتحمله هول المفاجأة، يكون الإعتداء بعد ذلك انتقاماً منه لكن التأخر لإحضار السلاح من غرفة مجاورة مثلاً لا يمنع من وقوع الإعتداء حالاً^(٣).

صفة الجاني:-

نجد أن المستفيد من عذر التخفيف هو الزوج فقط، ومن ثم يخرج أقاربه وأقاربها وذلك على اعتبار أن واقع الزنا لا يستفيد منه إلا الزوج وهذا ما يتناقض مع الواقع، فضلاً على أن أقارب الزوجة كالأخ والاب يكون كل منهما أكثر استفزازاً من الزوج لهذا الواقع المؤلم كما أن الزوجة لا تستفيد من هذا العذر المخفف إذا فاجأت زوجها متلبساً بهذه الجريمة مع امرأة أخرى.

ولذا ذهبت بعض التشريعات الأخرى بتقرير عذر الاستفزاز بالنسبة للاب والاخ والزوجة

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ٢٠٩ .

(٢) انظر المرجع السابق - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ٢١٠ .

(٣) انظر موسوعة الفقه والقضاء - الفكهاني - ج ٢٥ ص ٢٧، ٧٥، ٨٢، ٢٣١، ٤٥١ .

وذلك كالتشريع العراقي^(١).

صفة المجني عليه:-

يجب أن يقع الإعتداء على الزوجة التي ترتبط بالزوج الجاني بعقد زواج صحيح ولذا فتخرج من ذلك الخطيبة والمطلقة طلاقاً بائناً^(٢).

من الحالات التي نص عليها قانون العقوبات المصري، التي تجيز القتل دفاعاً عنها . . . الحالة التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (٢٤٩) وهي حالة (إتيان المرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة ويقصد بذلك جرائم الإغتصاب المنصوص عليها بالمادة (٢٦٧) من قانون العقوبات المصري، وجرائم هتك العرض بالقوة أو التهديد والمنصوص عليها بالمادتين^(٣) (٢٦٨)، (٢٦٩).

ولو كان من الممكن دفعه بدون القتل يكون أولى، وإذا لم يكن فيكون القتل هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر.

المطلب الثالث

في أحكام الدفاع عن العرض

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

هناك تشابه قليل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وينحصر هذا التشابه في (الحق في صيانة العرض) سواء بالنسبة للفرد أو الأسرة أو المجتمع بحيث يتعين أن تكفل له حماية قوية فعالة. . وفي تشدهما في العقاب على صور خطيرة من الإعتداء على هذا

(١) انظر موسوعة الفقه القضاء - الفكهاني - ج ٢٥ ص ١٥٠ .

(٢) انظر الموسوعة الجنائية - مرتضى منصور - ص ٥١ . الجريمة الجنسية في التشريع الجنائي المصري - محمد عطية راجب - ص ١٥٠ . نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى عبد الرحيم - ص ٢١١ .

(٣) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ٢١٢ .

الحق ورصدهما لهذه الصور، أشد العقوبات، ففي الشريعة الإسلامية يحكم على الزاني المحصن بالرجم، وفي القانون الوضعي بالاشغال الشاقة المؤبدة على جريمة الإغتصاب^(١).

ومما يعاب على القانون أنه اعتبر المقاومة لفعل الزنا عذر استغزانياً يخفف العقوبة فقط واعتبر المقاومة لمن دونه كالمال مثلاً دفاعاً شرعياً يبيح القتل ويمنع العقوبة وذلك كالدخول في منزل مسكون مثلاً فقد أباح المشرع الدفاع الشرعي بالقتل إن رأى صاحب المنزل ضرورة لذلك. فشتان بين الإعتداء على المنزل المسكون والاعتداء على العرض فإن حفظ العرض هو أولى من حفظ المنزل المسكون.

وهذا ولم يكتف القانون بذلك بل زاد الموقف إساءة بجعل العذر المخفف قاصراً على الزوج فقط، ولذلك لا يستفيد الأب أو الابن أو الأخ من عذر الاستغزاز إذا قام بدفع المنكر عن محارمه.

كذلك لا يعتبر الزنا جريمة إلا إذا حدث من رجل متزوج أو امرأة متزوجة، كما لا يعتبر الزنا من الزوج إلا إذا حدث في منزل الزوجية، وإذا زنت الزوجة يقتصر حق رفع الدعوى للزوج فقط.

كان للزاني والزوجة الزانية في قانون العقوبات البغدادي حق استعمال الدفاع الشرعي الخاص ضد الزوج الذي يقدم على الدفاع عن عرضه، باعتبار أن المفاجأة عذر قانوني وليس سبباً مبيحاً^(٢). ولكن القانون العراقي الجديد نص على عدم جواز استعمال هذا الحق بالرغم من إبقائه الحالة حالة عذر قانوني، لا دفاعاً شرعياً كما لم يجعل الظروف المشددة تطبق^(٣) في حق الزوج الغاضب لعرضه عند قتل الزاني والزوجة الزانية معاً، وفي هذا اقتراب نحو حالة الدفاع الشرعي التي قررها الفقه الإسلامي منذ قرون بعيدة.

(١) انظر شرح قانون العقوبات - محمود نجيب حسني - ص ٨٥.

(٢) انظر جرائم الإعتداء على الأشخاص - حميد السعدي - ص ٢٤١.

(٣) انظر قانون العقوبات العراقي الجديد المادة (٤٠٩).

لجنة المناقشة للحصول على درجة الماجستير
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية العالمية

أجريت مناقشة البحث الذي قدمه

الطالب: مصعب بشير محمد بشير

بعنوان: الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بتاريخ:

أعضاء لجنة المناقشة وتوقيعاتهم

م	الاسم	التوقيع
١	المناقش الخارجي	
٢	المناقش الداخلي	
٣	المشرف على البحث	الاستاذ الدكتور سعد جبالي

إهداء

قال تعالى: «وقضه ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً» الإسراء: ٢٣

إلى والديّ الكريمين . . .

أهدى باكورة اجتهادي وأهب عصارة كسبي مع خالص حبي وتقديري، طالباً من المولى عز وجل أن يمد في عمرهما الطويل ويحسن لهما في عاقبتهما .
وأسأل الله تعالى أن يوزعني شكر نعمته التي أنعمها عليّ وعلى والديّ وأن أعمل صالحاً يرضاه.. ويدخلني برحمته في عباده الصالحين.

والله وفي التوفيق

مصعب بشير

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين. أما بعد:
إنه من تمام المعروف وكمال التقدير التوجه بالشكر إلى كل الذين أعانوا على إنجاز هذه الرسالة وإنفاذ خططها.

وأبادر بتسجيل شكري الخالص لأستاذي الجليل الدكتور سعد جبالي عبد الرحيم، إذ تكرم بقبول الإشراف على هذه الرسالة. وقد فتح لي صدره الرحب وداره الكريمة، ومنحني خلال فترة البحث الكثير من وقته الثمين، وزودني بتوجيهاته العلمية الدقيقة، وملاحظاته القيمة العميقة، كل ذلك في طلاقة وجه ورحابة صدر وعناية ورعاية.

وإني لأقدر له ذلك، وسأذكره بالفضل ما حييت، فجزاه الله خير الجزاء وأمد الله في عمره لخدمة الإسلام وبنيه.

وجزى الله بالخير عنا أسرة الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد، والأساتذة بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية الذين وقفوا معنا طيلة سنوات الدراسة والبحث مساندين ومؤازرين.

ونشكر للأخوين محمد عبد الله وعبد المنعم غندور جهودهما الكريمة في طباعة وإخراج هذا البحث، ونسأل الله أن يضع ذلك الجهد في ميزان حسناتهم.
ونسأل الله أن ينفع بهذا البحث ويجعله خالصاً لوجه الكريم، وهو ولي التوفيق.

مصعب بشير

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
اهداء	I
شكر وتقدير	II
توطئة	٢
أسباب اختيار البحث	٥
منهج البحث	٧
خطة البحث	٩
الفصل التمهيدي:	
في الجريمة	١٢
المبحث الأول: في بيان معنى الجريمة	١٣
المطلب الأول: في تعريف الجريمة في اللغة	١٣
المطلب الثاني: في الجريمة في الفقه الإسلامي	١٧
المطلب الثالث: في الجريمة في القانون الوضعي	١٩
المطلب الرابع: في الجريمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٢١
المبحث الثاني: في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة	٢٣
المطلب الأول: في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة في الفقه الإسلامي	٢٣
المطلب الثاني: في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة في القانون الوضعي	٢٦
المطلب الثالث: في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٢٦

٢٨	 المبحث الثالث: في الوسائل المختلفة للجريمة
٢٩	 المطلب الاول: في وسيلة الاتفاق
٢٩	 الفرع الاول: في وسيلة الاتفاق في الفقه الإسلامي
٣٠	 الفرع الثاني: في وسيلة الاتفاق في القانون الوضعي
	 الفرع الثالث: في وسيلة الاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون
٣١	 الوضعي
٣٢	 المطلب الثاني: في وسيلة التحريض
٣٢	 الفرع الاول: في وسيلة التحريض في الفقه الإسلامي
٣٣	 الفرع الثاني: في وسيلة التحريض في القانون الوضعي
	 الفرع الثالث: في وسيلة التحريض بين الفقه الإسلامي والقانون
٣٤	 الوضعي
٣٤	 المطلب الثالث: في وسيلة التحضير
٣٥	 الفرع الاول: في وسيلة التحضير في الفقه الإسلامي
٣٥	 الفرع الثاني: في وسيلة التحضير في القانون الوضعي
	 الفرع الثالث: في وسيلة التحضير بين الفقه الإسلامي والقانون
٣٧	 الوضعي
٣٧	 المطلب الرابع: في وسيلة الشروع
٣٨	 الفرع الاول: في وسيلة الشروع في الفقه الإسلامي
٣٩	 الفرع الثاني: في وسيلة الشروع في القانون الوضعي
	 الفرع الثالث: في وسيلة الشروع بين الفقه الإسلامي والقانون
٤١	 الوضعي

الفصل الأول:

٤٤	 في ماهية الدفاع الشرعي الخاص
٤٥	 المبحث التمهيدي: في الإباحة والحق
٤٧	 المطلب الأول: في الإباحة وأسبابها
٤٨	 الفرع الأول: في الإباحة وأسبابها في الفقه الإسلامي
٥٠	 الفرع الثاني: في الإباحة وأسبابها في القانون الوضعي
	 الفرع الثالث: في الإباحة وأسبابها بين الفقه الإسلامي والقانون
٥٥	 الوضعي
٥٦	 المطلب الثاني: في الحق ومصادره وحمايته
٥٦	 الفرع الأول: في الحق ومصادره وحمايته في الفقه الإسلامي
٦٠	 الفرع الثاني: في الحق ومصادره وحمايته في القانون الوضعي
	 الفرع الثالث: في الحق ومصادره وحمايته بين الفقه الإسلامي
٦٤	 والقانون الوضعي
٦٥	 المبحث الأول: في مفهوم الدفاع ^{الشرعي} /الخاص
٦٥	 المطلب الأول: في المفهوم اللغوي للدفاع الشرعي الخاص
٦٧	 المطلب الثاني: في المفهوم الفقهي للدفاع الشرعي الخاص
٧٠	 المطلب الثالث: في المفهوم القانوني للدفاع الشرعي الخاص
	 المطلب الرابع: في مفهوم الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه الإسلامي
٧٢	 والقانون الوضعي
٧٣	 المبحث الثاني: في مشروعية الدفاع الشرعي الخاص
٧٦	 المبحث الثالث: في طبيعة الدفاع الشرعي الخاص وتكييفه القانوني
٧٨	 المبحث الرابع: في التطور التاريخي للدفاع الشرعي الخاص

٨١	المبحث الخامس: في وظيفة الدفاع الشرعي الخاص
	المبحث السادس: في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي الخاص
٨٣	وحالة الضرورة
	المبحث السابع: في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي العام
٨٥	والدفاع الشرعي الخاص.
	الفصل الثاني:
٨٩	في أركان الدفاع الشرعي الخاص
٩٠	المبحث الأول: في بيان حال فعل الاعتداء
٩٠	المطلب الأول: في بيان حال فعل الاعتداء في الفقه الإسلامي
٩٤	المطلب الثاني: في بيان حال فعل الاعتداء في القانون الوضعي
	المطلب الثالث: في بيان حال فعل الاعتداء بين الفقه الإسلامي والقانون
١٠٠	الوضعي
١٠٢	المبحث الثاني: في بيان حال فعل الدفاع
١٠٢	المطلب الأول: في بيان حال فعل الدفاع في الفقه الإسلامي
١٠٧	المطلب الثاني: في بيان حال فعل الدفاع في القانون الوضعي
	المطلب الثالث: في بيان حال فعل الدفاع بين الفقه الإسلامي والقانون
١١١	الوضعي
١١٣	المبحث الثالث: في بيان حال الصائل أو المهاجم (أي أهليته)
١١٣	المطلب الأول: في بيان حال الصائل أو المهاجم في الفقه الإسلامي
١١٥	المطلب الثاني: في بيان حال الصائل أو المهاجم في القانون الوضعي
	المطلب الثالث: في بيان حال الصائل أو المهاجم بين الفقه الإسلامي
١١٨	والقانون الوضعي

الفصل الثالث:

١٢. في أحكام الدفاع الشرعي الخاص
- ١٢١ المبحث الأول: في أحكام الدفاع عن النفس
- ١٢١ المطلب الأول: في أحكام الدفاع عن النفس في الفقه الإسلامي
- ١٣٣ المطلب الثاني: في أحكام الدفاع عن النفس في القانون الوضعي
- المطلب الثالث: في أحكام الدفاع عن النفس بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
- ١٣٥ والقانون الوضعي
- ١٣٧ المبحث الثاني: في أحكام الدفاع عن العرض
- ١٣٨ المطلب الأول: في أحكام الدفاع عن العرض في الفقه الإسلامي
- ١٣٩ الفرع الأول: في الاطلاع المحرم
- ١٥٢ الفرع الثاني: في الزنا ومقدماته
- ١٦١ الفرع الثالث: في القذف
- ١٦٣ المطلب الثاني: في أحكام الدفاع عن العرض في القانون الوضعي
- المطلب الثالث: في أحكام الدفاع عن العرض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
- ١٦٨ والقانون الوضعي
- ١٧٢ المبحث الثالث: في أحكام الدفاع عن المال
- ١٧٣ المطلب الأول: في أحكام الدفاع عن المال في الفقه الإسلامي
- ١٨٠ المطلب الثاني: في أحكام الدفاع عن المال في القانون الوضعي
- المطلب الثالث: في أحكام الدفاع عن المال بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
- ١٨٣ الوضعي
- ١٨٤ المبحث الرابع: في أحكام الدفاع عن نفس الغير، أو عرضه، أو ماله

المبحث الخامس: في أحكام الدفاع عن المعتدي حال اعتدائه على نفسه أو

١٩٠ ماله

الفصل الرابع:

١٩٣ في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره

١٩٤ المبحث الأول: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي

١٩٤ المطلب الأول: في الإثبات والشبوت

١٩٦ المطلب الثاني: في البيئة والإثبات

١٩٨ المطلب الثالث: في البيئة أو الضمان

٢٠٣ المطلب الرابع: شواهد روائية وقضائية في الإثبات

٢٠٤ المبحث الثاني: في أثر الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي

٢٠٤ المطلب الأول: في أقوال الفقهاء في أثر الدفاع الشرعي الخاص

٢٠٦ المطلب الثاني: في بعض التطبيقات الفقهية

٢٠٦ الفرع الأول: في إهدار دم المنتهك حرمة المسكن

٢٠٧ الفرع الثاني: في إهدار دم الزاني

٢٠٨ الفرع الثالث: في إهدار دم السارق

٢٠٩ الفرع الرابع: في إهدار دم الصبي والمجنون والبهيمة

المبحث الثالث: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره في القانون

٢١١ الوضعي

المبحث الرابع: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره بين الفقه

٢١٤ الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الخامس:

٢١٦	 في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص
٢١٧	المبحث الأول: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي
٢١٧	المطلب الأول: في التجاوز وصوره
٢١٧	الفرع الأول: في بيان معنى التجاوز
٢١٨	الفرع الثاني: في صور التجاوز
٢١٩	المطلب الثاني: في حكم التجاوز
٢١٩	الفرع الأول: في مسؤولية المتجاوز
٢٢٢	الفرع الثاني: في الخلاف حول التضمين
٢٢٤	المبحث الثاني: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في القانون الوضعي
	المبحث الثالث: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه الإسلامي
٢٣٠	والقانون الوضعي
٢٣٤	الخاتمة
٢٤٠	الفهارس
٢٤١	أ - فهرس الآيات القرآنية .
٢٤٨	ب - فهرس الأحاديث النبوية.
٢٥١	المصادر والمراجع

توطئة

توطئة

ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستعديه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله. وبعد، فلقد شاء الله لي أن أكون من طلبة هذه الجامعة العريقة في رسالتها ومعناها. هذه الجامعة التي ظلت -ولا تزال- تصارع وتقاوم الأعاصير والزوابع الغربية والشرقية برسالتها ومعناها، وفي كل مرة يرتدون على أعقابهم خاسرين يحملون في قلوبهم الحقد ومرارة الإنهزام. وظلت أيضاً - ولا تزال - منارة يستهدي بها أبناء المسلمين في ظلمات الجهل ويهرعون إليها من مشارق الأرض ومغاربها، ومن كل فج عميق «ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون»^(١).

كانت للمسلمين تجربة ناجحة وواسعة ورائدة في مجال الفقه الإسلامي، وذلك منذ فجر الإسلام إلى نهاية عصر الأئمة المجتهدين. وكانت حصيلة هذه الفترة ثروة علمية ضخمة لم يسبق لها مثيل رغم تتابع الرسائل على الأرض هدى للناس، لأن بنيان تلك الرسائل ظل الناس يطوفون حوله ويتعجبون منه إلا موضع لبنة فيه، أكملها النبي ﷺ ولأن كل نبي من الأنبياء كان يبعث في قومه خاصة ويبعث خاتمهم النبي الأمين للناس كافة.

كما لم يتح للبشرية من بعد تلك الفترة حياة مثلها لأنهم تنكبوا صراط الله المستقيم واتبعوا السبل ففترقت بهم عن سبيله، هذا وإن عاش مغزى ذلك الواقع الحضاري بعض الأفراد والجماعات الصغيرة، إذ يابى المولى عز وجل إلا أن يشع نوره بطائفة من أمتة لا يزالوا ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم حتى تقوم الساعة.

(١) سورة التوبة - الآية ١٢٢ .

بيد أن الأمل لا يزال معقوداً على الداعين لسيادة الفقه الإسلامي في أن يعيدوا اليوم للبشرية ما سبق أن أعطته الأمة الإسلامية في غير امتنان...

الأمل معقود عليهم وهم يملكون من مقومات تلك الحضارة، أصولها «لقد تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا أبداً: كتاب الله وسنتي»...

مع إعمال الفكر والاجتهاد فيها، بحسب الزمان والواقع وتجده «اجتهد رأيي ولا ألو».. والأمل معقود عليهم وهم يملكون إلى جانب المصادر، الخبرة والعبرة الإنسانية من ذلك التاريخ وإلى حاضرتنا اليوم والإكتشافات العلمية وما أخذته من ثورة تقنية حديثة وتطور وتقدم في شتى مجالات الحياة، كل هذه الخبرة والعبرة والعلم أدوات زائدة تحت تصرف أيديهم ومساعدة لهم في أن يبنوا بالدين حضارة وحياة متكاملة، لسيادة العالم أجمع.

إن الشريعة الإسلامية هي المنهج الرباني المقرر لأهل الأرض لتدبير شؤون حياتهم، وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي الخاص باعتباره أهم دعائم النظام والاستقرار في المجتمع إذ هو سلطة وقائية صارمة لمنع وقوع أخطار الجرائم وإيقاف استمرارها، فبحثوا في أحكامه وفصلوا قواعده وبيّنوا شروطه وآثاره.

وللدفاع الشرعي كسلطة وقائية لدفع الأخطار عن النفس والعرض والمال أهمية كبرى إذ أن صيانة وحفظ النفس والعرض والمال من مقاصد الشريعة الضرورية.

وفي عصرنا الحاضر تشهد الجريمة ارتفاعاً ملحوظاً مع الفشل الذريع للقانون الوضعي في الحد أو التخفيف من هذه الظاهرة.. فتزداد الحاجة إلى تطبيق نظام الدفاع الشرعي الخاص الإسلامي، لأن أثر الدفاع الشرعي الخاص خطيراً على من ينوي الاعتداء ويفوق أثر العقوبات المقررة في القوانين حيث أن المعتدي سيواجه مباشرة وجهاً لوجه دفاع المعتدي عليه مفر، في حين نجده -غالباً- ما يتوقع أو يحتمل النجاة من عقوبة القانون سواء بالهرب من القبض عليه أو باستخدام وسائل الدفاع الملتوية في المرافعات.

والبحث الذي بين أيدينا، ليس معالجة لموضوع جديد، فموضوع الدفاع الشرعي الخاص، قديم وعالجه فقهاء المسلمين، ولكن أردنا بالكتابة فيه أن نلمم أطراف الموضوع المبعثرة في كتب الفقه، المتوارية وراء غموض العناوين، وننسق بين جزئياته، عسى أن نكون وضعنا لبنة في صرح الفقه الإسلامي العظيم.

كما أن هذا البحث هو عبارة عن بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام إباد.

أسباب اختيار الموضوع

إن الدافع لاختياري موضوع الدفاع الشرعي الخاص، عدة أسباب أهمها:

١/ تناول الفقهاء الدفاع الشرعي الخاص باعتباره أهم ركائز المجتمع واستقراره، إذ هو

سلطة وقائية لمنع وقوع أخطار الجرائم وإيقاف استمرارها فبحثوا أحكامه وفصلوا

قواعده وفصلوا قواعده وبينوا شروطه وآثاره.

غير أن هذا النضج والسمو والعمق والشمول في الفقه الإسلامي الذي امتاز به فقهاء

الشريعة الإسلامية قد اختفى في ثنايا الكتب الخطية والطبعات القديمة، وتوارى خلف

غموض العناوين، وتبعثر في كتب الفقه، فعزمت -بعد توكلي على الله تعالى- أن أجمع

شتات مادة الموضوع، وأقرب بين أطرافه وأنسق بين جزئياته.

٢/ إن الدفاع الشرعي الخاص كسلطة وقائية لدفع الأخطار عن النفس والعرض والمال

أهمية كبرى إذ أن صيانة وحفظ النفس والعرض والمال من مقاصد الشريعة.

٣/ كيفية العمل على الحد أو التخفيف من ظاهرة الجريمة وانتشارها بين أفراد

المجتمع.

٤/ تتصل كثير من الناس من مقاومة الجريمة ودرء خطرها إذا أصابت غيرهم.

٥/ عدم القاء اللوم على الحكومة، والاعتقاد بأنها عليها كل شيء نحو مقاومة الجريمة

ومنع إنتشارها بين أفراد المجتمع.

هذا ومن بين الخيارات الكثيرة التي اتاحت لي في الدراسة الجامعية، اخترت هذا الفقه

الذي من يرد الله به خيراً يوجهه إليه.

ومن بين موارد الفقه الجمة كان يلفت نظري مورداً سائفاً لذة للشاربين هو مورد الفقه

الجنائي الإسلامي.

ولذا رغبت أن أكتب في الفقه الجنائي الإسلامي، وأن أجعل موضوع رسالتي في أحد
جزئياته، فكتبت في (الدفاع الشرعي لخاص).
أرجو أن أكون فيما سقت وجهة تبرر ما ذهبت إليه.

