الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

مخبر الجنوب الجزائري للبحث

في التاريخ والحضارة الإسلامية

الدفاع الشرعي وحدوده دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالب:

بن صدوق محمد

تحت إشراف:

أ.د/ وينتن مصطفى

لجنة المناقشة:

الرقم	اللقب والاسم	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
01	حباس عبد القادر	أستاذ	جامعة غرداية	رئيسا
02	وينتن مصطفى	أستاذ	جامعة غرداية	مقررا
03	كيحول بوزيد	أستاذ	جامعة غرداية	مشرفا مساعدا
04	عز الدين كيحل	أستاذ	جامعة بسكرة	ممتحنا
05	حنطاوي بوجمعة	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	ممتحنا
06	علي باقل	أستاذ محاضر أ	جامعة تيسمسيلت	ممتحنا

السنة الجامعية: 1446-1447هـ/ 2024-2025م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

مخبر الجنوب الجزائري للبحث

في التاريخ والحضارة الإسلامية

الدفاع الشرعي وحدوده دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالب:

بن صدوق محمد

تحت إشراف:

أ.د/ وينتن مصطفى

لجنة المناقشة:

الرقم	اللقب والاسم	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
01	حباس عبد القادر	أستاذ	جامعة غرداية	رئيسا
02	وينتن مصطفى	أستاذ	جامعة غرداية	مقررا
03	كيحول بوزيد	أستاذ	جامعة غرداية	مشرفا مساعدا
04	عز الدين كيحل	أستاذ	جامعة بسكرة	ممتحنا
05	حنطاوي بوجمعة	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	ممتحنا
06	علي باقل	أستاذ محاضر أ	جامعة تيسمسيلت	ممتحنا

السنة الجامعية: 1446-1447هـ/ 2024-2025م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَالَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلْبَغْىُ هُمْ يَنتَصِرُونَ ﴿39﴾ وَجَزَٰٓؤُا۟

سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۖ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ۚ

إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿40﴾ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ

فَأُو۟لَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴿41﴾ ﴾

[سورة الشورى]

الإهداء

إلى نبع العطاء والوفاء أمي الغالية، إلى أبي العزيز شفاه الله وعافاه، أطال الله في عمرهما، ومتعهما بلباس الصحة والعافية، رزقني الله برهما في الدنيا وجوارهما في الجنة، مع الحبيب المصطفى صلوات ربي وسلامه عليه.

إلى جميع أفراد الأسرة الإخوة والأخوات.

إلى روح أخي الطاهرة "الهاشمي رحمه الله".

إلى زوجتي الكريمة رفيقة الكفاح والظروف الصعبة وابنتي الحبيبة "ثبات".

إلى كل من علمونا وربونا وكانوا قدوتنا في طريق علوم الدين والقرآن.

إلى كل المشايخ، الأساتذة، الأصدقاء، والأحباب كل باسمه ومقامه

أهدي هذا العمل.

شكر وعرفان

نحمد الله ونشكره على كل نعمة أنعمها علينا في قديم أو حديث، في سر أو علانية، خاصة أو عامة.

ولقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ﴾ [لقمان،12]

ولقوله صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكرِ النَّاسَ لم يشكرِ اللَّهَ" (رواه أبو داود وأحمد والترمذي)

أتقدم بالشكر والتقدير إلى السيد رئيس المشروع؛ الأستاذ الدكتور كيحول بوزيد، وإلى الأستاذ الدكتور وينتن مصطفى لقبوله الإشراف على هذه الأطروحة، وإلى كل أعضاء لجنة المناقشة.

وإلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد في هذا العمل المتواضع، ولم يبخلوا علينا بآرائهم وتوجيهاتهم، نأمل أن يجدوا من خلال هذه الأسطر كل معاني الشكر والتقدير عرفانا منا بالجميل.

ملخص البحث:

تناول البحث تسليط الضوء على موضوع عريق في التاريخ متجدد في السياق الراهن، متغير حسب الوقائع والأحداث فقد أقرته جميع الشرائع السماوية والوضعية؛ ألا وهو الدفاع الشرعي الخاص "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، والذي يعتبر من أهم أسباب الإباحة في الفقه الجنائي، حيث نبين الأحكام والأبعاد التي تنظم حالة الدفاع الشرعي وما مدى توافقها بين الشرع والقانون، فإنه يباح لمن يهدده خطر أو تعرض لاعتداء على مستوى نفسه أو ماله أو عرضه سواء كان معتدى عليه أو مدافعا عن غيره، إضافة إلى شروط خاصة بالاعتداء، أن يدرأ أو يرد ذلك وفق شروط معينة، دون تجاوز الحدود والقيود المطلوبة وإلا يعتبر المدافع مسؤولا جنائيا ومدنيا.

ولتوضيح حالة الدفاع الشرعي قسمت البحث إلى مقدمة وأربعة فصول، حيث تناولت في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للدفاع الشرعي وفي الفصل الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي، وفي الفصل الثالث: أركان الدفاع الشرعي وآثار الدفاع الشرعي في الفصل الرابع، وفي ختام البحث أهم النتائج والتوصيات.

Research Summary

This research sheds light on an ancient yet continuously relevant topic in history, subject to change based on circumstances and events, and acknowledged by all divine and human-made laws: the right of private defense, specifically "repelling the assailant." This is one of the most significant grounds for exemption in criminal jurisprudence. The study provides a comparative analysis between Islamic jurisprudence and positive legislation, highlighting the rules and dimensions that regulate the state of self-defense and its alignment between religious and legal frameworks. It is permissible for individuals facing threats or aggression against their persons, properties, or honors—whether defending themselves or others—to repel or counter the aggression under specific conditions. This must be done without exceeding the necessary limits and constraints; otherwise, the defender would be held criminally and civilly liable.

To clarify the concept of self-defense, the research is divided into an introduction and four chapters. The first chapter addresses the conceptual framework of self-defense, the second chapter discusses the legitimacy of self-defense, the third chapter examines the elements of self-defense, and the fourth chapter explores the effects of self-defense. The conclusion presents the key findings and recommendations.

قائمة المختصرات

الرموز	معناها
ص	صفحة
ج	جزء
تح	تحقيق
ع	عدد
مج	مجلد
ق ع	قانون العقوبات
ق إ ج	قانون الإجراءات الجزائية
ت	توفي
م	المادة
ط	الطبعة
د ت	دون تاريخ الطبعة
د ط	دون طبعة

مقدمة:

الحمد لله الذي عمَّنا بالإنعام واللطف، وأمرنا بالتيسير والتسهيل، ونهانا عن التشديد والعنف، والصلاة والسلام على مشرِّع الأحكام المنزل عليه ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ وعلى آله وأصحابه الموصوفين باتباعه بأكمل وصف، أما بعد:

فمنذ أن وطئت قدم الإنسان هذه الأرض، والجريمة تلازمه بوصفها ظاهرة اجتماعية متجذرة، تُهدِّد أمن المجتمعات واستقرارها. وقد سجل التاريخ أول جريمة قتل حينما سفك قابيل دم أخيه هابيل، ولما كان الإنسان مدنيًّا بطبعه، لا يستقيم له العيش إلا في إطار جماعي تحكمه علاقات متعددة الأصل فيها المحبة والألفة والسلام، لكن من الطبيعي أن تنشأ بين أفراده صراعات واحتكاكات تؤدي في كثير من الأحيان إلى اعتداء بعضهم على بعض، ومن ثم كانت الحاجة ماسة إلى وجود سلطة تضمن حماية الأفراد وحقوقهم، وتتصدى للعدوان الواقع عليهم.

غير أن هذه السلطة قد تتعذر أحيانًا، مما يفتح المجال أمام الأفراد للدفاع عن أنفسهم وحقوقهم بأنفسهم، وبالتالي لابد من دفع الاعتداء الواقع عليه، ورغم أن رد الاعتداء يُعتبر في الأصل عدوانًا وجريمة، إلا أنه أُجيز واعتُبر مشروعًا لمصلحة المعتدى عليه، وهذا سبب من أسباب الإباحة التي تنتقل فيها الأفعال من صفة التجريم إلى صفة الإباحة أو من اللاشرعية إلى الشرعية، باعتباره استثناءً من القاعدة العامة.

ويُعدّ من أبرز أسباب الإباحة ما يُعرف في اصطلاح فقهاء القانون بـ"الدفاع الشرعي"، ويسمّيه فقهاء الشريعة بـ"دفع الصائل"ومن هذا المنطلق نشأ مبدأ الدفاع الشرعي، إذ تميل الفطرة الإنسانية السليمة إلى مقاومة كل عدوان غير مشروع، والدفع عنه بجميع وسائله، حمايةً للنفس والمال والعرض، وهذا السلوك الفطري يمثل في حقيقته صونًا للمصالح الخاصة والعامة، ودفعًا للمفاسد والمضار، وهو ما اعتبرته مختلف الشرائع السماوية والقوانين الوضعية عبر العصور، وراعته في تشريعاتها وأحكامها.

أولا: أهمية الدراسة

- تُعتبر حالة الدفاع الشرعي من بين أهم المسائل التي تناولتها التشريعات الجنائية عبر التاريخ، فهي تمثل تطبيقًا عمليا لنظرية الإباحة، وقد أقرت جميع الشرائع؛ بما في ذلك الشريعة الإسلامية، بحق الإنسان في حماية نفسه من أي خطر يهددها، وقد عرف منذ القدم في الفقه الإسلامي بمصطلح "دفع الصائل" وهو فطرة إنسانية تدعو إلى دفع الاعتداء ولو من غير المعتدى عليه.
- موضوع البحث يحمل أهمية كبيرة، إذ يعكس واقع حياة الأفراد والجماعات اليومية وتأثيراته المباشرة عليهم، إذ يدرس أهم المسائل الجنائية ومقاصد التشريع المتعلقة بأهم الكليات الخمس – والتي جاءت الشرائع السماوية السابقة عامة والشريعة الإسلامية خاصة في حفظها وصيانتها – ألا وهي حفظ النفس، حفظ المال وحفظ العرض فبدونها أو باختلالها يصبح المجتمع فاسدا تفككه الفوضى والمنكرات والجرائم وتتعطل مصالح الحياة، وبالحفاظ عليها يصلح الفرد والمجتمع ويتحقق العدل والأمن والاستقرار وتعم القيم والفضائل.

- هذا الموضوع يبين روح الشريعة الإسلامية وتوازنها وتوافقها مع الفكر الإنساني والفطرة السليمة والتشريع والوضعي، وذلك من خلال تجريم وتحريم الاعتداء وضبطه بالقواعد والشروط اللازمة، وبالتالي يحق للمعتدى عليه دفع المعتدي ولو بالقتل إذا تعذر عليه غير ذلك، ولا يحق لأهل المقتول القصاص أو الثأر لأن فعل القتل غير مجرم ومباح شرعا وقانونا وتسقط عنه المسؤولية الجنائية.

- تظهر ثمرة الدراسة من خلال أهمية الموضوع، حيث أن مسألة الدفاع الشرعي مقررة شرعا وقانونا مع شروطها وحدودها، لكن ما يثار غالبا هو مسألة التجاوز والتناسب من عدمه، والأهم من ذلك إشكالية إثبات حالة الدفاع الشرعي أمام القضاء والنظر في الأدلة المقدمة.

- فكان اختياري لهذا الموضوع محاولة لدراسة هذه الظاهرة وكيفية التغلب عليها.

ثانيا: الإشكالية

مشكلة البحث تنبع من الاستثناءات التي تطبق على نظرية الإباحة في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، حيث يعتبر الأصل في الأشياء والأفعال النافعة هو الإباحة، أي أنها مباحة بشكل عام، إلا ما تم منعه وتجريمه كاستثناء من هذا الأصل بسبب ضرره.

وتأتي أسباب الإباحة كاستثناءات على هذا الاستثناء، مما يجعل الفعل يعود إلى أصل مشروعيته بعد أن كان محظورًا، وبالتالي تسقط عنه المسؤولية الجنائية والمدنية، وهذا لأسباب متعددة، بما في ذلك عدم اعتبار الفعل مجرما، ومثال ذلك جراحة الطبيب للمريض من أجل مداواته، أو لأن حق المعتدى عليه يستحق الحماية أكثر من حق المعتدي، كما هو الحال في حالة القتل بسبب الدفاع الشرعي.

حتى تنشأ أسباب الإباحة بصفة شرعية وقانونية يجب توفر الشروط والضوابط التي أقرها الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي لكل سبب من أسباب الإباحة، وبما أن موضوع بحثنا هو الدفاع الشرعي فقد جاء النص على مشروعيته وضبط شروطه حتى تترتب آثاره المطلوبة وإن تخلفت أحد الشروط أو حدث تجاوز في الدفاع بقصد أو عن غير قصد، ينتج عن ذلك عدم مشروعية الدفاع الشرعي ويصبح الفعل مجرما بعدما كان مباحا، ويسأل المدافع عن جريمة عمدية أو غير عمدية حسب التكييف القانوني وتقدير القاضي، ومن ثم يجب وضع ضوابط صارمة تحكم أسباب الإباحة، خاصة مبدأ الدفاع الشرعي، لمنع استغلالها وسوء استخدامها كذريعة للتعدي على الأشخاص أو الأموال والأعراض. ذلك لضمان عدم فتح الباب أمام التلاعب القانوني الذي قد يُفضي إلى الإفلات من العقاب أو التخفيف غير المبرر للعقوبات، والحفاظ على توازن العدالة وحماية الحقوق.

وبناء على ما سبق: **كيف يمكن ضبط حدود الدفاع الشرعي وفق قواعد وأحكام دقيقة في كل من التشريعين الإسلامي؟ والوضعي؟ وما أهم نقاط الالتقاء والافتراق بينهم؟**

وينبثق عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية نوجزها في الآتي:

الأسئلة الفرعية:

في ظل وجود اعتداء أو خطر اعتداء يهدد إنسانا في حياته، ماله أو عرضه، كيف يتصدى لذلك؟ ومتى يكون في حالة دفاع شرعي؟

- ما هي أحكام وشروط الدفاع الشرعي في التشريعات الوضعية؟
- ما هي أحكام وشروط دفع الصائل في الفقه الإسلامي؟

- إلى أي مدى يمكن تحقيق التوافق بين التشريعات الوضعية الحديثة وأحكام الفقه الإسلامي في تنظيم الدفاع الشرعي، بما يواكب تحديات العصر ويُسهم في الحد من الجريمة والوقاية منها، خاصة في ظل تدهور الأوضاع الأمنية وتزايد الاعتداءات على الأرواح والممتلكات العامة والخاصة؟

ما الآثار القانونية والشرعية المترتبة عن ممارسة الدفاع الشرعي؟ وما حكم تجاوز حدوده؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

- تزايد الحاجة الملحة في الوقت الراهن إلى دراسة أحكام الدفاع الشرعي وفهمها بشكل دقيق، نظرًا للتحولات والتحديات التي يشهدها العالم المعاصر، وخاصة العالم الإسلامي وابتعاد كثير من الناس عن دين الله، لاسيما مع اندلاع الثورات والحركات الاجتماعية في عدة مناطق. يترتب عن هذه الظواهر اختلالات في الأمن وتصاعد حالات العنف والتعدي على الأنفس والأعراض والأموال. ولهذا يصبح إدراك مفهوم الدفاع الشرعي، قواعده، ضوابطه وأحكامه، ضرورة قصوى لفهم طبيعة حماية حقوق الأفراد والمجتمع على حد سواء، رجالا ونساء، صغارًا وكبارًا، من الناحية الشرعية والقانونية، مما يسهم في حفظ الأمن والاستقرار وضمان العدالة.

- في هذا العصر الحديث شهدنا تزايدا لارتفاع نسب حوادث الاعتداء على الأنفس والأموال والأعراض، بخلاف العصور الماضية، مما يستدعي إجراء دراسة شاملة لهذه الظواهر يتطلب ذلك التحليل والدراسة العلمية المتكاملة للقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية والتشريعات الوضعية، بهدف توضيح أحكام

الدفاع عن النفس والمال والعرض في ضوء الأصول الشرعية. ومن ثم يتعين علينا إبراز الضوابط المتعلقة بصد هذه الاعتداءات والآثار المترتبة عنها بطرق علمية متشعبة تتسم بالدقة والوضوح والشمولية.

- توضيح تعاليم وقواعد الشريعة الإسلامية ونشر الوعي بين الناس ببيان حقوقهم وواجباتهم خاصة في الظروف الصعبة مثل التعرض لاعتداء غير مشروع، ففي هذه الحالة يعلم الإسلام الفرد بحقه أو ضرورة الدفاع عن نفسه أو ماله أو عن الغير في إطار حدود وضوابط الدفاع الشرعي.

- أكثر المسلمين اليوم يستهينون بحرمة الأنفس والأعراض والأموال سواء من قبل المعتدي أو من الغير، وهذا راجع إلى نقص الوازع الديني وعدم تعظيم وتكريم النفس البشرية وما تعلق بها، مما نتج عنه تفشي وكثرة الجرائم التي تهدد الأفراد والجماعات.

- يتناول هذا الموضوع قضايا حيوية تتعلق بحقوق الإنسان والحفاظ على الممتلكات والكرامة الإنسانية، فهو يعالج مسألة الدفاع عن النفس والمال والعرض، وهي من أهم مباحث الفقه الجنائي التي يحتاج إليها كل دارس للفقه يرغب في التعمق في هذا المجال، كما أنه يخص مهام وأعمال موظفي السلطات الخاصة والمحاكم من قضاة ومأموري الضبط والتحقيق والأمن، حيث يتعاملون معها بكثرة لأن أغلب المتهمين في جرائم قتل العمد يدفعون بحجة الدفاع الشرعي.

- بما أنه في حدود اطلاعي على الدراسات السابقة وجدت أنه لا يخلو بحث من نقصان، بحيث لا يجمع جميع أحكام ومسائل الدفاع الشرعي وخاصة الآثار والنتائج المترتبة عنه، فإني حاولت واجتهدت قدر المستطاع والمتاح جمع عناصر هذا الموضوع في بحث جديد يسهل الوصول إليه والاستفادة منه.

- يتنوع طرح الموضوع من عدة زوايا متداخلة ومسائل متشعبة، مما يتطلب تناوله من منظورات متعددة تتضمن دراسة فقهية مقارنة، لفهم القضايا المعقدة التي يثيرها الموضوع، كما يجب التطرق لأهم جزئياته بالتفصيل والتنظيم، مما يسهم في تقديم فهم شامل ومفيد للقارئ، يمكنه من استيعاب المعلومات والاستفادة منها.

- أسعى من خلال هذا البحث إلى تحقيق التكامل بين أحكام الفقه الإسلامي باعتبارها منظومة تشريعية ذات طابع شمولي وممتد صالحة لكل زمان ومكان، وبين القوانين الوضعية الحديثة، بما يتيح الاستفادة من مقومات كل نظام في تقديم حلول فاعلة ومستدامة للتحديات القانونية والواقعية المعاصرة. فيعكس هذا النهج الفريد توجهاً نحو الاستفادة من دروس المتقدمين وتطبيقها بشكل مبتكر ومتناسب لمعالجة مختلف المشاكل التي تواجه المجتمع في العصر الحالي ولاسيما العالم الإسلامي. وبهذا يُظهر البحث الاهتمام بحفظ آثار المصادر وبالتالي تقديم حلول فعّالة وملائمة للمشكلات العصرية.

كما أن هناك فضول علمي ورغبة شخصية في توسيع المعرفة، وفهم الموضوع بشكل كامل، وجني فوائده على المستوى الخاص والعام.

رابعا: أهداف الدراسة

- التعريف بحالة الدفاع الشرعي ومصدره في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، وأنه من أهم أسباب الإباحة، ونطاقه الذي يشمل الدفاع عن النفس والمال والعرض من قبل المعتدى عليه أو غيره.
- التأصيل الشرعي والفقهي للدفاع الشرعي الخاص وأحكامه في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.
- بيان صور الدفاع الشرعي والألفاظ ذات الصلة به وحكم تجاوز حدوده في الشريعة الإسلامية

والتشريعات العربية.

- مدى التوافق والاختلاف حول أحكام الدفاع الشرعي بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.
- تحديد الأحكام الشرعية والقانونية المنظمة لحالة الدفاع الشرعي من حيث الشروط والقيود ثم بيان تجاوز الحدود والآثار المترتبة عن ذلك التجاوز بالنسبة للمدافع والمساهم.
- توضيح الصلة والتباين بين حالة الدفاع الشرعي وأسباب الإباحة الأخرى.
- السعي بالاستمرار في خدمة الفقه الإسلامي والفقه الوضعي ولو بالمحاولة والمقارنة خاصة في المسائل الخلافية.
- إظهار خصائص الشريعة الإسلامية ومنها الشمولية والواقعية وصلاحيتها لكل زمان ومكان، ولأي مستجد أو نازلة فيما يخص مسائل الدفاع الشرعي، ومقاصدها الأسمى والعظمى في حفظ الكليات الخمس.
- يهدف هذا البحث إلى إثراء المكتبة وتوفير المعلومات الأساسية لرجال القانون والقضاء حول هذا الموضوع، وتثقيف الأفراد بالأفكار التي تمكنهم من ممارسة حقوقهم، وكذلك في دفع الخطر عن أنفسهم وأموالهم، وتحقيق الاطمئنان لدى الموظفين والمكلفين بالخدمة بأداء مهامهم بعيدا عن أية مسؤولية جنائية أو مدنية.
- يسعى البحث إلى تعزيز ثقافة وعي وفهم الأفراد لحقوقهم وواجباتهم وتوضيح الإطار القانوني والشرعي الذي ينظم تلك العلاقات بين الأفراد في المجتمع، ومن ذلك حالة المعتدي والمعتدى عليه وفق ميزان الشريعة السمحة وقانون الجماعات.

- من الناحية العلمية تدعم نتائج هذه الدراسة الجانب النظري والباحثين في هذا المجال، ومحاولة تحقيق التوازن بين أحكام الفقه الإسلامي وقواعد التشريعات الوضعية كمنطلق وركائز لبحوث أكاديمية.

خامسا: المناهج المتبعة

لتحقيق أهداف هذه الدراسة، اعتمدت على استخدام المنهج المقارن، المنهج الوصفي، والمنهج الاستقرائي.

المنهج المقارن: بالنظر إلى أساس هذا البحث، فإن المنهج المقارن يُعَتَبَرُ حجر الزاوية والأنسب؛ إذ يُسعى من خلاله إلى تقييم تطابق أحكام التشريعات الوضعية مع نظيره في الفقه الإسلامي.

المنهج الوصفي: يعتمد المنهج الوصفي على تحليل وتفسير الظاهرة الموجودة في سياق الفوضى الأمنية، مع دراسة تطبيق حالة الدفاع الشرعي، واقتراح مشاريع تعديل القوانين غير المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، بهدف تحقيق التكييف الصحيح للفعل، وتمييز ما يُعد دفاعًا مشروعًا عمّا يُعد عدوانًا لا يُبرره الشرع.

المنهج الاستقرائي: يشمل تتبع المعلومات المتعلقة بالموضوع المدروس من مصادر ومراجع مختلفة، حيث قام الباحث بتطبيق هذا المنهج من خلال جمع المادة العلمية المتعلقة بأحكام الدفاع الشرعي، من كتب الفقه وأقوال العلماء في مختلف المذاهب، وكذلك من نصوص القوانين وكتابات شُرّاح القانون.

كما لا تخلو الدراسة من مناهج أخرى إذا استدعت الضرورة البحثية ذلك تحصيلا وتكثيرا للفائدة العلمية وبما يتوافق مع طبيعة الموضوع، وقد اتبعت في هذا البحث عزو آراء وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية

إلى مذاهبهم من مصادرهم المعتمدة وسبب الخلاف في المسألة الخلافية وعرض الأدلة ومناقشتها كلما لزم ذلك وتيسر لي الرجوع إليها، مع بيان ما يقابل ذلك من شراح القانون الوضعي.

قمت بتخريج الأحاديث بطريقة علمية للتحقق من صحتها فإن كانت في الصحيحين أذكر موضع الحديث مكتفيا بهما أو أحدهما، وإلا خرجته من باقي كتب السنة، واستعملت الاقتباس القرآني بتحديد السورة ورقم الآية المشار إليها، مع الإشارة إلى وجه الدلالة من الآية إذا كان ذلك ممكنًا أو لازما، كما أحلت آثار وأقوال الصحابة والتابعين إلى مصادرها ومراجعها، وكذلك النصوص القانونية والاقتباسات الفقهية، ويتضمن الجانب اللغوي في هذا البحث شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات بالاستعانة بكتب اللغة المعتمدة.

سادسا: حدود الدراسة

البعد الموضوعي للدراسة يتناول نطاق البحث بالتفصيل حالة الدفاع الشرعي الخاص "دفع الصائل" عن النفس، العرض والمال والغير في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، ويشمل ذلك استعراض آراء وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية وشراح القانون الوضعي.

أما البعد الزمني للدراسة فيتم بتحديد الأبعاد الزمنية للموضوع محل البحث وفقًا لآخر تعديل للتشريعات الوضعية والتوجهات الشرعية المتعلقة بحق الدفاع الشرعي.

سابعا: خطة البحث

تضمن هذا البحث – بإذن الله تعالى – محورين رئيسين: الأول: محور نظري يُعنى بالتأصيل الفقهي والقانوني لمفهوم الدفاع الشرعي، والثاني محور تحليلي وصفي، يتناول دراسة الأحكام والتطبيقات العملية

في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، مع المقارنة بينهما، ويشتمل هذا الموضوع على مقدمة وبابين؛ كل باب بفصلين وكل فصل بمبحثين والخاتمة فيها أهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات المقترحة.

قامت هذه الدراسة على معالجة موضوع الدفاع الشرعي من خلال خطة بحثية محكمة انقسمت إلى بابين رئيسيين كما يلي:

خُصِّص الباب الأول لتأصيل هذا المفهوم، بدأت فيه بـ الفصل الأول الذي تناول الإطار المفاهيمي للدفاع الشرعي، عبر بحث ماهيته، ثم الوقوف على أساسه الذي يقوم عليه. أما الفصل الثاني، فقد خُصِّص لبيان مشروعية الدفاع الشرعي، وذلك من خلال دراسة مصادره في الشريعة والقانون، ثم بيان حكمه.

بينما ركّز الباب الثاني على أحكام الدفاع الشرعي، حيث تناول الفصل الأول الأركان المكوّنة له، التي يعتد إلا بها المتمثلة في ركن الاعتداء وركن الدفاع، ثم خُتم بـ الفصل الثاني الذي تناول آثار الدفاع الشرعي، متعرضًا لمسألة إثباته قانونًا وفقهًا، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية وقضائية.

ثامنا: الدراسات السابقة

من خلال اطلاعنا على الكتابات والدراسات السابقة سواء في المصادر القديمة أو البحوث الحديثة، نجد أن المصادر الفقهية تناولت موضوع الدفاع الشرعي؛ عن طريق فروع ومسائل متفرقة ضمن أبواب الدماء، أو الجنايات مثلا تحت عنوان "دفع الصائل" ولكن باختصار فغالبا تُطرح بعض أحكامه دون تفصيل، أما المراجع الحديثة المتخصصة ولاسيما القانونية والدراسات المقارنة فلم تعالج مسألة الدفاع

الشرعي من كل الجوانب؛ حيث لم تلم بكافة الإشكاليات والقضايا الحيوية، رغم ذلك استفدت كثيرا من هذه المصادر والمراجع؛ وعليه حسب علمي وفي حدود اطلاعي أذكر أهمها:

- الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع القانون الوضعي) زياد حمدان محمود ساخن، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع،2008، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

تهدف هذه الدراسة إلى شرح مفهوم الدفاع الشرعي الخاص، المعروف أيضًا بـ"دفع الصائل"، وتبيين طبيعته وشرعيته، بالإضافة إلى توضيح أحكام الدفاع عن النفس، العرض والمال، وأن الحفاظ على سلامة هذه الجوانب يعد واجبًا يجب أداؤه ورد الأذى عنها، نظرًا لأهميتها كأحد الضروريات الخمس التي أمر الله بحفظها، والتي لا يمكن للحياة الطبيعية السليمة الاستمرار دونها. وتشير الرسالة إلى أن المدافع عن نفسه أو ممتلكاته لا يتحمل أي مسؤولية قانونية نتيجة لممارسته لهذا الدفاع الواجب، نظرًا لعدم وجود شرط للسلامة في أداء هذه الواجبات. كما يُسلط الضوء على التفوق الواضح لأحكام القانون الجنائي الإسلامي على قوانين البشر الوضعية في هذا السياق.

- ضوابط الدفاع الشرعي، بن عومر الوالي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، رسالة ماجيستير تخصص شريعة وقانون 2008، جامعة وهران، الجزائر.

قد توصل الباحث إلى أن الدفاع الشرعي لا ينشأ إلا في حالة الاعتداء غير المشروع وبضوابط محددة أخرى، كما أنه ليس كل فعل يشكل تهديدًا للإنسان مما يبرر استخدام القوة لصده؛ فهناك أفعال مشروعة لا تستلزم الدفاع الشرعي لمجابهتها، ومنها أداء الشرطة لواجباتهم؛ حيث يُعتبر عملهم مشروعا

ومضبوط قانونا، وبما أن هذا البحث هو دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري فإن الخلاف بينه وبين دراستي سيكون من خلال التشريعات الوضعية وبعض المذاهب الفقهية كالإباضية.

- ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي بحث محكم للدكتور عبد الله بن سليمان بن عبد المحسن المطرودي، كلية الشريعة وأصول الدين، جامعة القصيم، 1427هـ/ 2006م، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، وقد جاء في هذه الدراسة بيان ماهية الدفاع الشرعي والضوابط المتعلقة بفعل الاعتداء وفعل الدفاع، والآثار المترتبة عن ذلك ولاسيما في حالة تجاوز المدافع لواجبه أو حقه المشروع في الدفاع، والاختلاف بين هذا البحث الذي اقتصر على الفقه الإسلامي ودراستي كانت مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي.

تاسعا: صعوبات البحث

- قلة المراجع المتخصصة ولاسيما القانونية منها والتي تستوفي ما يتعلق بالدفاع الشرعي وأحكامه، على غرار الدراسات المقارنة فلا تتعمق في جزئيات وزوايا الموضوع، مما يتطلب وقتا زمنيا طويلا وجهدا بدنيا وماليا في البحث عن المراجع وجمعها.

- صعوبة الوصول إلى المعلومة ففي بعض الأحيان، يكون الحصول على المصادر البحثية اللازمة غير ممكن، سواء لأسباب قانونية أو إدارية، أو لارتفاع تكاليف الاشتراكات في المجلات العلمية، مما يقيد قدرة الباحث على الوصول إلى الأدلة والمراجع المهمة.

- من أبرز الصعوبات المنهجية التي واجهت الباحث: تكرار المادة العلمية بين المتقدمين والمتأخرين، وتعدد أقوال فقهاء المذاهب وتفرّعها، مما جعل موضوع الدراسة من قبيل "السهل الممتنع"؛ إذ يتطلّب

جهدًا في الموازنة بين ما يُستغنى عنه اختصارًا وما يُعتمد عليه تحقيقًا للفائدة العلمية، دون الإخلال بالتنوع الفقهي أو الإضرار بجوهر المقارنة.

- المشاكل المالية والإدارية وعدم توفر بيئة علمية ووسائل اتصال مناسبة للباحث تعيقه عن مواصلة أبحاثه العلمية وبالتالي تحول دون تفعيل أهداف البحث العلمي بالشكل المطلوب.

- من التحديات التي واجهت الباحث كذلك: تزامن فترة إعداد هذا البحث مع ظروف استثنائية، أبرزها جائحة كوفيد-19 وما ترتب عليها من إجراءات الحظر والتقييد، مما أثر على سهولة الوصول إلى بعض المصادر والمراجع من مواقع كانت تتطلب الاشتراكات المالية والانتساب لجامعاتها، كما قلّص فرص الاستفادة من المكتبات ومراكز البحث، وأبطأ من وتيرة الإنجاز في بعض المراحل.

- عدم وفرة الدراسات القانونية الجزائرية حول موضوع الدفاع الشرعي وكذلك الأحكام والقرارات القضائية، وندرتها من الجانب الجزائي وتناولها له بشكل عام ومختصر، مما دفعنا إلى الرجوع إلى الدراسات العربية والأجنبية وهذا يشكل صعوبة علمية ومالية.

الباب الأول: تأصيل اللدفاع الشرعي

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للدفاع الشرعي

المبحث الأول: ماهية الدفاع الشرعي

المبحث الثاني: أساس الدفاع الشرعي

المبحث الأول: ماهية الدفاع الشرعي

يُعدُّ موضوع الدفاع الشرعي من أهم "أسباب الإباحة"[1] وتطبيقاتها في الحياة اليومية للإنسان، لذلك ارتأينا أن نبدأ بتعريف مصطلحي "الدفاع الشرعي" و"دفع الصائل" في المطلب الأول ثم بيان صوره في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي

لتحديد المقصود بالدفاع الشرعي؛ لابد من بيان معانيه منفردة ومركبة؛ لغة واصطلاحا، وكذا المصطلح المقابل له "دفع الصائل" وهذا من جانب الفقه الوضعي والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الدفاع الشرعي لغة:

بما أن مصلح "الدفاع الشرعي" مركب من كلمتين: "الدفاع" و "الشرعي" فيجب أن نعرف كلا على حدة كما يلي:

(1) – في بعض التشريعات الوضعية تسمى بأسباب التبرير.

أولا: الدفاع

الدِفاع: مصـدر من الفعل دَفَعَ، ويُسـتعمل بمعنى الإزالة أو الدفع بقوة. يُقال: دَفَعَه يَدْفَعُه دَفْعًا ودِفَاعًا، أي نحّاه وأزاله بقوة، ويُقال أيضًا: دَفَعَ فلانٌ إلى فلانٍ شيئًا، أي ناوله إيّاه. ودفع عنه الشر على المثل. ويقال: دافع عنه بمعنى دفع، ويروى بالراء من رُفع الشيء إذا أُزيل عن مكانه [1].

ويقال: دفع إلى فلان دفعا ودفاعا، والشيء: نحاه وأزاله بقوة. وفي التنزيل العزيز: قوله تعالى: ﴿ وَلَوْلَا دِفَاعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ ٱلْأَرْضُ ﴾ [سورة البقرة، الآية 251]

ويقال دفعته عني، ودفع عنه الأذى والشر، وإليه الشيء رده.

ويقال دافع عنه مدافعة ودفاعا: حامى عنه وانتصـر له، ومنه يسـتخدم لفظ الدفاع في القضـاء، ودافع عنه الأذى: أبعده ونحاه [2].

عملية الدفاع تقتضي وجود: مدفوع ومدفوع عنه [3] أي المدافع إضافة إلى فعل الدفاع، فالمدفوع هو كل صائل من حيوان أو إنسان، مسلم أو ذمي، عبد أو حر، صبي أو مجنون، والمدفوع عنه هو كل معصوم من نفس أو بضع أو مال [4].

(1) – جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر بيروت–لبنان، ط3، 1414هـ، المجلد الثامن، كتاب العين المهملة، فصل الدال المهملة، مادة دفع، ص87.

(2) – مجمع اللغة العربية بالقاهرة: (ابراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الرابعة، 2004، باب الدال: ج1، ص289.

(3) – نجوى عبد المحسن شتا، الدفاع عن النفس في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، حولية كلية اللغة العربية، جامعة الأزهر، بنين بجرجا، ع15، ج6، 2011، ص5076.

(4) – شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تح: محمد حجي، دار الغرب، بيروت–لبنان، 1994، ج12، ص262.

يتبيّن من هذا العرض اللغوي أن مفهوم "الدفاع" في أصله اللغوي ينبني على معنى الإزالة أو الدفع بقوة، وهو ما يُلازم في استعمالاته معنى الحماية والردّ والمنع، سواء في دفع الضرر أو ردّ الاعتداء.

ثانيا: الشرعي

الشرعي نسبة إلى الشرع والياء للنسبة، ويقال: أمرٌ كذا شرعي؛ إذا كان موافقا للشرع وأحكامه.

الشرع: ما شرعه الله تعالى، ويقال: الناس في هذا شرع واحد أي سواء.

الشِّرعة: الطريق والمذهب المستقيم، وقد جاء في التنزيل العزيز: ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾ [سورة المائدة، الآية 48] [1]، أي جعل الله تعالى لكل من عباده طريقا مستقيما.

الشرعي: حالة ما أصبح شرعيا [2] أي؛ ما كان في حالة غير شرعية ثم أصبح شرعيا لما وافق أحكام الشرع ومقتضياته، كقولنا أصبح السائل غازيا إذا تحول من حالة سائلة إلى حالة غازية.

وعليه الدفاع الشرعي دلالتة اللغوية تتّسق مع المقصود الاصطلاحي للدفاع في الفقه والقانون، حيث يُقصد به ردّ العدوان أو رفع الظلم حمايةً للنفس أو المال أو العرض. وبالتالي، فإن فهم المعنى اللغوي يُمهّد لفهم أعمق لمعناه الشرعي والقانوني، ويُعزّز الصلة بين المبنى اللغوي والمبنى الاصطلاحي في السياق الدفاعي.

(1) – مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المرجع السابق، ص 479.

(2) – محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر، عمان، ط2، 1408هـ، ج1، ص260.

الفرع الثاني: دفع الصائل لغة

دفع الصائل تسمية اصطلح عليها فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي عبارة مركبة من لفظتين مضاف ومضاف إليه، فالمضاف هو دفع والمضاف إليه هو الصائل، وقد سبق وأن عرفنا لفظ دفع وهو فعل للمصدر دفاع، بقي أن نوضح معنى لفظ الصائل:

الصائل: اسم فاعل من الفعل صال يصول صولا وصيالا وصآلة.

إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها أي استأسد البعير وصال صولا وصيالا... ومن العرب من يقول: صَؤُل بالهمز مثل قرُب للبعير وبغير همز لِلْقِرْنِ إذا سطا على قرنه وهو صَؤُول [1].

صآلة: واثب الناس، أو صار يقتلهم ويعدو عليهم، فهو صؤول وصائل [2].

ويقال: رُبَّ قول أشدُّ من صول، والمصاولة: المواثبة، وكذلك الصيال والصيالة، صؤل البعير: إذا صار يعدو على الناس ويقتلهم، فهو جمل صؤول [3].

ويقال: أصاول الناس أي أسطو عليهم وأقهر، وتصاول الفحلين أي لا يفعل أحدهما شيئا إلا فعل الآخر مثله [4].

(1) – أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت –لبنان، د.ط، د.ت، كتاب الصاد مع الواو وما يثلثهما، ج1، ص352.

(2) – مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادى (ت 817هـ)، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط8، 1426هـ، 2005م، باب اللام، فصل الصاد، ص1022.

(3) – زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت 666هـ)، مختار الصحاح، المكتبة العصرية –الدار النموذجية، بيروت –صيدا، ط5، 1420هـ، 1999م، باب الصاد، ص 180.

(4) – ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص387-388.

ومن المعاني التي سنبني عليها تعريف الدفاع الشرعي في اصطلاح التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، ما سبق بيانه في التعريف اللغوي لمصطلح الدفاع:

– التنحية والإزالة، أي عملية تحرير المعتدي عن المعتدى عليه وإزالة الاعتداء أو التهديد بخطر الاعتداء.

– المحاماة والانتصار عن الغير، فإذا تعرض أحد ما لاعتداء ما وحامى عنه غيره وانتصر له، سمي دفاعا عنه.

– الرفع والإزالة، من رفع الاعتداء وإزالته، أي تحويل الاعتداء عن موضعه.

الفرع الثالث: تعريف الدفاع الشرعي في التشريع الوضعي

يعتبر الدفاع الشرعي في النظم القانونية الوضعية أحد أسباب الإباحة، لكن يختلف مفهومه ومعناه من نظام إلى آخر حسب أحكامه من شروط وأسس؛ والتي تندرج في ماهية التعريف كحكمه، هل هو واجب أو حق أو رخصة؟ ولتحديد تعريف الدفاع الشرعي في التشريعات الوضعية، نذكر أمثلة لبعض فقهاء القانون.

المشرع الوضعي منح للمعتدى عليه استخدام القوة اللازمة لمواجهة ورد خطر اعتداء أو منع استمراره، بدون أن يلزمه انتظار السلطات العامة أو اللجوء إليها، وعليه تجرد فعل الدفاع من صفته الإجرامية وأصبح فعلا مبررا ومباحا، لذلك هو من أسباب التبرير والإباحة [1]

(1) – طه السيد أحمد الرشيدي، أسباب الإباحة في القانون الجنائي المصري والفقه الإسلامي، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، مج1، ع36، ص939-940.

نشير بداية إلى أن التشريعات الوضعية [1] قد اختلفت في اصطلاح الدفاع الشرعي، فنجد منها ما تسميه بالدفاع الشرعي باعتباره جريمة مباحة؛ أي سقط ركنها الشرعي، وأخرى تسميه بالدفاع المشروع؛ أي مُشرَّع تشريعا ومنصوص عليه قانونا، كما يوجد ما وافق اصطلاح الفقه الإسلامي بتسميته دفع الصائل.

عرفه الدكتور محمود نجيب حسني في شرحه لقانون العقوبات المصري في قوله: "الدفاع الشرعي هو استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون"[2].

لم يذكر "التناسب" في التعريف وهو شرط جوهري وأساسي في الدفاع الشرعي، وإلا لا معنى للدفاع الشرعي إذا لم تكن أفعال الدفاع متناسبة مع أفعال الاعتداء فيتجاوز المدافع حدوده.

ولو كان هذا التناسب تناسبا تقريبيا بحيث؛ لا تتجاوز القوة المبذولة في فعل الدفاع القوة المبذولة في فعل الاعتداء، كما لا يشترط التكافؤ الدقيق بين هاتين القوتين، لأن معيار التناسب يصعب ضبطه [3].

(1) – اصطلاح "الدفاع الشرعي" مثل المشرع المصري والمشرع الجزائري، "الدفاع المشروع" مثل المشرع اللبناني، "دفع الصائل" مثل المشرع التونسي.

(2) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الرابعة، 1977، ص191.

(3) – أبو عبيدة أحمد محمد إدريس، أحكام دفع الصائل عن العرض والمال والغير في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي السوداني لسنة 1991م دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، ع4، ج5، 2019، ص715.

ويعرفه الدكتور رمسيس بهنام بقوله: "الدفاع الشرعي معناه أن يحرس الإنسان نفسه أو غيره حين لا تتأتى حراسة البوليس"[1] وما يؤاخذ على هذا التعريف أنه حصر الدفاع عن النفس دون المال والعرض، مع أنه يمكن القول إن النفس تتضمن العرض، ولهذا فهو تعريف غير جامع.

وعرفه الدكتور محمود زكي أبو عامر في شرحه لقانون العقوبات اللبناني بأنه: "حالة واقعية يجد الإنسان فيها نفسه أو غيره معرضا لخطر حال غير محق ولا مثار على النفس أو المال، ولا يجد لدفعه سبيلا سوى الجريمة، هذه الحالة الواقعية تنشئ سببا قانونيا لتبرير الجريمة وإباحتها"[2].

التعريف غير جامع وهذا من عيوب التعريف، إلا أنه اشتمل على شروط الاعتداء ماعدا الخطر على وشك الوقوع والذي أجمع الفقهاء على أنه يبيح الدفاع الشرعي، أما فعل الدفاع وهو الأهم وصفه بجريمة، والحقيقة أن القانون أزال وصف التجريم وجعل الجريمة فعلا مباحا، كما لم يشر إلى شرط التناسب بين الاعتداء والدفاع.

وحسب هذا التعريف فإن المدافع عن نفسه أو غيره يكون مضطرا إلى رد الاعتداء باعتداء آخر، وذلك بسبب الرعب الذي يصيبه ودافع غريزة حب البقاء، مما يجعله غير مسؤول عن فعله [3]. كما نلاحظ أنه أهمل حالة الدفاع عن العرض فقد ذكر النفس والمال فقط، إلا أن يكون صاحب التعريف يرى أن النفس تشمل العرض.

(1) – رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1973، ص230.

(2) – قانون العقوبات اللبناني القسم العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط 1981، ص242.

(3) – زهيرة فونتير، حدود استعمال حق الدفاع الشرعي: دراسة وفق أحكام القانون الجنائي المغربي، مجلة القضاء الجنائي، مج1، ع1، 2015، ص99.

وجاء عن الدكتور رضا فرج في شرحه لقانون العقوبات الجزائري قوله: "الدفاع الشرعي هو استعمال القوة اللازمة لصد خطر اعتداء حال غير مشروع " [1].

التعريف ذكر القوة "اللازمة" ولم يذكر "المتناسبة" ما يجعل فعل الدفاع هنا غير مباح، ولم يذكر محل الخطر وهو نفس ومال المدافع أو نفس ومال غيره، كما لم يشر إلى صورة الخطر وشيك الوقوع الذي يبيح الدفاع الشرعي، وبالتالي التعريف غير جامع.

ويعرفه الدكتور عبد الله سليمان: "هو الحق باستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله" [2].

الدفاع الشرعي فيما يخص المال أو مال الغير هو حق كما قرره فقهاء الشريعة، ولكن بالنسبة للنفس أو نفس الغير فهو واجب (سيأتي تفصيل ذلك لاحقا في محله)، بينما في هذا التعريف جعل الدفاع حقا على النفس والمال معا.

كما أنه أغفل التناسب في القوة لرد الاعتداء، وكذلك أهمل الخطر وشيك الوقوع وغير المشروع وغير المثار.

(1)- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول قانون العقوبات القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، د.ت، ص 150.

(2)- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1995، ج1، ص129.

وعرفه الدكتور محمد السيد عبد التواب بقوله: "رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع"[1]

يُلاحظ أن هذا التعريف يمتاز بالإيجاز مع الاقتراب من الشمول؛ إذ جمع في صياغته بين الإشارة إلى شروط الاعتداء وشروط الدفاع، غير أنه أهمل محل الاعتداء وهو الحق أو المصلحة التي يحميها القانون: النفس المال والعرض.

فما يذكره أحد الفقهاء من شروط الاعتداء أو شروط الدفاع أو محله، يتجاوزه فقيه آخر ليركز على حكم الدفاع مثلا، وهذا من أهم أسباب اختلافات التعاريف.

قدّم الدكتور عبد الحميد الشواربي تعريفًا مضبوطا لمفهوم الدفاع الشرعي، لما تضمنه من حدوده. إلا أنّه – رغم وجازته – لم يذكر صراحة شرط التناسب بين فعل الدفاع والخطر الحال أو المتوقع من الاعتداء، فقال إن الدفاع الشرعي هو: استخدام القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء غير محق ولا مثار، يهدد بضرر يصيب حقاً يحميه القانون [2].

ومنه نجد أن حالة الدفاع الشرعي تنشأ بوقوع الاعتداء حقيقة أو حكما [3] إضافة إلى شروط أخرى تتعلق بفعل الاعتداء وفعل الدفاع، ومما يُلاحظ عند استقراء التعاريف السابقة أن معظمها لم يخلُ

(1) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، 1983، دار النشر: عالم الكتب، مصر، ص67.

(2) – عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، الناشر: المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص25.

(3) – لريد محمد أحمد، تجاوز حدود الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، مجلة آفاق للعلوم، ع8، ج2، جوان 2017، جامعة الجلفة، ص91.

من مآخذ أو نقائص، سواء من جهة الشمول أو الدقة الاصطلاحية، وهو ما دفعنا إلى محاولة صياغة تعريف جامع مانع لمفهوم الدفاع الشرعي كما يلي:

الدفاع الشرعي هو: "رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء [1] غير مشروع ولا مثار حال أو على وشك الوقوع على أحد الكليات الخمس، عند تعذر اللجوء إلى السلطات العامة، أو تجنب الاعتداء "

الفرع الرابع: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

اشتهرت تسمية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي باصطلاح "دفع الصائل"، ومعنى الصائل المعتدي كما سبق بيانه في التعريف اللغوي؛ وعليه دفع الصائل يعني دفع المعتدي.

الدفاع الشرعي له صور متعددة، كالدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الدولي، فإن أطلق الدفاع الشرعي فالمراد به الدفاع الشرعي الخاص.

الدفاع الشرعي من المصطلحات الحديثة عند الفقهاء المعاصرين، أما دفع الصائل عُرِف عند الفقهاء المتقدمين، ونجد أنهم عرَّفوا إما الصائل وإما الصيال.

عرَّف ابن قدامة في الكافي دفع الصائل بقوله: "كل من قصد إنسانا في نفسه أو أهله أو ماله أو دخل منزله بغير إذنه فله دفعه"[2] وهذا بيان للصائل وليس دفع الصائل لأنه يستلزم ذكر فعل الدفاع وشروطه.

(1) – وقد نقول خطر الاعتداء بدل الاعتداء لأن الهدف من الدفاع الشرعي منع وقوع الاعتداء ابتداء ومنع استمراره إن وقع، فكما يباح دفع الاعتداء من باب أولى يباح منع وقوعه بدفع خطره.

(2) – أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ، 1994م، ج4، ص112.

وجاء في حاشية إعانة الطالبين أن الصيال هو "الوثوب على معصوم بغير حق"[1]

وقد ورد تعريف لابن تيمية في السياسة الشرعية جاء فيه أن: "الصائل هو الظالم بلا تأويل ولا ولاية" [2]

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه غير مانع؛ لأن تعريف الصائل بالظالم يدخل فيه كل ظالم سواء على النفس والمال أو الظالم القاذف والغاصب والراشي، حسب قوله الظالم وهذا الإطلاق يدخل فيه كل أوصاف الظلم بلا تأويل أي بلا تفسير، ويبقى هذا التعريف تعريفا للصائل لا لدفع الصائل.

أما الصيال فقد قال عنه في المحرر: " من صال على نفسه أو حرمته أو ماله آدمي أو بهيمة فله الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به فإن لم يندفع إلا بالقتل فله ذلك ولا ضمان عليه وإن قتل فهو شهيد"[3]

ففي هذا التعريف ذكر لأهم شروط [4] وقيود فعل الاعتداء وفعل الدفاع، ما عدا صفة الصائل وأهليته كالصبي والمجنون، رغم ذلك يجعله يقرب المعنى أكثر لصورة دفع الصائل.

(1) – أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت–لبنان، ج4، ص170.

(2) – تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت728)، السياسة الشرعية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد –المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ، ص73.

(3) – مجد الدين أبو البركات ابن تيمية (ت652)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، كتبة المعارف، الرياض، ط2، 1402هـ، ج2، ص162.

(4) – وقد أضاف محمد سكحال المجاجي في المهذب من الفقه المالكي وأدلته، طبعة خاصة 2012، دار القلم، دمشق، عالم المعرفة، الجزائر، ج3، ص 86، أن من شروط دفع الصائل: تقدم الإنذار في كل موضع فيه دفع، وهذا يختص بحالات من يفهم الإنذار، أما من لا يفهمه كالمجنون والبهيمة، فلا يشترط تقدمه على الدفع لأنه لا فائدة من إنذاره.

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: "والمراد بالصائل مريد الصول"[1].

مما يفهم من هذه العبارة –والله أعلم–أن هذا تعريف لغوي أو شرح لغوي لمصطلح الصائل، فالصائل اسم فاعل للفعل صال، ومريد الصول أي طالب الفعل فكلاهما يصب في نفس المعنى.

ولعل ما يفهم من هذا التعريف وتحديدا تسمية مريد الصول، أنه صائل وإن يقم بفعل الصيال، كأنه كان يريد ذلك من خلال ما ظهر عليه من أمارات، ومع هذا يظل تعريفا ناقصا [2].

والفقهاء يستعملون لفظ الصائل إلا أنهم يخصصونه ويقيدونه عن الظا لم [3]، فالظلم مطلق والصيال مقيد بشروط كما سيأتي بيانه في محله.

جاء في روضة الطالبين أن الصائل هو كل قاصد من مسلم وذمي وعبد وحر وصبي ومجنون وبهيمة يجوز دفعه عن معصوم من النفس والطرف ومنفعته والبضع ومقدماته وعن المال وإن قل [4].

ففي هذا التعريف بيان لأحوال الصائل ومحل الصيال، ولكن غياب لشرطي فعل رد الصيال وهما اللزوم والتناسب، مما يجعله تعريفا غير كامل.

ومن الفقهاء المعاصرين:

(1) – محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت لبنان، ج4، ص357.

(2) – محمد عبد الحفيظ عليجة، الدفاع الشرعي الخاص "دفع الصائل" في الفقه الجنائي الإسلامي مفهومه –دليل مشروعيته–دراسة فقهية تحليلية، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، الجامعة الأسمرية الإسلامية زليتن–كليتي الآداب والعلوم، ع16، 2007، ص10.

(3)– ماهر بركات الزامل، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، دار العصماء، الطبعة الأولى، 2016، سورية، ص35.

(4) – النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط 1405هـ، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ج10، ص188.

عرفه الشيخ عبد القادر عوده في تشريعه الجنائي المقارن: "الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره، من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء"[1].

ومما يؤاخذ على هذا التعريف أنه طويل وغير جامع، فلم يذكر العرض رغم أنه أهم من المال؛ اللهم إلا إذا كان يرى أن العرض متضمن في النفس، كما لم يشر إلى كون الاعتداء على وشك الوقوع والذي يبيح رد الاعتداء، ولم يبين قيد القوة المتناسبة مع الاعتداء لدفعه.

زيادة على أنه بين حكم الوجوب للدفاع عن النفس وحكم الجواز للدفاع عن المال، والتعريفات لا تأتي لبيان الأحكام الشرعية، فضلا عن أن حكم الدفاع عن النفس والمال مختلف فيه[2].

المطلب الثاني: صور الدفاع الشرعي

إذا أطلق اصطلاح الدفاع الشرعي فإن المراد به الدفاع الشرعي الخاص والذي يعرف في الفقه الإسلامي بدفع الصائل، إلا أن له صورا وأنواعا أخرى، نذكرها على التوالي: الدفاع الشرعي الخاص الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الدولي.

الفرع الأول: الدفاع الشرعي الخاص

وهو موضوع بحثنا من خلال هذه الأطروحة، قد سبق تعريفه لغة وشرعا وقانونا، ويتعلق باستعمال الشخص لقوة لازمة ومناسبة حين تعرضه لخطر أو اعتداء غير مشروع ولا مثار حال أو على وشك الوقوع

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت–لبنان، الجزء 1، ص471.

(2) – عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت–لبنان، ص25.

على حق أو مصلحة يحميها القانون كالنفس أو المال؛ وزاد فقهاء آخرون العرض أو العقل أو الدين، وسواء كان رد الاعتداء من الشخص المعتدى عليه أو غيره، وذلك عند تعذر تجنب الاعتداء بالوسائل الأخرى المشروعة كالهرب من المعتدي أو مناشدته بالكف عن اعتدائه أو الاستغاثة بالغير أو اللجوء إلى السلطات العامة في الوقت المناسب.

وفي الفقه الإسلامي يسمى الدفاع الشرعي الخاص بدفع الصائل، والصيال هو الاعتداء والصائل هو المعتدي والمصول عليه هو المعتدى عليه، وقد رخصت الشريعة الإسلامية للمصول عليه أن يرد خطر الصيال أو يدرأه بالقوة اللازمة لدفعه إذا لم يتمكن من تجنبه بالاحتماء بالسلطان أو بطرق أخرى، وهذا وفق شروط وضوابط تتعلق بالاعتداء ورد الاعتداء سيتم ذكرها وتفصيلها في مباحثها الخاصة من هذا البحث.

الدفاع الشرعي الخاص سواء اعتبر حقا أو واجبا فالقصد منه دفع الاعتداء وليس العقوبة عليه أو الانتقام، لأن دفع الاعتداء فعل مباح غير معاقب عليه، أما المعتدي ففعله مجرم معاقب عليه رغم تعرضه لاعتداء مماثل مناسب لاعتدائه من قبل المعتدى عليه، وحق الدفاع الشرعي مكفول في التشريعات الوضعية وقبل ذلك في جميع الشرائع السماوية في الأديان كافة [1].

(1) – عبده عبد الله حسن داوود، حق الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون الجنائية لسنة 1991م، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية–مركز بحوث القرآن الكريم والسنة النبوية، ع22، 2011، ص281.

الفرع الثاني: الدفاع الشرعي العام

من المصطلحات الفقهية والقانونية المعاصرة للدفاع الشرعي بنوعيه: الدفاع الشرعي الخاص تعبيرا عن "دفع الصائل" قديما، والدفاع الشرعي العام تعبيرا عن "دفع المنكر" أو "الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر".

ويقصد بهذا الأخير الدفاع عن حقوق الله تعالى ضد كل منكر يقع في المجتمع الإسلامي [1].

وتتفاوت حالات الدفاع وأحكامه باختلاف المدافع سواء كان من قبل الفرد أو الأفراد من عوام الناس أو من العلماء أو الحكام، أو من هيئات وسلطات معينة.

وصورة هذا الدفاع الشرعي وجدت منذ مجيء الإسلام ونشر تعاليمه وأحكامه، واستمر العمل به في أغلب الدول الإسلامية والحضارات المتعاقبة، فقد وُكّلت مهمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلى ما يسمى بالمحتسب، حماية للدين من الضياع وحفاظا على المجتمع من الانحراف والفساد.

وقد يكون دفع المنكر بالقول وهو النهي عن المنكر من قبل العلماء، وقد يكون بالفعل وهو تغيير المنكر من قبل الحكام، وذلك وفق شروط إنكار المنكر المقررة في الفقه الإسلامي.

حيث يدافع الشخص عن مبادئ الجماعة ومصالحها، بأن رأى منكرا واقعا أو على وشك الوقوع، فيعمل على تغيير هذا المنكر، أو يحول دون وقوعه [2].

فإذا وجد انتهاك لحرمة الشرع أو تعدٍ لحدوده، أو مساس بحق الجماعة وجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو واجب كفائي، إذا قام به بعض الناس سقط الإثم عن البقية.

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، لبنان–بيروت،473/1.

(2) – أحمد أبو الوفا، أحكام القانون الجنائي في الفقه الإباضي، ط1، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ج2، ص 132.

ولو ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لكثر العدوان واستولى قطاع الطرق على أموال الناس والفساق على أهل الدين، وإذا انفردوا بأخذ مال إنسان ولم يعنه غيره فإنهم يأخذون أموال الكل واحدا واحدا، وفي هذا ضرر على الإسلام والمسلمين وجب دفعه كوجوب دفع الصائل [1]

موضوع دفع الصائل هو اعتداء على إنسان في نفسه أو عرضه أو ماله، أما دفع المنكر فمحله منكر أو فساد، أو بمعنى آخر اعتداء على حقوق الجماعة وأمنها ونظامها لأنه دفاع عن صالح الجماعة [2].

والدفاع الشرعي الخاص أو دفع الصائل ذو طبيعة وطابع خاص فهو رد اعتداء من قبل الشخص المعتدى عليه أو غيره، بينما الدفاع الشرعي العام مسؤولية عامة أفراد المجتمع لجلب المصالح لهم ودفع المفاسد والأضرار عنهم.

وفارق آخر واضح جدا؛ وهو أن الاعتداء في الدفاع الشرعي الخاص يقع على النفس أو المال أو العرض، أما في الدفاع الشرعي العام فليس بالضرورة أن يمس الاعتداء النفس أو المال أو العرض، فقد يمس عرض امرأة برضى منها، أو تناول خمر ونحو ذلك كمخدرات مثلا، أو سب الدين والتعرض للمقدسات الإسلامية أو الانتحار وغيرها من الأمثلة؛ والتي تعد جرائم على اختلاف التكييف القانوني

(1) – محمد سعيد محمد سعد صالح، الدفاع الشرعي عن النفس وما دونها والمال والعرض "دراسة فقهية مقارنة" مجلة كلية الدراسات الإسلامية بدمياط، ص1492، أحنوت عبد القادر، دفع الصائل في الشريعة الإسلامية أحكامه وشروطه، مجلة البيان، المنتدى الإسلامي، ع291، 2011، ص6.

(2) – دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجيستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1985، ص21.

لها، رغم أنه لا يوجد فيها اعتداء كالاعتداء في حالة دفع الصـــائل، لكن يجب كفائيا إنكار ذلك والأمر بالمعروف والحث عليه.

وأصل الدفاع الشرعي العام قوله تعالى: ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم ﴾

[سورة آل عمران، الآية 110]

والشـاهد من الآية أن الله عز وجل أثبت الخيرية والأفضـلية لهذه الأمة –أمة الإسـلام–على باقي الأمم ليست على أساس العرق أو الجنس أو اللسان أو اعتبار آخر، وإنما بسبب أمره تعالى إياهم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ثم الفارق المشترك بين الأمم السابقة وهو الإيمان بالله وتوحيده.

وقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُوْلَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [سورة التوبة، الآية 71]

والشاهد من الآية أن كلا من المؤمنين والمؤمنات مطالبون بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقوله تعالى: ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ [سورة آل عمران: 104]

الشـــاهد من الآية قوله تعالى "ولتكن منكم" أي؛ أنه يجب على بعض منكم وليس كلكم، وقد أشـــار إلى ذلك بقوله تعالى "أمة" الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومنه هذا الوجوب كفائي وليس عيني، إذا قام به البعض سقط الإثم عن البقية.

وفي السنة النبوية أحاديث كثيرة مختلفة تحث على ضرورة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ففي الفقه الإسلامي لا يسأل جنائيا من ينكر المنكر ويغيره دون تجاوز حدود إنكار المنكر، ويأمر بالمعروف حسـب الاسـتطاعة والصـفة، وهذا وفق احترام الشـروط المقررة شـرعا لذلك، وهو من قبيل الواجبات الكفائية.

ومن شروط الدفاع الشرعي العام [1]:

-أن يكون فعل الاعتداء منكرا: أي ما حرمه الشرع ونهى عنه من قول أو فعل.

-أن يكون المنكر حالا: كأن يعزم الشـــخص على ارتكاب المنكر، أو قد فعل المنكر ولا يزال مستمرا فيه، أو قد فعله وانتهى منه.

-أن يكون المنكر ظاهرا من غير تجسس، ما عدا ما يستدرك من دفعه أو درئه بالتجسس.

-ألا يؤدي تغيير المنكر إلى منكر أكبر منه.

-أن يدفع المنكر أو يمنعه بالقوة اللازمة والمناسـبة وبأيسـر ما يزال به: وذلك بالتدرج بالأسـهل فالأسهل.

(1) - عبد الله بن سليمان العجلان، الدفاع الشرعي وأحكامه في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، ع46، ربيع الآخر 1431هـ، ص149-151.

وهذا ما عرفته التشـــريعات الوضـــعية حديثا بحق الأفراد في القبض على المجرم عند توفر حالات التلبس كحل إجرائي ووقائي لمنع وقوع الجريمة.

الفرع الثالث: الفرق بين دفع الصائل والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

إن دفع الصـائل حتى يصـح يتطلب أن يسـتوفي شـروطا معينة كوجود اعتداء غير مشـروع حال أو على وشـك الوقوع، يمس حقا تحميه الشـريعة الإسـلامية كسـلامة الإنسـان أو ماله أو عرضـه، سـواء كان الاعتداء موجها لشـــخص المعتدي عليه أو على غيره، بينما الدفاع الشـــرعي العام أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس كذلك؛ فلا يســـتلزم تلك الشـــروط كلها فقد يكفي وقوع أي فعل يخالف أوامر ونواهي أحكام الشريعة الإسلامية.