ישראל יצאנו ממצרים ונעלה אל הרי סיני

ገጽ ፩

المؤمنين الذين آمنوا وهم يقاتلون في سبيل الله والذين لم ياتوا من قبل الله بدين الا الاسلام والذين لم ياتوا من قبل الله بدين الا الاسلام والذين لم ياتوا من قبل الله بدين الا الاسلام ٩

ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ।

[illegible]

الموتى والحياتى حسب الخلق وكفى الخلاف على محله حررت حررت

[illegible][illegible]

ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ॥ ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ॥ ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ॥

[illegible]

ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ॥

١٠
 ١١
 ١٢
 ١٣
 ١٤
 ١٥
 ١٦
 ١٧
 ١٨
 ١٩
 ٢٠
 ٢١
 ٢٢
 ٢٣
 ٢٤
 ٢٥
 ٢٦
 ٢٧
 ٢٨
 ٢٩
 ٣٠
 ٣١
 ٣٢
 ٣٣
 ٣٤
 ٣٥
 ٣٦
 ٣٧
 ٣٨
 ٣٩
 ٤٠
 ٤١
 ٤٢
 ٤٣
 ٤٤
 ٤٥
 ٤٦
 ٤٧
 ٤٨
 ٤٩
 ٥٠
 ٥١
 ٥٢
 ٥٣
 ٥٤
 ٥٥
 ٥٦
 ٥٧
 ٥٨
 ٥٩
 ٦٠
 ٦١
 ٦٢
 ٦٣
 ٦٤
 ٦٥
 ٦٦
 ٦٧
 ٦٨
 ٦٩
 ٧٠
 ٧١
 ٧٢
 ٧٣
 ٧٤
 ٧٥
 ٧٦
 ٧٧
 ٧٨
 ٧٩
 ٨٠
 ٨١
 ٨٢
 ٨٣
 ٨٤
 ٨٥
 ٨٦
 ٨٧
 ٨٨
 ٨٩
 ٩٠
 ٩١
 ٩٢
 ٩٣
 ٩٤
 ٩٥
 ٩٦
 ٩٧
 ٩٨
 ٩٩
 ١٠٠

[illegible]

ה'תשנ"ב - חודש אדר

[illegible]

:- کہ جہانم میں جس قدر کہ قتل ہو گا وہاں قتل ہو گا اور

॥ अङ्ग ॥

ॐ नमो भगवते वासुदेवाय । नमो भगवते वासुदेवाय । नमो भगवते वासुदेवाय । नमो भगवते वासुदेवाय । नमो भगवते वासुदेवाय ।

[illegible]

॥ ॐ नमो भगवते वासुदेवाय ॥

١١/ ذكرت المصادر والمراجع التي استعنت بها في إعداد هذا البحث المتواضع.

١٢/ على الرغم من أنني جعلت عنوان هذا البحث (الدفاع الشرعي الخاص) إلا أنني

استعملت كثيراً عبارة (الدفاع الشرعي) لتعني الدفاع الشرعي الخاص، فبالإضافة

لقرب المعنى، فقد وجدت كثيراً من الفقهاء وأساتذة القانون ينحون هذا المنحني.

وحيث أن هذا الاستعمال سهل لي العبارة بعض الشيء.

خطة البحث

اشتمل البحث على فصل تمهيدي وخمسة فصول وخاتمة.

خصصت **الفصل التمهيدي** للكلام عن الجريمة وبيان معناها، والمراحل الداخلية التي تمر بها والوسائل المختلفة للجريمة وذلك في مباحث ثلاث .

وتكلمت في **الفصل الأول** عن ماهية الدفاع الشرعي الخاص، وقسمت الفصل إلى مبحث تمهيدي وسبعة مباحث :-

المبحث التمهيدي: في الإباحة والحق.

المبحث الأول: في مفهوم الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الثاني: في مشروعية الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الثالث: في طبيعة الدفاع الشرعي الخاص وتكييفه القانوني.

المبحث الرابع: في التطور التاريخي للدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الخامس: في وظيفة الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث السادس: في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي الخاص وحالة الضرورة.

المبحث السابع: في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص.

واستعرضت في **الفصل الثاني** أركان الدفاع الشرعي الخاص، وقسمت الفصل إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول: في بيان حال فعل الاعتداء.

المبحث الأول: في بيان حال فعل الدفاع.

المبحث الثالث: في بيان حال الصائل أو المهاجم (أي أهليته).

وتكلمت في **الفصل الثالث** عن أحكام الدفاع الشرعي الخاص، عن النفس، والعرض والمال في مباحث ثلاثة. وفي المبحث الرابع تكلمت عن أحكام الدفاع عن نفس وعرض ومال الغير، وتعرضت في المبحث الخامس لحالة اعتداء الإنسان على نفسه أو ماله. وتكلمت في **الفصل الرابع** عن إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره وقسمت الفصل إلى أربعة مباحث:-

المبحث الأول: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني: في أثر الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي.
المبحث الثالث: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره في القانون الوضعي.
المبحث الرابع: في إثبات الدفاع الشرعي الخاص وأثره بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

وبحثت في **الفصل الخامس**، حالة تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في مباحث ثلاثة:-
المبحث الأول: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص في القانون الوضعي.
المبحث الثالث: في تجاوز حد الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

أما **خاتمة البحث** فقد أشرت فيها إلى مزايا الشريعة الإسلامية وإلى النتائج التي توصلت إليها.

ثم ذيلت البحث بالفهارس المشتملة على آيات القرآن الكريم ، والأحاديث الشريفة، ثم فهرس المصادر والمراجع مع محاولة ذكر عنوان كل كتاب كاملاً واسم مؤلفه مع بيان الطبعة والناشر إن أمكن ذلك، وجعلت فهرس الموضوعات في بداية البحث.

الفصل التمهيدي

في الجريمة

الفصل التمهيدي في الجريمة

الكلام عن الدفاع الشرعي الخاص، يقتضي الكلام عن الجريمة أولاً، ذلك أن الكلام عن الدفاع لشيء ما لا يستساغ إلا ببيان هذا الشيء وتوضيحه. ولذلك سنخصص هذا الفصل التمهيدي للكلام عن الجريمة ونتناول فيه المباحث الآتية:

المبحث الأول، في بيان معنى الجريمة.

المبحث الثاني، في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة.

المبحث الثالث، في الوسائل المختلفة للجريمة.

المبحث الأول في بيان معنى الجريمة

تقسيم:-

- سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:
- المطلب الأول: في تعريف الجريمة في اللغة.
- المطلب الثاني: في الجريمة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: في الجريمة في القانون الوضعي.
- المطلب الرابع: في الجريمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول

في تعريف الجريمة في اللغة

يرجع معنى الجريمة في اللغة إلى مادة: جَرَمَ . ووردت كلمة جريمة في اللغة بعدة معاني منها:

المعنى الأول: القطع^(١):

الجَرَمُ: القطع. جرمه يجرمه جرماً: قطعه. وشجرة جريمة مقطوعة.
وجرم النخل والتمر يجرمه جرماً وجراماً واجترمه صِرمه وقوم جَرَمَ وجَرام. وتمر جريم: مجروم.

وجرمت صوف الشاة: أي جزرت.

(١) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٢ ص ٩٠ . القاموس المحيط - الفيروزآبادي - ج ٤ ص ١٢٢ . مختار الصحاح - الرازي - ترتيب السيد محمود خاطر - ص ١٠٠ .

المعنى الثاني: الذنب^(١):

الجرم: الذنب. والجمع أجرام وجروم وهي الجريمة.

تجرّم: ادعى عليه ذنباً لم يفعله.

الجرّم بالضم: الذنب كالجريمة.

المجرم: المذنب.

المعنى الثالث: الكسب^(٢):

قال الفراء: سمعت العرب يقولون: فلان جريمة أهله أي كاسبهم.

وخرج يجرم أهله أي يكسبهم.

وجرم يجرم واجترم: كسب.

وهو يجرم لأهله ويجترم يتكسب ويطلب ويحتال.

وجريمة القوم كاسبهم.

المعنى الرابع: التعدي^(٣):

الجرّم: التعدي.

المعنى الخامس: الإنقضاء والذهاب^(٤):

تجرّم: إنقضى.

وتجرم الليل ذهب.

قال الشاعر لبید بن ربیعۃ:

حجج ظنون حلالها وحرامها

دمن تجرم بعد عهد أنيسها

(١) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٢ ص ٩١. القاموس المحيط - الفيروز آبادي - ج ٤ ص ١٢٢.
(٢) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٢ ص ٩٢. القاموس المحيط - الفيروز آبادي - ج ٤ ص ١٢٢. مختار الصحاح - الرازي - ترتيب السيد محمود خاطر - ص ١٠.
(٣) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٢ ص ٩١.
(٤) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٢ ص ٩٢. القاموس المحيط - الفيروز آبادي - ج ٤ ص ١٢٢.

مقارنة بين معنى الجريمة ومعان أخرى:

هناك كلمات تتشابه مع معنى الجريمة وتتقارب وأحياناً تتداخل، وهذه الكلمات هي: الجناية والمعصية والإثم، والكبائر والإعتداء والشر وغير ذلك. وسنتعرض لبيان بعض هذه المعاني فيما يلي:

الجريمة والجناية:

الجناية تعني الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة^(١).

وهي تعني التقاط الثمرة: جني الثمرة من باب رمي واجتثاثها بمعنى إلقتها والجني ما يجني من الشجر^(٢).

ومن معانيها إدعاء الذنب: التجني: مثل التجرم وهو أن يدعي عليه ذنباً لم يفعله^(٣). وهي تعني الكاسب: الجاني: الكاسب^(٤).

وتتطابق كلمة جناية مع معاني الجريمة في معنى الجرم والذنب وما يفعله الإنسان مما يوجب العقاب وفي معنى الكسب المكروه.

أما في إصطلاح الفقهاء، فلفظ الجناية مرادف للفظ الجريمة بصفة عامة. فهي تشمل الجرائم في مجال الحدود والقصاص والتعزير.

ومن الفقهاء من قصر لفظ الجناية على جرائم القصاص فقط. ومن ثم فقد ظهر إتجاهان^(٥):-

(١) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٤ ص ١٥٤ .

(٢) انظر مختار الصحاح - الرازي - ترتيب السيد محمود خاطر - ص ١١٤ .

(٣) انظر القاموس المحيط - الفيروزآبادي - ج ٤ ص ٤٥٤ .

(٤) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٢ ص ١٥٦ .

(٥) انظر مسقطات العقوبة الحدية - محمد إبراهيم محمد - ص ٢٥، ٢٤ .

المطلب الثاني في الجريمة في الفقه الإسلامي

لا نكاد نجد تعريفاً دقيقاً في الفقه الإسلامي لمعنى الجريمة، سوى ذلك الذي نص عليه
الماوردي في أحكامه السلطانية: وربما كان السبب في ذلك أن الفقهاء لم يهتموا كثيراً
بالنظريات ولا التعريفات العامة.

وقد عرفها الماوردي بقوله:

((الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير))^(١).

ووصف الماوردي للجرائم بالمحظورات يمنعنا من الدخول في متاهة، هل فعل فاقده
الاهلية معصية تكون جريمة أم لا. وعلى أية حال فإن فعله محذور الوقوع محظور بالشرع
قد لا يترتب عليه مسؤولية جنائية ولكن قد ينتج عنه مسؤولية مدنية وهو ما يعبر عنه فقهاؤنا
بالضمان وهذا التعريف يخرج فعل الحيوان من أن يكون جريمة وهذه حقيقة في الفقه
متفق عليها بين جميع الفقهاء.

وقيّد هذه المحظورات بأنها (شرعية) ليخرج بذلك ما سواها من محظورات إدارية
ونظامية.

ثم جاء بقيد مهم وهو أن تكون هذه المحظورات الشرعية قد وضع الله لها عقاباً، فكلمة
الزجر تلقي هذا الظل العقابي. وهذه العقوبة قد تكون عقوبة متروكاً تحديدها لولي الأمر
بعد أن حدد الشارع الجريمة.

فهذا القيد هو الفارق بين الجريمة والمعصية، فالعقوبة الدنيوية هي التي تحدد لنا الجريمة
أما المعصية - وإن اشتركت مع الجريمة في كل أبعادها - إلا أن المعصية قد تكون لها

(١) انظر الأحكام السلطانية - الماوردي - ص ٢١٩.

عقوبة في الآخرة فقط. ولا يخرج هذا القيد الجنائية^(١).

وعرفها الإمام أبو زهرة بقوله:

((هي فعل ما نهى الله عنه وعصيان ما أمر الله به))^(٢).

إن تعريف الجريمة على هذا النحو يكون مرادفاً لتعريف الفقهاء لها بأنها إتيان فعل محرم معاقب على فعله أو ترك فعل معاقب على تركه، وذلك لأن الله تعالى قرر عقاباً لكل من يخالف أوامر أو نواهيه.

المعنى العام والخاص للجريمة:

للجريمة معنيان:-

١/ معنى عام: وهو ما يشمل الخفي منها والظاهر، وهذا ما ذهب إليه الماوردي في تعريفه.

٢/ معنى خاص: وهو ما يقتصر على الظاهر فقط وهذا ما ذهب إليه أبو زهرة لتعريفه.

والفعل الخفي الذي يفعله الإنسان فيما بينه وبين نفسه لا يعلمه إلا الله. الأمر الذي يجعله غير مجرم قضائياً ولا يقع تحت طائلة العقاب الديني -ومعايير- وما يتسلح به القضاء من جزاءات لتطبيقها على كل محظور ظاهر إلا أن من يفعل هذا الفعل الخفي يعد مجرمًا دينياً فيما بينه وبين ربه لأن الله تعالى هو الذي يعلم السر وما أخفى، حيث يقول تعالى: «ولقد خلقنا الإنسان ونعلم ما توسوس به نفسه ونحن أقرب إليه من حبل الوريد»^(٣).

(١) انظر مسقطات العقوبة الحدية -محمد إبراهيم محمد- ص ٣١، ٣٢.

(٢) انظر الجريمة -أبو زهرة- ص ٢٥.

(٣) سورة ق - الآية ١٦.

فإذا اكتسب الإنسان جرماً فعليه ما اكتسبه، فقد قال الله تعالى: «لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت»^(١).

المطلب الثالث

في الجريمة في القانون الوضعي

ان الإتجاه الغالب في القوانين الوضعية هو عدم تعريف الجريمة. وقد درجت على ذلك معظم القوانين الوضعية الحديثة. ولعل ذلك يعود إلى اعتبارين^(٢).

الاعتبار الأول: هو شرعية الجريمة وشرعية العقوبة ذلك أن سياسة التجريم في جميع التشريعات الحرة يسودها مبدأ عام هو شرعية أو قانونية الجرائم والعقوبات. وهذا المبدأ يقتضي من الشارع الجنائي أن ينص ابتداءً على ما يعد من الأفعال أو التصرفات أنه من قبيل الجرائم وأن يضع في صورة ما العناصر التي تميز كل جريمة عن غيرها، وإذا تم ذلك أصبحت الحاجة غير ماسة إلى وضع تعريف عام للجريمة كل فائدته أن يكون مقياساً لمعرفة ما يعد جريمة وما لا يعد كذلك.

الاعتبار الثاني: فمرجه أنه ليس من حسن السياسة في الجريمة أن يتورط الشارع في تعريف عام للجريمة. وقد تظهر مقتضيات الظروف عدم دقته أو يظهر جموداً فيصبح حائلاً دون تطور التشريع الجنائي من جهة التجريم بما يتلائم مع تطور الزمان. فالقوانين الوضعية ترى أن الجريمة أمر نسبي يترتب على حكم عامة الناس. فلا يوجد فعل يكون جريمة حقيقية وطبيعية إلا باعتبار الزمان والمكان أي أن تطور الأفكار والعوائد

(١) سورة البقرة - الآية ٢٨٦ .

(٢) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جوالي عبد الرحيم - ص ١٠، ١١ .

في العصور المختلفة هو الذي يحدد هل هذا الفعل جريمة أم لا^(١).

الجريمة في قانون العقوبات المصري:

قانون العقوبات المصري، الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م:

لم يورد تعريفاً للجريمة بل أكتفى بتقسيمها إلى ثلاثة أنواع وبين عقوبة كل نوع^(٢).

فالمادة (٩) نصت على أن الجرائم ثلاثة أنواع:-

الجنايات والجنح والمخالفات.

والمادة (١٠) عرفت الجنايات بذكر عقوبتها.

والمادة (١١) ذكرت عقوبات الجنح.

والمادة (١٢) قامت بتوضيح المخالفات بذكر عقوباتها.

الجريمة في قانون العقوبات السوداني:

قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٨٣ الصادر بالامر المؤقت رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣م.

هذا القانون بالرغم من أنه أخذ بالعقوبات الحدية أخذاً كاملاً وبالعقوبات القصاصية

وشرع لبعض الأحكام التعزيرية إلا أنه لم يعرف الجريمة.

فالمادة (٢٩) وضحت أن كلمة جريمة تشمل كل جريمة بموجب أي قانون معمول به إلا

إذا ظهر من النص خلاف ذلك.

فقد اكتفى هذا القانون بتحديد أركان كل جريمة والنص على عقوبتها.

والمعروف أن القانون السوداني لا يعرف التقسيم الثلاثي للجريمة الذي أخذ به القانون

المصري^(٣).

(١) انظر مسقطات العقوبة الحدية - محمد إبراهيم محمد - ص ٢٢ .

(٢) انظر قانون العقوبات المصري - السعيد مصطفى السعيد - ص ٦، ٧ .

(٣) انظر مسقطات العقوبة الحدية - محمد إبراهيم محمد - ص ٢٥ .

المطلب الرابع

في الجريمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ان المشرع الوضعي يضع نصوصاً للجرائم والعقوبات كما يضع لكل جريمة عناصر معينة يميزها عن غيرها، ومع ذلك نراه يخشى ويخاف من قصر نصوصه وعجزها عن القيام في يوم ما أو في مكان بما يكفل الأمن والاستقرار وسد حاجات المجتمع وعدم إحاطاتها بكل ما يجد ويستحدث مستقبلاً من قضايا متعددة طبقاً لتغير الظروف والأحوال، ومن ثم تكون عيوب النصوص الوضعية قد ظهرت. فحينما تكون قوية في ظروف معينة أو مكان معين سرعان ما نجدها ضعيفة وعاجزة عن أمن واستقرار المجتمع في مكان أو زمان آخر، الأمر الذي يؤدي إلى تغييرها وما يجيء بديلاً قد تغيّر الظروف أيضاً وهكذا^(١).

وان الاختلاف في تحديد الجريمة وتعريفها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو اختلاف أصولي، اختلاف ما بين التوحيد والشرك، والهدى والضلال، والاستسلام لله وإتباع الأهواء.

وتعريف الجريمة في الفقه الإسلامي تعريف ثابت وواضح وشامل ومرن، يتعلق بأمر الله تعالى ونهيه ومقاصد هذه الأوامر والنواهي. وكون الفقهاء لم يهتموا بتعريف الجريمة ربما يرجع ذلك لعدم الحاجة إليه، لظهوره ووضوحه، والواضح لا يحتاج إلى توضيح. وربما يرجع السبب إلى أن منهج الفقهاء كان منهجاً تفصيلياً واقعياً لا يهتم كثيراً بالتنظير.

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالى عبد الرحيم - ص ١١ .

أما في القوانين الوضعية، فإن الغموض يكتنف تحديد وتعريف الجريمة مما جعل الإتجاه العام لشرح القوانين الوضعية هو عدم تعريف الجريمة^(١).
كما أن مفهوم الجريمة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً منه في القانون الوضعي، حيث أن المفهوم الإسلامي يتفق وقانون الاخلاق، أما المفهوم القانوني فليس بشرط أن يتفق مع قانون الاخلاق^(٢).

(١) انظر مسقطات العقوبة الحدية - محمد إبراهيم محمد - ص ٢٥، ٣٦ .
(٢) انظر الجريمة - أبو زهرة - ص ٢٩ .

المبحث الثاني في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة

تقسيم :-

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول: في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني: في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة في القانون الوضعي .

المطلب الثالث: في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المطلب الأول

في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة في الفقه الإسلامي

تنشأ الجريمة في بادئ الأمر من مرحلة داخلية نفسية تتمثل في التفكير من حيث الفائدة أو الضرر الذي يعود على الجاني. والمفاضلة بين هذه أو تلك يختلف من إنسان لآخر ومن ظروف لأخرى الأمر الذي يجعل هذه المرحلة تمر بمراحل متعددة أيضاً وهي في محيط العقل تتمثل في الهم والعزم والتصميم.

والهم: قد يسبقه ما أسموه البعض بالهاجس والخطر والميل فالهاجس يقال عنه هو أول ما يلقي في النفس. أما خاطر فهو حديث النفس.

والهم يقال عنه حركة النفس التي ارتفعت عن مستوى الرغبة وأعطت شيئاً من الدافع

ولكنها لم تصل إلى مستوى الإرادة الجازمة التي تدفع طاقة العمل المعتاد للتنفيذ^(١).

أما العزم: عبارة عن القصد المؤكد، ولقد سمي بعض الرسل أولي العزم لتأكيد قصدهم في طلب الحقوق، وقيل هو إتجاه نفسي جازم ويأتي فوق مستوى العقل العادي القادر على ضبط طائفة من أهواء النفس وشهواتها^(٢).

أما التصميم أو الاعتقاد: هو الحكم بأن هذا ينبغي أن يفعل. وبذلك يكاد يكون كل من العزم والتصميم أو الاعتقاد بمعنى واحد. حيث جاء في كتاب الإمام النووي في شرحه لصحيح الإمام مسلم: أعلم أن القلب يرد عليه صورتان من الحواس الظاهرة وتارة من الحواس الباطنة لأنه إذا أدرك بالحواس شيئاً حصل منها أثر في القلب ثم ينتقل بسبب الإثارة الواردة من حال إلى حال، أعني الأفكار وهذه تسمى الخواطر لخطورها عند غفلة القلب عنها والخواطر محركة للرغبة وهي ترك العزم للأفعال وتنقسم إلى ما يدعو إلى الشر أي يضر العاقبة وإلى ما يدعو إلى الخير أي ينفع في الدار الآخرة، فالخاطر المحسوس يسمى إلهاماً والخاطر المذموم يسمى وسوسة والذي يتهيا لقبول وساوس الشيطان يسمى إغواء وخذلان^(٣).

إن التفكير في القيام بالجريمة قد يصل إلى حد العزم على ارتكابها وقد لا يصل إلى ذلك.

وإن التفكير الذي لا يصل إلى حد العزم على ارتكاب الجريمة، لا مؤاخذ عليه، أما الذي يصل إلى حد العزم ففيه خلاف. وما هو قول البعض في مرحلة التفكير التي لا تصل إلى

(١) انظر الأخلاق الإسلامية وأسسها - عبد الرحمن حسن ضكة - ص ١٠٣ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم - ص ١٢.

(٢) انظر الأخلاق الإسلامية وأسسها - عبد الرحمن حسن ضكة - ص ١١٥ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم - ص ١٤.

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ١٥١.

العزم عليها: (لاعقاب على الخواطر ولا على حديث النفس لغلبيتها على الناس ولا على ميل الطبع إلى السيئات، إذ لا تكليف بما يشق اجتنبه مشقة فادحة... ومبدأ التكليف العزم والقصد، فالعزم على الحسنات حسن وعلى السيئات قبيح وعلى المباح ماذون)^(١).
وقد أيد ذلك أيضاً النووي حينما تحدث عن القدر المعفو من الوسوسة فقال عن الوسوسة إنها مراتب أربع قبل العمل بالجوارح: أولها الخاطر وهو حديث النفس وثانيهما الميل وحركة الشهوة التي في الطبع وثالثهما الاعتقاد والحكم بأن هذا ينبغي أن يفعل ورابعهما الهم وهو العزم والجزم بالوسيلة^(٢).

(١) انظر قواعد الأحكام - عبد العزيز عبدالسلام ابن أبي القاسم - ج ١ ص ١٣٩ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ١٦ .
(٢) انظر الاتحافات السننية بالأحاديث القدسية - زين العابدين عبد الرؤوف - وعليه النفحات السلفية لشرح الأحاديث القدسية - منير الدمشقي - ص ٢٠ .

المطلب الثاني

في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة

في القانون الوضعي

يعتبر التفكير في الجريمة والتصميم عليها من قوام المراحل الداخلية التي تمر بها. ولا يكون مجرد التفكير معصية في نظر القانون الوضعي فلا يعاقب عليه إذ يقتضي الركن المادي للجريمة العمل الخارجي^(١) والقاعدة في القانون هي أن لا عقوبة على نشاط داخلي فقط. (Cogitationes Poenan Nemo Patutur).

وبالرغم من أن التفكير والتصميم في الجريمة هما نواة الإرادة الإجرامية التي تعد مبعث الخطر الحقيقي الذي يهدد أمن المجتمع إلا أن القوانين الحديثة وشراحها دون استثناء يجمعون على عدم العقاب على الجريمة خلال هذه المرحلة^(٢).

ومما يؤيد ذلك هو ما نص عليه قانون العقوبات المصري في المادة (٤٥) من الفقرة الثانية: (ولا يعتبر شروعاً في الجناية أو الجحّة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لذلك).

المطلب الثالث

في المراحل الداخلية التي تمر بها الجريمة

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن القانون لا يعاقب على التفكير في الجريمة وحديث النفس فيها مجرداً حتى ولو وصل الأمر إلى العزم عليها ولكن نجده يعاقب على النية إذا اقترنت بالفعل. ويتضح ذلك في عقوبة القتل العمد من غير سبق للإصرار، وعقوبتها بالإصرار، حيث نجد الأخيرة أشد

(١) Criminal law and its processes (Kadish) P.80.

(٢) انظر الشروع في الجريمة - سمير الشناوي - ص ١٠٥ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جالي - عبد الرحيم - ص ٢٠، ٢١.

عقوبة وأكثر من الأولى.

ومن هنا يظهر لنا ان القانون يتفق مع الفقه في عدم العقاب على مجرد التفكير في الجريمة إلا أن هذا الاتفاق إلى حد ما وهو ما يسمى بدرجة الخاطر أو إلى درجة أعلى عند البعض وهو ما يسمى بالهم، حيث أن بعض الفقهاء المسلمين المحدثين من يقول بعدم العقاب عليه إذا ترك خوفاً من الناس وإن كانوا قد اتفقوا على عدم العقاب عليه إذا ترك خوفاً من الله تعالى.

ويتفق القانون أيضاً مع الفقه في عدم المؤاخذه على العزم المجرد وذلك بالنسبة لمن يقول بعدم المؤاخذه به مجرداً. إلا أنه يختلف تمام الاختلاف مع الفقه في عدم العقوبة على الجهر المؤدي إلى إغراء الناس على اقترافها.

فهذا الأمر في الشريعة الإسلامية لا يفلت العقاب عليه، ذلك لأنها استثنت من حديث النفس المغفو عنه العمل به ، والتكلم أو الجهر به قد يكون عملاً وقد يكون تكلماً.

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية تتفق مع العقل والواقع لأن الجهر بالحديث بالاذى ان لم يكن صاحبه قد صدق فيه لكنه يترك أثراً من الذعر والاضطراب في المجتمع وذلك أمر يستحق أن يعزر فيه صاحبه، حيث يقول تعالى: «لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم وكان الله سميعاً عليمًا»^(١).

كما ان هذا يشكل إعتداء على حق الله الذي يتمثل في حق المجتمع الذي من حقه أن يعيش آمناً مطمئناً من غير زعر ولا اضطراب. كما أن السماح بجهر الفكرة الإجرامية يؤدي إلى إعلان الفاحشة بين الناس. وعدم وجود عقوبة رادعة تشجع الجاني في المضي قدماً لإكتمال جريمته^(٢).

(١) سورة النساء - الآية ١٤٨ .

(٢) انظر المرجع السابق - سعد جباري - ص ٢١، ٢٢ .

المبحث الثالث في الوسائل المختلفة في الجريمة

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:-

المطلب الأول: في وسيلة الإتفاق.

المطلب الثاني: في وسيلة التحريض.

المطلب الثالث: في وسيلة التحضير.

المطلب الرابع: في وسيلة الشروع.

تمهيد:

تعد مراحل التفكير في الجريمة بمثابة المراحل المعنوية، أو تسبق مراحلها المادية، وكما أنها في نفس الوقت حبيسة للعقل.

وإن المجرم يرى أحياناً من نجاح فكرته الإستعانة بغيره لتنفيذ مشروعه الإجرامي. أو قد يبدئ الرغبة ثم يصرف عنها النظر، فيحرضه شخص آخر أو قد تبدي الفكرة من المحرض نفسه، ثم يحضر لها ثم يشرع في تنفيذها.

لذا سنعرض وسائل التعبير عن الجريمة حسب الترتيب التالي:-

١/ وسيلة الاتفاق.

٢/ وسيلة التحريض.

٣/ وسيلة التحضير.

٤/ وسيلة الشروع.

المطلب الأول في وسيلة الاتفاق

تقسيم:

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:-

الفرع الأول: في وسيلة الاتفاق في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: في وسيلة الاتفاق في القانون الوضعي.

الفرع الثالث: في وسيلة الاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفرع الأول

في وسيلة الاتفاق في الفقه الإسلامي

تؤكد الشريعة الإسلامية أنه لا عقاب على التفكير في الجريمة ولا على ما يكون في النفس من خواطر ما لم يخرج إلى حيز العمل أو الكلام. وبهذا لا يعتبر مجرد التفكير في الجريمة معصية. وقد توافرت النصوص على تأكيد أنه لا عقاب فيما توسوس به النفس.

فروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تجاوز لامتي عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تتكلم»^(١).

ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من هم بحسنة فلم يفعلها كتبت له حسنة ومن هم بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شيء»^(٢).

فهذه الأحاديث تدل صراحة على أنه لا عقاب على مجرد التفكير في ارتكاب الجريمة أو

التصميم عليها.

(١) انظر مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٤٧٤، ٤٨١، ٤٩١. سنن أبي داود - ج ٢ ص ٢٦٤. ابن ماجه ج ١ باب ١٤ ص ٦٥٨. صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ١٤٦، ١٤٧.

(٢) انظر مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ١٤٩. صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠.

كجريمة مستقلة^(١).

كما لا يعتبر أيضاً مخالفة للقاعدة القانونية التي تقتضي بعدم العقاب على النية لأن مجرد الاتفاق بين شخصين أو أكثر بقصد ارتكاب جنایات أو جنح فيه خطر على الهيئة الاجتماعية مما جعل أكثر المشرعين يعتبرون مجرد الاشتراك في الاتفاق مكوناً لجريمة تستوجب العقاب^(٢).

الفرع الثالث

في وسيلة الاتفاق

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إذا كان القانون يعاقب على الاتفاق فليس الأساس في ذلك خطورة التفكير وإنما الأساس راجع إلى الوسيلة التي عبرت عن الجريمة حيث الخطورة تكمن في الوسيلة نفسها لا في التفكير الذي نتج عنه الاتفاق.

وهذا ما يختلف فيه القانون مع الشريعة حيث لا تعفي الأخيرة العزم على الاتفاق من الخطورة أيضاً حيث هناك من قال بالعقوبة على العزم باعتباره شيئاً مكتسباً للقلب وقد أخبر الله تعالى بالمواخظة بما تكسبه القلوب فقال تعالى: «ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والله غفور حلیم»^(٣).

وماعدا ذلك فيتفق القانون مع الشريعة، وكما اعتبرت الشريعة الإتفاق جريمة مستقلة فقد اعتبر ذلك القانون أيضاً إلا أن الشريعة كانت سابقة في ذلك.

(١) انظر شرح قانون العقوبات - نجيب حسني - ص ٣٦.

(٢) انظر الشروع في الجريمة - سمير الشناوي - ص ١١ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري

عبد الرحيم - ص ٢٦.

(٣) سورة البقرة - الآية ٢٢٥.

المطلب الثاني في وسيلة التحريض

تقسيم:

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:-

الفرع الاول: في وسيلة التحريض في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: في وسيلة التحريض في القانون الوضعي.

الفرع الثالث: في وسيلة التحريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفرع الاول

في وسيلة التحريض في الفقه الإسلامي

يعد التحريض في الشريعة الإسلامية من باب فعل المنكر سواء ترتب عليه أثر أم لا، وسواء كان المأمور ذا أهلية أم لا، أو كان الآخر ذا سلطان أم لا، إلا أنه في حالة إذا كان المأمور غير مميز ولا يمكنه أن يخالف الأمر، فهو عندئذ يكون بمثابة الاداة في يد الأمر حتى ولو باشر بذاته الجريمة، ويعد الأمر في هذه الحالة هو المباشر لها وليس شريكاً بالتسبب^(١).

فالشريعة الإسلامية تعاقب على التحريض سواء أدى إلى النتائج المقصودة أم لا، لأن ذلك يتفق مع قول النبي ﷺ: «إن الله تجاوز لامتي عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم

(١) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٧ ص ٧٥٧ . المهذب - الشيرازي - ج ٢ ص ١٧٧ .

تعمل به أو تتكلم^(١).

وبدل هذا الحديث على أنه لا عقاب على ما توسوس به النفس ما لم يقتزن حديث النفس بعمل وقد اقتزن بالتحريض.

الفرع الثاني

في وسيلة التحريض في القانون الوضعي

عرفه بعض شراح القانون بأنه: (دفع الغير على ارتكاب الجريمة)^(٢).

ويستوي بعد ذلك أن يكون التحريض خالفاً لفكرة الجريمة لدى الغير، والتي لم تكن موجودة من قبل، أو كان التحريض متمثلاً في تشجيع الغير على تحقيق فكرة الجريمة والتي كانت موجودة قبل التحريض. والتحريض نوعان:

١/ التحريض الفردي: وهو التحريض الموجه إلى فرد أو أفراد معينين بأشخاصهم. ولم يحدد المشرع وسيلة معينة يقع بها التحريض.

٢/ التحريض الجماعي: وهو التحريض الموجه إلى الجمهور.

والواقع أن التفرقة بين التحريض الفردي والجماعي لها أهميتها من حيث الخطورة الإجرامية للفعل، ومع ذلك فإن الحكم القانوني لكل من النوعين من التحريض واحد^(٣).

ويعاقب القانون على التحريض سواء وقعت الجريمة أم لم تقع ومن ذلك المادة (٩٥) من قانون العقوبات المصري، التي تنص على العقاب على التحريض على ارتكاب الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من الداخل إذا لم يترتب على التحريض أثر.

كذلك المادة (١٧٢) التي تعاقب على التحريض على ارتكاب جنايات القتل أو التهريب أو

(١) انظر مستند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٤٧٤، ٤٨١، ٤٧٤. ابن ماجه - ج ١ باب ١٤ ص ٦٥٨. سنن أبي داود - ج ٢ ص ٢٦٤. صحيح

مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ١٤٦، ١٤٧.

(٢) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ٤٢٥.

(٣) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ٤٢٦، ٤٢٧.

الحرق أو الجنايات المخلة بأمن الحكومة بواسطة إحدى الطرق العلانية المنصوص عليها في المادة (١٧١) من قانون العقوبات المصري، إذا لم ترتب على التحريض أي نتيجة.

الفرع الثالث

في وسيلة التحريض

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في العقاب على التحريض مستقلاً وإن لم تقع الجريمة بعد، وذلك مثل المادة (١٩٥) من قانون العقوبات المصري. وهذا ما يحدث في الشريعة الإسلامية أيضاً، حيث تعتبر عقوبة التحريض مستقلة لا تتأثر بوقوع الجريمة وعدمها، وذلك على اعتبار أن التحريض جريمة مستقلة.

كذلك يتفق القانون مع الشريعة في العقاب على إثارة الكراهية. إلا أن الشريعة تختلف معه في أن العقاب على مثل هذا النوع عندها مضطرد ومستمر بيد أن القانون لا يجعل العقاب عليه إلا في أحوال معينة مثل ما نصت عليه المادة (١٧٤) والمادة (١٧٦) من قانون العقوبات المصري.

المطلب الثالث

في وسيلة التحضير

تقسيم:

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:-

الفرع الأول: في وسيلة التحضير في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: في وسيلة التحضير في القانون الوضعي.

الفرع الثالث: في وسيلة التحضير بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفرع الأول

في وسيلة التحضير في الفقه الإسلامي

إن التحضير كوسيلة لإرتكاب الجريمة تكون عليه عقوبة، إلا أنها أخف من عقوبة الجريمة ذاتها. ولا تعتبر مرحلة التحضير معصية إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يعتبر معصية في ذاتها والعلّة في عدم اعتبار دور التحضير جريمة، أن الأفعال التي تصدر من الجاني يجب للعقاب عليها أن تكون معصية ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق الله^(١). وقد يكون العمل التحضيري للجريمة محلاً للمسئولية الجنائية فيعاقب عليه، إذا كان هذا الفعل في ذاته غير مشروع أو وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى الحرام كالظوة بالأجنبية تمهيداً لإرتكاب الفاحشة وكالدخول في البيت بنية السرقة. وقد لا يكون العمل التحضيري عملاً إجرامياً بل هو في دائرة المباح، فلا يكون التحضير هنا جريمة وما هو إلا وسوسة نفسية تتجاوز الله عن مثلها^(٢).

الفرع الثاني

في وسيلة التحضير في القانون الوضعي

عرفت المادة (٢٦) من القانون الأثيوبي الصادر في ٢٣ يوليو ١٩٥٧م، التحضير، فقالت عن الأعمال التحضيرية بأنها: (الأعمال التي يقصد منها التحضير للجريمة أو تسهيلها وبصفة خاصة تجهيز الوسائل وتهيئة ظروف إرتكابها).

ونص قانون العقوبات المصري صراحة في الفقرة الثانية من المادة (٤٥) على أنه (لا يعتبر شروعاً في الجناية أو الجنحة مجرد العزم على إرتكابها ولا الأعمال التحضيرية

(١) أنظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٢٤٧.

(٢) أنظر المرجع السابق - سعد جالي - ص ٢٢.

لذلك). لكن إذا كان هناك عقاباً على العمل التحضيري فإن العقاب عليه ليس بناء على أنه جريمة مستقلة من نوع خاص وذلك مثل الجرائم المنصوص عليها في المادة (٣٢٤) من قانون العقوبات المصري الصادر سنة ١٩٣٧م.

(فخطورة الأفعال المرتكبة بالنسبة للمصلحة محل الحماية تبرز في اللحظة التي يبدأ بها الجاني تنفيذ الجريمة. أما في اللحظة السابقة على ذلك فلا خطر على تلك المصلحة نظراً لاعتبارين:-

الاول: هو أن الأعمال التحضيرية ليست قاطعة في دلالتها على إرادة الفاعل.

الثاني: أنها تحتمل نكوث الفاعل على البدء في تنفيذ الجريمة، فمن يشتري سلاحاً نارياً لاستخدامه لقتل غريمه لا ينطوي على خطورة فعلية على الحياة نظراً لأن الفاعل قد لا يقدم على جريمته اطلاقاً ويستبعد فكرة القتل، بينما تتحقق تلك الخطورة إذا كان الفاعل قد صوب السلاح الناري في مواجهة غريمه ووضع يده على الزناد تمهيداً للضغط عليه^(١).

وهناك بعض التشريعات التي تعاقب على الأعمال التحضيرية مثل القانون السوفيتي الصادر سنة ١٩٢١م إذ تنص المادة (١١) من القانون على أن القاضي يطبق في جميع الأحوال التي لا تتم فيها الجريمة أحد التدابير الوقائية المنصوص عليها في القانون تبعاً لخطورة الجاني^(٢).

وبذلك نصل إلى أن وسيلة التحضير في القانون قد يعاقب عليها وذلك من خلال النظرة إلى العنصر الشخصي وقد لا يعاقب عليها إلا باعتبارها جريمة مستقلة وذلك من خلال النظرة إلى العنصر الموضوعي.

(١) انظر قانون العقوبات -مامون سلامة- ص ٣٦٢، ٣٦٤.

(٢) انظر المرجع السابق -سعد جالي- ص ٢٥.

الفرع الثالث

في وسيلة التحضير

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في عدم العقاب على العمل التحضيري إلا إذا اقترن العمل التحضيري بقرائن تدل على أن هذا العمل هو لجريمة مستقلة ، أو أن هذه الأعمال التحضيرية معصية في حد ذاتها. وذلك كحيازة السلاح بدون ترخيص من السلطات المختصة مما يدل على خطورة الجاني.

المطلب الرابع

في وسيلة الشروع

تقسيم:

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:-

الفرع الأول: في وسيلة الشروع في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: في وسيلة الشروع في القانون الوضعي.

الفرع الثالث: في وسيلة الشروع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفرع الاول

في وسيلة الشروع في الفقه الإسلامي

لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفني كما نعرفه اليوم ولكنه اهتموا بالترقة بين الجرائم التامة وبين الجرائم غير التامة^(١)، وإذا كان الفقهاء القدامى لم يضعوا لنا نظرية عامة فيه فإن ذلك كله لا يعني أن الشريعة الإسلامية أغفلته، ولم تكن تعرفه فالقاعدة فيه يكون على ما لم يكن فيه حد ولا كفارة.

ورد في الإقناع: ((يكون التعزير في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة سواء أكانت حقاً لله تعالى أم لادمي وسواء أكانت من مقدمات ما فيه حد أم لا))^(٢).

فالشروع يعد جريمة غير تامة وإذا كان من مقدمات الجريمة الحدية، ويعاقب عليه بالتعزير. ومثاله: إذا دخل السارق داراً فجمع المتاع ولم يخرج حتى قبض عليه فإنه يعزر لإرتكابه محرماً^(٣).

وجاء في المحلى: ((عن عدي بن أرطاة أنه كتب إلى عمر بن عبد العزيز في رجل نقب بيت قوم حتى دخل البيت فجمع متاعهم فاخذه في البيت قد جمع المتاع فكتب إليه عمر بن عبد العزيز أنه إن لم ينقب البيت ويجمع المتاع لخير فعاقبه عقوبة شديدة ثم أحبسه ولا تدع أن تذكره))^(٤).

وجاء في التشريع الجنائي: (أن الشريعة الإسلامية، عرفت الشروع في الجريمة حق المعرفة، وكل ما في الأمر إنها عالجت بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية.

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٢٤٢.

(٢) انظر الإقناع - الشربيني - ج ٢ ص ١٨٢.

(٣) انظر المبسوط - السرخسي - ج ٢٤ ص ٣٦، المدونة الكبرى - الإمام مالك - ج ١٦ ص ٢٨٢، المهذب - الشيرازي - ج ٢ ص ٢٨٨.

(٤) انظر المحلى - ابن حزم - ج ١١ ص ٢٢٠.

ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع لأن الأفعال التي لم تتم تدخل في جرائم التعازير كما تكون منها معصية، وتعتبر جرائم تامة بذاتها. ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلاً، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها ما دام أول ما تم فيها يعتبر في حد ذاته جريمة تامة وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا إنها جرائم الشروع فلن تأتي بشيء جديد وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعزير وتمييز لجرائم التعزير عن بعضها الآخر دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع^(١).

الفرع الثاني

في وسيلة الشروع في القانون الوضعي

الشروع في الجريمة هو التحرك المباشر نحو إرتكابها بعد أن اتخذت الأعمال التحضيرية. فهو البدء في تنفيذ الفعل بقصد إرتكاب الجريمة التي لم تتم^(٢). ونص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (٤٥) من قانون العقوبات المصري، (على أن الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد إرتكاب جناية أو جنحة إذا وقف التنفيذ أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها).

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يحدد نقطة البدء وأن كان البعض قد اعتبر أن عدم التحديد يعد ميزة في التشريع وذلك على اعتبار أنه أعطى فرصة للنص لإستيعاب صور البدء المختلفة عند تطور الجريمة وتطور أساليبها فيما بعد والوسائل المستخدمة فيها. وقيل لو أن المشرع حدد البدء لقضى على النص بالجمود والقصور وجعله حجر عثرة

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٢٤٥، ٢٤٦.

(٢) Halsbury's Laws of England vol. XI. P.49. Harris's criminal law (H.A. Paler) P.13

أمام تطور الجريمة وتطور أساليبها. كما أن هذا التعريف جعل للشروع أركاناً ثلاثة هي^(١):-

١/ البدء في التنفيذ.

٢/ القصد الجنائي.

٣/ عدم تمام الجريمة لسبب خارج إرادة الجاني.

ونرى أن الشروع يبني على عنصرين هما:-

١/ العنصر المادي وهو البدء في التنفيذ.

٢/ العنصر المعنوي وهو القصد.

العنصر المادي:

يشترط لثبوت الشروع بدء الجاني الفعل لإرتكاب الجريمة، إلا أنه إذا لم ينجح في حصول النتيجة لأي سبب من الأسباب، فهو مسؤول عن فعله هذا وإن لم تترتب عليه نتيجة^(٢). وذلك لأن المسؤولية الجنائية تقتضي وجود الركن المادي وهو قد وجد بذلك. ومثاله: يكون الفاعل مذنباً إذا قصد نشل شخص آخر، ووضع يده في جيب الشخص فلم يجد فيه شيئاً^(٣).

العنصر المعنوي:

طبقاً للنصوص الواردة في قانون العقوبات الباكستاني في المواد (٣٠٧)، (٣٠٨)، (٥١١) فإنه يجب لقيام جريمة الشروع، أن يتوافر بدء التنفيذ بقصد إرتكاب الجريمة. فلا بد من أن يكون الشروع قصداً لأنه يكون بذل جهداً لتحقيق نتيجة معينة وإن لم يتمكن

(١) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ٣٦٢

(٢) A Theory of criminal Tustice (Hymn Gross) P. 127

(٣) انظر المادة (٥١١) من قانون العقوبات الباكستاني.

الجاني من الوصول إليها بأي سبب آخر.

وبناء على ذلك فلا يتصور الشروع في الجرائم غير العمدية لان مايميز جرائم الخطأ هو أن الفاعل فيها لم يهدف إلى نتائج تترتب على فعله^(١).

الفرع الثالث

في وسيلة الشروع

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن كل فعل تعتبره الشريعة الإسلامية معصية يعد جريمة قائمة بذاتها وعليها التعزير إن لم تكن من الجرائم المحددة ومن ثم فالذي يكون مشروعاً في القانون يكون جريمة قائمة بذاتها في الشريعة الإسلامية تستحق التعزير، ذلك لأن الشريعة أوسع نطاقاً من القانون في تأثيم الأفعال، ولقد استعان الفقهاء على ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجاني وقصده من الفعل.

أما القانون الوضعي لا يعتبر هذه الأفعال السابقة إلا مجرد تصميم على ارتكاب الجريمة أو تحضير لها ومن ثم لا عقاب عليه. حيث تنص المادة (٤٥) من قانون العقوبات المصري على ذلك وإذا كان المذهب الشخصي في القانون أخذ الاهتمام من أغلب شراح القانون كمعيار لتحديد معنى الشروع وذلك بتأثير بعض التي يستدل منها على خطورة الجاني.

فإن الفقه الإسلامي سبق الفقه القانوني في ذلك، فضلاً عما يمتاز به من ضابط التأثيم الذي لا يتغير ولا يستثنى منه شيء إلا باعتبار كل فعل معصية، جريمة تستوجب التعزير

(١) Criminal law Journal (1955)1992 .

ان لم يكن من الحدود المقدرة^(١). (وذلك عكس القانون الذي يعاقب غالباً على الشروع في أكثر الجنايات وفي بعض الجنح دون البعض الآخر وليس له قاعدة عامة في ذلك)^(٢).

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية -سعد جبالي عبد الرحيم- ص. ٤٠ .
(٢) انظر التشريع الجنائي الإسلامي -عبد القادر عودة- ج ١ ص ٢٤٦ .

الفصل الأول
في ماهية الدفاع الشرعي الخاص

الفصل الأول

في ماهية الدفاع الشرعي الخاص

تقسيم :

سنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :-

المبحث التمهيدي : في الإباحة والحق .

المبحث الأول : في مفهوم الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الثاني : في مشروعية الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الثالث : في طبيعة الدفاع الشرعي الخاص وتكييفه القانوني.

المبحث الرابع : في التطور التاريخي للدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الخامس : في وظيفة الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث السادس : في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي الخاص وحالة الضرورة.

المبحث السابع : في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص.

المبحث التمهيدي في الإباحة والحق

تمهيد:

لما كان الإنسان لا ياتلف إلا مع بني جنسه، كان مدنياً بالطبع، وأصبح أعضاء هذا الجنس لا يعيشون إلا مع بعضهم البعض الأمر الذي يؤدي إلى وجود علاقات متعددة تسودهم جميعاً مما يؤدي ذلك بدوره أيضاً إلى عدم خلو الأمر من وجود خلافات بينهم وهذا الاختلاف ثبت منذ بدء الخليقة على وجه الأرض لرغبة جامعة يراد إشباعها. ولما كان الاختلاف قد يؤدي إلى إعتداء كان لا بد من وجود دفع يواجهه ولا فسدت الأرض، حيث يقول الله تعالى: «ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد»^(١).

لذا أصبح دور الفرد في الحياة يدور بين أمرين^(٢):-

الأمر الأول: يتمثل في الحق في الدفاع عن نفسه وعرضه وماله، إذا كان هناك إعتداء حال حقيقي غير مشروع واقع عليه، وذلك بالقدر اللازم والمناسب.

الأمر الثاني: يتمثل فيما يجب عليه من عدم التعرض لأي حق من حقوق الآخرين ومن هنا فإن دور الفرد قد يكون حقاً له وقد يكون واجباً عليه.

فإذا وجد الحق كان لا بد أن يقابله الواجب وإذا وجد الواجب كان لا بد من مقابلة الحق له وذلك بصرف النظر عن الواجبات المطلقة.