بينما يتفق كلاهما في الأساس الذي يقومان عليه، وكذلك الأحكام نفسها تقريبا [1]

فلو تعرضت امرأة للاعتداء على عرضها رغما عنها نشأت حالة الدفاع الشرعي، ووجب عليها أو على غيرها أن يدفع عنها هذا الصـائل، بينما لو كانت راضـية مطاوعة لفعل الزنى فإن شـروط الاعتداء غير محققة وبالتالي لا يصح دفع الصائل، بينما يجب دفع هذا المنكر من باب الدفاع الشرعي العام.

وكذلك من يشـاهد شـخصـا ينتهك حرمات الله كأن يشـرب خمرا أو يتعامل بالرشـوة أو الربا أو يسـرق مال غيره أو يريد إلحاق الأذى بنفسـه أو بغيره، ففي كل هذه الحالات وجب إنكار المنكر والأمر بالمعروف وفق الشروط المقررة في الفقه الإسلامي.

(1) – عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، الناشر: المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص20

وأصل صورتي الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام حديث سعيد بن زيد قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "من قُتِل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد"[1]

حيث يكون المدافع شـــهيدا إذا قتل وهو يدافع عن ماله وعرضـــه ونفســـه وهذا من قبيل الدفاع الشرعي الخاص أما الدفاع عن الدين من الدفاع الشرعي العام وهذا من شأن كل المسلمين [2].

الفرع الرابع: الدفاع الشرعي الدولي

هناك تعاريف كثيرة للدفاع الشـــرعي الدولي وذلك لأســـباب عديدة منها؛ اختلاف فقهاء القانون حول طبيعة الدفاع الشـــرعي الدولي وأســـاســـه، ونظرة المجتمع الدولي بين معارض ومؤيد، هذا ما يجعل صعوبة في تحديد الأنسب منها لموضوع بحثنا، وعليه نختار مثالين من تلك التعاريف لبيان المقصود فقط من الدفاع الشرعي الدولي.

فأولهما أن الدفاع الشـــرعي الدولي هو "الحق الذي يقرره القانون الدولي لدولة أو مجموعة دول باستخدام القوة لصد عدوان مسلح حال، يرتكب ضد سلامة إقليمها أو استقلالها السياسي، شريطة أن يكون اســتخدام القوة هو الوســيلة الوحيدة لدرء ذلك العدوان، وأن يكون متناســبا معه، ويتوقف حين يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين"[3]

(1) – أخرجه أبو داود في سننه: كتاب السنة، باب: "في قتل اللصوص"، حديث رقم: 4772، 246/4، والترمذي في سننه: كتاب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد، وقال: "حديث حسن" حديث رقم 1443، 436/2.

(2) – نبيل محمد فرج الشارف، عبد الرحمن عبد الحميد حسنين، حق الدفاع الشرعي وصوره: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، مجلة مجمع، جامعة المدينة العالمية، ع29، 2019، ص129.

(3) – محمد بيومي حجازي، المحكمة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص196.

ومعنى ذلك أنه متى تعرضت دولة ما لهجوم مسلح غير مشروع حال مباشر ضد حدودها الإقليمية أو سيادتها السياسية، فإنه يحق لها أن ترد هذا العدوان بشكل فردي أو جماعي بشرط أن يكون ذلك الدفاع (رد الاعتداء) الحل الوحيد والمتناسب مع الهجوم، وأن يكون هذا الفعل مؤقتا مرتبطا بوقفه من قبل مجلس الأمن.

والتعريف الثاني:

في القانون الدولي العام يمكن القول بأن الدفاع الشرعي هو رخصة مؤقتة لحماية مصلحة قانونية، فهو بمثابة رد فعل سريع لأية انتهاكات تحيق بمصالح الدولة التي يحميها القانون الدولي العام [1].

يعرف الدفاع الشرعي الدولي في الشريعة الإسلامية بالجهاد وهو نوعان جهاد دفع وجهاد طلب، ومما جاء في الفقه الإسلامي والفقه الإباضي تحديدا أن من معاني الدفاع الشرعي الدولي أنه دفاع خارج حدود الدولة، أي فوق إقليم غير خاضع لسلطان أو سيادة المسلمين.

فإذا تعرضت دولة إسلامية ما للاعتداء بأي صورة من الصور، فإنه من حقها الطبيعي استخدام الدفاع الشرعي عن نفسها، وهذا الحق مقرر في إطار العلاقات الدولية المعاصرة [2]

(1) – عبد العزيز رمضان الخطابي، أنس محمود خلف الجبوري، الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي بين القانون الدولي الجنائي والقانون الجنائي الداخلي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع12، مج3، السنة الرابعة، ص41.

(2)– أحمد أبو الوفا، أحكام القانون الجنائي في الفقه الإباضي، ط1، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ج2، ص 118–120.

الأصـــل في الإســـلام أن كل دولة لها الحق في الوجود والبقاء والعيش بســـلام، واحترام العلاقات الدولية وعدم اللجوء إلى القوة إلا في حالات اسـتثنائية، منها الدفاع الشـرعي عن النفس حماية لمصـالح الدولة.

وقد أقرت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة الدفاع الشـرعي الدولي بقولها "هو حق يقرره القانون الدولي لأحد أعضـاء المجتمع الدولي يتمثل في اسـتخدام القوة لصـد عدوان مسـلح شـرط أن يكون لازما لدرئه ومتناســبا مع قَدْره على أن يتوقف عندما يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ الســلم والأمن الدوليين"[1]

من خلال هذه المادة يتضـح أن الدفاع الشـرعي الدولي مباح ومنصـوص عليه في القانون الدولي، بشـروط وهي: أن يكون الاعتداء مسـلحا، والدفاع لازما ومتناسـبا لدرء الاعتداء، مع إمكانية التوقف حين اتخاذ مجلس الأمن للتدابير اللازمة، لكن لم يشر التعريف إلى كون الاعتداء مشروع أو غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع أو مجرد التهديد بالعدوان، والمصلحة التي يمسها هذا العدوان.

الدفاع الشـرعي كما وصـفته هذه المادة يكاد يشـبه الدفاع الشـرعي في الفقه الإسـلامي، إلا أن الشريعة الإسلامية جاءت بمقاصد وخصائص من شأنها أن تدعو إلى مبادئ وأخلاق سامية في العلاقات الدولية، عكس الدول الغربية التي تلجأ إلى اسـتعمال القوة ضـد دول معارضـة لسـياسـتها أو مصـالحها، بحجة الدفاع الشــرعي أو محاربة الإرهاب أو نشــر الســلم ومثال ذلك ما حدث ســابقا في العراق أو أفغانستان.

(1)- عبد الله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 151.

كما يعرف الدفاع الشرعي على مستوى الأفراد يعرف كذلك في المجتمع الدولي، والدفاع الشرعي الدولي كالمعاملة بالمثل يلجأ إليه وقت السلم ووقت الحرب، إلا أنه يختلفان من حيث الهدف فالدفاع الشرعي الدولي يهدف إلى دفع العدوان بينما المعاملة بالمثل تهدف إلى عقاب المخالف، والدفاع الشرعي الدولي يقوم على رد ودفع غزو سلوك قائم حال أو وشيك لحقوق الدولة بينما المعاملة بالمثل هي رد بالمثل على سلوك وقع وانتهى [1].

"يقول مونتسكيو: ...إن حياة الدول كحياة الأفراد، فكما يحق للناس أن يقتلوا في حالة الدفاع الشرعي، يحق للدول أن تحارب حفاظا على نفسها..."[2]

لأن الاعتداء عن الدول اعتداء عن الأفراد والدفاع الشرعي للدول هو دفاع عن الأفراد، وبالتالي يباح للدول ما يباح للأفراد، كاستعمال القوة المحظورة دوليا وتنتفي بذلك المسؤولية الدولية، إضافة إلى شروط أخرى حددها القانون والعرف الدوليين.

رغم وجود خلاف في موقف المجتمع الدولي من مسألة الدفاع الشرعي الدولي بين مؤيد ومعارض، ظهر شكل جديد للدفاع الشرعي يعرف بالدفاع الشرعي الوقائي، والذي يعتبر في حقيقته مخالفا لشروط الدفاع الشرعي الدولي التي نصت عليها المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة.

لكن مفهوم الحرب الوقائية أقرب إلى الطرح السياسي الاستراتيجي، وأبعد عن الطرح القانوني والشرعي، مما يجعل تداخلا بين الشرعية مع مبدأ الدفاع عن النفس ودفاع الدول عن مصالحها القانونية، وعليه تم

(1)- سمير صبحي، الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الاسلامية وفقا للقانون السعودي، ط 2015، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص 48-49

(2)- عبد الله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص151

تحديد مفهوم لذلك بعد عام من هجمات 11 سبتمبر من قبل الإدارة الأمريكية التي انتهجت استراتيجية الأمن القومي [1].

ففكرة الدفاع الشرعي الوقائي حديثة ظهرت بعد هجمات 11 سبتمبر 2001 في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث اعتمدت هذه الأخيرة سياسة الحرب الوقائية الاستباقية ضد من تصفهم بالإرهابيين أو الدول الراعية لهم.

إلا أن الواقع ومبادئ وأسس الدفاع الشرعي الدولي مخالفة ومتناقضة مع أساس الدفاع الشرعي الوقائي، حيث رُفض هذا المفهوم من قبل القضاء الدولي والمجتمع الدولي والجمعية العامة ومجلس الأمن، لأنه ارتقى من الدفاع الشرعي عن النفس إلى دفاع شرعي وقائي والذي في حقيقته دفاع شرعي عقابي [2].

لأنه لا يوجد مستند أو أساس قانوني لتحديد مفهوم الدفاع الشرعي الاستباقي أو الوقائي، وإن وُجد أدى ذلك إلى انتشار الفوضى والحروب وقانون القوي يأكل الضعيف.

كما تفعل كثير من الدول لإعلان الحرب ضد أعدائهم، دون متابعة قضائية وأقرب مثال لذلك الولايات المتحدة الأمريكية والكيان الصهيوني [3] حفظا لمصالحها وحماية من أي تهديد يمس سلامتها كاحتكار امتلاك الأسلحة النووية والكيماوية.

(1) – عبد الحق مرسلي، ضوابط الدفاع الشرعي وتكييف الحرب الوقائية في إطار القانون الدولي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج07، ع06، سنة 2018، المركز الجامعي لتامنغست، ص263-264.

(2) – العيد جباري، تومي لحمادي، الدفاع الشرعي الوقائي، مجلة البحوث السياسية والإدارية، مج2، ع2، يناير 2013، جامعة الجلفة، ص64.

(3) – دلال لوشن، حق الدفاع الشرعي: من استثناء على حظر استعمال القوة إلى شرعنة العدوان، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج4، ع1، 2018، ص115.

ولو أن محكمة العدل الدولية أكدت رفضها لفكرة الدفاع الوقائي في حكمها الصادر في قضية نيكاراجوا عام 1986، وأعادت تأكيد ذلك في رأيها الاستشاري الخاص بقضية الجدار العازل الذي شيده الكيان الصهيوني في حق الأراضي الفلسطينية المحتلة [1]

فغالبا ما تتذرع الدول الظالمة بممارسة حق الدفاع الشرعي للإفلات القانوني من العقاب باعتبار الدفاع الشرعي الدولي سببا من أسباب سقوط المسؤولية الجزائية، حتى ولو كانت أفعال الدفاع أو آثارها غير متناسبة مع أفعال العدوان، سيكيف ذلك بالتجاوز في الدفاع الشرعي، وليس التجريم بناء على عدم قيام حالة الدفاع الشرعي.

وهذه الذرائع دوما ما تكون في لباس الدفاع عن حقوق الإنسان أو تخليص الشعوب من الأنظمة الدكتاتورية وإحلال الديمقراطية، وهناك محاولات لتقنين الدفاع الشرعي الوقائي وتجسيده واقعا [2].

(1) – سعود محمد سعد التميمي، الدفاع الشرعي في ضوء الممارسات الدولية المعاصرة، رسالة ماجيستير، يناير 2021، كلية القانون، جامعة قطر، ص161.

(2) – آيت عيسى رابح، ضوابط الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة وواقع الممارسة الدولية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، ع6، 2016، ص329.

المبحث الثاني: أساس الدفاع الشرعي

اختلفت آراء الفقه الوضعي والفقه الإسلامي في تحديد الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي، وذلك لاختلاف النظر والفكر الإنساني حسب التاريخ وتطور الحياة وتشعبها، وعليه ظهرت عدة نظريات تؤسس لفكرة الدفاع الشرعي.

المطلب الأول: أساس الدفاع الشرعي في التشريع الوضعي

الدفاع الشرعي نظام موجود قديما منذ وجود البشرية، حيث لا يمكن أن نلزم إنسانا بتحمل العدوان، ففطرته وعقله يجعلانه يرد الاعتداء عن نفسه وماله وعرضه أو عن غيره، حين تعذر اللجوء إلى السلطات العامة، ومنه نقول إن التشريعات الوضعية لم تقرر قانون الدفاع الشرعي وإنما أقرته.

وقد اختلف فقهاء القانون الوضعي في تحديد أساس الدفاع الشرعي إلى اتجاهين رئيسيين موضوعي وشخصي:

الفرع الأول: الاتجاه الموضوعي

1- نظرية التحلل من العقد الاجتماعي:

ظهرت نظرية العقد الاجتماعي والتي نادى بها جون جاك روسو حيث لا تخول للإنسان أن يقضي لنفسه بنفسه وإنما يتنازل عن بعض حقوقه للجماعة، لكن في حالة وجود خطر أو اعتداء حال أو على وشك الوقوع وعند تعذر اللجوء إلى السلطات المعنية، فإن الشخص المعتدى عليه أو المهدد بالخطر يمكنه الدفاع عن نفسه.

وهنا رجع الإنسان إلى حالته الطبيعية الأولى متحللا من العقد الاجتماعي حيث يمكنه حماية نفسه بنفسه، أو نقول إن كل إنسان احتفظ لنفسه بهذا الحق عندما تنازل عن حقوقه للجماعة [1].

ومما عيب على هذه النظرية:

أنها ظلت مستمرة ولها أنصار كثر خاصة عند الألمان حتى بداية القرن التاسع عشر، إلا أنها زالت بزوال فكرة العقد الاجتماعي باعتبارها نظرية خيالية بعيدة عن المنطق [2].

2- نظرية الحق الطبيعي:

وهي فكرة قديمة تعتبر الدفاع الشرعي مشتقا من الحق الطبيعي للإنسان وبناء عليه يحمي نفسه بنفسه، ويمكنه استعمال السلاح إن اقتضى الأمر ذلك [3].

وقد انتقد هذا الرأي:

بأنه يجعل الدفاع الشرعي قاصرا على المعتدى عليه ولا يتعدى إلى الدفاع عن الغير.

كما لا يقدم أساسا للدفاع عن المال، لأن المال لا يعتبر حقا طبيعيا كحق الحياة، وعند الطبيعيين تسود فكرة أن المرء يولد عريانا ثم يكتسب المال [4].

زيادة على ذلك الدفاع الشرعي يشمل الدفاع عن المال والعرض فضلا عن الدفاع عن النفس.

(1)- عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، ط1، 2017، ص187.

(2) - بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، رسالة ماجيستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة الجزائر، 1998، ص51.

(3) - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 124.

(4) - بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص50.

3- نظرية إبطال البغي:

يرى أصـــحاب هذه النظرية أن الدفاع الشـــرعي يقوم على أســـاس أن الاعتداء نفي للقانون وأن الدفاع نفي لهذا النفي وبالتالي هو إثبات لسلطان القانون وتطبيقه وإبطال للبغي الناتج عن الاعتداء [1]، أي أن أساس الدفاع الشرعي ما هو إلا حرص وتأكيد على تطبيق مبادئ القانون.

ومما يؤاخذ على هذه النظرية:

- أنها تؤدي إلى نتائج غير سليمة لا يمكن التسليم بها حيث تجعل كل فرد ممثلا عن السلطة العامة في توقيع العقاب، وفي هذا خطورة كبيرة على الأمن العام والنظام الاجتماعي [2].
- العمل بهذه النظرية يجعل القول بعدم معاقبة المعتدي لأنه أخذ جزاءه من المعتدى عليه، وهذا غير صحيح لأن الدفاع وقاية وحماية من الاعتداء وليس جزاء، كما أن الدفاع لا يحول دون معاقبة الجاني.

4- نظرية البواعث القانونية والاجتماعية:

يرى فيري (Ferri) أن الدفاع الشرعي حق أساسه البواعث القانونية والاجتماعية، لأن رد المجني عليه صادر من بواعث حميدة ضمن الإطار القانوني والاجتماعي، وعليه من مصلحة المجتمع رد الاعتداء ولو بالقوة والحد من انتشـــار خطر اجتماعي كامن في المعتدي، وحماية المعتدى عليه وفي هذه الحالة هو شخص صالح [3].

لكن يعاب على هذه النظرية بالآتي:

(1) - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 124.

(2)- عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 102

(3)- بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص51

قد تصح هذه النظرية في حالة دفاع شخص ذو صفات حميدة ضد شخص سيء السلوك فيكون بفعله مدافعا عن نفسه وعن المجتمع، لكنها لا تقدم أساسا للدفاع الشرعي في حالة دفاع شخص شرير ضد شخص شرير مثله، فليس من مصلحة المجتمع حماية المعتدى عليه.

5- نظرية انتفاء حق المجتمع من العقاب:

تقول هذه النظرية أن الدفاع العام نشأ ليحل مكان الدفاع الخاص تجنبا من إفراط الأفراد في الدفاع الخاص، وحين يتعذر على المجتمع حماية الفرد فلا سبيل له من حماية نفسه بنفسه بالقدر اللازم والمتناسب، فلا معنى لدفاع المجتمع وهو عاجز عن وقاية أفراده من الاعتداء [1].

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من الانتقاد لأنها:

- لا تحقق أساس الدفاع الشرعي في حالة الدفاع عن الغير.
- إذا كان دفاع الفرد مفيدا لما يحل محل دفاع المجتمع وهو السلطة حين عجزها، فلا حاجة للدفاع العام.
- أفعال الدفاع الشرعي في أصلها مجرمة وقد أبيحت لرد العدوان، عكس أفعال السلطة فهي مشرعة قانونا.

(1) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص126.

6- نظرية التفويض لعجز السلطة:

يرى أصحاب هذه النظرية كفرنسا وإيطاليا ومصر أن أساس الدفاع الشرعي هو عجز السلطة عن القيام بواجبها، والتي هي صاحبة الحق في الدفاع عن الأفراد لظروف خاصة، وهنا تمنح الأفراد تفويضا قانونيا في حماية أنفسهم بأنفسهم وحماية غيرهم [1].

ومما يؤاخذ على هذه النظرية:

- القول بأن السلطة عجزت عن حماية أفرادها ليس صحيحا وإنما الفرد هو من عجز عن اللجوء إلى السلطة لحمايته في الوقت المناسب [2].
- التفويض القانوني يقتضي منح المفوَّض إليه نفس الأفعال والسلطات إلى المفوِّض، إلا أن سلوك المعتدى عليه مباح له لا لرجال السلطة العامة.
- أفعال السلطة تجاه المعتدي في حماية المعتدى عليه ذات صبغة عقابية، بينما أفعال المعتدى عليه ذات طبيعة وقائية تهدف لرد العدوان لا غير.

غير أني أرى أن السلطة العامة يمكن أن تعجز عن حماية أفرادها في الوقت المناسب؛ في حالة خطر داهم أو اعتداء حال، ولذلك أقرت مبدأ الدفاع الشرعي والذي ينوب عنها بوجه خاص في حماية المهدد بخطر أو المعتدى عليه.

(1) - فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 2009، دار الثقافة، ص218.

(2)- عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 103.

7- نظرية تعارض الحقوق والمصالح الاجتماعية:

فإذا تعارض حقان أو مصلحتان وكان أحدهما خاصا بالمعتدي، والآخر خاصا بالمعتدى عليه، وكان الحقان متكافئين في الظاهر فكلاهما جدير بالحماية، فاختار القانون مصلحة المعتدى عليه واعتبر دفاعه مشروعا ويحقق الصالح العام، نظرا لما يحيط بالمدافع من ظروف جعلته يدرأ العدوان حين لا يتيسر له الاستنجاد بالسلطات [1].

يمكن التعبير عن أفعال الاعتداء والدفاع أنهما مصلحتان من جانب ومفسدتان من جانب، حيث كل طرف يسعى لتحقيق مصلحة من الناحية المجردة طبعا وعليه تقدم مصلحة المدافع لأنها تضاف لمصلحة المجتمع في دفع العدوان ومنع وقوعه، ومفسدتان لأن كلا من الاعتداء ورد الاعتداء فعلان مجرمان، إلا أن رد الاعتداء أصبح مباحا لأنه أخف من مفسدة الاعتداء.

وعند المقارنة بين المصلحتين نجد أن مصلحة المدافع أجدر بالحماية مقارنة بمصلحة المعتدي كأثر عن الاعتداء، والأصل أن السلطة العامة هي المخولة بدرء الاعتداء دون الأفراد، وفقا لمبدأ لا يجوز للإنسان أن يقيم العدالة بنفسه، لكن التشريعات أجازت ذلك استثناء حين تعذر اللجوء إلى السلطات، ومن الفقهاء من جعل حق المدافع في رد العدوان واجبا عليه لأنه يساهم في حماية المجتمع وتطبيق القانون [2].

(1)- محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانونين الإيطالي والفرنسي، مرجع سابق، ص409- 410.

(2) - فوزية عبد الستار، بحث في الدفاع الشرعي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، مج2، ع1، 1994، ص120.

الفرع الثاني: الاتجاه الشخصي

1- نظرية الإكراه المعنوي:

تقول هذه النظرية إن سبب عدم العقاب في الدفاع الشرعي سببه تخلف الركن المعنوي للجريمة، فيكون المعتدى عليه مكرها للدفاع عن حقوقه غير مختار وبالتالي إرادته غير معتبرة قانونا لأنها تحت ضغوط الاعتداء [1]، وهنا تسقط المسؤولية الجنائية عن المدافع الذي يرد الاعتداء، وفقا لنداء فطرته الإنسانية السليمة التي تأبى العدوان والظلم.

وهناك من يسميها "نظرية الإكراه الأدبي" كالدكتور محمد سيد عبد التواب، لكني أرى تسمية "نظرية الإكراه المعنوي" أقرب لما سبق بيانه ولعلاقتها بالركن المعنوي للجريمة.

رغم هذا وجهت لهذه النظرية انتقادات:

_ القول بأن الإكراه أساس الدفاع الشرعي لا يتحقق في حالتي الدفاع عن الغير والدفاع عن المال، حيث يكون المدافع مختارا لا مكرها، كما أن الإكراه ليس سببا من أسباب الإباحة بل يعتبر من موانع المسؤولية الجنائية [2].

- إذا كان الاعتداء صادرا من رجال القانون وهو عمل مشروع، فوفقا لهذه النظرية يجوز الدفاع ضدهم وهذا مخالف لشروط الدفاع الشرعي.

(1) – مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، ط3، 1990، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ص219.

(2) – أحمد عبد السلام الأشهب، الدفاع الشرعي أو دفع الصائل في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الأسمرية الإسلامية، كليتي الآداب والعلوم زلتين، ع4، ص47.

- إذا كان الاعتداء جسيما يمكن القول بأن فعل الدفاع كان تحت ضغط الإكراه بخلاف الاعتداء غير الجسيم فلا إكراه فيه.
- هذه النظرية لا تتفق مع كافة التشريعات التي تشترط وجوب عدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وهذا الشرط ممكن بالإرادة الحرة والإدراك لدى المدافع وليس بالإكراه [1].
- القول بفقدان المدافع لاختياره فيه غلو، لأن كونه أتى بفعل الدفاع يمكنه أن يتحمل الاعتداء، وهذا دليل على اختياره [2].

2- نظرية مقاومة الشر بالشر:

في القرن التاسع عشر ظهرت نظرية في الفقه تقول إن العدوان شر ومن العدل أن يقابل الشر بمثله، ولهذا قال أنصار هذا الرأي أن الدفاع الشرعي هو مقابلة الشر بالشر، وأنه من باب القصاص المعجل للمعتدي [3].

لكن مما يعاب على هذا الرأي:

أنه يصح أن يقال الاعتداء شر وظلم لكن رد هذا الاعتداء ليس شرا، وإنما دفاع ووقاية وتجنب من وقوع الشر أو زيادته، وليس قصاصا معجلا لأن الدفاع الشرعي فيه مدافعة بالوسائل المتاحة والأفعال الأسهل فالأسهل، كما أن الدفاع الشرعي لا يسقط عنه عقوبة المعتدي.

(1) - بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص 56.

(2) - عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص100.

(3)- محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانونين الإيطالي والفرنسي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط1، سنة 2012، ص409.

فضلا عن اعتبار الدفاع شر كالعدوان ينتج عنه التسليم أنه جريمة مثله [1].

3 – نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين:

عندما تتعارض مصـــلحتان: مصـــلحة المعتدي ومصـــلحة المعتدى عليه، يقتضـــي القانون والعقل التضـــحية بأحدهما ذات الأهمية الكبرى على حســـاب الأخرى ذات الأهمية الأقل، وعند الموازنة نجد مصلحة المدافع الأجدر بالحماية والرعاية لأن مصلحة المعتدي قد قلت أو انعدمت كأثر للاعتداء [2].

قد تبدو هذه النظرية مشابهة لإحدى النظريات السابقة في الاتجاه الموضوعي "نظرية تنازع الحقوق والمصالح الاجتماعية"، لكن الخلاف يكمن في نظرة الأخيرة لذات المصلحة أو الحق أي للموضوع، بينما تنظر "نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين" إلى صاحب المصلحتين وهو المعتدي أو المدافع.

من الفقهاء من قال إن المجتمع يرى بتفضيل المصلحة الأولى بالرعاية، موازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد وإعمالا لقاعدة الدفاع الشرعي واجب اجتماعي [3].

ومما عيب على هذه النظرية:

- أن الدولة يلزم عليها حماية كل المصالح بدون استثناء أي دون التمييز بين درجات المصالح وتفاوتها [4]، فالأولى الجمع بين حماية كل المصالح لا التضحية ببعضها أو إهمال إحداها.

(1)- عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 188.

(2)- فوزية عبد الستار، بحث في الدفاع الشرعي، مجلة الأمن والقانون، مرجع سابق، ص 119،120.

(3) – راهم فريد، موضع الدفاع الشرعي من ظروف الجريمة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع47، جوان 2017، ص338.

(4)- بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص58.

- هذه النظرية تنطلق من قاعدة غير مسلم بها؛ حيث اعتبرت مصلحة المعتدي ندًّا لمصلحة المعتدى عليه، وكأنها ساوت بينهما فجعلت مصلحة المعتدي مشروعة، وهذا ينافي حقيقة الدفاع الشرعي، لأن الوصف الصحيح الذي ينطبق على هذه العلاقة بين الاعتداء والدفاع هو ما يسمى في الشريعة الإسلامية بقاعدة "الضرر يزال"، وعليه العدوان ضرر ومفسدة وجب دفعه ودرؤه قبل وأثناء وقوعه بمختلف التدابير والإجراءات اللازمة والمقررة قانونا [1].
- يمكن القول إن عدم تدخل السلطة العامة في منع المعتدي من إيقاع عدوانه هو تفريط في مصلحته وسبب في تقليل أهميتها.

من خلال طرح هذه النظريات ومناقشتها، اتضح أنها قاصرة ولا تقدم أساسا قانونيا للدفاع الشرعي نظرا لما تخللها من عيوب وما وجه لها من انتقادات.

ولعل الأرجح هو انعدام الضرر في الفعل وتخلف مصلحة المجتمع في التجريم والعقاب، حيث أن الدولة تبيح دفاع المعتدى عليه وتمنع الاعتداء غير المشروع وبذلك لا تتأكد قوة وسطوة القانون ولا يتحقق الضرر الاجتماعي [2].

وهناك من فقهاء القانون الوضعي من صنف نظريات الاتجاه الشخصي على أساس أن فعل الدفاع عذر مانع للعقاب [3]. وتبقى نظريات الاتجاه الوضعي تندرج تحت مسمى حق أو مصلحة المعتدى عليه

(1) – سعيد البرك السكوتي، حق الدفاع الشرعي، حدوده، وحالات تجاوزه: دراسة تحليلية مقارنة في قوانين العقوبات العربية، مجلة الحقوق، ع17-16، ديسمبر 2014، ص369-370.

(2) – علي يسر أنور، الدفاع الشرعي: دراسة لمبدأ المشروعية، المجلة الجنائية القومية، مج13، ع2، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، ص23.

(3) – عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 98.

في الدفاع حين تعارض الحقوق والمصالح، لأنها تزيل المسؤولية الجزائية وتضفي صفة المشروعية على حالة دفع الاعتداء متى توافرت الشروط القانونية لذلك.

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

تعددت أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد أساس الدفاع الشرعي، نظرا لتعدد المدراس الفقهية واختلافها في معالجة نصوص أحكام دفع الصائل، وعليه كانت لهم الآراء التالية:

الفرع الأول: الإكراه أساس الدفاع الشرعي

جاء عن صاحب شرح العناية على الهداية قوله: " فَأَشْبَهَ الْمُكْرَهَ يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكْرِه أضيف التلف إلى المكرِه فكذلك المصول عليه "[1].

بمعنى أن المدافع صار مكرها بسبب إكراه المكرِه له أي الصائل لما تعدى عليه فأفقده اختياره وجعله يرد الاعتداء مكرها لا مختارا ولو أدى ذلك إلى قتل الصائل.

لكن انتقد هذا الرأي:

- افتراض أن المدافع يختار من الوسائل ما يتناسب مع دفع الصائل فيه دلالة على أن المصول عليه غير فاقد لاختياره [2].
- القول بأن المصول عليه مكرَه فاقد لاختياره، يلزم عنه أن الصائل مكرِه بعدوانه ومكرَه بدفاعه ضد دفاع المعتدى عليه، وهذا مخالف لقاعدة لا دفاع شرعي ضد دفاع شرعي.

(1) – محمد بن محمد البابرتي (ت: 786هـ)، شرح العناية على الهداية، ط1، 1418هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، ج8، ص269.

(2)– بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص44.

- قد يتصور الإكراه في حالة الخطر الجسيم بخلاف الخطر غير الجسيم أو الخطر وشيك الوقوع.[1]

- لا يتصور الإكراه في حالة الدفاع الشرعي عن الغير، فالمدافع مختار في فعله وإرادته.

الفرع الثاني: الضرورة أساس الدفاع الشرعي

من قواعد الفقه الإسلامي المعروفة قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" التي يعتبرها بعض الفقهاء إعمالا لحالة الدفاع الشرعي، حيث أن المدافع يرتكب محظورا بدفاعه ولو أدى إلى قتل الصائل بحجة الضرورة لقول الله تعالى: ﴿ فَمَنُ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [سورة البقرة، الآية 173].

ذهب بعض العلماء إلى اعتبار الدفاع الشرعي تطبيقا من تطبيقات قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وباعتبارها قاعدة من قواعد "الضرر يزال"[(2)]

جاء في الأشباه والنظائر: " وتتعلق بها قواعد الأولى الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه وكذا إتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله"[(3)].

أي أن دفع الصائل أساسه الضرورة ولو بقتل الصائل، فأشبه بذلك ضرورة أكل الميتة عند المخمصة.

(1) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص116.

(2) – سمير صبحي، الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الاسلامية وفقا للقانون السعودي، ط1، 2015، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، ص 86.

(3) – الشيخ زين ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، د ط، 1308هـ، مطبعة وادي النيل المصرية، ص43.

لكن لا يستقيم أن تكون الضرورة أساسا للدفاع الشرعي وذلك لما يلي:

- الضـــرورات تقدر بقدرها فليســـت على اطلاقها فمتى أمكن للمدافع أن يتجنب اعتداء الصائل باللجوء إلى السلطات العامة أو الهرب أو بالصراخ عليه، امتنع عليه أي محظور في سبيل دفعه.
- رغم الاتفاق بين الضرورة والدفاع الشرعي في تحقق مسألة الاضطرار إلا أنهما يختلفان من أوجه:

أ- في حالة الدفاع الشـرعي يكون الخطر مصـدره إنسـان أو حيوان أما في حالة الضـرورة يكون المصدر من ظروف الطبيعة.

ب- في حالة الدفاع الشـــرعي محل العدوان يكون على النفس أو المال أو العرض أما في حالة الضرورة يكون على النفس فقط.

ج- الدفاع الشرعي من أسباب سقوط المسؤولية وبالتالي فعل المدافع مشروع، أما حالة الضرورة فهي مجرد مانع للمسؤولية والمضطر عمله غير مشروع [1].

د- القول بأن الضرورة أساس الدفاع الشرعي لا يقدم تفسيرا للمدافع عن غيره إذا تعرض لاعتداء على نفسه أو ماله أو عرضه.

(1)- ماهر بركات الزامل، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص209.

الفرع الثالث: التعزير أساس الدفاع الشرعي

القول بأن التعزير أساس الدفاع الشرعي ينتج عنه؛ أن رد الاعتداء بما يلزم عنه ويتناسب معه هو عقوبة للصائل.

جاء في مجمع الأنهر: "ويكون التعزير بالقتل كمن وجد رجلا مع امرأة لا تحل له، إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح وإلا لا، وإن كانت المرأة مطاوعة قتلهما..."[1].

وهذا الرأي غير صحيح:

- لأن دفع الصائل ليس عقوبة وإنما وقاية وحماية للمدافع، ولو نفترض كونه تعزيرا للصائل لجاز دفع الصائل بعد انتهائه من عدوانه وهذا مخالف لشروط صحة دفع الصائل.

- كما أن التعزير معناه الزجر والتأديب من قبل الإمام أو نائبه عقابا عن ذنوب لا حد ولا كفارة فيها [2].

الفرع الرابع: إزالة الضرر أساس الدفاع الشرعي

يرى بعض الفقهاء أن أساس الدفاع الشرعي هو مبدأ "الضرر يزال"، ومنهم الدكتور يوسف قاسم في أطروحته "نظرية الدفاع الشرعي"[3].

(1)- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، ط 1998، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج2، ص372.

(2) - أمير عبد العزيز، الفقه الجنائي في الإسلام، ط6، 2018، دار السلام، مصر، ص421.

(3) - يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، مصر، 1979، دار النهضة العربية، القاهرة، ص41.

و"الضرر يزال" قاعدة فقهية عظيمة مستنبطة من الحديث الشريف الذي رواه ابن ماجة وأحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"[1].

فالصائل باعتدائه على إنسان في نفسه أو ماله أو عرضه يسبب له ضررا، وبما أن الضرر يزال فإن المصول عليه يزيل هذا الضرر بدفعه ورده إذا لم يتمكن من اللجوء إلى الحاكم في الوقت المناسب، أو يمكن للغير الدفاع عن المعتدى عليه عملا بقاعدة الضرر يزال.

ومما يؤاخذ على هذا الرأي:

- أن قاعدة "الضرر يزال" كأساس للدفاع الشرعي ليست على إطلاقها، فالصائل الذي انتهى من عدوانه لا يجوز إزالة ضرره وفقا لشروط الدفاع الشرعي.
- من مقاصد الدفاع الشرعي منع وقوع الاعتداء ابتداء أو عدم استمراره، وليس إزالة الضرر كقتل الصائل مثلا.

الفرع الخامس: المصلحة أساس الدفاع الشرعي

يرى بعض الفقهاء المعاصرين أن المصلحة هي أساس الدفاع الشرعي، فمنهم من اعتبرها أساس الدفاع الشرعي كنظرية مستقلة [2].

(1) – أخرجه مالك في الموطأ، كتاب المكاتب، باب ما لا يجوز من عتق المكاتب، ص614، رواه ابن ماجه في سننه 784/2، ورواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى 157/6.

(2) – حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، ط 1971، دار النهضة العربية، ص 48.

أي المعتدى عليه لما يدفع خطر الاعتداء الواقع عليه فإنه يحافظ على مصلحته في حفظ نفسه أو ماله أو عرضه.

ويعتمد هذا الرأي على أصل عام وهو نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، فجميع أحكام الشريعة الإسلامية تضمن مراعاة مصالح العباد، والمصالح المعتبرة هي الكليات الخمس [1].

ومما يعاب على هذا الرأي:

– في حالة دفاع الغير عن المعتدى عليه فليست للمدافع مصلحة شخصية خاصة به، وإنما المصلحة تعود للمصول عليه من خلال دفع الضرر.

– في حالة كون الصائل والمصول عليه شريرين غير صالحين، فمصالحهما سواء، غير أن مصلحة المجتمع أولى بالاعتبار والحماية على حساب مصلحتي المعتدي والمدافع.

ومن الفقهاء كالدكتور يوسف قاسم من استعان بالمصلحة لبيان الضرر المراد دفعه أو إزالته فجمع بينها وبين نظرية إزالة الضرر [2].

الفرع السادس: انتفاء العصمة أساس الدفاع الشرعي

يرى أصحاب هذا الرأي أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس انتفاء عصمة الصائل، فهذا الأخير باعتدائه على غيره في نفس أو مال أو عرض قد انتفت عصمته وهدر دمه، فيمكن للمدافع قتله [3].

(1) – عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص94،95.

(2)– سمير صبحي، الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الاسلامية وفقا للقانون السعودي، مرجع سابق، ص88.

(3)– عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ص95.

جاء في تبيين الحقائق: "إذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر فانصرف ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص.

لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان؛ لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فإذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع شره فلا حاجة إلى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص"[1].

وما يعاب على هذا الرأي:

– القول بانتفاء عصمة الصائل وهدر دمه مطلقا ليس صحيحا من وجهين:

أولا: كما هو معروف فقها أن دفع الصائل له شروط ومن شروط الدفاع اللزوم والتناسب أي يدفع الصائل بما يندفع به الأخف فالأخف وهنا ليس بالضرورة هدر دمه.

ثانيا: انتهاء الصائل من عدوانه أو هربه لا يبيح رد عدوانه فما بالك بقتله، وإلا وجب القصاص لأن الصائل عاد معصوما مثلما كان.

– قد يكون الصائل مجنونا أو صبيا غير مميز أو ممن تجاوز في تأديب مؤدبه كالزوج أو الأب أو المعلم فهل يتصور انتفاء عصمته؟

– الزوال للعصمة زوال مؤقت بل تعليق فقط، وعليه فتعليق العصمة أساس الدفاع الشرعي لا زوالها، فالمعتدي إذا انتهى من عدوانه أو توقف أو أوقف عادت عصمته، ولو زالت لما استعادها [2].

(1)– فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت: 743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج17، ص301.

(2) – بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص48.

الفرع السابع: الموازنة بين المصالح والمفاسد أساس الدفاع الشرعي

يرى أنصار هذا الرأي أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس الموازنة بين المصالح والمفاسد، حيث أن لو فيه ضررين وسيقع أحدهما حتما، لوجب ارتكاب أخفهما دفعا للأشد، ومثل ذلك في دفع الصائل [1].

فيباح للمدافع دفع المعتدي بأقل ما يندفع به الأخف فالأخف تطبيقا لقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"، لأن الاعتداء مفسدة ورد الاعتداء بمثله أو أقل منه مفسدة، فيقدم ارتكاب مفسدة المعتدى عليه ما لم يتجاوز حدوده في الدفاع.

ولو اعتبرنا في اعتداء المعتدي مصلحة له وفي رد الاعتداء من قبل المدافع مصلحة له أيضا، فقبل ذلك هو يدافع عن مصلحة المجتمع والحق العام في دفع الجريمة ومحاربتها والوقاية منها، فتكون مصلحة المدافع أعظم وأولى من مصلحة المعتدي، كما أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.

والصائل له مصلحة في صياله في نظره طبعا، وللمصول عليه مصلحة في رد الصيال، وبالتالي تقدم مصلحة المصول عليه لأنها أولى وأجدر بالحماية، فضلا على أن من مصلحة المجتمع الإبقاء على مصلحة المدافع واهدار مصلحة المعتدي.

ومما يعاب على هذا الرأي: لا يتصور وجود مصلحة للمدافع عن غيره في ذات الدفاع الشرعي، وإلا كانت حماية لمصلحة المعتدى عليه، وبالتالي ضمان مصلحة المجتمع في القضاء على مصلحة المعتدي.

(1) – عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص90.

وبالنظر في الآراء المطروحة رغم أن كلها منتقدة، نستنتج الرأي الراجح وهو الرأي الأخير حيث؛ يصح أن يكون أساسا للدفاع الشرعي، فدفع الصائل في أصله مفسدة غير مشروعة زال عنها وصف التجريم فأصبح فعلا مباحا، كما أن فيه مصلحة في الوقاية من الاعتداء أو رده إذا تعذر اللجوء إلى السلطة العامة، على غرار مصلحة المعتدي التي تعود عليه والمفسدة كأثر عنها، وبالموازنة بين المصالح والمفاسد نرجح كفة المعتدى عليه.

الباب الأول: تأصيل الدفاع الشرعي

الفصل الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي

المبحث الأول: مصدر الدفاع الشرعي

المبحث الثاني: حكم الدفاع الشرعي

المبحث الأول: مصدر الدفاع الشرعي

بما أن الأصل في الدفاع الشرعي أنه فعل محرم شرعا مجرم قانونا، لكنه أبيح وشُرّع لاعتبارات معينة، فإنه لابد للدفاع الشرعي من نصوص شرعية وقانونية تؤصل لذلك وهو ما سيتم بيانه في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: دليل مشروعية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

لقد دل على مشروعية دفع الصائل نصوص شرعية كثيرة من القرآن والسنة، نبين أهمها فيما يلي:

الفرع الأول: من القرآن الكريم

1- قال تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية 194]

وجه الدلالة:

وهذا يدل على مشـــروعية وإباحة رد الاعتداء باعتداء مماثل، لأنه كما هو مقرر شـــرعا: أن الجزاء من جنس العمل، وقد وصف الله تعالى فعل المدافع بالاعتداء في قوله تعالى: ﴿ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ ﴾ [1].

حيث يأمر الله تعالى المعتدى عليه سواء كان فردا أو جماعة من المسلمين أو حتى جيش الدولة، أن يرد العدوان الواقع فعلا أو على وشك الوقوع لأن كلاهما حاصل، بعدوان مماثل أي متناسب بدون تجاوز وجزاء للبادئ في الاعتداء.

(1) – ماهر بركات الزامل، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، دار العصماء، الطبعة الأولى، 2016 سورية، ص49.

فالعدوان الأول ظلم، والثاني جزاءٌ لا ظلم، بل هو عدل ودفاع عن مصـــلحة المظلوم، لأنه عقوبة للظالم على ظلمه، وإن وافق لفظه لفظ الأول [1].

2- قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ ﴿39﴾ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴿40﴾ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴿41﴾ ﴾

[سورة الشورى]

وجه الدلالة:

يبين الله تعالى لعباده بأن من تعرض لظلم فله أن يدفع ذلك ويرده بالمثل دون زيادة ولا تجاوز لقوله تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾، ثم يشير إلى إمكانية العفو والإصلاح لأن في ذلك أجر وثواب من الله عز وجل، ولكن حتى الانتصار على الظلم ليس فيه نقص من الأجر ولا زيادة في الوزر.

قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ ﴾ يدل ظاهره على أن الانتصار في هذا الموضع أفضل؛ وهو محمول على أنه كرِّه للمؤمنين أن يذلوا أنفسهم فيجترئ عليهم الفساق؛ هذا فيمن تعدى وأصَّر على ذلك. أما موضع العفو ففي حالة ندم الجاني وإقلاعه عن عدوانه. وقد قال عقيب هذه الآية: ﴿ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾. يقتضي ذلك إباحة الانتصار لا الأمر به، وقد عقبه بقوله: ﴿ وَلَمَن صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ ﴾ [سورة الشورى، الآية 43].

(1) – محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط1، 2000، مؤسسة الرسالة، ج1، ص303

وهو محمول على الغفران عن غير المصِّر، فأما المصِّر على البغي والظلم فالأفضل الانتصار منه بدلالة الآية التي قبلها. وقيل: أي إذا أصابهم البغي تناصروا عليه حتى يزيلوه عنهم ويدفعوه [1].

3- قال تعالى﴿ أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ ﴿39﴾ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِم بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَن يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنصُرَنَّ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴿40﴾ ﴾ [سورة الحج]

وجه الدلالة:

أباح الله تعالى للمظلومين قتال الظالم وأكد أنه قادر على نصـــرهم وهم في هذه الحالة من أخرجوا من ديارهم بغير حق وفي هذا دليل على مشروعية الدفاع عن الأموال والأعراض والأنفس.

قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ ﴾ أي لولا ما شرعه الله تعالى للأنبياء من قتال الأعداء، لاستولى أهل الشرك وعطلوا ما بينته الديانات من مواضع العبادات، ولكنه دفع بأن أوجب القتال ليتفرغ أهل الدين للعبادة. فالجهاد ودفع الصائل أمر متقدم في الأمم، وبه صلحت الشرائع؛ فكأنه قال: أذن في

(1) – أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ت: 671هـ، الجامع لأحكام القرآن، تح هشام سمير البخاري، ط1، 2003، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج16، ص39.

القتال، فليقاتل المؤمنون. ثم قوي هذا الأمر في القتال بقوله: ﴿وَلَوْلَا دِفَعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ﴾ : الآية؛ أي لولا القتال والجهاد والدفاع عن الكليات الخمس لتغلّب على الحق في كل أمة[1].

4- قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [سورة النحل، الآية 126]

وجه الدلالة:

"الآية نزلت بالمدينة في شأن التمثيل بحمزة وقتلى أحد"[2] والمراد هنا المعاقبة والمقاتلة بالمماثلة دون زيادة أو تجاوز، وهذا دليل على مشروعية الدفاع الشرعي وتأكيد على شرطي اللزوم والتناسب في رد الاعتداء، وقد ذكر في موضع قوله تعالى ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ﴾ [سورة الشورى، الآية 40].

فقد قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [سورة المائدة، الآية 45]

5- قال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَٰكِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾

[سورة المنافقون، الآية 8]

(1) – أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ت: 671هـ، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج12، ص70.

(2) – أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ت: 671هـ، الجامع لأحكام القرآن، مرجع نفسه، ج 10، ص65.

وجه الدلالة:

رغم أن الصفح والعفو عن هفوات وزلات الكرام محمود وذلك من صفات المؤمنين، إلا أنه في غيرهم من البغاة والظالمين المعتدين مذموم [1] أي إذا تعرض المؤمن لاعتداء من ظالم وجب عليه الانتصـــار والدفاع عن نفسه وفي ذلك عزة ورفعة له وللمؤمنين ولدين الله.

6- قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [سورة البقرة، الآية 195]

وجه الدلالة:

إذا كان عدم الدفاع عن النفس أو المال أو العرض فيه فساد وتهلكة فإن الدفاع واجب بدليل النهي عن الوقوع في التهلكة، وبما أنه يحرم قتل النفس أي الانتحار فيحرم تمكينها للمعتدي بالقتل أو غيره.

الفرع الثاني: من السنة النبوية

لقد وافقت السـنة النبوية القرآن الكريم في مشـروعية الدفاع الشـرعي، فأكدت الأحاديث الشـريفة على ذلك ونذكر منها:

1- ما رواه أبو هريرة رضـي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسـول الله صـلى الله عليه وسـلم فقال: يا رســـول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: "قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار" [2].

وجه الدلالة:

(1) – ماهر بركات الزامل، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص50.

(2) – أخرجه مسلم في صحيحه: باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق مهدر الدم، كتاب الإيمان، صحيح مسلم، شرح النووي، ط1، 1981، 123/2.

يبين لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وجوب الدفاع الشرعي عن المال من خلال أمره لهذا الرجل بقتال المعتدي عليه بعد أن تعذر عليه منعه من أخذ ماله، ثم وصف المعتدى عليه بالشهيد والمعتدي في النار، وهذا دليل واضح صريح في مشروعية دفع الصائل.

2- عن سعيد بن زيد قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "من قُتِل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد"[1]

وجه الدلالة:

بما أن الرسول صلى الله عليه وسلم يصف من قاتل المعتدي عن ماله أو أهله أو دمه أو دينه أنه شهيد، دلَّ ذلك على مشروعية الدفاع الشرعي عن المال والنفس والعرض والدين وهي من الكليات الخمس التي تقرر حفظها في الشريعة الاسلامية وغيرها الشرائع السماوية السابقة.

ولما جعل النبي صلى الله عليه وسلم المدافع شهيدا دل على أن له القتل والقتال، فإن قتل المعتدي فلا حساب ولا عقاب عليه، وجاز له الدفاع عن المال أو وجب -على الخلاف الفقهي المعروف- إذا تعذر تجنب المعتدي بالتحصن أو الهرب، ووجب الدفاع عن البضع لأنه لا سبيل إلى إباحته، وكذلك وجب الدفاع على النفس إن كان الصائل كافرا ولا يجب الدفاع إن كان الصائل مسلما[2] -سيأتي بيان وتفصيل حكم الدفاع عن النفس المال والعرض في محله من هذا البحث-

(1) - سبق تخريجه.

(2) - محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (ت: 1182هـ)، سبل السلام، ط4، 1960، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ج4، ص40

3- ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح"[1]

وجه الدلالة:

أحل النبي صلى الله عليه وسلم فقء عين من اطلع على دار بغير إذن أهلها وفي هذا جواز للدفاع عن عورات البيوت وأهلها.

ودل الحديث على تحريم الاطلاع على الغير بغير إذنه ومن قصد النظر بغير إذن ومما لا يجوز الاطلاع عليه فإنه يجوز للمطلع عليه دفعه وإن فقأ عينه فإنه لا ضمان عليه وفي لفظ لأحمد والنسائي وصححه ابن حبان: "فلا دية له ولا قصاص"[2]

4- عن عمران بن حصين رضي الله عنهما قال: "قاتل يعلى بن أمية رجلا، فعض أحدهما صاحبه، فانتزع يده من فمه، فنزع ثنيته، فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل؟ لا دية له"[3]

وجه الدلالة:

بما أن المعتدي تكسرت ثنيته بسبب عدوانه ولا دية على المعتدى عليه دل هذا على مشروعية دفع الصائل ولا عقاب على المدافع.

(1)- رواه البخاري (6902) ومسلم (2158).

(2)- محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (ت: 1182هـ)، سبل السلام، مرجع نفسه، ج3، ص263

(3)- أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه، حديث رقم: 6892، ومسلم في كتاب القسامة، باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه حديث رقم: 1673

وفي الحديث دليل على أن رد الاعتداء الذي وقع لأجل الدفع عن الضـرر يهدر ولا دية على الجاني وهو مذهب الجمهور وقالوا لا يلزمه شـيء لأنه في حكم الصـائل واحتجوا أيضـا بالإجماع على أن من شـهر على آخر سلاحا ليقتله فدفع عن نفسه فقتل الشاهر أنه لا شيء عليه [1].

5- عن سـعد بن عبادة رضـي الله عنه قال: " لو رأيت رجلا مع امرأتي لضـربته بالسـيف غير مصـفح. فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) : (أتعجبون من غيرة سعد، لأنا أغير منه ، والله أغير مني) "[2].

وجه الدلالة:

أقر النبي صلى الله عليه وسلم موقف سعد رضي الله عنه وهو في مقام المعتدى عليه بالدفاع عن عرضه، وعليه دم المعتدي مهدور ولا ضمان له.

الفرع الثالث: الإجماع

لا خلاف بين الفقهاء أن دفع الصـــائل مشـــروع وقد اتفقوا على حرمة الاعتداء على النفس والعرض والمال، ووجوب رد هذا الاعتداء، ومنع الضـــرر والأذى بكل الوســـائل والطرق المشـــروعة، فكان هذا الاتفاق بمثابة إجماع، وقد نقل هذا الإجماع الشيخ الباجوري في حاشيته بقوله: "الصيال هو الاستطالة

(1) - محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (ت: 1182هـ)، سبل السلام، مرجع نفسه، ج3، ص262.

(2) - أخرجه مسلم، كتاب اللعان، حديث رقم 1499، والبخاري في صحيحه، كتاب الحدود باب: من رأى مع امرأته رجلا فقتله، حديث رقم: 6846.

والوثوب على الغير بغير حق والأصـــل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية 194]"[1]

أي فيه إجماع على مشروعية دفع الصائل عموما، لكن فيه خلاف في حكم الدفاع عن المال والدفاع عن النفس والدفاع عن العرض تفصـــيلا، وكذلك الخلاف في دفع الصـــائل إذا كان حاكما أو من ينوبه، وسيأتي بيان ذلك لاحقا في محله.

الفرع الرابع: من المعقول

لو نفترض عدم وجود فكرة الدفاع الشـرعي عن النفس أو المال أو العرض، فسـيكون هناك اعتداء وبغي ولا دفع أو منع لذلك، وبالتالي ينتشـر الظلم وتكثر المنكرات ويسـتقوي المجرمون ويلحقون بالبلاد والعباد الفوضـى والفسـاد، وهذا ما يأباه العقل السـليم والفطرة الصـحيحة، فلا يمكن أن نجبر إنسـانا بتحمل عدوان غيره عليه إذا تعذر عليه اللجوء إلى الحاكم أو السلطات العامة في الوقت المناسب.

فالدفاع الشـرعي يسـاهم في الحفاظ على النظام الاجتماعي والأمن العام، حيث يعمل على منع الجرائم وتقليل الانتهاكات والتعديات التي قد تؤثر سلبًا على النظام والاستقرار العام.

بل حتى الحيوان إذا أحس بخطر أو تعرض لاعتداء، يسارع للدفاع عن نفسه أو عن صغاره أو عن غيره.

قال تعالى: ﴿ وَلَوۡلَا دَفۡعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعۡضَهُم بِبَعۡضٖ لَّفَسَدَتِ ٱلۡأَرۡضُ ﴾

[سورة البقرة، الآية 251]

(1) – زياد حمدان محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع القانون الوضعي)، رسالة ماجيستير، 2008، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، ص42.

المطلب الثاني: النصوص القانونية للدفاع الشرعي في التشريعات الوضعية

تُعَدّ النصوص القانونية للدفاع الشرعي من الأسس الأساسية في النظم القانونية، حيث تضع الإطار القانوني والمفاهيمي للحق في الدفاع عن النفس والمال والعرض، وذلك من خلال استعراض أهمها من بعض التشريعات الوضعية، كالجزائر وليبيا والمغرب ومصر، بهدف فهم كيفية تفاعل القوانين المحلية مع مفاهيم العدالة وحقوق الفرد في هذه الدول، وكيفية تطبيقها على أرض الواقع.

أولا: التشريع الجزائري

جاء النص على الدفاع الشرعي في المادة 39 فقرة 2 والمادة 40 من قانون العقوبات [1]، واللتان تنصان على الآتي:

"لا جريمة:

1 -إذا الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2-إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء."

ونصت المادة 40 على الآتي: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

(1) - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر من عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، حسب آخر تعديل له بموجب القانون رقم 24-06 مؤرخ في 19 شوال 1445 الموافق 28 ابريل 2024 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 30 مؤرخة في 30 أبريل 2024).

1-القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2 -الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

ثانيا: التشريع الليبي

نص المشرع الليبي على الدفاع الشرعي بمصطلح الدفاع المشروع في نصوص المواد "70، 70 مكررة أ، 70 مكررة ب" من قانون العقوبات:

فقد نصت المادة 70 منه: "لا عقاب إذا ارتكب الفعل أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي. ويبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع إضرارا به أو بغيره وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة".

ونصت المادة 70 مكرر أ: " لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة الموظفين العموميين أثناء قيامهم بحسن نية بأمر بناء على واجبات وظيفتهم ولو تخطوا حدودها إلا إذا خيف أن ينشأ من أفعالهم موت أو جراح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول".

ونصت المادة 70 مكرر ب: " حق الدفاع الشرعي لا يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية:

1-فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جروح بالغة إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة.

2-مواقعة إنسان أو هتك عرضه بالقوة أو بالتهديد.

3-خطف إنسان.

4-سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات.

5-الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته.

ثالثا: التشريع المغربي

المشرع المغربي عرف الدفاع الشرعي في الفصل 124 والفصل 125 من القانون الجنائي المغربي:

نص الفصل 124 الفقرة 3 على أنه: "لا جناية ولا جنحة ولا مخالفة في الأحوال الآتية:

1- إذا كان الفعل قد أوجبه القانون وأمرت به السلطة الشرعية.

2- إذا اضطر الفاعل ماديا إلى ارتكاب الجريمة، أو كان في حالة استحال عليه معها استحالة مادية، اجتنابها، وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته.

3- إذا كانت الجريمة قد استلزمتها ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو عن ماله أو مال غيره، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء".

ونص الفصل 125: "تعتبر الجريمة نتيجة الضرورة الحالة للدفاع الشرعي في الحالتين الآتيتين:

1-القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب ليلا لدفع تسلق أو كسر حاجز أو حائط أو مدخل دار أو منزل مسكون وملحقاتها.

2- الجريمة التي ترتكب دفاعا عن نفس الفاعل أو نفس غيره، ضد مرتكب السرقة أو النهب بالقوة".

رابعا: التشريع المصري

نصت المادة 245 من قانون العقوبات المصري[1] على أنه: "لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله وقد بينت في المواد الآتية الظروف التي ينشأ عنها هذا الحق والقيود التي يرتبط بها".

والمادة 246: "حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها في هذا القانون.

وحق الدفاع الشرعي عن المال يبيح استعمال القوة لرد أي فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفي الفقرة 4 من المادة 379.

المادة 247: "وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية".

المادة 248: "لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول".

المادة 249: "حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:

أولا- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

[1] - قانون العقوبات رقم 58 لسنة 1937، آخر تعديل: 15 أغسطس 2021 بالقانون 141 لسنة 2021

ثانيا- إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة.

ثالثا- اختطاف إنسان.

المادة 250: "حق الدفاع الشـرعي عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصـودا به دفع أحد الأمور الآتية:

أولا- فعل من الأفعال المبينة في الباب الثاني من هذا الكتاب.

ثانيا- سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات.

ثالثا- الدخول ليلا في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته.

رابعا- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة".

المادة 251: "لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سـليمة حدود حق الدفاع الشـرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعُدَّه معذورا إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون".

المادة 251 مكرر: "إذا ارتكبت الجرائم المنصـوص عليها في هذا الفصـل أثناء الحرب على الجرحى حتى من الأعداء فيعاقب مرتكبها بنفس العقوبات المقررة لما يرتكب من هذه الجرائم بسبق الإصرار والترصد".

المبحث الثاني: حكم الدفاع الشرعي

قد يكون الاعتداء بحق أي: شرعي، كما يكون بغير حق أي: غير شرعي، وبالتالي نكون أمام حالتين: دفاع غير شرعي أي لا يجوز للمعتدى عليه رد الاعتداء الواقع عليه أو على غيره، ودفاع شرعي يباح فيه للمعتدى عليه رد الاعتداء الواقع على نفسه أو غيره، وكذا الأمر بالنسبة للاعتداء على المال أو العرض، وعليه نتعرض في هذا المبحث لحكم الدفاع الشرعي بأشكاله وأنماطه من جانب التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حكم الدفاع الشرعي في التشريع الوضعي

المقصود بحكم الدفاع الشرعي في التشريع الوضعي؛ أي ما الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي، هل هو حق أم واجب أم رخصة أم تفويض قانوني؟ وقد اختلف فقهاء القانون في تكييفه حسب اختلافهم في تحديد الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي.

لقد ذكر الدكتور عبد القادر عودة حكم الدفاع الشرعي من خلال تعريفه كما يلي:

"هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء غير مشروع بالقوة اللازمة"[1]، حيث أوجب الدفاع الشرعي عن النفس بينما حكم بحق الدفاع الشرعي عن المال، سواء كان الدفاع من قبل المعتدى عليه أو من غيره، ويرجع سبب تقسيم صاحب التعريف إلى واجب وحق انطلاقا من خلفيته الدينية لأن فقهاء الشريعة فصلوا في حكم الدفاع الشرعي هكذا، وسيأتي بيان ذلك في الجانب الشرعي.

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج1، ص 471.

ومن شـراح القانون من يرى أن الدفاع الشـرعي في كل حالاته حق وواجب في آن واحد، دون تفصـيل كما فرق الدكتور عبد القادر عودة بين حكم الدفاع عن النفس وحكم الدفاع عن المال.

"فإن من حق كل إنسان بل ومن واجبه"[1] أن يدافع عن نفسه وماله وعرضه أو أن يدافع عن ذلك من قبل الغير، حين يتعذر اللجوء إلى السلطات العامة أو تجنب الاعتداء بوسيلة أخرى مشروعة.

يعتبره الدكتور محمود نجيب حسـني حقا وليس حقا شـخصـيا، لأنه لا يفترض وجود مدين يطالب منه صاحب الحق حقه، وإنما هو حق عام يقرره المشرع لمواجهة الكافة [2].

أي أنه حق عام يحميه القانون ويقرر ممارسـته يقابله التزام الناس باحترامه وتسـهيل العمل به، ومن يدافع عن حقه فإنه يساهم في تكريس القانون وتفعيله.

ومن التشريعات التي وصفته صراحة أنه "حق" نذكر منها على سبيل المثال: القانون الأردني في المادة 60 والقانون اللبناني في المادة 184 والقانون المصـري في المادة 246 والقانون الليبي في المادة 70، والقانون السوداني في المادة 184.

ومن الفقهاء من يرون أن الدفاع الشرعي واجب؛ وليس واجبا قانونيا يترتب على عدم الامتثال له جزاء، وإنما واجب اجتماعي تفرضه ضرورة الحفاظ على مصلحة المجتمع [3]، إذن هو واجب يمليه قانون المجتمع ومنطق الفطرة، وإن تركه المدافع لسبب ما فلا يترتب عليه جزاء جنائي.

(1) – جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج1، ص517.

(2) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، مرجع سابق، ص192،191.

(3) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، مرجع نفسه، ص192.

وجاء في تعريف آخر للدفاع الشرعي: "رخصة يخولها القانون لمن يتعرض لاعتداء تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الاعتداء عنه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره"[1]

أي أن الدفاع الشرعي هو ترخيص قانوني من المشرع يستفيد منه المعتدى عليه وفق شروط معينة لرد الاعتداء كشرطي التلازم والتناسب.

لكن مما يؤاخذ على اعتبار كون الدفاع الشرعي رخصة جاء بها القانون ليقرر للمدافع الحق في استعمال القوة لرد العدوان الواقع عليه، أن الدفاع الشرعي معروف وممارس منذ القدم قبل أن تشرع القوانين وترخص بالدفاع الشرعي؛ أي أن القانون أقر وجوده ونظم أحكامه وشروطه بنصوص قانونية معينة.

وهناك من يرى أن الدفاع الشرعي تفويض قانوني باستعمال سلطة الضبطية القضائية في منع الاعتداء على حقوق الأفراد التي يحميها القانون [2].

لكن الحقيقة أنه ليس تفويضا قانونيا لأن المدافع يباح له من الأفعال ما لا تقوم بها سلطة الأمن في ظروف الاعتداء، كما أن أفعال السلطة العامة من باب سياسة العقاب عكس أفعال المدافع من باب سياسية المنع والوقاية.

نلاحظ أن أغلب التشريعات الوضعية أباحت الدفاع الشرعي عن النفس أو المال أو نفس الغير أو مال الغير، لكن نادرا ما نجد من أشار إلى الدفاع عن العرض صراحة ووضوحا على غرار المشرع السوداني مثلا

(1) – عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص186.

(2) – محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانونين الإيطالي والفرنسي، مرجع سابق، ص408.