كما أن الحق إذا كان من جنس معين كان لا بد أن يكون الواجب من نفس الجنس.

(١) سورة الحج - الآية ٤٠ .

(٢) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم - ص ٥١٠.

أما تعيين مدى الواجب فيكون بالرجوع إلى المعيار العادي وإذا طرأت ظروف غير عادية فيمكن أن تؤثر على مدى الإلتزام زيادة ونقصاناً^(١).

فالحق إذا وجد يقابله واجب عام وواجب خاص والعكس صحيح، والمثال التالي يوضح ذلك:

فمثلاً إذا كان لك الحق على شيء كاستغلالك لأرضك فيقابل هذا الحق واجب عليك بأن يكون هذا الاستغلال مشروط بعدم ضرر الآخرين وهذا ما يمكن أن نطلق عليه الواجب الخاص.

أما الواجب العام فيمكن في عدم تعرض الآخرين لإستغلالك لهذه الأرض بالشروط المشروعة فعلى المجتمع أن يعطيك حقاً في مباشرتك لها، وبالمثل إذا نظرنا إلى الواجب فنجد أنه يتمثل في عدم ضرر الآخرين في مباشرتك لهذه الأرض مقروناً بالشروط المشروعة. وأما العام فيتمثل في دفاع المجتمع عن نفسه إذا أصيب من استغلالك لها، كذلك قد يكون القتل قصاصاً حقاً لولي الدم إذا باشره ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاّد إذا تركت مباشرته له^(٢). وبذلك يمكن القول باتفاق الحق مع الواجب في الأثر المترتب على كل منهما وهو الإباحة.

ويعد كل من الحق والواجب سبباً من أسباب الإباحة، حيث جاء في التشريع الإسلامي: (إذا كان الحق والواجب يختلفان في طبيعتهما إلا أنهما يتفقان من الناحية الجنائية إلا أنهما أداء لواجب أو استعمالاً لحق لهو فعل مباح ولا يعتبر جريمة)^(٣).

وهذا ما يتفق فيه القانون مع الشريعة، حيث في الشريعة يباح للجلاّد أن يقوم بتنفيذ

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بتاريخ مارس ١٩٤٣م بأن السرعة التي تحدثت عنها لائحة السيارات هي السرعة التي يجب عدم تجاوزها في الظروف العادية أما إذا اقتضى الحال سرعة أقل فمراعات مقتضيات هذا الحال تكون هي الواجبة بالرجوع إلى معيار الرجل العادي -انظر موسوعة القضاء والفقه- الفكهاني ج ٢٥ ص ٤٤٩.

(٢) انظر استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية -سامح السيد جاد- ص ١٠٥ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية -سعد جبالي عبد الرحيم- ص ٥٢.

(٣) انظر التشريع الجنائي الإسلامي -عبد القادر عودة- ج ١ ص ٤٧١.

عقوبة الإعدام الذي يعد بمثابة الواجب إذا تركت مباشرته له، وفي نفس الوقت يعد بمثابة الحق لولي الدم إذا باشر القتل قصاصاً.

وفي القانون يخول لرجال الشرطة، سلطة في تفريق المظاهرات ولو بالقوة وذلك بقصد حفظ الأمن.

وبالجملة لما كان الحق قد يكون في نفس الوقت هو الواجب والواجب في ذلك ليس إلا وسيلة لتقرير الحق.

لذا رأينا الاختصار على التعرض للحق فقط طالما قد يكون في نفس الوقت هو الواجب. والتعرض للحق يقتضي التعرض للإباحة أولاً حتى يمكن تحديد أبعاد الحق ومتى يباح استعماله هذا وبعد ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: في الإباحة وأسبابها.

المطلب الثاني: في الحق ومصادره وحمايته.

المطلب الأول

في الإباحة وأسبابها

تمهيد:

إذا كان الفعل الذي يشكل إعتداء على حق معين وكان في نفس الوقت يصون حقاً ما، كان هذا الصون سبباً في إباحة هذا الفعل لأنه في الحقيقة لا ينتج عنه إعتداء على حقوق المجتمع في مجموعها^(١) وحتى لو كان ينتج عنه إعتداء ولكن في نفس الوقت يصون حقاً، كان هذا الحق هو الجدير بالرعاية^(٢).

(١) انظر شرح قانون العقوبات - محمد نجيب حسن - ص ١٦٠.

(٢) انظر استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية - سامح السيد جاد - ص ٢١٥ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جالي عبد الرحيم - ص ٥٥.

ولذا يرجح الحق المصان على الحق المعتدى عليه عند الجميع لأن الأساس في الإباحة هو حماية مصلحة رأى المشرع أنها أجدر بالرعاية.

ولعل ما ذكر يتفق مع الواقع والمنطق، لأنه ليس من المعقول أن يقرر المشرع حقاً ثم يجرمه عند الاستعمال، أو يعاقب عليه، ولأن ذلك يؤدي إلى تناقض وإلى تجريد لقيمة الحق نفسها.

وبعد ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:-

الفرع الأول: في الإباحة وأسبابها في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: في الإباحة وأسبابها في القانون الوضعي.

الفرع الثالث: في الإباحة وأسبابها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفرع الأول

في الإباحة وأسبابها في الفقه الإسلامي

في اللغة:-

الإباحة في اللغة هي الإظهار والإعلان، وقد تأتي بمعنى الأذن والإطلاق يقال أبحته أي أطلقته^(١).

في الفقه الإسلامي:-

اتفق معظم الفقهاء على أن الإباحة من الأحكام الشرعية خلافاً لبعض المعتزلة^(٢) مثل الكعبي، كما اتفقوا أيضاً على أن المباح تخير بين الفعل والترك. وتعرف الإباحة بعدة صيغ

(١) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ٢ ص ٤١٦ . القاموس المحيط - الفيروز آبادي - ج ١ ص ٤٤٤ .

(٢) انظر الأحكام في أصول الأحكام - الأمدى - ج ١ ص ١١٥ .

منها^(١) -

١/ صيغة الحل كقوله تعالى: «اليوم أحل لكم الطيبات»^(٢).

٢/ صيغة رفع الإثم أو الجناح أو الحرج مثل قوله تعالى: «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»^(٣).

٣/ صيغة الأمر مع القرينة الصارفة عن الواجب كقوله تعالى: «وإذا حللتكم فاصطادوا»^(٤).

٤/ وصيغة استصحاب الأصل إذ الأصل في الأشياء الإباحة، حيث يقول تعالى: «هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً»^(٥).

والمراد بالإباحة هنا هو عدم الضمان وليس المراد بها ما يقابل سائر أقسام الحكم التكليفي. وهي الحالات التي تعترض الفعل المحرم بالأصل فتبيحه في هذه الحالات دون غيرها. وعندما يتوفر السبب المبيح لا يبقى على نص التحريم أثراً. ولا يكون للجريمة وجوداً.

والذي يبرر أفعال الدفاع الشرعي، ومن ثم انعدام المسؤولية الجنائية والمدنية، هو أن الشريعة الإسلامية جعلت الدفاع الشرعي حقاً يكون بموجبه للمدافع سلطة ارتكاب ما يدفع عنه الخطر الحال أو الوشيك.

وأن قيام تلك المسؤولية ومن ثم تحمل الشخص العقاب، إنما قرر لمصلحة الجماعة، والجماعة لا تتضرر بفعل المدافع وليس عدم تضرر الجماعة هو المبرر الوحيد لإباحة أفعال الدفاع بل إن مصلحة الجماعة متوقفة على ممارسة الدفاع الشرعي، إذ أن المعتدي

(١) انظر أصول الفقه - حسين حامد حسان ص ٧٠ ، أصول الفقه للحنفية - محمد أنيس عباد - ص ٥٥ .

(٢) سورة المائدة - الآية ٥ .

(٣) سورة البقرة - الآية ١٧٢ .

(٤) سورة المائدة - الآية ٢ .

(٥) سورة البقرة - الآية ٢٩ .

سيواجه مباشرة عواقب أفعال الدفاع الشرعي والتي ربما تكون أقوى وأشد مما يناله من عقوبة القانون الامر الذي يجعل المعتدي يتردد كثيراً في إعتدائه.

الفرع الثاني

في الإباحة وأسبابها في القانون الوضعي

الإباحة في القانون الوضعي هي وصف يلحق الفعل العام^(١).

أسباب الإباحة:-

هي الظروف التي نص عليها المشرع وجعل من آثارها نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل. فالقواعد التجريبية ليست مطلقة وإنما مقيدة، بمعنى أنه في ظروف محددة يعتبر الفعل أو الواقعة المنصوص عليها فيها جريمة مباحة ومشروعة. ولذلك يتحدث القانون في هذا الصدد عن الجريمة الظاهرة، باعتبار أن الواقعة بالرغم من تطابقها مع الواقعة المجرمة تعتبر مباحة وتتفي عنها صفة عدم المشروعة^(٢).

الطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة:-

إذا كانت عدم المشروعية موضوعية، فمعنى ذلك أن أسباب الإباحة بدورها لا بد وأن تكون ذات طبيعة موضوعية بمعنى أن توافرها من عدمه، وبالتالي أعمال أثرها القانوني لا يتوقف على الموقف النفسي للفرد، وإنما يتوقف على تحقيق الظروف المتطلبة لإباحة الاضرار بالمصالح المحمية جنائياً. فالشخص يعتبر في حالة دفاع شرعي مثلاً حتى ولو كان يعتقد بعدم توافر تلك الحالة وأنه يرتكب جريمة^(٣).

(١) انظر النظرية العامة للإباحة -خلود سامي- ص١٤٦. نقلاً عن تكليف نور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية -سعد جالي عبد الرحيم ص٥٩.

(٢) انظر قانون العقوبات -سامون سلامة- ص١٦٩.

(٣) انظر قانون العقوبات -سامون سلامة- ص١٧٠.

الجهل بالإباحة:-

عرفه الاستاذ مامون سلامة: (باعتقاد الشخص خطأ بعدم توافر سبب الإباحة على خلاف الحقيقة)^(١).

فقد يرتكب الشخص الفعل معتقداً أنه يرتكب جريمة معاقباً عليها جاهلاً النص القانوني الذي يبيحها في الظروف التي ارتكبت فيها أو جاهلاً تكييف الظروف التي أحاطت بفعله بأنها ظروف مبيحة. وإذا تحقق شرط الإباحة تعتبر الإباحة متوافرة واجبة التطبيق، وإن جهل وجودها مرتكبها^(٢).

وذلك كالذي ينتهز فرصة إنشغال غريمه بالاعتداء على آخر ويعتدي هو عليه، يعتبر في حالة دفاع شرعي عن نفس الغير بالرغم من اعتقاده بأنه يرتكب جريمة ضرب.

وإذا كانت أسباب الإباحة موضوعية فطبيعة الحال لا يكون لهذا الجهل بها أي أثر قانوني في نفيها. فسبب الإباحة يحدث أثره في نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل سواء علم به مرتكبه أو لم يعلم أو كان يعتقد بعدم توافر شرائطه القانونية^(٣).

الغلط في الإباحة:

عرفه الاستاذ مامون سلامة: (بالاعتقاد الخاطئ بتوافر الظروف المادية التي يتطلبها القانون لقيام سبب الإباحة وذلك على خلاف الحقيقة)^(٤).

ولذا إذا فقدت الإباحة شرطاً من شروطها انتفى أثرها وبالتالي يعتبر الفعل المرتكب غير مشروع حتى وإن اعتقد الفاعل أثناء ارتكابه لجريمة أنه يتمتع بسبب من أسباب

(١) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ١٧٦ .

(٢) انظر المبادئ العامة في قانون العقوبات - سامي النصاروي - ص ١ ص ١٤١ .

(٣) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ١٧٦ .

(٤) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ١٧٧ .

الإباحة^(١). ومثال ذلك أن يعتقد الجاني أن هناك خطراً حالاً غير مشروع يتهده في نفسه أو في ماله من آخر فيعتدي عليه اعتقاداً منه بتوافر شروط الدفاع الشرعي.

تشابه أسباب الإباحة مع موانع المسؤولية وموانع العقاب والفرق بينها:-

لما كانت أسباب الإباحة توجد بسبب ركن من أركان الجريمة وهو عدم المشروعية. كان هناك ما يتشابه معها أيضاً في فقد ركن من أركان الجريمة وهو الركن النفسي الذي يمنع المسؤولية.

كذلك لما كانت أسباب الإباحة تبيح الفعل وتخرجه من نطاق التجريم رغم توافر المظهر المادي بناء على المصالح الاجتماعية^(٢) بذلك تتشابه مع غيره في الأمور التي تضع العقاب. ومن ثم كانت النتيجة أن الفاعل في كل منهما لا يعاقب جنائياً.

الفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية:-

١/ أن أسباب الإباحة تعدم الركن الشرعي للجريمة، وموانع المسؤولية، تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانوناً مما يؤدي إلى التأثير في الركن المعنوي فتهده^(٣).
٢/ أسباب الإباحة عينية وتتصل بالفعل ذاته، وموانع المسؤولية ذات طبيعة شخصية^(٤).
٣/ أسباب الإباحة تستبعد المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية. وموانع المسؤولية لا تستبعد إلا المسؤولية الجنائية.

٤/ الشريك في الفعل القائم به سبب من أسباب الإباحة يتمتع بالإباحة عكس الشريك في الفعل القائم به مانع من موانع المسؤولية لا يعفي من العقاب^(٥).

(١) انظر النظرية العامة للإباحة -خلود سامي- ص١٤٦ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية -سعد جباري عبد الرحيم ص٦١.

(٢) انظر المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) انظر المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) انظر المبادئ العامة في قانون العقوبات -سامي النصراري- ص١٤٤.

(٥) انظر شرح العقوبات -محمود نجيب حسني- ص١٦٩.

٥/ أسباب المسؤولية تمحو الجريمة وموانع المسؤولية تمحو المسؤولية عن الفعل مع بقاء الفعل ذاته جريمة^(١).

٦/ قيام سبب من أسباب الإباحة يمنع تطبيق أي تدبير احترازي، أما قيام أي مانع من موانع المسؤولية لا يمنع، وذلك كالمجنون الذي يمكن إيداعه في مصحة معينة. وبذلك يكون أثر الإباحة أقوى من أثر مانع المسؤولية ولو اجتمعا فإن عدم العقاب يستند إلى ما هو أقوى وهو إباحة الفعل^(٢).

الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب:

عرف البعض موانع العقاب (بأنها حالات وصفات نص عليها القانون بأن من شأنها أن تمنع توقيع العقوبة على الجاني مع قيام مسؤوليته عن الجريمة)^(٣). فهي منحة يمنحها القانون لغاية خاصة يرمى إليها كتشجيع المجرمين على عدم الإسترسال في جرائمهم.

ويتضح الفرق بينهما وبين موانع العقاب في الأمور التالية:-

١/ قيل إن موانع العقاب واردة في القانون الجنائي على سبيل الحصر عكس أسباب الإباحة فهي ليست كذلك.

٢/ كما أنه بذلك تكون قاعدة المنع قاعدة استثنائية بحيث لا يجوز أن تكون محلاً للقياس وذلك بعكس أسباب الإباحة فهي تجوز أن تكون محلاً للقياس^(٤).

٣/ موانع العقاب يقتصر أثرها على الشخص الذي توافرت فيه، أما أسباب الإباحة

(١) انظر استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية - سامح السيد جاد - ص ٢٠٧، نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ٦٢.

(٢) انظر النظرية العامة للإباحة - خلود سامي - ص ١٤٧ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ٦٢.

(٣) انظر الأعداء القانونية المخففة للعقوبة - فخري عبد الرازق - ص ٧٢ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ٦٢.

(٤) انظر النظرية العامة للإباحة - خلود سامي - ص ١٥١، ١٥٢ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالي عبد الرحيم - ص ٦٢.

فيتمد أثرها إلى كل من ساهم في الجريمة^(١).

٤/ موانع العقاب ذات صفة شخصية قد تكون بسبب صلة بين الأفراد أو حالة طبيعية تخلق في الشخص. أما أسباب الإباحة فهي ذات طبيعة موضوعية لأنها نشاط يأتيه الجاني^(٢).

٥/ سند إمتناع العقاب اعتبارات المنفعة الاجتماعية .. أما سند الإباحة فهو إنتفاء أحد أركان الجريمة^(٣).

٦/ القاعدة المبيحة هي مصدر الإباحة أما القاعدة المانعة للجزاء الجنائي هي مصدر القاعدة المعفية من العقاب^(٤).

٧/ موانع العقاب تأتي بعد قيام الجريمة واكتمال إرتكابها وذلك عكس أسباب الإباحة فهي تقوم وقت إرتكاب الفعل^(٥).

٨/ القاعدة المعفية من العقاب لا تؤثر في وصف التجريم بل تقتصر على إعفاء الجاني من الجزاء الجنائي فحسب. وذلك لأن سندها هو اعتبار المنفعة الاجتماعية التي تحدد سياسة العقاب^(٦).

(١) انظر شرح قانون العقوبات -محمود نجيب حسني- ص١٧.

(٢) انظر الأعدار القانونية المخففة للعقوبة -فخري عبد الرازق الحديثي- ص٧٨ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافأة الجريمة الجنائية -سعد جبالي عبد الرحيم- ص٦٤.

(٣) انظر شرح قانون العقوبات -محمود نجيب حسني- ص١٧.

(٤) انظر استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية -سامح السيد جاد- ص٢٠٢، نقلاً عن المرجع السابق -سعد جبالي عبد الرحيم- ص٦٥.

(٥) انظر النظرية العامة للإباحة -خلود سامي- ص٩، نقلاً عن المرجع السابق -سعد جبالي عبد الرحيم- ص٦٥.

(٦) انظر استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية -سامح السيد جاد- ص٢٠٢، نقلاً عن المرجع السابق -سعد جبالي عبد الرحيم- ص٦٥.

الفرع الثالث

في الإباحة وأسبابها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن دور الفرد في الدفاع عن الخطر الواقع على نفسه ، أو عرضه ، أو ماله لا يكون بمثابة الإباحة فقط ، فغالباً مايكون واجباً في الشريعة الإسلامية لدرجة أن من يتركه ويمتنع عن فعله ، يكون للقاضي الحق في تعزيره. (الذي يترك الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله الذي له أهمية يعتبر في الحقيقة مقصراً في حق المجتمع الذي يحرص على حماية النفس والأعراض والأموال فضلاً عن أن الشريعة تمقت الإستسلام والضعف)^(١).

وذلك عكس القانون الوضعي الذي لايريد على أن يجعل هذا الدور سبباً من أسباب الإباحة، وإذا كان هناك من ذهب إلى كونه واجباً فلا يقصد من ذلك الإلزام بل يقصد بوجوبه (أنه واجب من حيث قيمته الاجتماعية)^(٢).

ولقد ذهب الفقيه الفرنسي (جارو) إلى أن الدفاع الشرعي ليس التزاماً قانونياً على الفرد بحيث يلقي على عاتقه واجب الدفاع^(٣).

(١) انظر نظرية الدفاع الشرعي - يوسف قاسم - ص ٢٢٢ .

(٢) انظر المرجع السابق - يوسف قاسم - ص ٢٢٢ .

(٣) انظر النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي - نعيم فرحات - ص ١٥ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ٦٦ .

المطلب الثاني في الحق ومصادره وحمايته

تقسيم:

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:-

الفرع الأول: في الحق ومصادره وحمايته في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: في الحق ومصادره وحمايته في القانون الوضعي.

الفرع الثالث: في الحق ومصادره وحمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفرع الأول

في الحق ومصادره وحمايته في الفقه الإسلامي

أولاً: في تعريف الحق:

في اللغة^(١):

لفظ (الحق) لفظ مستقر في اللغة، كثير الجريان على اللسان والاقلام، كثير الورد في القرآن والحديث وكتب الفقه والاصول والقانون وغيرها.

وفي كتب اللغة: الحق نقيض الباطل، قال تعالى: «ولا تطبسوا الحق بالباطل»^(٢).

وحق الامر ويحق (بكسر الحاء وضمها) حقاً وحقوقاً صار حقاً وثبت. قال الازهري: معناه وجب وجوباً وقال تعالى: «لقد حق القول على اكثرهم»^(٣) أي وجب وثبت. واحققت الامر إحقاقاً إذا أحكمته وصححته. واحتق القوم قال كل واحد منهم الحق في يدي. والحق

(١) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ١٠ ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة - الآية ٤٢.

(٣) سورة يس - الآية ٧.

من أسماء الله تعالى، وقيل من صفاته. وفي القرآن الكريم: «ثم رددوا إلى الله مولاهم الحق»^(١)

في الإصطلاح: يقول الشيخ علي الخفيف: ((إن فقهاء الإسلام لم يعنوا بذكر حد أو رسم للحق كأنهم رأوه واضح المعنى فاستغنوا عن تعريفه... وإن استعمال الحق كثير متنوع، وإن أنواعه متعددة مختلفة، وفضلاً عن ذلك فإنه يتنوع إلى حق مالي وحق خلقي وحق أدبي وحق اجتماعي وهو في حاجة إلى تعريف حتى يتميز عن غيره))^(٢).

وعرف الحق بأنه ((مصلحة مستحقة شرعاً))^(٣) ثم أخذ في توضيح هذا التعريف فقال: أن الحق يجب أن يكون مصلحة لمستحقه، تتحقق بها له فائدة مالية أو أدبية، ولا يمكن أن يكون ضرراً.. ولا بد من أن تكون هذه المصلحة أو الفائدة لصاحب يستحقها ويختص بها. وكفي في المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة إليه. وعلى هذا يتناول التعريف حقوق الله، مع أنه تعالى لا يناله فائدة منها وإنما الفائدة لجميع الناس، وذلك كحقه تعالى في إقامة الأحكام الشرعية^(٤).

وبين القرافي المراد بحق الله وبحق العبد، فقال حق الله، أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه^(٥).

وقد عرفه الشيخ عيسوي بأنه: ((بأنه مصلحة ثابتة على سبيل الاختصاص والاستثثار يقرها الشارع الحكيم))^(٦).

وقد مهد الشيخ عيسوي لتعريفه هذا بقوله: ((إن علماء الأصول يتكلمون عن الحقوق

(١) سورة الأنعام - الآية ٦٢.

(٢) انظر الحق والذمة - علي الخفيف - ص ٣٦.

(٣) انظر الحق والذمة - علي الخفيف - ص ٣٧.

(٤) انظر الحق والذمة - علي الخفيف - ص ٣٧.

(٥) انظر الفروق - القرافي - ج ١ ص ١٤.

(٦) انظر المدخل للفقه الإسلامي - عيسوي أحمد عيسوي - ص ٣٢٨.

وأنواعها عند الكلام عن (المحكوم به). ويلاحظ أن الفقهاء والمفسرين للقرآن قد اعتمدوا في تصويرهم للحق على ما ورد لمادة (حق) من معان في اللغة. ثم يقول: إن عناصر الحق الثبوت والوجوب والاختصاص والإستثناء والحماية أيأ كان مصدرها، ومن الظاهر أن الإنسان لا يحمي شيئاً إلا إذا كان له فيه مصلحة. ويجانب ذلك نجد علماء أصول الفقه يذكرون في بيان المحكوم به (وهو الحقوق) بمختلف أنواعها، أنه فعل الإنسان الذي يتعلق به خطاب الشارع، أي ما يطلب من الإنسان القيام به من المشرع - وهو الله تعالى - بمصلحة الفرد أو المجتمع أو كليهما معاً^(١).

ثانياً: في مصادر الحق:

إن الوفاء بحاجات الناس ومصالحهم يعد من أهداف الشريعة الإسلامية، وجاءت نصوص الشريعة لتدل على ذلك، وكانت تلك النصوص بمثابة الوعاء الذي نستقي منه الحقوق وتصبح حاجات الناس ومصالحهم مشروعة. ومن ثم يكون مصدر الحقوق في الشريعة الإسلامية هو ما تحفل به مصادر التشريع الإسلامي وماتحويه من أمور شرعية. والتشريع الإسلامي حينما يأتي بالحقوق يأتي بها وفقاً لمصالح الناس ومقتضياتهم، (فالحق في الفقه الإسلامي وليد الشرائع ولم يكن حقاً طبيعياً وإنما هو منحة إلهية يعطيها الله للأفراد وفق ما يقتضي به صالح الجماعة)^(٢).

ثالثاً: في حماية الحق:-

حماية الحق في الشريعة الإسلامية طبقاً للنصوص لا تقتصر على السلطة الحاكمة فقط، بل أعطى الحق لمن يريد أن يحمي حقه الخاص به، وذلك بإباحة دفع الصائل بنص

(١) انظر المدخل للفقه الإسلامي - عيسوي أحمد عيسوي - ص ٢٢٨ .