حيث جاء في نص المادة 12 فقرة 2 "ينشأ حق الدفاع الشرعي إذا واجه الشخص خطر اعتداء حال أو على وشك الوقوع على نفسه أو ماله أو عرضه أو نفس الغير أو مال الغير"[1].

المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

سبق الحديث عن مشروعية دفع الصائل فالفقهاء جميعا بدون استثناء متفقون على أنه شُرِّع انطلاقا من مصادر الشريعة الإسلامية ليحمي الإنسان نفسه وغيره إذا تعرض لخطر أو اعتداء وتعذر عليه تجنبه بطرق مشروعة، لكنهم اختلفوا في أحكام حالاته من دفاع عن النفس، المال والعرض.

الفرع الأول: حكم الدفاع عن النفس

اختلف الفقهاء في حكم الدفاع عن النفس فقال الجمهور بالوجوب وقال البقية بالجواز:

أولا: وجوب الدفاع عن النفس

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية في قول [2] والظاهر عند الحنفية [3] والإباضية [4] والظاهرية [5] والشيعة الإمامية [6] إلى وجوب الدفاع عن النفس مطلقا وما دونها، وعدم تعريضها للقتل أو الهلاك، سواء كان الصائل كافرا أو مسلما صغيرا أو كبيرا عاقلا أو مجنونا غير محقون الدم آدميا أو غير آدمي.

(1) – المادة 12 فقرة 2 من القانون الجنائي السوداني لسنة 1991.

(2) – شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني (ت: 954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تح: زكرياء عميرات، طبعة خاصة 2003، دار عالم الكتب، ج8، ص443.

(3) – أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ص174.

(4) – شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج14، ص479-480.

(5) – المحلى لابن حزم، ج11، ص314.

(6) – محمد بن مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، ص173.

وفي المذهب عند الشافعية [1] "وإن قصد نفسه نظر إن كان كافرا وجب الدفع"[2] بمعنى إن كان الصائل مسلما لا يجب الدفع وهذه رواية ضمن الفريق القائل بالجواز، ورواية عند الحنابلة إذا كان الاعتداء في غير فتنة [3].

فعند المالكية جاء في حاشية الدسوقي: "فيصدق بالوجوب: أي لأن دفع الصائل واجب"[4].

وفي المذهب الحنفي جاء في البحر الرائق: من أشهر على المسلمين سيفا وجب قتله؛ لأنه وجب عليهم دفع الضرر وبالتالي وجب قتل الصائل إذا كان لا يندفع إلا بالقتل [5].

وفي المذهب الحنبلي جاء في كشاف القناع: "وإن كان الدفع للصائل (عن نسائه فهو لازم) أي واجب لما فيه من حقه وحق الله وهو منعه من الفاحشة وإن كان الدفع (عن نفسه في غير فتنة فكذلك)"[6].

وفي المذهب الإباضي: وإن واجب المسلم أن يدفع عن نفسه وماله كل مجرم ولو مكن الصائل من نفسه لكان هالكا في نظر الشرع [7].

(1) – زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحي السنيكي (ت: 926هـ)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، د ط، د ت، ج3، ص99.

(2) – أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، د ط، 1405هـ، ج10، ص188.

(3) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص298.

(4) – محمد بن أحمد الدسوقي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د ط، د ت، ج19، ص54.

(5) – زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د ط، د ت، ج8، ص344.

(6) – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تح: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، د ط، 1402هـ، ج6، ص155.

(7) – أحمد أبو الوفا، أحكام القانون الجنائي في الفقه الإباضي، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط1، 2015، ج2، ص104.

أ – الأدلة من القرآن:

1- لعموم قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [سورة البقرة، الآية 195]

وجه الدلالة:

ينهى الله تعالى عن الوقوع في التهلكة ومنها هلاك النفس، والنهي عن الشيء أمر بأحد أضداده وهو الوجوب على مذهب الجمهور أي وجوب الحفاظ عن النفس والدفاع عنها، فمن استسلم للصائل وقع فيما نهى الله عنه.

2- قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ [سورة الحجرات، الآية 9]

وجه الدلالة:

إذا كان قتال الفئة الباغية من المؤمنين واجبا حتى تفيء إلى أمر الله، فكذلك الحال بالنسبة للصائل الباغي وجب دفعه ولو بقتاله.

3- قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية 194]

وجه الدلالة:

أمر الله عز وجل برد الاعتداء باعتداء مماثل له، ولفظ الاعتداء يشـــمل الاعتداء على النفس وغيرها، والأمر المطلق للوجوب كما يقول الأصوليون.

4- قوله تعالى بوجه خاص: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾

[سورة النساء، الآية 29]

وجه الدلالة:

ينهى الله تعالى عن قتل النفس والنهي يقتضـــي التحريم فدل ذلك على تحريم ترك الدفاع ووجوب الدفاع عن النفس وعدم تعريضها للقتل.

ب – الأدلة من السنة:

1- ما رواه سعيد بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد"[1].

وجه الدلالة:

بما أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للمصول عليه القتال عن ماله أو أهله مثلا ووصفه بالشهيد إن قُتل، ولا يكون مقتولا إلا وقد قاتل عن نفســـه أو دينه مثلا، فإنه وجب القتال دفاعا عن النفس أو الدين، والواجب ما يثاب فاعله ويستحق العقاب تاركه، وأي ثواب أعظم من الفوز بالشهادة.

(1)- سبق تخريجه.

2- عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه"[1].

وجه الدلالة:

الحديث صريح الدلالة على وجوب دفع الصائل ولو كان مسلما وإن أدى بذلك إلى قتله لأن "من" من ألفاظ العموم، وقوله وجب دمه أي حل دمه، ومنه فالدفاع عن النفس واجب.

3- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: "قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار"[2].

وجه الدلالة:

إذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بقتال رجل أراد أخذ مال غيره بغير حق، فالأولى وجوب قتال من أراد إزهاق روحه، فحفظ النفس كحفظ المال أو أشد لأن المال يعوض والنفس لا تعوض.

(1) - رواه أحمد (26293) والطحاوي في "شرح مشكل الآثار" (1287) و (1288) والحاكم في المستدرك (158/2). صححه الحاكم ووافقه الذهبي وضعفه شعيب الأرناؤوط في تحقيقه للمسند.

وفي الباب عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال:" مَنْ أَشَارَ إِلَى أَخِيهِ بِحَدِيدَةٍ، فَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ تَلْعَنُهُ، حَتَّى يَدَعَهُ وَإِنْ كَانَ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ". رواه مسلم (2616) والترمذي (2162). وروى البخاري (7072) ومسلم (2617) عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال:" لاَ يُشِيرُ أَحَدُكُمْ عَلَى أَخِيهِ بِالسِّلاَحِ، فَإِنَّهُ لاَ يَدْرِي، لَعَلَّ الشَّيْطَانَ يَنْزِعُ فِي يَدِهِ، فَيَقَعُ فِي حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ ".

(2) - سبق تخريجه

ج- الأدلة من القياس:

يقاس المصول عليه على المضطر لأكل الميتة حفاظا على النفس [1]، فالمضطر يجب عليه أكل الميتة كي يحفظ نفسه من الهلاك، فكذلك المصول عليه يجب عليه أن يدافع عن نفسه ويحميها من الاعتداء أو القتل.

ثانيا: جواز الدفاع عن النفس

ذهب المالكية في المشهور [2] والشافعية في الأظهر [3] إلى أن الدفاع عن النفس جائز لا واجب، إذا كان الصائل مسلما.

فعند المالكية جاء في مختصر خليل: "وجاز دفع صائل بعد الإنذار للفاهم وإن عن مال وقصد قتله إن علم أنه لا يندفع إلا به" [4].

وعند الشافعية: "لا يجب عليه القتال والدفع، ويكون مخيرا بينه وبين الاستسلام، طلبا لثواب الشهادة"[5].

(1) - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص299.

(2) - إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج5، ص433.

(3) - زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحي السنيكي (ت: 926هـ)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج19، ص397.

(4) - خليل بن إسحاق الجندي (ت: 776هـ)، مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة-مصر، ط1، 2005، ج1، ص246.

(5) - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: 450هـ)، الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ج13، ص141.

أ- الأدلة من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ لَئِنۢ بَسَطتَّ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقۡتُلَنِي مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٖ يَدِيَ إِلَيۡكَ لِأَقۡتُلَكَۖ إِنِّيٓ أَخَافُ ٱللَّهَ رَبَّ ٱلۡعَٰلَمِينَۖ ﴾ [سورة المائدة، الآية 28]

وجه الدلالة:

الآية صريحة الدلالة واضحة المعنى في جواز عدم الدفاع والاستسلام للصائل وعدم قتله مع إمكانية ذلك، نظرا لما فيه من أجر وثواب مقابل قتل الصائل.

ب- من السنة النبوية:

1- حديث: أن ابن عمر رأى رأسا فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يمنع أحدكم إذا جاءه من يريد قتله أن يكون مثل ابني آدم: القاتل في النار، والمقتول في الجنة [1].

وجه الدلالة:

يوازن النبي صلى الله عليه وسلم بين القاتل والمقتول حيث يبشر المصول عليه بالجنة وينذر القاتل بالنار، ويجب ترك الدفاع حتى يكون المدافع مثل خير ابني آدم، ولو كان الدفاع واجبا لبين ذلك، ولما حث على الاقتداء بابني آدم.

(1) – أخرجه أحمد في مسنده برقم: (5720) وأخرجه أبو داود في سننه برقم: (4260) وأخرجه أبو يعلى في مسنده برقم (5732)، وأورده الهيثمي في "مجمع الزوائد" (297/7) وقال:" رجاله رجال الصحيح" وضعفه الأرناؤوط في تحقيقه للمسند.

2- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة"[1].

وجه الدلالة:

لا يحل القتل إلا في الحالات المذكورة في الحديث، إذن لا يجب قتل الصائل ولا يحل دمه ما لم يقتل، ولو كان واجبا لبينه الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث، فدل على أنه للمصول عليه أن يدافع عن نفسه ولو بقتل الصائل أو بغير قتله فليس واجبا عليه قتله.

3- عبد الله بن خباب عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تكون بعدي فتن فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل"[2].

وجه الدلالة:

يندب للمسلم في زمن الفتن أن يكون مقتولا لا قاتلا، ولو كان الدفاع عن النفس واجبا لرغب إليه النبي صلى الله عليه وسلم.

(1) – رواه البخاري 6878 ومسلم 1676 في القسامة: باب ما يباح به دم المسلم، وأبو داود 4352 في الحدود: باب الحكم فيمن ارتد، والترمذي 1402 في الديات: باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، والبيهقي 213/8 و283-284، والبغوي 2517 من طريق أبي معاوية محمد بن خازم، بهذا الإسناد.

أخرجه أحمد 382/1 و428، وأخرجه الطيالسي 289، وأحمد 444/1، والدارمي 218/2، والبخاري 6878 في الديات: باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾، ومسلم 1676، وابن ماجة 2534 في الحدود: باب لا يحل دم امرئ مسلم إلا في ثلاث.

(2) – رواه أحمد (21064) وأخرجه الطبراني في "الكبير" (3630) وعبد الرزاق في مصنفه (18578). قال الأرناؤوط:" رجاله ثقات رجال الشيخين".

4- ما رواه أبو بكرة نفيع بن الحارث رضـــي الله عنه أن النبي صـــلى الله عليه وســـلم قال: "إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار"، فقلت يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال: " إنه كان حريصا على قتل صاحبه "[1].

وجه الدلالة:

قد ذم النبي صلى الله عليه وسلم المسلمين في حال قتالهما سواء القاتل أو المقتول، فكلاهما كان يريد قتل الآخر ظلما وعدوانا، أما إذا كان القتال لسبب مشروع كالدفاع عن النفس فليس مذموما بل مندوبا في قول وواجبا في قول ثان، والمقتول شـهيد كما أخبر النبي صـلى الله عليه وسـلم في حديث آخر، أو إذا كان المقاتل غير مسلم وجب قتاله وحرم الاستسلام له على قول أحد الفقهاء كما سيأتي بيانه لاحقا.

ت- أما الأثر:

قصـــة ابني آدم إذ قربا قربانا فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر، فأراد أحدهما قتل الآخر فقال هذا الأخير أريد أن تبوء بإثمي وإثمك ولم يدافع عن نفسه فكان مقتولا وأخاه قاتلا.

ولعل عثمان بن عفان رضي الله عنه استنبط ذلك في موقفه بعدم الدفاع عن نفسه وصبر على ذلك رغم قدرته عن القتال، كما منع الصحابة وعبيده من الدفاع عنه وقدم الشهادة بدل الدفاع عن نفسه، ولو لم يجز لأنكر الصحابة عليه بذلك.

(1)- أخرجه البخاري في صحيحه باب إذا التقى المسلمان بسيفيهما حديث رقم 6707، ومسلم في صحيحه باب إذا تواجه المسلمان بسيفيهما حديث رقم 5272

ث- مناقشة الأدلة:

1- أدلة الوجوب

- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [سورة البقرة، الآية 195]

هذا الدليل قوي وصريح في النهي عن تعريض النفس للهلاك، ولا سبيل لوقايتها من الهلاك إلا بوجوب الدفاع عنها ولا يجوز ترك ذلك.

-قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ [سورة الحجرات، الآية 9]

في هذه الآية أمر الله تعالى بوجوب قتال الفئة الباغية أي وجوب الدفاع ضد الصائل الباغي، وهذا في أي زمان أو مكان.

-قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية194]

أوجب الله تعالى على المصول عليه أن يرد الصائل بمثل عدوانه دون تجاوز في الدفاع، لأن المعتدي يجازى بمثل اعتدائه.

-قوله تعالى بوجه خاص: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾

[سورة النساء، الآية 29]

حرم الله تعالى قتل النفس وبالتالي حرم أسباب قتل النفس لأن الوسائل لها أحكام المقاصد إلا أنه قد يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد، وعليه لا يجوز للمسلم أن يسلم نفسه لأسباب قتل النفس.

-بالنسبة للقول بوجوب الدفاع المستنبط من قوله صلى الله عليه وسلم "من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد"[1] فالمصول عليه قُتل بعد أن قاتل دفاعا عن نفسه، وكان من الممكن أن يكون قاتلا للمعتدي عليه ولم يُقتل بسبب تركه للقتال، فدل ذلك على أن الدفاع جائز وليس واجبا.

-قوله صلى الله عليه وسلم "من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه"[2] صرح فيه النبي صلى الله عليه وسلم بوجوب دفاع المسلم عن نفسه، مهما كان هذا الصائل فلم يذكر الحديث صفته إن كان كافرا أو مسلما.

-ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: "قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار"[3].

أوجب النبي صلى الله وسلم دفاع الرجل عن ماله؛ ومن باب أولى دفاعه عن نفسه، فإن قُتل المدافع كان شهيدا ففي كلتا الحالتين المدافع منتصر إما يحفظ ماله أو يفوز بالشهادة.

(1)- سبق تخريجه.

(2) - سبق تخريجه.

(3)- سبق تخريجه.

-دليل قياس المصول عليه على المضطر لأكل الميتة، هناك من اعتبره دليلا قويا وقياسا صحيحا كالدكتور يوسف قاسم ورأى أنه كلا من المصول عليه والمضطر لأكل الميتة مضطر إلى الفعل إحياء لنفسه بالرغم من أنهما يختلفان في مصـــدر الخطر إلا أن هذا لا يؤثر في الحكم الشـــرعي [1]، أما الدكتور عبد العزيز سليمان فوصف هذا القياس أنه قياس مع الفارق [2]، لأن من ترك القتال فمات يعد شهيدا بخلاف من مات جوعا فإنه لا يعد شهيدا بسبب تركه الأكل من الميتة [3].

قال ابن قدامة: "فإن قيل: فقد قلتم في المضطر: إذا وجد ما يدفع به الضرورة، لزمه الأكل منه... فلم لم تقولوا ذلك ها هنا؟ قلنا: لأن الأكل يحيي به نفسه، من غير تفويت نفس غيره، وها هنا في إحياء نفسه فوات نفس غيره، فلم يجب عليه"[4]

أثناء زيارتي للشـــيخ الحاج أحمد المغيلي أخبرني أنه لا يجوز القياس في هذه الحالة، لأن القياس يكون بين متقاربين كقياس القدم على النعل والثوب على البدن، كما أن دفع الصـــائل ثابت بالنص والقياس يكون فيما لا نص فيه [5].

(1) – يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، مرجع سابق، ص76.

(2) – عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص73.

(3) – تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، د ط، 1994، دار الخير، دمشق، ج1، ص490.

(4) – أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، المغني لابن قدامة، تح: طه الزيني – ومحمود عبد الوهاب فايد – وعبد القادر عطا (ت: 1403 هـ)– ومحمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، ط1، 1388هـ-1968م، ج20، ص380.

(5) – الشيخ أحمد المغيلي، شيخ مدرسة قرآنية، جلسة أسئلة وأجوبة، دار الضيافة بيت الشيخ، أنزجمير – أدرار، الجزائر، 22 نوفمبر 2023، الساعة 11 صباحا.

إن جوهر الخلاف في المسألة سببه مدى جواز القياس على الرخص من عدمه، فكما هو معلوم أن الجمهور أجاز ذلك متى وُجدت العلة وتحققت باقي شروط القياس، أما الأحناف فقد منعوا ذلك، ولكل فريق أدلته وحججه -ليس هذا محل عرضها ومناقشتها-

وفيه مذهب ثالث أجاز القياس على الرخص، يقال إنه رأي للكرخي وبعض المالكية، بشرط أن يكون للرخصة معنى معقول وأن يوجد لها سبب للعدول في النظير المراد إلحاقه [1].

الغاية من الرخص في التشريع رفع الحرج والضيق والتخفيف عن الناس، ودليل على سماحة الشريعة الإسلامية وشموليتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وعليه -يظهر لي والله أعلم أنه-لا حرج على المعتدى عليه في ترك الدفاع عن نفسه أو نفس غيره من خلال التدرج في دفع الصائل، وله أن يقاتل وإن قُتل كان شهيدا كما نُصَّ على ذلك، أما المضطر فعليه الحرج والإثم فهو مطالب بإحياء نفسه بالأكل من الميتة، فصورة القياس غير مكتملة وبالتالي هو قياس مع الفارق.

ومن جهة أخرى يمكن القول إن الدفاع الشرعي بحد ذاته رخصة من الأصل العام وهو تجريم هذا الفعل وتحريمه، فهل يجوز قياس رخصة على رخصة؟

2- أدلة الجواز:

-قوله تعالى: ﴿ لَئِنۢ بَسَطتَّ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقۡتُلَنِي مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٖ يَدِيَ إِلَيۡكَ لِأَقۡتُلَكَۖ إِنِّيٓ أَخَافُ ٱللَّهَ رَبَّ ٱلۡعَٰلَمِينَۖ ﴾ [سورة المائدة، الآية 28]

(1) - عمر مونه، القياس على الرخص وأهميته في عملية الاجتهاد، مجلة إسهامات للبحوث والدراسات، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة غرداية، مج4، ع2، 2019، ص57-60.

جاء في تفسير الألوسي: أن هابيل كان أقوى من قابيل ولكن تحرج عن قتله واستسلم له خوفاً من الله تعالى لأن المدافعة لم تكن جائزة في ذلك الوقت، أو تحرياً لما هو الأفضل الأكثر ثواباً وهو كونه مقتولاً لا قاتلاً مدافعا عن نفسه، ولذا قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وغيره: إن المعنى في الآية لئن بسطت إليّ يدك على سبيل الظلم والابتداء لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك على وجه الظلم والابتداء [1]، وإنما على سبيل الدفع، وقيل إن الآية منسوخة في شرع من قبلنا وقيل منسوخة في شريعتنا بدليل الآيات التي تبيح دفع الصائل.

وجاء في التحرير والتنوير أن دفع الصائل بما يفضي إلى القتل كان محرماً، وأن هذه شريعة منسوخة، لأن الشرائع تبيح للمعتدى عليه أن يدافع عن نفسه ولو بقتل المعتدي، لكنه لا يتجاوز الحد الذي يحصل به الدفاع [2].

-حديث: أن ابن عمر رأى رأسا فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "ما يمنع أحدكم إذا جاءه من يريد قتله أن يكون مثل ابني آدم: القاتل في النار والمقتول في الجنة"[3]

قد سبق الحديث عن ابني آدم وأن قوله تعالى ﴿ لَئِنۢ بَسَطتَّ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقۡتُلَنِي مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٖ يَدِيَ إِلَيۡكَ لِأَقۡتُلَكَۖ إِنِّيٓ أَخَافُ ٱللَّهَ رَبَّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ﴾ [سورة المائدة، الآية 28] منسوخ بآيات رد الاعتداء

(1) - شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (ت: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ص112

(2) - محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: 1393هـ)، التحرير والتنوير المعروف بتفسير ابن عاشور، ط1، 2000، ج5، ص83

(3) - سبق تخريجه.

والدفاع عن النفس كقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية194]

وتحريم تعريض النفس للقتل أو الهلاك كقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾ [سورة النساء، الآية 29]، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ ﴾ [سورة البقرة، الآية 195]

-قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث؛ الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة"[1].

هذا الحديث النبوي الشريف يبين مدى أهمية حفظ النفس وأن دم المسلم حرام إلا بثلاثة استثناءات: الزاني المحصن، قاتل النفس عمدا والمرتد عن الإسلام، إلا أنه يستثنى من الحديث إباحة دفع الصائل ولو بقتله وقد سبق الحديث عن أدلة مشروعية ذلك، كما أن عدم ذكر قتل الصائل في هذا الحديث لا يعني بالضرورة عدم وجوبه، وعليه لا يمكن الاستدلال بهذا الحديث في عدم جواز قتل الصائل.

-حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "تكون بعدي فتن فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل "[2] الحديث صريح المعنى واضح الدلالة أنه يخص حكم القتال في أوقات الفتن، التي تعصف بالمسلمين فيخشى منها سفك الدماء وانتشار الفساد وزوال دولة الإسلام، فيدفع الضرر العام بالضرر الخاص في

(1) - سبق تخريجه.

(2) - سبق تخريجه.

حال تعارضهما، وهو ما فعله سيدنا عثمان رضي الله عنه، فكان دفع الصائل أو قتاله مستثنى من هذا الحديث -والله تعالى أعلم-

-ما رواه أبو بكرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار"[1]

قد يحمل الحديث على اعتبار هذين المسلمين معتديين ابتداء، كلاهما صائل حريص على قتل الآخر، فكأنهما قاتلان معا وإن انتهى قتالهما بقاتل ومقتول فكان جزاؤهما النار.

وقيل: فذلك في القتال على الملك وقصد التغلب؛ فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أصلح الفريقين بالتسليم للآخر وحمل التبعة عليه تجنبا للفتنة، وهو الموقف الذي وقفه عثمان رضي الله عنه رجاء الصلاح وتجنيب الأمة شر الفتنة[2]، إذن الاستدلال بهذا الحديث في عدم وجوب رد الصائل ولو بقتله في غير محله.

القول الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين ومناقشتها يظهر لي -والله أعلم- أن أدلة القائلين بوجوب الدفاع أقوى من أدلة القائلين بالجواز، إضافة إلى أن عددها كثير ونصوصها صحيحة صريحة تصب في حكم الوجوب، كما أن وجوب الدفاع عن النفس وحمايتها من الهلاك والحفاظ عليها من الضرورات الشرعية والكليات الخمس التي صانتها كل الشرائع السماوية.

(1)- سبق تخريجه.

(2)- محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: 1393هـ)، التحرير والتنوير المعروف بتفسير ابن عاشور، مرجع نفسه، ج5، ص84.

وأنه متى تبين وجود اعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع على النفس، وجب دفع هذا الاعتداء بالتدرج الأخف فالأخف، ولا يستسلم المصول عليه للصائل فإن نفس الإنسان معصومة والتعرض لها حرام وتعريضها للهلاك حرام أيضا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [سورة البقرة، الآية 195] ولقوله أيضا: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[سورة النساء، الآية 29]

إلا أنه يمكن الجمع بين أدلة الفريقين إعمالا لقاعدة الجمع أولى من الترجيح، حيث عند التمحيص والتحقيق نجد أنه إضافة لحكم وجوب الدفاع عن النفس، ففي ظروف معينة كالفتن ينزل حكم وجوب الدفاع إلى جوازه، وكذلك إن كان الصائل مكلفا مسلما كالوالد فلا يجب دفعه بل يجب الاستسلام له أو الهرب منه، كما أن أدلة عدم وجوب الدفاع تخص الاقتتال على الدنيا والملك أو آخر الزمان.

الفرع الثاني: حكم الدفاع عن المال

اختلف الفقهاء في حكم الدفاع عن المال على أربعة أقوال وفيما يلي بيان تفصيلها:

القول الأول:

ذهب الحنفية [1] والحنابلة [2] والظاهرية [3] والإباضية [4] إلى أن الدفاع عن المال جائز مطلقا، بغض النظر عن كميته إن كانت قليلة أم كثيرة، سواء كان ذا روح أم غير ذي روح، فيجوز للمصول عليه أن يدافع عن ماله أو يتخلى عنه.

في المذهب الحنفي: جاء في حاشية ابن عابدين "ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه"[5].

وعند الحنابلة: جاء في شرح منتهى الإرادات "لا يجب عليه دفع من أراد ماله لأنه ليس فيه من المحذور ما في النفس"[6].

وعند الظاهرية: جاء في المحلى "فمن أراد أخذ مال إنسان ظلما من لص أو غيره، فإن تيسر له طرده منه ومنعه: فلا يحل له قتله، فإن قتله حينئذ: فعليه القود"[7].

(1) – محمد أمين بن عمر بن عابدين (ت: 1252هـ)، رد المحتار على "الدر المختار: شرح تنوير الابصار"، د ط، 2000، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ج6، ص547.

(2) – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، د ط، 1993، دار عالم الكتب، بيروت لبنان، ج3، ص385.

(3) – أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج11، ص13.

(4) – أطفيش، شرح النيل، ج14، ص471.

(5) – ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، مرجع سابق، ج6، ص547.

(6) – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، مرجع سابق، ج3، ص385.

(7) – أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، المحلى، مرجع سابق، ج11، ص13.

وعند الإباضية: جاء في شرح النيل "جاز اتباع باغ وقتله على أخذ المال"[1].

فالدفاع عن المال جائز في الفقه الإباضي ولكن بمراعاة شرطي اللزوم والتناسب، سواء عن مال الشخص نفسه أو غيره، كما لا يجوز إلا بعد انقطاع العذر وعدم الحجة [2].

أ- الأدلة من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [سورة البقرة، الآية 195]

وجه الدلالة:

مما قد يسـبب الدفاع عن المال هلاك النفس، وحفظ النفس أولى من حفظ المال، فالمال يتعوض بخلاف النفس، فيجوز ترك الدفاع عن المال إذا كان فيه تهلكة، ويجوز الدفاع إذا انتفت التهلكة.

ب- من السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه وسلم: "من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد"[3]

وجه الدلالة:

بما أن المصول عليه وصف بالشهيد حين دفاعه عن ماله، فقد يكون قاتلا أو مقتولا وكلاهما مباح، فدل على جواز الدفاع لا وجوبه، وأيا كان نوع المال أو مقداره.

(1) - أطفيش، شرح النيل، ج14، ص471.

(2) - أحمد أبو الوفا، أحكام القانون الجنائي في الفقه الإباضي، مرجع سابق، ج2، ص 108،109.

(3) - سبق تخريجه.

ت- الأدلة من المعقول:

حفظ المال من الضروريات الشرعية وقد نهى الله تعالى عن استعماله فيما يفسد أو لا يفيد، لكن إذا كان ملكا لصاحبه جاز له التصرف فيه أو إباحته أو ترك الدفاع عنه.

القول الثاني:

ذهب بعض الشافعية [1] إلى أن الدفاع عن المال واجب مطلقا ومنهم الإمام الغزالي، مهما كان حال هذا المال حتى ولو كان قليلا.

جاء في مغني المحتاج: "قال الغزالي: 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 أن مال الإنسان إذا كان يضيع بظلم ظالم وكان عنده شهادة وجب عليه أداؤها ويعصي بتركها"[2].

الأدلة:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: "قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار"[3].

وجه الدلالة:

(1) - محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج17، ص148.

(2) - محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (المتوفى: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج17، ص148.

(3) - سبق تخريجه.

قول النبي صلى الله عليه وسلم للرجل "قاتله" وهذا فعل أمر والأمر يفيد الوجوب ابتداء؛ ما لم تصرفه قرينة عن ذلك.

القول الثالث:

ذهب المالكية إلى أن الدفاع عن المال واجب إذا كان ترك الدفاع يؤدي إلى ضرر شديد أو هلاك المدافع. جاء في حاشية الدسوقي: "وأما على المال ترتب على أخذه هلاك أو شدة أذى كان كدفع الصائل على النفس فيه الخلاف وإلا لم يجب اتفاقا وقولهم حفظ المال واجب أي عن إتلافه بلا انتفاع أحد"[1]

الأدلة:

قال تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [سورة البقرة، الآية 195]

وجه الدلالة:

من خلال الآية يتضح أنه لو كان ترك الدفاع عن المال يؤدي بصاحبه إلى التهلكة، أو إلحاق الأذى بنفسه كأن يخشى هلاكها، فيحرم عليه ذلك بنص الآية وبالتالي يجب عليه الدفاع عن ماله حماية لنفسه.

القول الرابع:

ذهب جمهور الشافعية [2] في حكم الدفاع عن المال إلى الوجوب والجواز حسب حالتين:

(1) – محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ج4، ص357.

(2) – محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (المتوفى: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج4، ص195.

الحالة الألى: وجوب الدفاع عن المال

إذا كان المال ذا روح كحيوان ذي قيمة، أو تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة أو كان موقوفا أو مودعا لديه، فإنه يجب الدفاع عنه حفاظا على الروح أو مراعاة لحق الغير [1].

فأما الحاكم ونوابه فيجب عليهم الدفاع عن أموال رعاياهم [2].

الحالة الثانية: جواز الدفاع عن المال

إذا كان المال غير ذي روح ولم يتعلق به حق للغير فإن الدفاع عنه يكون جائزا لا واجبا، لأن هذه الأموال يجوز إباحتها للغير بخلاف التي سبق ذكرها [3].

مناقشة الأدلة:

-القول بجواز الدفاع عن المال مطلقا استنادا إلى الأدلة السابقة، استدلال في محله بالنظر إلى ميزان المصلحة والمفسدة، فإذا وجدت مفسدة في الدفاع عن المال جاز تركه، وإذا لم توجد جاز الدفاع.

-القول بوجوب الدفاع عن المال مطلقا مستبعد، لأن المال يمكن استعادته أو تعويضه بخلاف النفس أو العرض.

-القول بوجوب الدفاع عن المال متى أدى ترك الدفاع عنه إلى هلاك أو أذى، قد يصعب تقديره من قبل المدافع.

(1)- عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص80.

(2)- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج4، ص195.

(3)- فيصل بن عبد العزيز اليوسف، دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الأمنية، مركز البحوث والدراسات كلية الملك فهد الأمنية، المجلد 13، العدد 28، سنة 2004، ص27.

-القول بوجوب الدفاع عن المال إذا كان ذا روح أو تعلق به حق للغير، وجواز الدفاع عن المال إذا كان غير ذي روح ولم يتعلق به حق للغير، هذا التفصيل لا يؤثر في الحكم الشرعي للدفاع عن المال حسب ما ينتج عن ذلك في المآل، ولأن مال الشخص أو غيره يمكن تعويضه، وقد يكون المال غير ذي روح أغلى وأهم من مال ذي روح كحيوان مثلا.

القول الراجح:

من خلال نظري إلى الأقوال السابقة ومناقشتها يظهر لي -والله أعلم-أن الرأي الأول القائل بجواز الدفاع عن المال مطلقا هو القول الراجح، لأنه المال مما يمكن استعادته أو تعويضه فيجوز إباحته بخلاف النفس والعرض فهما مما لا يمكن تعويضهما ولا يصح إباحتهما زيادة على تعلق حق الله فيهما.

كما أن هذا الجواز يمكن أن يرتقي إلى مرتبة الوجوب إذا ترتب عن ترك الدفاع عن المال هلاك أو ضرر كما قال المالكية [1].

إذا كان في ترك الدفاع عن المال هلاك أو أذى شديد يلحق بالمدافع كالخوف من القتل من أجل تحصيل المال، يترتب على ذلك ضرر ومفسدة، وفي وجوب الدفاع هنا مصلحة كحفظ النفس مثلا، والقواعد تقول دفع المفاسد أولى من جلب المصالح، ولا ضرر ولا ضرار، وعليه يبقى جواز الدفاع مقدم على وجوب الدفاع.

(1) - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 306.

وقيل بوجوب الدفاع عن المال فيه مصلحة حفظ المال، وفي ترك الدفاع عن المال مصلحة حفظ للنفس [1]، والقاعدة تقول في حال تعارض مصلحتين جاز التضحية بأهون المصلحتين أي يقدم حفظ النفس على حفظ المال.

الفرع الثالث: حكم الدفاع عن العرض

اتفق الفقهاء [2] على أن الدفاع عن العرض واجب يأثم تاركه عمدا، سواء كان عرض الشخص نفسه أو عرض غيره.

فيجب على المرأة المسلمة إذا راودها شخص عن نفسها أن تمنعه بكل وسيلة وتدفعه ولو كان هذا الدفاع بقتله، فإن قتلته كان دمه هدرا، لأن التمكين منها محرم، وإن مكنته من نفسها مع قدرتها على دفعه كانت راضية بالزنى استحقت أن يقام عليها الحد.

كما يستوي الحكم بالنسبة لأي إنسان –رجلا كان أو امرأة– يُعتدى عليه في عرضه أو محارمه أو عرض غيره –بالزنى أو باللواط– فيجب عليه أن يدفع المعتدي بكل وسيلة ممكنة ولو بالضرب أو الجرح أو القتل، حسب ما تقتضي الواقعة [3]، وعليه كان ترك الدفاع مع القدرة عليه حراما يأثم صاحبه ويستحق العقاب في الدنيا والآخرة.

وحكم الزنا بالبضع مثل الزنا بمقدماته كالقبلة والملامسة وغيرها وجب دفع الصائل على ذلك [4].

(1) – فيصل بن عبد العزيز اليوسف، دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص29.

(2) – شرح مسلم للنووي 165/2، سبل السلام للصنعاني 40/4، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي:24/8، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 357/4.

(3) – ماهر بركات الزامل، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 130.

(4) – وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دار السلاسل – الكويت، ج28، ص109.

ولأن في الدفاع عن العرض حق للمصول عليه وحق لله تعالى وهو منع الفاحشة.

ولا يسأل المدافع جنائياً ولا مدنياً، فلا قصاص ولا دية عليه [1]، لظاهر الحديث: «من قتل دون أهله فهو شهيد» [2].

ففي المذهب المالكي جاء في حاشية الدسوقي: "والقول بالوجوب أصح...في دفع الصائل على النفس أو على الحريم" [3].

وفي المذهب الشافعي جاء في الحاوي: "أما إذا وجد الرجل مع امرأته رجلا يزني بها أو مع بنته أو أخته أو مع ابنه يلوط به دفع الصائل، فواجب عليه أن يدفعه عنه ويمنعه منه" [4].

وفي المذهب الحنفي جاء في رد المحتار على الدر المختار: "وفي المجتبى: الأصل أن كل شخص رأى مسلما يزني يحل له أن يقتله... وأفتى الناصحي بوجوب قتل كل مؤذ" [5].

وفي المذهب الحنبلي جاء في شرح منتهى الإرادات: "ويجب الدفع عن حرمته إذا أريدت نصا فمن رأى مع امرأته أو ابنته ونحوها رجلا يزني بها أو مع ولده ونحوه رجلا يلوط به وجب عليه قتله إن لم يندفع بدونه" [6].

(1) – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، سورية، دمشق، ج6، ص605.

(2) – سبق تخريجه.

(3) – حاشية الدسوقي: 357/4.

(4) – الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، مرجع سابق، ج13، ص457.

(5) – ابن عابدين، رد المحتار على "الدر المختار: شرح تنوير الابصار"، مرجع سابق، ج4، ص64.

(6) – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص385.

وفي المذهب الإباضي جاء في شرح النيل: "إن طلب باغ ببغيه فاحشة وإن برجل أو امرأة بأخرى... جاز قتاله ودفاعه...(جاز) ثبت شرعا أو بحسب ما يكون على الوجوب ككشف العورة مطلقا وككشفها للتلذذ، وما يكون على غير الوجوب ككشف غير العورة لغير التلذذ (دفاعه وقتاله) ولو أدى إلى قتله أو قصده "[1]

والذي ظهر لي –والله أعلم– جواز الدفاع قبل الوطأ بمقدمات لغير التلذذ، أي يمتنع المدافع من المعتدي ولا يمكنه من نفسه أما إذا أوشك الوطأ، فيجب الدفاع ولو قتل المصول عليه الصائل حين محاولة منعه من الاعتداء على عرضه فلا شيء عليه.

وهذا ما أكده صاحب بيان الشرع حيث قال: "قال أبو سعيد في امرأة اغتصبها رجل وغلبها على نفسها: والذي معي أنه قد قيل إن ليس لها قتله إلا إذا جاء يطأها فلها قتله في حين الوطأ وليس لها في غير ذلك إلا أن تمتنع منه، ومن ملكته فيجازيها على ذلك فإن قتلته في حين المحاربة جاز لها ذلك"[2]

وفي المذهب الشيعي جاء في المختصر النافع رواية عن أبي عبد الله عليه السلام في "امرأة أدخلت الحجلة صديقا لها ليلة بنائها، فاقتتل هو وزوجها فقتله الزوج ثم قتلت المرأة زوجها، ضمنت دية الصديق وقُتِلت بالزوج، والوجه أن دم الصديق هدر"[3]

(1) – محمد بن يوسف أطفيش، النيل وشفاء العليل، ط2، 1972، دار الفتح بيروت، دار التراث العربي ليبيا، ج14، ص557، 558.

(2) – محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع، ط1، 1993، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ج49-50، ص329.

(3) – أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الإمامية، ط3، 1410هـ، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، إيران، ص297.

وفي المذهب الظاهري جاء في المحلى لابن حزم: أن المناشدة فعل حسن إن كان ذلك ممكنا فإن لم تكن هناك مهلة "ففرض على المظلوم أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه -أو عرضه- وإن كان في ذلك إتلاف نفس الصائل" [1].

وهذا هو المشهور والمعروف أن الدفاع عن العرض واجب، كما جاء في شرح مسلم للإمام النووي رحمه الله: "وأما المدافعة عن الحريم فواجبة بلا خلاف" [2].

إلا أنه أثناء بحثي في هذه المسألة وجدت قولا بجواز الدفاع عن العرض في مقال منشور للدكتورة "أمل بنت إبراهيم بن عبد الله الدباسي" [3]، حيث قالت إنها لم تعثر على دليل للفريق القائل بوجوب الدفاع عن العرض، ثم رجحت القول بالوجوب.

أ- الأدلة من القرآن الكريم:

-عموم قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية 194]

(1) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، تح محمد منير الدمشقي، ط1، 1352هـ، نشر وتصحيح إدارة الطباعة المنيرية -مصر، ج11، ص314.

(2) - أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، 1392، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج2، ص165.

(3) - أمل بنت إبراهيم بن عبد الله الدباسي، دفع الصائل وأحكامه دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ص495.

وجه الدلالة:

أن الله أمر برد الاعتداء بمثيله دون زيادة، ولفظ الاعتداء يشـــمل الاعتداء على النفس والمال والعرض، والأمر المطلق للوجوب.

ب- من السنة:

1- عن سـعيد بن زيد قال: سمعت النبي صـلى الله عليه وسـلم يقول: "من قتل دون ماله فهو شـهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد" [1].

وجه الدلالة:

أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بنيل مرتبة الشهادة لمن قاتل عن عرضه فقُتل، وتحقيق الشـهادة لا يكون إلا بقيام واجب، فدل هذا على وجوب الدفاع عن العرض.

قال ابن القيم في الطرق الحكمية: "ويكون مجاهداً إن قَتَل، وشـهيداً إن قُتِلَ. فإن من قُتل دون ماله فهو شهيد، فكيف من قتل دون هذه الفاحشة؟" [2].

2- عن المغيرة بن شـعبة قال: قال سـعد بن عبادة: "لو رأيت رجلا مع امرأتي لضـربته بالسـيف غير مصفح [3]، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أتعجبون من غيرة سعد، لأنا أغير منه، والله أغير مني" [4].

---

(1) - سبق تخريجه.

(2) - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تح: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، ط1، ص140.

(3) - غير مصفح أي غير ضارب بعرضه بل بحدِّه.

(4) - سبق تخريجه.

وجه الدلالة:

بما أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر سعدا رضي الله عنه في دفاعه عن عرضه، ثم فاضل بين غيرتيهما لصالح النبي صلى الله عليه وسلم ثم لله وللمثل الأعلى، دل هذا على وجوب دفع الصائل عن العرض.

3-عن القاسم بن محمد، عن عبيد بن عمير: "أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فذهبت جارية لهم تحتطب فأرادها رجل منهم، عن نفسها فرمته بفهر [1] فقتلته، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه قال: ذاك قتيل الله، والله لا يودى أبدا" [2].

وجه الدلالة:

حكم عمر الفاروق رضي الله عنه عن المعتدي على الجارية بالقتيل، والقتيل هو ما قتل من القاتل، فكان دمه هدرا، وهذا دليل على وجوب دفعه وقتاله ولو بقتله.

الترجيح:

بالنظر إلى ما جاء في آراء المذاهب الفقهية وتتبع مختلف الأقوال وأدلتها نجد أن اتفاق العلماء واضح على ما تقدم بيانه حول وجوب الدفاع عن العرض.

(1) - فهر معناه حجر.

(2) - أخرجه البيهقي حديث رقم: 17427، سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، مكتبة دار الباز، مكة المكرم، 1414- 1994، تح: محمد عبد القادر عطا، ج8، ص337

الباب الثاني: أحكام الدفاع الشرعي

الفصل الأول: أركان الدفاع الشرعي

المبحث الأول: الاعتداء

المبحث الثاني: الدفاع

الفصل الأول: أركان الدفاع الشرعي

لكي تنشأ حالة الدفاع الشرعي ويكون قائما صحيحا؛ يجب أن تكتمل أركانه وهي فعل الاعتداء وفعل الدفاع، وهذا مقرر في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، كما سيأتي بيانه مفصلا في المبحثين المواليين.

المبحث الأول: الاعتداء

يعتبر الاعتداء المصطلح الشائع في التشريع الوضعي، وقد يرد بمعان أخرى كالتعرض والتعدي أو العدوان، أما في الفقه الإسلامي فيأتي بلفظ الصيال أو البغي، وهذا ما سوف نعالجه مع بيان عناصره في هذا المطلب.

المطلب الأول: مفهوم الاعتداء وعناصره

حتى تتضح صورة الاعتداء كما ينبغي؛ والذي من أجله شُرع دفعه ودرؤه، لابد من بيان مفهومه حسب ما جاءت به التشريعات الوضعية، كما يجب ذكر عناصر الاعتداء حتى تكتمل ماهية الاعتداء ونميزه عن الاعتداء المشروع الذي لا يبيح الدفاع الشرعي.

لابد من التنبيه إلى أن تصورات الفقهاء والشراح تختلف حول المفاهيم المتعلقة بالاعتداء، التعرض، الخطر، والضرر، فعادةً ما يتحول الخطر إلى ضرر عمليًا، أي أن الخطر يمكن أن يتحقق في فعل ضار، وعليه وجب التمييز بين المفهومين.

حيث يعتبر الخطر تهديدًا بوقوع فعل ضار بينما يُعتبر الضرر نتيجة ضارة ذاتها، ومن الملاحظ أن القانون لا يشترط حدوث الضرر بالفعل، بل مجرد وجود الخطر يكفي لتبرير الدفاع الشرعي[1].

الفرع الأول: معنى الاعتداء وعناصره في التشريع الوضعي

اتجهت أغلب التشريعات الوضعية إلى إطلاق مصطلح "الاعتداء غير المشروع"، وبتعبير آخر "الاعتداء الذي يعتبر جريمة"، ومن بين هذه التشريعات القانون الألماني الصادر سنة 1870م في المادة الثالثة الفقرة الثانية منه، والقانون اليوناني الصادر سنة 1950م في المادة 22 منه [2].

وكذا بعض التشريعات العربية كالمشرع المصري الذي وصف الاعتداء بقوله "كل فعل يعتبر جريمة" في المادة 246 من قانون العقوبات، والمشرع الليبي نص صراحة في المادة 70 من قانون العقوبات "لدفع جريمة". أما المشرع المغربي ذكره بمصطلح "خطورة الاعتداء" في الفصل 3/124 من قانون العقوبات، والمشرع العماني عبر عنه في المادة 36 من قانون الجزاء بقوله" لدفع تعرض".

وعلى هذا النحو لم يستعمل قانون العقوبات اللبناني مصطلح "الاعتداء" وإنما عبر عنه بلفظ "التعرض" في المادة 184 من قانون العقوبات.

في حين المشرع الجزائري لم يعرّف الاعتداء واكتفى بذكر مصطلح "الاعتداء" في المادة 39 فقرة 2 من ق ع ج: "...أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

(1) – أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص255.

(2) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص154.

إذن الأصل في قيام حالة الدفاع الشرعي مجرد وجود خطر يهدد بوقوع اعتداء أو خطر ارتكاب جريمة، أما التعبير بمصطلح "جريمة" فليس من مقاصد تشريع الدفاع الشرعي، لأن إباحة الدفاع الشرعي الهدف منه منع وقوع الجريمة أما إن وقعت فلا فائدة من الدفاع الشرعي بل يصير دفاعا غير شرعي.

فالتعبير بكلمة "جريمة" لبيان الاعتداء في الدفاع الشرعي تعبير غير دقيق، لأن معناها الظاهري يؤدي بالقول إن الدفاع لا يبدأ إلا بعد وقوع الاعتداء وهذا غير منطقي ولا قانوني فالدفاع هنا يعتبر انتقاما غير مشروع [1].

فمفهوم الاعتداء الذي ينشئ الحق في الدفاع الشرعي معناه أن لا يقع الاعتداء أصلا، فإن وقع الاعتداء فما جدوى الدفاع بعده ولا يجوز الدفاع ضد اعتداء وقع ولا يمكن إزالته [2]. وإلا كان هذا الدفاع من قبيل الانتقام.

أما إذا كان الدفاع بهدف منع وقوع الاعتداء أو استمراره إن بدأ ولم ينته أو لمنع تفاقمه فذلك فعل مباح وهو الغاية من الدفاع الشرعي.

لفظ "الاعتداء" الذي يقابله باللغة الفرنسية "agression" غير كاف للتعبير عن سبب إباحة فعل الدفاع، لأن ذلك يدل على انتهاء فعل الاعتداء أي الجريمة، ولو انتهت الجريمة فلا محل للدفاع، كما أن الاعتداء يمكن أن يكون شروعا في الجريمة، والشروع يكون بالبدء في التنفيذ وهنا ينشأ حق الدفاع [3].

(1)- محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص154.

(2)- عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، دار موفم للنشر، ط1، ص 197.

(3)- دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، مرجع سابق، ص56،57.

ومنه نلاحظ التشريعات سابقة الذكر والتي سارت في منحاها لم تقدم مفهوما دقيقا لمصطلح الاعتداء الذي يبيح الدفاع الشرعي، ومنها ما جانبت الصواب الذي من أجله أباح المشرع فعل رد الاعتداء.

إلا أنه وُجد بعض التشريعات التي استفادت من نقد التشريعات الأخرى حول التعبير عن الاعتداء بكلمة "جريمة" أو "تعرض" أو السكوت عن تعريف الاعتداء، فوفقت في تصوير المعنى الدقيق للاعتداء وهو الخطر الذي يهدد بارتكاب جريمة، مثل القانون العراقي الصادر سنة 1969م في المادة 42 منه والتي قررت بوضوح ودقة معنى الاعتداء الذي يبيح الدفاع الشرعي كما يلي: " إذا وجد المدافع خطرا حالا من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة..." [1].

وعليه فالاعتداء يقصد به الفعل الذي يهدد بخطر غير مشروع حقا يحميه قانون العقوبات، وقد وصف قانون العقوبات الإيطالي الصادر سنة 1930 الاعتداء بأنه "الخطر الحال لفعل غير مشروع" [2].

وبهذا المعنى يشمل الاعتداء الواقع الذي بدأ ولم ينته والاعتداء على وشك الوقوع أي الحال والمحتمل فعلا.

ويستند الاعتداء باعتباره ركنا في الدفاع الشرعي إلى عنصرين:

عنصر مادي وآخر معنوي نبينهما فيما يلي:

1-العنصر المادي:

(1) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص155.

(2) – فوزية عبد الستار، بحث في الدفاع الشرعي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، مج2، ع1، جانفي 1994، ص213.

هو سلوك المعتدي تجاه الحق الذي يحميه القانون ويبيح الدفاع عنه، وقد يكون هذا الاعتداء تاما ولكنه لم ينته وهو ما يسمى "بالجريمة المستمرة" [1] كمن يضرب شخصا ولازال يواصل تسديد الضربات إليه، فيباح الدفاع هنا منعا من استمرار الاعتداء.

الشروع في الجريمة لا يخلو من معاني الاعتداء على مصلحة محمية قانونا، لكن قد يوقَف أو يخِيب أثره وهنا يصير اعتداءً يهدد بخطر أي اعتداء محتمل لذا وجب تجريم الشروع، ومصدر الخطر في جرائم الشروع يكمن في العنصر المادي للاعتداء من قبل المعتدي [2].

وعليه يوجد نوعان من الشروع في الجريمة:

شروع توقف بسبب اختياري من المعتدي، وآخر توقف بسبب ظروف خارجة عن نطاقه، فكلاهما يبيح الدفاع الشرعي لأنه ينطبق عليهما وصف فعل غير مشروع، وفقا للمادة 30 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: "كل محاولة لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم تتوقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة ظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها ".

بخلاف المخالفات التي لا عقاب على الشروع فيها حسب المادة 31 من قانون العقوبات الجزائري، وكذلك الجنح إلا بنص قانوني خاص بها، أي لا عقوبة عليها فهي ليست أفعالا غير مشروعة، وبالتالي لا تبيح الدفاع الشرعي.

أما العمل التحضيري فلم يجرمه المشرع إذن فلا يعد اعتداء غير مشروع ولا يصح الدفاع ضده.

(1) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص155.

(2) – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام الجريمة، مرجع سابق، ص164.

لكن يظهر لي أن مجرد وجود سلوك مادي من المعتدي يهدد بوقوع خطر بناء على أسباب معقولة، يجوز الدفاع ضده، فإن وقع الاعتداء فما فائدة الدفاع إلا إذا كان سيمنعه من الاستمرار أو يمنع وقوعه أصلا. وقد اشتهر أن بعض الفقهاء وشراح القانون يشترطون أن يكون الاعتداء إيجابيا، ولكن يظهر أنه يمكن الدفاع حتى لو كان الاعتداء سلبيا.

كبعض الحالات التي يتصور فيها الدفاع في الجرائم السلبية كامتناع الأم عن إرضاع طفلها بغرض إلحاق الأذى به، فيباح إرغامها على إرضاعه [1] مع مراعاة شروط الدفاع من لزوم وتناسب وهذا من قبيل الدفاع الشرعي.

كما يجوز الدفاع الشرعي مهما كان خطر الاعتداء بسيطا أو تافها أو جسيما درءًا ووقاية من وقوعه أو منع استمراره.

2-العنصر المعنوي:

يعتبر البعض أن الاعتداء لا يختلف عن الجريمة إلا في العنصر المادي، لذلك يشترطون توفر الركن المعنوي والأهلية لتحمل المسؤولية الجزائية [2]، ومثال ذلك القصد الخاص للمعتدي لما يطلق النار على شخص معين بقصد قتله في الجريمة العمدية، كما يتوفر العنصر المعنوي في الجرائم غير العمدية ويقتصر على مجرد الخطأ الجزائي أو غير العمدي، ومن أمثلتها حوادث السيارات فيجوز الدفاع الشرعي باستعمال الفعل

(1) - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، مرجع سابق، ص196.

(2) - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص156-157.

اللازم والمناسب لدرء وقوع اعتداء من قبل سائق السيارة إذا توقعنا حدوث خطر اعتداء من قبله باعتباره يهدد بخطر غير مشروع.

ذهب جانب من الفقه إلى عدم إباحة ممارسة الدفاع الشرعي ضد من لم تتوفر فيه أحكام المسؤولية الجزائية نظرا لتخلف الركن المعنوي [1]، إلا أن أغلب نصوص الفقه سواء في مصر أو فرنسا وكذلك التشريع الجزائري تبيح الدفاع الشرعي.

أي يباح الدفاع على أساس الضرورة وليس على أساس الدفاع الشرعي لأن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة الموضوعية وليس الشخصية.

وبناء على هذا الرأي يباح الدفاع الشرعي ضد عديم الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز، أو في حالات أخرى كانعدام الإرادة أو الإكراه.

ففي الواقع فعل الدفاع الذي أملته الضرورة ضد اعتداء صادر من مجنون أو صبي يشبه الدفاع ضد اعتداء صادر من حيوان، وللمعتدى عليه أن يحتج في مقاومته للحيوان بالضرورة [2].

الفرع الثاني: معنى الاعتداء وعناصره في الفقه الإسلامي

الاعتداء في اللغة:

(1) – جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، ص524.

(2) – رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، قانون العقوبات، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 161.

من معانيه الظلم وتجاوز الحد، "قال ابن منظور: الاعتداء والتعدي والعدوان: الظلم وتجاوز الحد"[1]؛ يقال: اعتدى عليه اعتداء إذا تجاوز حده فظلمه وألحق به أذى.

أما اصطلاحا:

فلم نعثر على تعريف واضح وصريح للاعتداء أو خطر الاعتداء الذي يبيح للمصول عليه دفع الصائل، وإنما اهتموا ببيان الأحكام المنظمة له.

جاء في مجمع الأنهر: "ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله...لأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يمكن دفعه إلا به ولا شيء بقتله...ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في مصر أو غيره" [2]. أي وصف مجرد شهر السيف على المسلمين بالضرر ووجوب دفعه.

وجاء في الأم: "ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزا له مريدا له فإذا كان بارزا له مريدا له كان له ضربه حينئذ إذا لم ير أنه يدفعه عنه إلا بالضرب"[3]؛ معناه: متى ظهر من شخص خطر اعتداء أو أراد الاعتداء على آخر، كان لهذا الأخير درؤه ودفعه بما يلزم ويناسب.

ومنه يتبين أن معنى الاعتداء هو إمكانية وقوع الضرر على أحد ما، أو مجرد احتمال وجود خطر لضرر يهدد الغير أو أي مصلحة يحميها القانون.

أما بعض الفقهاء المعاصرين فعرفوا الاعتداء كما يلي:

(1) – ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 33/15.

(2) – عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، 320/4.

(3) – محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ، ج6، ص31.

_"كل سلوك يحتمل أن يقع منه ضرر على الغير" [1].

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يبين مفهوم الاعتداء لكن على إطلاقه، والذي يبيح الدفاع الشرعي هو الاعتداء غير المشروع بخلاف الاعتداء المشروع، كما أن مصطلح الاعتداء غير مناسب لأنه يدل على وقوع فعل الاعتداء وانتهائه وهنا لا يجوز الدفاع الشرعي.

_ "عبارة عن نشاط من فعل أو قول أو امتناع يوصف بعدم المشروعية، يبدأ أو يوشك أن يبدأ في إلحاق أذى بآحاد الناس ويشترط البعض أن يكون الصائل أهلا لتحمل المسؤولية" [2].

نرى أن التعريف ذكر قيود معنى الاعتداء والذي يتضمن خطر الاعتداء، إلا أنه لا يتحقق معنى الدفاع الشرعي بمجرد وجود خطر الاعتداء حتى يصدر من المصول عليه فعل الدفاع اللازم والمتناسب لرد الصائل ودفعه.

وللاعتداء عنصران: مادي ومعنوي؛ نبينهما فيما يلي:

1_العنصر المادي:

يقصد به النشاط أو السلوك الصادر من قبل الصائل، والذي يهدد بخطر على حق أو مصلحة تحميها الشريعة للمصول عليه أو لغيره، وقد يكون النشاط تاما ولكن يبقى الاعتداء مستمرا فيكون للمصول عليه أو لغيره الدفاع لإنهاء الاستمرار في الاعتداء، وقد يكون النشاط شروعا في ارتكاب الجريمة [3].

(1) – يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي، ص157.

(2) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص152.

(3)– محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص152

الغالب أن يكون السلوك المادي للصائل إيجابيا، كمن يخالف ما حرمته الشريعة الإسلامية كمنع قتل النفس بغير حق أو السرقة، لكن يمكن للمصول عليه رد الصيال حتى ولو كان سلبيا؛ كمن يمتنع عن أداء فعل أوجبته الشريعة الإسلامية، فينتج عن تركه حدوث ضرر أو إمكانية وقوع اعتداء غير مشروع، ومثاله الامتناع عن إنقاذ غريق مع القدرة على ذلك.

وسواء كان هذا الاعتداء موجها إلى المدافع أو إلى غيره، واقعا على النفس أو المال أو العرض، نشأ حق الدفاع الشرعي متى تعذر دفعه إلا بذلك ودون تجاوز في حدوده.

لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم، لأن مجرد الشروع عندهم يعاقب عليه بالتعزير أيا كان نوع الجريمة، فكل شروع بفعل محرم يعاقب عليه تعزيرا، فالعنصر المادي للسرقة يبدأ في تنفيذ جريمة السرقة كتسلق السارق للمنزل الذي يريد سرقته [1].

والمراد بالشروع هنا بداية ارتكاب الركن المادي للجريمة أي خطر الاعتداء، ويعتبر معصية فإذا تمت الجريمة استحق صاحبها عقوبة الحد.

كما أنه لا يشترط مدى جسامة الاعتداء التي تبيح الدفاع الشرعي، فقد يكون بسيطا أو جسيما حسب درجة الضرر الواقع أو المحتمل، إلا أن يتجاوز المدافع حدود الدفاع

2- العنصر المعنوي:

والمراد به قصد العصيان أو القصد الجنائي وهو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه [2]، سواء عن طريق العمد أو الخطأ؛ بشرط العلم والإرادة: فالعلم يقصد به أن يكون

(1)- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج1، ص345

(2)- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج1، ص409.

المعتدي مدركا لمعنى الفعل الإجرامي والنهي عنه، وإن جهل ذلك، ففي الفقه الإسلامي لا يعذر بجهل الأحكام، أما الإرادة فيعبر عنها بأن يكون الفاعل حرا ومختارا غير مكره في فعله، كما أن الإرادة هي قصد الجاني من نتيجة مخالفة الأمر أو النهي من معصية أو إثم.

ويظهر الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان، في أن العصيان عنصر ضروري يجب توفره في كل جرائم العمد والخطأ، أما قصد العصيان فلا يجب توفره إلا في الجرائم العمدية، والعصيان إتيان الفعل المحرم أو الامتناع عن الفعل الواجب دون قصد العصيان، أما قصد العصيان فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم [1].

اختلف الفقهاء في العنصر المعنوي، فقد أوجب الأحناف –عدا أبا يوسف–الضمان في قتل المجنون والصبي إذا صالا، وكذلك صيال الحيوان، لأن القتل أبيح للضرورة وليس للدفاع الشرعي [2]، وذهب أبو يوسف إلى أنه لا ضمان في قتل المجنون والصبي إذا صالا، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط أهلية الصائل [3].

أما في حالة غير المجنون والصبي والتي يكون الصائل فيها مسؤولا جنائيا، ولكنه لم يقصد الاعتداء وإنما قصد المزاح، فوفقا للمذهب الحنفي والحنبلي والشافعي لا يتوفر العنصر المعنوي للاعتداء أي القصد الجنائي.

(1)– عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج1، ص409.

(2)– محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط7، مطبعة جامعة القاهرة، 1975، ص442.

(3) – ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ص250.

جاء في رد المحتار: "ولا يقتل من شهر سلاحا على رجل" [1] أي إذا قصد الشاهر المزاح فلا يجوز قتله، ولا يعتبر تأويل غير ذلك بالجد ذريعة لقتل الشاهر، إلا إذا دل الحال على الجد جاز قتله [2].

جاء في شرح منتهى الإرادات:" ومع مزح يحرم على دافع قتل ويقاد به لأنه لا حاجة إلى الدفع إذن" [3].

وجاء في أسنى المطالب: "ويحرم رمي من لم يقصد الاطلاع بأن كان مخطئا أو مجنونا" [4].

المطلب الثاني: صور الاعتداء وشروطه

في دراستنا لموضوع الدفاع الشرعي يتطلب منا الفهم الدقيق والصحيح لصور الاعتداء وشروطه، حتى يبرر استخدام الدفاع الشرعي كوسيلة للحماية أو الوقاية، وعليه سنبين فيما يلي صور الاعتداء الممكنة والشروط الضرورية لذلك حسب ما جاء في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الاعتداء الايجابي والاعتداء السلبي

الجدير بالذكر أن الفعل الذي يشكل خطرًا قد يكون إيجابيًا أو سلبيًا، على الرغم من أن الأفعال الإيجابية هي الأكثر شيوعًا، فإنه يمكن أن يكون الدفاع الشرعي ضد السلوك السلبي كما في السلوك الإيجابي.

(1) – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج28، ص58.

(2) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص154.

(3) – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، مرجع سابق، ج3، ص385.

(4) – زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: 926هـ)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج4، ص 170.

1- في الفقه الوضعي

جرت العادة أن يكون الاعتداء مجرما وغير مشروع إذا كان إيجابيا كأن يخالف المعتدي نصا قانونيا يمنع القتل بغير حق أو السرقة، فإن فعل يسمى اعتداء إيجابيا، كما يمكن أن يكون الاعتداء سلبيا كأن يمتنع الجاني عن فعل أوجبه القانون.

ومثال ذلك من يمتنع عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، ويطلق على الجريمة المرتكبة في الحالة الأولى بجريمة إيجابية وفي الحالة الثانية بجريمة سلبية، ومن هنا ينشأ الحق في الدفاع الشرعي.

أ- الاعتداء الإيجابي:

وهو الفعل الإيجابي الذي يصدر من الفاعل على صورة حركة عضوية إرادية ولا يشترط بعضو معين فقد يصدر عن طريق اللسان أو الجسم كله [1]، أي معيار الفعل الإيجابي توجيه حركة عضوية إرادية بحرية واختيار نحو المعتدى عليه، بشرط أن يكون قد سبق النص على تجريم هذا الفعل بمنعه والعقاب على ارتكابه.

لكن توجد أفعال عضوية مستبعدة من نطاق الفعل الإيجابي لعدم توافر الصفة الإرادية فيها وهي نوعان:

الأولى: حركات صادرة ممن لا يسيطر على أعضاء جسمه، كمن يصاب بإغماء مفاجئ أثناء سيره فوقع على طفل فأصابه بجراح، أو على مال فأتلفه لا يعد مرتكبا فعل إصابة أو إتلاف.

(1) – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام ط1، 1995، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص147-148.

الثانية: أفعال وحركات صادرة تحت إكراه مادي أفقده سيطرة إرادته على بعض أعضاء جسمه، كمن يتعرض لإكراه بإمساك يده وجعلها تفرغ سما في طعام المجني عليه، فلا يعد مرتكبا لفعل وإنما الفاعل من أكره المكره [1].