(٢) انظر المدخل للفقه الإسلامي - محمد سلام منكور - ص ١٢١ نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم ص ٧٢

شرعي حيث جاء في التنزيل وهو قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^(١) ويقول تعالى: «ولن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل»^(٢) وبما قاله النبي ﷺ: «من قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل/دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد»^(٣) وتوسعت الشريعة في هذه الحماية بعد ذلك بإعطاء الحق لكل فرد أن يقاوم المنكر أيأ كان موقعه إذا كان قادراً، وقال الله تعالى: «كنتم خير أمة أخرجت للناس تامرون بالمعروف وتنهون عن المنكر»^(٤).

وذلك لا يعني إلا أن الشارع يريد تحقيق مصلحة ومن ثم إذا كانت العلة من فعل الطاعات هي المصلحة فإن أحل الله ما كان محرماً قبل ذلك فلا يكون القصد منه أيضاً إلا تحقيق المصلحة، وقد وضع الإمام الشاطبي هذا المعنى حين قال: ((الشارع لا قصد له في فعل المباح دون تركه، ولا في تركه دون فعله، بل قصده جعله لخيرة المكلف فما كان من فعل أو ترك، من المكلف فذلك قصد الشارع بالنسبة إليه))^(٥).

إن دور الفرد في حماية نفسه أو عرضه أو ماله ضد الخطر الذي يصيبه، لا يكون بمثابة الإباحة فقط، فغالباً ما يكون واجباً في الشريعة الإسلامية لدرجة أن من يتركه ويمتنع عن أدائه يكون للقاضي الحق في تعزيره، وقد قال في ذلك الدكتور يوسف قاسم: (الذي يترك الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله الذي له أهمية يعتبر في الحقيقة مقصراً في حق المجتمع الذي يحرص على حماية النفس والأعراض والأموال فضلاً عن أن الشريعة تمتت الاستسلام والضعف)^(٦).

(١) سورة البقرة - الآية ١٩٤ .

(٢) سورة الشورى - الآية ٤١ .

(٣) انظر تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي - المباركفوري - ج ٤ ص ٦٨١ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٢١٠ .

(٤) سورة آل عمران - الآية ١١٠ .

(٥) انظر الموافقات - الإمام الشاطبي - ج ١ ص ١٢٥ .

(٦) انظر نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي - يوسف قاسم - ص ٢٣٢ .

ونصت السنة النبوية، حينما قال النبي ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فلبسائه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان»^(١).

الفرع الثاني

في الحق ومصادره وحمايته في القانون الوضعي

أولاً: في تعريف الحق:-

تعد فكرة الحق من فلسفة القانون^(٢)، واختلف الفقهاء والمفكرون حول الحق والقانون ومكان كل منهما من الآخر، وقام من بينهم من أنكر -أو حاول إنكار- فكرة الحق أصلاً^(٣).

واختلف المتمسكون منهم بفكرة الحق حول تعريف الحق وانقسموا إلى ثلاثة مذاهب، وإليك بيان هذه المذاهب:

١/ المذهب الشخصي:-

وينظر أصحابه -كما هو ظاهر من تسميته إلى الحق من ناحية صاحبه- ويعرفونه بأنه سلطة إرادية يستعملها صاحب الحق في حدود القانون وتحت حمايته^(٤).

ولكن ورد أن هذا المذهب تعرض لنقد شديد وذلك بسبب ربطه الحق بالإرادة، فحين أن الحق قد يثبت لشخص دون أن تكون له إرادة، كما في حالة المجنون والطفل غير المميز، وقد يثبت للشخص دون علمه، كما في حالة الغائب، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا المذهب يخلط بين الحق وبين استعماله، فالحق قد يثبت للشخص -كما سبق القول- دون

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ١٢ وما بعدها. مسند الإمام أحمد - ج ٣ ص ٢٠ سنن أبي داود - ج ٤ ص ١٢٢.

(٢) انظر استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية - سامح السيد جاد - ص ٢٠. نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبد الرحيم ص ٦٩.

(٣) انظر الحق - جميل الشرقاوي - ص ٦ وما بعدها. في التسليم بفكرة الحق - عبد المنعم الببراوي - ص ٢٦٠.

(٤) انظر قانون العقوبات - سامون سلامة - ص ٦٠، ٥٩.

أن تكون له إرادة أو دون علمه، أما استعمال الحق وممارسته فلا يكون إلا بتدخل الإرادة، ولذلك فإنه في حالة الطفل غير المميز، فإن الحق يثبت له، ولكن يباشره وليه أو وصيه نيابة عنه^(١).

٢ / المذهب الموضوعي:-

وهو المذهب الذي ينظر إلى الحق، لا إلى شخص صاحبه، والحق -وفقاً لهذا المذهب- (مصلحة يحميها القانون). وعنصر الحق -كما هو واضح من التعريف- هما: المصلحة والفائدة (المادية أو الأدبية) التي تتحقق لصاحب الحق، والحماية القانونية، أي الدعوى القضائية. وإذا كان هذا التعريف قد تغاды النقد الموجه للمذهب الشخصي إلا أنه بدوره قد عيب عليه أنه عرف الحق بالغاية التي هي المصلحة والتي تعتبر هدفاً للحق لا ركناً فيه^(٢).

وفضلاً عن ذلك فإن الحماية القانونية عن طريق الدعوى تأتي كنتيجة لحق قائم فعلاً، فهي لاحقة عليه وليست جزءاً منه (فليس صحيحاً أن يقال: أن ما يعتبر حقاً هو كذلك، لأن القانون يحميه، بل الصحيح أن يقال: أن القانون يحميه لأنه حق)^(٣).

ومما يؤخذ كذلك على هذا المذهب أنه -إذ يجعل الحماية عنصراً في الحق- يرد الحق ذاته إلى الدولة، التي إن شاعت تدخلت لحماية ما تراه حقاً، وإن شاعت لا تتدخل.

(١) انظر قانون العقوبات -مامون سلامة. ص ٦٠، الوجيز في نظرية الحق -محمد كمال عبد العزيز- ص ١٧٥.

(٢) انظر قانون العقوبات -مامون سلامة- ص ٦٠.

(٣) انظر نظرية الحق -جميل الشراوي- ص ١٩، مبادئ القانون -عبد المنعم البدر- ص ٢٦٤.

٣/ المذهب المختلط:-

جمع هذا المذهب بين المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي وذلك لكي يتفادى ما وجه إليهما من نقد. فاعتبر الحق سلطة إرادية ومصلحة محمية.

وإذا كان أنصار هذا المذهب يتفقون في هذا الجمع إلا أنهم يخطفون، بإيهما يدعون، فمنهم من يقدم الإرادة في التعريف على المصلحة، ومنهم من يقدم المصلحة في التعريف على الإرادة.

فالفريق الأول يعرف الحق بأنه قدرة إرادية في خدمة مصلحة ذات صفة اجتماعية وتباشر بواسطة سلطة إرادة مستقلة. بينما يعرفه الفريق الثاني بأنه مصلحة محمية عن طريق القدرة الإرادية للشخص صاحب الحق^(١).

وعلى أية حال فإن الحق عند هؤلاء أو أولئك: (سلطة إرادية ومصلحة محمية). وإذا صح النقد الموجه إلى المذهبين، الشخصي والموضوعي، فإنه يوجه إلى هذا المذهب المختلط.

ثانياً: في مصادر الحق:-

مصادر الحق في القانون متنوعة. منها الرسمية ومنها الموضوعية، فالرسمية في معظم الدول ترجع إلى التشريع غالباً، فضلاً عن العرف وقواعد العدالة. والموضوعية هي الدين والأخلاق والفلسفات الاجتماعية والاقتصادية. وإذا كان الفقهاء القانونيون الذين اتبعوا المذهب الاجتماعي جعلوا القانون هو مصدراً للحق فإنهم بفعلهم هذا لم يخالفوا الفقه من حيث المبدأ.

ويعتمد القانون الوضعي في إثباته للحق على وقائع أو أحداث أو أمور معينة يعتبرها

(١) أنظر التعسف في استعمال الحق - محمد شوقي السيد - ص ٤٦، نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم ص ٧١.

مصادر مباشرة للحق، التي تولده، وقد ردوا هذه المصادر المباشرة إلى نوعين أساسيين، الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

والواقعة القانونية هي كل فعل مادي طبيعي أو اختياري يرى القانون عليه أثراً قانونياً من إنشاء حق أو تغييره أو زواله.

أما التصرف القانوني فهو عمل إرادي محض لأنه عبارة عن إتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني عن إنشاء حقه أو نقله أو تغييره أو إنقضائه^(١).

ثالثاً: في حماية الحق:-

إذا أعطى القانون حقاً معيناً للفرد فيعني ذلك أن المصلحة التي من أجلها أعطى الحق كانت ذات اعتبار عنده. وإذا كان الأمر كذلك كان المنطق يقضي بأنه لا بد من حماية الفرد في حقه حتى يستطيع ممارسته ولو كان استعماله يضر بالآخرين طالما كان ذلك الاستعمال في إطار شروطه المرسومة له قانوناً.

(١) انظر استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية - سامح السيد جاد - ص ١٨٢ . الوجيز للمدخل للفقہ الإسلامي - محمد سلام مفكور - ص ١٢٢، نقلاً عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالي عبد الرحيم ص ٧٢ .

الفرع الثالث

في الحق ومصادره وحمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إذا كان الفقهاء القانونيون الذين اتبعوا المذهب الإجتماعي جعلوا القانون هو مصدراً للحق. فإنهم بفعلهم هذا لم يخالفوا الفقه الإسلامي من حيث المبدأ.

إلا أن القانون يختلف عن الفقه في اثباته للحق بإعتماده على وقائع أو أحداث أو أمور معينة يعتبرها مصادر مباشرة للحق، وقد ردوا هذه المصادر إلى نوعين أساسيين، هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

وإذا كان القانون الوضعي قد منح الإنسان الحق في أن يحمي نفسه في حقه إذا لم يكن حمايته إلا به، وذلك عن طريق الدفاع الشرعي الخاص مثلاً، فإنه بذلك يكون قد اتفق مع الفقه الإسلامي من حيث المبدأ، وإن كان إستعمال كل منهما في ذلك يخالف الآخر.

المبحث الأول

في مفهوم الدفاع الشرعي الخاص

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:-

المطلب الأول: في المفهوم اللغوي للدفاع الشرعي الخاص.

المطلب الثاني: في المفهوم الفقهي للدفاع الشرعي الخاص.

المطلب الثالث: في المفهوم القانوني للدفاع الشرعي الخاص.

المطلب الرابع: في مفهوم الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول

في المفهوم اللغوي للدفاع الشرعي الخاص

(دَفَعَ: دَفْعًا وَدَفَاعًا وَمَدَفَعًا: نَحَاهُ وَأَبْعَدَهُ وَرَدَّهُ وَدَفَعَ عَنْهُ الْأَذَى مَعْنَاهُ حَمَاهُ مِنْهُ، وَدَافَعَ مَدَافَعَةً وَدَفَاعًا عَنْهُ: حَامَى عَنْهُ وَانْتَصَرَ لَهُ)^(١).

(ودفع الشيء: نحاه وأزاله بقوة وفي قوله تعالى: «ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض»^(٢) ويقال دفعته عني ودفع عنه الأذى والشر)^(٣).

وفي الإصطلاح العسكري: (الدفاع ما يتخذ في الحروب من الطرق والأساليب لرد هجمات العدو)^(٤).

(١) انظر المنجد في اللغة - ص ٢١٨ .

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٥١ .

(٣) انظر المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٨٩ . لسان العرب - ابن منظور - ج ٨ ص ٨٧ .

(٤) انظر المنجد في اللغة ص ٢١٨ .

وقد وردت كلمة (دفع) في القرآن الكريم بصيغ متعددة، نورد منها ما يلي:

قال تعالى: «إن الله يدافع عن الذين آمنوا . . .»^(١).

وقال تعالى: « . . . للكافرين ليس له دافع»^(٢).

وقال تعالى: «ادفع بالتي هي أحسن السيئة، نحن أعلم بما يصفون»^(٣).

أما كلمة (الشرعي) فهي من الشرع، وقد ألحقت به ياء النسبة للدلالة على نسبة الدفاع إليه، وهو من شرع شرعاً للقوم، أي سن لهم شريعة وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة^(٤).

والشريعة في أصل اللغة تطلق على الطريق الظاهر الذي يوصل منه إلى الماء. وتطلق على مورد الشاربة الذي يشرعه الناس: أي ينحدرون منه ويسقون، والعرب لا تسمى ذلك الموضع شريعة حتى يكون عدأً لا إنقطاع له ويكون ظاهراً معيناً لا يسقي بالرشاء. وهي مشتقة من التشريع، وهو إيراد الإبل شريعة لا يحتاج معها إلى نزاع بالعلق ولا سقي في الحوض. ويقال في المثل: أهون السقي التشريع^(٥).

ولقد وردت كلمة (شرع) في القرآن الكريم، بصيغ متعددة نورد منها ما يلي:-

قال تعالى: «ثم جعلناك على شريعة من الأمر . . .»^(٦).

وقال تعالى: «أم لهم شركاؤا شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله»^(٧).

وقال تعالى: «ولكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً . . .»^(٨).

(١) سورة الحج - الآية ٢٨ .

(٢) سورة المعارج - الآية ٢ .

(٣) سورة المؤمنون - الآية ٩٦ .

(٤) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ٨ ص ١٧٦ .

(٥) انظر لسان العرب - ابن منظور - ج ٨ ص ١٧٥، ١٧٧ . النهاية في غريب الحديث - ابن الأثير - ج ٢ ص ٤٦ . القاموس المحيط -

الفيروزآبادي - ج ٢ ص ٦٢، ٦٤ . معجم غريب القرآن - ص ١٠٣ .

(٦) سورة الجاثية - الآية ١٨ .

(٧) سورة الشورى - الآية ٢١ .

(٨) سورة المائدة - الآية ٤٨ .

وقال تعالى: «وأسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر إذ يعدون في السبت إذ تأتيهم حيتانهم يوم سبتهم شرعاً ويوم لا يسبتون لا تأتيهم كذلك نبلوهم بما كانوا يفسقون»^(١).
أما كلمة (الخاص)، فإن الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ينقسم إلى نوعين^(٢).
النوع الأول: وهو الدفاع الشرعي العام، ويسمونه الفقهاء اصطلاحاً، بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو الدفاع على ما يمس حقوق الجماعة وأمنها.
والنوع الثاني: وهو الدفاع الشرعي الخاص ويسمونه الفقهاء اصطلاحاً بدفع الصائل، وهو كل صيال أو اعتداء أو هجوم يمس سلامة الإنسان في نفسه أو عرضه أو ماله.

فالنوع الثاني، وهو مجال بحثنا هذا، ولذلك قمنا بإلحاق كلمة (الخاص) بالدفاع الشرعي، لتحديد النوع وحصر مجال البحث فيه.
فالدفاع الشرعي الخاص هو: (حق يخوله القانون للشخص فيبيح له الإلتجاء إلى القدر اللازم من القوة لدفع خطر الاعتداء على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله)^(٣).

المطلب الثاني

في المفهوم الفقهي للدفاع الشرعي الخاص

يستخدم الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص بدفع الصائل، وعلى تسمية المعتدي صائلاً والمعتدي عليه موصولاً عليه.

ولم أجد خلال إستقرائي على تعريف لفقهاءنا القدامى لدفع الصائل، ولعل ذلك يعود إلى

(١) سورة الاعراف - الآية ١٦٣ .

(٢) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٧٢ .

(٣) انظر المعجم الوسيط - ج ١ ص ٢٨٩ .

إكتفائهم بحكم الدفع حيث قد يختلف دفع عن آخر^(١).

وقد عرفه عبد القادر عودة على أنه: (واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل إعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الإعتداء)^(٢).

وهذا التعريف شامل لشروط الخطر في كونه حالاً وغير مشروع، ولشروط فعل الدفاع في كونه لازماً، مناسباً، كما أنه جعل فعل الدفاع واجب أو حق للمعتدي عليه أو على غيره وكما أنه بين مجال الدفاع من نفس أو مال.

إلا أنه يلاحظ على هذا التعريف، ما يلي:-

١/ إن من الفقهاء كبعض فقهاء الحنابلة من لا يرون كون الدفاع عن النفس واجباً في حالة الفتنة، ومنهم من يوجب الدفاع عن المال إذا تعلق به حق الغير^(٣).

٢/ إن الواجب من الدفاع الشرعي -حكم تكليفي- لا يقابل الحق وهو - جعل وضعياً - فالدافع حتى لو كان تكليفه الشرعي الوجوب، فإنه له حق الدفاع. في حين من له حق الدفاع فإنه ليس واجباً عليه.

والدفاع الشرعي الخاص سواء أكان واجباً أو حقاً مقصوداً به دفع الإعتداء، وليس عقوبة عليه، لأن دفع الإعتداء فعلاً لا يمنع من إنزال العقوبة بالمعتدي على عدوانه.

ويمكن القول بأن الدفاع الشرعي الخاص هو: (سلطة وقائية، يكون بموجبها للشخص أو عليه، فعل ما يلزم شرعاً، لدفع خطر حقيقي غير مشروع، حال على حق، معصوم، من نفس أو عرض أو مال لمسلم أو ذمي أو مستامن)^(٤).

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية -سعد جبالي عبد الرحيم- ص ٨٢.

(٢) انظر التشريع الجنائي الإسلامي -عبد القادر عودة- ج ١ ص ٤٧٢.

(٣) انظر الإنصاف -المرداوي- ج ١ ص ٢٠٤. الإقناع المجاوي - ج ٤ ص ٢٩٠. المغني -ابن قدامة- ج ٨ ص ٣٣٢.

(٤) انظر الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية -داؤود العطار- ص ١٧، ١٨.

فالقصد الأساسي من الدفاع هو إبقاء الأخطار، بما تتقي به من أفعال قد تكون واجبة على الشخص، وقد تكون مباحة بشرط أن تكون مناسبة ولازمة، فهي مقيدة بشرط التناسب لأن القصد منها دفع الأخطار لا الثار أو الانتقام أو النكاية، وبشرط اللزوم، إذ لا تصح أفعال الدفاع إلا عند عدم إمكان النجاة من الأخطار بغيرها.

وقوله: (فعل ما يلزم شرعاً) لبيان أثر الدفاع، إذ أن الفعل الشرعي، لا يترتب عليه ضمان، وإنما الضمان بالتعدي والتجاوز.

ثم بين التعريف الأخطار التي تدفع وهي ما أهدرت حقوقاً تحميها الشريعة الإسلامية وهي (المعصومة)، دون غيرها مما أهدرت الشريعة الإسلامية^(١)، لا حماية له والأخطار التي تهدده تكون مشروعة، فلا يجوز دفعها (والنفس والعرض والمال) سواء كانت (لمسلم) «فإن كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه»^(٢). وإذا كانت لغير مسلم من (ذمي)^(٣) لأنه أعطى الأمان فساوى المسلمين، فله ما لهم وعليه ما عليهم. أو (مستامن)^(٤) لأنه دخل دار الإسلام آمناً، فلا يجوز التعرض له بسوء ويجب على المسلمين رعاية هذا الأمان ما دام قائماً.

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٥٢٢.

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٦ ص ١٢١. مسند الإمام أحمد - ج ٣ ص ٤٩١.

(٣) أهل الذمة هم المعاهدون من النصارى واليهود وغيرهم ممن يقيم في دار الإسلام: انظر أحكام الذميين والمستامين في دار الإسلام - عبد الكريم زيدان - ص ٢٢.

(٤) المستامن - بكسر الميم - هو الطالب للأمان، ويصح بالفتح بمعنى اسم مفعول والتاء للصيغة أي صار آمناً: انظر أحكام الذميين والمستامين في دار الإسلام - عبد الكريم زيدان - ص ٢٢.

المطلب الثالث

في المفهوم القانوني للدفاع الشرعي الخاص

جاءت تعاريف مختلفة لفقهاء القانون لبيان معنى الدفاع الشرعي الخاص، نذكر منها على سبيل المثال، التعاريف التالية:

- أ- (هو دفع القوة بالقوة)^(١).
- ب- (هو حالة منع وقوع تعدد حال غير مشروع بالقوة)^(٢).
- ج- (هو ترخيص من القانون للمدافع برد الاعتداء)^(٣).
- د- (هو أن يحرس الإنسان نفسه أو غيره حين لا تتوافر حراسة البوليس)^(٤).
- هـ- (هو الحق الذي يقرره القانون، لمن يهدده خطر اعتداء في أن يصده بالقوة اللازمة)^(٥).

ويؤخذ على بعض هذه التعاريف، بأنها لم تحدد القوة وفي ذلك إهمال لشروط فعل الدفاع، كما لم تذكر بعض التعاريف، جواز الدفاع عن الغير، كما لا يصح التعبير عن فعل الدفاع بـ (الجريمة) لأن القانون عندما ينص على هذا الحق، ينعدم الركن الشرعي للجريمة، ولا يبقى الفعل جريمة، وكذلك التعبير عن الدفاع الشرعي بـ (الحراسة) فيه إغفال لشروط الخطر، وفعل الدفاع، كما أن التعبير عن رد الفعل المواجه للاعتداء بالحراسة التي كثيراً ما تختطف عن رد الاعتداء، حيث أن فعل رد الاعتداء، يوجد في ظروف معينة ناتجة

(١) انظر في المسؤولية الجنائية -مصطفى القلبي- ص ٢٠٢ .

(٢) انظر الشرح القانوني الجنائي - القسم العام - أحمد صفوت - ص ٢١١ .

(٣) انظر شرح قانون العقوبات - محمد محمد مصطفى - ص ١٧٨ .

(٤) انظر النظرية العامة - رمسيس بهنام - ص ٢٤٦ .

(٥) انظر المبادئ العامة في قانون العقوبات - محمد الفاضل - ص ١٦٩ .

عن إنفعالات نفسية أو غريزية وحباً في بقاء الذات، كما (يستند في الوقت ذاته إلى منطق الأمور)^(١). وذلك عكس الحراسة التي لا تقتصر على مثل تلك الظروف، كما أن هذا التعريف قصر الحق في الدفاع الذي لا يكون فيه (البوليس) موجوداً، بمعنى أنه لو كان (البوليس) موجوداً لا يكون له الحق في مقاومة الإعتداء، ومفاد هذا القول حرمان الإنسان من ممارسة حقه، لأنه كثيراً ما يحدث إعتداء أمام (البوليس) ومع ذلك لا تنحصر مسؤوليته إلا في التحفظ على النتيجة^(٢).

وفوق ذلك كله نجد أن هذه التعاريف قصرت الدفاع الشرعي الخاص على حماية النفس فقط وترك مثل ما يسمى بالدفاع عن المال.

وقد جاء تعريف الدفاع الشرعي الخاص في قانون العقوبات الباكستاني، بما يتفق مع الفقه الإسلامي إذ تقول المادة «٩٧»: (أن لكل إنسان الحق في أن يدافع عن نفسه أو نفس الغير، وكذلك له أن يدافع عن ماله أو مال الغير)^(٣).

وكذلك نصت المادة «٩٦» من ذات القانون على أن: (لا يعتبر الفعل جريمة، إذا كانت مباشرته من أجل الدفاع الشرعي الخاص)^(٤).

(١) انظر قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ٢٠٢ .

(٢) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم - ص ٩٠، ٩١ .

(٣) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قاضي - ص ٨٩ .

(٤) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قاضي - ص ٨٩ .

المطلب الرابع

في مفهوم الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يؤخذ على بعض تعاريف الدفاع الشرعي الخاص في القانوني الوضعي. بأنها غير جامعة لشروط الخطر وفعل الدفاع، وغير شاملة في جعل حق الدفاع للمعتدي عليه وعلى غيره، كما أنها غير متضمنة لبيان الهرب والإباحة والتجاوز، وغير موضحة لمجال الدفاع عن نفس وعرض ومال.

ويؤخذ عليها كذلك، بأنها لم تحدد القوة التي يجب بها دفع الاعتداء، وفي ذلك إهمال لشرط التناسب وال لزوم في فعل الدفاع.

كما لا يصح التعبير عن أفعال الدفاع الشرعي بـ(الجريمة) لأن القانون حينما ينص على هذا الحق، يندم الركن الشرعي للجريمة، ولا يكون الفعل جريمة.