ومنه يبيح القانون الدفاع الشرعي ضد الاعتداء أو خطر الاعتداء الإيجابي، لأنه فعل غير مشروع.

ب- الاعتداء السلبي:

كل امتناع عن القيام بفعل أوجبه القانون تحت طائلة العقاب [2]، حيث يقوم المكلف بالحيلولة دون جسمه كله أو بعضه بحركة تطلبها القانون أو باتجاه مضاد لما أمره به [3].

والمراد بالامتناع هنا هو عين الجرم؛ ومثال ذلك امتناع الأم عن إرضاع ولدها بقصد تعريضه للهلاك فيباح الدفاع ضدها بإرغامها على إرضاعه.

وإن كانت هناك اعتداءات سلبية غير معاقب عليها بنصوص قانونية في قانون العقوبات؛ أي غياب الركن الشرعي للجريمة، فإن المشرع الوضعي أضاف نصوصا خاصة.

اختلف فقهاء القانون الوضعي في حالة الدفاع ضد الاعتداء السلبي، فقد ذهب جارو Garraud إلى وجوب أن يكون الاعتداء إيجابيا، فهو يرى أن الاعتداء بأنه فعل إيجابي وليس امتناعا بقصد المساس بحق يحميه القانون [4].

(1) – نجيب محمود، الفقه الجنائي، مشروع كتاب كتبته الدكتورة فوزية عبد الستار سنة 2006، أستاذة القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة القاهرة، بعد وفاة المؤلف رحمه الله، ص367.

(2) – عبود السراج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، كلية الحقوق، جامعة شمس، ج1، ص102.

(3) – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، مرجع نفسه، ص148.

(4) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 159.

وبهذا قضت محكمة النقض المصرية "يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع فعل إيجابي يخشى منه المتهم وقوع جريمة" [1].

لكن بالرجوع إلى نص المادة 373 من قانون العقوبات المصري والتي تنص على "كل من دخل أرضا زراعية أو فضاء أو مباني أو بيتا مسكونا أو معد للسكن أو في أحد ملحقاته أو سفينة مسكونة أو في محل معد لحفظ المال ولم يخرج منه بناء على تكليفه ممن لهم الحق في ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائتي جنيه" أي القانون يعاقب من امتنع عن الخروج واعتبره جريمة سلبية، وبالتالي يجوز الدفاع الشرعي ضد هذا الممتنع وإخراجه بالقوة.

اشترط بعض الفقهاء الفرنسيين الإيجابية في سلوك الاعتداء، أما الفقه الألماني فلا يرى قيام الاعتداء بالسلوك السلبي مادام ليس هناك التزام بالأداء، بخلاف نظرة الفقه الإيطالي لسلوك الامتناع كوقوف شخص أمام باب منزل آخر ليمنعه من الدخول، ولعلهم يفسرون ذلك بقربه إلى الإيجابية منه إلى السلبية[2].

وبالجمع بين الرأيين يتبين أن الدفاع الشرعي يباح ضد الاعتداء السلبي الذي يهدف إلى تحقيق نتيجة إجرامية، كما هو الحال في الاعتداء الإيجابي.

ومن خلال نص المادة 39 الفقرة 2من قانون العقوبات الجزائري "إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع

(1) – نقض جلسة 1943/10/18 طعن رقم 1375، ونقض جلسة 1956/01/31 س7ق طعن رقم 1176.

(2) – محمد نعيم نصر فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن، ط1، 1981، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ص342-343.

متناسبا مع جسامة الاعتداء"؛ والشاهد منها مصطلح "الاعتداء" يحمل على الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي.

2- في الفقه الإسلامي

المعروف في أحكام الفقه الإسلامي أن ما حرَّمته نصوص الشريعة الإسلامية على وجه الإلزام، يقتضي تركه؛ كالنهي عن قتل النفس بغير حق والسرقة والزنا، بحيث يأثم الفاعل ويستحق العقاب، وهذا ما يسمى بالفعل أو الاعتداء الإيجابي، كما قد تأتي أحكام مفادها توجب الإتيان بأفعال معينة، فيأثم تاركها ويستحق العقاب، وتسمى بفعل أو اعتداء سلبي كمن يمتنع عن النفقة عمن تجب عليه نفقتهم، أو عدم إنقاذ شخص في حالة غرق بقصد تركه يموت.

يرى جمهور الأئمة مالك [1] والشافعي [2] وأحمد [3] أن الدفاع الشرعي مشروع ضد الاعتداء الإيجابي، والذي قد يقع حين يترك الفعل الذي أمرت به الشريعة الإسلامية، ويلزم عن ذلك العقاب إن وقعت على هذا النحو [4]، ومثال ذلك امتناع الأم عن إرضاع ولدها بقصد قتله، أو امتناع الممرض عن تقديم الدواء للمريض بقصد قتله، فالامتناع هنا اعتداء سلبي محرم ينشأ عنه حق الدفاع الشرعي ضد الممتنع نظرا لفعله الذي يهدد بوقوع ضرر أو حصوله، درءًا أو دفعا لذلك.

(1) - الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص215.

(2) - الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص 239.

(3) - ابن قدامة، المغني، ج9، ص 328.

(4) - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 158.

إلا أنه يمكن الجمع بين الاعتداءين الإيجابي والسلبي، ومثال ذلك من حبس إنسانا ومنع عنه الطعام والشراب حتى يموت، فقد صدر من المعتدي سلوك إيجابي عن طريق حبس هذا الإنسان إضافة إلى السلوك السلبي المتمثل في منعه من الطعام والشراب بقصد قتله وإن لم يقصد قتله بحبسه، إذن هي جريمة إيجابية وسلبية في آن واحد.

ذهب أبو حنيفة إلى أن من حبس إنسانا ومنعه من الطعام والشراب أو الدفء حتى مات جوعا وعطشا أو بردا، لا يعد قتلا عمدا ولا شيء على الحابس، لأن القتل حصل بسبب الجوع والعطش أو البرد وليس بسبب الحبس، أي حتى لو كان هذا الشخص غير محبوس ولم يجد طعاما وشرابا لمات جوعا وعطشا، ولو أطعم غيره سما فمات فإن كان تناول بنفسه فلا ضمان على الذي أطعمه؛ لأنه أكله باختياره، لكنه يعزر ويضرب ويؤدب [1].

أما صاحباه: أبو يوسف ومحمد فيريان أنه قتل شبه عمد، لأن الجوع والعطش من لوازم الإنسان لا يمكنه العيش بدونهما، فمن منعه منهما كان سببا في هلاكه وبالتالي عليه الضمان [2].

وخلاصة القول إن ما جاء في الفقه الوضعي من اعتبار الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي معا، في إباحة الدفاع الشرعي حتى ضد المعتدي الممتنع أو التارك لفعل أوجبه القانون، قد سبق له الفقه الإسلامي بزيادة تفصيل وبيان خاصة في الاعتداء السلبي، وعليه يجوز الوقاية وصد الاعتداء قبل وقوعه أو منع استمراره.

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص234.

(2) – ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، د ط، 2000، دار الفكر للطباعة والنشر، ج6، ص543.

الفرع الثاني: الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي

الغالب أن يكون مصدر خطر الاعتداء فعلا عمديا لكن هذا لا يمنع استخدام الدفاع الشرعي ضد فعل غير عمدي.

1- في الفقه الوضعي:

تعتبر التشريعات الوضعية كل خطر يهدد باعتداء فعلا غير مشروع يبيح الدفاع الشرعي، وبالتالي هل تفرق بين الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي؟ أم بما أن كلاهما يمس بمصلحة يحميها القانون فينشأ عنهما حق الدفاع الشرعي، هذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

تجيز التشريعات الوضعية دفع كل خطر أو اعتداء يعتبر جريمة، والاعتداء قد يكون عمديا كما يمكن أن يكون غير عمدي، وعليه منطقيا يباح الدفاع الشرعي ضد الاعتداء غير العمدي [1].

فالاعتداء العمدي ما توفر فيه القصد الجنائي الإجرامي أي هناك علاقة سببية بين فعل الاعتداء والنتيجة الإجرامية المرجوة من ذلك، أما الاعتداء غير العمدي ما قام عن طريق الخطأ أي المعتدي لا يقصد إحداث النتيجة الإجرامية، ولكن نظرا لعدم احتياطه وحذره وقع في فعل مجرم فإنه يسأل قانونا عن جريمة غير عمدية بعقوبات أخف من عقوبات الجرائم العمدية.

ومثال ذلك:

-من يصوب بندقيته في اتجاه حيوان معين يريد اصطياده، ولاحظ شخص آخر أنه سيصيب طفلا إذا أطلق عيارا ناريا، فإن لهذا الشخص أن يمنع الصياد ولو بالقوة دفاعا عن حياة الطفل.

(1) - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 165.

-ومن يقود سيارة لنقل المسافرين بسرعة تتجاوز الحد المسموح به، فإنه يجوز إرغامه على تخفيض السرعة ولو بالقوة، ونفس العمل مع من يسوق سيارته الخاصة متجاوزا السرعة المسموح بها فإن لأعوان الدرك أو الشرطة إيقافه، وهذا تطبيقا لمبدأ الدفاع الشرعي عن النفس أو نفس الغير، لأن في الحالتين تهديد بخطر سواء على حياة الركاب أو المارة، كما أنه فعل غير مشروع بدليل أنه معاقب عليه.

وقد نص المشرع الجزائري على أفعال العنف العمدية والتي يقصد بها الجرائم العمدية أو الاعتداءات العمدية في الباب الثاني الفصل الأول القسم الأول في المواد من 264 إلى 277 مكرر، ومما يفهم من هذه النصوص أن غير هذه الأفعال إن لم يكن منصوصا عليها في قانون العقوبات أو في قوانين خاصة فليست أفعالا غير مشروعة وبالتالي لا يبيح القانون الدفاع الشرعي ضدها.

أما في الجرائم غير العمدية فالركن المعنوي فيها هو مجرد خطأ أي الخطأ الجزائي

ومن أهم صور الاعتداء غير العمدي التي وردت في قانون العقوبات الجزائري هي القتل الخطأ في المادة 288 والجرح الخطأ في المادة 289، وكذلك أفعال الحارس أو الأمين على أسرار الدفاع الذي يتسبب في كشفها بغير قصد عن طريق الخيانة أو التجسس بإهماله أو عدم احتياطه أو عدم مراعاته للأنظمة والتي جاء النص عليها في المادتين 66 و67، وإهمال الحراس إذا ترتب عليه هرب المسجونين في المادة 190.

فإذا كان الاعتداء أو خطره نشأ بسبب الخطأ أو الإهمال، كمن يطلق النار فرحا في وسط جمع غفير من الناس في مناسبة احتفالية، فهنا يمكن الدفاع الشرعي وهذا ليس بناء على خطر حقيقي أو تصوري وإنما الفعل المولد للخطر بحد ذاته يعتبر فعلا مجرما ولو أنه عن غير قصد [1].

(1) – سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2003، ص427.

وعليه المشرع الجزائري لم يعرف الخطأ الجزائي الواقع في الاعتداء غير العمدي ولكن ذكر جرائم غير عمدية معينة، وبالتالي يشترط في الدفاع الشرعي ضد الاعتداء غير العمدي أن يكون منصوصا على عدم مشروعيته أي معاقبا عليه في قانون العقوبات، أما غير ذلك فلا يمكن قيام حالة الدفاع الشرعي لأنه في نظر القانون ليس فعلا مجرما إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "حسب المادة الأولى من ق ع ج".

2- في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي يرى أن فعل المكلف إن كان فيه اعتداء على الغير وتفويت للمصالح المحمية في الشرع الإسلامي فهو فعل محرم ويعد جريمة تستحق العقاب، سواء كان هذا الاعتداء مقصودا أم غير مقصود، ومنه كان الاعتداء على قسمين: اعتداء عمدي واعتداء غير عمدي.

فالاعتداء العمدي هو تعمد الصائل إتيان الفعل المحرم وهو يعلم أنه محرم[1]، ومثال ذلك من يشهر سلاحه على شخص ما يريد قتله أو سرقته أو التعدي على عرضه، وهذا الاعتداء يجيز الدفاع الشرعي من قبل المصول عليه أو غيره.

أما الاعتداء غير العمدي فهو الذي لا يقصد فيه الصائل إتيان الفعل المحرم، ولكن يقع خطأ منه نتيجة عدم حذره أو انتباهه.

ونجد في الفقه الإسلامي نوعين من الخطأ[2]:

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج1، ص409.

(2) – أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1986، دار الكتب العلمية بيروت–لبنان، ج7، ص324.

الأول: يقصد فيه الصائل الفعل ولا يقصد الاعتداء، وقد يكون الخطأ في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل الذي يوقع في الاعتداء، ومثال ذلك: من يرمي طيرا فيصيب آدميا، أو من يصوب نحو رجل فيصيب غيره.

الثاني: لا يقصد الصائل الفعل ولا يقصد الاعتداء، ولكن يقع الفعل نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط، ومثال ذلك من يحفر بئرا في طريق ولا يحتاط له لوقاية المارة من السقوط فيه.

ويعتبر الصائل في كلتا الحالتين مسؤولا جنائيا يستحق العقوبة ويلزمه الضمان، عما أحدث من صيال حرمته الشريعة الإسلامية، لكن العقوبة تختلف وتتفاوت بين الاعتداء العمدي وغير العمدي وشبه العمدي. وعليه يتضح أن كلا من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي لم يشترطا في الاعتداء المبيح للدفاع الشرعي، أن يكون عمدا أو غير عمد أو شبه عمد، فالعبرة بالضرر الناتج، والمقصود من الدفاع الشرعي كف الاعتداء أو منع وقوعه، وبالتالي مجرد وجود خطر اعتداء على النفس أو المال أو العرض ينشأ عنه حق الدفاع الشرعي.

الفرع الثالث: الاعتداء الحقيقي والاعتداء الظني أو الوهمي

الأصل في الاعتداء الذي يكون دافعا لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون خطره حقيقيا، فإذا انتفى الخطر أو انتهى كليا، فلا شرعية لرد الاعتداء بل يكون فعلا مجرما، كما قد يتصور أو يظن شخص ما وجود خطر اعتداء عليه أو على غيره فيبادر باستخدام القوة اللازمة والمناسبة لدفعه، وهنا نتساءل عن طبيعة الاعتداء ورد الاعتداء.

1- في الفقه الوضعي:

المقصود بالاعتداء الحقيقي ذلك الخطر المتأهب للوقوع فعلا [1]، أي أن يقوم الخطر على أساس فعل مادي وملموس من شأنه أن يجعل المدافع يظن أنه مهدد بخطر فعلي ولا يكفي تصوره لهذا الخطر [2].

كمن يشهر سلاحه ضد شخص ما مستعدا لإطلاق النار عليه أو من بدأ بتوجيه لكمات لخصمه، فهذا لا يدع مجالا للشك بأنه ليس اعتداء حقيقيا، حتى لو كان مزاحا فهو اعتداء حقيقي غير مشروع، كما أن وجود خطر اعتداء لم يتحقق بعد لكنه محتمل الوقوع، أو تحقق جزء منه يبيح الدفاع الشرعي، أما إذا تحقق وانتهى فلا مجال للدفاع الشرعي.

أما الاعتداء الوهمي فهو اعتقاد الشخص في ظروف معينة أن ثمة خطر اعتداء حال يهدده في نفسه أو ماله فيبادر بالدفاع، ثم يتبين أن ذلك الخطر لم يكن موجودا وأن اعتقاده كان وهما وليس حقيقة [3].

ومثال ذلك أن يشاهد الحارس الليلي شخصا في الظلام يحمل شيئا بيده يدخل المكان المكلف بحراسته فيظنه سارقا فيبادر بإطلاق النار عليه فيقتله أو يجرحه، ثم يتبين بعد ذلك أنه صديقه أو أحد العمال ولا يحمل سلاحا بل أداة لا ضرر منها.

لم يذكر المشرع الجزائري مسألة خطر الاعتداء الوهمي، غير أن شراح القانون كالدكتور عبد الله سليمان يرى أن الدفاع الشرعي لا يتوفر لدى الشخص الواهم، لأن أسباب الإباحة موضوعية وليست شخصية،

(1) – عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 367.

(2) – دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، مرجع سابق، ص59.

(3) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، مرجع سابق، ص202.

يعنى فيها بالظروف المحيطة بالسلوك المادي للشخص وليس بالظروف الشخصية والنفسية له، فالخطر الوهمي لا يبيح الدفاع الشرعي وبالتالي يصح الدفاع الشرعي لمن تعرض لدفاع مبني على خطر وهمي [1].

إلا أن المشرع المصري يعتد بالخطر الوهمي في تحديد أفعال الدفاع عن النفس والمال من خلال المادتين 249 و250 من قانون العقوبات، وذلك بتعبيره بمصطلح "فعل يُتخوف" كما يلي: "حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:

(أولا) فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة." م249

كما وردت نفس الفقرة حرفيا من المادة 43 من قانون العقوبات العراقي

"حق الدفاع الشرعي عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية:

(رابعا) فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة." م250

وقد نصت المادة (1/42) من قانون العقوبات العراقي على مصطلح الاعتقاد "...أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة"

أي ليس مجرد التخوف وإنما بشرط أن يكون بناء على أسباب معقولة، فيمكن للشخص العادي أن يعتقدها، ولا يسأل المدافع جنائيا في هذه الحالة.

وقد انتقد هذا الاتجاه من بعض الفقهاء بعدم صحة الدفاع الشرعي في حالة الخطر الوهمي، ولو كان قائما على أسباب معقولة، إذ يأخذ حكم الغلط في الواقع الذي ينفي القصد الجنائي، كما ينفي الخطأ غير العمدي [2].

(1)- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام الجريمة، مرجع سابق، ص133

(2) - عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ط 2010، دار هومة، ص96.

وحتى لا يتخذه الناس ذريعة لإباحة الجريمة، فكل من تسول له نفسه الاعتداء على شخص آخر يتصوره في موقف وظروف يقدرها بإمكانية وجود خطر، فيبادر بالدفاع.

كما أنه يترتب على إباحة فعل الدفاع أن من يتلقى فعل الدفاع لا يلتزم قانونا بتحمله وعدم الدفاع لمجرد وهم وقع فيه المدافع، وهذا مخالف لمقاصد تشريع النص القانوني [1].

لكن هذا الكلام يصح على الدفاع ضد خطر لا يستند إلى أسباب معقولة أي أن الشخص المعتاد لا يقع في مثل هذا الغلط، وهنا يسأل المدافع جنائيا عن جريمة غير عمدية [2].

وهناك فريق آخر يرى بعدم الاعتداد بالخطر التصوري أو الوهمي لإباحة الدفاع الشرعي، لأن الخطر الوهمي لا وجود له إلا في مخيلة المدافع، بخلاف الخطر الحقيقي الموجود فعلا في الواقع، فهذا الاعتقاد يعني وجود غلط منصب على الوقائع التي يقوم عليها الدفاع الشرعي، والغلط ينافي القصد الجنائي، إذن الخطر الوهمي ما هو إلا غلط في الإباحة [3].

لكن مما يؤاخذ على هذا الرأي أنه لم يراعي الظروف الشخصية للمدافع، فرغم أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة الموضوعية، إلا أن القاضي خلال تكييف حالة الدفاع الشرعي لا يهمل المعيار الشخصي والمتمثل في تصرف الشخص المعتاد في ظروف واقعة الدفاع.

(1) – عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، 369.

(2) – رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، قانون العقوبات، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص158.

(3) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، مرجع سابق، ص203.

2- في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في دفع الصائل على النفس أو المال أو العرض، متى كان اعتداؤه حقيقيا واقعا فعلا أو على وشك الوقوع.

في المذهب الحنفي جاء في البحر الرائق: "ومن أشهر على المسلمين سيفا وجب قتله" [1].

وهذا القول يدل صراحة على وجوب قتل من أشهر سلاحه على المسلمين حقيقة لا وهما أو ظنا

ففي المذهب المالكي جاء في حاشية الدسوقي: "والقول بالوجوب أصح...في دفع الصائل على النفس أو على الحريم"[2].

المراد هنا بدفع الصائل عند إطلاقه حدوث الصيال حقيقة على النفس أو العرض، أما الصيال الوهمي أو الظني ففيه كلام آخر.

وفي المذهب الشافعي جاء في الحاوي: "أما إذا وجد الرجل مع امرأته رجلا يزني بها أو مع بنته أو أخته أو مع ابنه يلوط به دفع الصائل، فواجب عليه أن يدفعه عنه ويمنعه منه" [3].

وهنا أيضا يقصد بالصيال الحقيقي الواقع فعلا على العرض فالواجب دفعه ودرء وقوعه من باب أولى، وكذا يجب على النفس والمال.

(1) - زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ج8، ص344.

(2) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص357.

(3) - الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، مرجع سابق، ج13، ص457.

في المذهب الحنبلي جاء في عمدة الفقه لابن قدامة: "ومن عرض له من يريد نفسه أو ماله أو حريمه أو حمل عليه سلاحا أو دخل منزله بغير إذنه فعليه دفعه بأسهل ما يكون أنه يندفع به، فإن لم يندفع إلا بقتله فله قتله ولا ضمان عليه، وإن قتل الدافع فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه" [1].

أي من واجهه صائل في نفسه أو ماله أو عرضه وكان هذا الصيال حقيقيا واقعا بالفعل أو على وشك الوقوع، وجب على المصول عليه رد الاعتداء بالقدر المناسب واللازم، حتى ولو أدى الدفاع إلى قتل المدافع مات شهيدا.

في المذهب الإباضي جاء في شرح النيل: "إن كان قوم بمنازلهم أو فحوصهم أو طرقهم أو أسفارهم لطلب عيش أو مباح آخر وأتاهم بحالهم مريد بغيهم وقتالهم وأكل أموالهم وإخراجهم من أوطانهم حرم عليهم الشك في سفك دمه وضاق عليهم العلم بتخطئته ولزمهم دفعه وقتاله والعلم بوجوب ذلك" [2]

كلام الشيخ الثميني رحمه الله واضح وصريح أنه يقصد الصيال الحقيقي وقد حرم مجرد الشك في قتال الصائل وأوجب دفعه وقتاله فما بالك باليقين.

في المذهب الظاهري جاء في المحلى: "والمعتمد عليه في الأخبار...إباحة القتل دون المال وسائر المظالم...والمدخول عليه منزله في المصر ليلا أو نهارا في أخذ ماله أو في طلب زنا أو غير ذلك...أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع" [3].

(1) – أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، عمدة الفقه، تحقيق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، د ط، 2004م، ج4، ص457.

(2) – ضياء الدين عبد العزيز بن الحاج إبراهيم الثميني، النيل وشفاء العليل، تصحيح وتعليق: بكلي عبد الرحمن بن عمر، ط2، 1969، المطبعة العربية لدار الفكر الإسلامي، الجزائر، ج3، ص901.

(3)– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى، مرجع سابق، ج11، ص314.

ابن حزم رحمه الله أباح القتال ضد المعتدي على النفس أو المال أو العرض سواء في ليل أو نهار، والاعتداء هنا يلزم أن يكون حقيقيا.

وكما ناقش فقهاء الشريعة مسألة الاعتداء الحقيقي لم يغفلوا عن الاعتداء الظني بل كانوا سباقين إلى ذلك عن فقهاء التشريع الوضعي.

ففي المذهب الحنفي جاء في حاشية ابن عابدين: "وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس، كما إذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله" (1).

في المذهب الحنبلي جاء في شرح منتهى الإرادات: ومن نظر في بيت غيره من خصاص باب مغلق ونحوه كفروج بحائط ولو لم يتعمد الناظر الاطلاع لكن ظنه رب البيت معتمدا وسواء كان في الدار نساء أو لا فحذف عينه أو نحوها كحاجبة فتلف فذلك هدر وكذا لو طعنه بعود أو رشقه بسهم او طعنه بحديدة (2).

في المذهب الشافعي جاء في الأم: "إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه وكان له القود فيما نال منه بالضرب أو الأرش" (3).

(1) – ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، ص88.

(2) – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، مرجع سابق، ج3، ص386.

(3) – الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص31.

وفي المذهب المالكي جاء في حاشية الدسوقي: "قوله (إن علم أنه لا يندفع إلا به الخ) أي إن علم المصول عليه أن الصائل لا يندفع إلا بالقتل، وظاهره كابن الحاجب أنه إذا لم يعلم ذلك بأن شك في كونه لا يندفع إلا بالقتل أو يندفع بغيره لا يجوز قتله ابتداء" [1].

وفي المذهب الإباضي جاء في شرح النيل: "جاز أن يمنع من تحققت منه إرادة الضر أو من تُوُهِّمَ (منه الضر)، أي إرادته، أي خيف منه وتُوُقِّعَ " [2].

وفي المذهل الظاهري جاء في المحلى لابن حزم: أن رجلا كان يعس رمى إنسانا ظن أنه كلب فسجنه القاضي ولما علم عمر بن عبد العزيز أمر بتخلية سبيله [3].

ومن خلال هذه النصوص نجد أن كل الفقهاء متفقون على نشوء حالة الدفاع الشرعي بمجرد وجود اعتداء ظني قائم على أسباب معقولة، أما إن كان الظن ضعيفا لا وجود له إلا في مخيلة المدافع فالفقه الإسلامي لا يعتبره سببا يبيح الدفاع الشرعي.

جاء في قواعد الأحكام "من أتى ما هو مصلحة في ظنه وهو مفسدة في نفس الأمر كمن أكل مالا يعتقده لنفسه، أو وطئ جارية يظن أنها في ملكه، أو لبس ثوبا يعتقده لنفسه، أو سكن دارا يعتقدها في ملكه، أو استخدم عبدا يعتقده لنفسه، ثم بان أن وكيله أخرج ذلك عن ملكه فلا إثم عليه لظنه، ولا يتصف فعله بكونه طاعة ولا معصية ولا مباحا، وإنما هو معفو عنه كأفعال الصبيان والمجانين، ويلزم ضمان ما فوته من

(1) – حاشية الدسوقي، ج4، ص357.

(2) – اطفيش، شرح النيل، ج14، ص365.

(3) – ابن حزم، المحلى، ج11، ص49.

ذلك لأنه جائز، والجوائز لا تتوقف على المآثم. وكذلك لو وطئ أجنبية يعتقدها زوجته أو أمته فإنه لا يأثم ويلزمه مهر مثلها" [1].

ومنه نخلص إلى أن الفقه الإسلامي أجاز الدفاع الشرعي ضد الاعتداء الظني والذي يقوم على غلبة الظن في نفس المدافع.

الفرع الرابع: شروط الاعتداء المبيح للدفاع الشرعي

حتى يكون الاعتداء سببا مبيحا للدفاع الشرعي يجب توافر مجموعة من الشروط فإذا اختل شرط منها سقطت صفة الاعتداء وهي: أن يكون الاعتداء غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع، يهدد مصلحة يحميها الشرع والقانون كالنفس والمال والعرض، وأن يكون غير مثار، سواء كان الاعتداء موجها للمعتدى عليه أو على غيره.

أولا: في التشريع الوضعي

1- أن يكون خطر الاعتداء غير مشروع

يجب أن يكون فعل الاعتداء يهدد بخطر غير مشروع أي فعل مجرم قانونا أو فعل ينذر بوقوع جريمة كالشروع أو الأعمال التحضيرية والذي يترتب على وقوعه ضرر يمس بالغير، حتى يباح للمعتدى عليه فعل الدفاع الشرعي، أما إذا كان الاعتداء مشروعا أو انتفت صفته الإجرامية فلا يجوز رده أو دفعه.

(1) - أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق محمود الشنقيطي، دار المعارف، بيروت لبنان، ج1، ص23.

ولا يمكن الاحتجاج بالدفاع الشرعي إلا إذا حصل فيه تجاوز لحدود الاعتداء المشروع، مثل الفعل الصادر عن سلطة مختصة أو ناتج عن تنفيذ ما أمر به القانون كتوقيف الشرطي لمتهم صادر بحقه أمر بالقبض أو قيام الموظف المختص بتنفيذ حكم الإعدام أو ما يأذن به القانون استعمالا للحق كتفتيش المنازل من قبل الشرطة القضائية بإذن من وكيل الجمهورية، وغيرها من الأفعال المقررة قانونا والمستثناة من أسباب قيام حق الدفاع الشرعي.

وعليه تكون هذه الأفعال مشروعة ومباحة بحد ذاتها لا يجوز الدفاع الشرعي اتجاهها، وهي بمثابة قيد على ممارسة حق الدفاع الشرعي.

ولابد من بيان الفرق بين خطر الاعتداء والضرر الناتج عن الاعتداء، حيث الخطر ما يهدد بوقوع نتيجة ضارة، أما الضرر هو الحدث الذي يقع في العالم الخارجي أي خطر ترجم إلى ضرر، ولا يشترط القانون سوى الخطر لقيام الدفاع الشرعي [1].

وتنص على ذلك معظم التشريعات الوضعية ومنها ما يلي:

جاء في التشريع المصري: "حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصا عليها في هذا القانون.

وحق الدفاع الشرعي عن المال يبيح استعمال القوة لرد أي فعل يعتبر جريمة ..." [2].

(1) – جبار علي، الدفاع الشرعي في التشريعات العربية، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد 53، العدد 3، نوفمبر 2010، ص136.

(2) – المادة 246 من قانون العقوبات المصري.

نلاحظ أن المشرع المصري ذكر عبارة "فعل يعتبر جريمة" يقع على النفس أو المال حصرا، فكل فعل اعتداء أو خطر اعتداء يهدد بوقوع جريمة يعد سببا مبيحا للدفاع الشرعي، أي إذا كان الفعل لا يعد جريمة لا يجوز الدفاع الشرعي.

ولا يشترط القانون وقوع الاعتداء أي الجريمة مكتملة الأركان؛ بل يعني بالجريمة مجرد الاعتداء المحتمل وقوعه كما قد ينتج عن العمل التحضيري أو الشروع في الجريمة [1]. فالضابط في اعتبار الاعتداء أو خطر الاعتداء غير المشروع هو لما يهدد مصلحة أو حقا يحميه الشارع الجنائي، كأن يهدف إلى تحقق نتيجة إجرامية ضد النفس أو ضد المال.

كما أنه إذا وجد اعتداء على حق غير مشروع من قبل التشريع الجنائي فإنه لا يبيح الدفاع الشرعي ولو اعتبره قانون آخر غير مشروع.

إلا أنه مما يؤاخذ على المشرع المصري توسعه وبدون مبرر في استعمال القوة من قبل رجال الأمن ولو بتجاوز حدود وظيفتهم أثناء قيامهم بواجبهم مع حسن النية حيث نفى وجود حق الدفاع الشرعي إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعال رجال الأمن موت أو جراح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول [2].

وجاء في التشريع الإماراتي عبارة "خطر حال من جريمة" في المادة 56 وفي المادة 49 من التشريع القطري والمادة 18 من التشريع البحريني أما التشريع الكويتي ذكر عبارة "الخطر الذي يهدد النفس أو المال خطرا حالا".

(1) – جبار علي، الدفاع الشرعي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص136.

(2) – عبد الحليم بوقرين، الإشكاليات المثارة بشأن أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص460.

وجاء في التشريع العماني في المادة 36 "لا يعد جريمة ...يعد ممارسة للحق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار عن النفس أو الملك أو نفس الغير أو ملكه...".

لفظ "تعرض" يقابل لفظ "اعتداء" الذي استخدمه المشرع الفرنسي وتعبير كل "فعل يعتبر جريمة" في القانون المصري، فالمقصود بالتعرض ما يفترض منه وقوع اعتداء مجرم لم ينته بعد أو على وشك أن يقع [1]، أما إذا وقع وانتهى فلا فائدة من الدفاع الشرعي وإلا أعتبر من قبيل الانتقام، رغم كون الاعتداء غير مشروع أي يشترط في الاعتداء أو خطره أن يكون بدأ ولا يزال مستمرا أو فعل يهدد بوقوع اعتداء، لأن الحكمة من الدفاع الشرعي منع وقوع الاعتداء غير المشروع أو منع استمراره.

نصت المادة 70 في التشريع الليبي: "لا عقاب إذا ارتكب الفعل أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي...كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع إضرارا به أو بغيره ..." أي وصف فعل الاعتداء بالجريمة مع قيد الضرر فلو كان الفعل مجرما ولا ينتج عنه ضرر لا يبيح الدفاع الشرعي.

أما المشرع الجزائري فقد ذكر مصطلح الاعتداء للدلالة على الفعل الذي ينشئ حالة الدفاع الشرعي في المادة 39 فقرة 2 من قانون العقوبات "لا جريمة: ...إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".وفي المادة 40 من نفس القانون: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

(1) – محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، طبعة 1981، الدار الجامعية، بيروت لبنان، ص245.

1-القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2 -الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

إلا أنه نجد في الفقرة 1 من المادة 40 أضاف "عبارة لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل".

وفي الفقرة 2 من المادة 40 لم يصرح بلفظ الاعتداء وإنما عبر عنه بفعل السرقة أو النهب بالقوة، وهذا كله من قبيل خطر الاعتداء أو الاعتداء الواقع فعلا والذي يعتبره القانون أفعالا غير مشروعة تنشئ فعل الدفاع الشرعي.

اختلف فقهاء القانون حول أفعال القذف والسب رغم كونها أفعال غير مشروعة، فذهب بعضهم إلى استبعاد الدفاع الشرعي في هذه الحالة، لأن هذه الجرائم لا تنطوي على اعتداء مادي، مؤسسين على ذلك أن استعمال الدفاع لدفعها يعد انتقاما حيث أنه يقع بعد انتهاء عدوان القذف أو السب، إلا أن الفقه المصري الحديث يبيح الدفاع الشرعي ضد هذه الجرائم إذا كانت على وشك الوقوع، وحال الدفاع دون وقوعها أو استمرارها، ومثال ذلك التخلص من الورقة التي كتبت عليها عبارات القذف أو السب [1].

(1)- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، ص93

2- أن يكون حالا أو على وشك الوقوع

من شروط خطر الاعتداء الذي يبيح الدفاع الشرعي أن يكون هذا الخطر حالا أي بدأ فعلا ولكنه لم ينته بعد، أو لم يبدأ بعد ولكنه على وشك أن يقع فعلا إذا لم يتجنبه المدافع بوسيلة أخرى أو بدفعه بما يلزم ويناسب، وهذا الشرط جاء في أغلب التشريعات الوضعية سواء بنص صريح أو ما يفهم ضمنيا.

وعليه نميز صورتين:

الأولى: أن يكون خطر الاعتداء حالا والثانية: على وشك الوقوع.

ففي الصورة الأولى يهدف الدفاع إلى منع استمرار وقوع الاعتداء وفي الثانية درء وقوع الاعتداء ابتداء [1].

الصورة الأولى: أن يكون الخطر حالا

ومعنى أن يكون الخطر حالا إذا وُجد هناك اعتداء لكنه لم ينته بعد كمن يضرب شخصا ويتهيأ لمواصلة ضربه، لأن تحقق الاعتداء وانتهاءه لا يبيح الدفاع الشرعي وإن دافع المعتدى عليه اعتبر انتقاما [2]،كمن أدخل يده في جيب آخر وسرق ما وجده ثم هرب، أو من قام بقتل خصمه أو الاعتداء على عرضه وانتهى من ذلك فلا يحق ولا يصح الدفاع الشرعي ضده، ففي حالة وجود خطر الاعتداء وعدم انتهائه يعتبر حالا يجيز للمعتدى عليه استعمال الدفاع الشرعي لمنع استمرار الاعتداء او زيادة ضرره، أما في حالة توقف الاعتداء او انتهائه فلا معنى للدفاع الشرعي وإن فعل المعتدى عليه كان منتقما لا مدافعا حيث يهدف الدفاع لمنع وقوع الاعتداء ابتداء أو عدم استمراره.

(1) - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص208.

(2) - أوهايبية، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص200.

والضابط في انتهاء الاعتداء هو أن يتم الجاني فعله الذي أراده وتحققت النتيجة الإجرامية، وهنا لا يمكن للمعتدى عليه أن يمنع وقوع الجريمة أو زيادة جسامتها [1].

الصورة الثانية: أن يكون الاعتداء على وشك الوقوع

وذلك في حالة أن الاعتداء الذي ينذر بخطر لم يبدأ بعد ولكنه على وشك أن يبدأ ولا يمكن للمهدد بالاعتداء تجنبه باللجوء إلى السلطات العمومية أو بغير ذلك إلا أن يدفعه قبل وقوعه.

أي صدر من المعتدي أفعال تجعل وقوع الاعتداء أمرا حتميا أو منتظرا – وفق المجرى العادي للأمور– فيكون الخطر حالا ويستوجب رده بفعل الدفاع الشرعي [2] وهنا لا يلزم القانون الشخص المهدد بالخطر أن ينتظر بداية الاعتداء عليه حتى يمكنه الدفاع فقد تفوته فرصة الدفاع، أو ينتظر وصول السلطات العامة لحمايته، وإنما يحق له الدفاع بمجرد أن يهدده خطر وشيك الوقوع بما يلزم ويتناسب مع هذا الخطر.

ومثال ذلك من يهدد شخصا بقتله وهو يحمل سيفا أو مسدسا ويستعد لتنفيذ اعتدائه كأن يستل السيف من غمده ويشهره على خصمه أو يحضر طلقة نارية قبل أن يضغط على الزناد، أو من يتعرض إلى تفتيش في محفظته قصد سرقة ماله، ففي هذه الحالة يحق للشخص المعتدى عليه أن يدافع عن نفسه أو عن ماله.

وهذا الشرط أكدته غالبية التشريعات الجزائية، فمنها من ذكرته صراحة ومنها من أشارت إليه ضمن نصوص قانونية عامة.

(1) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص210.

(2) – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص134، محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص246.

وهذا ما ذكره المشرع الجزائري في المادة 39 فقرة 2 من قانون العقوبات بعبارة " إذا كان الفعل قد دفعت إليه **الضرورة الحالة** للدفاع المشروع عن النفس " فقد أشار صراحة لحلول الاعتداء.

وكذلك المشرع الأردني في المادة 60 فقرة 1 من قانون العقوبات التي نصت "تعد ممارسة للحق: كل فعل قضت به **ضرورة حالية** لدفع تعرض غير محق ولا مثار عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله".

والمشرع اللبناني في المادة 184 من قانون العقوبات التي نصت "يعد ممارسة حق كل فعل قضت به **ضرورة حالية** لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس أو الملك أو نفس الغير أو ملكه، ويستوي في الحماية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي".

والمشرع العراقي في المادة 42 فقرة 1 "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق الدفاع الشرعي ويوجد هذا الحق إذا توفرت الشروط الآتية: -إذا وجد المدافع **خطر حال** من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة." كما تضيف نفس المادة في الفقرة الثانية شرط تعذر اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب، مما يؤكد حلول الخطر وعدم وجود زمن كافي أو وسيلة أخرى لتجنب الاعتداء.

والمشرع المغربي في الفصل 124 "إذا كانت الجريمة قد استلزمتها **ضرورة حالة** للدفاع الشرعي".

أما المشرع المصري لم يصرح بحلول خطر الاعتداء أو الخطر وشيك الوقوع، ولكن يفهم ضمنا من نص المادة 247 التي نصت على "وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة".

والمشرع التونسي في المادة 39 نصت على "لا جريمة على من دفع صائلا صير حياته أو حياة أحد من أقربائه معرضا لخطر حاتم ولم تمكنه النجاة منه بوجه آخر."

أما إذا كان خطر الاعتداء سيقع في المستقبل بحيث يمكن للمهدد به أن يتجنبه باللجوء إلى السلطات العامة أو بطريقة أخرى فلا يحق له أن يتذرع بالدفاع الشرعي.

3- أن يهدد الاعتداء مصلحة يحميها الشرع والقانون كالنفس، المال والعرض

المقصود بالجرائم التي تقع على النفس أو المال ما تعلق بشخص المعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء في نفسه الإنسانية وما تعلق بسلامتها الجسدية ومقوماتها المعنوية كالشرف والعرض أو ما يملكه هذا الشخص من مال أو ما يقوم مقامه، فهناك من التشريعات صرحت بهذه الجرائم وحصرتها وأخرى عممتها ضمنيا كالمشرع الجزائري.

أ- المشرع الجزائري:

أباح الدفاع الشرعي ضد الجرائم التي تقع على النفس أو نفس الغير وعلى المال أو مال الغير وذلك من خلال نص المادة 2/39 "إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"

كما أنه لم يشترط المشرع أي علاقة أو صلة بين المدافع والمعتدى عليه في نفسه أو ماله بقوله أو عن الغير، "بل إن القانون السوري أعطى الحق للشخص الطبيعي أن يدافع حتى على الأشخاص المعنوية، فله أن يدافع أي هيئة اعتبارية إن كان مالكا لها أو منتميا إليها أو يملكها غيره أو ينتمي إليها" [1].

(1) – الأشهب عبد السلام، الدفاع الشرعي أو دفع الصائل في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص58.

ما عدا شرط التناسب بين الاعتداء ورد الاعتداء، ولا يميز في تبرير الدفاع الشرعي ضد جرائم الأشخاص أو الأموال بين الجنايات والجنح والمخالفات عكس بعض التشريعات المقارنة.

وقد جاءت هذه المادة بصيغة عامة حيث لم تبين الجرائم التي تقع على النفس وجرائم المال، وبما أن موضع النص في الأحكام العامة فإنه يباح الدفاع ضد الجرائم التي تهدد الحقوق المتعلقة بالمجني عليه كالحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية كالضرب والجرح والقتل أو الحق في الشرف والعرض والاعتبار [1].

ما عدا جرائم القذف والسب لم يتعرض لها المشرع الجزائري حيث يقتصر الدفاع الشرعي فيها مثلا بوضع يد المدافع أو غيره على فم المتفوه بعبارات السب أو القذف منعا له في البدء فيها أو الاستمرار فيها، أو كتمزيق أوراق تحوي السب والقذف.

لكن استبعد بعض الشراح هذا الدفاع معللين ذلك بأنها جرائم لا تنطوي على عنف مادي ويؤسسون على ذلك استعمال القوة لدفعها يعد انتقاما لأنه يحصل بعد وقوع القذف أو السب، غير أن الفقه المصري الحديث يجيز الدفاع الشرعي ضد هذه الجرائم إذا كانت على وشك الوقوع بالحيلولة دون وقوعها أو الاسترسال فيها [2].

أما جرائم المال فهي كثيرة ومتعددة لم ينص عليها قانون العقوبات ولكن بينتها القوانين الخاصة المكملة له والتي تمس حقا ماليا يحميه القانون.

(1)- أوهايبية، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص203.

(2)- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص93.

مثل جرائم السرقة والاختلاس والتخريب والحريق والإتلاف، وكل اعتداء بوجه عام على ملكية عامة أو خاصة [1].

نلاحظ أن المشرع الجزائري جاء بمصطلح المال على إطلاقه وعمومه "مال مملوك للشخص أو للغير" أي لم يبين طبيعة هذا المال أو مصدره كونه مشروعا أو غير مشروع، حتى يصح الدفاع الشرعي وعليه يمكن لمالك المال غير المشروع كحائز المخدرات أو الخمر أو صاحب مال مسروق أو غير ذلك أن يدافع دفاعا شرعيا عن ماله في حالة الاعتداء عليه.

ب- المشرع الليبي:

أباح الدفاع الشرعي ضد جرائم النفس والمال بشكل عام في القسم العام من قانون العقوبات حيث نصت المادة 70 منه على أنه "لا عقاب إذا ارتكب الفعل أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي. ويبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع إضرارا به أو بغيره وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة" فمصطلح "جريمة" عام ومطلق ينطبق على أي فعل مجرم قانونا وعبارة "تقع إضرارا به أو بغيره" أي تقع على المدافع أو غيره من الناس بغض النظر عن العلاقة أو الصلة بينهما كما أنه يستوي الدفاع ضد أي جريمة تقع سواء على النفس أو المال وهذا مما يفهم ضمنا من القانون الليبي نظرا لإطلاقه وتعميمه فلا يمكن تقييد الجرائم أو تخصيصها من غيرها.

(1)- أوهايبية، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص204.

كما حصر المشرع الليبي حالات معينة في الدفاع الشرعي بالقتل نظرا لخصوصيته وخطورته وذلك من خلال نص المادة 70 مكرر ب على أنه "حق الدفاع الشرعي لا يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور التالية:

1- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جروح بالغة إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة.

2- مواقعة إنسان أو هتك عرضه بالقوة أو بالتهديد.

3- خطف إنسان.

4- سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات.

5- الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته".

ومما يستفاد من هذه المادة أن المشرع الليبي لا يبيح القتل دفاعا عن النفس أو المال إلا في هذه الأحوال وفقط ولا يمكن القياس عليها.

يشترط في الحالة الأخيرة حتى يباح القتل دفاعا عن المال الدخول ليلا بمعنى الدخول نهارا لا يبرر القتل.

كما يجب أن يكون المنزل مسكونا أو مخصص للسكن ولو بغير ساكن، أما الأماكن العامة التي يقيم فيها الأشخاص عادة كالمستشفيات والفنادق فلا تبيح القتل دفاعا عن المال [1].

(1) – أحمد محمد بونة، أسباب الإباحة وأسباب تخفيف العقاب، مرجع سابق، ص229.

ت- المشرع المغربي:

أباح المشرع المغربي الدفاع الشرعي عن النفس والمال وذلك في الفصل 124 فقرة 3 "إذا كانت الجريمة قد استلزمتها ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو عن ماله أو مال غيره، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء".

من خلال نص المادة فإنه يمكن للمعتدى عليه أن يدافع عن نفسه أو غيره كما يدافع عن ماله وعن مال غيره، بصرف النظر عن وجود علاقة أو صلة بين المعتدى عليه والذي يرد الاعتداء، وبما أن المادة لم تذكر الاعتداء على العرض فيعتبر اعتداء على النفس وبالتالي يبرر الدفاع الشرعي.

ثم نص المشرع المغربي على الحالات الخاصة أو كما تعرف بالممتازة للدفاع الشرعي والتي يعفى منها المدافع من أدلة الإثبات باعتبار أن نص القانون جاء بها صراحة وهي كما يلي بناء على الفصل 125 جنائي مغربي:

"تعتبر الجريمة نتيجة الضرورة الحالة للدفاع الشرعي في الحالتين الآتيتين:

1-القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب ليلا لدفع تسلق أو كسر حاجز أو حائط أو مدخل دار أو منزل مسكون وملحقاتها.

2-الجريمة التي ترتكب دفاعا عن نفس الفاعل أو نفس غيره، ضد مرتكب السرقة أو النهب بالقوة".

ومما يؤاخذ على هذا النص عبارة "يرتكب ليلا لدفع ..." أي ما يرتكب نهارا لا يبيح الدفاع الشرعي كما أن الفقرة الثانية ذكرت الدفاع عن نفس الفاعل أو نفس غيره ولم تذكر المال.

نلاحظ أن المشرع الجزائري والمشرع المغربي ذكرا صراحة الاعتداء على النفس والمال، وأباحا رد الاعتداء حتى من غير المعتدى عليه، ورد الاعتداء على العرض يفهم ضمنيا مع الاعتداء على النفس، أما المشرع

الليبي ذكر نفس المدافع أو غيره ولم يشر إلى المال إلا في الحالات الخاصة التي تبيح القتل دفاعا عن المال، لكن المنطق والواقع يفترض أن الاعتداء على المال اعتداء على النفس وعليه يجيز الدفاع الشرعي، وكل من التشريعات الثلاثة لم تبين مدى مشروعية المال المعتدى عليه فالمال غير المشروع لا يبرر الاعتداء عليه ويباح لصاحبه أن يدافع عنه دفاعا شرعيا.

ث- المشرع المصري:

فقد حدد الجرائم التي يرد عليها خطر الاعتداء فأباح اللجوء إلى الدفاع الشرعي في حالات استثنائية منصوصة قانونا ضد الجرائم الواقعة على نفس المعتدى عليه أو غيره وعلى سبيل الحصر على ماله أو مال غيره.

فالمادة 246 من قانون العقوبات نصت على "حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصا عليها في هذا القانون.

وحق الدفاع الشرعي عن المال يبيح استعمال القوة لرد أي فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفي الفقرة 4 من المادة 279"

ومن خلال فقرتي هذه المادة يظهر الفرق بين جرائم النفس وجرائم المال حيث جرائم القسم الأول كلها تبيح الدفاع الشرعي أما جرائم القسم الثاني ليست على إطلاقها وإنما ما تم النص عليها فقط.

وجرائم النفس متنوعة فقد تنال بالاعتداء الحق في الحياة كالقتل بكل صوره أو تمس سلامة الجسم كالضرب والجرح أو إعطاء مواد ضارة وقد تكون تعديا على حرية الشخص كجرائم الخطف والحبس بغير حق، وقد

تمس الحق في صيانة العرض كجرائم المواقعة وهتك العرض والفعل الفاضح، وقد تنال من الشرف والاعتبار كالقذف والسب وإفشاء الأسرار [1].

وجرائم المال هي الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 279 وذلك على النحو التالي:

- جرائم الحريق العمد المنصوص عليها في الباب الثاني من المواد 252 إلى 259.
- جرائم السرقة والاغتصاب المنصوص عليها في الباب الثامن من المواد 311 إلى 327.
- جرائم التخريب والتعييب والإتلاف المنصوص عليها في الباب الثالث عشر من المواد 354 إلى 373.
- جرائم انتهاك حرمة ملك الغير في الباب الرابع عشر من المواد 369 وما بعدها.
- جريمة الفقرة 4 من المادة 379 بما أن هذه الجرائم جاءت على سبيل الحصر فلا يمكن أن يقاس عليها جرائم أخرى، فإذا أثيرت وجب عدم جواز استعمال القوة المادية لدفعها، ومن باب أولى إذا كان النزاع مدنيا بحتا لا يخضع لوصف جنائي معين [2].

ولا شك أن بعض الجرائم على المال تكون على النفس أيضا فتكون جرائم واقعة على النفس والمال معا في آن واحد كجرائم السرقات بالإكراه م 314 وجريمة اغتصاب السندات والتوقيعات بالقوة والتهديد م 354 وبعض الجرائم فيها اعتداء على النفس والمال والعرض كجرائم الحرابة، وهذه الأنواع من الجرائم من باب أولى أنها تبيح الدفاع الشرعي.

(1) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات المصري، مرجع سابق، ص204.

(2) – رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص467.

وجرائم العرض التي تبيح الدفاع الشرعي هي كل ما يمس العرض ومنها اغتصاب الإناث م 267 وهتك العرض م 268 و269 والفعل الفاضح العلني م 278 وارتكاب أمر مخل بالحياء مع امرأة ولو في غير علانية م279 وقد نصت المادة 249 على أن الدفاع عن النفس يبيح القتل العمد إذا كانت جريمة المعتدي هي إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة [1].

ج- المشرع السوداني:

اتجه نفس اتجاه المشرع المصري حيث حصر الدفاع الشرعي في جرائم معينة على سبيل الحصر حسب المادة 56 من قانون العقوبات فلا يبيح الدفاع عن النفس إلا إذا كانت من الجرائم الماسة بالحياة أو بسلامة الجسم ولا يبيح الدفاع عن المال إلا إذا كانت من جرائم السرقة أو النهب أو الإساءة أو التعدي الجنائي أو الشروع فيها.

ح- المشرع التونسي:

حصر مسألة الدفاع الشرعي في شخص المدافع وفي موضوع الاعتداء حيث يدافع الشخص عن نفسه أو عن أقاربه أصولا وفروعا وإخوته وأخواته وأحد الزوجين عن الآخر، أما الدفاع عن المال فعندما يعتدى عليه بالقوة، بناء على ما جاء به الفصلان 39 "...."و40 من المجلة الجنائية التونسية.

مما يفهم من هذين الفصلين أن ما يبرر الدفاع الشرعي هو الخطر الخاتم الذي يهدد الحياة فإذا كان الخطر لا يهدد الحياة كالضرب والجرح لا يجيز الدفاع الشرعي ومن باب أولى مسألة الاعتداء عن العرض والشرف لا يعتبرها المشرع التونسي سببا مبيحا للدفاع الشرعي، وجاءت صلة القرابة بين المدافع والمعتدى عليه محددة في ثلاثة شروط فما خرج عنها لا يعتبر دفاعا شرعيا،

(1) – رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص464.

ولم تسلم فكرة الدفاع عن الأموال من نقد حيث حصرت في حالات معينة تكون فيها نية المعتدي واضحة وعزمه على الاعتداء بقوة على مال المجني عليه، وبهذا يخالف المشرع التونسي أغلب التشريعات المقارنة وكذلك مذاهب الفقه الإسلامي.

نجد أن بعض الفقهاء عللوا سبب تحديد وحصر هذه الجرائم التي تبيح الدفاع الشرعي أن هناك طائفة من الجرائم التي لا يتصور فيها الدفاع الشرعي وذلك أنها لا تقبل التدرج فهي إما أن تقع كاملة أو لا تقع مطلقا وعليه لا تنسجم مع فكرة الدفاع الشرعي [1].

4 – أن يكون الاعتداء غير مثار

أغلب التشريعات الوضعية لم تذكر هذا الشرط ضمن شروط فعل الاعتداء كالتشريع الجزائري والمصري وغيرهما، فقد اعتبرته من قبيل الأعذار القانونية المخففة للعقوبة، وليس من قبيل أسباب الدفاع الشرعي عن العرض، كما أنها حصرت هذا العذر بين الزوجين فقط دون التعرض لجريمة الزنا بين الأقارب كالأصول والفروع والحواشي.

ولعل تفسير ذلك يرجع إلى أن تلك النصوص القانونية مأخوذة من قانون العقوبات الفرنسي؛ والتي وضعها المشرع حسب طبيعة المجتمع الغربي كأن يجرمها خارج بيت الزوجية لا داخله، فالواجب على المشرع العربي عند صياغة المواد القانونية مراعاة أعراف، مبادئ ومعتقدات مجتمعه [2].

(1) – محمود سليمان موسى، قواعد التجريم، مرجع سابق، ص422.

(2) – جمال نجيمي، القتل العمد وأعمال العنف في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي والمصري على ضوء الاجتهاد القضائي في هذه الدول، دار هومة، الجزائر، د ط، 2013، ص563.

إلا أنه قد يفهم ضمنيا من بعض نصوصها، والقلة منها ذكرت ذلك صراحة مثل التشريع الأردني م60 من قانون العقوبات والتشريع اللبناني م184 من قانون العقوبات والتشريع السوري م183 من قانون العقوبات.

أ- المشرع الأردني:

وقد نص قانون العقوبات الأردني على هذا الشرط في المادة 60 فقرة 1 منه كما يلي:

"تعد ممارسة للحق: 1-كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله...."

ومعنى الاعتداء غير المثار ألا يكون سببه أو مصدره المعتدى عليه كأن يستفز غيره -المعتدي-بأن يجعله تحت خطر يهدده في نفسه أو ماله ومثال ذلك أن يصوب نحوه مسدسا ويضغط على زناده لتعبئة طلقة نارية قاصدا إزهاق روحه، فلهذا الأخير حق الدفاع الشرعي وليس للأول حق الدفاع لأنه هو من صنع هذا الظرف.

إذا كان المدافع هو الذي خلق الظروف التي جعلت المعتدي يرتكب فعلا يشكل تهديدا بالخطر، ففي هذه الحالة لا يجوز لمن خلق هذه الظروف أن يدفع الخطر الذي واجهه من المعتدي بحجة أنه في حالة دفاع شرعي وذلك لتخلف شرط ألا يكون الاعتداء مثارا، كما أنه وهو المهم في المسألة كان بإمكانه أن يتجنب الخطر ابتداء بأن لا يخلق الظروف التي دفعت المعتدي إلى ارتكاب فعله، يشترط إذن أن يكون الخطر صادرا عن نشاط تلقائي للمعتدي ووليد بواعثه الخاصة [1].

(1)- محمد زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص249.

وعليه الاعتداء المقصود في حالة الدفاع الشرعي يجب أن يكون ناتجا عن الإرادة الحرة والخالصة للمعتدي، وإلا تذرع الناس في الاعتداء على حقوق غيرهم بحجة الاعتداء المثار.

فإذا فاجأ الزوجة زوجته متلبسة بالزنا وأقدم على قتلها في الحال أعفي من العقاب؛ حسب منطق المادة 1/340 من قانون العقوبات الأردني، ولكن بعد تعديل سنة 2001 أصبح العذر مخففا بعدما كان معفيا، باعتبار أن ارتكاب الزوجة لجريمة الزنا لا يحل دمها، أي أن للزوج أن يؤدب زوجته في إطار القانون أو يسلمها للسلطات، إذ أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي في حد ذاته جريمة وإن عد عذرا [1].

ب- المشرع اللبناني:

استوجب المشرع اللبناني أن يكون الخطر كذلك غير مثار في المادة 184 من قانون العقوبات وهو شرط يقتضي أن الخطر الذي مصدره المدافع لا ينشئ حالة الدفاع الشرعي، وتطبيقا لذلك فلا دفاع ضد الدفاع لأنه متى كان فعل الدفاع مستوفيا لشروطه من تلازم وتناسب مع فعل الاعتداء كانت مقاومته لفعل الدفاع بالعنف تعد جريمة [2].

فمن الأمثلة الشائعة عند فقهاء القانون حالة الزوج وشريكه في جريمة الزنا إذ لا يفقدان حق الدفاع الشرعي باعتبار أن الزوج المتضرر يتمتع بعذر من الأعذار القانونية ولكن وجود هذا العذر القانوني لا يمنع من كون الفعل غير مشروع وعليه يمكن للزوج الزاني وشريكه أن يدافعا عن أنفسهما ضد الزوج المتضرر عن عرضه

(1) – كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، ط3، 2011، ص140–141.

(2) – محمد زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص249.

رغم أن الزوج الزاني وشريكه هما من دفعا وأثارا الزوج الآخر إلى الاعتداء الذي في حقيقته هو رد اعتداء أي دفاع شرعي.

إلا أنه لا يمكن تطبيق المادة 184 من قانون العقوبات اللبناني بصفة مطلقة؛ لأنه ليس من المعقول أن ينكر المشرع لمن يهدد غيره بخطر يسير، حق الدفاع المشروع إذا واجهته أفعال تهدده بأخطار جسيمة [1]. أي لا يمكن للمعتدي رد تجاوز حدود الدفاع الشرعي من قبل المدافع ولو أن المعتدي هو من بدأ وأثار الاعتداء.

هذا الشرط – في القانون اللبناني– يعتبر خلطا بين حال الدفاع الشرعي وحالة الضرورة التي يتطلب فيها ألا يكون الخطر قد تسبب فيه ذلك الشخص [2].

ومن ثغرات وإشكالات هذه الحالة، والتي نصت عليها أغلب التشريعات الوضعية والمخالفة طبعا للفقه الإسلامي؛ أنه إذا نتج عن الدفاع الشرعي بشروطه القانونية وفاة الزوج المعتدي، الذي كان يدافع عن عرضه من قبل الزوج أو شريكه في الزنا أو كلاهما، فإنه لا تترتب عقوبة على جريمة الزنا ولا عقوبة على قتل الزوج المعتدي، لأن جريمة الزنا بين الزوجين من الجرائم المقيدة بشكوى الزوج المتضرر وقتل الزوج المعتدي كان ناتجا عن حق الدفاع الشرعي للزوج الزاني وشريكه.

لكن الحقيقة والمنطق يقولان إن الزوج المتضرر كان في حالة دفاع شرعي عن عرضه ولم يتجاوز شروط الدفاع حتى يحق للزوج الزاني أو شريكه الدفاع عن فعل التجاوز الذي صار انتقاما، إضافة إلى أن فعل الزنا أي الاعتداء على عرض الزوج المدافع هو فعل تلقائي ومثار لرد اعتداء الزوج عن عرضه وليس تلقائيا منه.

(1) – محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص54.

(2) – دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 66.

إلا أن يتجاوز الزوج المتضرر في فعل دفاعه فهنا المفروض يخفف من عقوبته بسبب التجاوز لا بسبب الدفاع عن عرضه كما نصت أغلب التشريعات الوضعية.

كما أنه هناك إجماعا لدى الفقه بأنه لا دفاع ضد الدفاع الشرعي فإذا أقدم شخص على ارتكاب فعل يشكل خطرا يهدد الغير فإنه يجوز دفع هذا الخطر بناء على حق الدفاع الشرعي مستوفيا لشروطه القانونية وعليه لا يحق للمعتدي الذي صدر منه الخطر المستوجب للدفاع أن يدفع فعل الدفاع بحجة أنه اعتدي عليه [1].

ت- المشرع السوري:

تنص الفقرة الأولى من المادة 188 من قانون الجزاء التي تنص على عدم مسؤولية من يقتل زوجته وشريكها في الجريمة إذا فاجأهما متلبسين بالزنا.

فلو فاجأ شخص زوجته أو إحدى محارمه حال تلبسها بالزنا مع شخص آخر ولما أن هم الزوج بقتل الشخص الزاني عاجله هذا الأخير بضربه متسببا بقتله فلا يعد الزاني مدافعا.

أي هذه المادة تخول الزوجة حق قتل الشخص الزاني وبهذا الاعتبار لا يكون فعل الزوج اعتداء غير مشروع كما أن قتل الزاني للزوج لا يعد دفعا لاعتداء غير مشروع بل هو جريمة تترتب عليها المسؤولية الجنائية والعقوبة المقررة لها قانونا [2].

(1) – محمد عودة صالح الغزو، الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق، ص81.

(2) – إبراهيم الهاشمي، شرح قانون الجزاء، المطبعة العربية، مصر، د ط، 1332هـ، ص104.

نجد أن أغلب التشريعات الوضعية قد أطلقت حق الدفاع الشرعي، ضد جميع جرائم الاعتداء على النفس وما دونهما، أو ما تعلق بها كجرائم الذم، الإهانة والاحتقار ولكن بشروط معينة، أما الجرائم الواقعة على المال فقد تم تقييدها وحصرها.

يصح الدفاع الشرعي ضد الشخص المعنوي كما تقرر الدفاع الشرعي ضد الشخص الطبيعي، كما أشار إلى ذلك المشرع الأردني في المادة 60 من قانون العقوبات: "يستوي في الحماية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي" فإذا كانت هناك مؤامرة أو التخطيط للاعتداء يستهدف أمن الدولة يمكن الدفاع عن الدولة باعتبارها شخصا معنويا [1].

إذن الاعتداء غير المحق أو غير المثار وغير المشروع طبعا والذي يهدد بوقوع فعل مجرم، يشرع ويباح ضده فعل الدفاع لدرء وقوعه أو منع تحول الخطر إلى ضرر وهذا هو المقصد من مشروعية الدفاع الشرعي.

ثانيا– في الفقه الإسلامي

1– أن يكون خطر الاعتداء غير مشروع

ليس من الضروري في رأي مالك والشافعي وأحمد أن يكون الاعتداء من الجرائم المعاقب عليها، ولكن يكفي أن يكون فعلا غير مشروع، أما أبو حنيفة وأصحابه فيشترطون أن يكون الاعتداء مما يعتبر جريمة معاقبا عليها [2].

(1) – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، ط1، 2009، ص192.

(2) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، مرجع سابق، ص479.

حتى يكون فعل دفع الصائل مشروعا يجب أن يكون فعل الصيال غير مشروع، ويكون هذا الفعل غير مشروع في حد ذاته؛ إذا منعته الشريعة الإسلامية وحرمته وهذا ما أطلق عليه في التشريع الوضعي بالركن الشرعي للجريمة.