كما أن التعبير، بأن الدفاع الشرعي هو «دفع القوة بالقوة» أو «دفع الجريمة بالجريمة» لا يتضمن إباحة أفعال الدفاع الشرعي بل على العكس، وقد يشعر المدافع بمسؤولية فعله. وكذلك التعبير عن الدفاع الشرعي بـ (الحراسة) إهمال لشروط الخطر في كونه مشروع وحالاً وحقيقاً، ولشروط فعل الدفاع في كونه لازماً ومناسباً.

أما تعريف الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي فقد جاء جامع لشروط الخطر وفعل الدفاع، وشامل في جعل حق الدفاع للمعتدي عليه وعلى غيره، ومتضمن لبيان معني الهرب والإباحة والتجاوز، وموضح لمجال الدفاع من نفس، وعرض، ومال.

المبحث الثاني في مشروعية الدفاع الشرعي الخاص

أدلة مشروعية الدفاع الشرعي كثيرة، في الكتاب والسنة والمعقول.

أ- الكتاب-

١/ قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» . . . (١).

٢/ وقوله تعالى: «والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون» (٢).

٣/ وقوله تعالى: «وجزاء سيئة سيئةً مثلها» (٣).

فهذه الآيات تدعو إلى رد العدوان ودفع الظلم.

ب- السنة-

١/ ما رواه يعلي بن أمية عن رسول الله -صلى عليه وسلم-، قال: كان لي أجير فقاتل

إنساناً فعض أحدهما يد الآخر فإنتزع العضوض يده من فم العاض فإنتزع إحدى شيتيه

فاتى النبي ﷺ فاهدر شيتيه، وقال: «أردت أن تقضمها كما يقضم الفحل» (٤).

٢/ وقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو

شهيد ومن قتل دون دينه فهو شهيد» (٥).

٣/ وقوله عليه الصلاة والسلام: «من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر» (٦).

(١) سورة البقرة - الآية ١٩٤ .

(٢) سورة الشورى - الآية ٣٩ .

(٣) سورة الشورى - الآية ٤٠ .

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ١٥٩، ١٦٢ . فتح الباري . -العسقلاني- ج ١٢ ص ٢١٩ . سنن الدارمي - ج ٢ ص ١١٦ .

سنن أبي داؤود - ج ٤ ص ١٩٤ . مسند الإمام أحمد - ج ٤ ص ٢٢٣، ٤٢٨ .

(٥) انظر تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي -الباركفوري ج ٤ ص ٦٨١ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٢١ . نيل الأوطار -الشوكاني-

ج ٦ ص ٧٤ .

(٦) انظر نصب الراية -الزيلعي- ج ٤ ص ٢٤٧ . سنن النسائي بشرح السيوطي -ج ٧ ص ١١٧ .

٤/ وما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ، أنه قال: «لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقات عينه ما كان عليك من جناح»^(١).

٥/ وما رواه عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، من قول رسول ﷺ، قال: «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد»^(٢).

٦/ وقوله عليه الصلاة والسلام: «من حمل علينا السلاح فليس منا»^(٣).
وكما أقرت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله، كذلك أقرت دفع الإعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله.

٧/ قال النبي ﷺ: «أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قيل: كيف أنصره ظالماً؟ قال: تحجزه عن الظلم فإن ذلك نصره»^(٤).

٨/ وقوله عليه الصلاة والسلام: «ان المؤمنين يتعاونون علي الفتان»^(٥).

٩/ وقال النبي ﷺ: «من أذل عنده مؤمن، فلم ينصره، وهو قادر ان ينصره أذله الله علي رؤوس الاشهاد يوم الاقيامة»^(٦).

ج- المعقول-

لقد جعلت الشريعة الاسلامية وسائل وقائية لرد العدوان أو لمنع استمراره، أو لزجر المعتدين ومنها الوازع النفسي الذي توجده العقيدة والاورام والنواهي التشريعية، ومنها رقابة المجتمع، ومنها العقوبات المقررة. ولكن هذه الوسائل الثلاثة، قد لا تنهض لمكافحة

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ . فتح الباري - العسقلاني - ج ١٢ ص ٢٤٢ . سنن الدارمي - ج ٢ ص ١١٨ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٢) انظر تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي - المباركفوري - ج ٤ ص ٦٨٠ ، ٦٨١ . سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨٦٢ . نيل الاوطار - الشوكاني - ج ٦ ص ٧٤ .

(٣) انظر تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي - المباركفوري - ج ٥ ص ٢٦ . نصب الراية - الزيلعي - ج ٤ ص ٢٤٨ .

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٦ ص ١٢٧ ، ١٢٨ . صحيح البخاري - ج ٢ ص ٢٥٨ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٩٩ ، ٢٠١ .

(٥) انظر سنن أبي داود - ج ٢ ص ١٧٧ .

(٦) انظر مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٤٨٧ .

العدوان أو منع وقوعه في بعض الأحيان. ومن ثم فإن هذه الوسائل قد لا تسعف المجتمع في حفظ مصالحه وصيانة حقوقه ضد الأخطار التي يرتكبها المجرمون. لذا شرعت الشريعة الإسلامية، الدفاع الشرعي الخاص. وبذلك يصبح الدفاع الشرعي الخاص سلطة وقائية رابعة.

وللدفاع الشرعي الخاص كسلطة وقائية، لدفع الأخطار عن النفس أو العرض أو المال، أهمية كبرى إذ إن صيانة النفس والعرض والمال من مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية^(١).

وفي القرن العشرين جاءت التشريعات الوضعية الحديثة، متفقة مع الشريعة الإسلامية في الدفاع الشرعي الخاص. حيث جاء في قانون العقوبات الباكستاني: (أن لكل إنسان الحق في أن يدافع عن نفسه أو نفس الغير وكذلك له أن يدافع عن ماله أو مال الغير)^(٢).

(١) المقاصد الضرورية هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر وفوت حياة. وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين. وحفظها يكون بامرئين: أحدهما ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود، والثاني ما يبرا عنها الإختلال الواقع أو المتوقع فيها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم: انظر الموافقات - الشاطبي - ج ٢ ص ٨ .

(٢) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري - ص ٨٩ .

المبحث الثالث

في طبيعة الدفاع الشرعي الخاص وتكييفه القانوني

طبيعته:-

يدور الدفاع الشرعي الخاص بين مذهبين:-

المذهب الفردي وهو ينظر إليه على أنه إجراء احتياطي يلجأ إليه المدافع عند عجزه عن الإستغاثة أو الإستعانة بالسلطة العامة وفي ذلك نص قانون العقوبات العراقي في المادة (٤٢) الفقرة (٢): «على أن يتعذر عليه الإلتجاء إلى السلطات العامة لإتقاء الخطر في الوقت المناسب». ونصت المادة (٢٤٧) الفقرة (٤) من قانون العقوبات المصري: «على أن ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العامة».

والمذهب الإشتراكي وهو ينظر إليه على أنه حق شخصي للأفراد. وعلى ذلك يكون إجراء أساسي لأن طبيعة المجتمع الإشتراكي لا ترغب في تقييد ما هو مقيد وصالح للمجتمع كما تمتع الأفراد بحقوقهم المخولة لهم قانوناً^(١).

تكييف فعل الدفاع:-

سيوضح تكييف فعل الدفاع بالنسبة للفقهاء الإسلاميين من خلال تعرضنا للدفاع عن النفس والعرض والمال لاحقاً.

(١) انظر المبادئ في قانون العقوبات - سامي النصراني - ص ١٥٦، ١٥٧ .

أ ما بالنسبة للقانون الوضعي:-

فيمكن الحديث على هذه الحالة من خلال تعريف بعض فقهاء القانون لها. فقد عبر عن ذلك رمسيس بهنام بقوله: (الدفاع الشرعي ليس حقا بقدر ما هو رخصة لأن المفروض في الحق أن يكون قائماً في مواجهة شخص معين، ولا يمكن للإنسان أن يتكهن مقدماً بالشخص الذي سيسهم يوماً بالإعتداء عليه حتى يقال أن له حقا في مواجهة ذلك الشخص حتى لا يسوغ له الأضرار)^(١).

مناقشة هذا الرأي :-

إن هذا الرأي يوحي بتقليل قيمة الدفاع الشرعي الخاص والنزول به عن ما هو حق إلى موضع الرخصة بدليل قوله أن المفروض في الحق أن يكون قائماً في مواجهة شخص معين.

علما بأن الدفاع الشرعي إن لم يكن حقا فهو واجب. ومما يؤكد ذلك تسمية قانون العقوبات المصري له بالحق، حينما نصت المادة (٢٤٥) : (على أن لا عقوبة مطلقا علي من قتل غيره إذا أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله).

أما القول (بأن المفروض في الحق أن يكون قائماً في مواجهة شخص معين ولا يمكن للإنسان أن يتكهن مقدماً بالشخص الذي سيسهم يوماً بالإعتداء عليه حتى يقال أن له حقا في مواجهة ذلك الشخص حتى لا يسوغ له الأضرار). يمكن الرد عليه بالقول أن الحق والواجب موجودان دائماً في العلاقات الاجتماعية بين الناس ولا يظهران إلا وقت الحاجة ففي حالة الإعتداء يظهر الحق بدفع هذا الإعتداء^(٢).

(١) انظر المرجع السابق -سعد جباري- ص ١٠٠.

(٢) انظر المرجع السابق -سعد جباري- ص ١٠١.

المبحث الرابع

في التطور التاريخي للدفاع الشرعي الخاص

لقد تطورت نظرية الدفاع الشرعي الخاص تطورا كبيرا منذ ظهورها وحتى اليوم، وذلك بتطور الزمان، وبإختلاف احوال الناس وعاداتهم. وكان يري فقهاء القوانين الوضعية، أن الدفاع حق مستمد من القانون الطبيعي والقانون الوضعي. فكما أن الإنسان يحفظ نفسه من الحر والبرد ومن الجوع والعطش، فكذلك يحفظ نفسه من العدوان سواء أكان من إنسان أو حيوان.

ثم تطورت نظرية الدفاع الشرعي، فاعتبر الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ولكنها تجيز العفو.

ثم تطورت النظرية في القرن الثامن عشر حيث فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تبيح للإنسان أن يدافع عن نفسه بنفسه، وتنشأ هذه الضرورة من عدم وجود حماية حاضرة من المجتمع. ويؤخذ على هذه النظرية بأنها لا تبيح الدفاع عن المال ولا عن الغير في نفسه أو ماله.

ثم تطورت نظرية الدفاع الشرعي في القرن التاسع عشر، وأعتبر الدفاع حالة من حالات الإكراه، لأن الخطر الوشيك بالمدافع يجعله عديم الإختيار، لأن الإنسان يندفع بغريزته للمحافظة على حياته.

ويؤخذ على هذا التكييف في أنه لا يعطل الدفاع عن المال أو عن الغير، وأنه يؤدي إلى تبرير الدفاع عند استعمال الحق وأداء الواجب.

ثم تطورت النظرية، وأصبح الدفاع حق أباحه القانون الوضعي ، بل أداء لواجب عند بعض فقهاء القانون، لأن من حق كل إنسان أن يدافع عن نفسه وماله، فضلا على أن

تعاقبه الجماعة، إذ لا مصلحة لها في عقابه لأن المدافع ليس بالمجرم الذي يخشى على الجماعة من شره.

ويظهر من هذه التطورات، على أن نظرية الدفاع الشرعي في القوانين الوضعية بلغت في القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية في القرن السابع الميلادي. فالدفاع الشرعي يكيف اليوم في القوانين الوضعية بأنه حق بل أداء لواجب^(١).

ثم أن القوانين الوضعية وإن إتفقت على مبدأ عدم المسؤولية في حالة الدفاع إلا أنها اختلفت في تكيف هذا الدفاع، ولعله هنالك فكرتين أساسيتين وراء ذلك التكيف:-

١/ الفكرة الأولى:-

إن الدفاع عذر مشروع يمنع من توقيع العقاب وليس بحق للمدافع. وهو ما أخذت به قوانين الكنيسة ولهذا كان على القاتل دفاعاً، أن يقدم إلتماساً إلى الملك ليصفح عنه وعليه أن يقدم هذا الإلتماس وهو حاسر الرأس جاثياً على ركبتيه، ويأوي إلى السجن حتى يصدر الملك الأمر بالعفو عنه. ولقد أخذ القانون الفرنسي القديم بهذا^(٢). ولكن عدل المشرع الفرنسي عن هذه الفكرة إلى ما جاء به القانون الروماني واعتبر الدفاع حق للمدافع، وسبب من أسباب الإباحة^(٣).

٢/ الفكرة الثانية:-

وهي أن الدفاع حق مشروع يمحو معني الجريمة عن الفعل. ولقد أخذ القانون الروماني بهذه الفكرة. ويقول شيشرون^(٤) في ذلك (لا صوت للقانون في معترك السلاح)^(٥).

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٧٧ .

(٢) انظر الأحكام العامة لقانون العقوبات - السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٠٢ .

(٣) انظر قانون العقوبات الفرنسي - باب القتل والجريمة - المادة (٣٢٨).

(٤) هو ماركوس توليوس شيشرون (١٠٦ - ٤٣ ق.م): سياسي وخطيب روماني، وتعتبر خطبه أبة في البلاغة اللاتينية، انظر المورد - معجم الاعلام - منير البعلبكي - ص ١٩ .

(٥) انظر في المسؤولية الجنائية - محمد مصطفى القلبي - ص ٢٠٢ .

وأخذ كذلك القانون الفرنسي بهذه الفكرة، -ولقد سبق ذكره- واعتبره القانون المصري حقاً كالقانون الفرنسي. وكذلك اعتبره القانون الباكستاني حقاً، حينما نص في المادة (٩٦) على أن: (لا يعتبر الفعل جريمة إذا كانت مباشرة من أجل الدفاع الشرعي الخاص).

والقانون الباكستاني مكتوب من القانون الهندي، وخاصة مواد الدفاع الشرعي التي كتبت بأرقامها تماماً، والقانون الهندي مصدره القانون الإنجليزي.

ويبدو أن الدفاع الشرعي الخاص قديم، فهو موجود في معظم الشرائع القديمة والحديثة، ولا يختلف إلا من حيث تكييفه، أو شروطه، أو حدوده.

ف نجد أن الدفاع الشرعي مسلماً به لدى البابليين، والإغريق، وفي روما والهند منذ القدم، كما نجده مقرراً في الكنيسة وفي قوانين العقوبات الحديثة^(١). وقد وسعت القوانين الوضعية من دائرته حتي شمل الأشخاص والأموال معاً.

وفي المجتمع العربي الجاهلي كانت روح الثار والانتقام هي الروح السائدة، وبلغ الإسراف في القتل حده، فالعدوان يقابل بعدوان أشد منه (وكثيراً ما كانت الكلمة الواحدة تقضي إلى القتل، وبلغت روح الانتقام درجة مروعة، حتي أن النساء لم يرضهن سوى أن يصبغن ملابسهن بدم القتل واكل كبده)^(٢).

وفي هذا الزمن الصعب والحقبة المظلمة من تاريخ البشرية في بداية القرن السابع الميلادي، أشرقت شمس الإسلام، فجعلت الدفاع الشرعي الخاص حقاً مقرراً لرد العدوان ودفع الظلم، عن نفس أو عرض أو مال تباح بموجبه أفعال المدافع التي لا تتعدى حدود الدفاع. وبراء الخطر المحقق وفعل الدفاع محكوم بشروط وتنظيمه قواعد وأحكام بلغت من الدقة والشمول ما لم يبلغه أي تشريع وضعي إلا في القرن العشرين.

(١) انظر في المسؤولية الجنائية -محمد مصطفى القلي.
(٢) انظر تاريخ العالم الإسلامي العرب قبل الإسلام -رضا كحالة- ص ١١٥.

الحياة والبقاء. وكذلك الشريعة الإسلامية -وهي دين الفطرة- تأبي ذلك وتوجب على الشخص، أو تبيح له دفع العدوان الذي حل به أو أوشك أن يحل به أو بغيره، مبيحة له استعمال أي قوة مناسبة لازمة، أو إتخاذ أي موقف من شأنه أن يدفع ذلك الخطر عنه أو عن غيره.

وهذه السلطة الوقائية ليست سلطة مطلقة يباشرها المعتدي عليه بأي طريقة وإلى أي مدى أراد، وإنما هي مقيدة بالغاية التي من أجلها ملك الإنسان هذا الحق، أو بالدور الذي يجب أن تؤديه هذه السلطة.

وإذا كان الدفاع الشرعي، سلطة وقائية فهو ليس بعقوبة يوقعها المدافع على المعتدي ولا يمنع الدفاع من مساءلة المعتدي وإيقاع العقاب عليه بالرغم من وقوع الإيذاء عليه أثناء الدفاع. وحق الدفاع ليس إنتقاماً أو ثأراً، فالإنتقام عادة ما يكون بعد العدوان، والمفروض في الدفاع أن يكون لمنع وقوع الخطر أو لقطع إستمراره. ولا وجود للحق قبل حلول الخطر ولا بعد إنتهائه^(١).

(١) انظر نظرية الدفاع الشرعي -دأود العطار- ص. ٢٠ وما بعدها.

المبحث السادس

في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي الخاص وحالة الضرورة

إذا كنا قد تعرضنا لنظرية الضرورة في هذا البحث، فلا نقصد من ذلك الخوض فيها والوقوف على كل جوانبها.

ولكننا نريد فقط بيان المقصود منها في مجال هذا البحث، ومدى علاقتها به، لما قد يكون هناك من لبس بينهما وذلك لإتفاقيهما في أمور معينة وإن كان كل منها يختلف عن الآخر في أمور أخرى ولذا سنذكر أوجه الشبه بينهما وأوجه الاختلاف أيضاً على الوجه التالي:-

أوجه الشبه:-

١/ يتفق الدفاع الشرعي مع حالة الضرورة في أن كل منهما مقترف للواقعة الإجرامية من أجل النجاة من خطر أو تجنب ضرر حال.

٢/ لا يلزم أن يكون الخطر يهدد الشخص نفسه بل يجوز للشخص الاحتجاج بحالة الضرورة أو الدفاع الشرعي في ارتكاب الواقعة الإجرامية بالنسبة للخطر المهدد لنفس الغير أيضاً.

٣/ لا يمكن تجنب الخطر إلا بارتكاب الجريمة الواقعة^(١).

٤/ علماء الشريعة يجعلون من دفع الصائل والضرورة تطبيقاً للقاعدة الشرعية التي تقول الضرر يزال، وتطبيقاً للقاعدة التي تقول الضرورات تبيح المحظورات^(٢).

(١) انظر نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي - يوسف قاسم - ص ٩١ . قانون العقوبات - مامون سلامة - ص ٣٣٩ .

(٢) انظر المرجع السابق - يوسف قاسم - ص ١٢، ١٣ .

أوجه الاختلاف:-

نذكر من أوجه الاختلاف ما يلي:-

١/ في حالة الصائل يرجع الخطر إلى إنسان معتد أثيم، أما في حالة الضرورة فيرجع

إلى ظروف طبيعية ليس للإنسان تدخل فيها.

٢/ جريمة الضرورة تقع على براء في حين أن فعل الدفاع الشرعي لا يوجه إلا على المعتدي.

٣/ أن يكون الخطر في حالة الضرورة جسيماً ولا يشترط ذلك في الدفاع الشرعي.

٤/ في حالة الضرورة إذا أمكن المضطر الهرب من الخطر يصبح لازماً، وذلك بخلاف الدفاع الشرعي، لا يكون الهرب فيه ملزماً إذ فيه ذل ومهانة.

٥/ لا يشترط في حالة الضرورة أن يكون الخطر غير مشروع وهذا بخلاف الدفاع الشرعي إذ لا بد أن يكون الخطر غير مشروع حتى يبرر فعل الدفاع.

٦/ قيل إن الخطر يقتصر على النفس ولكن الدفاع الشرعي يمتد إلى المال.

٧/ المدافع يستعمل حقاً وفعله مشروع.

أما من يوجد في حالة الضرورة فهو لا يستعمل حقاً لأنه لا يحق لأحد أن يخلص نفسه من الخطر وذلك بأن يضع غيره فيه، وإنما يتعرض لظروف قاسية تفقده حرية الاختيار فتجعل إرادته معتبرة قانوناً^(١).

(١) انظر عن تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية -سعد جبالي عبد الرحيم- ص ١٠٨ .

المبحث السابع

في أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص

نص الفقهاء على أن من مشمولات الدفاع الشرعي : " الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر " وعبارة أخرى : "الدفاع عن الشرع" ^(١).

فمن صال على حرمة من حرمت الشرع ، كمن أقدم على الزنا أو السرقة أو غيرهما ، فلكل مسلم اطلع عليه أن يدفعه بالقدر اللازم، ونص الشافعية على أنه : ((لو ظهر في بيت خمر يشرب ، أو طنبور يضرب أو نحوهما، فله الهجوم على متعاطيه لإزالته نهياً عن المنكر وإن لم ينتهوا فله قتالهم وإن أتى على النفس وهو مثاب على ذلك)) ^(٢) والأصل في مشروعية الدفاع الشرعي العام :-

١ / قوله تعالى : ((ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون)) ^(٣).

٢ / وقوله تعالى : ((كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر)) ^(٤).

٣ / ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال : ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)) ^(٥).

(١) انظر نظرية الضرورة الشرعية - جميل محمد بن المبارك - ص ١١٦ .

(٢) انظر مقني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٦ .

(٣) سورة آل عمران - الآية ١٠٤ .

(٤) سورة آل عمران - الآية ١١٠ .

(٥) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٢ ص ٢١ وما بعدها . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٢٠ . سنن أبي داود - ج ٤ ص ١٢٢ .

وعند المقارنة بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص يتبين لنا أن الأسس التي يقوم عليها كل منهما واحدة، وأن أحكامها واحدة ولا يختلفان إلا في بعض التفاصيل ، وسنذكر أوجه الشبه والاختلاف على النحو التالي :-

أوجه الشبه:-

- ١ / يشترط في كليهما أن يكون الخطر غير مشروع.
- ٢ / يشترط في كليهما المواجهة ضد المخالفة الشرعية.
- ٣ / اختلف الفقهاء في كليهما من ناحية الوجوب والجواز.
- ٤ / الاثنان وجهان لعملة واحدة، فإن لم يدفع فيه الفاعل بإعتباره صائلاً يمكن دفع الفعل فيه بإعتباره منكراً، فمثلاً إذا وقعت حالة الزنا و توافر عنصر الرضا بين الطرفين فيكون الدفع هنا دفع للمنكر وهو ما يسمى بالدفاع الشرعي العام. وإذا انعدم عنصر الرضا فيكون الدفاع من المرأة خاصةً إذا صال عليها الرجل ، ومن ثم فمثل هذه الحالة يكون الدفاع بين أمرين اما عاماً أي دفعاً للمنكر عند الرضا أو خاصاً أو دفعاً للصائل عند عدمه^(١).

أوجه الاختلاف :-

- ١ / الأصل في مشروعية الدفاع الشرعي العام قوله تعالى : ((كنتم خير أمة أخرجت للناس...))^(٢). وقوله تعالى: ((الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر))^(٣).
- والأصل في مشروعية الدفاع الشرعي الخاص قوله تعالى: ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم))^(٤). وقوله تعالى : ((ولن انتصر بعد ظلمه

(١) أنظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبدالقادر عودة - ج ١ ص ٥١١ ، ٥١٢ .

(٢) سورة آل عمران - الآية ١١ .

(٣) سورة الحج - الآية ٤١ .

(٤) سورة البقرة - الآية ١٩٤ .

فأولئك ماعليهم من سبيل^(١).

٢ / موضوع الدفاع الشرعي العام هو مايمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وموضوع الدفاع الشرعي الخاص هو كل صيال أو اعتداء أو هجوم يمس سلامة الإنسان أو عرضه ويسمى بدفع الصائل.

٣ / يكون الدفاع الشرعي العام ضد الإعتداء الواقع على الجماعة وهو دفاع عن نفس الغير أو عرضه أو ماله أو هو دفاع عن الشرع.

ويكون الدفاع الشرعي الخاص ضد الإعتداء الواقع على الفرد في نفسه أو عرضه أو ماله.

٤ / الدفاع الشرعي العام مأمورية الإنسان على وجه الوجوب أو الفرض سواء كان كفاية أم عيناً.

والدفاع الشرعي الخاص يكون من منطلق حب البقاء والحياة أو حب المال أو دفع العار والشرعية الإسلامية لاتعارض ذلك وقد توجه.

(١) سورة الشورى - الآية ٤١ .