كالضرب والجرح والقتل والسرقة والتعدي على الأعراض وغيرها من الأفعال التي يترتب أو يخشى من وقوعها ضرر على المعتدى عليه أو على غيره، فهذا عدوان غير مشروع "يجيز"[1] للمعتدى عليه دفعه بما يلزم وبما يتناسب.

فإن لم يترتب ضرر بالغير فليس صيالا ولا يجوز دفعه من قبل الغير ولكن لا يعفى الفاعل من جرمه وإنما ينهى عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر [2].

أما الفعل المشروع فلا يجوز دفعه، كالأفعال الصادرة لاستيفاء حق أو حد أو أداء واجب، أو ممن لهم حق أو سلطة التأديب كالزوج والمعلم والأب والقاضي والمحتسب... فكل أفعال هؤلاء لا تعتبر عدوانا ولو كان فيها ضرر للغير، بشرط عدم تجاوز حدود استعمال الحق المشروع، فإن وقع التجاوز اعتبرت أفعالهم عدوانا وترتب على ذلك القصاص أو الدية [3].

(1) – في الفقه الإسلامي يستعمل غالبا مصطلح "يجيز" وفي التشريع الوضعي: هناك تشريعات تعتبر الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة فتستعمل مصطلح "يبيح" وأخرى تعتبره من أسباب التبرير تستعمل مصطلح "تبرر".

(2) – سامي محمد نمر أبو عرجة، أحكام دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مج 5، ع2، جمادى الأولى 1469هـ يونيو 2008م، ص179.

(3) – عبد الله بن سليمان بن عبد المحسن المطرودي، ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، مج18، ع37، جمادى الثاني 1427هـ، ص25.

وعليه لا يكون المعتدى عليه في هذه الحالة – في حالة دفاع المعتدى عليه ضد المعتدي بشرط عدم التجاوز– في حالة دفاع شرعي، إلا إذا تجاوز المدافع حدود دفاعه للمعتدي حق الدفاع[1]ضد فعل الدفاع المتجاوز فيه.

وبناء على هذا الشرط "عدم مشروعية الاعتداء" التي تجيز الدفاع الشرعي تتفرع عنه مسائل مهمة تحتاج مزيدا من التفصيل والتوضيح، ولذلك نبين أهمها: كالفعل المباح وفعل المعذور وفعل غير المسؤول وهجوم الحيوان واعتداء مأموري الضبط واعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية.

نماذج عدم مشروعية الاعتداء:

أ–الفعل المباح:

إذا كان الفعل قد أباحته أو أجازته الشريعة الإسلامية وصدر ممن توفرت فيه شروط استعمال الحق أو أداء الواجب؛ لا يعتبر اعتداء يبرر الدفاع الشرعي وإن ترتب عليه ضرر، كتأديب المعلم لتلميذه والزوج لزوجته والأب لولده، وعليه لا تنشأ ضدهم حالة الدفاع الشرعي ما لم يتجاوزوا الحدود التي قررتها الشريعة الإسلامية في أداء حقهم.

(1) – في هذه الحالة يمكن القول: أولا: إذا دافع المعتدى عليه مستعملا حقه في الدفاع الشرعي مستوفيا لشروطه غير متجاوز لحدود فعل الدفاع، فلا يمكن للمعتدى عليه أن يدافع ولا يكون في حالة دفاع شرعي، ثانيا: إذا دافع المعتدى عليه وتجاوز حدود الدفاع الشرعي فهنا عدة قراءات: إما أن المعتدي ليس له حق الدفاع تطبيقا لقاعدة لا دفاع شرعي ضد دفاع شرعي، لأن المعتدي هو من بدأ الاعتداء وتسبب في رد الاعتداء وكان بإمكانه تجنب رد الاعتداء بعدم الاعتداء على المعتدى عليه، وإما للمعتدى عليه حق الدفاع الشرعي ضد رد الاعتداء المتجاوز فيه كما في حالة الزوجة الزانية وشريكها ضد الزوج إذا دافع عن عرضه وتجاوز في ذلك لكن في التشريعات الوضعية وليس في الفقه الجنائي الإسلامي، وفي منح المعتدي حق الدفاع الشرعي ضد فعل الدفاع المتجاوز فيه تعارض مع أساس ومقصد الدفاع الشرعي وذريعة لانتشار الاعتداء على الناس سواء على أنفسهم أو أموالهم ولاسيما أعراضهم زيادة عن صعوبة شرط التناسب في رد الاعتداء.

فالجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يجلد الزاني، أو يقطع يد السارق، ومستوفي القصاص حين يقتل القاتل أو يقطع يده قصاصا، كل هؤلاء لا تعتبر أفعالهم عدوانا أو اعتداء، وإنما هي استعمال لحق أو أداء لواجب [1] ولا يقتصر أثر أسباب الإباحة في الشخص الذي أباح له الشرع والقانون الفعل، بل يمتد إلى كل من يساهم في إتيانه كفاعل أصلي أو شريك، ومن ذلك من يساهم مع الوالد في تأديب ولده فلا مسؤولية على الكل [2].

والغاية من الفعل المباح هو التأديب والتهذيب والزجر والردع أي؛ تحقيق مصلحة خاصة للفرد ومصلحة عامة للمجتمع وامتثال لأوامر ونواهي الشريعة الإسلامية، وإن كان الفعل المباح استعمله صاحبه بقصد التعذيب أو الانتقام كان فعلا مجرما محرما وترتب عليه الضمان.

جاء عند الحنابلة في "المبدع لشرح المقنع": "ومن أدب ولده أو امرأته في النشوز أو المعلم صبيه أو السلطان رعيته ولم يسرف" أي فوق الضرب المعتاد "فأفضى إلى تلفه لم يضمنه" لأنه أدب مأذون فيه شرعا فلم يضمن ما تلف به كالحد فعلى هذا إن أسرف أو زاد على المقصود أو ضرب من لا عقل له من صبي وغيره ضمن " [3].

بمعنى أن فعل التأديب له ضوابط وقيود يجب مراعاتها وإلا كان غير مشروع.

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، مرجع سابق، ج1، ص479.

(2) – مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية، ط1، 2014، إحسان للنشر والتوزيع، ص34.

(3) – ابن المفلح برهان الدين، المبدع شرح المقنع، د ط، 2003، دار عالم الكتب، السعودية، ج8، ص295.

والعلة من مشروعية الفعل المباح كاستعمال حق أو أداء واجب ترجيح مصلحة الإباحة على مصلحة التجريم، كما يحقق الاتساق بين الأحكام حيث أن منطق الشرع لا يعاقب على فعل أباحه أو أوجبه [1].

ب–فعل غير المسؤول:

المقصود بفعل غير المسؤول هو الصائل غير المكلف كالصبي والمجنون وعليه اختلف الفقهاء في تكييف فعله إلى:

الرأي الأول: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، حيث يبيحون الدفاع الشرعي ضد خطر الاعتداء الصادر عن الصائل غير المسؤول جنائيا ولو أدى ذلك إلا قتله إذا كان لا يندفع إلا بالقتل، ولا يلزم المصول عليه قصاص أو دية أو كفارة، لأن المقصد من دفع الصائل هو درء ومنع وقوع الضرر الذي يكون واجبا كالدفاع عن العرض أو بين الوجوب والجواز كالدفاع عن النفس والمال، بغض النظر عن مرتكبه سواء كان مكلفا أو غير مكلف.

جاء في "حاشية الدسوقي" عند المالكية "(وجاز دفع صائل) أي سواء كان مكلفا أو صبيا أو مجنونا أو بهيمة" [2].

وجاء "في أسنى المطالب" عند الشافعية "يجوز للمصول عليه وغيره دفع كل صائل من آدمي مسلم أو كافر حر أو رقيق مكلف أو غيره" [3].

(1) – نجيب محمود، الفقه الجنائي، ص 223–224.

(2) – حاشية الدسوقي ج4، ص357.

(3) – أسنى المطالب، ج4، ص166.

وجاء "في كشاف القناع" عند الحنابلة " (ومن صال على نفسه) بهيمة أو آدمي (أو) صال على (نسائه) كأمه وابنته وأخته وزوجته ونحوهن (أو) على (ولده أو ماله ولو قل) المال (بهيمة أو آدمي ولو) كان من أريدت نفسه أو حرمته أو ولده أو ماله (غير مكافئ) للمريد (أو) كان الصائل (صبيا أو مجنونا) كالبهيمة وسواء صال على ذلك (في منزله أو غيره ولو) كان (متلصصا) أي طالبا للسرقة (ولم يخف) الدافع (أن يبدره الصائل بالقتل دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به) لأنه لو منع من ذلك لأدى إلى تلفه وأذاه في نفسه وحرمته وماله ولأنه لو لم يجز ذلك لتسلط الناس بعضهم على بعض وأدى إلى الهرج والمرج" [1]

والشاهد من هذا الكلام أنه يباح دفع الصائل إذا كان صبيا أو مجنونا درءًا ومنعا من انتشار الظلم والعدوان.

الرأي الثاني: وهو قول الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان وأصحابه ما عدا الإمام أبو يوسف؛ حيث يجب في مذهبهم الضمان في دفع الصيال إذا كان صادرا من الصبي والمجنون، أي يجب أن يكون الصائل مسؤولا جنائيا عن صياله، وإلا اعتبر الدفاع بناء على حالة الضرورة.

لأن المصول عليه يعتبر مسؤولا مدنيا عن دية الصبي والمجنون، فالمقصد من الدفاع الشرعي دفع الجريمة، وفعل الصبي أو المجنون لا يعتبر جريمة لعدم الاختيار، وعليه لا تسقط العصمة، وإن دفع المصول عليه

(1)- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تح: هلال مصيلحي مصطفى هلال، د ط، 1402هـ، دار الفكر، بيروت-لبنان، ج6، ص154.

صيال الصبي والمجنون بالقتل فلا قصاص عليه، ولكن يجب الضمان على أساس الضرورة الملجئة وإن أعفي المصول عليه من العقاب [1].

هذا ما يعبر عنه في التشريع الوضعي بأنه وإن سقطت المسؤولية الجنائية وبالتالي يسقط العقاب فلا تسقط المسؤولية المدنية ويترتب عنها الضمان، بناء على قاعدة كل من تسبب لغيره بالضرر فهو ملزم بالتعويض. جاء في حاشية ابن عابدين: " (ومثله الصبي والدابة) أي مثل المجنون في وجوب الضمان لكن الواجب في الصبي الدية أيضا وفي الدابة القيمة "[2]

أي زيادة عن الضمان في دفع صيال المجنون إن أدى ذلك إلى قتله ففي الصبي الضمان والدية، تعظيما لشأن الصبي عن المجنون، أما فيما يخص صيال الدابة سيأتي بيانه في موضعه.

الرأي الثالث: وقائله أبو يوسف صاحب أبي حنيفة حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة يعاقب عليها بغض النظر عن كون الصائل مسؤولا جنائيا عن جريمته أم غير ذلك [3].

لأن موضوع دفع الصائل يندرج ضمن أسباب الإباحة التي تقوم على أسباب موضوعية وليست أسباب شخصية، وفعل الجريمة في صيال المجنون والصبي هو موضوع الصيال، فلا عبرة بصاحبه أي الصبي أو المجنون.

(1)- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص476.

(2) – ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د ط، 2000، ج6، ص546.

(3) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص480.

جاء في البحر الرائق: "وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تجب الدية في الصبي والمجنون...ولأبي يوسف إن فعل الصبي والمجنون معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان...فكان فعلهما مسقطا لحقهما لعصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة" (1).

ومعنى ذلك أن صيال المجنون والصبي جريمة تستحق العقاب ولكن لا يعاقبان، وإذا صدر منهما اعتداء يجوز الدفاع ضده ولو بقتلهما ولا يترتب عن ذلك الدية.

ت–صيال الدابة:

لقد اختلف الفقهاء في دفع صيال الدابة كاختلافهم في دفع صيال المجنون والصبي؛ فالجمهور يرى جواز الدفاع الشرعي ضد اعتداء الحيوان كما هو الحال في جواز دفع اعتداء المجنون والصبي، وهو رأي الأحناف أيضا على خلاف من حيث الضمان كما سبق ذكره.

كما يرى الأحناف أن دفع صيال الدابة على أساس حالة الضرورة، لأن هجوم الحيوان لا يعتبر جريمة في حد ذاته، أما إذا كان ناتجا عن تحريض من صاحب الحيوان كان الدفاع ضده (2).

لأن أفعال الضرورة من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجناية ولكن إعفاء من الضمان أي المسؤولية المدنية.

إلا أن الإمام أبا يوسف صاحب أبي حنيفة ذهب إلى التفريق بين صيال الدابة وصيال الآدمي غير المسؤول من حيث الضمان أما من حيث جواز الدفاع فصيالهما يبيح الدفاع الشرعي.

جاء في البحر الرائق: "ولأبي يوسف إن فعل الصبي والمجنون معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لأن جناية العجماء جبار وكذا عصمتها لحقها وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا

(1) – ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ج8، ص344.

(2)– عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص480.

لحقهما لعصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصيد إذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لأن الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه" [1].

لأن صيال الصبي والمجنون جريمة إلا أنهما لا يعاقبان لانعدام شرط الأهلية، أما صيال الدابة فليس فعلا مجرما ودفع ذلك من باب الضرورة دفاعا عن النفس أو المال، فدفع الصائل عموما من أساب الإباحة أي رفع المسؤولية الجنائية عن المصول عليه بينما حالة الضرورة من موانع المسؤولية الجنائية، وقد سبق تفصيل ذلك في هذا البحث.

جاء عند الظاهرية في المحلى لابن حزم: "فأما الذي قال للرجل: احبس لي الدابة، فصدمته فقتلته، فلا ضمان على الذي أمره بحبسها، لأنه لم يتعد عليه ولا باشر فيه إتلافه، فلو أن المأمور بحبس الدابة رماها فقتلها أو جنى عليها فهو ضامن على كل حال، لأنه فعل من إتلافها ومن الجناية عليها ما لم يبح الله تعالى له فعله، فهو متلف بغير حق وجان بغير حق ومباشر لذلك قال الله تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ [سورة الشورى، الآية 40]" [2].

(1)- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ج8، ص344.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج11، ص12.

ث–صيال مأمور الضبط

المقصود بمأموري الضبط: رجال الضبطية القضائية والإدارية وهم الذين يخولهم النظام سلطة استعمال القوة عند الاقتضاء، باعتبارهم نوابا لولي الأمر ومنهم المحققون والقضاة، ورجال قوى الأمن الداخلي وأفراد القوات المسلحة عند الاستعانة بهم [1]، حتى وإن كانت أفعالهم نتيجة تنفيذ أوامر من يحكمهم ويرأسهم. فهم يمثلون السلطان أمام رعيته وبالتالي لا يجوز دفع صيالهم أثناء ممارسة أعمالهم لأنها مشروعة، إلا إذا تجاوزت أفعالهم ما أذن أو ما أمر به الشرع ونتج عن ذلك ضرر غير مشروع.

جاء عند الحنابلة أنه لا يجوز الدفاع ضد السلطان أو من ينوبه لأنه لا يجوز الدفاع ضد الاعتداء المشروع واعتداء السلطان عمل مشروع، بشرط عدم تجاوز الحدود المقدرة شرعا.

وقد نقل ذلك صاحب زاد المستقنع "وإذا أدَّب الرجل ولده أو سلطان رعيته أو معلم صبيته ولم يسرف لم يضمن" [2] والشاهد من ذلك جواز تأديب السلطان لرعيته بشرط عدم الإسراف

وجاء عند الشافعية منقولا عن صاحب الأم "إذا أقام السلطان حدا من قطع أو حد قذف أو حد زنا ليس برجم على رجل أو امرأة عبد أو حر فمات من ذلك فالحق قَتَله لأنه فعل به ما لزمه...ولو قال له اضربه ثمانين فأخطأ الجالد فزاده واحدة ضمن الجالد دون الإمام ولو قال له اجلده ما شئت أو ما رأيت

(1) – فيصل بن عبد العزيز اليوسف، دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد الأمنية، مركز البحوث الإسلامية، مج 13، ع 28، سبتمبر 2004، ص39.

(2) – شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (ت: 960هـ)، زاد المستقنع في اختصار المقنع، تح: عبد الرحمان بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن للنشر، الرياض، د ط، د ت، ج1، ص212.

أو ما أحببت أو ما لزمه عندك فتعدى عليه ضمن الجالد العدوان ...ولو كان الإمام للمضروب ظالما ضمن ما أصابه من الضرب بأمره ولم يضمنه الجالد" [1].

وجاء عند الظاهرية ما يبين عدم ضمان السلطان أو من ينوبه لما قد يترتب من ضرر حين مباشرة عمله المشروع في حدود دون تجاوز المسموح به شرعا، فقد نقل ابن حزم ذلك في ما نصه "مسألة: من أفزعه السلطان فتلف؟ قال علي: روينا من طريق عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق وغيره عن الحسن قال: أرسل عمر إلى امرأة مغنية كان يدخل عليها، فأنكر ذلك، فقيل لها: أجيبي عمر؟ فقالت: يا ويلها مالها ولعمر؟ قال: فبينما هي في الطريق فزعت، فضمها الطلق، فدخلت دارا فألقت ولدها فصاح الصبي صيحتين فمات؟ فاستشار عمر أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – فأشار عليه بعضهم: أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال، ومؤدب، قال: وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول ؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك؟ فلم ينصحوا لك، أرى أن ديته عليك لأنك أنت أفزعتها، وألقت ولدها في سبيلك، فأمر عليا أن يقسم عقله على قريش – يعني: يأخذ عقله من قريش؛ لأنه أخطأ...قال أبو محمد: ...ووجدنا هذه المبعوث فيها: بعث فيها بحق، ولم يباشر الباعث فيها شيئا أصلا فلا شيء عليه، وإنما كان يكون عليه دية ولدها لو باشر ضربها أو نطحها – وأما إذا لم يباشر فلم يجن شيئا أصلا" [2].

(1)- الشافعي، الأم، ج6، ص87.

(2) – ابن حزم، المحلى، ج11، ص24-25.

ج–صيال ذوي الحصانة الدبلوماسية

الشريعة الإسلامية لا تميز بين حاكم الدولة الإسلامية وغيره؛ ومن باب أولى لا تميز بين حكام الدول الأجنبية أو رجال حاشيتهم، فهي تطبق على رجال السلك السياسي في حالة ارتكابهم لجرائم ما تتعلق بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ما دامت بديار الإسلام، وليس هناك ما يعفيهم من العقوبات الإسلامية، التي تقررت لدفع الفساد وحفظ مصلحة الجماعة [1].

وعليه إذا ارتكب رجال السلك الدبلوماسي اعتداءات فتكون غير مشروعة وتستحق العقاب حسب نصوص التجريم من الشريعة الإسلامية أو حسب نظام الحكم السائد لتلك الدولة التي تم الاعتداء على ترابها، وبالتالي يحق للمصول عليه رد هذا الاعتداء حسب الشروط المقررة لذلك من تناسب وتلازم بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء.

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب إقامة الحدود الإسلامية على كل من يقيم في ديار الإسلام، سواء كان مسلما أو غير مسلم كالذمي، لأنها حق لله تعالى، وقد جاءت لإقامة مجتمع فاضل وهي من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إلا أن الحاكم ومن ينوبه هو من يتولى ذلك [2].

المستأمن والذمي إقامتهما في ديار الإسلام تستلزم أن لهما ما للمسلمين وعليهما ما عليهم، بناء على مبدأ المساواة بين الرعية، وحتى بين الراعي والرعية من حيث الجريمة والعقوبة.

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص323-324، محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، ص185.

(2) – أبو زهرة، العقوبة، ص270-271.

جمهور الفقهاء يرون بعموم ولاية الدولة الإسلامية على المسلم ولو كان خارج ديار الإسلام، وعلى الذمي ما دام باقيا على ذميته راضيا بولاية الإسلام، ففي حالة ارتكاب جريمة كلاهما يستحق الحد أو القصاص أو التعزير، أما المستأمن إذا ارتكب جريمة في غير ديار الإسلام فلا يسأل عنها في الديار الإسلامية، لأنه لا ولاية للإسلام عليه، غير أنه يستحق العقاب إذا ارتكب جريمة في ديار الإسلام لأنه ملتزم بأحكامها خلال تلك الإقامة [1].

وعليه لو اعتدى ذمي أو مستأمن على مسلم فلهذا الأخير أن يدفع الاعتداء، لأن فعل الاعتداء حرام ويعتبر جريمة تستحق العقاب، فإن ارتكب ذمي أو مستأمن وكان محصنا جريمة زنا وقتله مسلم فلا يعاقب على قتله، لأن فعل الزنا أهدر دمه بل أوجب قتله، ولو كان الزنا في شريعته غير محرم فيجب عليه الالتزام بحدود الشريعة الإسلامية

وأما الإمام أبو حنيفة فقد فرق بين المستأمن والذمي، فالمستأمن تطبق عليه العقوبات التي تثبت حقا للعبد ويكون فيها حق العبد غالبا، أما العقوبات التي تكون حقا خالصا لله كحد الزنا أو التي يكون فيها حق الله هو الغالب فإن العقوبة لا تطبق عليه، أما الذمي تسري عليه كل العقوبات الإسلامية [2].

وبالتالي يمكن الدفاع الشرعي ضد المستأمن والذمي في حالة كون فعل الاعتداء غير مشروع إذا كانت العقوبة عليه فيها حق للعبد، أما إذا كان فيها حق لله تعالى فإنه يجوز الدفاع ضد الذمي بخلاف المستأمن، وذلك باعتبار العقاب على أساس الولاية والعقد.

(1) – أبو زهرة، الجريمة، ص247.

(2) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، ص176.

التوفيق بين مبدأ المساواة بين الناس وتمتع بعض الأشخاص بالحصانة، لا يقتضي عدم معاقبتهم حين ارتكابهم لجريمة ما، وإنما التكييف الصحيح لهذه الحصانات أنها تقرر خروج بعض الأفعال من الولاية القضائية للدولة إلى الولاية التشريعية للدولة، وذلك تحقيقا لاعتبارات ذات أهمية للدولة الإسلامية ومواطنيها، فالدولة الإسلامية تنيب عنها الدولة التي يتبعها عضو السلك السياسي أو القنصلي الأجنبي في اتخاذ الإجراءات الجنائية ضده [1].

ح- المعذور:

يقصد بالمعذور الزوج المتلبسة زوجته بالزنا -فقد يكون الزوج أو تكون الزوجة-ولو أنه يشمل كل شخص متضرر من فعل الاعتداء على عرضه أو عرض غيره، كالأب والأخ وكل قريب أو حتى الأجنبي الذي تثور فطرته لمنع أو دفع الصائل على العرض.

لقد بينت الشريعة الإسلامية الدفاع عن العرض بنصوص صريحة واضحة، ولم تحصر ذلك على الزوج فقط كما جاء في كثير من التشريعات الوضعية، وإنما أقرته للزوج وغيره من الأقارب ذكورا وإناثا ممن ينال عرضهم جراء هذه الجريمة، ومن التشريعات ما منح هذا العذر سواء للزوج أو الزوجة، وهو ما أخذت به التشريعات الوضعية الحديثة كالتشريع الإيطالي والتشريع البلجيكي [2]، وكذلك التشريع الجزائري.

وتختلف الأعذار عن أسباب الإباحة، حيث أن في حالة الأعذار يبقى الفعل على أصله غير مشروع، أما أسباب الإباحة معناها إباحة الفعل وجعله مشروعا بعدما كان غير مشروع.

(1) - نجيب محمود، الفقه الجنائي، ص217.

(2) - أحمد حافظ نور، جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، ط سنة 1958، مطبعة نهضة مصر، انظر الدفاع الشرعي لسيد عبد التواب، ص177.

قد تعتبر الشريعة الإسلامية عذرا معينا من الأعذار المعفية من العقاب، بينما تراه القوانين الوضعية مجرد عذر مخفف، والمسألة الشائعة في ذلك: "العذر المقرر للزوج عند مشاهدة زوجته متلبسة بالزنا" [1].

فالزوج الذي يقتل زوجته حين مفاجأته لها في حالة تلبس بالزنا فكأنما يأخذ بحقه في معاقبتها، لأن عقوبة الزوجة الزانية الرجم حتى الموت، بل يمكن لشخص آخر غير زوجها كوالدها أو أحد أقاربها أو حتى أجنبي عنها؛ أن يدافع عن جريمة انتهاك العرض بناء على أنه حفظ العرض حق من حقوق الله من جهة، والدفاع عنه واجب من جهة أخرى، مع مراعاة شرط الإتيان بأربعة شهداء وإلا يعاقب المدافع بدفاعه للصائل عن العرض.

وهو ما نقل عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عندما جاءه رجل سيفه ملطخ بالدم وخلفه جماعة من الناس يتهمونه بقتل زوجته ومعها رجل منهم، ولكن الرجل رد بقتل زوجته وبين فخذيها ذلك الرجل، فقال له عمر "إن عادوا فعد"، وهذا ما قال به علي بن أبي طالب لما علق إباحة فعل الزوج على إثبات الزنا "إن لم يأت بأربعة شهداء فليقتل" [2].

فالشريعة الإسلامية ترى وجوب [3] الدفاع عن العرض مطلقا كما أن حفظ العرض من الكليات الخمس وجب المحافظة عليه، وقد اتفق الفقهاء على ضرورة الدفاع عن العرض، والمرأة التي تمكن من عرضها آثمة تستحق العقاب بالحد، لأن حق حماية العرض من حقوق الله ليس كالمال أو النفس.

(1) – سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص177.

(2) – رحامنية بشير، عذر الاستفزاز عند المفاجأة بالزنا –دراسة مقارنة–، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، ع 46، ديسمبر 2016، مج: ب، ص 456.

(3) – سيأتي الكلام في هذا البحث حول "حكم الدفاع عن العرض" وهو الوجوب عند جميع الفقهاء والمذاهب، إلا أنني عثرت بعد ذلك على مقال يقول صاحبه أن حكم الدفاع عن العرض اختلف فيه الفقهاء بين الوجوب والجواز، فلو اعتدى شخص على آخر يريد

ولا يمكن للصائل أن يدافع عن نفسه في حالة رد صياله من قبل المصول عليه، بحجة حقه في الدفاع الشرعي عن النفس، لأن الصائل هو البادئ بالصيال وهو السبب في دفاع المصول عليه ضده، فقد كان بإمكانه تجنب هذا الدفاع بعدم الاعتداء ابتداء –أي أن الصائل يعتبر دفاع المصول عليه اعتداء ضده له حق رده–

وإذا لزم الدفاع عن العرض قتل الصائل أصبح دمه هدرا، أما المصول عليه فدمه معصوم، وإذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لرد صياله أصبح الجرح هدرا وحرم القتل، مع بقاء عصمة دم المصول عليه، ومن ذلك قضاء علي رضي الله عنه في امرأة تزوجت وفي ليلة زفافها أدخلت صديقها سرا، ولما جاء الزوج وثب على الصديق فاقتتلا وقتل الزوج الصديق، وقتلت المرأة الزوج، فقضى علي بقتل المرأة ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو غيرها [1].

من القواعد المقررة في دفع الصائل أنه لا دفاع ضد دفاع شرعي، ويستثنى من ذلك حالة تجاوز المدافع لفعل دفاعه، إلا أن يكون المدافع قد أثار فعل المعتدي فلهذا الأخير أن يرد دفاع المدافع بدفاع آخر، لكن في مسألة الاعتداء على العرض لا يجوز للمعتدي أن يدافع ضد أفعال المدافع لأنه هو من بدأ الاعتداء، ويحرم على شريكه في الزنا بل يستحق تطبيق الحد الشرعي الرجم حتى الموت إذا كان محصنا والجلد مئة جلدة إن كان غير محصن.

ارتكاب الفاحشة مع أهله مثل الزنا ومقدماته، فللعلماء رأيان: فأصحاب الرأي الأول يقولون بوجوب الدفاع عن العرض بشرط القدرة أو السلامة وهو ظاهر مذهب الأحناف ومذهب الشافعية والراجح عند المالكية والحنابلة وعند أهل الظاهر، وأصحاب الرأي الثاني يجيزون الدفاع عن العرض وهم المالكية والحنابلة في المرجوح من رأييهما كما هو رأي الشافعية عند خوف القتل. أنظر: مقال لعتيق طاهر بعنوان الدفاع عن العرض وأثره على المسؤولية في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة) ص 1.

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص480.

جاء عند الحنفية: "قال في التبيين وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال إن كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وإن كان يعلم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له القتل وإن طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا" [1].

فيباح للمصول عليه دفع الصائل بما دون القتل وإلا قتله إن علم أنه لا يندفع إلا بالقتل، وسواء كانت المعتدى عليها زوجة أو محرما للمدافع أو أجنبية عنه.

أما المالكية فقد فرقوا بين ما يترتب على قتل الصائل، فإذا كان الصائل محصنا فلا قصاص ولا دية على قتله بشرط البينة على الزنا، لكن يؤدب من قبل السلطان، أما إذا كان الصائل غير محصن وقتله المصول عليه فعليه الدية، وفي قول آخر عليه القصاص والدية.

جاء في تبصرة الحكام: "في حكم الذي يجد مع امرأته رجلا أو في بيته سارقا فيقتلهما وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب: وسمعت ابن الماجشون يقول: وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه، هل عليه قصاص؟ فقال: لا، وهو جبار [2] لا شيء عليه فيما دون النفس، فإن قتله كان عليه القود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود، وإنما عليه الأدب من السلطان لافتياته [3] عليه بتعجيل قتله [4].

-وسيأتي تفصيل وبيان آثار الدفاع الشرعي لاحقا في موضعه وآراء المذاهب الفقهية حول ذلك-

(1) - زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ج5، ص45.

(2) - جبار: أي هو مجبور وهدر لا شيء فيه.

(3) - الافتيات: لتعديه على حق غيره وهو السلطان.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص148.

وعليه لا قصاص ولا دية على المصول عليه إذا دافع عن عرضه أو عرض غيره، ونتج عن ذلك قتل الصائل ابتداء أو التدرج في دفعه بالأخف فالأخف، وذلك لعظمة شأن العرض عند الله وعند العبد، فشرط التناسب بين الاعتداء والدفاع صعب التحقيق بين الأفعال أو بين الوسائل، وسواء كان الصائل محصنا أو غير محصن، لأن الدفاع عن العرض لا يقوم مقام الحد أي ليس عقوبة للصائل، وإنما المقصد من دفع الصائل تجنب وقوع الصيال أو التخفيف من نتيجته.

ومما يشترط لإعفاء الزوج من العقاب: أن يكون دفع الصائل بالقتل حين رؤية الزوجة وهي تزني، وأن تكون راضية بالزنا، ولا يجوز قتل الزوجة بإخبار الشهود، أو بإكراه منها لأنها تكون مغتصبة مسلوبة الإرادة، فمن الظلم قتلها، أما الصائل فيقتل في كلتا الحالتين [1].

2- أن يكون الاعتداء حالا أو على وشك الوقوع

فبالإضافة إلى كون الاعتداء غير مشروع حتى يصح دفع الصائل، يجب أن يكون الاعتداء حالا أي بدأ ولم ينته بعد، وهنا الهدف من الدفاع منع الصائل من البدء في صياله، أو على وشك الوقوع أي لم يبدأ بعد ولكنه متوقع الوقوع فعلا، وهنا الهدف من دفع الصائل منعه الاستمرار في صياله.

حيث ليس هناك خطر اعتداء يحتمي منه الإنسان بالدفاع العاجل، وإن سلمنا بالتهديد اعتداء في ذاته فإنه وجب أن يندفع بما يناسبه، كالالتجاء إلى السلطات المختصة لحماية المصول من التهديد [2].

كما يجب أن يكون الاعتداء غير مهدد به في المستقبل فلا دفاع ضد اعتداء لم يقع بعد أو وقع وانتهى.

(1) - سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص178.

(2) - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص482.

ولا دفاع ضد اعتداء وهمي إلا ما غلب على ظن المدافع بناء على أسباب معقولة، وإلا كان فعل المصول عليه اعتداء ضد اعتداء لم يبدأ بعد، أو انتقاما ضد اعتداء بدأ وانتهى نظرا لزوال مبرر الدفاع الشرعي.

جاء في الأم للشافعي رحمه الله: "وإن أراده وهو في الطريق وبينهما نهر أو خندق أو جدار أو ما لا يصل معه إليه لم يكن له ضربه ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزا له مريدا له فإذا كان بارزا له مريدا له كان له ضربه حينئذ إذا لم ير أنه يدفعه عنه إلا بالضرب وإن كان له مريدا فانكسرت يد المريد أو رجله حتى يصير ممن لا يقدر عليه لم يكن له ضربه لأن الإرادة لا تحل ضربه" [1].

كلام الشافعي واضح يفهم منه أنه لا يجوز للمصول عليه أن يدفع الصائل إلا إذا حل الصيال، أو إذا أوشك على الوقوع فله رده قبل أن يقع، وإن دفعه بأقل ما يمكن فلا يصار إلى أكثر من ذلك لأن الصيال انتهى ولا محل للدفاع.

وجاء عند الحنفية: "إذا دخل اللص دارا وأخرج المتاع فله أن يقاتله ما دام المتاع معه لقوله عليه الصلاة والسلام "قاتل دون مالك" فإن رمى به ليس له أن يقتله لأنه لا يتناوله الحديث" [2].

وجاء عند الحنابلة. "ولا يضمن من دخل منزله متلصصا إن لم يندفع بدون قتل فيأمره رب المنزل أولا بالخروج فإن خرج لم يفعل به شيئا لحصول المقصود فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يظن أنه يندفع به"

ومعناه أن الدفاع جائز حال قيام الاعتداء غير جائز بعد انتهاء الاعتداء، ومن باب أولى دفعه قبل وقوعه بشرط تيقن وقوعه.

(1) – الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص31.

(2) – ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4، ص117.

وجاء عند المالكية في تبصرة الحكام: قال أصبغ: في السارق يدخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه، فإذا شعر به وخرج في أثره ودافعه السارق عن نفسه فقتله الرجل إذا لم يجد إلى أخذ متاعه سبيلا، فإن دمه هدر ولا قود ولا دية على قاتله؛ بشرط أن يكون المسروق معه، وإن لم يكن معه وأراد النجاة بنفسه فعلى قاتله الدية إن كان قتله بموضع السرقة، وأما لو هرب السارق بدون المسروق ولحق به الرجل وقاتله فعليه القود لأنه قتله على غير متاع كان له معه، ولو كان معه متاعه كان دمه هدرا [1].

أي للرجل أن يدفع الصائل متى كان خطر صياله حالا وقائما، أما إذا انتهى الصائل من صياله كأن هرب أو تمت جريمته حرم دفعه، وإذا كان على وشك أن يبدأ صياله وعلم بذلك المصول عليه فله أن يرده قبل أن يقع أو يمنعه من استمرار صياله.

3- أن يكون الاعتداء على النفس أو المال أو العرض

لم يحصر التشريع الإسلامي الجرائم التي تبيح الدفاع الشرعي كما فعل التشريع الوضعي، وإنما أقر مشروعية دفع الصائل ضد خطر أي جريمة، ومهما كان موضوع الصيال سواء على نفس المصول عليه أو ماله أو عرضه، أو على نفس الغير أو ماله أو عرضه.

ويصح أن يكون الاعتداء واقعا على نفس الصائل أو ماله أو عرضه، كمن يحاول قتل نفسه، أو قطع طرفه أو إتلاف ماله [2]، أو المرأة التي تمكن من عرضها سواء بالزنا أو مقدماته، وكذلك الرجل إذا فعل اللواط سواء فاعلا أو مفعولا به.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج2، ص148.

(2) - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، مرجع سابق، ج1، ص479.

المقصود بالجرائم التي تقع على النفس الاعتداء الذي يمس بحياة الإنسان أو سلامة جسمه، كالقتل والجرح والضرب، أي بكل صور الاعتداء الممكنة غير المشروعة، وقد نصت أحكام الشريعة الإسلامية على ما يكفل حماية الإنسان وحقوقه المادية والمعنوية.

وقد سبق سرد بعض الأدلة من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي حول حكم الدفاع عن النفس أو المال أو العرض.

جاء في الذخيرة عند المالكية: "والمدفوع عنه كل معصوم من نفس أو بضع أو ومال" [1].

جاء في منهاج الطالبيين عند الشافعية: "له دفع كل صائل على نفس أو طرف أو بضع أو مال فإن قتله فلا ضمان" [2].

جاء في المغني عند الحنابلة: "وكل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكرنا فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به" [3].

جاء في لسان الحكام عند الحنفية: "ولو عض رجل يد آخر فأخرج يده من فم العاض فكسر أسنان العاض، وسقط من لحم يد المعضوض شيء، وجرح يده لا يجب موجب السن؛ لأنه مضطر في نزع اليد ويجب على العاض أرش اليد لأنه جان" [4].

(1) – شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تح محمد حجي، دار الغرب، بيروت، د ط، 1994، ج12، ص262.

(2) – محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة، بيروت، د ط، د ت، ص135.

(3) – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص347.

(4) – إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط2، سنة 1973، البابي الحلبي، القاهرة، ج1، ص281.

4- أن يكون الاعتداء غير مثار

من بين أهم شروط دفع الصائل والتي أغفلتها أغلب التشريعات الوضعية؛ أن يكون الصيال غير مثار من قبل المصول عليه، أي أن لا يكون المدافع مصدر الاعتداء الذي اضطر المعتدي إلى بدء فعل العدوان، فإذا كان المصول عليه هو من أثار الصائل بجعله يصول عليه فلا يحق له الدفاع، أما الصيال غير المثار يستلزم أن يكون خطره ناتجا عن سلوك تلقائي من الصائل وأن يكون هذا الأخير حرا في إرادته.

جعلت الشريعة الإسلامية الدفاع عن العرض كالدفاع عن النفس حقا للكافة، بل إن بعض الفقهاء يعتبره واجبا لا تخيير فيه يأثم تاركه، ولا فرق بين الزوج والزوجة أو بين الزوج وغيره من الناس، كما أباحت الشريعة القتل في سبيل حماية العرض إن اقتضت الظروف ذلك ودم الصائل هدر والمصول عليه معصوم، ولا يحق للصائل ابتداء حق الدفاع لأنه هو من أثار دفاع المصول عليه [1].

وعليه لا يجوز للمصول عليه أن يحتج بحالة الدفاع الشرعي، إذ لا دفاع ضد دفاع مشروع، كالزاني أو شريكه إذا فاجأهما الزوج المتضرر ومارس حقه في الدفاع عن عرضه، إلا في حالة إفراط أو تجاوز المدافع حدود فعل دفاعه كعدم التناسب بين فعل الاعتداء على عرض الزوج وبين فعل دفاعه.

ولكن لا يعقل التجاوز إلا كمثل أن ينتهي الزاني من فعلته فيكون الدفاع انتقاما أو أن يلوذ بالفرار فيتبعه الزوج المتضرر.

وإن قتل المدافع عن عرضه أو عرض غيره فهو شهيد لقوله صلى الله عليه وسلم: "من قتل دون أهله فهو شهيد" [2].

(1) - عبد الخالق النوراني، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتبة العصرية، بيروت ص85-86.

(2) - سبق تخريجه.

وخير مثال على شرط أن لا يكون الاعتداء مثارا؛ ما سبق من الأمثلة على ذلك قضاء علي رضي الله عنه في المرأة التي أدخلت صديقها سرا ليلة عرسها إلى حجلتها، ولما جاء الزوج وقاتل الصديق فقتله، ثم قتلت المرأة زوجها، فقضى علي بقتل المرأة بالزوج، ولم يعتبر المرأة مدافعة عن نفسها أو عن غيرها.

جاء في تبصرة الحكام "ولو عض رجل يد رجل فسل يده من فيه فسقطت أسنانه، فالمشهور أنه يضمن أسنانه لأنه مباشر، وقيل لا يضمن، لأن صاحب اليد تسبب في ذلك وسلطه على نفسه" [1]

والشاهد من هذا الكلام أن صاحب اليد هو الصائل، فقد أثار بصياله رد فعل المصول عليه وتسبب بعض يده، ولا ضمان في ذلك في أحد أقوال الفقهاء، والضمان في قول آخر، ومن الأحاديث التي تبين أن لا يكون الاعتداء مثارا من قبل المصول عليه عن عمران بن حصين قال: "قاتل يعلى بن منية أو ابن أمية رجلا. فعض أحدهما صاحبه. فانتزع يده من فمه. فنزع ثنيته. (وقال ابن المثنى: ثنيتيه) فاختصما إلى النبي ﷺ. فقال (أيعض أحدكم كما يعض الفحل؟ لا دية له)" [2] فالذي عض هو من بدأ الظلم وأثار الاعتداء لذلك لا قصاص ولادية له.

(1) – ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق، ص258.

(2) – صحيح مسلم ج3، ص1300، رقم الحديث: 1673، باب الصائل على نفس الإنسان أو غيره إذا دفعه المصول عليه فأتلف نفسه أو عضوه لا ضمان عليه.

المبحث الثاني: الدفاع

يعتبر فعل الدفاع أهم ركن من أركان الدفاع الشرعي، لذلك يسمى رد الاعتداء غير المشروع بالدفاع المشروع أو الدفاع الشرعي كما اصطلح على ذلك أغلب فقهاء القانون، وبما أن الاعتداء يجب أن تتوفر فيه شروط معينة سبق ذكرها وتفصيلها، ففعل الدفاع أيضا لابد له من شروط حتى تنشأ حالة الدفاع الشرعي، وهي لزوم الدفاع وتناسب الدفاع.

المطلب الأول: لزوم الدفاع

قد تقرر في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي أن يكون فعل الدفاع لازما لرد الاعتداء، وأن تتناسب أفعال الدفاع مع أفعال الاعتداء، وعليه نتناول هذين الشرطين فيما يلي من الفرعين على التوالي:

الفرع الأول: في التشريع الوضعي

المقصود بالدفاع تلك الأفعال التي يأتيها المعتدى عليه (المصول عليه) أو غيره ردا على أفعال الاعتداء (الصيال) الصادرة من المعتدي (الصائل) لكسر شوكته ودرء عدوانه [1].

من المعلوم أنه إذا كان بإمكان المعتدى عليه تجنب الاعتداء، والتخلص منه بطريقة لا تعد فعلا غير مشروع، كاللجوء إلى السلطات العامة أو الهرب من المعتدي، فإنه لا يباح له أن يدافع بفعل يعتبر جريمة والتي أباحها القانون، وإن لم يجد إلا هذا الأخير لازما لدرء الاعتداء، فيباح له ذلك وهذا معنى لزوم الدفاع لمنع وقوع العدوان أو منع استمراره.

(1) – محمد السيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، ص231.

بالرجوع إلى التشريعات العربية نجدها تشترط أن يكون فعل الدفاع لازما لرد الاعتداء، سواء بنص صريح أو مما يفهم ضمنيا.

ورد النص على أفعال الدفاع في التشريع الجزائري في المادة 2/39"لا جريمة...إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"

لكن المشرع لم يبين أو يحدد أفعال الدفاع، لأنها متنوعة وتختلف من حالة إلى أخرى، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر إلى وقائع كل حالة وحسب الظروف والملابسات الموجودة [1].

فشرط اللزوم يستخلص من عبارة "إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع" أي ليس هناك ما يتجنب به المدافع الاعتداء من فعل مباح بوسيلة أو سلوك كالهرب أو الاحتماء بالسلطات العامة، غير ما يلزمه فعله –من فعل يعتبر في الأصل غير مشروع– لدرء خطر الاعتداء أو رد عدوان المعتدي الواقع أو منع استمراره.

ثم جاء ذكر شرط تناسب أفعال الدفاع مع أفعال الاعتداء في عبارة "بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"

وعبر المشرع الليبي عن شرط لزوم الدفاع بعبارة "...ويبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع اضرارا به..." [2]

(1) – دحماني الزهرة، نظرية الدفاع الشرعي، ص101.

(2) – المادة 70 من قانون العقوبات الليبي.

والشاهد من هذا قوله "كل فعل يلزم" ثم زاد المشرع الليبي توضيحا في نفس المادة 70 من نفس القانون" وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة". أما المشرع المصري فقد عبر عن الفعل اللازم لرد الاعتداء في المادة 246 من قانون العقوبات "حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة" والشاهد من هذا النص عبارة "استعمال القوة اللازمة"

وتعبر تشريعات أخرى باصطلاح "الضرورة" أو بما يستفاد منها كون المدافع لا يمكنه النجاة من المعتدي بوجه آخر غير دفعه [1].

وكمثال عن شرط اللزوم في فعل الدفاع أن المعتدى عليه إذا أمكنه إطلاق عيار ناري في السماء حتى يخوف المعتدي لمنعه من العدوان فلا يجوز له إطلاق الرصاص عليه مباشرة، لأنه توجد وسيلة وطريقة بديلة لتجنب الخطر غير إصابة المعتدي والتي تعد فعلا غير لازم وبالتالي لا يصح الدفاع الشرعي.

وعليه فإباحة أفعال الدفاع لرد الاعتداء يجب أن تكون لازمة وضرورية، وإن لم تكن كذلك انتفت الحكمة من الدفاع الشرعي وكانت من قبيل الانتقام أو الثأر.

التساؤل الذي يُتطلب طرحه ما طبيعة فعل الدفاع؟ فعلى غرار كون خطر الاعتداء أو الاعتداء فعلا ماديا أو معنويا، قد يكون فعل الدفاع ماديا أو معنويا، كما يشترط أن يتجه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر، وما

(1) – بالرجوع إلى التشريعات العربية نجد منها التي استعملت عبارة "الضرورة" كل من قوانين العقوبات المغربي والأردني والسوري واللبناني، أما المشرع التونسي أشار إليه صراحة بعبارة " ولم تمكنه النجاة منه بوجه آخر " التي يفهم منها لزوم فعل الدفاع هو الحل الوحيد لصد المعتدي.

مدى صحة لزوم الدفاع إذا كان بمقدور المدافع تجنب الاعتداء باللجوء إلى السلطات العامة أو الهرب من المعتدي؟

هذا ما سنتطرق إليه في النقاط التالية:

1-عناصر فعل الدفاع:

يتألف فعل الدفاع من عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي

أ-العنصر المادي:

لقد رأينا سابقا أن الاعتداء يتكون من عنصرين مادي ومعنوي، وعليه طبيعة رد الاعتداء تقتضي أن يكون ماديا ومعنويا، فالعنصر المادي لفعل الدفاع؛ يقصد به السلوك المادي الذي يصدر من المدافع أو غيره لدفع الاعتداء أو درء خطره.

الغالب أن التشريعات العربية لا تفرق في إباحة الدفاع؛ بين أن يكون المدافع هو المعتدى عليه أو الغير، حيث يشذ في هذا الاتجاه المشرع التونسي [1] حيث أباح الدفاع الشرعي للمعتدى عليه إذا تعرض لخطر حتمي يهدد حياته أو حياة أحد أقاربه؛ مع حصر الأقارب من فئة الأصول والفروع، الإخوة والأخوات، الزوج والزوجة،

أما إذا كان الشخص المعرض للخطر من غير ما ذكر النص القانوني فللقاضي أن يجتهد في تقدير وتحديد مسؤولية المدافع.

(1) – نص الفصل 39 من المجلة الجزائية على الآتي: "لا جريمة على من دفع صائلًا عرّض حياته أو حياة أحد أقاربه لخطر حتمي ولم تمكنه النجاة منه بوجه آخر. والأقارب هم أولًا: الأصول والفروع، ثانيًا: الإخوة والأخوات، ثالثًا: الزوج والزوجة. أما إذا كان الشخص المعرّض للخطر من غير هؤلاء الأقارب فللقاضي الاجتهاد في تقدير درجة المسؤولية".

وقد رأى المشرع المصري أن أفعال الدفاع تكون بالقتل أو الضرب أو الجرح، فقد نصت المادة 245 من قانون العقوبات المصري على أنه: "لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله"

فالشارع لا يقصد بذكر هذه الأفعال أنها على سبيل الحصر وما عداها محظور، ذلك أنه أشار إلى الغالب من أشكال الدفاع بالقتل أو الضرب أو الجرح، وبما أنه أقر بهذه الأفعال الخطيرة فمن باب أولى يسمح بما دونها خطرا.

فكل فعل يصلح لدرء الخطر يعد فعل دفاع ويباح إن توفرت الشروط المطلوبة، فيجوز تحطيم سلاح المعتدي أو تجريده منه، أو الإمساك بالمعتدي والاستعانة بالسلطات العامة [1].

ب-العنصر المعنوي:

المراد بذلك أن يقصد المدافع فعل الدفاع بحد ذاته الذي يصد به خطر الاعتداء [2] وكأصل عام تتجه إرادة المدافع إلى تحقيق نتيجة -إجرامية مباحة- وهي منع المعتدي من الاستمرار في عدوانه أو درء خطره.

فمعنى لزوم الدفاع في إطار ممارسة حق الدفاع الشرعي، ينصب أساسا على كيفية الدفاع، ولذا كان اتصاله بالعنصر المادي للدفاع؛ الذي يتكون من سلوك المدافع ونتيجته وعلاقة السببية القائمة بينهما [3].

(1) - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص212.

(2) - بركاني فرحات، الدفاع الشرعي "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص183.

(3) - محمد نعيم نصر فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1981، ص399.

أفعال الدفاع كما تباح للمعتدى عليه تباح لغيره، وبدون شرط وجود علاقة أو قرابة بين المعتدى عليه والمدافع عنه، بل تكون من قبيل الواجب القانوني في بعض الظروف كعدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر.

قد يحصل نزاع بين طرفين لسبب ما ويقدم كل واحد منهما على ضرب الآخر وإيذائه، فيتبادلان الضرب في حد ذاته ويحتمل أن يكون أحدهما بدأ بالضرب قبل الآخر، وبما أن كلاهما يقصد الاعتداء على الآخر بضربه، فليست هناك حالة دفاع شرعي لأنه يصعب التفريق بين المعتدي والمدافع [1].

وعليه أفعال كل منهما غير مشروعة وبالتالي مجرمة تستلزم العقاب، لتعذر توفر شروط الاعتداء وشروط الدفاع، وكلاهما يعتبر معتديا على الآخر.

الغالب أن أفعال الدفاع تكون عمدية، إلا أنه يمكن أن تأخذ صورة الفعل غير العمدي وتعد فعل دفاع، ومثال ذلك أن يقتل شخص آخر حين إطلاقه النار بقصد الصيد، ثم يتبين أن المقتول كان يترصد هذا الشخص لقتله، ولولا هذا الحادث لتمكن من قتله [2].

كما أن الأصل في أفعال الدفاع أن تكون إيجابية، إلا أنه يمكن أن تقع بطريقة سلبية ومن ذلك امتناع المعتدى عليه عن مسك كلبه المدرب وتركه حرا ليهاجم المعتدي فيمنع اعتداءه أو يوقف استمراره، وقد يكون الدفاع عن طريق الامتناع عن مواجهة المعتدي والتحصن بأداة من شأنها إضعاف ضرباته أو إتلاف وسيلة اعتدائه.

(1) – محمد عودة صالح الغزو، الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق، ص84.

(2) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص243.

2-نية الدفاع

بما أن قصد المدافع في دفع الاعتداء غير المشروع الحال أو على وشك الوقوع لا يؤثر في مدى صحة الدفاع الشرعي، سواء كان يقصد الدفاع أو لا يقصده نتيجة عوامل أخرى، فإنه متى توافرت شروط الدفاع الشرعي استفاد منها المدافع بغض النظر إلى قصده، وذلك لأن أسباب الإباحة في التشريعات الوضعية تعد من الأسباب الموضوعية وليس الشخصية.

الرأي السائد فقها يرى أن القانون لا يتطلب نية المدافع في دفع الاعتداء، وفي حالة انتفاء النية تعتبر تطبيقا لفكرة الجهل بالإباحة، لأن الجهل بالإباحة لا ينفي وجودها، وإذا كان المدافع يجهل وجود الخطر أو اتجهت نيته إلى غرض آخر غير الدفاع، لا ينفي حالة الدفاع الشرعي، ومن باب أولى إذا كان يعلم بوجود الخطر [1].

ومثال ذلك إذا اعتدى شخص على عدوه قبل أن يباشره بالاعتداء، ثم تبين أنه كان يهدده بخطر اعتداء، فالمدافع في هذه الحالة دون شرط أن ينوي الدفاع قد درأ خطر اعتداء يوشك أن يقع عليه.

ومنه إذا توافرت شروط أسباب الإباحة؛ أنتجت أثرها دون الاعتداد بالحالة النفسية لمن يستفيد منها، ولا يحول دون الاحتجاج بالدفاع الشرعي، أن تتوافر لدى المدافع نية أخرى إلى جانب نيته في الدفاع، كما لو أراد وقاية حقه وفي نفس الوقت يقصد التخلص من عدوه [2].

(1) - فوزية عبد الستار، بحث في الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص15.

(2) - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص213-214.

ومثال ذلك إذا كان المعتدى على ماله يدافع عنه يريد استرجاعه من السارق، والسارق يواصل اعتداءه على المدافع حتى ينجو بسرقته، ففي هذه الحالة المدافع له نية الدفاع وذلك لا يكون إلا بجرح السارق وتعطيله عن الحركة في سبيل حماية ماله.

3-ثبوت اتجاه فعل الدفاع نحو مصدر الخطر

لا يكون فعل الدفاع لازما إلا إذا كان الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء، ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت توجيه الدفاع إلى مصدر الخطر، فإذا ترك المعتدي مصدر الخطر ووجه دفاعه ضد شخص آخر فإن هذا الدفاع غير شرعي [1].

ومن الأمثلة الشائعة أن يترك المهدد بالخطر الأغنام التي دخلت مرعاه ويوجه دفاعه ضد مالكها، أو أن يوجه دفاعه ضد مالك الكلب ويترك الكلب الذي هاجمه من تلقاء نفسه، ففي هذه الحالة لا يعتبر فعل الدفاع لازما وبالتالي لا يصح الدفاع الشرعي.

أما إذا تعمد مالك الأغنام دخولها إلى مرعى غيره بدون حق، أو إذا حرض مالك الكلب كلبه ضد غيره، ففي هذه الحالة يباح الدفاع ضد غير مصدر الخطر أي مالك الأغنام أو مالك الكلب، إذا كان هذا الدفاع يوقف الاعتداء أو يمنع وقوعه، وإلا كان دفاعا غير مشروع وعدوانا بغير حق.

لأن المقصد من إباحة القانون للدفاع الشرعي، هو رد العدوان أو وقفه وليس الانتقام من المعتدي أو مجازاته، ولا يكون ذلك إلا بتوجيه فعل الدفاع ضد مصدر الخطر لرده أو درئه.

(1) – أحمد أبو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية الجنائية والشروع والدفاع الشرعي وعلاقة السببية، الموسوعة الجنائية الحديثة، الكتاب الأول، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ص133.

جاء في نص [1] المادة 458 المتعلقة بالرعي في أراضي الغير من قانون العقوبات الليبي أنه إذا ترك الراعي حيواناته تدخل في أرض غيره مزروعة أو غير مزروعة عمدا أو بإهمال فإنه يعاقب أي فعله غير مشروع ولا تقام الدعوى عن هذه الجريمة إلا بناء على شكوى المتضرر، إذن لا يباح لمالك الأرض أن يوجه اعتداءه إلى راعي الحيوانات، بل عليه أن يوجه دفاعه إلى الدواب ليجعلها تخرج من أرضه.

وفي حالة ما إذا اعتدى صاحب الدواب بالقوة على من يطردها، عندها يباح لصاحب الأرض دفعه بالقوة اللازمة والمناسبة، وذلك لتوفر شروط الدفاع الشرعي [2].

والشاهد في هذه المادة أنه حتى لو تعمد مالك الحيوانات إدخالها في أرض غيره، والتي اعتبرها القانون جريمة معاقبا عليها، فلا يباح الدفاع الشرعي ضده، ولا يعاقب إذا كانت الأرض غير مزروعة ولم ترفع ضده دعوى قضائية.

4-لزوم الدفاع وعدم إمكانية اللجوء إلى السلطة العامة

حتى يكون فعل الدفاع لازما لرد الاعتداء أو درئه، يجب أن يتعذر على المعتدى عليه اللجوء إلى السلطات العامة في الوقت المناسب لحمايته من هذا الاعتداء، وهذا الشرط قد نصت عليه بعض التشريعات صراحة نذكر منها على سبيل المثال:

---

(1) – النص الكامل للمادة 458 من قانون العقوبات الليبي:

"كل من ادخل بغير حق حيواناته للرعي أو تركها ترعى عمدا أو بإهمال في أراضي غير مزروعة يعاقب بغرامة لا تجاوز خمسين جنيها.

وإذا وقع ذلك في أرض مزروعة أو مغروسة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائة جنيه.

ولا يسري حكم الفقرة الأولى على الأراضي المملوكة للدولة أو الأراضي القبلية إلا إذا صدر قرار من وزير الزراعة بحظر الرعي فيها.

كما لا تقام الدعوى عن الجريمة المشار إليها في الفقرة الأولى إلا بناء على شكوى الطرف المتضرر".

(2) – أحمد محمد بونه، أسباب الإباحة وأسباب تخفيف العقاب في القانونين الليبي والمغربي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2010، ص 192.

المشرع المصري في المادة 247 من قانون العقوبات [1] "وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية".

والمشرع العراقي في المادة 42 من قانون العقوبات: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق الدفاع الشرعي ويوجد هذا الحق إذا توافرت الشروط الآتية: ... أن يتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب"

والمشرع الليبي في المادة 70 من قانون العقوبات "لا عقاب إذا ارتكب الفعل أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي... وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة "

والمشرع الكويتي في المادة 33 من قانون الجزاء [2] "لا تقوم حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان الخطر الذي يهدد النفس أو المال خطرا حالا، لا يمكن دفعه بالالتجاء في الوقت المناسب إلى حماية السلطات العامة"

والمشرع السوداني في المادة 12 فقرة 2 من قانون الجزاء [3] : " ينشأ حق الدفاع الشرعي إذا واجه الشخص خطر اعتداء حال أو على وشك الوقوع... وكان من المتعذر عليه اتقاء الخطر باللجوء إلى السلطات العامة أو بطريقة أخرى، ويجوز له أن يدفع الخطر بقدر ما يلزم لرده وبالوسيلة المناسبة"

(1) – قانون رقم 58 لسنة 1937 بإصدار قانون العقوبات وفقاً لآخر تعديل صادر في 20 نوفمبر عام 2021، الجريدة الرسمية – ع 71 – في 5 أغسطس سنة 1937.

(2) – ويسمى بقانون الجزاء الكويتي أو قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960.

(3) – ويسمى بالقانون الجنائي لسنة 1991.

والشاهد من عرض هذه النصوص تصريحها بعبارة "اللجوء إلى السلطات العامة" فمتى كان ذلك ممكنا تعذر استعمال الدفاع الشرعي.

وهناك تشريعات أخرى أشارت إليه ضمنيا ومن أمثلة ذلك من نصوص قانونية للتشريعات التالية: المشرع الجزائري والمشرع المغربي والمشرع اللبناني والمشرع العماني.

أورد المشرع الجزائري في المادة 39 فقرة 2 من قانون العقوبات: "لا جريمة: ...إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

نص المشرع المغربي في الفصل 124 الفقرة 3 على أنه: "لا جناية ولا جنحة ولا مخالفة في الأحوال الآتية: ... إذا اضطر الفاعل ماديا إلى ارتكاب الجريمة، أو كان في حالة استحال عليه معها استحالة مادية، اجتنابها، وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته...بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء"

المشرع اللبناني في المادة 184 من قانون العقوبات [1] : "يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس أو الملك ..."

المشرع العماني في المادة 36 من قانون الجزاء "لا يعد جريمة الفعل المرتكب في ممارسة حق بغير تجاوز... كل فعل دفعت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار عن النفس أو الملك..."

(1) – مرسوم اشتراعي رقم 340 صادر في 1943/3/1 المتضمن قانون العقوبات اللبناني.

والشاهد من هذه النصوص القانونية أنها لم تذكر صراحة، أن اللجوء إلى السلطة العامة ينفي حالة الدفاع الشرعي، ولكن عبرت بما يفيد ذلك بمصطلح الضرورة أو حالة استحالة تجنب خطر الاعتداء إلا بدرئه أو رده.

ويجب أن يكون لجوء المهدد بالخطر إلى السلطات العامة ممكنا وفي الوقت المناسب وبما يكفي للقيام بهذا الإجراء قبل وقوع الاعتداء [1].

فإذا كان بإمكان المعتدى عليه دفع الاعتداء أو درء خطره عن طريق اللجوء إلى السلطات العامة، والتي بدورها تتدخل في الوقت المناسب ويكون لها أثر على حماية الحق المهدد بالخطر، وجب عليه ذلك ولا يصح منه الدفاع الشرعي، لأن الأصل في حماية الأفراد وحقوقهم هي السلطة العامة ولا يلجأ إلى بدل عنها إلا في حالة التعذر أو الاستحالة التي تفوت على المدافع فرصة الدفاع الشرعي.

ولكن إمكانية الركون إلى الاحتماء بالسلطات العامة، ليست مانعا دون الاحتجاج بالدفاع الشرعي؛ إلا إذا كان هذا الركون في الوقت المناسب وسببا في تجنب الاعتداء، أما إذا كان هذا الركون غير متاح قبل وقوع الاعتداء فإن الحق في الدفاع الشرعي يظل قائما [2].

5-لزوم الدفاع وإمكانية الهرب

إذا كان في مقدور الشخص المهدد بخطر اعتداء غير مشروع، أن يتجنب ذلك بالهرب من المعتدي، لكنه مارس حقه في الدفاع الشرعي بما يلزم ويتناسب، فهل يكون الدفاع الشرعي غير لازم وبالتالي لا يصح الاحتجاج به؟

(1) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص245.

(2) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص215.

ما يجري العمل به فقها وقضاء، أن القانون لا يفرض على المهدد بخطر اعتداء أن يهرب، إذا كان في ذلك منجاة له من الخطر، فلا يطالب باللجوء إليه، ولهذا فإذا لم يهرب المعتدى عليه من المعتدي وفضل مواجهته ورد عدوانه، فإنه يبقى متمسكا بحقه في الدفاع الشرعي [1].

ويبرر أغلب شراح القانون تفضيل الدفاع الشرعي عن الهرب، لأن الدفاع الشرعي حق وفعل مباح ومشروع، وأن الهرب فعل مشين وعمل وضيع يدل على الجبن ويحط من كرامة الإنسان، وفيه تمادي وتطاول للمعتدين على غيرهم إذا لم يتم مواجهتهم.

والرأي الثاني لبقية فقهاء القانون يميزون بين الهرب غير المشين، وعليه نجد قولين كما يلي:

القول الأول: إن فعل الهرب قد يكون محمودا إذا كان مصدر الاعتداء مجنونا أو سكرانا أو صبيا صغيرا [2] أو دابة أو كلبا عقورا، وليس في ذلك مظهر للهارب بالجبن ولا يتعارض مع الحط من الكرامة الإنسانية، بل هو عين التعقل والحكمة.

القول الثاني: أن فعل الدفاع الشرعي محظور، وأن الهرب واجب كهروب الابن من اعتداء أحد أصوله، ويستفاد ذلك من نص المادة 282 من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على أنه: "لا عذر إطلاقا لمن يقتل أباه أو أمه أو أحد أصوله" [3] والاعتداء المقصود من أحد الأصول ما كان بغير التأديب، والهرب من اعتداء الأب أوجب وأحسن من رد الاعتداء عليه، وما كان بداعي التأديب من باب أولى لا يجوز الرد عليه.

(1) – محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة، مرجع سابق، ص434.

(2) – أحمد محمد بونه، أسباب الإباحة وأسباب تخفيف العقاب في القانونين الليبي والمغربي، مرجع سابق، ص191.

(3) – عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام، مرجع سابق، ص97.

ويذهب جانب من الفقه الجنائي في رأي ثالث: إلى عدم التمييز بين فرضية كون الدفاع الشرعي حق والهرب موقف مشين، وفرضية فعل الهرب غير المشين استثناء من حق ممارسة الدفاع الشرعي، لأن المدافع غير ملزم بالهرب، ولأن هذا يعتبر إضافة شرط أخر لقيام حالة الدفاع الشرعي يتمثل في توافر صفة معينة في المعتدي [1]، وفي هذا ما يتنافى مع المقاصد القانونية للدفاع الشرعي، ولأن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية وليست شخصية.

6-الدفاع عن طريق الوسائل الآلية (الدفاع الميكانيكي)

من القواعد المقررة في باب الدفاع الشرعي؛ أنه لا يباح فعل الدفاع ضد خطر اعتداء مستقبلي، لأنه يمكن تجنب وقوعه سواء باللجوء إلى الاحتماء بالسلطات العامة أو عن طريق اتخاذ إجراءات وما يلزم من احتياطات لدرء ذلك الخطر أو منع وقوعه ولو بالتقليل من ضرره.

قد أجمع فقهاء القانون على أنه لا تقوم حالة الدفاع الشرعي باستعمال الوسائل الآلية، بشرط إذا كانت هذه الوسائل لا تعمل إلا عند وقوع اعتداء محقق وغير مشروع، وكان الضرر الناتج عنها متناسبا مع جسامة الاعتداء [2].

ومن الأمثلة الشائعة عن تلك التدابير أن يمرر صاحب المسكن أو المصنع أو المزرعة على السور الخارجي قطعا من الزجاج أو قطعا حديدية مسننة أو سلكا كهربائيا يصعق كل من يحاول تجاوزه، أو أن يتم وضع آلة على الأبواب أو الخزائن تطلق النار تلقائيا على من يحاول اقتحامها، أو من يتخذ كلبا مدربا للحراسة يهاجم كل من يحاول الاعتداء على المسكن أو المزرعة أو الغنم.

(1) – عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص204-205.

(2) – عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام، مرجع سابق، ص98.

وفي هذه الأحوال قد يحتج بعدم جواز الدفاع الشرعي، وذلك لتخلف أحد شروطه والمتعلق بالخطر المستقبلي المحتمل، أي الخطر الذي يهدد صاحب المكان، لكن الحقيقة غير ذلك لأن العبرة ليست بوقت وضع الأجهزة الكهربائية والميكانيكية والآلية، وإنما العبرة بوقت عمل هذه الوسائل حيث يتزامن عملها مع حلول الخطر أو قرب وقوعه [1].

أما إذا كانت تلك الأجهزة والمعدات قد تعمل في كل الأحوال وحتى في عدم وجود الخطر، أو قد تلحق ضررا بالمعتدي لا يتناسب مع جسامة اعتدائه، أو أن يكون دفاعها غير لازم كأن يكون بإمكان المهدد بالخطر تجنبه بغير هذه الوسائل، وعليه لا تصح حالة الدفاع الشرعي ويكون المعتدى عليه مسؤولا جنائيا عما أحدثه للمعتدي بسبب تجاوزه لحدود الدفاع الشرعي.

وفي أحد الآراء الفقهية أنه لا مسؤولية على المالك؛ لأنه لا يمكن أن يسند إليه إحداث جريمة عمدية، لعدم توافر القصد الجنائي لديه، كما أن علاقة السببية غير محققة بين الفعل الذي قام به وبين الإصابة التي حدثت [2].

لكن الإشكال الذي يترتب عن الدفاع بالوسائل الآلية، أن المدافع لا يمكنه أن يوجه أفعال دفاعه إلى المعتدي دون غيره، فقد يكون من يقع عليه هذا الدفاع طفلا أو مجنونا أو غيرهما ممن ليس له قصد الاعتداء أو يهدد بخطر اعتداء، والنتيجة إلحاق الأذى به.

إذن فالمالك بوضعه هذه الوسائل قصد بفعله زجر من يحاول الاعتداء، فلا يمكن أن يسند إليه إحداث ضرر غير عمدي، لأن ركن الخطأ غير موجود لديه بدليل أنه لم يحدث منه أدنى تقصير، والمعتدي

(1) – محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة، مرجع سابق، ص425.

(2) – محمد مصطفى القللي، في المسؤولية الجنائية، ص343.

هو الذي كان السبب المباشر فيما حدث له، لكن بشرط أن يكون الضرر الناتج عن الدفاع الآلي متناسبا مع العدوان، وإلا اعتبر المالك متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي [1].

ومن الوسائل الآلية المعاصرة المباحة في التشريعات الوضعية بدون خلاف فقهي، والتي تستخدم في الدفاع الشرعي في درء الاعتداء دون دفعه بالقوة أو بوسيلة قد يصعب تقدير التناسب فيها مع فعل العدوان، كاميرات المراقبة وصافرات الإنذار وذلك بهدف زجر المعتدين ووقايتهم من الوقوع في الجريمة وفي نفس الوقت حماية الأشخاص وحقوقهم، وهذا من أهداف وغايات السياسة الجنائية الحديثة.

وتقدير لزوم القوة لدفع الاعتداء أمر نسبي، لا يتم بصورة مجردة، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، بالنظر إلى ظروف ومقتضيات الواقعة الفعلية ومختلف الملابسات التي أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان [2].

فمتى كانت الوسيلة المستعملة في رد أو درء الاعتداء أو خطره هي الأنسب والأمكن دون غيرها في ظل تلك الظروف، كان شرط التناسب معتدا به وبالتالي صح الدفاع الشرعي من قبل المعتدى عليه.

الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي

المقصود بلزوم الدفاع في الفقه الإسلامي أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها، فإن تجاوز المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء بوسيلة أخرى فهو معتد [3]، وكان متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي يسأل جنائيا ومدنيا عن فعل دفاعه.

(1) – أحمد محمد بونه، أسباب الإباحة وأسباب تخفيف العقاب في القانونين الليبي والمغربي، مرجع سابق، ص141.

(2) – علي يسر أنور، الدفاع الشرعي: دراسة لمبدأ المشروعية، المجلية الجنائية القومية، مج13، ع2، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، ص238.

(3)– عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، مرجع سابق، 482.

ومثال ذلك من كان باستطاعته دفع الصائل بطريقة مشروعة كمناشدة الصائل أو الصراخ عليه أو الاستغاثة بالناس أو اللجوء إلى السلطات العامة في الوقت المناسب، أو تجنب صيال المصول عليه بأسلوب أو وسيلة غير رده بالقوة، أو بالهرب منه – على خلاف بين الفقهاء– فإنه لا يجوز له دفع الصائل بفعل غير مشروع. وعليه شرط اللزوم يستلزم منا دراسة المسائل السابق ذكرها كلزوم الدفاع والاستغاثة أو اللجوء إلى السلطات العامة وغيرها، وبيان عناصر فعل الدفاع وأراء الفقهاء في ذلك.

1–عناصر الدفاع:

لفعل الدفاع عنصران هما العنصر المادي، والعنصر المعنوي:

العنصر المادي:

ويقصد به السلوك والفعل المادي الذي يصدر من المصول عليه أو غيره، تجاه الصائل كرد فعل لصياله أو درء خطره.

والفقه الإسلامي لم يحدد أفعالا معينة بحد ذاتها دون غيرها، تكون هي الأصح والأمثل أن يدافع بها المصول عليه، بل ترك الإباحة للفطرة البشرية السوية والعقل السليم، وواقع الحال وما هو متاح حسب كل حالة من كل فعل يلزم منه درء خطر صيال الصائل أو إنهائه أو وقفه [1].

جاء في الكافي عند المالكية: أن الواقدي روى عن مالك وابن أبي ذئب أنهما قالا في الرجل؛ يدخل دار قوم بغير إذنهم ولهم كلب عقور فيعقره، إنهم لا ضمان عليهم مربوطا كان أو غيره مربوط، ومن قطع يد سارق قد وجب قطعها فلا شيء عليه، ولو عض رجل يد رجل فانتزع المعضوض يده من في عاضها،

(1) – بركاني فرحات، الدفاع الشرعي "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص175.

فقلع في ذلك ثنيته كان ضامنا عند مالك، ومعنى ذلك عند أصحابه أنه كان قادرا على انتزاعها من غير قلع سن، فلذلك ضمن والذي عليه جمهور العلماء أنه لا ضمان عليه في ذلك لما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال له: "أيدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل لا دية لك" [1].

والشاهد من هذا الكلام ثبوت السلوك المادي في فعل الدفاع وجوازه، كقطع يد السارق من قبل المصول عليه أو انتزاع يده من فم الصائل.

وجاء عند الحنابلة لصاحب العدة: "ومن عرض له من يريد نفسه أو ماله أو حريمه أو حمل عليه سلاحا أو دخل منزله بغير إذنه فله دفعه بأسهل ما يكون أنه يندفع به فإن لم يندفع إلا بقتله فله قتله ... ومن صالت عليه بهيمة فله دفعها بمثل ذلك ... ومن اطلع في دار إنسان أو بيته من خصاص الباب أو نحوه فحذفه بعصاة ففقأ عينه فلا ضمان عليه" [2] فرد الصيال من قبل المصول عليه بفعل القتل أو فقأ العين هو فعل مادي.

العنصر المعنوي:

ونعني به أن يقصد المدافع فعل الدفاع وتتجه إرادته عن وعي وإدراك نحو دفع الصيال أو درء خطره –أي السلوك المادي لفعل الدفاع–مع علمه أنه يأتي فعل دفاع في أصله كان غير مشروع ثم أبيح فأصبح مشروعا

(1) – أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط2، 1980، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض–السعودية، ج2، ص1126

(2) – عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (ت: 624هـ)، العدة شرح العمدة، تح: صلاح بن محمد عويضة، ط2، 2005، دار الكتب العلمية، ج2، ص184–185.

إذا توفرت فيه شروط الدفاع، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالأهلية أي أن يكون المصول عليه مكلفاً أي مسئولاً عن أفعاله.

جاء عند المالكية في التاج والإكليل ما نصه: "لا يقصد المصول عليه القتل إنما ينبغي أن يقصد الدفع فإن أدى إلى القتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فجائز قصد قتله ابتداء"[1]

من خلال هذا النقل يتضح أن صاحبه يشير صراحة إلى ضرورة التمسك بقصد الدفاع، لا بقصد آخر كالقتل أو الانتقام، فإن تعذر ذلك فللمصول عليه قصد قتل الصائل مع شرط العلم بأنه لا يندفع إلا بالقتل، وإلا كان الدفع بالقتل غير لازم.

وعليه نلحظ أن جمهور الفقهاء فصَّلوا القول في أهلية الصائل، لكن لم يتعرضوا للعنصر المعنوي في فعل الدفاع [2].

2-نية الدفاع

جاء في الشرح الممتع: لو أن رجلاً صال عليه جمل، فأراد أن يدافع عن نفسه فقال: بسم الله، وضربه بالسيف دفاعاً عن نفسه حتى أصاب منحره أو مذبحه، فهذا لا يحل؛ لأنه ما قصد التذكية، بل قصد الدفاع عن نفسه، أما لو قصد التذكية، وقال: ما دام صال عليّ فسأذبحه ذبحاً، وقصد التذكية مع قصد دفع الصول، فهنا ينبني على الخلاف في اشتراط قصد الأكل أو لا [3].

(1) – محمد بن يوسف العبدري، التاج والاكليل لمختصر خليل، ج6، ط 1398، دار الفكر، بيروت، ص 323.

(2) – محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص223.

(3) – محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ط1، 1422 – 1428هـ، دار ابن الجوزي، ج15، ص59.

بمفهوم المخالفة يجوز للمصول عليه دفع الصائل وإن كان الدفاع غير مقصود لذاته، كأن يرمي رجل سهما يريد به صيدا فيصيب رجلا آخر كان يترصده بقصد قتله، لأن الرجل المراد الصيال عليه دفع خطرا يوشك أن يقع عليه دون علم منه، ومن باب أولى إن كان يعلم بمصدر الخطر، لكن هذا الجواز لا يعني الإخلال ببقية شروط دفع الصائل وعلى رأسها التناسب والأسهل فالأسهل.

جاء في الذخيرة: "وأما الدفع فقال القاضي لا يقصد القتل بل الدفع فإن أدى للقتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فيقصد ابتداء"[1] فإذا كان لا يقصد قتل الصائل فمن باب أولى لا يقصد قتل غير الصائل، لكن يجب أن يكون القصد هو دفع الصائل لا قتله إلا إذا كان لا يندفع إلا بالقتل.

3-ثبوت اتجاه فعل الدفاع نحو مصدر الخطر

لا يعتبر فعل الدفاع مشروعا وبالتالي قيام حالة الدفاع الشرعي، إلا إذا توجهت أفعال الدفاع نحو مصدر خطر الاعتداء، بقصد وقفه أو منع استمراره أو التقليل من أثر ضرره، فلو ترك المصول عليه مصدر الخطر ووجه دفاعه نحو شخص آخر غير الصائل، كان دفاعه غير مشروع وغير لازم وبدون فائدة في تجنب الخطر أو صده.

ومثال ذلك من وجد في مزرعته ماشية غيره فتركها وبدل أن يخرجها أو يطلب من مالكها إخراجها، راح يعتدي عليه بحجة دفع الصائل، ففي هذه الحالة لا يجوز الدفاع ضد مالك الماشية وهو من قبيل العدوان غير المشروع.

(1) – شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تح محمد حجي، دار الغرب، بيروت، د ط، 1994، ج9، ص530.

فلا محل لإباحة دفع الصائل إلا إذا وجه الفعل إلى مصدر الخطر كي يكفل التخلص منه، أما إذا ترك المصول عليه مصدر الخطر الذي يهدده، ووجه فعل دفاعه نحو شخص أو شيء لا يصدر منه الخطر عنه [1] فلا يعتد بهذا الفعل دفعا للصيال.

قال تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [سورة فاطر، الآية 18]، وقال أيضا: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [سورة المدثر، الآية 38] وقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية 194]

ففي هذه الآيات الكريمات دلالة على أن المعتدي هو المقصود برد الاعتداء، ولا دخل لغير المعتدي في عملية الدفاع الشرعي، بل يحرم أن يتوجه فعل الدفاع ضد شخص لم يصدر منه الاعتداء.

إلا إذا كانت هناك علاقة بين المعتدي وشخص آخر، بحيث لو وجه الدفاع ضد هذا الأخير كان سببا في وقف العدوان أو منع استمراره أو التخفيف من ضرره، كأن يهدد المعتدى عليه بقتل ولد المعتدي ولا يريد ذلك فعلا وإنما يقصد تخويف المعتدي من باب دفع الصائل.

4-لزوم الدفاع وإمكانية اللجوء إلى السلطة العامة:

متى كان بالإمكان اللجوء إلى السلطات العامة والاحتماء بها في الوقت المناسب فإنه لا يجوز دفع الصائل، لأن فعل الدفاع في هذه الحالة غير لازم لرد الاعتداء، وزاد بعض الفقهاء أن إمكانية الاستعانة والاستغاثة بالناس لا تبيح دفع الصائل.

(1) - نجيب محمود، الفقه الجنائي، مرجع سابق، ص261

جاء عند الحنفية في تبيين الحقائق: "ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي" (1).

ويقول صاحب بدائع الصنائع: "ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث؛ إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه. وكذا إذا شهر ... عليه العصا ليلا؛ لأن الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان في المفازة أو في المصر، وإن أشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لأنه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس. وإن كان في المفازة يباح قتله لأنه لا يمكنه الاستغاثة، فلا يندفع شره إلا بالقتل فيباح له القتل" (2).

وجاء عند الشافعية في الأم: "من أراد ماله أو قتله أو قتل بعض أهله أو دخولا على حريمه أو قتل الحامية حتى يدخل الحريم أو يأخذ من المال أو يريده الإرادة التي يخاف المرء أن يناله أو بعض أهله فيها بجناية فله أن يدفعه عن نفسه" (3).

وجاء عند المالكية في حاشية الدسوقي: "فإذا صال جمل مثلا على أحد فخاف منه على نفسه فقتله، فلا شيء عليه إن قامت له بينة أنه صال عليه، وأنه لم يندفع... إلا بقتله، فإن لم تقم له بينة ضمن ولا

(1) – الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص111.

(2) – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج7، ص93.

(3)– الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص31.

يصدق في دعواه أنه صال عليه ولم يندفع عنه إلا بقتله، إلا إذا كان بموضع ليس بحضرة الناس فإنه يصدق بيمينه" [1].

وعليه نجد أن الفقهاء اتفقوا على أنه متى وجد المصول عليه فرصة للاحتماء بالسلطة العامة، أو الاستغاثة بالناس فإنه لا يجوز له دفع الصائل، لأن المقصد من إباحة الدفاع الشرعي هو تجنب الاعتداء والوقاية منه بأسهل الطرق وأخف الأفعال وهذا ما يتحقق باللجوء إلى السلطات العامة.

5-لزوم الدفاع وإمكانية الهرب

ومعنى ذلك أن يكون في وسع المصول عليه الهرب من الصائل حتى لا يلحقه ضرر الصيال، لكنه قام بفعل الدفاع ضد الاعتداء، فهل يصح لزوم الدفاع أم يجب يلزم الهرب من المعتدي؟

اختلف الفقهاء في حكم الهرب من الصائل إلى عدة آراء حسب المذاهب الفقهية، كما اختلفت الأقوال حتى في داخل المذهب، وفيما يلي بيان لذلك.

اشترط فقهاء المالكية والشافعية لوجوب الهرب أن يكون بلا مشقة، فإن كان بمشقة فلا يجب الهرب، كما زاد الشافعية أن يكون الصائل معصوم الدم، فلو صال عليه مرتد أو حربي لم يجب الهرب ونحوه بل حرم عليه، فإن لم يهرب المصول عليه حيث وجب الهرب وقتل الصائل لزمه القصاص في قول للشافعية والدية أيضا في قول آخر لهم [2].

(1) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص357.

(2) - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، 1427هـ، مطابع دار الصفوة-مصر، ج28، ص107.

ويرى الحنفية وأكثر الحنابلة والزيدية [1]؛ أن الهرب واجب متى تمكن المعتدى عليه من الهرب، وكان الهرب وسيلة ناجحة، لأن المعتدى عليه مطالب برد الاعتداء بالأهون والأخف، والهرب من الصائل أخف من إلحاق الضرر به، فإذا لم ينفع الهرب لرد الاعتداء فلا يلزم المصول عليه به، بل عليه برد الصائل ولو بقتاله.

جاء عند المالكية في منح الجليل: لا يجوز جرح من المصول عليه للصائل إن قدر المصول عليه على الهرب... بلا مضرة تلحقه فيجب هربه منه ارتكابا لأخف الضررين... وإن لم يقدر على الهرب فله دفعه بما يقدر عليه [2].

وفي المذهب الشافعي عدة روايات ننقل منها ما يلي:

الرواية الأولى: توجب على المصول عليه الهرب من الصائل متى تيقن أن الهرب فيه نجاة من خطر الصيال. حيث جاء في كفاية الأخيار: "من صال على شخص مسلم بغير حق يريد قتله جاز للمقصود دفعه عن نفسه إن لم يقدر على هرب أو تحصن بمكان أو غيره فإن قدر على ملجأ وجب عليه ذلك لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون وهذا هو الصحيح" [3].

الرواية الثانية: لا توجب الهرب على المصول عليه، وإنما تقرر له حق الدفاع الشرعي وإن قتل فهو شهيد

(1) – الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص111، محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ط4، 1960، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر: 85/4 البحر الزخار: لأحمد بن يحيى 269/5، نقلا عن: سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية المعتمدة تبحث في معاني المسؤولية والإباحة وأدلة مشروعية دفع الصائل والأعمال الطبية والألعاب الرياضية كما تبحث في حق التأديب وحقوق الحكام وواجباتهم، دار الكتب العلمية، ص99.

(2) – محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، د ط، 1989، دار الفكر، بيروت–لبنان، ج9، ص369.

(3) – قي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تح علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، د ط، 1994، دار الخير، دمشق–سوريا، ج1، ص489.

جاء عن الشافعي في الأم: "ألا ترى أن الرجل يلقى الرجل فيقدر المراد على أن يهرب على قدميه من المريد، فأجعل له أن يثبت ولا يهرب، وأن يدفع إرادته عن نفسه بالضرب بالسلاح وغيره، وإن أتى ذلك على نفس المدفوع" [1].

الرواية الثالثة: توجب الهرب من الصائل المسلم، وتحرم الهرب من الصائل المرتد أو الحربي.

"ولو صيل على ماله ولم يمكنه الهرب به لم يلزمه ... أن يهرب ويدعه له أو على بضعه، ثبت إن أمن على نفسه بناء على وجوب الدفع عنه على ما قاله بعضهم والأقرب وجوب الهرب هنا إن أمكن أيضا ومحل قولهم يجب الدفع عنه حيث تعين طريقا بأن لم يمكنه هرب أو نحوه ولو صال عليه مرتد أو حربي لم يجب هرب بل يحرم" [2].

الرواية الرابعة: تميز بين الهرب المشين والهرب غير المشين، حيث توجب الهرب على المصول عليه في الحالة الثانية كأن يكون الصائل هو الأب أو المعلم تجاوز حدود التأديب، ولا تلزمه بالهرب في الحالة الأولى كمن يعتدى على عرضه وهو قادر على رد الاعتداء لأن حكم الدفاع عن العرض واجب باتفاق جميع الفقهاء.

جاء في مغني المحتاج: "إن أمكن المصول عليه هرب أو التجأ لحصن أو جماعة، فالمذهب وجوبه وتحريم قتال؛ لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون فالأهون، وما ذكر أسهل من غيره فلا يعدل إلى الأشد، والثاني لا يجب لأن إقامته في ذلك الموضع جائزة فلا يكلف الانصراف والطريق الثاني إن تيقن النجاة بهرب وجب وإلا فلا حملا للنصين المختلفين على هذين الحالين" [3].

(1) – الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص33.

(2) – الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج8، ص28.

(3) – محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج4، ص197.

وللحنابلة رأيان في حكم الهرب حسب ما جاء في كتبهم، فقد جاء في المغني لابن قدامة [1]:

الرأي الأول: يلزمه الهرب لأنه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره، فلزمه كالأكل في المخمصة.

الرأي الثاني: لا يلزمه الهرب لأنه دفع عن نفسه، فلم يلزمه كالدفع بالقتال.

من خلال التعرض لمختلف الروايات حول حكم الهرب من الصائل، كالموجبة للهرب من الصائل متى تأكد للمدافع النجاة بدون مشقة ولا ضرر، وبين محرمة للهرب من الصائل المرتد أو الحربي، وما جاء عن الحنابلة بين لزوم الهرب من عدمه، نجد أن خلاف الفقهاء كان بسبب النظر إلى ظروف وأحوال كل واقعة للدفاع الشرعي على حدا.

فالقول الراجح [2] عند الأستاذ ناصر بن محمد الجوفان هو عدم وجوب الهرب مطلقا، معللا أن الهرب مشين في كل الأحوال، والدفاع عن النفس مباح شرعا.

والرأي الراجح [3] حسب الأستاذ محمد سيد عبد التواب هو مذهب المالكية والرواية الرابعة في المذهب الشافعي، حيث يجب الهرب على المصول عليه إذا كان الهروب غير مشين وبلا مضرة، وهو ما ذهب إليه الدكتور يوسف قاسم [4] في نظريته للدفاع الشرعي، فيما ليس فيه ضرر على المعتدى عليه سواء ماديا أو أدبيا.

(1) – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص347.

(2) – ناصر بن محمد الجوفان، الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة، مجلة العدل، ع58، ربيع الآخر 1434هـ، ص32.

(3) – سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص239.

(4) – يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص200.

وهذا ما أراه أيضا، لأن القصد من تقرير الدفاع الشرعي وإباحته لدفع الضرر أو تجنب وقوعه، فإذا هرب المصول عليه من صائل مجنون أو صبي أو بهيمة أو أب تعدى حدود تأديبه، لم يكن الهرب مشينا بل كان من الحكمة تجنب ذلك الصيال بالأهون والأخف أي بالهرب وهو مقتضى شرط لزوم فعل الدفاع.

أما إن كان الصائل من غير ما ذكر كالمجنون والصبي فلا يلزم المدافع أن يهرب، لأن الهرب مشين في هذه الحالة وفيه ضرر أدبي لصاحبه كالوصف بالجبن الذي يحط من كرامته الإنسانية، أو ضرر مادي كالذي يهرب من معتد على ماله، وهنا قد يقع على المصول عليه عدة أضرار كالضررين المادي والأدبي وضرر الاعتداء إن كان قد وقع أو لم ينته بعد، وهذا ما لا يقبله العقل ويمنعه الشرع الحنيف ويتنافى مع قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية.

نخلص إلى أن موقف الفقهاء من الهرب يقوم على أسباب وعناصر موضوعية، هي التي تضبط لزوم أفعال المدافع سواء بالهرب أو بإباحة الدفاع، وهو موقف يتناسب مع شروط الدفاع الشرعي [1].

وعليه يكون الهرب واجبا إذا تعذر استعمال الدفاع الشرعي، وكان الهرب غير مشين ومن غير مضرة، كأن يهرب المصول عليه من بهيمة أو لا يقدر على حماية نفسه من خطر لا حول له برده.

ويكون الهرب محرما ويجب الدفاع إذا كان باستطاعة المصول عليه أن يدفع الصيال وكان في الهرب ضرر ومشقة، كمن يعتدى على عرضه وهو قادر على رد العدوان فيجب على المدافع أن يثبت ويدافع وإن قتل.

(1) – سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، مرجع سابق، ص100.

كما يجوز الهرب في حالة تساوي دفع خطر الاعتداء أو درئه سواء بالهرب أو بالدفاع، كمن يعتدى على ماله ويمكنه النجاة بالهرب من الصائل أو بالدفاع، إذا تعذر حمل المال المعتدى عليه والهرب به [1].

المطلب الثاني: أن يكون فعل الدفاع متناسبا مع فعل الاعتداء

يجب أن يكون ردّ الفعل على العدوان متناسبًا مع خطورة العدوان نفسه، فلا يجوز استخدام مزيد من القوة أكثر مما يلزم لصد العدوان، وتحديد هذا التناسب مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع بتكييف كل حالة (المدافع والمعتدي) والنظر في ملابساتها وظروفها.

الفرع الأول: في التشريع الوضعي

أ-المقصود بالتناسب

لا يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون فعل الدفاع لازما وضروريا لرد اعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع، بل إضافة إلى ذلك يجب أن يكون فعل الدفاع متناسبا مع فعل الاعتداء، وإلا يعتبر فعل الدفاع غير مباح، وبالتالي لا يصح الدفاع الشرعي لاختلال أحد شروطه، أو يعد فعل الدفاع تجاوزا لحدود الدفاع الشرعي فيما كان زائدا لا مبرر له، وهذين رأيين متقاربين عند فقهاء القانون، لكن الصعوبة تكمن في تحديد معيار التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع.

يرى الأستاذان عبد الله سليمان وعبد الرحمن خلفي أن التناسب هو: أن يلجأ المدافع إلى فعل يكفيه شر الخطر المهدد به، فإذا بالغ في رد الفعل اختل شرط التناسب وأصبح دفاعه غير مشروع، ويفترض شرط

(1) – سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، مرجع سابق، ص100.

التناسب أنه إذا كان المدافع قد نشأ له الحق في استخدام القوة لصد الاعتداء، وكانت توجد أمامه أكثر من وسيلة يلجأ إليها فإنه يختار أقلها إحداثا للضرر [1].

وبما أن شرط التناسب من أهم شروط الدفاع الشرعي وأصعبها تطبيقا، فقد نصت عليه بعض التشريعات الوضعية صراحة، والأخرى أشارت إليه ضمنيا، نذكر بعض الأمثلة من هذه التشريعات.

التشريعات التي أشارت إلى شرط التناسب صراحة في نصوصها القانونية:

المشرع الجزائري في نص المادة 39 فقرة 2 من قانون العقوبات: "... بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

المشرع المغربي في الفصل 124 فقرة 3 من مجموعة القانون الجنائي المغربي: "... بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء".

المشرع القطري في المادة 49 فقرة 4 من قانون العقوبات والمشرع الإماراتي في المادة 56 فقرة 4 من قانون العقوبات الاتحادي [2]: ذكرا نفس الصياغة وهي "أن يكون الدفاع [3] لازما لدفع الاعتداء متناسبا معه"

التشريعات التي أشارت إلى شرط التناسب ضمنيا في نصوصها القانونية:

المشرع الكويتي في المادة 36 من قانون العقوبات: "إذا جاوز الشخص بحسن نية حدود الدفاع الشرعي، بأن استعمل لدفع الاعتداء قوة تزيد على القدر الذي كان يستعمله الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه

(1) – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج1، مرجع سابق، ص137، عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص193.

(2) – قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لسنة 1987 م وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم (43) لسنة 2005 م وبالقانون رقم (25) لسنة 2006 م قانون اتحادي رقم (3) لسنة 1987م.

(3) – المشرع القطري استعمل مصطلح الفعل بينما المشرع الإماراتي استعمل مصطلح الدفاع، وبقية الصياغة نفسها حرفيا.

دون أن يكون قاصدا إحداث أذى أشد مما يستلزمه الدفاع، جاز للقاضي إذا كان الفعل جناية، أن يعده معذورا وأن يحكم عليه بعقوبة الجنحة بدلا من العقوبة المقررة في القانون" حيث جاء هذا النص على تجاوز حدود الدفاع الشرعي والتي يفهم منها أنه لابد من تناسب فعل الدفاع مع الاعتداء.

ويتفق المشرع المصري مع المشرع الكويتي تماما في نص المادة 251 من قانون العقوبات المصري" لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعُدَّه معذورا إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون"."

فهذا النص يبين تجاوز حدود الدفاع الشرعي، ويعتبره إذا كان بحسن نية عذرا مخففا للعقوبة المقررة للجناية، فيحكم القاضي حينها بالعقوبة المقررة للجنحة بدلا من عقوبة الجناية، وما التجاوز إلا نتيجة عن حالة عدم التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع.

المشرع الليبي في المادة 70 من قانون العقوبات لم يصرح بشرط التناسب ولكنه أشار إلى ذلك بعبارة "ويبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع جريمة تقع إضرارا به أو بغيره" والتي يفهم منها أن فعل الدفاع يكون متناسبا مع جسامة الخطر، إذا لم يزد المدافع في فعله إلا ما يلزم لدفع الاعتداء، سواء في تناسب وسيلة الدفاع مع وسيلة الاعتداء، أو تناسب الضرر المهدد به والضرر الواقع على المعتدي، وتقدير التناسب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

وعليه فالنصوص القانونية التي استعملت عبارة "القوة اللازمة" أو عالجت مسألة حكم تجاوز حدود الدفاع الشرعي، ما هي إلا بيان لمعنى التناسب حتى يكون فعل الدفاع مباحا لرد الاعتداء، وبالتالي صحة قيام حالة الدفاع الشرعي، وإلا كان المدافع متجاوزا لأفعال دفاعه مسؤولا عنها جنائيا.

وشرط التناسب ليس معناه أن يتطابق الضرر الذي ألحقه المدافع بالمعتدي من حيث النوع والمقدار، مع الضرر الذي كان بالإمكان حدوثه بسبب فعل الاعتداء، لأنه تقوم حالة الدفاع الشرعي في الكثير من الأحيان رغم انعدام هذا التناسب [1].

فعل الدفاع المتناسب مع فعل الاعتداء؛ الذي بمقتضاه يكون المدافع في حالة دفاع شرعي، ولا يباح له الدفاع بأكثر مما يتطلب رد الاعتداء، بمعنى أنه إذا كان بإمكانه درء العدوان أو دفعه بالأخف والأسهل يمنع عليه أكثر من ذلك، ومثاله من يندفع بالصراخ يمنع دفعه بالضرب ومن يندفع بالضرب يمنع دفعه بالجرح ومن يندفع بالجرح يمنع دفعه بالقتل.

كما أن تقدير التناسب هو مسألة واقع يفصل فيها القاضي، آخذا بعين الاعتبار الضرر المهدد به المدافع أو الواقع عليه، وهذا يختلف من واقعة إلى أخرى حسب جسامة الاعتداء، ووسيلة ارتكابه، والفرق في القوة البدينة، وعدد المعتدين، ووسائل الدفاع، والفرق في الجنس والسن، وزمان الاعتداء ومكانه [2].

قد لا يكون أمام المعتدى عليه وسيلة تماثل وسيلة المعتدي أو أقل منها، وقد يكون المعتدى عليه أقوى بدنيا من المعتدي، وقد يفوق الضرر اللاحق بالمعتدي جسامة خطر اعتدائه، ومثال ذلك دفاع المرأة بقتل

(1) – عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، مرجع سابق، ص98.

(2) – عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، مرجع سابق، ص98.

من يحاول اغتصابها أو اختطافها، وهذا مما ينتج عنه تفاوت بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء، إذن تقدير التناسب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ب–معيار التناسب

من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية على سبيل التمثيل لا الحصر، نجد أن التشريعات الوضعية لم تحدد القدر اللازم والضروري لفعل الدفاع في رد الاعتداء أو درء خطره، وذلك نظرا لصعوبة تحديد معيار هذا التناسب.

لأن تحديده لا يخلو من الدقة بالنظر إلى تنوع الاعتبارات؛ التي تستلزم مراعاتها للقول بالتناسب أو عدمه، فمثلا المعتدى عليه قد لا يجد في متناوله وسيلة تماثل وسيلة المعتدي، أو قد يتفاوتان في القوة البدنية، كما يمكن أن يفزع المعتدى عليه بالاعتداء فيرده بأكثر مما يلزم [1].

فترك الأمر للفقه والقضاء، حيث يرى بعض الفقهاء أن التناسب يكمن في الموازنة بين ضررين؛ الضرر المهدد به المعتدى عليه أو الواقع عليه، والضرر الذي يلحقه المدافع بالمعتدي، وذهب الآخرون إلى أن التناسب يكون عن طريق الموازنة بين الوسيلة التي يستعملها المعتدي والوسيلة التي يرد بها المعتدى عليه، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

الاعتبار الأول: الموازنة بين الضررين

يرى بعض فقهاء القانون أن تحديد معيار التناسب، يرجع إلى الموازنة بين ضررين: الضرر المهدد به أو الواقع على المعتدى عليه، والضرر الذي يلحق بالمعتدي، فلا يجوز أن تتجاوز القوة المستعملة في الدفاع، الحدود

(1)– محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 216

الضرورية لدرء العدوان، للوصول إلى الهدف المقصود من الدفاع وإلا كان انتقاما، وهذا ما يلزم عنه مماثلة وتطابق بين الضررين [1].

لكن مما يعاب على هذا الرأي أن التناسب بين ضرر الاعتداء وضرر الدفاع، يصعب تحقيقه لأن المدافع أثناء حالة الدفاع لا يمكنه توقع ضرر الاعتداء المهدد به، وإن وقع عليه لا يمكنه الجزم بجسامة الضرر الذي سيلحقه بالمعتدي فقد يزيد وقد ينقص، فليس الأمر مسألة حسابية رياضية، فالمرأة المهددة بالاغتصاب إذا دافعت عن شرفها وقتلت المعتدي تعتبر قانونا في حالة دفاع شرعي، رغم وجود تفاوت بين الضررين. كما أن المقصود من إباحة الدفاع الشرعي، هو دفع الخطر ومنع وقوع العدوان، وليس مجازاة المعتدي ومقاصته أو الانتقام منه، فما يمكن دفعه بالقليل لا يجوز دفعه بالكثير، ويكفي أن لا يكون هناك تناسب ظاهر بين الدفاع والاعتداء [2].

وفي كل الأحوال ونظرا للظروف والوقائع التي تحيط بالمدافع، وحالته النفسية المضطربة وقت تهديده بالخطر أو وقوع العدوان عليه، لا يمكن مطالبته بضرورة أن يكون فعل دفاعه على حسب جسامة الاعتداء بالمساواة الكاملة، وإنما يطالب بالتصرف وفق الشخص المعتاد على تجنب الخطر.

وزيادة عن اشتراط الموازنة بين الضررين؛ فإن المعتدي خالف بعدوانه القانون وأضر بالمجتمع، والعدالة تؤيد موقف المدافع حفظا على سلامته، ولأهمية مصلحته من الاعتداء، والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتائج شاذة منها: أنه يعد تجاوزا لحدود الدفاع القتل الحاصل دفاعا عن الاغتصاب الجنسي أو هتك العرض، لأنه لا

(1)- محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة، مرجع سابق، ص437

(2)- فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص227، بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، مرجع سابق، ص194

تساو بين الضرر الحادث وهو فقدان الحياة والضرر الممنوع من الحدوث وهو فقدان العفة، مع أن مثل هذا القول يتعارض صراحة مع إرادة القانون [1].

الاعتبار الثاني: الموازنة بين وسائل الدفاع ووسائل الاعتداء

ومفاد هذا الرأي أن التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع، يكمن في الموازنة بين الوسائل الممكنة والوسائل المستعملة من قبل المدافع مع وسائل المعتدي، فإذا استعمل المدافع وسيلة تماثل ما يستعمله المدافع، أو كانت تلك الوسيلة هي الممكنة والمناسبة ولا يوجد غيرها لرد الاعتداء أو درء خطره، بشرط أن لا ينتج عن فعل الدفاع ضرر أشد جسامة مما يلزم لدفع الاعتداء أو درء خطره، فهنا يصح التناسب بين الدفاع والاعتداء.

أنصار هذا الرأي يرون أن التناسب لا يعني التطابق بين الاعتداء والقوة، وإنما بين الوسيلة التي كانت في متناول المعتدى عليه وبين الوسيلة التي استعملها بالفعل؛ فيتحقق التناسب إذا ثبت أن الوسيلة المستعملة كانت في ظرف استعمالها أنسب الوسائل لرد الاعتداء، أو هي الوسيلة الوحيدة التي وجدت في متناول المهدد بالاعتداء، فالضرر الذي ينتج عن استعمال هذه الوسيلة هو القدر المناسب لرد الاعتداء [2].

لكن تقدير التناسب على هذا القول صعب التحقيق عمليا، نظرا لاختلاف الظروف والوقائع الشخصية والموضوعية من حالة إلى أخرى، لأن المدافع لا يعلم ما الوسيلة التي سيعتدى بها عليه ولا بالضرر الذي يهدده أو سيلحق به، وقد تختلف القوة البدنية بين المدافع والمعتدي فالمدافع إذا كان ضعيفا أو امرأة فإنه

(1) – رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، مرجع سابق، ص243.

(2) – جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة زين الحقوقية والادبية، ط1، بيروت – لبنان، 2018، ص167.

يحتاج وسيلة أقوى إذا كان خصمه رجلا قويا، أو كان الاعتداء بالليل أو بمكان مهجور، فيباح دفعه بوسيلة أو بقوة تزيد عما إذا كان الاعتداء بالنهار أو في مكان غير مهجور، وقد يتعدد المعتدي فإذا تعرض شخص لهجوم من معتدين بالسيوف، فإنه يباح للمعتدى عليه استعمال سلاح ناري إذا كان بحوزته، ولا تعد وسيلة دفاعه غير متناسبة مع وسيلة المعتدين.

المدافع ليس ملزما بأن يرد الاعتداء بنفس الوسيلة والأسلوب المستخدم في الاعتداء، ولكن الغاية من الضرر الناتج عن استعمال هذه الوسيلة؛ فيجب أن يكون هو القدر المناسب لرد الاعتداء، وقد يحق للمدافع أن يرد الاعتداء بأي وسيلة يراها ناجعة في رده، حتى وإن كانت في الواقع تفوق ما يجب بها رده[1].

وقاضي الموضوع له سلطة تقدير وسيلة الدفاع حسب ظروف كل واقعة والحالة الجسمية والنفسية للمدافع، وما كان أمامه من وسائل ممكنة لرد الاعتداء، إضافة إلى مدى تناسب فعل المدافع وجسامة الخطر المهدد به، لأن هدفه حماية حقه بكل ما هو ضروري ولازم.

ومن شروط التناسب عدم المبالغة والتمادي في رد الاعتداء، ويجب على المعتدى عليه التوقف عند القدر الكافي لدفع الخطر، ومثال ذلك إذا وجه المدافع إلى المعتدي ضربة شلت حركته، فإنه لا يلزم مواصلة ضربه بداعي الدفاع الشرعي، وما زاد عن غير اللازم لفعل الدفاع تترتب عليه المسؤولية الجنائية للمدافع [2].

(1) – أحمد محمد بونه، أسباب الإباحة وأسباب تخفيف العقاب في القانونين الليبي والمغربي، ص203، محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة، مرجع سابق، ص442.

(2) – سعيد الوردي، حالة الدفاع الشرعي كسبب من أسباب تبرير العقوبة، محاضرة رقم 5، بتاريخ 24 مارس 2020، مسلك القانون، السداسية الثانية، الفوج الخامس، وحدة القانون الجنائي العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب، ص13.

وعلى سبيل المثال النصوص القانونية المتعلقة بشرط التناسب، أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار التناسب بين الأضرار في نص المادة 39 فقرة 2، في حين المشرع المصري أخذ بمعيار الموازنة بين الوسائل ضمنيا في المادة 246 التي نصت على استعمال القوة اللازمة، والمادة 251 التي أشارت إلى الضرر الذي يستلزمه الدفاع، إلا أن القول الفصل للقاضي من خلال سلطته التقديرية على حسب كل واقعة وأحوالها وظروفها.

وفيما يخص مسألة الموازنة بين الوسائل، قد تكون القوة الزائدة أو السلاح الأكثر خطورة، في غالب الأحوال الأكثر جدوى وفعالية لتفادي الاعتداء، فهو أفضل في جعل المعتدي يعدل عن تنفيذ مشروعه الإجرامي [1].

الاعتبار المقترح لضبط التناسب:

بناء على ما سبق لا يمكن الالتزام بمعيار معين لتحديد القوة الضرورية لرد الاعتداء، لأن الموازنة بين أضرار الدفاع وأضرار الاعتداء، أو الموازنة بين الوسائل المستعملة في الدفاع والاعتداء، لا تبرر مقاصد القانون من إباحة الدفاع الشرعي، ولا تخدم السياسة الجنائية ولا مصلحة المجتمع، فالتجاوز التقديري أو النسبي في فعل الدفاع يفترض أنه لا يخل بشرط التناسب، مادام الدفاع يهدف إلى وقف العدوان وليس إلى العقاب أو الانتقام من المعتدي.

يرى الأستاذ منصور رحماني أن مقياس التناسب متروك لتقدير القاضي، على ضوء وضع المدافع الشخصي، في ظل الظروف المحيطة به التي تمثل حصيلة حالته النفسية والجسمانية، ومدى قدرته على اتخاذ قرار معين وما لديه من وسائل متاحة، وجسامة الخطر المهدد به، مع مراعاة القوة البدنية للمعتدي والباعث على

(1) – محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، الأحكام العامة، الجريمة، المسؤولية الجناية، ط3، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بيروت–لبنان، ص169.

الاعتداء وظروف ارتكابه [1] وبما أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية وليست شخصية، يلزم على القاضي عدم إهمال المعيار الموضوعي، وذلك بالنظر إلى وقائع وملابسات كل حالة على حدا، على أساس الرجل العادي وتصرفه الطبيعي مع الاعتداء دون تجاوز مخل، ومثال ذلك شخص يتعرض للضرب ويكون باستطاعته رد ضربات المعتدي سواء بالضرب أو تعطيل وسيلة الاعتداء، لكن دفع الاعتداء بقتل المعتدي، فهنا لا يعد دفاعه متناسبا مع الاعتداء لا من جهة الموازنة بين الأضرار ولا من جهة الوسائل.

الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي

أ-المقصود بالتناسب:

أن تكون أفعال الدفاع متلائمة ومتكافئة مع خطر الاعتداء، فإن كان الصائل يندفع بالسوط أو العصا لم يجز دفعه بغيرهما كالجرح والقتل، وإن كان يندفع بالصياح لم يجز له ضربه، وإن كان لا يندفع إلا بالقتل قتله، وهكذا متى قام المدافع باستعمال قدر من الرد يفوق القدر المباح لرد العدوان كان تجاوزا منه في فعل الدفاع [2].

فإن لم يلتزم المصول عليه بهذه الشروط ودفع الصائل بقوة أكثر مما كان ينبغي بها رد الصيال، أو بوسيلة لا تتناسب مع وسيلة الصائل كأن تلحق به ضررا أكثر جسامة مما أحدثه الصائل أو سيوقعه على المصول عليه، اختل شرط التناسب وبالتالي لا تقوم حالة الدفاع الشرعي.

(1) – منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه قضايا، دار العلوم للنشر، ص229.

(2) – الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص478.

فالمصول عليه يجب عليه في كل الأحوال أن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل؛ لأن المقصود هو دفع الصائل فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه، فإن علم المصول عليه أن الصائل يندفع بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا.

وإن ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا اتباعه، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه؛ لأنه كفى شره، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية؛ لأنه في حال لا يجوز له فيها ضربه، وإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه، وما أتلف منه فهو هدر؛ لأنه تلف لدفع شره [1].

في حالة الاعتداء على العرض لا يجوز قتل الصائل ابتداء، وإنما على المعتدى عليه التدرج في الدفاع فإن اندفع الصائل بالصياح أو الاستغاثة ونحو ذلك فلا يجوز قتاله، وإن غلب على ظن المرأة أو المدافع عنها أن الصائل يريد هتك العرض حسب ما يبادر به من فعل إكراه أو حمل وسيلة اعتداء كسلاح ما، فيباح الدفاع عن العرض بفعل أو وسيلة دون مراعاة شرط التناسب كقتل الصائل ابتداء، وذلك نظرا لخطورة محل الاعتداء من جهة ووجوب الدفاع عنه من جهة أخرى، دون أن ننسى على العموم تفوق الرجل في قوته على المرأة.

جاء عند المالكية في مختصر خليل: "وجاز دفع صائل بعد الإنذار للفاهم وإن عن مال قتله إن علم أنه لا يندفع إلا به لا جرح إن قدر على الهرب منه بلا مشقة" [2].

(1) – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص483-484.

(2) – خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، تح أجمد جاد، ط1، 2005، دار الحديث، القاهرة-مصر، ج1، ص246.

جاء عند الشافعية في الأم "إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه وكان له القود فيما نال منه بالضرب" [1].

جاء عند الحنفية في الهداية "ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا" [2].

جاء عند الحنابلة في الكافي في فقه ابن حنبل "ويدفع الصائل بأسهل ما يمكن الدفع به، فإن أمكن دفعه بيده لم يجز ضربه بالعصا، وإن اندفع بالعصا لم يجز ضربه بحديدة، وإن أمكن دفعه بقطع عضو لم يجز قتله، وإن لم يمكن إلا بالقتل قتله، ولم يضمنه لأنه قتل بحق" [3].

وجاء عند الشيعة: " قالوا من غير خلاف يعرف فيه بينهم (يجب اعتماد الأسهل فلو اندفع الخصم) بالتنبيه ولو بالتنحنح فعله، وإن لم يندفع إلا (بالصياح اقتصر عليه إن كان في موضع يلحقه المنجد)

(1) – الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص33.

(2)– علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: ٥٩٣هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، تح: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان، دط، دت، ج4، ص164.

(3)– ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج4، ص112.

مثلا (وإن لم يندفع) بالصياح (عول على اليد فان لم تغن فبالعصا فان لم تكف فبالسلاح) إلى غير ذلك من أفراد الترقي من الأسهل إلى الصعب ثم إلى الأصعب ..." [1].

من خلال عرض هذه الأمثلة من الأقوال عن فقهاء المذاهب الفقهية، نجد أنهم يتفقون في اشتراط التناسب بين أفعال الدفاع الصادرة عن المصول عليه وأفعال الصيال الصادرة عن الصائل، مع مراعاة التدرج في دفع الصائل بالأسهل فالأسهل، والأخف فالأخف ولا يلجأ إلى الأشد إلا إذا لم يندفع الصائل إلا به ولو بالقتل فيباح قتله.

لكن مفهوم التناسب لا يتضح بعد إلا بعد بيان معيار التناسب؛ الذي على أساسه نحكم على مدى صحة الدفاع الشرعي، وإلا كان المدافع متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي.

ب–معيار التناسب:

النقول السابقة تبين أن الفقهاء اعتمدوا على معيار التناسب بين الوسائل المستخدمة في الاعتداء والدفاع، دون الإخلال بملابسات حالة الدفاع الشرعي من ظروف وأحوال المعتدى عليه، فإذا انعدم هذا التناسب كان المدافع ضامنا بسبب تجاوزه في فعل الدفاع.

إلا أنه يمكن أن لا تتناسب الوسائل ويصح الدفاع الشرعي وذلك بالنظر إلى الظروف الشخصية للمدافع والمعتدي كالتمايز في القوة والضعف ونوع الجنس من ذكورة وأنوثة، وصحة ومرض، والظروف الزمانية كالليل والنهار، والمكانية كالصحراء و المكان المأهول، كما أن هناك عاملا آخرا مهما وهو: ما يوجد أو

(1) – محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1981م، مج41، ص651.

يتاح أمام المدافع من وسائل للدفاع، فقد يعتدي شخص على آخر بعصا ويكون أمام المعتدى عليه سيف أو قطعة حديد وليست عصا تماثل عصا المعتدي.

ولمزيد من التأصيل والتمثيل نذكر بعض أقوال الفقهاء من المذاهب الفقهية التالية:

جاء عند الحنفية في بدائع الصنائع "ولكن ينظر إن كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح له القتل لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل. ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث إذ السلاح لا يلبث، فكان القتل من ضرورات الدفع، فيباح قتله فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه، وكذا إذا شهر عليه العصا ليلا لأن الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان في المفازة أو في المصر، وإن أشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لأنه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس، وإن كان في المفازة يباح قتله لأنه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره إلا بالقتل فيباح له القتل" [1].

جاء عند المالكية في شرح الخرشي مشترطا تقديم الإنذار في كل مواضع الدفاع، فالصائل إذا صال على نفس أو مال أو حريم يشرع دفعه عن ذلك بعد الإنذار إن كان ممن يفهم؛ بأن يقول له: ناشدتك الله إلا ما خليت سبيلي ثلاث مرات، وأما إن كان لا يفهم كالبهيمة يسارع بالدفع من غير إنذار، ويدفعه بالأخف فالأخف، ويقبل قوله: في ذلك مع يمينه إذا كان لا يحضره الناس، والظاهر أن الإنذار مستحب كما مر في مناشدة المحارب، ويجوز للمصول عليه قتل الصائل ابتداء إذا علم أنه لا يندفع عنه إلا به، ولا

(1) – الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص93.

ضمان عليه، فإن كان المصول عليه يقدر على الهروب من غير مضرة تحصل له لم يجز له قتله بل ولا جرحه[1].

جاء عند الحنابلة في عمدة الفقه "ومن عرض له من يريد نفسه أو ماله أو حريمه أو حمل عليه سلاحا، أو دخل منزله بغير إذنه فعليه دفعه بأسهل ما يكون أنه يندفع به، فإن لم يندفع إلا بقتله فله قتله ولا ضمان عليه، وإن قتل الدافع فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه" [2].

وفي الفروع "ومن صال على نفسه أو حرمته أو ماله...دفعه بأسهل ما يظن، وقيل: يعلم دفعه به، وقيل: إن لم يمكنه هرب أو احتماء ونحوه...لصوص دخلوا عليه: يقاتلهم أو يناشدهم؟ قال: قد دخلوا، ما يناشدهم؟" [3].

جاء عند الشافعية في الأم: "إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل، فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب، فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه، وكان له القود فيما نال منه بالضرب أو الأرش...ولو عرض له فضربه وله الضرب ضربة ثم ولى أو جرح، فسقط ثم عاد فضربه أخرى فمات منهما ضمن نصف الدية في ماله والكفارة لأنه مات من ضرب مباح وضرب ممنوع... ولو ضربه مقبلا فقطع يده اليمنى ثم ضربه موليا فقطع يده اليسرى ثم برأ منهما، فله القود في اليسرى واليمنى هدر، ولو مات منهما فأراد ورثته الدية فلهم نصف

(1) – الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج8، ص112.

(2) – ابن قدامة، عمدة الفقه، مرجع سابق، ج1، ص138.

(3) – محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي (ت: 763هـ)، الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، 2003، مؤسسة الرسالة، ج10، ص162.

الدية... ولو أقبل بعد التولية فقطع رجله ثم مات ضمن ثلث الدية لأنه مات من جراحة متقدمة مباحة وثانية غير مباحة وثالثة مباحة..." [1].

وفي كلام الشافعي رحمه الله تفصيل دقيق للتدرج في رد الاعتداء من حيث وسيلة الدفاع ومقداره، وبيان للظروف المحيطة بالصائل والمصول عليه الشخصية والموضوعية.

وفي موضع آخر قال الشافعي رحمه الله:"فمن أريد ماله في مصر فيه غوث أو صحراء لا غوث فيها، أو أريد وحريمه في واحد منهما فالاختيار له أن يكلم من يريده ويستغيث، فإن منع أو امتنع لم يكن له قتاله، وإن أبى أن يمتنع من أراد ماله أو قتله أو قتل بعض أهله أو دخولا على حريمه، أو قتل الحامية حتى يدخل الحريم أو يأخذ من المال، أو يريده الإرادة التي يخاف المرء أن يناله أو بعض أهله فيها بجناية، فله أن يدفعه عن نفسه وعن كل ماله دفعه عن نفسه فإن لم يندفع عنه ولم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه بيد أو عصا أو سلاح حديد أو غيره فله ضربه وليس له عمد قتله وإذا كان له ضربه فإن أتى الضرب على نفسه فلا عقل فيه ولا قود ولا كفارة..." [2].

جاء عند الإباضية في شرح النيل: "(وجاز صرف الباغي عمن أراده) عمن أراده الباغي، سواء أراد الصارف أو ماله أو أراد غير الصارف أو ماله بكل ما أمكنه مما يهلكه إذا كان هذا الباغي يكابر ويقاتل ويجاهر لا يرده رؤية أو كلام (وإن بجعل حائل بينهما) ولو مخفى (ولو حريقا) أو حفيرا ظاهرا أو مخفى (ويلجئه إليه) بدفع أو قتال أو كلام أو احتيال ما أو يجعله في طريقه (أو إلى ما يقع عليه كجدار) بإلقائه عليه إذا صار تحته أو بسقوطه بلا إلقاء ما يطأ عليه فيتحرك به الحائط فيقع (أو) إلى ما يقع هو (فيه كبئر أو مطمورة)

(1) – الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص31.

(2) – الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص31.

أو حفير ومقباض حديد أو غيره من عود وحبال (بلا لزوم ضمان إن تلف به إذ جاز له دفاعه) وذلك لأنه في حال الدفع" [1].

نخلص إلى أن الفقهاء اتفقوا على أنه يجب على المصول عليه أن يدفع الصائل بالقدر اللازم والضروري، فإن تجاوز المدافع حدوده صار دفاعه اعتداء وكان ضامنا لأفعاله، كما أن الموازنة بين وسائل الاعتداء ووسائل الدفاع تقتضي التدرج في فعل الدفاع بالأسهل فالأسهل والأخف فالأخف، والترتيب في وسائل الدفاع بدءا بالمناشدة والصياح والاستغاثة والتحصن والهرب ثم الضرب والجرح والقتل.

وفي حالة التحام القتال واشتداده بين الصائل والمصول عليه وخرج الأمر عن السيطرة وضبط النفس، سقط شرط مراعاة الترتيب ولو لم يجد المدافع إلا السيف فله ضربه به، ولو كان الصائل يندفع بالسوط أو العصا، ولا يعد المصول عليه مقصرا في عدم استصحاب الوسيلة المناسبة، كما لا يجب الترتيب فيما لو كان الصائل غير محترم كحربي أو مرتد فله قتله ابتداء [2].

وكذلك لا يجب الترتيب في حالات استثنائية وخاصة أخرى كدفاع المرأة عن عرضها؛ فإنه يجب عليها أن تدفع مريد الفاحشة بها ولو بقتله مباشرة إن علمت قصده منها، ولم يكن لها أن تدفع شره إلا بقتله.

وعليه فمعيار التناسب حسب آراء الفقهاء هو غلبة ظن المدافع أو ما يقع في نفسه في ظل ظروفه النفسية والشخصية، واعتبارات الصائل وخصوصياته وأحوال الاعتداء [3].

(1) – اطفيش، شرح النيل، ج14، ص555-556.

(2) – حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، تح محمد عبد السلام شاهين، د ط، د س، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ج2، ص467.

(3) – سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، مرجع سابق، ص102.

الباب الثاني: أحكام الدفاع الشرعي

الفصل الثاني: آثار الدفاع الشرعي

المبحث الأول: إثبات الدفاع الشرعي

المبحث الثاني: أثر الدفاع الشرعي

المبحث الأول: إثبات الدفاع الشرعي

تعتبر مسألة إثبات حالة الدفاع الشرعي ذات أهمية بالغة، لما لها من علاقة مباشرة بقواعد التجريم والعقاب من جانب، وبأسباب الإباحة من جانب آخر، لأنه متى ثبت قيام حالة الدفاع الشرعي لدى المدافع معناه لا وجه لوجود جريمة باعتبار الفعل المرتكب من قبل المدافع فعلا مباحا شرعا وقانونا، ومن آثاره سقوط المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية.

المطلب الأول: إثبات الدفاع الشرعي

سنبين في هذا المطلب نظرة الفقه الوضعي لمسألة الإثبات في الدفاع الشرعي وعلى من يقع عبء الإثبات لاسيما دور المحكمة في ذلك، ثم الاختلاف المقابل لذلك في الفقه الإسلامي وتفاصيل أخرى كالتالي:

الفرع الأول: إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الوضعي

من القواعد العامة المقررة في أغلب التشريعات الوضعية أنها لا تلزم المحكمة بالأخذ بدليل محدد بعينه في المواد الجنائية، وإنما يرجع الأمر للقاضي حسب تقديره الشخصي واقتناعه بمدى صحة وقوة هذا الدليل، حتى وإن كان هذا الدليل هو اعتراف المتهم.

فالسائد في الفقه الوضعي أن سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة يحكمها مبدأ حرية القاضي الجنائي في بناء قناعته، وهذا المبدأ يؤدي إلى نتيجتين:

أولاهما حرية القاضي في قبول الأدلة وثانيهما حرية القاضي في تقدير الأدلة، والفقه يجمع على قبول النتيجة الثانية دون الأولى، لأنه لا حرية مطلقة للقاضي في قبول الأدلة وإنما التمييز بين صلاحية مدى قبول الدليل من عدمه، أما الثانية تتعلق بقيمة الدليل في الإثبات وصولا إلى الحقيقة [1].

تنص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائري [2] على أنه: " يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص. ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه"

وتنص المادة 271 من قانون الإجراءات المصري [3] على أنه: "يبدأ التحقيق ...يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود، وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات ...أجوبتهم."

(1) – فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تحديد الأدلة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، د ط، 1987، ص 119.

(2) – أمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت سنة 2021، يتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

(3) – قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950، آخر تعديل 5 سبتمبر 2020 بالقانون 189 لسنة 2020.

أولا: عبء الإثبات

القاعدة العامة أن عبء إثبات حالة الدفاع الشرعي تقع على عاتق المتهم أي المدافع [1] لكن اختلف فقهاء القانون حول عبء إثبات الدفاع الشرعي إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: النيابة العامة هي المسؤولة عن الإثبات لوصفها بسلطة الاتهام في الدعوى الجنائية، فيجب عليها إثبات تجريم فعل الدفاع بكافة أركانه وشروطه، وكذا عدم وجود أسباب إباحته، وهناك قيد لهذا الشرط يتمثل في إثبات أو نفي حالة الدفاع الشرعي متى ادعى المتهم ذلك [2].

وبناء على هذا الرأي يستفيد المتهم من قرينة البراءة وفقا لقاعدة الأصل في المتهم البراءة حتى تثبت إدانته، حيث أنه لا يتحمل عبء إثبات أفعال دفاعه أو نفيها، وإعمالا لهذه القاعدة وبمفهوم المخالفة لها أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف براءة المتهم.

من يدعي خلاف هذا الأصل هو النيابة العامة وعليه عبء الإثبات في المسائل الجنائية يقع دائما على عاتقها، وذلك بتكليف أحد المتداعيين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه [3].

الرأي الثاني: إثبات أو نفي حالة الدفاع الشرعي تقع على عاتق محكمة الموضوع؛ التي لها سلطة التحقق من توافر شروط الدفاع الشرعي ومدى الالتزام بقيوده، يجب على قاضي الموضوع بعد تحليل وقائع

(1) – عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، ص 103.

(2) – محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة، ص 480.

(3) – رأفت عبد الفتاح حلاوة، الإثبات الجنائي قواعده وأدلته دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، د ت، ص21.

الدعوى ودراسة ظروفها أن يثبت قيام أو عدم قيام حالة الدفاع الشرعي، إلى جانب المتهم حتى لو لم يتمسك بذلك [1]

ومستند هذا الرأي فيما ذهب إليه هو الطبيعة الموضوعية للدفاع الشرعي، فقد لا يتمسك المتهم بالدفع بحالة الدفاع الشرعي، لكن للمحكمة أن تفصل في ذلك إذا كانت وقائع الدعوى ناطقة به.

الرأي الثالث: يقع عبء إثبات الدفاع الشرعي على عاتق المتهم، فهو الذي يجب عليه أن يثبت فعل الاعتداء الواقع عليه من قبل المعتدي، وفعل دفاعه تجاهه مع توافر أركان وشروط الدفاع الشرعي، ويتمسك بذلك أمام محكمة الموضوع.

والتي بدورها تأخذ به أو ترده حسب مدى قوة وصحة الإثبات، فإن أغفلت ذلك كان حكمها معيبا قابلا للنقض، أما إذا رفضت المحكمة الدفع بسبب أن الدفاع في غير محله أو لسبب قانوني آخر، لا يكون لمحكمة النقض أي تعقيب أو تثريب على الحكم الصادر بهذا الرفض [2].

وقد ساد في الفقه الوضعي نظريتان حول مسألة عبء إثبات وجود الدفاع الشرعي وممارسته، على حسب طرفي الدعوى؛ فالمدعى عليه هو الذي يمثل المدافع والنيابة العامة مع الطرف المدني من جهة أخرى يمثلان المدعي، وفيما يلي بيان تفصيلهما:

(1) – رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص174.

(2) – رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، مرجع سابق، ص248.

1: النظرية المدنية في الإثبات

يرى أنصار هذه النظرية أنه على الرغم من وجود اختلاف بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية من جوانب متعددة، إلا أن هناك مجالا تبدو فيه صلة وثيقة بين الإجراءين، وهو مجال الإثبات الذي يمكن إخضاعه لنفس النظام في كلا الدعويين.