الفصل الثاني

في أركان الدفاع الشرعي الخاص

الفصل الثاني

في أركان الدفاع الشرعي الخاص

حينما يباح للشخص القيام بدفع الصائل، فإن للدفاع الشرعي الخاص أركان لا بد من توافرها، ويتوافر هذه الأركان يعتبر المعتدي عليه في حالة دفاع مشروع ويترتب عليه أثره. ولذلك يقتضي الأمر بيان حالة فعل الإعتداء، وبيان حالة فعل الدفاع، وبيان حال الشخص الصائل أو المهاجم (أي أهليته). ولذا سنخصص لكل من هذه الأحوال مبحثاً خاصاً - كما سنتناول ذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أيضاً. ومن ثم سنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية^(١):

المبحث الأول: في بيان حال فعل الإعتداء.

المبحث الثاني: في بيان حال فعل الدفاع.

المبحث الثالث: في بيان حال الصائل أو المهاجم (أي أهليته).

(١) انظر تكييف نور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جبالى عبد الرحيم - ص ١٠٩.

المبحث الأول في بيان حال فعل الإعتداء

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:-
المطلب الأول: في بيان حال فعل الإعتداء في الفقه الإسلامي.
المطلب الثاني: في بيان حال فعل الإعتداء في القانون الوضعي.
المطلب الثالث: في بيان حال فعل الإعتداء بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المطلب الأول

في بيان حال فعل الإعتداء في الفقه الإسلامي

إن الخطر الذي يبرر حق الدفاع، ويصح درأه لا بد أن يكون غير مشروع وحالاً
وواقعياً. ومن ثم اقتضى الأمر بيان ذلك في الشروط الآتية:

شروط فعل الإعتداء في الفقه الإسلامي:-

الشرط الأول: وقوع الإعتداء بغير حق

بمعنى أن يكون غير مشروع، وهناك أخطار ولكنها مشروعة كتأديب الوالد ولده، وهناك
أخطار غير مشروعة، فالدفاع الشرعي لا يباح إلا ضد الخطر غير المشروع.
فلا مكان للدفاع الشرعي، إذا كان الخطر المهدد مشروعاً، ويكون الخطر مشروعاً، إذا
كان الفعل الذي نشأ عنه الإعتداء استعمالاً لحق كتأديب الزوج زوجته، أو الأب ابنه، أو

كان أداء لواجب كقيام المأمور بإقامة حد من الحدود، أو غير ذلك مما أقرته، أو أوجبه الشريعة الإسلامية من الحقوق أو الواجبات.

ولما كانت هذه الأفعال مشروعة، فلا يباح لمن يتهدهدها أن يقاوم هذا الخطر بحجة الدفاع الشرعي. فلا تجوز مقاومة الزوجة الزوج أو الابن والده عند التأديب، ولا مقاومة مأمور السلطة في حدود واجباته والاحتجاج بالدفاع الشرعي الخاص، وذلك لشرعية أفعالهم.

أما الخطر غير المشروع، فهو ما أهدر بغير حق، حقاً تحميه الشريعة الإسلامية، فلقد حرمت الشريعة الإسلامية الدماء، والأعراض، والأموال، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال في حجة الوداع: «... فإن دماكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»^(١).

واتفق جميع الفقهاء على عصمة الدماء والأعراض والأموال، كما اتفقوا على أن الخطر الذي يهددها بغير وجه حق هو خطر غير مشروع، وذلك لما ورد عن النبي ﷺ من تحريمه الإعتداء عليها.

ويصح أن يكون الخطر -المراد دفعه- واقعاً على نفس المعتدي عليه، أو عرضه، أو ماله، كما يصح أن يكون الخطر واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله.

وليس للخطر حد مقرر، فيصح أن يكون الخطر جسيماً ويصح أن يكون بسيطاً، وبساطة الخطر لا تمنع من الدفاع ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الإعتداء بالقوة اللازمة لدفعه، والفقهاء لم يضعوا حداً أدنى للإعتداء الذي ينشئ الخطر، فعندهم الخطر غير مشروع وإن كان بسيطاً.

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٦ ص ١٢١ . مسند الإمام أحمد - ج ٢ ص ٤٩١ .

قال الحنفية: ((استقبله اللصوص ومعه مال، لا يساوي عشرة، حل له أن يقاتلهم، لقوله عليه الصلاة والسلام: «قاتل دون مالك»، واسم المال يقع على الكثير والقليل))^(١) ((ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً))^(٢).

وقال المالكية: ((وجاز دفع صائل - أي سواء كان مكلفاً أو صيباً أو مجنوناً أو بهيمة والمراد بالصائل - مريد الصول - ... وأن الصائل إذا كان ممن يفهم فانه يناشده أولاً ثم بعد المناشده يدفعه شيئاً فشيئاً أي يدفعه بالآخف فالآخف فإن أبى إلا الصول قتله، وأما إن كان ممن لا يفهم كالبهيمة فانه يعالجه بالدفع من غير إنذار ويدفعه بالآخف فالآخف فإن أبى إلا الصول قتله وكان هدرًا))^(٣).

وقال الشافعية: ((له - أي الإنسان - دفع كل صائل مسلم وكافر، وحر ورقيق، ومكلف وغير مكلف معصوم من نفس، وطرف، وأهل، ومال، وإن قل، وإختصاص كجلد ميتة، ومنفعة، ويضع غير أهل، ومقدماته كتقبيل ومعانقة))^(٤).
((وشمل قوله أو مال: الكثير والقليل كدرهم))^(٥).

وقال الحنابلة: ((من صال على نفسه، أو نسائه أو ولده أو ماله ولو قل، بهيمة أو آدمي، ولو غير مكافيء، أو صيباً أو مجنوناً، في منزله أو غيره، ولو متلصصاً، ولم يخف أن يبدره الصائل بالقتل، دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به))^(٦).

(١) انظر رد المختار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٤٥٧ .

(٢) انظر رد المختار على الدر المختار - ابن عابدين - ج ٦ ص ٥٤٧ . تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١٠ . تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢ . بدائع الصنائع - الكاساني - ج ٧ ص ٩٢ .

(٣) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٤) انظر مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٤ . نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢١، ٢٢ . حاشية البيهقي على المنهج - ج ٤ ص ٢٣٧ .

(٥) انظر مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٤ .

(٦) انظر المقنع - ابن قدامة - ج ٢ ص ٥٠٧ . المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٣٢ . الاقناع - الهراوي - ج ٤ ص ٢٨٩ . أعلام الموقعين - ابن القيم - ج ٢ ص ٢٣٦ .

الشرط الثاني: كونه حالاً على وشك الوقوع:-

لا يكون المعتدي عليه في حالة دفاع شرعي، إلا إذا كان الإعتداء حالاً، فإن لم يكن حالاً، فعمل المعتدي عليه ليس دفاعاً وإنما إعتداء، لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الإعتداء في الفعل والظن، فحلول الإعتداء هو الذي يوجد حالة الدفاع الشرعي، ومن ثم لم يكن الإعتداء الأجل محل للدفاع، ولم يكن مجرد التهديد بالإعتداء محل للدفاع، إذ ليس هناك إعتداء يحتمي منه الشخص بالدفاع العاجل، وإذا اعتبر التهديد إعتداء في ذاته فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه^(١).

ويكون الإعتداء حالاً في صورتين:

الصورة الأولى: حين يوشك الإعتداء أن يقع ويكون دور حق الدفاع هنا دوراً وقائياً يمنع الإعتداء من الوقوع.

الصورة الثانية: حين يبدأ الإعتداء وقبل أن ينتهي ويكون دور حق الدفاع هنا دوراً وقائياً لإيقاف استمرار الإعتداء وخطره.

الشرط الثالث: وقوع الإعتداء حقيقة (أو خطره):

كما أن الإعتداء لا بد من أن يكون إعتداء حقيقياً، فالإعتداء يمكن أن يكون حقيقياً، كما يمكن أن يكون وهمياً ويكون الإعتداء حقيقياً إذا علم المعتدي عليه أو غلب على ظنه^(٢) أنه إزاء إعتداء حقيقي جدّي، وكان ظنه مطابقاً للواقع.

أما إذا ظن المدافع أنه إزاء خطر ولم يكن ظنه وتوهمه مبنياً على أسباب معقولة وقرائن مقبولة، وكذبه الواقع فالإعتداء حينئذ وهمي لا يعتد به ولا يباح فعل الدفاع.

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٨٢ .

(٢) انظر مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٦ . الام - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ٢١ . الفرق - القرافي - ج ٤ ص ١٨٢ .

ويقصد بوقوع الإعتداء حقيقة أن يكون الصائل متلبساً بصياله، فتلبس الصائل بصياله، فيه ما يدخل الرعب والخوف على الموصول عليه مما يكون له الأثر على حالته النفسية وتصرفه الطبيعي وهذا يعد ضرراً كما يتصور وقوع الضرر الذي يقتضي الدفاع أن يكون هناك عدوان مستمر، والدفاع هو الذي يقطع هذا الاستمرار ولذا فوقوع الإعتداء كما يمكن تصوره أثناء فعل الإعتداء يمكن تصوره إذا كان متلبساً به. الأمر الذي يؤدي إلى إمكان تصور الدفاع قبل وقوع الإعتداء وأثناء وقوعه أيضاً^(١).

ومن ثم فإرادة الصائل لها دخل كبير في تبرير الدفاع ولذلك يقول الإمام الشافعي ((لا يكون له ضربه حتى يكون بارزاً له مريداً له))^(٢).

وما عدا ذلك فيرجع إلى اعتقاد الموصول عليه وغلبة ظنه ولا يشترط فيه تلبس الصائل بصياله حقيقة. إلا أنه لا يعد التهديد بوقوع الضرر مستقبلاً إعتداءً إلا إذا كانت هناك قرائن تدل على وقوعه فيمكن مقاومته فقد جاء في أسني المطالب ((وان حال بينهما نهر وخاف أنه إن عبره غلبه. له رميه ومنعه العبور))^(٣).

فكل فعل فيه قرينة تدل على أنه فعل صيال تجوز مقاومته قبل وقوعه.

المطلب الثاني

في بيان حال فعل الإعتداء في القانون الوضعي

يمكن معرفة بيان حال فعل الإعتداء في القانون الوضعي من نص المادة (٢٤٦) من

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري - ص ١١١.

(٢) انظر الأم - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ٣١.

(٣) انظر أسني المطالب - زكريا الانصاري - ج ٤ ص ١٦٧ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جباري - ص ١١٢.

قانون العقوبات المصري التي تشترط في حق الدفاع أن يكون ضد (فعل يعتبر جريمة) والجريمة هنا سواء كانت لا تقع إلا تامة أم يتصور الشروع فيها. وسواء كانت جريمة إيجابية أم سلبية ويرى أن يكون هناك إعتداء متحققاً بالفعل أو يكون هناك مجرد خطر إعتداء^(١). بمعنى أن يكون الإعتداء إما أنه تحقق فعلاً ولكنه لم ينته بعد أو لم يبدأ ولكنه على وشك الوقوع ولكن تحققه منتظر وفق السير العادي للأمور^(٢) وهذا هو الخطر الوشيك.

فبمعنى يقول النص (ان يكون ضد فعل يعتبر جريمة) أي (أن تكون الجريمة في مجرى نفاذها بالفعل أو وشيكة الوقوع)^(٣). أي أن تكون الجريمة خطرها حالاً والحال إما بدأ ولم ينته بعد أو في مجرى تنفيذه.

وهنا يكون الإعتداء جديراً بالدفاع ضده لأن من (خصائص حق الدفاع الشرعي التصدي للخطر الحالي وبراء وقوعه أو الحيلولة دون استمراره)^(٤).

أما الإعتداء الذي انتهى أو غير محقق الوقوع أو محقق ولكنه في المستقبل كل ذلك لا يقوم في مقابلة الدفاع الشرعي الخاص. وبذلك ننتهي إلى أن الفعل الذي يعتبره النص

(١) انظر شرح الأصول العامة في قانون العقوبات - يسري انور - ج ٢ ص ٨٦ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ١١٦ .

(٢) انظر شرح قانون العقوبات - محمود نجيب حسني - ص ١٩٤ .

(٣) انظر شرح النظريات العامة - يسري انور - ص ٢٨٩ . النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي - نعيم فرحات - ص ٢٦١ نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ١١٦ .

(٤) انظر المبادئ العامة في قانون العقوبات - سامي النصراني - ج ١ ص ١٦٩ .

جريمة والذي يجيز الدفاع يشترط فيه الآتي:
شروط فعل الإعتداء في القانون الوضعي:-

الشرط الأول: عدم مشروعية الخطر:

هناك رأيان في الصفة غير المشروعة في الخطر:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الصفة غير المشروعة يجب أن تتوافر في فعل المعتدي، بأن يكون جريمة معاقب عليها. فالمادة (٢٤٦) من قانون العقوبات المصري تقول:
(حق الدفاع الشرعي في النفس يبيح للشخص -إلا في الأحوال الإستثنائية المبينة بعد- استعمال القوة اللازمة، لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس، منصوباً عليها في هذا القانون).

وجاء في قانون العقوبات الباكستاني، على أن حق الدفاع ضد الجرائم الواقعة على النفس أو المال يحصل إذا كان خطر وقوع الجريمة مبنياً على أسباب معقولة ولا ينشأ هذا الخطر إلا من فعل إيجابي، ويستمر حق دفع هذا الخطر ما دام قائماً، ولا يكفي مجرد تصور الخطر لحصول حق الدفاع ما لم يكن هناك مظهر مادي يدل على نيته وقصده لإرتكاب الجريمة^(١).

ويقول بعض فقهاء القانون: (إن الدفاع الشرعي جائز لمنع كل تعدد مادي على النفس، مما يعد جريمة)^(٢).

(١) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قانري ص ١٠٧ .

(٢) انظر الموسوعة الجنائية - جندي عبد الملك - ج ١ ص ٥١٩ .

الرأي الثاني: يذهب إلى أن الصفة غير المشروعة، يكفي أن تتوافر في الخطر الناشيء عن الفعل، بأن يكون قد هدد حقاً، يحميه القانون، حتى ولو كان الفعل مجرد عمل تحضيري لا عقاب عليه في ذاته، أو مجرد شروع في جريمة لا يعاقب القانون على الشروع فيها.

فالقانون السوري نص على أن: (يعد ممارسة للحق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق، ولا مثار، عن النفس. . .)^(١).

ويقول بعض فقهاء القانون: (يكون الخطر غير مشروع ولو كان الفعل الصادر عن ذلك الخطر عملاً تحضيرياً أو شروعاً، في جريمة لا يعاقب القانون على الشروع فيها)^(٢).

هذا ويقرر القانون على أن الصفة غير المشروعة تقوم على عنصر موضوعي ينصب على الفعل، فلا تأثير لاهليته المعتدي^(٣)، كما إن الدفاع جائز عن نفس الشخص المعتدي عليه أو عن غيره^(٤).

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالاً:-

جاء في قانون العقوبات العراقي: (إذا واجه المدافع خطر حال من جريمة على النفس أو على المال...)^(٥) كما نصت المادة (٢٤٧) من قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٣٧م: (ليس لهذا الحق وجود، متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العمومية)^(٦).

(١) انظر المبادئ العامة في قانون العقوبات - محمد الفاضل - ص ٢٧٠ .

(٢) انظر المبادئ العامة في قانون العقوبات - محمد الفاضل ص ٢٧٤ .

(٣) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٢٤٠ - المبادئ العامة في قانون العقوبات - محمد الفاضل - ص ٢٧٥ . الاحكام العامة في قانون العقوبات - السعيد - ص ٢١١ .

(٤) انظر الاحكام العامة في قانون العقوبات - السعيد - ص ٢٠٦ - النظرية العامة للقانون الجنائي - رمسيس بهنام - ص ٣٥ .

(٥) انظر قانون العقوبات العراقي - المادة (٤٢).

(٦) انظر الاحكام العامة في قانون العقوبات - السعيد - قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ - ص ٢٦٢ .

وورد ذكر لهذا الشرط في قانون العقوبات الباكستاني في أنه يبتدىء حق الدفاع الشرعي عن النفس والمال متى نشأ خطر وقوع الجريمة لأسباب معقولة وإن لم يبدأ ارتكابها فعلاً ويستمر حق الدفاع متى ما كان هذا الخطر قائماً^(١)، ولكن لا يكفي مجرد تصور الخطر ما لم يكن له مظهر مادي يدل على إرادة وقصد المعتدي ارتكاب الجريمة^(٢). وقال بعض فقهاء القانون في بيان هذا الشرط: (أن يكون الاعتداء على وشك الوقوع، فإذا لم يكن كذلك، بأن يشهر المعتدي سلاحاً مثلاً، فلا يجوز استعمال حق الدفاع ومع هذا ليس من الضروري أن ينتظر الشخص المهدد وقوع الخطر فعلاً)^(٣).

ونتيجة لإشتراط القانون الوضعي، لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء الذي يراد درأه، حالاً أو على وشك الوقوع فقد استبعد قيام حالة الدفاع الشرعي في حالتين هما كون الخطر قد انقضى، وكونه تهديداً في المستقبل^(٤).

الشرط الثالث: أن يكون الخطر حقيقياً

وجاء في القانون العراقي^(٥) والمصري لسنة ١٩٣٧م^(٦) والباكستاني^(٧)، النص التالي: (فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة). وبالرغم من وحدة النص في هذه القوانين، فقد اختلف فقهاء القانون في تحديد الخطر

(١) أنظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قانري - ص ١٠٧ .

(٢) أنظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قانري - ص ١٠٧ .

(٣) أنظر نظريات عامة في الحقوق الجزائية - رشيد عالي الكيلاني - ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .

(٤) أنظر الأحكام العامة في قانون العقوبات - السعيد - ص ٢١٤ ، شرح قانون العقوبات - القسم العام - محمود محمود مصطفى -

ص ٢٧٦ - في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٢٣١، النظرية العامة للقانون الجنائي - رمسيس بهنام - ص ٣٥١ .

(٥) أنظر قانون العقوبات العراقي المادة (٤٢) الفقرة (١) والمادة (٤٤) الفقرة (٤).

(٦) أنظر شرح القانون الجنائي - أحمد صفوت - المادتين (٢١٣) (٢١٤) ص ٢١٥، ٢١٦ .

(٧) أنظر شرح العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قانري المادة (١٠٠) ص ٩٩ .

الذي لا أساس له من الواقع إلى إتجاهين:

الإتجاه الاول: ذهب إلى أنه: (يجب أن يكون الخطر حقيقياً فإذا كان وهمياً أو خيالياً فلا يكفي لتبرير الدفاع)^(١).

ويبرر هذا الإتجاه رأيه بالقول، أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، ويقتضي ذلك أن تتوافر حقيقة حتى يترتب أثرها ولا يغني عن توافرها مجرد توهم ذلك.

الإتجاه الثاني: ذهب إلى أنه: (يصح القول بقيام حالة الدفاع الشرعي ولو كان الإعتداء وهمياً أي لا أصل له في الواقع وحقيقة الامر متى كانت الظروف والملابسات تلقي في روع المدافع أن هناك إعتداء جدياً وحقيقياً موجهاً إليه)^(٢).

ويبرر هذا الفريق رأيه بالقول: (أن توهم الظرف المبيح أو المعفي له في الإباحة وفي نفس الإعفاء نفس الاثر المترتب على وجود هذا الظرف بالفعل متى كان توهماً مغتوراً ينشأ لدى الرجل العادي لو أحاطت به نفس الملابسات)^(٣).

ويتضح من ذلك أن الاختلاف بين الإتجاهين كبيراً جداً في اعتبار الخطر الوهمي وفي تبريره

(١) انظر الموسوعة الجنائية - جندي عبد الملك - ج ١ ص ٥٢٧ .

(٢) انظر الاحكام العامة في قانون العقوبات - السعيد - ص ٢١٧ . شرح قانون العقوبات - القسم العام - محمود مصطفى - ص ٢٧٧ . في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٢٣٦ .

(٣) انظر النظريات العامة للقانون الجنائي - رمسيس بهنام - ص ٤٠٨ .

المطلب الثالث

في بيان حال فعل الإعتداء

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من خلال العرض السابق لشروط (فعل الإعتداء في كل من الفقه والقانون)، اتضح أنهما يتفقان معاً في هذه الشروط التي تجيز الدفاع من حيث المبدأ. وما حدث من خلاف حول شرط عدم مشروعية الخطر واشتراط كون الفعل جريمة أم لا فإن ما حدث في الفقه الإسلامي بالنسبة لذلك حدث في القانون كذلك، فما شرطه أبو يوسف وما جاء من بعض الفقهاء لفكرة عدم المشروعية في أن يكون فعل الإعتداء جريمة يتفق مع اشتراطه القانوني أيضاً في هذا الفعل، كذلك وما أقره الإمام أبو حنيفة في صد صيال الحيوان على أساس حالة الضرورة لا على أساس الدفاع يتفق مع ما ذكره القانون أيضاً إلا إذا اعتبر الفعل جريمة من صاحب الحيوان وذلك بتحريضه. إلا أن ما حدث في القانون من جواز الدفاع في مواجهة الزوج المفاجيء لا يقره الفقه الإسلامي وإن كل ما حدث في مشروع قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٦٧م من نص على تعطيل الدفاع ضد من يفاجيء زوجته وهي متلبسة، لكن ما زال فعل المفاجيء جنحة في القانون أما في الفقه فما حدث من عمر بن الخطاب رضي الله عنه - للمفاجيء لهو دليل على مخالفة القانون^(١).

وما أنت به المذكرة الإيضاحية وما تحمله من إنذار للزاني حتى لا يكون الصائل على العرض أكثر أمناً من الصائل على المال. لخطوة كبيرة لتتبع خطوات الشريعة الإسلامية،

(١) ((روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه - بينما هو يتقذى يوماً إذا أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم، فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل، وأقبل جماعة من الناس، فقالوا: يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع إمراته فقال عمر (رض) للرجل: ما يقول هؤلاء؟ فقال الرجل: ضربت فخذي إمرأتي بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال لهم عمر: ما يقول. قالوا: ضرب بسيفه فقطع فخذي إمراته فلصاب وسط الرجل فقطعه اثنين، فقال عمر: إن عادوا فعد)) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٢٢.

ودليل على تقدم القانون وتطوره والوصول إلى ما إنتهت إليه هذه الشريعة الغراء^(١).

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية -سعد جبالي- ص ١٢٨ .

المبحث الثاني في بيان حال فعل الدفاع

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:-

المطلب الأول: في بيان حال فعل الدفاع في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: في بيان حال فعل الدفاع في القانون الوضعي.

المطلب الثالث: في بيان حال فعل الدفاع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول

في بيان حال فعل الدفاع في الفقه الإسلامي

إن للمدافع حق الدفاع باستخدام كل الوسائل المشروعة، وإيلاء جسم المعتدي، حتى لو أدت إلى قتله. ولم يجعل الفقهاء الدفاع الشرعي مقصوراً على نحو واحد من الأفعال بل وضعوا شرطين يحكمان الأفعال. وهما شرطاً للزوم والتناسب.

الشرط الأول: لزوم فعل الدفاع:-

إن الدفاع حق مشروع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ويباح استعماله بل يجب في أكثر الأحوال ولكنه ليس مطلقاً بل مقيداً بشرط أن يكون لازماً أي ضرورياً وليس هناك مفر من استعماله.

وليس المراد من اللزوم، وجوب إتيان فعل الدفاع بحيث يحرم عدم الدفاع، بل اللزوم ينصب على جنس الفعل لا على إتيانه، فعند القيام بفعل الدفاع سواء أكان الدفاع واجباً أو مباحاً، فإنه لا يجوز ممارسة أي فعل لدفع الخطر إلا إذا كان لامجال للدفع إلا به.

ويشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة للدفع، فإذا أمكن الدفع بوسيلة أخرى غير الدفاع بالقوة والعنف، وجب استعمالها، فإن أهمل المعتدي عليه هذه الوسيلة ودفع الإعتداء بالقوة والعنف فهو معتد، وبعبارة أخرى، أنه ليس للدافع استخدام القوة، وهذا هو معنى اللزوم، لأن أفعال الدفاع لما كانت منطوية على جواز استخدام القوة، إنما جاز ذلك على سبيل الدفع بلا عنف ومن دون هذا السلوك، فإذا أمكن الدفع بلا عنف ومن دون قوة فلا يصر إليها، حيث لا يدفع الأخف بالاثقل ولأن الدفع أفضل وأولى إذا كان بالتالي هي أحسن.

وإن الفعل اليسير الذي يمنع ضرراً ولا يحدث ضرراً آخر، هو خير من فعل يمنع ضرراً ويحدث ضرراً آخراً وذلك تطبيقاً لمبدأ كون الدفاع سلطة وقائية.

وإن اشتراط لزوم فعل الدفاع بالمعنى الذي ذهبنا إليه يؤدي بالضرورة إلى نتيجتين هما: النتيجة الأولى: ضمان ما ينجم عن استخدام القوة إذا أمكن التخلص من الخطر بدونها.

النتيجة الثانية: وجوب تصويب فعل الدفاع نحو مصدر الخطر.

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على عدم جواز أي فعل من أفعال الدفاع، ما لم يتعذر سواه، ويتعين هو طريقاً للدفع^(١).

في الهرب كوسيلة من وسائل الدفع:-

تحدث الفقهاء عن هرب المعتدي عليه، كوسيلة من وسائل الوقاية من خطر المعتدي، وقد ذكروا له أحكاماً مختلفة، وذلك تبعاً لاختلاف أحوال الهرب.

(١) انظر تبين الحقائق - الزيلعي ج ٦ ص ١١١ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٢٥٧ . شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - ج ٨ ص ١١٢ . الأم - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ١٧٧ . مغني المحتاج - الشريبي - ج ٤ ص ١٩٧ . نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٤٠ . الإنصاف - المرداوي - ج ١ ص ٢٠٢ . حاشية ابن قدامة على المغن - ج ٢ ص ٥٠٥ .

قال الحنفية: ((لو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لأنه قتله بغير حق))^(١).

وقال المالكية: ((لا يجوز للمصول عليه (جرح) للصائل فضلاً عن قتله (إن قدر على الهرب منه) أي من الصائل بنفسه وأهله وماله (بلا مشقة))^(٢).

وقال الشافعية: ((وإن المسلمين، لم يختلفوا فيما علمت أو من علمت قوله منهم في أن مسلماً لو أرادني في الموضع الذي يمنع من باب أغلقته، ولا قوة لي بمنعه، ولا مهرب امتنع به، وكانت منعتي التي أدفع بها إرادته، لي إنما بضربه بسلاح، فحضرني سيف، أو غيره، كان لي ضربه بالسيف لأمنع حرمتي التي حرم الله تعالى عليه إنتهاكها))^(٣).

وقال الحنابلة: ((من أريدت نفسه أو حرمة أو ماله فله الدفع عن ذلك بأسهل ما يعلم دفعه به. . . وقيل له الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب علي ظنه أنه يندفع به وهذا هو المذهب. . . وقيل ليس له ذلك إذا أمكنه هرب أو احتماء ونحوه وجزم به في الوجيز))^(٤).

إن موقف الفقهاء ونحوه من الهرب يقوم على عناصر موضوعية، هي التي تحدد مدى إلزام المعتدي عليه بالهرب، أو إباحة الدفاع له. وهو موقف أقل ما يقال عنه أنه منسجم مع شروط الدفاع الشرعي الخاص، ومع مبدأ حق الدفاع الشرعي كسلطة وقائية.

فوجوب الهرب يكون حين يجب حفظ المعصوم من الخطر ويتعذر الدفع واستعمال القوة، وعندئذ لا مجال للوقاية من الخطر إلا بالهرب، ومثاله أن يعجز الإنسان، عن حقن دمه،

(١) انظر تبين الحقائق - الزيلعي - ج ٦ ص ١١١ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٥٧ .

(٣) انظر الأم - الإمام الشافعي - ج ٦ ص ١٧٧ . نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٤، ٢٥ . مغني المحتاج - الشربيني - ج ٤ ص ١٩٧ .

تحفة الطلاب وحاشية الشرقاوي عليها - الانصاري - ج ٢ ص ٤٤٢ .

(٤) انظر الإنصاف - المرداوي ج ١ ص ٢٠٢ . حاشية ابن قدامة علي المقنع - ج ٢ ص ٥٠٥ .

ويتسطيع الهرب من أمام من أراد قتله، وجواز الهرب يكون حين يمكن النجاة بالهرب وبالدفاع عندما يكون الخطر المتوقع من الهرب كالخطر المهدد، ومثاله الدفاع عن المال حين يتعذر حمله والهرب به كما يتعذر الدفع عنه وحرمة الهرب ووجوب الدفاع حين يمكن الدفع، ودرء الخطر عما يجب الدفاع عنه، ومثال ذلك كمن يعتدي على عرضه ويستطيع درء الخطر المهدد والحفاظ على العرض بقليل جهد وعناء.

كما أن وجوب الهرب وعدمه بناء على اختلاف الحال لا يتعارضان مع لزوم فعل الدفاع وتناسبه، بل ينسجمان معها تمام الإنسجام. بل أن (الاجتهاد والقانون يشترطان لأن يكون فعل المدافع مقبولا أن لا يكون المعتدي عليه قادراً على رد الإعتداء بغير عنف)^(١).

الشرط الثاني: تناسب فعل الدفاع:-

يشترط في الدفاع بعد توافر شروط اللزوم فيه أن يكون بالقدر اللازم لدفع الإعتداء ودرء الخطر، أي أن يكون مناسباً ويكون مناسباً إذا وقع بأدنى قدر ممكن من القوة اللازمة لدرء الخطر ودفع العدوان. وإنما وجب الاقتصار على القدر اليسير مما يمكن المدافع معه أن يدرأ به الخطر، لأن استخدام القوة لم يكن إلا لضرورة درء الخطر ودفع العدوان، ولا ضرورة في الفعل الاثقل والأشد مع إمكان تحصيل المقصود بالآخف واليسير، إذ أن المقصود هو الوقاية لا الثار والانتقام والنكاية، وتخطي شرط التناسب معناه الخروج عن الغاية التي من أجلها أبيحت أفعال العنف والقوة، وتجاوز شرط التناسب يعني تحول المدافع إلى مهاجم وانتقال فعله الوقائي إلى عمل إجرامي انتقامي.

ولذا تجدر أن الفقهاء اتفقوا على وجوب الاقتصار على الأسهل الخفيف الذي يمكن به درء الخطر، وتحول الدفاع إلى إعتداء عند تخطي وتجاوز هذا القدر.

(١) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - من ٢٤٩.

قال الحنفية: ((.. ولكن ينظر إذا كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل، فلا مباح له القتل وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح له القتل، لأنه من ضرورات الدفع))^(١).

وقال المالكية: ((يدفعه بالآخف فالآخف، فإن أبى إلا الصول قتله))^(٢).

وقال الشافعية: ((وليدفع الصائل بالآخف فالآخف إن أمكن. . لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل))^(٣).

وقال الضابلة: ((لو أريدت نفس إنسان أو ماله أو حرمة دفع عن تلك بأسهل ما يعلم أنه يندفع به))^(٤).

ويتضح من هذه النصوص الفقهية المذكورة أنفاً نتيجتين:

النتيجة الأولى: أن التناسب لا يقتضي بالضرورة أن لا يزيد فيه عنف المدافع عن خطر المعتدي، فقد يفوقه بكثير مع تحقق التناسب كما قد يقل عنه بكثير، إذ أن حق الدفاع الشرعي ما هو إلا سلطة وقائية، فإذا إندفع الخطر الجسيم باليسير، فيه، وكفاية وإذا لم يندفع الخطر اليسير إلا بقوة كبيرة فلا مانع حتى يندفع ذلك الخطر الجسيم.

النتيجة الثانية: أن التناسب لا يقصد به أن يكون الضرر أو العنف الذي يستعمله المدافع ضد مصدر الخطر بالمقدار الذي ينوي المعتدي أن يلحقه به.

(١) انظر بدائع الصنائع - الكاساني - ج ٧ ص ٩٢، ٩٣ تكملة البحر الرائق - الطوري ج ٨ ص ٢٤٤.

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٥٧. شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - ج ٨ ص ١١٢.

(٣) انظر مغني المحتاج - الشرييني - ج ٤ ص ١٩٦. - المذهب الشيرازي - ج ٢ ص ٢٢٥. حاشية البيجرمي على المنهاج ج ٤ ص ٢٣٨.

المنهاج - النووي - ص ٢٥٦. نهاية المحتاج - الرملي - ج ٨ ص ٢٤.

(٤) انظر الإنصاف - المرداوي ج ١ ص ٢٠٢. المغني - ابن قدامة ج ٨ ص ٢٢٩.

المطلب الثاني

في بيان حال فعل الدفاع في القانون الوضعي

إن من حق كل شخص أن يدافع عن نفسه وعرضه وماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله من كل إعتداء حال غير مشروع.

ولعل المادة (٢٤٦) من قانون العقوبات المصري أكدت هذا الحق وحدته ووضعت له ضوابط وشروط معينة، غير أن المادة (٢٤٧) الفقرة (٤) ذكرت نفيه وذلك إذا كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية على اعتبار (إن حق المدافع حق استثنائي وحق السلطة العامة حق أصلي وعلى هذا فلا وجود للأول مع وجود الثاني ولكن ذلك مشروط بأن الركون إلى السلطات العامة أمر ممكن في الوقت المناسب)^(١).

وبلاحظ أن نص المادة (٢٤٦) الفقرة (٤) بين لنا شرطي فعل الدفاع من لزوم وتناسب.

الشرط الأول: لزوم الدفاع:-

نص القانون الباكستاني بجعل شرط اللزوم لازماً وضرورياً لإباحة الدفاع، حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة (٩٩) من قانون العقوبات الباكستاني: (لا يقوم حق الدفاع الشرعي الخاص في الحالات التي يمكن فيها الاستعانة بالحكام لرد الإعتداء)^(٢). كما نص قانون العقوبات العراقي على: (أن من يتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لإتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب)^(٣).

(١) انظر نظرية الدفاع الشرعي - يوسف قاسم - ص ٢٠٢.

(٢) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري - ص ٩٤.

(٣) انظر قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ المادة (٤٢) الفقرة الثانية وتقابلها المادة (٢٤٦)، (٢٤٧) من قانون العقوبات المصري.

وذهب فقهاء القانون إلى هذا الشرط (عدم إمكان تفادي الخطر بوسيلة أخرى) يلزم المدافع أن لا يلجأ إلى دفع الخطر بالقوة، إلا إذا كان غير قادر على دفعه بغير القوة، وأن يوجه فعل الدفاع نحو مصدر الخطر، ومتى أمكنه الإحتماء بغير العنف في دفع الخطر، فلا يباح له ارتكاب فعل الدفاع^(١).

في الهرب كوسيلة من وسائل الدفع في القانون الوضعي:

(كان الشراح في العهد القديم في فرنسا يفرقون بين طبقات الناس، فيقولون بوجود القرار على من كان من طبقة العامة أما الاشراف فلما كان الهرب يجرح كبرياءهم!! فلا يجوز إلزامهم به)^(٢).

واختلف الفقهاء المحدثين في استعمال الهرب كوسيلة للوقاية من الاخطار، ويرى معظم فقهاء القانون أن المدافع لا يلزم بالهرب وله أن يدافع عن حقوقه، باعتبار أن الهرب يصف الهارب بالضعف والجبن، في حين أن من حقه أن يدافع، ويناصر القانون ويعينه على ردع الخارجين عليه وعقابهم، وكما أن هروب المعتدي عليه يجعل المعتدي متمادياً في بغيه وعدوانه^(٣). غير أنهم قالوا أن الهرب، حين لا يكون مشيناً فليس هناك ما يمنع المعتدي عليه من الهرب. وجعلوا الهرب من الوالد والمجنون والسكران والبهيمة غير مشين، ففي مثل هذه الحالات على المدافع أن يهرب^(٤).

ونصت المادة (١٠٠) من قانون العقوبات الباكستاني: (على أنه لا يباح الدفاع بالقتل إلا

(١) انظر الأحكام العامة في قانون العقوبات - السعيد - ص ٢٢، النظرية العامة في القانون الجنائي - رمسيس بهنام ص ٢٥٩.

(٢) انظر في المسؤولية الجنائية - القلي - ص ٢٤٦.

(٣) انظر في المسؤولية الجنائية - القلي - ص ٢٤٧.

(٤) انظر شرح قانون العقوبات - القسم العام - محمود محمود مصطفى - ص ٢٨٠. المبادئ العامة في قانون العقوبات - محمد الفاضل - ص ٢٨٤.

إذا قام للمعتدي عليه احتمال وقوع أذى جسيم على نفسه أو عرضه أو ماله، ولم يكن له مجال للهرب للتخلص من الخطر وصار قتل المعتدي لازماً وضرورياً لرد الإعتداء والعدوان).

ولو اعتدى رجلاً على امرأة ليزني بها، فقتلته بسلاح مع إمكانها الهرب منه، كانت مسؤولة جنائياً عن قتله. إلا أن عقوبتها ستكون طبقاً للمادة (٣٠٤) من قانون العقوبات الباكستاني، وهي مادة عقوبة القتل شبه العمد، وذلك بدلاً من تطبيق المادة (٣٠٢) من نفس القانون، وهي مادة عقوبة القتل العمد.

والقانون الباكستاني لا يقرر الهرب كواجب مطلقاً إذا كان للمعتدي عليه مجال للدفاع، سواء أكان الإعتداء واقع على النفس أو العرض أو المال^(١).

الشرط الثاني: تناسب فعل الدفاع:-

نصت المادة (٩٩) في الفقرة الرابعة من قانون العقوبات الباكستاني، على: (أن لا يمتد حق الدفاع في أي حال من الأحوال إلى إيقاع أشد مما يلزم من الضرر والأذى لأجل الدفاع)^(٢).

ولقد وردت بعض القضايا في هذه المادة تذكر منها ما يلي:-

١/ إذا قبض شخص على لص في داره، ثم قتله عمداً لكي لا يهرب، فيعد ذلك تجاوزاً عن حق الدفاع ويكون مسؤولاً جنائياً عن ذلك^(٣).

٢/ إذا ضرب الشخص المتوفي المتهم ضرباً خفيفاً بالعصا فانتزع المتهم سكيناً وضرب

(١) أنظر شرح قانون العقوبات الباكستاني - شاهد حسين قادري ص ٩٩.

(٢) نفس المصدر السابق ص ٩٤.

(٣) نفس المصدر السابق ص ٩٧.

بها المتوفي ثمانية ضربات، تكفي خمسة منها لموته، فيحكم على أن المتهم لم يدافع بحسن نية ولا بإرادة إصابة الضرر الضروري والمناسب لدفع الإعتداء^(١).

٣/ إذا وقع القتال بين شخصين، وكان مع أحدهما سلاح مميت، والآخر بدون سلاح، فليس لحامل السلاح حق الدفاع بالسلاح ضد الآخر^(٢).

وجاء في تفسير المادة (١٠٠) من قانون العقوبات الباكستاني، في الشرط الرابع، أنه لا يباح حق الدفاع بالقتل لدفع الجريمة الجسيمة إلا إذا كان الدفاع بالقتل أصبح لازماً وضرورياً^(٣).

وورد في قانون العقوبات المصري، في أن (حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص -إلا في الأحوال الإستثنائية المبينة بعد- استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس، منصوص عليها في هذا القانون)^(٤).

ونص القانون العراقي على أنه: (لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع)^(٥).

وقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى أن التناسب يتحقق: (إن لم يكن بين الإصابة والخطر المهدد فرق ظاهر)^(٦).

وذهب فريق آخر منهم إلى أنه (من الممكن أن يتحقق التناسب مع وجود فرق كبير بينهما)^(٧).

(١) انظر شرح قانون العقوبات الباكستاني -شاهد حسين قادري- ص ٩٧.

(٢) نفس المصدر السابق ص ٩٧.

(٣) نفس المصدر السابق ص ٩٩.

(٤) انظر المادة (٢٤٦) من قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ -السعيد- ص ٢٦٣.

(٥) انظر المادة (٤٥) من قانون العقوبات العراقي.

(٦) انظر في المسؤولية الجنائية -القللي- ص ٣٥٢.

(٧) انظر الحقوق الجزائية العامة -عبد الوهاب حومد- ص ٢٥١.

وسبب الاختلاف بين فقهاء القانون يعود إلى اختلافهم في تحديد التناسب، فمنهم من جعله بالموازنة بين فعل الدفاع والخطر المهدد، وهذا هو رأي أصحاب الفريق الأول، ومنهم من حدد التناسب بالموازنة بين فعل الدفاع وأسهل قوة كان في مقدور المدافع أن يستعملها لصد العدوان ودرته وهذا هو رأي أصحاب الفريق الثاني.

ونرى أن الرأي الثاني هو الأصح، إذ قد يكون الخطر بسيطاً هيناً ولكنه يلجئ المدافع إلى فعل شديد حيث ليس في مقدوره دفع ذلك الخطر بما هو أسهل.

فالموازنة بين فعل الدفاع والخطر المحدث - من الناحية المادية - قد تكشف عن تفاوت كبير بينهم، ولكنه مع ذلك حق ومقبول، حيث أن الإصابة التي حدثت لم يكن بد منها لظروف المدافع. وخاصة وإن فقهاء القانون جعلوا معيار التناسب معياراً شخصياً وموضوعياً يعتمد على ظروف الإعتداء وحالة المدافع في آن واحد^(١).

المطلب الثالث

في بيان حال فعل الدفاع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يتضح من خلال عرضنا لشروط فعل الدفاع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إنها نفس الشروط بصورة عامة ولا يوجد بينهما اختلاف كبير فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد شرطت في فعل الدفاع ضرورة اللزوم والتناسب فقد حدث ذلك أيضاً في القانون إلا أنه من الناحية التطبيقية فقد شمل فعل الدفاع في الشريعة الإسلامية النفس والعرض والمال ولكن القانون قد أغفل العرض من نصوصه وجعله من جرائم الإعتداء على النفس.

(١) انظر في المسؤولية الجنائية - القلبي - ص ٣٥٢ . المبادئ العامة في قانون العقوبات - محمد الفاضل - ص ٢٨٦ .

كذلك من ناحية الهرب كوسيلة لدفع الإعتداء، نجد أن الفقه الإسلامي قد اختلف فيه، فهناك من أوجبه باعتباره أهون وسيلة وأخفها في الدفع ولكن مع شرط القدرة وتيقن عدم الضرر، ومنهم من قصره على النفس فقط إلا إذا أمكن الهرب بالعرض والمال. ومنهم من إجازته مطلقاً^(١).

أما الدفاع في مواجهة الصبي والمجنون والبهيمة. فيمكن استعمال الهرب كوسيلة لدفع الإعتداء.

أما في القانون فهو غير ملزم إلا إذا كان الإعتداء قد صدر من مجنون أو صبي أو حيوان فهو واجب، أما في معيار التناسب فيبدو أنه في الفقه الإسلامي أشد انضباطاً منه في القانون بناء على عدم الاختلاف في الأصل فيه وهو قوله تعالى: «ادفع بالتي هي أحسن. . .»^(٢).

وقول الرسول (ص): «لو أن رجلاً اطلع عليك»^(٣).

هذا ومما يزيد الأمر انضباطاً فإنه قد بين الحالات التي يسقط فيها الترتيب، وهذه الحالات منها الشخصية ومنها الموضوعية.

(١) انظر تكييف دور الفرد والمجتمع في مكافحة الجريمة الجنائية - سعد جباري عبد الرحيم ص ١٤٨ .

(٢) سورة فصلت - الآية: ٢٤ .

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٤ ص ١٢٨ فتح الباري - العسقلاني ١٢ ص ٢٤٢ . سنن الدارمي - ج ٢ ص ١١٨ . مسند

المبحث الثالث في بيان حال الصائل أو المهاجم (أي أهليته)

تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:-

المطلب الأول: في بيان حال الصائل أو المهاجم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: في بيان حال الصائل أو المهاجم في القانون الوضعي.

المطلب الثالث: في بيان حال الصائل أو المهاجم (أي أهليته) بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المطلب الأول

في بيان حال الصائل أو المهاجم في الفقه الإسلامي

من البديهي أن الصائل يكون في حالة صيال وإعتداء، وإن فعله الصادر منه غير مشروع في ذاته، وقد يعاقب عليه التشريع وقد لا يعاقب، وتظهر التفرقة في كل من إعتداء الصبي والمجنون والبهيمة، ففعلهم هذا ليس عليه عقاب جنائي، لكن هل عدم عقابهم هذا يبرر عدم الدفاع في مواجهة الإعتداء الصادر منهم أم لا؟

فاختلف الفقهاء إلى ثلاثة آراء في هذا الحكم:

الرأي الأول: المالكية والشافعية والحنابلة.

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم الإشتراط في فعل الإعتداء أن يكون جريمة معاقب عليها أم لا. ولكن يكفي أن الخطر غير مشروع سواء كان الصائل مسؤولاً جنائياً أم لا وعلى ذلك يجوز رد الفعل هنا على أساس دفع الصائل ولعل ما جاء من نصوص فقهية يؤيد

ذلك.

فقد جاء في تبصرة الحكام: ((يجوز دفع الصائل عن النفس والاهل والمال سواء كان الصائل مكلفاً أو صبيّاً أو مجنوناً أو بهيمة))^(١).

وجاء في أسني المطالب يجوز للمصول عليه وغيره دفع كل صائل من أدمي أو غيره^(٢).
كما جاء في المغني لابن قدامة: ((ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه وغير المكلف كالمكلف في هذا))^(٣).

الرأي الثاني: الأحناف عدا الإمام أبي يوسف.

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى الاشتراط في فعل الإعتداء أن يكون جريمة حتى يبرر الدفاع وأن يكون الصائل مسؤولاً جنائياً وعلى ذلك لا يجوز الدفاع ضد الإعتداء الصادر من المجنون أو الصبي أو البهيمة، ولكن يمكن إتقاء ضرر الخطر على أساس الضرورة^(٤)، لأن فعلهم لا يوصف بالجريمة والضرورة هنا توجب الضمان ولا توجب القصاص، فقد جاء في الفتاوى الهندية وأن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه، فعليه الديّة من ماله^(٥).

الرأي الثالث: أبو يوسف.

فهو يشترط أن يكون فعل الإعتداء جريمة ولكن لا يشترط أن يكون الصائل مسؤولاً عنها.

(١) انظر تبصرة الحكام - ابن فرحون - على هامش فتح العلي المالك - ج ٢ ص ٣٥٦ .

(٢) انظر أسني المطالب - زكريا الانصاري - ج ٤ ص ٦٦ نقلاً عن المرجع - سعد جبالى عبد الرحيم - ص ١٥٠ .

(٣) انظر المغني - ابن قدامة - ج ٨ ص ٢٢٩ .

(٤) انظر تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢ . التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٨٠ .

(٥) انظر الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٧ - نقلاً عن المرجع السابق - سعد جبالى - ص ١٥١ .

ولما كان فعل الصبي والمجنون جريمة في حد ذاته بدليل المسؤولية المدنية فإن رد فعلهما عند هذا الرأي يكون على أساس دفع الصائل. أما رد فعل البهيمه فيكون على أساس الضرورة الملجئة^(١) فقد جاء في تكملة البحر الرائق لا تجب الدية في الصبي والمجنون^(٢).

المطلب الثاني

في بيان حال الصائل أو المهاجم في القانون الوضعي

الدفاع ضد الصبي والمجنون في القانون الوضعي:-

وقع الخلاف بين فقهاء القانون حول مشروعية الخطر الصادر من الصبي والمجنون وعدم مشروعيته وذلك مما أدى إلى الخلاف أيضاً حول أساس مقاومة هذا الخطر، فإذا كان مشروعاً فيقاوم على أساس حالة الضرورة وإذا كان غير مشروع فيقاوم على أساس الدفاع الشرعي الخاص فذهب فريق إلى أن صدور الخطر من الصبي والمجنون يعد مشروعاً وبالتالي يقاوم على أساس حالة الضرورة.

وذهب فريق آخر إلى أن صدور الخطر من الصبي والمجنون غير مشروع وبالتالي يقاوم على أساس الدفاع الشرعي الخاص ولكل من الفريقين دليله.

دليل الفريق الأول:-

إن فعل غير المسؤول لا يوصف بأنه غير مشروع، كما أن القانون يصف الإعتداء بأنه جريمة ولا محل لهذا الوصف إذا إنعدم ركنها المعنوي لأن من ارتكب الفعل غير مسؤول^(٣).

(١) انظر التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ١ ص ٤٨.

(٢) انظر تكملة البحر الرائق - الطوري - ج ٨ ص ٢٠٢.

(٣) انظر شرح قانون العقوبات - محمود نجيب حسني - ص ٢٠. نظرية الدفاع الشرعي - يوسف قاسم - ص ١٧٢.