حيث أن المسألة مشتركة بين القضاء الجنائي والقضاء المدني، تتمثل في فحص الوقائع وتبيان الظروف من أجل تطبيق القانون، والحصول على الأدلة من أحد أطراف القضية وتقييمها، قصد إدانة المتهم أو تبرئته [1].

وللقاضي الجنائي سلطة تقديرية في الحكم على المدعى عليه وذلك بوزن أدلة الإثبات والنفي، فإن ترجّحت لديه أدلة الإدانة وثبتت التهمة بيقين قضائي، قضى بالإدانة. أما إذا تعادلت الأدلة أو لم تبلغ درجة القطع، رُجّحت البراءة تطبيقًا لقاعدتي: الأصل براءة الذمة، والشك يُفسَّر لصالح المتهم.

وبناء على هذه النظرية نفرض أن المتهم ادعى سببا من أسباب الإباحة، وليكن الدفاع الشرعي، فهو كالمدين الذي يدعي براءة ذمته من الدين في الدعوى المدنية، وعليه سند إبراء ذمته تطبيقا للقاعدة القائلة بأن عبء الإثبات على عاتق المدعي، ولو في الأصل أنه مدعى عليه، لكن بدفعه صار مدع وجب إثبات ما يدعيه [2].

(1) – دحماني الزهرة، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص118-119.

(2) – بركاني فرحات، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص222.

إذن حسب هذه النظرية فإن عبء إثبات الدفاع الشرعي يكون على عاتق المتهم أي المدعى عليه، وله أن يتمسك بالدفع في دفاعه، أما من يدعي خلاف هذه القاعدة أي عدم صحة قيام حالة الدفاع الشرعي كان عليه إثبات ما يدعيه.

وقد فسر أنصار هذه النظرية المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري وما يقابلها من قانون العقوبات الفرنسي في المادة 329 بأنها تتضمن قرينة قانونية بتوافر حالة الدفاع الشرعي، وفي هذه الحالات فقط ليس على المتهم أن يثبت حالة الدفاع الشرعي، بل يكفي منه أن يبين أن فعله تم في الظروف الواردة بالمادة المذكورة، وعلى النيابة العامة إثبات عدم قيام حالة الدفاع الشرعي أو تجاوزه [1].

بمفهوم المخالفة ينتج أن في غير حالات الدفاع الشرعي الواردة بالمادة 40 من قانون العقوبات الجزائري، وما يقابلها بالمادة 329 من قانون العقوبات الفرنسي، على المتهم إثبات أسباب الإباحة.

لكن هذه النظرية منتقدة بسبب القياس بين القانون الجنائي في صورة الدعوى الجزائية، والقانون المدني في صورة الدعوى المدنية، خاصة نظرية الإثبات، فالدعوى الجزائية أخطر من الدعوى المدنية لأن الأولى تتناول مصالح هامة وحيوية للأشخاص.

أما الثانية تتعلق بالمصالح المالية، ولذلك فإن البحث عن أدلة الإثبات وإجراءاتها في المجال الجزائي أهم من المجال المدني، كما أن عبء إثبات أسباب الإباحة على عاتق المتهم أمر مناف للعدالة منافاة صارخة [2].

(1) – دحماني الزهرة، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص120.

(2) – بركاني فرحات، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص223.

فوسائل وأساليب البحث عن الأدلة ليست من السهل أن يوفق فيها المتهم، إلا أن النيابة العامة لما لها من السلطة والطرق الفعالة في التحري والتحقيق وإلى جانبها الطرف المتضرر الذي يسعى إلى إثبات التهمة على المدافع، ما يجعل عبء الإثبات على عاتقها أولى من يكون على عاتق المتهم.

2: نظرية استقلالية القانون الجنائي

نقد النظرية السابقة نتج عنه ظهور النظرية المؤسسة على ذاتية القانون الجنائي وخصوصيته، حيث قواعد ومواد القانون الجنائي تخالف قواعد ومواد القانون المدني؛ باعتبار قرينة البراءة هي التي تنظم مشكل عبء الإثبات، وعليه فالمتهم لا يتحمل عبء إثبات الجريمة أو نفيها، ومنه خصوصية أدلة الإثبات في المسائل الجنائية.

يقع على عاتق النيابة العامة بوصفها سلطة الاتهام في الدعوى الجنائية؛ واجب إثبات توافر أركان الجريمة وعدم وجود سبب مبرر لها، كما أن المتهم يستفيد من قرينة البراءة فلا يتحمل عبء إثبات الجريمة أو نفيها؛ وهناك من قيد هذا العبء وقصره على الحالة التي يدعي فيها المتهم بتوافر حق الدفاع المشروع، فيقع في هذه الحالة على عاتق النيابة العامة إثبات انتفاء قيام هذا الحق.

إلا أنه يؤخذ على هذه الرأي منطق يؤدي إلى القول بأن هناك قرينة تفيد بأن المتهم كان في حالة دفاع مشروع وعلى النيابة العامة أو القاضي حسب الأحوال نفي هذه القرينة وإثبات عكسها وهذا الأمر مغالى فيه [1].

(1) – علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، د ت، ص253-254.

وذلك لأن الأصل في المتهم البراءة حتى تثبت الإدانة، وهذا مبدأ تؤكده كل التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية والتي سبقت بالتشريع الإسلامي، وعليه من المنطقي عدم مطالبته بتقديم أدلة براءته.

ثم إن القاضي الجنائي يختلف عن القاضي المدني، لأن هذا الأخير يعتبر محايدا بحيث يتخذ موقفا سلبيا ثم يقارن بين أدلة الخصوم، فهو يكتفي بالحقيقة الشكلية كما هي لدى المدعي والمدعى عليه، أما القاضي الجنائي يبحث عن الحقيقة كما هي في الواقع وليست الحقيقة التي يتصورها طرفا النزاع [1].

والنيابة العامة باعتبارها طرفا أساسيا في الدعوى يجب عليها تقديم الأدلة على قيام الجريمة، ونقض ما يدعيه المتهم من تمسكه بحالة الدفاع الشرعي أو إعفائه من العقاب أو بمانع من موانع المسؤولية الجنائية، فالمتهم متى تمسك بسبب من أسباب الإباحة ليس مكلفا مبدئيا بإثبات صحة دفعه، بل على النيابة العامة إثبات العكس [2]

فإن لم تأت النيابة العامة بالدليل الكافي، فلا سبيل من تبرئة المتهم إعمالا لقاعدة الشك يفسر دائما لمصلحة المتهم [3].

لكن فقهاء القانون يقررون أن واجب النيابة العامة يكتمل بإثبات الجريمة؛ والتي تتمثل هنا في الدفاع الشرعي على حسب ادعاء النائب العام، حيث يقع على عاتق المتهم –المدافع–إثبات الوقائع التي تبرر أسباب الإباحة ومنها الدفاع الشرعي وبالتالي عدم قيام الجريمة.

(1) – محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي القسم العام الأحكام العامة–الجريمة–المسؤولية الجنائية، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت–لبنان، ط3، 2002، ص174.

(2) – جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، مرجع سابق، ص104.

(3) – صلاح جبار، الدفاع المشروع، مجلة صوت القانون، الجزائر، العدد 2، سنة 2016، ص 30.

ولا يشترط في التمسك بحالة الدفاع الشرعي أن يدفع باللفظ صراحة عنه، بل يكفي ما يقوم مقام ذلك كأن يتمسك المتهم أو المدافع عنه بأنه كان يرد اعتداء وقع عليه من المجني عليه.

وإذا سكت المتهم عن إثارة حقه بالدفاع المشروع أثناء التحقيق، فهذا لا يعني فقدان هذا الحق أو سقوطه أمام محكمة الموضوع، نظرا للطبيعة الموضوعية للدفاع الشرعي، وإن أغفلت المحكمة ذلك أو خالفت في نتيجتها بعد أن أثبتت أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي، فإن حكمها معيب وللمحكمة العليا بسط رقابتها بتصحيح الخطأ.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التفريق بين عبء الادعاء وعب الإثبات، ومن المعقول ألا تلتزم النيابة بإثبات سبب الإباحة، ما لم يدع به المتهم وأن يكون هذا الادعاء مؤسسا حتى تلتزم النيابة بتقديم الدليل العكسي، ويظهر ذلك في عدة أحكام صادرة عن المجلس الأعلى-المحكمة العليا حاليا-أنه يأخذ بالنظرية المدنية السابقة في إثبات الدفاع الشرعي [1].

وهناك دور آخر إيجابي للنيابة العامة؛ يساهم في الاتجاه الشخصي لقاضي الحكم، من خلال إقناعه بالأدلة والحجج من أجل الوصول إلى الحقيقة، فالقاضي يحكم بما أسند إليه وفق ما وصل إليه اقتناعه وما يراه أصلح للمتهم.

المشرع الجزائري سكت عن مسألة عبء الإثبات في الدفاع الشرعي، وخصص له مادتين فقط هما: المادة 39 والمادة 40 حدد فيهما القواعد العامة والخاصة للدفاع الشرعي، حيث أن القرينة الواردة في المادة 40 هي قرينة بسيطة، تتوافق مع وجهة نظر المشرع الجزائري لشخص الجاني، أما بالنسبة للقضاء

(1) – دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص124.

فقد استقرت المحكمة العليا أن عبء إثبات فعل الدفاع في المادة 39 يقع على عاتق المتهم أما في المادة 40 اعتبرتها المحكمة العليا قرينة للدفاع الشرعي من شأنها إعفاء المتهم من إثبات شروط الدفاع وإنما عليه أن يثبت إحدى الحالات الواردة في المادة 40 لأنه في موقف أقوى من موقفه في الحالات العامة المنصوص عليها في المادة 2/39 من قانون العقوبات [1].

3: تمسك المتهم بالدفع بالدفاع الشرعي

الأصل العام أنه متى تمسك المتهم (المدافع) بالدفع بأن أفعال الاعتداء (الدفاع) التي قام بها كانت لازمة ومتناسبة لرد اعتداء غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع على مصلحة يحميها القانون كالنفس أو المال، له أو لغيره، فهي قانونية من قبيل أسباب الإباحة والمتمثلة في الدفاع الشرعي.

وبالتالي وجب على المحكمة مناقشة هذا الدفع والبحث في موضوع الدعوى وعناصرها، وإلا كان حكمها معيبا قاصرا.

لتمسك المتهم بحالة الدفاع الشرعية أهمية بالغة، حيث ينشئ التزام محكمة الموضوع بالبحث فيها والرد على الدفع بها، فصورة هذا التمسك أنه لا يكون بلفظ معين، ولا يشترط أن يستعمل المتهم اسمه القانوني، كما يشترط أن يتمسك المتهم به على نحو جدي وبصورة أصلية، فإن كان على سبيل الاحتياط أو مجرد الافتراض فلا يعد تمسكا قانونيا، أما وقت التمسك فيكون أثناء التحقيق أو أمام القضاء ولمن

(1) – كمال بلارو، أحكام الدفاع الشرعي، مجلة العلوم الانسانية، مج: ب، ع 49، سنة 2018، الجزائر، ص13-14.

أغفله يشترط أمام محكمة الموضوع ولا يقبل أمام محكمة النقض إلا إذا كانت وقائع الدعوى التي أثبتتها محكمة الموضوع ترشح لقيام حالة الدفاع الشرعي [1].

وبالتالي محكمة الموضوع تقرر مدى قيام حالة الدفاع الشرعي أو نفيها بناء على الأدلة المقدمة إليها، وليس للمحكمة العليا أن تعقب على حكمها مادام استدلالها واستنتاجها صحيحا وقانونيا، بشرط أن تبحث في عناصر وشروط الدفاع الشرعي في حالتيه معا إما الإثبات أو النفي، حتى ولو لم يدفع به المتهم كما لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي اعتراف المدافع بالجريمة.

وقد يتمسك المتهم بعذر التجاوز في الدفاع الشرعي، وهنا أيضا يجب على المحكمة مناقشة هذا الدفع وللقاضي كامل السلطة التقديرية في تقدير الوقائع، ولا رقابة لمحكمة النقض على ذلك إلا في حالة القصور في التسبيب أو الخطأ في تطبيق القانون كعدم الرد على دفع المتهم بالدفاع الشرعي أو سوء تأويل القانون أو تفسيره كزيادة أو نقصان لشرط من شروط الدفاع أو رد الاعتداء.

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1984/05/29 ملف رقم 27369 المنشور بمجلة المحكمة العليا ما نصه " متى كان من المقرر قانونا أن القرار الذي لم يتصد لدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي عن النفس لا بالرفض ولا بالقبول يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومنتهكا بحقوق الدفاع. ولما كان الثابت في قضية الحال أن المتهم الطاعن تمسك بحالة الدفاع الشرعي عن النفس أمام قاضي محكمة الدرجة الأولى، وكذلك أمام قضاة المجلس القضائي، غير أنهم لم يستجيبوا لدفعه لا برفضه

(1) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص232-233.

ولا بقبوله وقضوا عليه بالإدانة دون تصديهم لوسائل دفاعه المثارة أمامهم، فإنهم بإغفالهم هذا انتهكوا حق الدفاع وحسن سير العدالة. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه "[1].

4: اعتراف المتهم والتمسك بالدفاع الشرعي

إن العلاقة بين الاعتراف بالجريمة والتمسك بالدفاع الشرعي هي علاقة وثيقة، حيث أن كون المتهم في حالة دفاع شرعي معناه أنه ارتكب فعلا مجرما في أصله لكن الظروف والوقائع والقانون جعلت منه فعلا مباحا.

وعليه يستلزم منطقيا الارتباط بين الاعتراف بالجريمة والتمسك بالدفاع الشرعي، والتناقض في موقف المتهم من إنكاره الجريمة وتمسكه بالدفاع الشرعي في نفس الوقت، وهذا التناقض يجعل التمسك بالدفاع الشرعي غير جدي، ويبيح لمحكمة الموضوع إغفاله في حكمها دون أن يكون معيبا [2].

لكن المعمول به حاليا في القضاء أنه لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يعترف المتهم بالجريمة، فإذا لم يعترف المتهم بالجريمة وأنكر فعله؛ في حين وقائع الدعوى أظهرت توافر عناصر الدفاع الشرعي، فمحكمة الموضوع تعتبر المتهم في حالة دفاع شرعي، فإن لم تفعل فحكمها معيب يخضع لرقابة محكمة النقض، وذلك لأن إنكار المتهم للجريمة وتمسكه بالدفع بالدفاع الشرعي، مخالف ومناقض للجدية كما بينا سابقا.

(1)- قرار المحكمة العليا، رقم 27369، الصادر بتاريخ 29 ماي1984، مجلة المحكمة العليا، ع4، 1989، ص335.

(2)- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص233.

وبمكن تفسير التحول من شرط اعتراف المتهم بالجريمة، بالتوازي مع التمسك بالدفاع الشرعي إلى عدم شرط الاعتراف بالجريمة، هو أن محكمة النقض المصرية في أحكامها قبل سنة 1942 كانت توجب اعتراف المتهم بالجريمة وما هي الظروف التي دفعته إلى ما وقع منه، ومن هو المعتدي، وحلول خطر الاعتداء أو عدمه، وغير ذلك من شروط الاعتداء وشروط رد الاعتداء، حتى يصح التمسك بالدفاع الشرعي.

وفي هذا جاء حكم لها: "إذا كان المتهم نفسه قد أنكر بتاتا ما أسند إليه ودار دفاع محاميه على هذا الإنكار، فإن ما جاء على لسان المحامي عرضا، وعلى سبيل الفرض والاحتياط، من أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي لا يعتبر دفعه جديا تكون المحكمة ملزمة بالرد عليه، ولا يقبل من المتهم الطعن في الحكم الصادر بمقولة أنه أغفل الرد على هذا الدفع" [1].

وجاء في حكم آخر: "أن اعتراف المتهم بما هو منسوب إليه شرط لصحة تمسكه بقيام حالة الدفاع الشرعي، بحيث لا يستقيم تمسكه بها مع إنكاره الفعل أساسا" [2].

لكن بعد سنة 1942 صارت المحكمة لا تشترط اعتراف المتهم بالجريمة، ولا حتى تمسكه بالدفع بالدفاع الشرعي وفي هذا جاء حكم لمحكمة النقض المصرية على ما يلي: "كان من الواجب على المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تتحدث عن الدفاع الشرعي لما أوقع الطاعن فعل الضرب المرفوعة به الدعوى عليه

(1) – نقض 6 مارس 1933، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم99، ص 149، عن طريق: سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص292.

(2) – نقض 5 فيفري 1934، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم196، ص264، عن طريق: ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الاباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، ط1، سنة 2004، ص122.

بما يثبته أو ينفيه أما وأنها تقول إنه لا محل لهذا البحث لأن المتهم ينكر التهمة أمامها أو تقول بأن حالة الدفاع الشرعي منتفية لأن المتهم أصيب في شجار زج بنفسه فيه ففي هذا وذاك خطأ وقصور ظاهرا"[1]

وفي حالة لم يتمسك المتهم بالدفع بالدفاع الشرعي سواء عن جهل أو تقصير منه، ومن خلال وقائع الدعوى والأدلة المقدمة بين يدي محكمة الموضوع، تبين أن المتهم لم يكن معتديا بل كان في حالة رد اعتداء غير مشروع، وله أن يستفيد من البراءة، أما إذا وقع منه تجاوز في رد الاعتداء فللمحكمة واسع النظر في تقدير العقوبة المناسبة أو تخفيفها.

أما إذا لم تقدم النيابة العامة أي دليل يدين المتهم فليس مطالبا بعبء الإثبات، ويجب على المحكمة تبرئته إعمال لقاعدة الأصل في الإنسان البراءة.

وخلاصة القول إن المتهم لا يمكنه عمليا أن يقف موقفا سلبيا تجاه الاتهام الموجه ضده خاصة في مرحلة تقدير الأدلة، بل عليه أن يتخذ موقفا إيجابيا من الأدلة فيتحمل الجزء الصعب من الإثبات، وهو ما يعرف بالعبء الفعال للإثبات، أما نظريا فإن عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة باعتبارها سلطة الاتهام وهو ما يعرف بالعبء القانوني [2].

(1) – رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص491، سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص292.

(2) – عبد العالي بوصنوبرة، تجاوز حدود الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع48، ديسمبر2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة-الجزائر، ص74.

5: رقابة المحكمة العليا على الدفاع الشرعي

رأينا سابقا أن محكمة الموضوع لها كل الصلاحيات وهي المسؤولة عن التحقق من مدى توافر شروط حالة الدفاع الشرعي من عدمه، ومنه الحكم بإثباته أو انتفائه على حسب تحليل وقائع الدعوى وظروفها، ولا تعقيب أو تثريب على حكمها من قبل محكمة القانون طالما كان التكييف القانوني صحيحا ولا خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله.

إضافة إلى ذلك فإن محكمة النقض لا يمكنها البحث عن أدلة جديدة أو إجراء تحقيق أو معاينة أو الاطلاع على أوراق لم تقدم إلى قاضي الدعوى، كما لا تملك الترجيح بين الدلائل التي قدمت إلى قاضي الموضوع [1].

وبما أن الدفاع الشرعي ذو طبيعة موضوعية يخضع إثباته للسلطة التقديرية للقاضي، جاء في قرارات المحكمة العليا الصادرة عن الغرفة الجنائية بتاريخ 10 نوفمبر 1987 مثل القرار رقم 1005 والقرار رقم 1023 كما يلي:

"ولما كان من المستقر قضاء أن الأحكام والقرارات الصادرة في مواد الجنح لابد أن تعلل تعليلا كافيا حتى يتسنى للمجلس الأعلى مراقبة صحة تطبيق القانون يتعين على قضاة الاستئناف عند تطبيقهم المادة 39 من ق ع ج أن يبنوا في قراراتهم توافر شروط حالة الدفاع الشرعي" [2].

(1) – أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 1957، مج7، ع1-2، ص83.

(2) – قرار المحكمة العليا رقم 132860 عن طريق: الجيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2001، ص71.

إن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ليست على إطلاقها، والقول بتوافر حالة الدفاع الشرعي من عدمه مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا؛ إلا في الحدود العامة كالتدليل على توافر الدفاع الشرعي أو عدم توافره، بأدلة معقولة صحيحة مستمدة من أوراق الدعوى، وذكر الحكم يكون منطقيا من غير تناقض ولا غموض.

كما لا تستلزم حالة الدفاع الشرعي طرح سؤال خاص أو احتياطي أمام جهات الحكم [1] لأن الإجابة عن السؤال الرئيسي إما تبرئة المتهم وبالتالي قيام حالة الدفاع الشرعي، أو إدانته بسبب عدم توافر شروط الدفاع الشرعي أو بسبب تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

من خلال القرارات التالية نبين رقابة المحكمة العليا على الدفاع الشرعي وسلطتها على محكمة الموضوع:

القرار الصادر بتاريخ 27 مارس 1990 عن الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 64901: "متى وقع طرح سؤال خاص بحالة الدفاع الشرعي وكانت الإجابة عليه تناقض مع الإجابة على السؤال الرئيسي بالإدانة يترتب على هذا التناقض نقض الحكم الصادر في الدعوى.

القرار الصادر بتاريخ 24 فيفري 1981 الذي جاء فيه: لما كانت الأسئلة والأجوبة هي بمثابة تعليل أمام محكمة الجنايات فلقد استقر قضاء المجلس الأعلى على أن طرح سؤال مستقل خاص بالدفاع الشرعي غير لزومي لأن الإجابة على السؤال الرئيسي المتعلق بالإدانة تدل ضمنيا على عدم توافر هذا الفعل المبرر لدى المتهم".

(1) – زهرة دحماني، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص129.

القرار الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006 والذي جاء فيه: "حيث أن تقدير الفعل المبرر للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، يخضع للسيادة سلطة القضاة والمحلفين. حيث أنه بالإجابة بالإيجاب على السؤال المتعلق بالإدانة من جهة وبالإجابة على الفعل المبرر لدفاع المشروع عن الغير من جهة أخرى، فإن محكمة الجنايات تكون قد أعطت أجوبة متناقضة، وإن الدفاع المشروع الذي يسمح به القانون وعندما يتمسك به القضاة يستبعد بالفعل كل تصور يتعلق بالخطأ، وبالتالي كل تصور يتعلق بالإدانة بالأفعال محل المتابعة، ومن ثم فإن محكمة الجنايات يجب عليها في حالة الدفاع المشروع أن تنطق ببراءة المتهم وليس بالإعفاء كما في قضية الحال..." [1].

ويجب أن يكون الدفع قد أثير وقدم قبل إقفال باب المرافعة أمام محكمة الموضوع، وعليه لا يجوز أن يثار هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة القانون، وعلى محكمة الموضوع أن تتعرض لهذا الدفع في تسبيب حكمها وتدليله إذا قدم المتهم دفعاً صريحاً بتوافر حالة الدفاع الشرعي.

جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: إذا كان لا يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أورد الواقعة على نحو يرشح لقيام حالة الدفاع الشرعي كما لم يثبت أن المدافع عن الطاعن قد تمسك أمام المحكمة بتوافرها فإنه لا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض" [2].

(1) – قرار رقم 411831 الصادر بتاريخ 2006/07/19 عن الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، ع1، 2006، ص561.

(2) – نقض جلسة 10 فيفري 1984، س24 ق، طعن رقم 41، عن طريق: ممدوح عزمي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، مرجع سابق، ص144.

بما أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة الموضوعية ومرتبط بالنظام العام، يجب إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى، ولا يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها محكمة قانون وليست محكمة وقائع، إلا إذا تحققت حالة الدفاع الشرعي حسب ما ينص القانون ومحاكم الدرجة الأولى أو الثانية تجاهلت ذلك أو أخطأت في تطبيق القانون، فهنا تخضع لمراقبة المحكمة العليا.

ومسألة الدفع بالدفاع الشرعي من الدفوع الجوهرية يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى وإن لم يتمسك بها المتهم، ويجب عليه أن يرد عنها في حالة الدفع سواء بالقبول أو الرفض بالتسبيب والتدليل، وإلا اعتبر حكمه معيبا قاصرا أو باطلا يستدعي نقضه.

الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

لا تتحقق واقعة الدفاع الشرعي لدى المصول عليه إلا بإثباتها وسقوط المسؤولية الجنائية عنه، وإثبات الصيال يكون بأدلة معينة، ولا تختلف هذه الأدلة في الشريعة الإسلامية عن أدلة الإثبات التي أخذ بها الفقه الوضعي.

وتتمثل طرق الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي في: البينة، الإقرار، القرائن، الخبرة، معلومات القاضي، الكتابة، اليمين. ثم القسامة واللعان انفردت بهما الشريعة الإسلامية [1].

من المتفق عليه أن المدعي لا يصدق في دعواه إلا ببينة، أو إقرار، عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجالُ أموالَ قومٍ ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على

(1) – أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، د ط، 1962، الشركة العربية للطباعة والنشر، ص12

من أنكر"[1] إلا في القسامة لأنه لو صدق كل مدع بدعواه، من غير بينة أو اعتراف لادعى أناس دماء غيرهم وأموالهم زورا بغير حق [2].

فالأصل عدم صحة ما يدعيه المدعي إلا ببينة، ولا يثبت بمجرد الادعاء خشية أن يدعي أناس على أناس في أنفسهم وأموالهم وأعراضهم، أما المدعى عليه فعليه اليمين إنكارا لما ادعي عليه، لذلك لا تقبل دعوى الصيال إلا ببينة.

أولا: عبء الإثبات

في الفقه الإسلامي توجد قاعدتان تحددان من يقع عليه عبء الإثبات:

القاعدة الأولى: الأصل براءة الذمة.

القاعدة الثانية: الأصل في الأشياء الإباحة.

ومعنى هاتين القاعدتين أن ذمة الإنسان بريئة حتى يثبت خلاف ذلك؛ أي ما يوجب إدانتها، كما أن الأصل في أفعال الإنسان أنها مباحة إلا ما استثني منها بالدليل منعا أو تحريما.

هذا هو الظاهر ويلزم على من يدعي خلاف ذلك أن يقدم دليل الإثبات، وبما أن المدعي دائما يدعي خلاف الظاهر فيقع على عاتقه عبء الإثبات، وبما أن المدعي يدعي أمرا خفيا فإنه يحتاج إلى إظهاره بالبينة أو بدليل إثبات آخر.

(1) – صحيح مسلم: 1336/3، رقم 1711، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.

(2) – الصديق أبو الحسن محمد، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة ماجيستير، د ط، أفريل 1978، كلية القانون، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة الخرطوم، السودان، ص309.

وقد بين الفقهاء أن المصول عليه هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، فعليه أن يقدم الأدلة على أن أفعال دفاعه كانت لازمة ومتناسبة لرد اعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع، على نفسه أو ماله أو عرضه، أو على نفس أو مال أو عرض الغير، ولا يكفي أن يدعي المصول عليه أن أفعال دفاعه –غير المشروعة في الأصل المباحة استثناء–كانت لدفع صيال الصائل، إنما عليه أن يقدم الدليل على صدق دعواه [1].

فمتى أثبت المصول عليه قيام حالة الدفاع الشرعي بكل شروطها الخاصة بالصيال كإثبات عدوان الصائل ورد الصيال بأنه قام بأفعال الدفاع، تحققت مشروعية رد الصيال أو عدم مشروعية الصيال، وترتبت آثاره حسب القواعد الشرعية المقررة في باب دفع الصائل.

والقاضي غير مطالب بطريق معين من طرق الإثبات بل يبني اقتناعه من كل طرق الإثبات وجميع ظروف وملابسات الدعوى لإثبات الجريمة أو نفيها، وقد أشار ابن القيم الجوزية إلى ذلك في كتابه "إعلام الموقعين" ما نصه:

"والمقصود أن الشارع لم يَقِف الحكم في حفظ الحقوق البتة على شهادة ذكرين لا في الدماء ولا في الأموال ولا في الفروج ولا في الحدود بل قد حد الخلفاء الراشدون والصحابة رضي الله عنهم في الزنا بالحبل وفي الخمر بالرائحة والقيء وكذلك إذا وجد المسروق عند السارق كان أولى بالحد من ظهور الحبل والرائحة في الخمر ...فإن الشبهة التي تعرض في الحبل من الإكراه ووطء الشبهة وفي الرائحة لا يعرض مثلها في ظهور العين المسروقة والخلفاء الراشدون والصحابة رضي الله عنهم لم يلتفتوا إلى هذه الشبهة التي تَجْويز

(1) – سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص283.

غلط الشاهد ووهمه وكذبه أظهر منها بكثير فلو عطل الحد بها لكان تعطيله بالشبهة التي تمكن في شهادة الشاهدين أولى فهذا محض الفقه والاعتبار ومصالح العباد وهو من أعظم الأدلة على جلالة فقه الصحابة وعظمته ومطابقته لمصالح العباد وحكمة الرب وشرعه ...وسر المسألة أن لا يلزم من الأمر بالتعدد في جانب التحمل وحفظ الحقوق الأمر بالتعدد في جانب الحكم والثبوت" [1].

روي عن عبد الله بن العباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" [2] وفي رواية أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى باليمين على المدعي عليه هكذا روى هذا الحديث البخاري ومسلم في صحيحيهما مرفوعا من رواية بن عباس عن النبي صلى الله عليه و سلم وهكذا ذكره أصحاب السنن، وهذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد أحكام الشرع ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك [3]

(1) – ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت 1973، ج1، ص103-104.

(2) – أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن باب "إن الذين يشترون بعهد الله ..." الآية، فتح الباري 61/8، ومسلم واللفظ له في كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه، شرح النووي على صحيح مسلم 369/12.

(3) – أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة الثانية ، 1392، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ج12، ص2-3، وقد جاء في شرح النووي على صحيح مسلم: وفي هذا الحديث دلالة لمذهب الشافعي والجمهور من سلف الأمة وخلفها أن اليمين تتوجه على كل من ادعى عليه حق سواء كان بينه وبين المدعى اختلاطا أم لا وقال مالك وجمهور أصحابه والفقهاء السبعة فقهاء المدينة أن اليمين لا تتوجه إلا على من بينه وبينه خلطة لئلا يبتذل السفهاء أهل الفضل بتحليفهم مرارا في اليوم الواحد فاشترطت الخلطة دفعا لهذه المفسدة واختلفوا في تفسير الخلطة فقيل هي معرفته بمعاملته ومدينته سواء بشاهد أو بشاهدين وقيل تكفي الشبهة وقيل هي أن تليق به الدعوى بمثلها على مثله وقيل أن يليق به أن يعامله بمثلها ودليل الجمهور حديث الباب ولا أصل لاشتراط الخلطة في كتاب ولا سنة ولا اجماع.

وقد اشترط بعض العلماء وجود خلطة بين المدعي والمدعى عليه وفق شروط معينة ولم يشترطها غيرهم إعمالا لعموم الحديث.

والمقصد في جعل البينة على المدعي لأن جانب المدعي ضعيف فهو يدعي خلاف الظاهر ويجب عليه تقديم الحجة القوية وهي البينة فيتقوى بها المدعي أما المدعى عليه فجانبه قوي لأن الأصل براءة ذمته فعليه باليمين فقط وهي حجة ضعيفة بالمقارنة بحجة البينة، وهي القاعدة الشرعية التي جاء بها هذا الحديث "البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

المدعي هو من يقع عليه عبء الإثبات ويطالب بالبينة التي تثبت حقه وتصدق دعواه، فإذا ما ترك دعواه توقفت وانقضت كونه قد ترك حقه فيها، بخلاف المدعى عليه فإنه يكلف بأداء اليمين، ويكون خصما يجبر على السير في الدعوى ومواصلتها لأجل إثبات براءته من الادعاء عليه، على أساس أنه لابد لحماية الحقوق من أدلة وبينات تثبتها وتصدق موضوع الدعوى، وتظهرها أمام القضاء وتجعل حكمه موافقا للصواب قدر الإمكان؛ لأن من الناس أصحاب باطل ودعاوى يقيمونها ضد غيرهم من غير وجه حق فيأكلون حقوق الناس وأموالهم بالباطل [1].

يعتبر الإقرار أقوى طرق الإثبات وأهمها في إنهاء الخصومات أمام القضاء، ولكن وفق الشروط المقررة في المقر والإقرار، فإن توافرت كلها وأقر الصائل بصياله على المصول عليه ودفع هذا الأخير صراحة أو

(1) – محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، الرياض، ط2، 1999، ص135، غلاب بن صقر العتيبي، الإثبات باليمين في نظام مرافعات الشرعية السعودي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص115، عن طريق: د/الطاهر برايك، عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع31/30 ماي 2013.

ضمنا بأنه دافع لدفع الاعتداء، صح قيام حالة الدفاع الشرعي وترتبت آثاره، ومن بينها عبء الإثبات وطرق إثباته، وهذا إذا كان الصائل غير مقتول.

أما إذا قتل المصول عليه الصائل باعتبار الفعل والوسيلة لازمان متناسبان لدفع صياله، فإنَّ الإقرار يلتمس لدى أولياء الدم، فإن أقر ولي الدم بأن القتيل صال على القاتل أو على من دافع عنه، وأن المصول عليه لم يسعه دفع عدوان الصائل القتيل بغير القتل، فإن هذا الإقرار من ولي الدم كاف في إثبات الصيال وإسقاط القصاص والدية عن المدافع [1].

إذا انتفى الإقرار وجب إثبات الصيال بالبينة، والأصل أن تكون بشهادة شاهدين رجلين عدلين مسلمين، يشهدان على واقعة الصيال سواء على الأنفس أو الأموال باستثناء الأعراض فقد اختلف في ذلك الفقهاء، وسيأتي بيان ذلك في محله.

سبق وأن رأينا من خلال الأعذار المعفية من العقاب قضاء عمر بن الخطاب فيما روي عنه رضي الله عنه أنه كان يوما يتغذى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عمر: ما يقولون؟ فقال يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي فإن كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر: ما يقول؟ قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال: إن عادوا فعد [2].

(1) – فيصل بن عبد العزيز اليوسف، دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص68

(2) – ذكره ابن قدامة في المغني 337/9 وقال رواه هشيم عن مغيرة عن إبراهيم أخرجه سعيد، إرواء الغليل 274/7 رقم 2217

فالشاهد من هذه الرواية أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أثبت براءة القاتل بناء على إقرار أولياء الدم، حيث اعترفوا أن صاحبهم صال على عرض القاتل، وأعفى القاتل من القصاص بل شجعه على الدفاع إن أعاد المعتدون عدوانهم عليه.

وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله لم يقبل قوله إلا ببينة ولزمه القصاص روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال : إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى وإن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولا دية [1].

أما البينة في كلام الله ورسوله وعليه السلام وكلام الصحابة عليهم الرضوان؛ اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين من المسلمين أو الشاهد واليمين على الواقعة، فإذا شهد الرجلان بأن الصائل قد صال على المصول عليه، كان ذلك كافيا لإثبات الدفاع الشرعي، فالصيال على الأنفس والأعراض **فيما عدا جريمة الزنا** والأموال، يثبت بشهادة رجلين عدلين من المسلمين [2].

(1) – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، ص337.

(2) – أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 12، سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص284.

ذهب الحنابلة إلى التمسك بالبينة فإن انتفت؛ لا تصح قيام حالة الدفاع الشرعي لانعدام شرط من شروط الدفاع أو شروط الاعتداء، فلا سبيل من القصاص، وفي هذا جاء في المغني "ولو قتل رجل رجلا وادعى أنه قد هجم منزلي فلم يمكنني دفعه إلا بالقتل لم يقبل قوله إلا ببينة وعليه القود سواء كان المقتول يعرف بسرقة أو عيارة أو لا يعرف بذلك فإن شهدت البينة أنهم رأوا هذا مقبلا إلى هذا بالسلاح المشهور فضربه هذا فقد هدر دمه وإن شهدا أنهم رأوه داخلا داره ولم يذكروا سلاحا أو ذكروا سلاحا غير مشهور لم يسقط القود بذلك لأنه قد يدخل لحاجة ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب إهدار دمه وإن تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما أني جرحته دفعا عن نفسي حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وعليه ضمان ما جرحه لأن كل واحد منهما مدع على الآخر ما ينكره والأصل عدمه"[1]

وشابه الشافعية الحنابلة فكلاهما يرون اشتراط البينة لقبول دعوى المصول عليه وإثبات دفاعه، سواء كان الصائل معروفا بالفساد أو غير ذلك.

ذهب الحنفية إلا أنه إن قدم المصول عليه بينة تثبت أنه كان في حالة دفع صيال صائل، فإن كان الصائل معروفا بالسرقة مثلا فدمه هدر ويسقط القصاص وتجب الدية، وإن لم يقدم المصول عليه بينة تثبت الصيال وكان الصائل غير معروف بالسرقة وجب القصاص وإن ثبتت التهمة على الصائل وجبت الدية دون القصاص.

(1) – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص349.

جاء في حاشية ابن عابدين: "رجل قتله رب الدار فإن برهن أنه كابره فدمه هدر وإلا فإن لم يكن المقتول معروفا بالسرقة والشر قتل به قصاصا وإن كان متهما تجب الدية في ماله استحسانا لأن دلالة الحال أورثت شبهة في القصاص لا في المال" [1].

أما المالكية فقد فرقوا في مسألة إثبات الصيال بين حالتين، في حالة وقوع الصيال مع وجود الناس يلزم على المصول عليه تقديم البينة، وفي حالة وقوع الصيال مع عدم وجود الناس فيقبل قول المصول عليه بيمينه.

جاء في الشرح الكبير للدردير "ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه إلا إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه"[2] وقد جاء في تعليق الدسوقي على هذا ما نصه "قوله (ويثبت ذلك) أي كون الصائل لا يندفع إلا بالقتل، قوله (إلا إذ لم يحضره أحد إلخ) فإذا صال جمل مثلا على أحد فخاف منه على نفسه فقتله فلا شيء عليه إن قامت له بينة أنه صال عليه وأنه لم يندفع عنه إلا بقتله فإن لم تقم له بينة ضمن ولا يصدق في دعواه أنه صال عليه ولم يندفع عنه إلا بقتله إلا إذا كان بموضع ليس بحضرة الناس فإنه يصدق بيمينه" [3].

(1) – ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، مرجع سابق، ج4، ص117.

(2) – الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص357.

(3) – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص357.

أما في جريمة الزنا فقد اختلف الفقهاء في إثبات الصيال إلى قولين حسب وسيلة إثبات جريمة الزنا، حيث تثبت جريمة الزنا كأصل عام بشهادة أربعة شهود رجال عدول، وهذا على خلاف البينة فتقبل شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين في غير جريمة الزنا طبعا.

نص القرآن والسنة على اشتراط أربعة شهود عدول لإثبات جريمة الزنا، قال تعالى ﴿وَالَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية 15]

عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب الناس وقال في خطبته: "إن الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق، وأنزل عليه الكتاب، فكان مما أنزل الله آية الرجم، فقرأناها، وعقلناها، ووعيناها، رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: والله ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، والرجم في كتاب الله حق على من زنى، إذا أحصن من الرجال والنساء، إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف" [1]، وفيه: أن الرجم نزل في القرآن في آية من كتاب الله، وكونها لم تقرأ في الصحف، يدل على نسخ تلاوتها، مع بقاء حكمها. والشاهد من هذا إثبات حد الزنا بالبينة أو الحبل أو الاعتراف ومن البينة شهادة الشهود العدول.

(1) – رواه البخاري (6830) ومسلم (1691).

وما رواه أبو هريرة: أن سعد بن عبادة قال: "يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتى بأربعة شهداء"؟ قال: نعم [1]"، فالشاهد من هذا الحديث أن رسول الله لم يقبل قول سعد من غير بينة.

وروى سعيد بن المسيب قال: "أرسل معاوية أبا موسى إلى علي كرم الله وجهه يسأله عن رجل وجد على امرأته رجلا فقتله، فقال علي كرم الله وجهه: لتخبرني لم تسأل عن هذا؟ فقال: إن معاوية كتب إلي، فقال علي: "أنا أبو الحسن إن جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا وإلا أعطى برمته " [2]

أي يسلم إلى أولياء المقتول يقتلونه قصاصا.

معناه إذا وجد الرجل مع امرأته رجلا يزني بها ولم يمكنه دفعه إلا بالقتل فله قتله سواء كان الزاني بكرا أو محصنا، لأن دفعه بالقتل عن المال جائز فعن حريمه أولى، فإن اندفع عنها بغير القتل وكان الزاني بكرا وجب القصاص على القاتل، وإن كان محصنا سقط القصاص لأنه مستحق للقتل كالمرتد، هذا الذي بينه وبين الله تعالى أما في الظاهر فإنه يجب عليه القصاص إلا أن يصادقه الولي أنه زنى وهو محصن أو أقام البينة على زناه وإحصانه [3].

(1) – أخرجه مسلم في كتاب اللعان، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، ص131.

(2) – أخرجه عبد الرزاق في باب الرجل يجد على امرأته رجلا كتاب العقول، المصنف ج9، ص433-434، رقم 17915، وابن أبي شيبة في باب الرجل يجد مع امرأته رجلا فيقتله من كتاب الديات، المصنف ج9، ص403، رقم 7928.

(3)– محيي الدين النووي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، بقلم محمد نجيب المطبعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، ج21، ص98.

القول الأول: فأما أصحاب هذا القول فهم يشترطون شهادة أربعة شهود عدول يرون التلبس بالزنا حقيقة وفعلا لإثبات الصيال في الاعتداء على العرض بجريمة الزنا وهم **المالكية** فقد جاء في تبصرة الحكام "...حكم الذي يجد مع امرأته رجلا أو في بيته سارقا فيقتلهما وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب: وسمعت ابن الماجشون يقول: وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه، هل عليه قصاص؟ فقال: لا، وهو جبار لا شيء عليه فيما دون النفس، فإن قتله كان عليه القود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود، وإنما عليه الأدب من السلطان لافتياته عليه بتعجيل قتله" [1].

و**الشافعية** فقد جاء في روضة الطالبين "إذا وجد رجلا يزني بامرأته أو غيرها لزمه منعه ودفعه، فإن هلك في الدفع فلا شيء عليه، وإن اندفع بضرب غيره ثم قتله، لزمه القصاص إن لم يكن الزاني محصنا، فإن كان؛ فلا قصاص على الصحيح...وإذا قال قتلته لذلك وأنكر وليه، فعلى القاتل البينة، وينظر إن ادعى أنه قصد امرأته فدفعه فأتى الدفع على نفسه، ثبت ذلك بشاهدين وإن ادعى أنه زنى بها وهو محصن لم يثبت الزنى إلا بأربعة، فإن لم يكن بينة حلف ولي القتيل على نفي العلم بما يقوله ومكن من القصاص"[2].

أحد الروايتين عند الحنابلة ترى لإثبات الصيال بالزنا وجود البينة وهي شاهدان فقط وتعليل ذلك كون البينة بشاهدين لإثبات وجود الصائل مع المرأة لا لإثبات الزنا الذي يتطلب شهادة أربعة شهود.

(1)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج4، ص386.

(2)- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج10، ص190.

جاء في المغني " وإذا وجد رجلا يزني بامرأته فقتله فلا قصاص عليه ولا دية ... وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها وان كانت مكرهة فعليه القصاص وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته فانكر وليه فالقول قول الولي ... ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يسقط حكم القتل بمجرد الدعوى [1].

القول الثاني: واختلفت **الرواية** في البينة فروي أنها أربعة شهداء لخبر علي ولما روى أبو هريرة ... وروي أنه يكفي شاهدان لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة وهذا يثبت بشاهدين وإنما الذي يحتاج إلى الأربعة الزنا وهذا لا يحتاج إلى إثبات الزنا [2].

من المعاصرين [3] كالدكتور يوسف قاسم من توقفوا ولم يرجحوا بين الخلاف في عدد الشهود الذي يكفي لإثبات دفع الصائل عن العرض.

أما غيرهم مثل الدكتور فيصل بن عبد العزيز [4] والدكتور سيد عبد التواب [5] فقد رجحوا القول الثاني الذي يرى بأن البينة التي تكفي لإثبات الصائل في الزنا هي شهادة شاهدين، لما سبق بيانه كالقول بأن شهادة شاهدين هي بينة لإثبات الصيال وليس لإثبات الزنا من أجل إقامة حد الزنا، وكالقول بأن إثبات الصيال في الزنا يكون بإقرار ولي دم القتيل –الصائل– أنه صال على عرض القاتل –المصول عليه–

(1) – ابن قدامة، المغني، ج10، ص348.

(2) – ابن قدامة، المغني، ج10، ص348.

(3) – يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق ص344.

(4) – فيصل بن عبد العزيز اليوسف، دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص73.

(5) – سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص188.

الذي لم يجد ما يلزم ويناسب لرد هذا الاعتداء سوى قتله، فإذا أنكر ولي الدم وجب على القاتل إثبات واقعة الصيال بإقامة البينة وهي شهادة شاهدين وليس أربعة شهداء.

ولما سبق ذكره من الأدلة ففي الصحيحين حديث سعد بن عبادة فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال يا رسول الله أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقتله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا" فقال سعد: بلى والذي بعثك بالحق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اسمعوا إلى ما يقول سيدكم" [1] وفي لفظ آخر: لو وجدت مع أهلي رجلا لم أهجه حتى أتي بأربعة شهداء؟ قال رسول الله "نعم" قال: كلا والذي بعثك بالحق نبيا إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "اسمعوا إلى ما يقول سيدكم إنه لغيور، وأنا أغير منه، والله أغير مني" [2].

والشاهد من الحديث أن سعدا رضي الله عنه لما قال "بلى والذي بعثك بالحق" أقره النبي صلى الله عليه وسلم ولو وجب عليه القصاص بقتل الصائل لما أقره على حلفه، بل لو قتله لم يقد به، وفي آخر الحديث أثنى على غيرته ولم ينكر عليه ولم ينهه، كما قد يقال إن الرسول صلى الله عليه وسلم لما قال: "اسمعوا إلى ما يقول سيدكم" ينكر على سعد وأنه أغير منه والله أغير منهما، فلا تناقض بين أول الحديث وآخره بل من الأولى الجمع بين الرأيين وهو خير من إهمال أحدهما، وفي هذا مصلحة عظمى والله ورسوله أعلم بها.

(1) – مسلم 1498 في اللعان، البخاري 6846 في الحدود باب: من رأى مع امرأته رجلا فقتله، واللفظ لمسلم.
وابو داود 5432 في الديات، باب: من وجد مع أهله رجلا أيقتله، وابن ماجة 2605 في الحدود، باب الرجل يجد مع امرأته رجلا
(2) – مسلم 16/1498 في اللعان.

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية في إعلامه "وأما اكتفاؤه في القتل بشاهدين دون الزنا؛ ففي غاية الحكمة والمصلحة فإن الشارع احتاط للقصاص والدماء واحتاط لحد الزنا، فلو لم يقبل في القتل إلا أربعة لضاعت الدماء وتواثب العادون وتجرؤوا على القتل، وأما الزنا فإنه بالغ في ستره كما قدر الله ستره فاجتمع على ستره شرع الله وقدره، فلم يقبل فيه إلا أربعة يصفون الفعل وصف مشاهدة ينتفي معها الاحتمال، وكذلك في الإقرار لم يكتف بأقل من بأربع مرات حرصا على ستر ما قدر الله ستره وكره إظهاره والتكلم به، وتوعد من يحب إشاعته في المؤمنين بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة" [1].

وكما يجب على الزوج الدفاع عن عرضه يجب على غير الزوج الدفاع عن أعراض المسلمين، وقال بعض الفقهاء يجب الدفاع عن أعراض النساء مطلقا ولو من غير المسلمين، لأن التعدي على الأعراض من محارم الله ولأن جريمة الزنا من الجرائم المستمرة يجب منع استمرارها، وهذا المنع والدفع يكون بالتدرج في دفع الصائل فإن لم يكن هناك سبيل من قتله فإن دمه هدر، ولأن الدفاع عن الأعراض من باب إنكار المنكر وحفظ النظام العام ومصلحة المجتمع.

قال صاحب المغني: "وإذا صال على إنسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلما أو يريد امرأة ليزني بها فلغير المصول عليه معونته في الدفع ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال: [أنصر أخاك ظالما أو مظلوما] [2] وفي حديث: [إن المؤمنين يتعاونون على

(1)- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج2، ص84.

(2) – أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب المظالم، باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما: (2311)، والترمذي في «سننه» كتاب الفتن: (2255)، من حديث أنس رضي الله عنه.

الفتان] [1] ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم لأن قطاع الطريق إذا انفردوا بأخذ مال إنسان لم يعنه غيره فإنهم يأخذون أموال الكل واحدا واحدا وكذلك غيرهم" [2].

من مقاصد التشريع الإسلامي وكليات الشريعة الإسلامية حفظ الأعراض وصيانتها، وشرط حضور الشهود لإثبات الصيال بالزنا، من شأنه تمادي البغاة في التعدي على أعراض الناس، ولذلك من المعقول عدم إتاحة الفرصة لهم مطلقا، سواء كان المدافع عن عرضه أو عرض غيره، وسواء كان الدفاع بالضرب أو الجرح وعلى الصائل والمصول عليه اليمين لإثبات دعوى أحد وإبطال دعوى الآخر، أما إذا وصل الأمر إلى القتل فيجب على المدافع تقديم البينة أو إقرار ولي الدم، هذا في حالة أن تكون المرأة مكرهة على الزنا أما إذا كانت مطاوعة فلا ضمان على المدافع إن قتلها.

(1) – رواه أبو داود ولفظه «المؤمن أخو المؤمن يسعهما الماء والشجر، ويتعاونان على الفتان» أي الشيطان. وبضم الفاء: جمع.
(2) – ابن قدامة، المغني، ج10، ص348.

المبحث الثاني: أثر الدفاع الشرعي

من المعلوم أنه إذا توافرت شروط وأركان الدفاع الشرعي التي سبق ذكرها، فإن أفعال المدافع تكون مباحة ومشروعة كما يستفيد كل من ساهم في فعل الدفاع، ولا يترتب عليه شيء ومن ذلك سقوط المسؤولية الجنائية والمدنية وهو الأثر الأول، أما الأثر الثاني: إذا توافرت شروط وأركان الدفاع الشرعي باستثناء شرط التناسب فإن المدافع يكون في حالة تجاوز الدفاع الشرعي، والأثر الثالث يتمثل في عدم توافر أحد أو كل شروط الدفاع الشرعي ما عدا شرط التناسب وبالتالي عدم قيام حالة الدفاع الشرعي.

الفرع الأول: أثر الدفاع الشرعي في الفقه الوضعي

أولا: الآثار الجزائية والمدنية

إذا توافرت شروط وأركان الدفاع الشرعي والتزم المدافع بقيوده ولم يتجاوز حدوده المقررة قانونا، خاصة شرط التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع، فإن الجريمة التي قام بها المعتدى عليه يزول عنها وصف عدم المشروعية، ويصبح فعله مشروعا أي مباحا.

وبالتالي تسقط عنه المسؤولية الجنائية ولا توقع عليه أي عقوبة، ولا يحق للمعتدي المطالبة بالتعويض لأن المدافع لا يسأل مدنيا، ويستفيد من هذا كل من ساهم وشارك في أفعال الدفاع.

باعتبار أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تضفي صفة المشروعية على رد الاعتداء، لا يطبق على الفاعل تدابير الأمن لأن المعني ليس في حالة خطر، وللمتهم حق التمسك بحالة الدفاع الشرعي في أي مراحل الدعوى، ويجب على النيابة العامة حفظ الملف إذا كان على مستواها، وإصدار أمر بانتفاء

وجه الدعوى إذا كان على مستوى قاضي التحقيق [1]، وإصدار حكم البراءة إذا كان على مستوى جهة الحكم وليس الإعفاء من العقوبة [2].

وقد نصت مختلف التشريعات الوضعية [3] على إباحة أفعال الدفاع متى توافرت شروطه وضوابطه، ومن ذلك:

المشرع الجزائري في نص المادة 39 من قانون العقوبات والمشرع التونسي في الفصل 39 من المجلة الجنائية ذكرا صراحة أنه: "لا جريمة ...." على إتيان فعل الدفاع.

المشرع المغربي في الفصل 3/124 من القانون الجنائي نص على أنه "لا جناية ولا جنحة ولا مخالفة..."

المشرع الليبي في المادة 70 من قانون العقوبات " لا عقاب إذا ارتكب الفعل أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي".

المشرع المصري في المادة 245 من قانون العقوبات "لا عقوبة مطلقا..." وفي المادة 246 "حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح ..."

المشرع الإماراتي في المادة 56 من قانون العقوبات الاتحادي "لا جريمة ..."

المشرع القطري في المادة 49 من قانون العقوبات "لا جريمة ..."

(1) – سعيد بوعلي، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص118.

(2) – مجلة المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 411831، بتاريخ 2006/07/19 العدد الأول 2006، ص561.

(3) – قد سبق تناول هذه النصوص القانونية في محلها من هذا البحث.

المشرع الكويتي في المادة 32 من قانون العقوبات "لا جريمة ..."

المشرع العراقي في المادة 42 من قانون العقوبات "لا جريمة ..."

المشرع العماني ذكر صراحة أن "أسباب التبرير هي: الدفاع المشروع" في المادة 35 من قانون الجزاء العماني.

ونلاحظ أن التشريعات الوضعية على اختلاف صيغ التعبير بجعل الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة، كصيغة "لا جريمة" أو "لا عقوبة" أو لفظ "يبيح" أو الصيغة الصريحة بأن الدفاع المشروع من أسباب الإباحة، تتفق حول الآثار المترتبة عن الدفاع الشرعي إذا ما وقع صحيحا، ومنها مشروعية رد الاعتداء بما يلزم ويتناسب معه، وسقوط المسؤولية الجزائية والمدنية للمدافع.

وقد جاء موقف المشرع الجزائري صريحا حول سقوط المسؤولية المدنية في نص المادة 128 من القانون المدني الجزائري: " من أحدث ضرر وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله، أو عن نفس الغير أو عن ماله كان غير مسؤول على ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يُلزم بتعويض يُحدده القاضي"

أي ينتفي وصف التجريم أو الاعتداء في هذا السلوك وترتفع صفة الخطأ إعمالا لمعيار الشخص العادي، الذي كان سيأتي نفس الفعل لو تهدده خطر اعتداء على ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري لدفع الاعتداء.

ولأن المسؤولية المدنية تقوم على تواجد عناصر: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وذلك لا يتحقق في حالة الدفاع الشرعي كون المدافع ليس مخطئا في إحداثه ضررا بالمعتدي كما أن السبب في ذلك من المعتدي وليس من المدافع [1].

ويؤكد ذلك ما جاء عن المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 29-01-1980 عن الغرفة الجزائية الأولى والذي "يقضي بأن الحكم الجنائي الذي اعترف فيه المتهم أنه كان في حالة دفاع شرعي أصبح بعيدا عن كل مسؤولية فيما يخص موت الضحية وأن ذوي هذا الأخير ليس لهم ما يؤهلهم للمطالبة بالتعويض"

وقد وُفِقت هذه الصيغ تعبيرا عن إزالة الصفة الإجرامية عن فعل الدفاع، وألغت كل أثر للفعل الذي يرتكب بقصد الدفاع الشرعي [2].

ثانيا: مسؤولية المدافع تجاه غير المعتدي

أثناء قيام المعتدى عليه برد الاعتداء قد يلحق ضررا بغير المعتدي عليه، سواء عن غير قصد أو عمد، وسواء يضطر إلى ذلك عمدا، وهذا ما سوف نبينه في حالة على حدا:

الحالة الأولى: إصابة حق غير المعتدي دون قصد

معنى ذلك حالة الخطأ في موضوع الفعل والغلط في توجيهه، ويفترض الخطأ في موضوع الفعل إصابة المعتدى عليه شخصا غير المعتدي معتقدا أنه المعتدي [3]، وإما أن يكون الغلط نتيجة لعدم إصابة الهدف.

(1) – دحماني الزهرة، نظرية الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص145-146.

(2) – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص141.

(3) – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص228.

ومثال الغلط في شخص المعتدي أن يوجه المدافع سلاحه لشخص تسلل بمنزله ليلا، لكن تبين أنه خادمه أو أحد أفراد عائلته هو الآخر استيقظ ليتحرى من تسلل إلى المنزل، أو أن يوجه المدافع مسدسه نحو المعتدي عليه لكن أخطأ تصويب الهدف فأصاب شخصا آخر غيره.

لأنه يجب على المدافع أن يكون على قدر كاف من الحيطة والحذر والقوة اللازمة لردع المعتدي، وأن يقدر بصورة صحيحة اتجاه المعتدي دون غيره [1].

وفي كلتا الحالتين الدفاع مباح ويسأل المدافع عن جريمة غير عمدية، بشرط أن يثبت أنه تصرف بحسن نية كما يفعل الرجل العادي في مثل تلك الظروف، وأنه احتاط وبذل جهده لمنع إصابة الغير ولكن لأسباب خارجة عن إرادته ولا سيطرة له فيها أصاب غير المعتدي.

وعليه ينتفي الخطأ غير العمدي ويسقط الركن المعنوي للجريمة، أما إذا صدر خطأ غير عمدي فالمدافع يسأل عن جريمة غير عمدية، وللمدافع أن يحتج بممارسة الدفاع الشرعي نظرا لتوافر شروط الاعتداء وشروط الدفاع.

إلا إذا كان الخطأ مبنيا على أسباب مقبولة فإن هذا الخطأ ينتفي في حقه وتمنع مسؤوليته الجنائية على الإطلاق [2] ما عدا المسؤولية المدنية التي تلزم بتعويض المتضرر [3]

(1) – محمد علي السالم، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط3، 2011، ص131-132.

(2) – أحمد أبو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص141.

(3) – محمد رياض دغمان، الدفاع المشروع عن النفس والمال "شروطه، أثره، صُورهُ الخاصة " الحياة النيابية: دراسات، ع146، 2014/03/01، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، مركز الابحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، ص152.

لأن فعل الدفاع وقع في نطاق استعمال حق الدفاع الشرعي ضد اعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع، حتى ولو كانت أفعال الدفاع ضد غير المعتدي سواء بسبب في الغلط في شخص المعتدي، أو بسبب الخطأ في إصابة الهدف.

إن فعل الدفاع يقع مباحا ولو لم تتوفر نية الدفاع لدى المدافع، فالفعل يقع مشروعا قانونا على غير إرادة فاعله، لأن المشروعية أو عدمها منوطة بالضرر الذي يصيب المصالح المحمية جنائيا، وبما أن الاعتداء يهدد الحماية الجنائية لمصلحة المعتدى فإن الفعل يعتبر مشروعا بغض النظر عن نية المدافع [1].

الحالة الثانية: إصابة حق غير المعتدي عن قصد

قد يكون المدافع مضطرا إلى رد الاعتداء نحو غير المعتدي عليه من أجل حماية نفسه أو غيره من المعتدي، وهنا يضطر إلى إلحاق ضرر بغير المعتدي، ومثال ذلك أن يتلف المعتدى عليه شجرة مملوكة للغير ليحصل منها على عصا يستخدمها كوسيلة للدفاع، أو يستولي على سلاح الغير للدفاع عن نفسه [2].

والحكم على هذه الواقعة أن المدافع يحتج بحالة الضرورة وليس حالة الدفاع الشرعي، حيث أن المدافع لم يجد أمامه وسيلة للدفاع غير الاعتداء على غيره، فهو مضطر إلى هذا السلوك، ولأن من شروط الدفاع الشرعي أن تكون أفعال الدفاع لازمة ومتناسبة مع أفعال الاعتداء، كما أنها وجهت إلى غير مصدر الاعتداء –المعتدي–

(1) – مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص246.

(2) – رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص174.

ينتج الدفاع الشرعي أثره على فعل الدفاع ضد المعتدي فيباح بعدما كان مجرما، أما وسائل الدفاع التي يلجأ إليها المعتدى عليه لرد الاعتداء أو درئه، فلا تباح إذا كانت غير مشروعة لذلك على المدافع أن يستعمل وسائل مشروعة، فلو استخدم المدافع وسائل في دفاعه ملكا لغيره وأتلفت بسبب أفعال الدفاع، أو سرقها من أجل الدفاع عن نفسه أو استخدم سلاحا غير مرخص به، فأفعال الدفاع تبقى مشروعة ولكن تلك الوسائل غير مشروعة ويمكن أن يسأل عنها جنائيا إلا إذا أثبت أن الضرورة ألجأته إليها.

وقد أشارت أغلب التشريعات الوضعية إلى تداخل حالة الضرورة بحالة الدفاع الشرعي نذكر منها على سبيل المثال المشرع الفرنسي في المادة 329 من قانون العقوبات التي نصت على ما يلي: "تدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي..." والمشرع الجزائري في المادة 2/39 من قانون العقوبات: "...إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع..." والمشرع المغربي في الفصل 125 من القانون الجنائي: "تعتبر الجريمة نتيجة الضرورة الحالة للدفاع الشرعي..."

والاحتجاج بحالة الضرورة يعني توافر شروطها كأن يكون الخطر محدقا بالنفس، وكان يهدد بضرر جسيم، فهنا تمتنع مسؤولية المدافع [1].

وفي كلتا الحالتين رد الاعتداء فعل مباح ومشروع، ولو كان في الواقع فعل مجرم وغير مشروع، نظرا لأن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تنصب على ذات الفعل، ويترتب على ذلك انتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية.

(1) – سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي، د ط، 2005، ص195.

في حالة عدم توفر شروط فعل الاعتداء وشروط فعل الدفاع، لا تقوم حالة الدفاع الشرعي ولا يعتد بها، بغض النظر عن شرط التناسب، لأنه متى توافرت شروط الدفاع الشرعي وانعدم شرط التناسب فإن المدافع في حالة تجاوز للدفاع الشرعي، أما إذا انعدمت شروط الدفاع الشرعي أو تخلف أحدها، فإن المعتدى عليه لا يستفيد من أسباب الإباحة، وفعل دفاعه غير مشروع ويشكل جريمة يسأل عنها جنائيا ومدنيا.

ثالثا: مسؤولية الشريك في الدفاع الشرعي

الشريك في الدفاع الشرعي هو كل من يقدم المساعدة للمدافع بأي وسيلة كانت، دون أن يتولى بنفسه فعل الدفاع أي استخدام القوة [1].

إلا أنه لا يستفيد من أسباب الإباحة أو تخفيف العقاب –في حالة التجاوز–كل من ساهم أو شارك في الدفاع سواء بفعل أصلي أو تبعي، لأن أفعال الدفاع تعتبر غير مشروعة، وبالتالي يسأل الشريك جنائيا ومدنيا.

أما إذا توافرت شروط الاعتداء وشروط الدفاع نشأت حالة الدفاع الشرعي صحيحة، وبما أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة المطلقة، فإن آثاره الجنائية والمدنية تتعدى من الفاعل الأصلي إلى كل من يساهم أو يشارك في عملية الدفاع الشرعي، فلا تترتب على المدافع أو المساهمين معه أية مسؤولية جنائية أو مدنية.

(1) – علي راشد، القانون الجنائي: المدخل وأصول النظرية العامة، ط3، 1974، دار النهضة العربية، القاهرة، ص46.

إذا كنا بصدد سبب الإباحة المطلق فلا أهمية للتفرقة بين المساهم الأصلي والمساهم التبعي، فكل منهما يستفيد من الإباحة طالما توافرت شروطها، أما إذا كنا بصدد سبب الإباحة النسبي فلا يستفيد منه من يرتكب الفعل كمساهم أصلي إلا إذا توافرت لديه الصفة أو المركز القانوني، أما المساهم التبعي فلا يشترط توافر ذلك، مثل حق مباشرة الأعمال الطبية التي لا يستطيع ممارستها إلا الطبيب، وإنما يكفي لاستفادته من الإباحة أن تتوافر هذه الصفة لدى المساهم الأصلي فشريك الطبيب يستفيد من الإباحة المقررة للطبيب [1].

معناه لابد أن تتوفر في المدافع شروط الدفاع الشرعي حتى يستفيد الشريك في إباحة فعل الدفاع، أما إذا تخلفت تلك الشروط أو أحدها فلا قيام لحالة الدفاع الشرعي، وبالتالي لا يستفيد الشريك من أثر الدفاع، كما لو كانت نية الشريك وغايته لا تهدف إلى حماية حق أو مصلحة كحفظ النفس أو المال، بل كان يسعى إلى الانتقام من المعتدي مثلا، ولو أن الواجب عليه الدفاع على من يعتدى عليه في نفسه إذا كان الاعتداء يهدد بخطر جسيم.

الطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة تنعكس على آثارها، وتنحصر في الظروف المادية للفعل وتجعله مباحا وتزيل عنه صفته التجريمية دون اعتداد بشخصية مرتكب الفعل أو ظروفه، ومما يترتب على ذلك امتداد آثار الإباحة إلى كل من ساهم في إتيان الفعل المباح [2] كفاعل أصلي أو شريك باعتباره قد ساهم في عمل مشروع أو مبرر.

(1) – فوزية عبد الستار، المساهمة الأصلية في الجريمة، دار النهضة العربية، د ط، 1967، ص 726.

(2) – أشهب أحمد، المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، جمعية الدعوة الاسلامية العالمية، 1994، ص180.

الفرع الثاني: أثر الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

رأينا سابقا أنه إذا كان هناك فعل غير مشروع حال أو على وشك الوقوع، يهدد شخصا في نفسه أو ماله أو عرضه فهو صيال يستحق الدفع أو الدرء بما يلزم ويتناسب من قبل المصول عليه أو غيره، فإذا اضطر المصول عليه إلى قتل الصائل من أجل دفع صياله كان دمه هدرا، فلا قود ولا قصاص وبالتالي سقوط المسؤولية الجزائية، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء.

أما المسؤولية المدنية المتمثلة في الدية أو الضمان فقد اختلف الفقهاء في ذلك، حيث ذهب الجمهور إلى عدم الضمان، أما الحنفية فقالوا بوجوبه، وإذا لم يقدر المصول عليه على الدفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه وقُتِلَ كان شهيدا.

كما يرتبط الدفاع الشرعي بمدى مسؤولية المدافع تجاه الغير سواء عن طريق العمد أو غير العمد، إضافة إلى مسؤولية الشريك في الدفاع الشرعي، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا: الآثار الجزائية والمدنية

لقد أباح الفقه الإسلامي أفعال الدفاع التي يقوم بها المعتدى عليه من أجل دفع الاعتداء أو درئه، بشرط أن تكون لازمة ومتناسبة مع أفعال الاعتداء، فإذا اختل شرط من شروط فعل الاعتداء أو فعل الدفاع فلا معنى لقيام حالة الدفاع الشرعي، أما إذا اختل شرط التناسب كان المدافع في حالة تجاوز للدفاع الشرعي.

جاء في المذهب الحنبلي في حكم ما لو دخل منزله لص بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فضربه: "...فأما إن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل، أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله، فله ضربه بما يقتله أو يقطع

طرفه، وما أتلف منه فهو هدر؛ لأنه تلف لدفع شره، فلم يضمنه كالباغي، ولأنه اضطر صاحب الدار إلى قتله فصار كالقاتل لنفسه، وإن قتل صاحب الدار فهو شهيد..." [1].

وفي المذهب الشافعي جاء في الأم: "فلو أن رجلا عمد أن يأتي نقبا أو كوة أو جوبة في منزل رجل يطلع على حرمه من النساء كان ذلك المطلع من منزل المطلع أو من منزل لغيره أو طريق أو رحبة فكل ذلك سواء وهو آثم بعمد الاطلاع ولو أن الرجل المطلع عليه خذفه بحصاة أو وخزه بعود صغير أو مدرى أو ما يعمل عمله في ألا يكون له جرح يخاف قتله وإن كان قد يذهب البصر لم يكن عليه عقل ولا قود فيما ينال من هذا وما أشبهه ولو مات المطلع من ذلك لم يكن عليه كفارة ولا إثم إن شاء الله تعالى"[2]

وفي المذهب المالكي جاء في حاشية الدسوقي: "والحاصل أن الصائل إذا كان ممن يفهم فإنه يناشده أولا ثم بعد المناشدة يدفعه شيئا فشيئا أي يدفعه بالأخف فالأخف فإن أبى إلا الصول قتله وأما إن كان ممن لا يفهم كالبهيمة فإنه يعالجه بالدفع من غير إنذار ويدفعه بالأخف فالأخف فإن أبى إلا الصول قتله وكان هدرا" [3].

وفي المذهب الحنفي جاء في مجمع الأنهر: " ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أحل دمه أي أهدره ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يمكن دفعه إلا به ولا شيء بقتله لأنه باغ سقطت عصمته ببينة فلم يلزم على القاتل

(1) – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص346.

(2) – الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص33.

(3) – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، رجع سابق، ج4، ص357.

قصاص ولا دية ولا كفارة... ولو شهر مجنون أو صبي على آخر سيفا فقتله الآخر عمدا فعليه الدية في ماله ولو قتل جملا صائلا عليه ضمن قيمته وعن أبي يوسف لا تجب الدية في الصبي والمجنون ويجب الضمان في الدابة" [1].

وجاء في الفتاوى الهندية: "ومن شهر على رجل سلاحا فضربه وانصرف ثم إن المضروب ضرب الضارب ضربة وقتله فعلى القاتل القصاص وهذا إذا ضربه الأول وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا كذا في الكافي ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه إذا ضربه فانصرف كذا في خزانة المفتين ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه وتأويل المسألة إن كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل كذا في الهداية وأما أنه لو صاح به يترك ما أخذه ويذهب فلم يفعل هكذا ولكن قتله كان عليه القصاص كذا في العيني شرح الهداية والله أعلم" [2].

فالحنفية يرون برأي الجمهور في عدم ترتب المسؤولية الجزائية والمدنية، فلا قصاص ولا دية ولا كفارة على المصول عليه إذا وقع دفع الصيال موافقا للشروط المقررة له؛ ومن ذلك قتل الصائل إذا كان لا يندفع إلا بالقتل، باستثناء إذا كان الصائل صبيا أو مجنونا أو دابة، فإنه يجب عليه دية الصبي أو المجنون وضمان قيمة الدابة، وخالف أبو يوسف أصحابه من المذهب فقال بعدم الدية في الصبي أو المجنون ووافقهم في ضمان الدابة.

(1) – الكليبولي المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر، مرجع سابق، ج4، ص320-322.

(2) – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، د ط، 1991، ج6، ص7.

وهناك قول بالضمان للإمام مالك كما حكي عنه في المغني لابن قدامة [1]: "ولو عض رجل يد آخر فله جذبها من فيه فإن جذبها فوقعت ثنايا العاض فلا ضمان فيها وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وروى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله أن رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقط بعض أسنان العاض فاختصما إلى شريح فقال شريح: انزع يدك من في السبع وأبطل أسنانه وحكي عن مالك و ابن أبي ليلى: عليه الضمان لقول النبي صلى الله عليه و سلم: [في السن خمس من الإبل] [2] "

وفي المذهب الظاهري يرى ابن حزم بعدم المسؤولية الجنائية والمدنية حيث جاء في المحلى: "وأما إن كان القاتل الحي مظلوما والمقتول ظالما، فقد مضى إلى لعنة الله تعالى ولا شيء على القاتل الجارح – لا قود، ولا دية – "[3].

وفي المذهب الإباضي جاء في سؤال رجل له ولدان: بكر وخالد اختلفا على مال طفيف فسطا بكر على خالد واعتدى عليه ضربا فشكاه خالد إلى أبيه فغضب الأب وأعطاه بندقية وأمره برمي أخيه، فلمّا رأى بكر أن أخاه يقصد قتله بادره فقتله قبل أن يبلغ مقصده: فما الحكم في القضية؟

(1) – ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص349.

(2) – أخرجه ابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي موصولا، وأخرجه أبو داود في المراسيل وقد صححه أئمة الحديث منهم أحمد والحاكم وابن حبان والبيهقي الشوكاني، نيل الأوطار، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص1439.

(3) – ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج10، ص502.

فأجاب البكري:

إذا ثبت أنّ الأب أمر ابنه بقتل أخيه، وأيقن الآخر أنّه يقصد قتله، وغلب ذلك على ظنّه، فإذا صح ذلك فعاجله بالقتل دفاعا عن نفسه فلست أرى عليه شيئا لأنّه دفع باغيا ظلوما، وإنّ واجب المسلم أن يدفع عن نفسه وماله كلّ مجرم ولو تركه يقتله لكان هالكا في نظر الشرع... [1]

ثانيا: مسؤولية المدافع تجاه غير المعتدي

سبق وأن بينا مشروعية دفع الصائل حفظا للنفس والمال والعرض، سواء من قبل المصول عليه أو من غيره، كما بينا الأدلة على ذلك، وأنه لا مسؤولية جزائية على المصول عليه باتفاق الفقهاء ولا مسؤولية مدنية عليه على خلاف بين آراء المذاهب الفقهية، حسب جنس الصائل وأحواله.

أما إذا وجه المصول عليه دفاعه لغير الصائل، فنميز حالتين: إما أن يكون أصابه عن قصد أو أصابه عن غير قصد.

الحالة الأولى: إصابة غير الصائل دون قصد

قد يُلحق المدافع بغير الصائل ضررا كالجرح أو القتل؛ وهذا على أساس تصرفه كالرجل العادي والطبيعي، دون إهمال أو قصد منه، كمن يقتل غير الصائل عن طريق الخطأ، فيكون فعله غير مباح، وتجب عليه دية القتل الخطأ، ولو سقط عليه القصاص.

(1) – الشيخ عبد الرحمان بن عمر بكلي (البكري)، الأسئلة والأجوبة النثرية نثر فتاوي السيابي، ترتيب وتحقيق: الحاج أحمد بن حمّو كروم، ص156-157.

قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ [سورة النساء، الآية 93]

فهذه الآية الكريمة تدل صراحة على أن من قتل مؤمنا خطأ لا قصاص عليه ولكن تجب عليه الدية والكفارة، وهذا ينطبق على من قتل شخصا عن طريق الخطأ غير الذي صال عليه.

وتجب الدية سواء كان المقتول مؤمنا أو ذميا أو مستأمنا أو مهادنا [1]

لقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [سورة النساء، الآية 92]

وإصابة غير الصائل بالغلط تفترض في حالتين: أولاهما في موضوع الفعل؛ كأن يصيب المصول عليه شخصا غير الصائل معتقدا أنه الصائل مثال ذلك من صال عليه شخص في الظلام فلما أراد الدفاع أصاب شخصا كان خلفه ظنا منه أنه الصائل، والحالة الثانية الغلط في توجيه الفعل ومثال ذلك من يتعرض

(1) – وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج21، ص48.

لصيال فلما دفعه عن نفسه أصاب شخصا غير الصائل تصادف مروره بمحل الصيال، وحكم الحالتين إباحة فعل الدفاع طالما توفرت شروط دفع الصائل ولم يصدر من المصول عليه خطأ [1].

الحالة الثانية: إصابة غير الصائل عن قصد

لو أصاب المدافع غير الصائل بالجرح أو القتل بسبب الإهمال واللامبالاة، ففي هذه الحالة تترتب على المدافع مسؤولية غير عمدية، كما قد يضطر المدافع إلى إصابة غير المعتدي عليه حتى يدفع الصيال عن نفسه، كأن يتلف شيئا مملوكا لغير الصائل من أجل الاستعانة به في فعل الدفاع، أو يمسك بابن الصائل ويوجه له ضربات أو يهدد بخنقه، حتى يدرأ خطر الاعتداء أو يوقفه.

ففي هذه الحالة لم يكن الدفاع موجها ضد مصدر الصيال، وبالتالي لا يحق للمصول عليه أن يتمسك بحالة الدفاع الشرعي، فإن توفرت فيه شروط الضرورة فله أن يحتج بها، ولاسيما شرط جسامة خطر الصيال.

وقد يلحق المدافع بغير الصائل ضررا أو يدفع بقتله، أو يصيب حقا له وليس له علاقة بالصيال أو بالصائل، ففعل الدفاع هذا يعتبر اعتداء غير مشروع يستحق صاحبه القصاص كما يجب عليه ضمان ما أتلفه.

قال تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة، الآية 94]

(1) – الفقه الجنائي، نجيب محمود، مرجع سابق، ص265

ثالثا: مسؤولية الشريك في دفع الصائل

إذا تعرض أحد الناس إلى صيال في نفسه أو على ماله أو على عرضه، فله دفع الصائل بأقل ما يندفع به وإن كان لا يندفع إلا بالقتل فله ذلك، وإن لم يستطع الدفاع بنفسه فأعانه غيره، أو دفع الصائل غير المصول عليه.

ومثال ذلك من يقدم له سلاحا أو يساهم في عرقلة الصائل أو يكف أذاه حتى يتمكن المصول عليه من دفعه، وهذا من باب نصرة المسلم والتعاون على الخير وإزالة المنكر، فمصلحة المجتمع واستقراره تقتضي التكاتف للحد من الجريمة على الفرد والجماعة.

في المذهب الحنبلي يرى صاحب المغني أن من يعين المصول عليه لرد صيال الصائل أشبه بمن يعين المضطر إلى الطعام، فإن قتل المضطر فهو شهيد وإن قتل صاحب الطعام فدمه هدر، وعليه فإن قتل الشريك في دفع الصائل فهو شهيد، وهذا وفق شروط من اضطر إلى طعام ولم يجد سبيلا للحصول عليه إلا مقاتلة صاحبه [1].

كما يرى ابن قدامة أيضا أنه "إذا صال على إنسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلما أو يريد امرأة ليزني بها فلغير المصول عليه معونته في الدفع ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال: [أنصر أخاك ظالما أو مظلوما] وفي حديث: [إن المؤمنين يتعاونون

(1)- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11، ص79

على الفتان] ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم لأن قطاع الطريق إذا انفردوا بأخذ مال إنسان لم يعنه غيره فانهم يأخذون أموال الكل واحدا واحدا وكذلك غيرهم"[1]

في المذهب الإباضي: جاء في شرح النيل: " (جاز لمريد اتباع باغ وقتله) وأخذ ماله من الباغي أو الأخذ وحده أو القتل وحده (أن يستعين عليه بغيره) ممن لا يتعدى الحدود، وقيل: يجوز أن يستعين بمن يتعدى هذا إذا كان يأتمر بأمره وينتهي بنهيه، وفي الأثر ": سألته عن مسلم كان في قوم من أهل الجملة هل له أن يخرج الحق من أهل البغي وحده؟ قال: إن وجد واحدا يتعاون معه فسبيل ذلك، وإن لم يجد فيشترك مع من كان من أهل الجملة، ولكن يكون لهم قائدا في ذلك ولا يكونوا له قيادا (و) جاز (للمستعان به إعانته إن كان) هذا المستعين (أمينا) "[2]

يوجد قول للحنابلة يوجب الضمان على غير المصول عليه إذا دفع الصائل بالقتل عن المصول عليه، فقد ذكر صاحب الإنصاف: "لو دفع صائلا عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه"[3]

(1)- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص348

(2)- الشيخ اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج14، ص418

(3)- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي بيروت ـ لبنان، ط1، 1419هـ، ج6، 178

كما لو دفع الصائل عن نفسه فله دفعه عن أولاده وبناته وحرمه ومحارمه كنسائه وأخته وأمه؛ ولو بالقتل فلا ضمان عليه.

الخاتمة

الخاتمة:

يُعدّ بحث "الدفاع الشرعي وحدوده: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية" محاولة علمية لإعادة بناء فهم أصيل ومتوازن لمفهوم الدفاع الشرعي، بوصفه ضرورة قانونية وشرعية في زمن تتزايد فيه التحديات الأمنية والاعتداءات على الأنفس والممتلكات. وقد سعت هذه الأطروحة إلى الإحاطة الشاملة بجوانب هذا الموضوع من خلال هيكلة بحثية متكاملة، تجمع بين التأصيل النظري والتحليل العملي، بما يعكس التفاعل بين النصوص والاجتهادات، وبين المبادئ والقواعد.

وقد تم في المحور النظري بيان حقيقة الدفاع الشرعي ومفهومه، وشروطه وضوابطه، مع تحليل الفوارق الجوهرية في التأسيس الفقهي والقانوني، من خلال عرض أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية وآراء شراح القانون، مدعمة بالنصوص والمصادر المعتمدة.

أما في المحور العملي الوصفي التحليلي، فقد تناولت الدراسة نماذج من التطبيقات القضائية والاجتهادات المعاصرة، ووقفت عند تفسير النصوص القانونية المقارنة وتحليل مواقف المحاكم، خاصة ما يتعلق بعبء الإثبات، وشرط التناسب، ومدى اعتبار الحالات المنصوص عليها قرائن قانونية أو شرعية للدفاع.

كما اعتمدت الدراسة في تحليلها على المنهج المقارن بوصفه المنهج المركزي في الربط بين المرجعيتين: الفقهية الإسلامية والتشريعية الوضعية، إلى جانب المنهج الوصفي والتحليلي والاستقرائي، في تتبع النصوص، وتفسير الوقائع، وبيان وجهات النظر المختلفة.

وقد خلصت الدراسة بحول الله وقوته –وما توفيقي إلا بالله – إلى جملة من النتائج المهمة، التي سيتم عرضها، مع تقديم مجموعة من التوصيات العملية والعلمية التي تخدم تطوير التشريعات وتعزيز وعي الأفراد بالدفاع الشرعي وحدوده.

من أهم وأبرز النتائج التالية:

- يعتبر مبدأ الدفاع الشرعي من الحقوق الأصيلة التي أقرتها المجتمعات والشرائع السماوية والقوانين الوضعية منذ أقدم العصور، وذلك نظراً لأن الفطرة الإنسانية تتجذر في غريزة حب البقاء، والتي تكمن في أن المدافع يسعى للحفاظ على حياته وسلامته وسلامة من يحميهم.
- الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة ذو طبيعة مادية وموضوعية وأثره يمتد ليشمل المدافع والمساهم والشريك.
- لقد دل على مشروعية الدفاع الشرعي نصوص شرعية كثيرة من الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية.
- اختلفت تعريفات الدفاع الشرعي عند الفقهاء المتقدمين والمتأخرين وشراح التشريعات الوضعية، وذلك راجع إلى عدم الإحاطة بأركان وشروط كلا من فعل الاعتداء وفعل الدفاع.
- ينقسم الدفاع الشرعي من حيث صوره إلى دفاع شرعي خاص وهو ما يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بدفع الصائل، ودفاع شرعي عام وهو ما يطلق عليه في الإسلام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ودفاع شرعي دولي يعرف عند الفقهاء بالجهاد، ومن حيث نطاقه إلى دفاع شرعي عن النفس

وعن المال وعن العرض، ومن الفقهاء من أضاف الدفاع الشرعي عن الدين وعن العقل، أي إجمالا الدفاع الشرعي عن الكليات الخمس.

- يمكن للدول ممارسة حقها في استخدام الدفاع الشرعي، متى توافرت الشروط المنصوص عليها بناءً على أحكام المادة 51 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة، وبخلاف ذلك تظل مسؤولية الدول قائمة ولو في حالة عدم وجود مسؤولية للشخص الطبيعي عن جرائم الحرب والإنسانية أو الإبادة، فلا يمكن للدولة أن ترتكب أيًا من هذه الجرائم الثلاث وتطالب فيما بعد بالدفاع الشرعي كما هو الحال بين الكيان الصهيوني والدولة الفلسطينية.

- تبيّن من خلال الدراسة أن الدفاع الشرعي الخاص، وإن كان مقررًا شرعًا وقانونًا، إلا أن شروطه وضوابطه تختلف في بعض جزئياتها بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، خصوصًا فيما يتعلق بعبء الإثبات، ومدى اشتراط التناسب، كما أن التطبيقات العملية تكشف عن تفاوت في تقدير شروط المشروعية، مما يستوجب ضبطًا تشريعيًا أو قضائيًا أدق.

- كشفت الدراسة عن تباين واضح في تحديد الأساس النظري للدفاع الشرعي بين الفقهاء القانونيين، حيث تعددت النظريات وتوزعت بين اتجاهات موضوعية وشخصية، أغلبها محل نظر ونقد. وفي المقابل، تقدم الفقه الإسلامي على الفقه الوضعي حيث قدم مقاربات متعددة لتأصيل الدفاع الشرعي، تنوعت بين نظريات أهمها الضرورة والمصلحة والموازنة، وتُعد نظرية الموازنة بين المصالح أقربها إلى مقاصد الشريعة في دفع الصائل.

- لا تنشأ حالة الدفاع الشرعي إلا إذا توفرت الشروط التالية وهي بالنسبة للاعتداء: أن يكون الاعتداء أو خطره غير مشروع وغير مثار، حالا أو على وشك الوقوع، أن يهدد مصلحة يحميها القانون كالنفس والمال والعرض، وأن يتوقف الدفاع بمجرد زوال خطر الاعتداء، وإلا يعد انتقاما، وأن يكون الدفاع لازما ومتناسبا مع جسامة الاعتداء أو ضرره، فإذا اختل أحد هذه الشروط أو بعضها أو كلها لا تصح حالة الدفاع الشرعي ويسأل المدافع جزائيا ومدنيا حسب الضرر الذي أحدثه بالمعتدي، أما إذا اختل شرط التناسب يكون المدافع في حالة تجاوز لحقه في الدفاع المشروع وهذا باتفاق فقهاء الشريعة والقانون.

- توصّلت الدراسة إلى أن تعدد المصطلحات القانونية لتوصيف سبب إباحة الدفاع الشرعي (كالاعتداء، والخطر، والضرر) لا يؤثر في جوهر الحق في الدفاع الشرعي، إذ اتفقت مختلف الاتجاهات على صور الاعتداء الموجب للدفاع، كما بيّنت الدراسة سبق الفقه الإسلامي في استيعاب هذه الصور وتأصيل أحكامها بتفصيل دقيق يراعي مقاصد الشريعة.

- تبيّن من خلال الدراسة أن مشروعية الدفاع الشرعي تقتضي تحقق شرط عدم مشروعية الاعتداء، ولو صدر من غير المسؤول أو المعذور أو من له صفة رسمية أو حصانة، وقد تميّز الفقه الإسلامي بسبقٍ واضح في معالجة هذه الحالات بتأصيل دقيق، يوازيها أو يسبقها في بعض المواضع ما تبنّته التشريعات الوضعية لاحقًا.

- بيان حكم الدفاع عن النفس والمال والعرض، والذي يدور بين الوجوب والجواز حسب كون المعتدي كافرا أو مسلما، وزمن الفتنة من جهة الشرع، أما قانونا يتراوح بين الحق والوجوب وأحيانا

الرخصة، وإشكال دفاع المتضرر بجريمة الزنا حيث الشرع يراه واجبا، وينظر إلى المعتدي إن كان ثيبا أم بكرا لتحديد مسؤولية المدافع أما قانونا فيراه ظرفا مخففا من العقوبة، وإشكال الدفاع ضد الخطر المستقبلي وما يعرف بالدفاع الآلي أو الميكانيكي ومدى شرعية الأساليب الحديثة، وسبق المذاهب الفقهية في تقرير الأصلح للمدافع بما يتوافق مع علة الدفاع الشرعي والهدف منه، كما جاء في الفقه الإسلامي حصرا أسلوب دفاع يتمثل في مناشدة الصائل لصده عن عدوانه.

- سبق أن تناول فقهاء المسلمين شرطي اللزوم والتناسب في فعل الدفاع، كضرورة توجيه فعل الدفاع نحو مصدر خطر الاعتداء، وأن يتدرج المدافع بالأسهل فالأسهل والأخف فالأخف، ومدى نية المدافع ومراعاة طبيعة الاختلافات بين المدافع والمعتدي كالجنس الزمان والقوة ووسيلة الاعتداء...

- الأصل عدم الهرب من المعتدي حتى لا يتمادى المجرمون أكثر، إلا إذا كان المعتدي والد المعتدى عليه، وهذا الهرب غير مشين بل واجب، ومحمود إذا كان المعتدي مجنونا أو صبيا.

- تكييف مسألة التجاوز في الدفاع الشرعي ترجع إلى مدى حسن نية المدافع من عدمها، وعلى أساس ذلك تكون الجريمة عمدية أو شبه عمدية، وذلك من اختصاص قاضي الموضوع بناء على النظر إلى الظروف العادية للرجل العادي وتقدير وسائل الإثبات، حيث أن وسيلة الدفاع لا يتصور دوما تناسبها مع وسيلة المعتدي لأن ذلك خارج عن إرادة المدافع وطبيعة واقعة الاعتداء.

- الأصل العام أنه يمنع ممارسة حق الدفاع الشرعي في مواجهة الموظف العام أثناء تأدية مهامه في حدوده اختصاصه ما لم يكن هناك تخوف مبرر في فعل الموظف أن ينتج عنه ضرر جسيم أو موت.

- تُبين المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري أن الدفاع الشرعي يُلحق بأسباب الإباحة لا بموانع المسؤولية، وتكمن أهمية هذا التفصيل في تجسيد الفعل المبرر بموجب الشريعة الإسلامية، مما يؤدي إلى إلغاء تأثير نص التجريم واعتبار الفعل المجرم فعلا مباحا، وهو رأي صائب لأنه يتعلق بالركن الشرعي وبالتالي يُفضي إلى نفي التجريم وسقوط العقوبة معًا. في المقابل، لا تؤثر موانع المسؤولية على سلطان نص التجريم، فهي تُبقي على صفة التجريم ولكنها تمنع توقيع العقوبة لأسباب تتعلق بشخص الفاعل.

- يعترف الفقه الإسلامي والقانون الدولي بإباحة استخدام القوة في حالات الدفاع المشروع عن النفس للأفراد والجماعات.

أما التوصيات فيمكن أن أقترح ما يلي:

- ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه الفقهية، وخاصة الدراسات المقارنة والنقدية والتحليلية، والمسارعة إلى تعديل نصوص القوانين والتشريعات الوضعية، لأن ذلك يتلاءم ويتوافق مع كل زمان ومكان ومجتمع، ولاسيما المجتمع الإسلامي واستبعاد المواد القانونية المستوحاة من الغرب التي تتعارض مع قيم ومبادئ الشريعة الإسلامية.

- كان على المشرع الجزائري صياغة نصوص قانونية دقيقة تنظم حالة الدفاع الشرعي، وذلك ببيان حدود وأبعاد وأركان الدفاع الشرعي وشروطه، وخاصة ضوابط ومعيار التناسب وبالأخص مسألة التجاوز وعبء الإثبات.

- على السلطات الأمنية والقضائية المختصة إثارة مسألة الدفاع الشرعي من تلقاء نفسها والبحث في وقائعها ووسائل إثباتها، حتى ولو لم يدفع المدافع بذلك أمام المحكمة.

- التركيز بشكل دقيق على الإثبات في حالات الدفاع الشرعي خلال مرحلتي التحقيق الابتدائي والتحقيق النهائي، فيجب أن لا يقتصر على الاعتراف والشهادة فقط، بل ينبغي استخدام أدلة أخرى كالقرائن لضمان تحقيق العدالة.

- بما أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أصل الدفاع الشرعي العام أساسي لضمان صلاح واستقامة المجتمعات فيجب تفعيل ذلك وتخصص لجان وسلطات تساهم في حفظ الضرورات الخمس من حيث وجودها ومنع زوالها، مما يعزز التوازن والاستقرار الاجتماعي.

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: المصادر والمراجع اللغوية

- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ط5، 1420هـ، 1999م

- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادى، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط8، 1426هـ، 2005م.

- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت – لبنان، د.ط، د.ت.

- محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقى، لسان العرب، دار صادر بيروت– لبنان، ط3، 1414هـ.

- مجمع اللغة العربية بالقاهرة: (ابراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004م.

- شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، د.ط، د.ت.

ثانيا: المصادر والمراجع الشرعية

- أمير عبد العزيز، الفقه الجنائي في الإسلام، دار السلام، مصر، ط6، 2018م،.

- عبد الرحمان بن عمر بكلِّي الشهير بالبِكرِي، الأسئلة والأجوبة النثرية نثر فتاوى الشيخ خلفان بن جميل السيابي، ترتيب وتحقيق: الحاج أحمد بن حمّو كروم، د.ط، د.ت.

- عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، تحقيق: صلاح بن محمد عويضة، ، دار الكتب العلمية، ط2، 2005م.

- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تح: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط3، 1402هـ.

- تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، سوريا، د.ط، 1994م،

- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1402هـ.

– تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، السياسة الشرعية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ،

– موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجار، زاد المستقنع في اختصار المقنع، تحقيق عبد الرحمان بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن للنشر، الرياض–السعودية، دط، دت.

– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، تح محمد منير الدمشقي، ط1، 1352هـ، نشر وتصحيح إدارة الطباعة المنيرية —مصر.

– شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق: زكرياء عميرات، دار عالم الكتب، الرياض–السعودية، طبعة خاصة 2003م.

– محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

– دمياطي أبو بكر ابن السيد محمد شطا ، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، د.ت.

– زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري الشافعي، زين الدين أبو يحي السنيكي، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.

- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة- مصر، ط2، دت.

- محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1393هـ.

- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، د.ط، د.ت.

- محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط4، 1960.

- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م.

- محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير المعروف بتفسير ابن عاشور، ط1، 2000م.

- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، تحقيق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، د ط، 2004م.

- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن المقدسي، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية ، ط1، 1414هـ، 1994م.

- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط1، 1994م.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين ، الجامع لأحكام القرآن، تح هشام سمير البخاري، ط1، 2003م، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية.

- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط2، 1980م، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- السعودية.

- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تح: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، ط1، د.ت.

- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت-لبنان، د.ط، 1973.

- محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ط1، 1993م

- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والاكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان. دط، 1398هـ.

- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيني، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر، عمان، ط2، 1408هـ، 1988م.

- محمد سكحال المجاجي في المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار القلم، دمشق-سوريا، عالم المعرفة، الجزائر، طبعة خاصة 2012م.

- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان، ط1، 1419هـ، 1998م.

- محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1981م

- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

- أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، بقلم محمد نجيب المطبعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، د.ط، د.ت.

- يحي بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط2، 1392هـ.

- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، 1427هـ، مطابع دار الصفوة، مصر.

- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دت، دار السلاسل، الكويت.

- أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابي الحلبي، القاهرة - مصر، ط2، 1973م.

- وهبة الزحيلي، كتب الفقه الإسلامي وأدلته، ، دار الفكر، دمشق-سوريا، ط4، د.ت.

- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ/2001م.

- محمد بن يوسف أطفيش، النيل وشفاء العليل، دار الفتح بيروت، دار التراث العربي ليبيا، ط2، 1972م.

- محمد بن محمد البابرتي، شرح العناية على الهداية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق-مصر، ط1، 1418هـ.

- برهان ابن المفلح برهان الدين، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، السعودية، د.ط، 2003.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، دار عالم الكتب، بيروت لبنان، د ط، 1993.

- إبراهيم البيجوري، حاشية البيجوري على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، تح محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.ط، د.ت.

- ضياء الدين عبد العزيز بن الحاج إبراهيم الثميني ، النيل وشفاء العليل، تصحيح وتعليق: بكلي عبد الرحمن بن عمر، المطبعة العربية لدار الفكر الإسلامي، الجزائر، ط2، 1969م.

- محمد الخرشي أبو عبد الله - علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى ، بولاق -مصر، ط2، 1317هـ.

- خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة- مصر، ط1، 2005م.

- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بـ «داماد أفندي»، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تح: خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، ، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان. دط 1998

- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، دط، 2016م.

- محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي، الفروع و معه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، دار المؤيد، الرياض- السعودية، ط1، 2003م.

- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1404هـ/1984م.

-فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، د.ط، د.ت.

- محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني، سبل السلام، ط4، 1960، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

- محمد أمين بن عمر، الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دط، 2000م.

- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1422-1428هـ.

- أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق محمود الشنقيطي، دار المعارف، بيروت لبنان، د.ط، د.ت.

- محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1، 1440هـ/1989م.

- إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، د.ط، د.ت.

- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، تح: طه الزيني - ومحمود عبد الوهاب فايد - وعبد القادر عطا - ومحمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، ط1، 1388هـ/1968م.

- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، د.ط، د.ت.

- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، د.ط، د.ت.

- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية شرح بداية المبتدي، تح: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان، د.ط، د.ت.

- نجم أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الإمامية، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، إيران، ط3، 1410هـ.

- زين ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مطبعة وادي النيل المصرية، د.ط، 1308هـ.

- نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، د.ط، 1991م.

- أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، دار الفكر، ط1، 1425هـ، 2005م.

- أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي بدمشق، بإشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، 1412هـ/1991م.

ثالثا: المراجع القانونية.

- أحمد أبو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية الجنائية والشروع والدفاع الشرعي وعلاقة السببية، الموسوعة الجنائية الحديثة، الكتاب الأول، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، د.ط، د.ت.

- أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، الشركة العربية للطباعة والنشر، د.ط، 1962م.

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، د ط، دت.

- أحمد محمد بونه، أسباب الإباحة وأسباب تخفيف العقاب في القانونين الليبي والمغربي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، سنة 2010م.

- الجيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2001م.

- جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة زين الحقوقية والأدبية، بيروت- لبنان، ط1، 2018م.

- جمال نجيمي، القتل العمد وأعمال العنف في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي والمصري على ضوء الاجتهاد القضائي في هذه الدول، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2013م.

- رأفت عبد الفتاح حلاوة، الإثبات الجنائي قواعده وأدلته دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، د.ت.

- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول قانون العقوبات القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، د.ت.

- رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 1973م.

- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، د.ط، د.ت.

- سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي، د.ط، 2005م.

- سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية المعتمدة، تبحث في معاني المسؤولية والإباحة وأدلة مشروعية دفع الصائل والأعمال الطبية والألعاب الرياضية كما تبحث في حق التأديب وحقوق الحكام وواجباتهم، دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.

- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، 2003م.

- عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، الناشر: المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، 1998م.

- عبد الخالق النوراني، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتبة العصرية، بيروت، د.ط، د.ت.

- عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، ط1، 2017م.

- عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط1، د.ت.

-عبد العزيز سليمان حمد الحوشان، تجاوز حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت- لبنان.

- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ط2، 2010م.

-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، د.ط، د.ت.

- عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، دار موفم للنشر، ط1، د.ت.

- عبد الله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1992م.

- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1995م.

- عبود السراج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، كلية الحقوق، جامعة شمس، د.ط، د.ت.

- علي راشد، القانون الجنائي: المدخل وأصول النظرية العامة، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

- علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.

- فوزية عبد الستار، المساهمة الأصلية في الجريمة، دار النهضة العربية، د.ط، 1967م.

- قانون العقوبات اللبناني القسم العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط1، 1981م.

- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ط3، 2011م.

- ماهر بركات الزامل، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، دار العصماء، ط1، 2016م، سورية.

- محمد بيومي حجازي، المحكمة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، 2005م.

- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت- لبنان، ط1، 1981م

- محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار النشر: عالم الكتب، مصر، ط1، 1983م

- محمد علي السالم، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط3، 2011م.

- محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، تحقيق: فوزية عبد الستار، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ط1، 2007 م.

– مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية، إحسان للنشر والتوزيع، ط1، 2014م.

– ممدوح عزمي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2004م.

– منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه قضايا، دار العلوم للنشر، د.ط، د.ت.

– نجيب محمود، الفقه الجنائي، مشروع كتاب كتبته الدكتورة فوزية عبد الستار سنة 2006م، أستاذة القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة القاهرة، بعد وفاة المؤلف رحمه الله.

– إبراهيم الهاشمي، شرح قانون الجزاء، المطبعة العربية، مصر، د.ط، 1332هـ.

–أحمد أبو الوفا، أحكام القانون الجنائي في الفقه الإباضي، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط1، د.ت.

–جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، دط، 1930م

رابعا: الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

– فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 2009م، دار الثقافة.

–مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، ط3، 1990م، دار الفكر العربي، القاهرة مصر.

-محمد عودة صالح الغزو، الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الأردني، د.ط، د.ت.

- محمد مصطفى القللي، في المسؤولية الجنائية، د.ط، د.ت.

- محمود سليمان موسى، قواعد التجريم وأسباب الإباحة دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانونين الإيطالي والفرنسي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط1، سنة 2012م.

- محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات، د.ط، د.ت.

- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط7، مطبعة جامعة القاهرة، 1975م.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الرابعة، 1977م.

- نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ط1، 2009م.

خامسا: الأطروحات، الرسائل، المقالات العلمية، والمحاضرات الأكاديمية.

- محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي القسم العام الأحكام العامة-الجريمة-المسؤولية الجنائية، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت-لبنان،ط3، 2002.

- أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مج7، ع1، ع2. 1957م.

- أحمد حافظ نور، جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، دط، ، مطبعة نهضة مصر، 1958م.

- أحمد عبد السلام الأشهب، الدفاع الشرعي أو دفع الصائل في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، الجامعة الأسمرية الإسلامية، كليتي الآداب والعلوم زلتين، ليبيا، ع4، 2003م.

- أحمد محمد إدريس، أحكام دفع الصائل عن العرض والمال والغير في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي السوداني لسنة 1991م دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، ع4، ج5، 2019م.

- أشهب أحمد، المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، جمعية الدعوة الاسلامية العالمية، 1994م.

-أحنوت عبد القادر، دفع الصائل في الشريعة الإسلامية أحكامه وشروطه، مجلة البيان، المنتدى الإسلامي، ع291، 2011م.

- أمل بنت إبراهيم بن عبد الله الدباسي، دفع الصائل وأحكامه دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية.

- آيت عيسى رابح، ضوابط الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة وواقع الممارسة الدولية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، ع6، 2016

- بركاني فرحات، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، رسالة ماجيستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة الجزائر، 1998.

- جبار علي، الدفاع الشرعي في التشريعات العربية، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مج 53، ع 3، نوفمبر 2010م.

- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، دط، 1971.

- دلال لوشن، حق الدفاع الشرعي : من استثناء على حظر استعمال القوة إلى شرعنة العدوان، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، 2018م.

- دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجيستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1985م.

- راهم فريد، موضع الدفاع الشرعي من ظروف الجريمة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع47، جوان 2017م.

- رحامنية بشير، عذر الاستفزاز عند المفاجأة بالزنا – دراسة مقارنة – مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، ع 46، ديسمبر 2016.

- زياد حمدان محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع القانون الوضعي) رسالة ماجيستير، 2008، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين.

- زهيرة فونتير، حدود استعمال حق الدفاع الشرعي : دراسة وفق أحكام القانون الجنائي المغربي، مجلة القضاء الجنائي، مج1، ع1، 2015م.

- سامي محمد نمر أبو عرجة، أحكام دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 5، ع 2، جمادى الأولى 1469هـ يونيو 2008م.

- سعود محمد سعد التميمي، الدفاع الشرعي في ضوء الممارسات الدولية المعاصرة، رسالة ماجيستير، يناير 2021، كلية القانون، جامعة قطر.

- سعيد الوردي، حالة الدفاع الشرعي كسبب من أسباب تبرير العقوبة، محاضرة رقم 5، بتاريخ 24 مارس 2020، مسلك القانون، السداسية الثانية، الفوج الخامس، وحدة القانون الجنائي العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب.

- سعيد البرك السكوتي، حق الدفاع الشرعي، حدوده، وحالات تجاوزه : دراسة تحليلية مقارنة في قوانين العقوبات العربية، مجلة الحقوق، ع17-16، ديسمبر 2014.

- صديق أبو الحسن محمد، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة ماجيستير، أفريل 1978، كلية القانون، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة الخرطوم، السودان.

- صلاح جبار، الدفاع المشروع، مجلة صوت القانون، الجزائر، العدد 2، سنة 2016.

- طاهر برايك، عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع30، 31 ماي 2013.

- طه السيد أحمد الرشيدي، أسباب الإباحة في القانون الجنائي المصري والفقه الإسلامي، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية.

- عبده عبد الله حسن داوود، حق الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون الجنائية لسنة 1991م، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية-مركز بحوث القرآن الكريم والسنة النبوية، ع22، 2011.

- عبد الحق مرسلي، ضوابط الدفاع الشرعي وتكييف الحرب الوقائية في إطار القانون الدولي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج07، ع06، المركز الجامعي لتامنغست، 2018م.

- عبد الحليم بوقرين، الإشكاليات المثارة بشأن أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج10، ع1، أفريل 2019.

- عبد العالي بوصنوبرة، تجاوز حدود الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع48، ديسمبر2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة-الجزائر.

- عبد العزيز رمضان الخطابي، أنس محمود خلف الجبوري، الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي بين القانون الدولي الجنائي والقانون الجنائي الداخلي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع12، مج3، السنة الرابعة، دت.

- عبد الله بن سليمان العجلان، الدفاع الشرعي وأحكامه في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، ع46، ربيع الآخر 1431هـ.

- عبد الله بن سليمان بن عبد المحسن المطرودي، ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج18، ع37، جمادى الثاني 1427هـ.

- علي يسر أنور، الدفاع الشرعي: دراسة لمبدأ المشروعية، المجلية الجنائية القومية، مج13، ع2، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية.

- عمر مونه، القياس على الرخص وأهميته في عملية الاجتهاد، مجلة إسهامات للبحوث والدراسات، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة غرداية، الجزائر، مج4، ع2، 31-12-2019.

- عيد جباري، تومي لحمادي، الدفاع الشرعي الوقائي، مجلة البحوث السياسية والإدارية، مج2، ع2، يناير 2013، جامعة الجلفة.

- غلاب بن صقر العتيبي، الإثبات باليمين في نظام مرافعات الشرعية السعودي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008.

- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تحديد الأدلة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 1987.

- فوزية عبد الستار، بحث في الدفاع الشرعي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، مج2، ع1، 1994.

- فيصل بن عبد العزيز اليوسف، دفع الصائل في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الأمنية، مركز البحوث والدراسات كلية الملك فهد الأمنية، المجلد 13، العدد 28، سنة 2004.

- كمال بلارو، أحكام الدفاع الشرعي، مجلة العلوم الانسانية، المجلد ب، عدد 49، سنة 2018، الجزائر.

- لريد محمد أحمد، تجاوز حدود الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، مجلة آفاق للعلوم، ع8، ج2، جامعة الجلفة، الجزائر، جوان 2017.

- محمد رياض دغمان، الدفاع المشروع عن النفس والمال "شروطه، أثره، صُورهُ الخاصة " الحياة النيابية: دراسات، ع146، 2014/03/01، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، مركز الابحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية.

- محمد سعيد محمد سعد صالح، الصيال وما يتعلق به من أحكام في الفقه الإسلامي : دراسة فقهية مقارنة، مجلة البحوث الإسلامية، ع9، 2016.

- محمد عبد الحفيظ عليجة، الدفاع الشرعي الخاص "دفع الصائل" في الفقه الجنائي الإسلامي مفهومه – دليل مشروعيته- دراسة فقهية تحليلية، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، الجامعة الأسمرية الإسلامية زليتن- كليتي الآداب والعلوم.

- محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، الرياض، ط2، 1999.

- محمد نعيم نصر فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1981.

- محمد نعيم نصر فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن، ط1، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1981م.

- ناصر بن محمد الجوفان، الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة، مجلة العدل، ع58، ربيع الآخر 1434هـ

- نجوى عبد المحسن شتا، الدفاع عن النفس في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، حولية كلية اللغة العربية، جامعة الأزهر، بنين بجرجا، ع15، ج6، 2011م.

- يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.

سادسا: النصوص القانونية

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر من عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، حسب آخر تعديل له بموجب القانون رقم 16_02 مؤرخ في 19 يونيو 2016 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 37 مؤرخة في 22 يونيو 2016).

- أمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت سنة 2021، يتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

- قانون الجزاء الكويتي أو قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960.

- نقض 5 فيفري 1934، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم196، ص264، عن طريق: ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الاباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، ط1، سنة 2004.

- نقض جلسة 1943/10/18 طعن رقم 1375، ونقض جلسة 1956/01/31 س7 ق طعن رقم 1176.

- القانون الجنائي السوداني لسنة 1991.

- قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950، آخر تعديل 5 سبتمبر 2020 بالقانون 189 لسنة 2020.

- قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان.

- مرسوم اشتراعي رقم 340 صادر في 1943/3/1 المتضمن قانون العقوبات اللبناني.

- نقض 6 مارس 1933، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم99، ص 149، عن طريق: سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي.

- نقض جلسة 10 فيفري 1984، س24 ق، طعن رقم 41، عن طريق: ممدوح عزمي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع العقاب.

- قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لسنة 1987م وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم (43) لسنة 2005م وبالقانون رقم (25) لسنة 2006م قانون اتحادي رقم (3) لسنة 1987م.

- قرار رقم 411831 الصادر بتاريخ 2006/07/19 عن الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، ع1، 2006.

سابعا: المقابلات

- أحمد المغيلي، جلسة أسئلة وأجوبة، أنزجمير- أدرار، الجزائر، 22 نوفمبر 2023 الساعة 11 صباحا

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

الآيات	السورة ورقم الآية	الصفحة
﴿وَلَوْلَا دِفَاعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ ٱلْأَرْضُ﴾	سورة البقرة، الآية 251	24
﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾	سورة المائدة، الآية 48	24
﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ ءَامَنَ أَهْلُ ٱلْكِتَٰبِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم﴾	سورة آل عمران، الآية 110	38
﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ	سورة التوبة، الآية 71	38

ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ أُوْلَٰٓئِكَ سَيَرۡحَمُهُمُ ٱللَّهُۗ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾		
﴿ وَلۡتَكُن مِّنكُمۡ أُمَّةٞ يَدۡعُونَ إِلَى ٱلۡخَيۡرِ وَيَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ﴾	سورة آل عمران: الآية 104	39
﴿ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِ ﴾	سورة البقرة، الآية 173	58
﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾	سورة البقرة، الآية 194	66
﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلۡبَغۡيُ هُمۡ يَنتَصِرُونَ ٣٩ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ٤٠ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعۡدَ ظُلۡمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيۡهِم مِّن سَبِيلٍ ٤١ ﴾	سورة الشورى، الآيات 39-41-40	69

﴿ وَلَمَن صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَٰلِكَ لَمِنْ عَزْمِ ٱلْأُمُورِ ﴾	سورة الشورى، الآية 43	67
﴿ ۞ أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟ ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ ﴿39﴾ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِم بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّآ أَن يَقُولُوا۟ رَبُّنَا ٱللَّهُ ۗ وَلَوْلَا دَفْعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَٰمِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَٰتٌ وَمَسَٰجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا ٱسْمُ ٱللَّهِ كَثِيرًا ۗ وَلَيَنصُرَنَّ ٱللَّهُ مَن يَنصُرُهُۥٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَقَوِىٌّ عَزِيزٌ ﴿40﴾ ﴾	سورة الحج، الآيات 39-40	68
﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ ﴾	سورة النحل، الآية 126	69
﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾	سورة المائدة، الآية 45	69

﴿وَلِلَّهِ ٱلۡعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلۡمُؤۡمِنِينَ وَلَٰكِنَّ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ لَا يَعۡلَمُونَ﴾	سورة المنافقون، الآية 8	69
﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ﴾	سورة البقرة، الآية 195	85
﴿وَلَوۡلَا دِفَاعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعۡضَهُم بِبَعۡضٖ لَّفَسَدَتِ ٱلۡأَرۡضُ﴾	سورة البقرة، الآية 251	74
﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ﴾	سورة البقرة، الآية 195	92
﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ فَإِن فَآءَتۡ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ وَأَقۡسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾	سورة الحجرات، الآية 9	85
﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ﴾	سورة البقرة، الآية 194	85

﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾	سورة النساء، الآية 29	103
﴿ لَئِنۢ بَسَطتَّ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقۡتُلَنِي مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٖ يَدِيَ إِلَيۡكَ لِأَقۡتُلَكَۖ إِنِّيٓ أَخَافُ ٱللَّهَ رَبَّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ﴾	سورة المائدة، الآية 28	89
﴿ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ ﴾	سورة البقرة، الآية 195	99
﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ فَإِن فَآءَتۡ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ وَأَقۡسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ﴾	سورة الحجرات، الآية 9	271
﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾	سورة البقرة، الآية 194	109
﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾	سورة النساء، الآية 29	86

﴿ لَئِنۢ بَسَطتَّ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقۡتُلَنِي مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٖ يَدِيَ إِلَيۡكَ لِأَقۡتُلَكَۖ إِنِّيٓ أَخَافُ ٱللَّهَ رَبَّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ﴾	سورة المائدة، الآية 28	89
﴿ لَئِنۢ بَسَطتَّ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقۡتُلَنِي مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٖ يَدِيَ إِلَيۡكَ لِأَقۡتُلَكَۖ إِنِّيٓ أَخَافُ ٱللَّهَ رَبَّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ﴾	سورة المائدة، الآية 28	96
﴿ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾	سورة النساء، الآية 29	97
﴿ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ ﴾	سورة البقرة، الآية 195	101
﴿ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ ﴾	سورة البقرة، الآية 195	70
﴿ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾	سورة النساء، الآية 29	99
﴿ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ ﴾	سورة البقرة، الآية 195	85

﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾	سورة البقرة، الآية 195	92
﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾	سورة البقرة، الآية 194	203
﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾	سورة فاطر، الآية 18	203
﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾	سورة المدثر، الآية 38	203
﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾	سورة البقرة، الآية 194	66
﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾	سورة النساء، الآية 15	252

﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُومِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾	سورة النساء، الآية 93	271
﴿ وَمَا كَانَ لِمُومِنٍ اَنْ يَّقْتُلَ مُومِنًا اِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُومِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ اِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَنْ يَّصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُومِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ اِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾	سورة النساء، الآية 92	272
﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾	سورة البقرة، الآية 94	273

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

طرف الحديث	الصفحة
جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟	70
من قُتِل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله	41
لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه	72
فلا دية له ولا قصاص	72
قاتل يعلى بن أمية رجلا، فعض أحدهما صاحبه، فانتزع يده	72
لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف غير مصفح، فقال النبي	73
من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه	71
من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه	87
لاَ يُشِيرُ أَحَدُكُمْ عَلَى أَخِيهِ بِالسِّلاَحِ، فَإِنَّهُ لاَ يَدْرِي، لَعَلَّ الشَّيْطَانَ	88
جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟	87
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يمنع أحدكم إذا جاءه من يريد قتله أن يكون مثل ابني آدم	96

لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس	90
تكون بعدي فتن فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل	90
إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار	95
قصة ابني آدم إذ قربا قربانا فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر	89
من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو	93
من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه	93
جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله	93
ما يمنع أحدكم إذا جاءه من يريد قتله أن يكون مثل ابني آدم	89
لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا	97
تكون بعدي فتن فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل	90
إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار	102
من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو	86
جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله	93
امرأة أدخلت الحجلة صديقا لها ليلة بنائها، فاقتتل هو وزوجها	109

من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد	71
أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فذهبت جارية لهم تحتطب فأرادها رجل منهم، عن نفسها فرمته بفهر فقتلته	111
أرسل عمر إلى امرأة مغنية كان يدخل عليها، فأنكر ذلك، فقيل لها: أجيبي عمر؟ فقالت: يا ويلها مالها ولعمر	170
ما نقل عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عندما جاءه رجل سيفه ملطخ بالدم	174
ومن ذلك قضاء علي رضي الله عنه في امرأة تزوجت وفي ليلة زفافها أدخلت صديقها سرا	175
قاتل يعلى بن منية أو ابن أمية رجلا. فعض أحدهما صاحبه. فانتزع يده من فمه	182
لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجالُ أموالَ قومٍ ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر	244
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه	247

في رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعي عليه	321
قضاء عمر بن الخطاب فيما روي عنه رضي الله عنه أنه كان يوما يتغذى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه	249
لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال: إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته	249
عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب الناس وقال في خطبته: "إن الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق، وأنزل عليه الكتاب، فكان مما أنزل الله آية الرجم	252
وما رواه أبو هريرة: "أن سعد بن عبادة قال "يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتى بأربعة شهداء	253
وروى سعيد بن المسيب قال: "أرسل معاوية أبا موسى إلى علي كرم الله وجهه يسأله عن رجل وجد على امرأته رجلا فقتله، فقال علي كرم الله وجهه: لتخبرني لم تسأل عن هذا؟	253
ففي الصحيحين حديث سعد بن عبادة فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال يا رسول الله أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقتله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا"	256

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أنصر أخاك ظالما أو مظلوما	257
وفي حديث: إن المؤمنين يتعاونون على الفتان	274
وروى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله أن رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقط بعض أسنان العاض فاختصما إلى شريح فقال شريح: انزع يدك من في السبع وأبطل أسنانه	270
في السن خمس من الإبل	270
انصر أخاك ظالما أو مظلوما	322
إن المؤمنين يتعاونون على الفتان	274

فهرس المحتويات

الإهداء 6
شكر وعرفان 7
ملخص البحث: 8
مقدمة: 8
الباب الأول: تأصيل اللدفاع الشرعي.....22
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للدفاع الشرعي.....22
المبحث الأول: ماهية الدفاع الشرعي.....23
المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي.....23
الفرع الأول: الدفاع الشرعي لغة: 23
أولا: الدفاع 24
ثانيا: الشرعي 25
الفرع الثاني: دفع الصائل لغة 26
الفرع الثالث: تعريف الدفاع الشرعي في التشريع الوضعي.....27
الفرع الرابع: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.....32
المطلب الثاني: صور الدفاع الشرعي 35
الفرع الأول: الدفاع الشرعي الخاص 35
الفرع الثاني: الدفاع الشرعي العام.....37

الفرع الثالث: الفرق بين دفع الصائل والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر 41

الفرع الرابع: الدفاع الشرعي الدولي 42

المبحث الثاني: أساس الدفاع الشرعي 48

المطلب الأول: أساس الدفاع الشرعي في التشريع الوضعي 48

الفرع الأول: الاتجاه الموضوعي 48

1- نظرية التحلل من العقد الاجتماعي: 48

2- نظرية الحق الطبيعي: 49

3- نظرية إبطال البغي: 50

4- نظرية البواعث القانونية والاجتماعية: 50

5- نظرية انتفاء حق المجتمع من العقاب: 51

6- نظرية التفويض لعجز السلطة: 52

7- نظرية تعارض الحقوق والمصالح الاجتماعية: 53

الفرع الثاني: الاتجاه الشخصي 54

1- نظرية الإكراه المعنوي: 54

2- نظرية مقاومة الشر بالشر: 55

3 - نظرية التضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين: 56

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي 58

الفرع الأول: الإكراه أساس الدفاع الشرعي 58

الفرع الثاني: الضرورة أساس الدفاع الشرعي 59

الفرع الثالث: التعزير أساس الدفاع الشرعي 61

الفرع الرابع: إزالة الضرر أساس الدفاع الشرعي 61
الفرع الخامس: المصلحة أساس الدفاع الشرعي 62
الفرع السادس: انتفاء العصمة أساس الدفاع الشرعي 63
الفرع السابع: الموازنة بين المصالح والمفاسد أساس الدفاع الشرعي 65
الباب الأول: تأصيل الدفاع الشرعي 67
الفصل الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي 67
المبحث الأول: مصدر الدفاع الشرعي.....68
المطلب الأول: دليل مشروعية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.....68
الفرع الأول: من القرآن الكريم.....68
الفرع الثاني: من السنة النبوية 72
الفرع الثالث: الإجماع.....75
الفرع الرابع: من المعقول 76
المطلب الثاني: النصوص القانونية للدفاع الشرعي في التشريعات الوضعية 77
أولا: التشريع الجزائري 77
ثانيا: التشريع الليبي 78
ثالثا: التشريع المغربي.....79
رابعا: التشريع المصري 80
المبحث الثاني: حكم الدفاع الشرعي.....82
المطلب الأول: حكم الدفاع الشرعي في التشريع الوضعي 82

المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي 85

الفرع الأول: حكم الدفاع عن النفس.....85

أولا: وجوب الدفاع عن النفس 85

أ – الأدلة من القرآن: 87

ب – الأدلة من السنة: 88

ج– الأدلة من القياس: 90

ثانيا: جواز الدفاع عن النفس.....90

أ– الأدلة من القرآن الكريم: 91

ب– من السنة النبوية:.....91

ت– أما الأثر: 93

ث– مناقشة الأدلة: 94

1– أدلة الوجوب.....94

2– أدلة الجواز: 97

القول الراجح:.....100

الفرع الثاني: حكم الدفاع عن المال.....101

القول الأول: 102

أ– الأدلة من القرآن الكريم: 103

ب– من السنة النبوية:.....103

ت– الأدلة من المعقول:.....104

القول الثاني: 104

القول الثالث: 105

القول الرابع: 105

الحالة الألى: وجوب الدفاع عن المال 106

الحالة الثانية: جواز الدفاع عن المال 106

القول الراجح: 107

الفرع الثالث: حكم الدفاع عن العرض 108

أ– الأدلة من القرآن الكريم: 111

ب– من السنة: 112

الترجيح: 113

الباب الثاني: أحكام الدفاع الشرعي 114

الفصل الأول: أركان الدفاع الشرعي 114

المبحث الأول: الاعتداء 115

المطلب الأول: مفهوم الاعتداء وعناصره 115

الفرع الأول: معنى الاعتداء وعناصره في التشريع الوضعي 116

الفرع الثاني: معنى الاعتداء وعناصره في الفقه الإسلامي 121

1_العنصر المادي: 123

2– العنصر المعنوي: 124

المطلب الثاني: صور الاعتداء وشروطه 126

الفرع الأول: الاعتداء الايجابي والاعتداء السلبي 126
1– في الفقه الوضعي 127
أ– الاعتداء الإيجابي: 127
ب– الاعتداء السلبي: 128
2– في الفقه الإسلامي 130
الفرع الثاني: الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي 132
1– في الفقه الوضعي: 132
2– في الفقه الإسلامي 134
الفرع الثالث: الاعتداء الحقيقي والاعتداء الظني أو الوهمي 135
1– في الفقه الوضعي: 136
2– في الفقه الإسلامي 139
الفرع الرابع: شروط الاعتداء المبيح للدفاع الشرعي 143
أولا: في التشريع الوضعي 143
1– أن يكون خطر الاعتداء غير مشروع 143
2– أن يكون حالا أو على وشك الوقوع 148
الصورة الأولى: أن يكون الخطر حالا 148
الصورة الثانية: أن يكون الاعتداء على وشك الوقوع 149
3– أن يهدد الاعتداء مصلحة يحميها الشرع والقانون كالنفس، المال والعرض 151
أ– المشرع الجزائري: 151

ب– المشرع الليبي: 153
ت– المشرع المغربي: 155
ث– المشرع المصري: 156
ج– المشرع السوداني: 158
ح– المشرع التونسي: 158
4 – أن يكون الاعتداء غير مثار 159
أ– المشرع الأردني: 160
ب– المشرع اللبناني: 161
ت– المشرع السوري: 163
ثانيا– في الفقه الإسلامي 164
1– أن يكون خطر الاعتداء غير مشروع 164
نماذج عدم مشروعية الاعتداء: 166
أ–الفعل المباح: 166
ب–فعل غير المسؤول: 168
ت–صيال الدابة: 171
ث–صيال مأمور الضبط 173
ج–صيال ذوي الحصانة الدبلوماسية 175
ح– المعذور: 177
2– أن يكون الاعتداء حالا أو على وشك الوقوع 181

3– أن يكون الاعتداء على النفس أو المال أو العرض 183

4– أن يكون الاعتداء غير مثار 185

المبحث الثاني: الدفاع..... 187

المطلب الأول: لزوم الدفاع 187

الفرع الأول: في التشريع الوضعي 187

1–عناصر فعل الدفاع: 190

أ–العنصر المادي: 190

ب–العنصر المعنوي:..... 191

2–**نية الدفاع**..... 193

3–ثبوت اتجاه فعل الدفاع نحو مصدر الخطر..... 194

4–لزوم الدفاع وعدم إمكانية اللجوء إلى السلطة العامة..... 195

5–لزوم الدفاع وإمكانية الهرب 198

6–الدفاع عن طريق الوسائل الآلية (الدفاع الميكانيكي) 200

الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي 202

1–عناصر الدفاع:..... 203

العنصر المادي: 203

العنصر المعنوي: 204

2–نية الدفاع 205

3–ثبوت اتجاه فعل الدفاع نحو مصدر الخطر..... 206

4–لزوم الدفاع وإمكانية اللجوء إلى السلطة العامة: 207

5–لزوم الدفاع وإمكانية الهرب 209

المطلب الثاني: أن يكون فعل الدفاع متناسبا مع فعل الاعتداء 214

الفرع الأول: في التشريع الوضعي 214

أ–المقصود بالتناسب 214

ب–معيار التناسب 218

الاعتبار الأول: الموازنة بين الضررين..... 218

الاعتبار الثاني: الموازنة بين وسائل الدفاع ووسائل الاعتداء 220

الاعتبار المقترح لضبط التناسب: 222

الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي 223

أ–المقصود بالتناسب: 223

ب–معيار التناسب: 226

الباب الثاني: أحكام الدفاع الشرعي 232

الفصل الثاني: آثار الدفاع الشرعي..... 232

المبحث الأول: إثبات الدفاع الشرعي 233

المطلب الأول: إثبات الدفاع الشرعي 233

الفرع الأول: إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الوضعي..... 233

أولا: عبء الإثبات 235

1: النظرية المدنية في الإثبات 237

2: نظرية استقلالية القانون الجنائي 239

3: تمسك المتهم بالدفع بالدفاع الشرعي 242

4: اعتراف المتهم والتمسك بالدفاع الشرعي 244

5: رقابة المحكمة العليا على الدفاع الشرعي 247

الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي 250

أولا: عبء الإثبات 251

المبحث الثاني: أثر الدفاع الشرعي 266

الفرع الأول: أثر الدفاع الشرعي في الفقه الوضعي 266

أولا: الآثار الجزائية والمدنية 266

ثانيا: مسؤولية المدافع تجاه غير المعتدي 269

الحالة الأولى: إصابة حق غير المعتدي دون قصد 269

الحالة الثانية: إصابة حق غير المعتدي عن قصد 271

ثالثا: مسؤولية الشريك في الدفاع الشرعي 273

الفرع الثاني: أثر الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي 275

أولا: الآثار الجزائية والمدنية 275

ثانيا: مسؤولية المدافع تجاه غير المعتدي 279

الحالة الأولى: إصابة غير الصائل دون قصد 279

الحالة الثانية: إصابة غير الصائل عن قصد 281

ثالثا: مسؤولية الشريك في دفع الصائل 282

الخاتمة: 286
قائمة المصادر والمراجع: 293
فهرس الآيات القرآنية الكريمة 319
فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار 327
فهرس المحتويات 332